



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1386 del 2011, proposto da:
C. Lotti & Associati Societa' di Ingegneria Spa, rappresentata e difesa
dall'avv. Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso Daniele
Vagnozzi in Roma, viale Angelico, 103;

contro

Pro Iter Progetto Infrastrutture Territorio Srl, Sotec Srl, Tecnolav
Engineering Srl, Luigi Giglio, rappresentati e difesi dagli avv. Maria
Cristina Lenoci, Francesco Marascio, con domicilio eletto presso
Francesco Marascio in Roma, via G.B. Martini 2; Serv. In. Srl,
rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Vignolo, Massimo Massa,
con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via
Portuense, 104 (appellante incidentale adesiva);

nei confronti di

Regione Autonoma Sardegna, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Camba, Sandra Trincas, con domicilio eletto presso Ufficio Rapp.za Regione Autonoma Sardegna in Roma, via Lucullo 24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA, Sez. I n. 66/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva di servizio di progettazione di lavori stradali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma Sardegna, della Pro Iter Progetto Infrastrutture Territorio Srl, della Sotec Srl, di Tecnolav Engineering Srl, di Luigi Giglio e di Serv.In.Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2012 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Daniele Vagnozzi, anche su delega dell'avv. Marcello Vignolo, Gennaro Notarnicola, su delega dell'avv. Maria Cristina Lenoci e Tiziana Ledda, su delega dell'avv. Sandra Trincas;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito alla g.u.c.e. il 24 dicembre 2008, la Regione

Sardegna indiceva una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di "progettazione preliminare e, ai sensi dell'art. 57\, comma 5, lett. b) del D.lgs. 163/2006, (...) progettazione definitiva per appalto integrato dei lavori di "Collegamento Tempio – Olbia attraverso l'adeguamento delle S.S.127, S.P. 136 e S.P. 38" , cui partecipava tra gli altri il costituendo raggruppamento C. Lotti & Associati S.p.A. (mandataria), SERV. IN s.r.l. e Ing. Paolo Fois (mandanti), risultato poi classificato al primo posto della graduatoria di merito con il punteggio di 82,010 e quindi, con provvedimento del 19 gennaio 2010, destinatario del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Insorgeva con ricorso al TAR della Sardegna la Pro Iter Progetto Infrastrutture Territorio s.r.l. in a.t.i. con So.Tec. s.r.l., Tecnolav Engineering s.r.l. e Luigi Giglio, seconda classificata con 80,787 punti, ed il TAR, con sentenza n. 66 del 27 gennaio 2011, respinto il ricorso incidentale ritenuto infondato, accoglieva il ricorso per l'assorbente fondatezza del primo motivo relativo alla mancata produzione della dichiarazione sostitutiva dei requisiti di ordine generale da parte dell'ing. Montrone, vice presidente della Lotti s.p.a., e dichiarava il diritto della ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione.

Con ricorso notificato il 17 febbraio 2011 la Lotti proponeva appello al Consiglio di Stato affidandolo alle seguenti censure:

A.Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale. L'appellante ha proposto al TAR un ricorso incidentale

composto da tre motivi, i primi due volti a dimostrare l'illegittimità della partecipazione alla gara della Pro Iter, il terzo in via subordinata relativo all'impugnazione dell'art. 3.4 del disciplinare.

Con il primo motivo si evidenzia l'incompletezza dell'offerta della Pro Iter per violazione del bando di gara (articoli 5 e 9) in relazione alla irregolarità delle dichiarazioni prodotte dalla ricorrente per la dimostrazione della capacità tecnica circa i precedenti lavori: in particolare, nell'apposito modello non sarebbero state indicate le date di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione e gli estremi di approvazione del progetto, informazioni richieste dal disciplinare a pena di esclusione ed il TAR avrebbe scorrettamente disapplicato l'essenzialità di informazioni vincolanti e inderogabili da legge di gara, considerandole come dati aggiuntivi da poter integrare successivamente.

