



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8691 del 2011, proposto da:
Mucciola Piero S.p.A., rappresentata e difesa dall' avv. Lucio Ricca, cui è
subentrato l'avv. Silvana Ricca, e dagli avv. Salvatore Barilla, Maria Cristina Lenoci,
Francesco Marascio, con domicilio eletto presso Maria Cristina Lenoci in Roma,
via Cola di Rienzo N. 271;

contro

ASP - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, rappresentata e difesa
dall'avv. Natale Carbone, con domicilio eletto presso Natale Carbone in Roma, via
Germanico 172;

nei confronti di

Cofely Italia S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Pierfrancesco Della Porta, con
domicilio eletto presso Pierfrancesco Della Porta in Roma, via Lorenzo Valla, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO
CALABRIA n. 00474/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di

adeguamento funzionale e ristrutturazione presidio ospedaliero di Locri –
risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASP - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria e di Cofely Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2012 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Lenoci, Mazza su delega di Carbone e Della Porta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del settembre 2006 l'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri ha indetto una gara a procedura aperta per l'adeguamento funzionale e ristrutturazione del Presidio Ospedaliero di Locri mediante l'adeguamento delle degenze (Greca), il rifacimento di degli impianti tecnologici, la ristrutturazione edilizia. La costruzione di nuova Centrale Elettrica nonché fornitura di arredi ed attrezzature sanitarie.

Alla gara partecipavano più concorrenti, tra cui anche la Mucciola Piero s p a, in ATI cosituenda con altri soggetti, che, però, fu esclusa dalla commissione nella seduta del 16 aprile 2007, verbale n. 4, per la mancanza della dichiarazione richiesta al punto 8.e. del bando da parte dell'ing. Bergo Stefania, incaricata dall'ATI in qualità di professionista abilitato all'esercizio della professione da meno di 5 anni, nonché per la mancata sottoscrizione della dichiarazione congiunta di cui al punto 14 del bando.

Rimasta in gara soltanto l'offerta della Cofatech Servizi (poi trasformata in Cofely Italia nel novembre 2009) s p a, la Stazione Appaltante con delibera 19 settembre 2007 n. 410 ha aggiudicato la gara alla suddetta impresa per un importo di circa euro 1.555.000,00 .

1.1. Con ricorso e motivi aggiunti la s p a Mucciola chiese l'annullamento, previa sospensione, del verbale di esclusione e della aggiudicazione definitiva, unitamente ai punti 8. e . e 14