Con il secondo motivo si sostiene la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, perché nei confronti di un amministratore della società SO.TEC (mandante nel raggruppamento PRO ITER) cessato dalla carica risulta emanata "la misura cautelare interdittiva del divieto temporaneo di esercitare la professione di ingegnere e l'ufficio direttivo dell'impresa SO.TEC.", non indicata nella dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale della società: la sentenza impugnata ha ritenuto infondata la censura, sul presupposto che la misura cautelare interdittiva non sarebbe rientrata in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 38 D. Lgs. 163/06. Ma l'art. 38 impone una

completa dichiarazione in ordine ai provvedimenti emessi nei confronti degli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando: e nel caso di specie il bando richiamava il D. Lgs. 231/01, il quale prevede espressamente l'interdizione dall'attività professionale come sanzione che comporta il divieto di contrattare con la P.A.

Con il terzo motivo, la Lotti sostiene in via subordinata l'illegittimità dell'art. 3.4 disposizione del disciplinare di gara che prevede la dichiarazione degli amministratori cessati, - assorbita dall'accoglimento del primo motivo del ricorso in primo grado – rinviandone la trattazione all'esame del motivo aggiunto al ricorso Pro Iter.

B.Inammissibilità del ricorso al TAR della Pro Iter. La sentenza impugnata ha rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, sostenuta dalla Lotti in quanto con il ricorso introduttivo ed il successivo motivo aggiunto proposti dalla Pro Iter venivano impugnati esclusivamente la nota di comunicazione dell'aggiudicazione ed i verbali, ignorando l'aggiudicazione pur espressamente indicata dalla nota: l'individuazione imprecisa del provvedimento da impugnare non può essere considerata elemento accessorio, tanto da non poter essere sanata dalla volontà dichiarata di impugnarla che emerge dal contenuto complessivo del ricorso, così come sostenuto dal TAR.

C. Erroneità della sentenza della parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso al TAR della Pro Iter. L'omessa dichiarazione sostitutiva dei requisiti generali dell'ing. Montrone, vice presidente della Lotti Ingegneria è stata la ragione dell'accoglimento del ricorso della Pro Iter, poiché secondo la sentenza il Montrone sarebbe rientrato tra i soggetti tenuti alla prescritta dichiarazione personale – modello 3 della legge di gara - quale titolare del potere di rappresentanza ai sensi dell'art. 27 dello statuto.

In primo luogo la sottoscrizione degli altri legali rappresentanti doveva ritenersi idonea ad attestare il possesso dei requisiti da parte del Montrone ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 445/00, tenendo conto che il nominativo del Montrone era espressamente inserito nel modello e che ai sensi dell'art. 38 D. Lgs. 163/06, il legale rappresentante di una società può legittimamente dichiarare fatti o situazioni personali relativi agli altri amministratori, siano essi in carica o cessati nel triennio antecedente.

In secondo luogo l'ing. Montrone non era tenuto a sottoscrivere la dichiarazione personale in questione, perché alla data in cui la dichiarazione è stata resa, il medesimo non era dotato di un potere di amministrazione e rappresentanza, avendovi preventivamente rinunciato; né può sostenersi che dall'art. 27 dello statuto societario derivassero automaticamente una serie di poteri di rappresentanza, poiché questi devono essere comunque espressamente conferiti da parte del c. d'a., tanto è che lo stesso c.d'a. ha mantenuto in carica il

Montrone a titolo onorario in segno di affetto per il grande contributo assicurato alla Lotti ed in considerazione dell'età e delle sue gravi condizioni di salute.

In terzo luogo, quand'anche il Montrone avesse conservato un generico potere di rappresentanza sostitutivo del presidente, detto potere era irrilevante, in quanto doveva essere contestuale alla titolarità di poteri di amministrazione e di rappresentanza reali ed effettivi.

In quarto luogo l'ing. Montrone era al momento della sottoscrizione della documentazione di gara già gravemente malato ed impedito nell'esercizio delle sue funzioni, sottoposto a riposo assoluto ed a cure mediche, dato l'aggravarsi delle proprie condizioni di salute.

In quinto luogo l'eventuale omissione della dichiarazione ex art. 38 co. 1 lett. c) relativamente all'ing. Montrone costituisce falso innocuo, vista l'assoluta inesistenza di condizioni ostative connesse alla sua persona.

D. Infondatezza del secondo motivo di ricorso tra quelli aggiunti implicitamente considerati assorbiti dal TAR. L'appellante contesta poi la fondatezza del secondo motivo del ricorso di primo grado, per il quale la stazione appaltante avrebbe escluso diversi concorrenti per la mancanza della dichiarazione ex art. 38 cit., non contestata invece alla Lotti, motivo che al contrario ignora la non equiparabilità delle varie posizioni ed altrettanto infondato sarebbe il motivo aggiunto, ossia l'assenza di dichiarazione ex art. 38 cit. sempre relativamente

all'ing. Montrone, ma per un presupposto di fatto diverso, ossia la circostanza che l'ing. Montrone aveva in precedenza assunto le cariche di Presidente del consiglio di amministrazione della C. Lotti & Associati s.p.a. (cessato il 23 luglio 2007) e di amministratore delegato (cessato il 27 ottobre 2008). Ciò sia per le ragioni esposte circa il primo motivo, sia per il fatto della permanenza del Montrone nelle cariche sociali con veste del tutto differente.

L'appellante ribadisce poi con l'ultimo motivo, la censura proposta in via subordinata come terzo motivo del ricorso incidentale avverso l'art. 3.4 del disciplinare, ove questo avesse inteso sanzionare con l'esclusione l'omissione della dichiarazione sull'amministratore cessato dalla carica. In tale caso la previsione sarebbe illegittima per aver introdotto un onere di partecipazione non conforme all'art. 38 D. Lgs. 163/06, non essenziale in fase di gara e di aggravamento degli oneri a carico dei concorrenti.

La Lotti s.p.a. concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese ed insistendo, in caso di aggiudicazione del servizio a favore dell'appellata, per il risarcimento del danno nella misura del 10% dell'importo del contratto e di un ulteriore percentuale del 5% a titolo di danno curriculare.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Sardegna, la Pro Iter e la Serv. In. S.r.l., la seconda contestando le ragioni dell'appello e chiedendone il rigetto, la terza, facente parte del costituendo a.t.i. con la Lotti, notificando in data 25 febbraio 2011 appello incidentale

adesivo all'appello principale della Lotti.

Con ordinanza n. 1811 del 19 aprile 2011 questa Sezione respingeva la domanda di sospensione cautelare della sentenza impugnata.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dall'a.t.i. Pro Iter, poiché lo stesso appello è complessivamente infondato nel merito.

Con il primo motivo – primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado – la Lotti sostiene che l'a.t.i. capeggiata dall'appellata Pro Iter avrebbe dovuto essere esclusa, perché nelle dichiarazioni inerenti i propri precedenti lavori, nella parte riguardante la dimostrazione della capacità tecnica, non aveva indicato quanto previsto dall'art. 9 del disciplinare, ossia oltre alla data di inizio e di fine del servizio, anche gli estremi di approvazione dei progetti e le date di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione.

Il motivo è infondato.

L'art. 9 del disciplinare prevede, tra l'altro, che per i servizi svolti nei 10 anni anteriori alla data di pubblicazione del bando, il concorrente indichi per ciascuno dei servizi elencati: il committente, l'oggetto e l'importo dei lavori cui i servizi si riferiscono, il soggetto che lo ha svolto, la natura delle prestazioni effettuate, l'indice ISTAT di rivalutazione dei lavori e la data di inizio e di fine del servizio

medesimo; per questo ultimo punto il disciplinare inserisce inoltre tra parentesi gli estremi di approvazione del progetto ovvero il verbale di verifica o di validazione, l'approvazione con certificato di collaudo o con certificato di regolare esecuzione. Tale dichiarazione è utile per comprovare il possesso dei requisiti di ammissione e sostituisce le relative certificazioni.

L'inserimento tra parentesi di una serie di documenti tra loro evidentemente concorrenti e l'intera impostazione della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici alla stregua di una dichiarazione rende del tutto credibile quanto affermato dalla sentenza impugnata: ossia che l'allegazione di documenti provenienti da terzi, tra l'altro indicati senza un criterio perentorio, sia stata sul piano funzionale una scelta di non essenzialità da potersi integrare su richiesta alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 46 D. Lgs. 163/06. A prescindere dal fatto che non si rileva un collegamento di detta elencazione con una sanzione di tipo espulsivo, si deve ritenere che la clausola in questione concretizzi piuttosto l'offerta alle ditte concorrenti di un'opzione finalizzata a documentare *per tabulas* la veridicità della propria dichiarazione.

Con il secondo motivo di appello – secondo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado – la Lotti si duole del fatto che l'ing. Benincasa, ex amministratore delegato della So.Tec. associata con la Pro Iter, abbia subito nel 2006 la misura cautelare interdittiva di divieto temporaneo di esercitare la professione di ingegnere o

svolgere uffici direttivi di altre società per due mesi senza dichiarare tale fatto ai sensi dell'art. 38 comma lett. c) D. Lgs. 163/06.

La censura va disattesa nei sensi che seguono.

La sentenza impugnata ha affermato che la misura cautelare interdittiva non rientra in alcuna ipotesi disciplinata dall'art. 38 predetto. In realtà l'art. 38 del D. Lgs. 163/06 stabilisce al comma 1, lett. m) che sono esclusi “dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti (...) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”.

Dunque, mentre la lett. c) disciplina quanto attiene alle condanne penali emesse nei confronti dei rappresentanti legali o comunque dei vertici amministrativi delle persone giuridiche che intendono concorrere nelle pubbliche gare, è invece la lett. m) che disciplina i casi in cui i soggetti in questione vengono raggiunti da misure interdittive: in tale fattispecie però il legislatore, a differenza dalla lett. c), non ha compreso tra gli impedimenti alla partecipazione i casi in cui le misure interdittive riguardino rappresentanti legali oppure

amministratori cessati dalla carica anteriormente alla domanda di partecipazione, come appunto il caso di specie.

Da qui l'infondatezza della censura.

Il terzo motivo – terzo nel ricorso incidentale di primo grado - è anche in questo caso irrilevante, poiché lo stesso è diretto a contrastare motivi del ricorso principale che sono stati assorbiti nella pronuncia impugnata e che la Pro Iter non ha in alcun modo riproposto nella presente fase di giudizio.

Si può ora procedere all'esame della censura sub B), ossia della ribadita inammissibilità del ricorso di primo grado della attuale appellata, poiché il gravame non avrebbe compreso espressamente l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, essendo diretto solamente contro la nota di comunicazione dell'aggiudicazione medesima ed i verbali di gara.

Il TAR ha respinto l'eccezione sollevata in primo grado, affermando “che la volontà di impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva emerge con tutta evidenza sia dall'indicazione, nell'epigrafe del ricorso, della comunicazione effettuata dall'amministrazione, sia dal complessivo esame del ricorso, dei motivi aggiunti e dei vizi dedotti con tali atti”.

Le considerazioni espresse la sentenza impugnata appaiono del tutto condivisibili, anche sulla scorta di quella pacifica giurisprudenza secondo cui non si deve aver riguardo alla mera elencazione dei provvedimenti impugnati, quale risulta nelle premesse del ricorso,

bensi alla sostanza delle censure e ai provvedimenti contro cui esse si rivolgono; oltre tutto la lettura dell'epigrafe del ricorso dell'a.t.i. Pro Iter enuncia in una sorta di breve premessa, anteriore all'esposizione di fatto vera e propria, che "il presente ricorso ha ad oggetto l'annullamento del provvedimento con il quale la Regione Autonoma Sardegna ha aggiudicato definitivamente al r.t.i. C. Lotti e Associati S.p.A. la procedura di affidamento del servizio di "progettazione preliminare ed eventuale progettazione definitiva per appalto integrato dei lavori di "Collegamento Tempio – Olbia attraverso l'adeguamento delle S.S.127, S.P. 136 e S.P. 38".

Quindi l'indicazione della nota di comunicazione riportata come se essa stessa concretizzasse l'aggiudicazione definitiva nella parte superiore della stessa epigrafe, appare più che altro una sorta di refuso.

Da ultimo va affrontato il motivo sub C), ossia la censura riguardante l'accoglimento assorbente da parte del TAR della Sardegna del primo motivo del ricorso principale dell'a.t.i. Pro Iter, vale a dire la questione dell'omessa dichiarazione sostitutiva dei requisiti generali dell'ing. Montrone, vice presidente della Soc. Lotti Ingegneria.

Sostiene in breve la Lotti che in ogni caso la sottoscrizione degli altri legali rappresentanti doveva ritenersi idonea ad attestare il possesso dei requisiti da parte del Montrone ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 445/00, tenendo conto che il nominativo del Montrone era espressamente

inserito nel modello e che lo stesso era gravemente ammalato, ma comunque in possesso dei requisiti generali, era privo di poteri reali di amministrazione e di rappresentanza in quanto aveva rinunciato alle proprie deleghe ed era in carica come vicepresidente a titolo sostanzialmente onorario.

Il Collegio ritiene di dover condividere anche in questa parte le affermazioni svolte nella sentenza impugnata, in linea con una giurisprudenza che ritiene non superabile il dato formale del possesso dei poteri di rappresentanza in generale.

Di recente e più volte, questa Sezione ha ritenuto che “il criterio interpretativo da seguire, per individuare il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva richiesta a pena di decadenza dal bando di gara, consiste nel ricercare nello statuto della società quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza, è inevitabile la conclusione secondo cui non assume alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati solo in funzione vicaria: ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, a maggior ragione nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione o di investitura”(Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010 n. 3325; id., 15 gennaio 2008, n. 36).

E l'art. 27 dello statuto della Lotti & Associati stabilisce che “sono rappresentanti legali della Società - disgiuntamente tra loro – ed

hanno la firma sociale, il Presidente del consiglio di amministrazione, l'Amministratore Delegato e il Vice Presidente". Se l'ing. Montrone nella seduta del consiglio di amministrazione del 26 febbraio 2009 aveva effettivamente rinunciato alle deleghe ed ai poteri in precedenza conferitigli, in questa stessa seduta era stato confermato all'unanimità nella carica di Vice Presidente: e se tale conferma in carica ha avuto negli effetti un intento soggettivamente premiale nei confronti del Montrone con una sostanza di onorarietà, ciò non ha eliminato, come non poteva eliminare, i poteri statutari di firma sociale che inevitabilmente fanno ricadere la figura del vicepresidente tra i soggetti chiamati a dichiarare i requisiti ex art. 38 D. Lgs. 163/06.

La rinuncia alle deleghe ed ai poteri conferiti dal consiglio di amministrazione nella seduta del 2 ottobre 2008 riguarda quindi, come correttamente sostenuto dalla Pro Iter, quei poteri operativi appartenenti all'amministratore delegato che il consiglio di amministrazione ai sensi del seguente art. 29 dello statuto sociale può delegare al Vice Presidente al di là dei poteri generali di rappresentanza connaturati alla funzione e che nulla innovano rispetto alla questione ora in controversia.

Per completezza va aggiunto, per quanto riguarda la sostenuta applicazione dell'art. 47 d.P.R. 445/00, che nulla emerge dalla dichiarazione degli amministratori della Lotti circa il fatto di attestare il possesso dei requisiti per conto dell'ing. Montrone.

La mancata riproposizione dei motivi assorbiti nella sentenza di primo grado da parte della Pro Iter esime il Collegio dall'esame del motivo sub D).

In conclusione l'appello deve essere respinto, al pari dell'appello adesivo della Serv. In contenente le stesse censure, mentre le spese di giudizio vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna la Lotti & Associati s.p.a. e la Serv. In s.r.l. al pagamento in solido delle spese per il presente grado di giudizio liquidandole in complessivi €. 8.000,00 (ottomila/00) oltre ad accessori in favore delle quattro componenti dell'a.t.i. appellata in parti uguali, mentre le compensa nei confronti della Regione Sardegna.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)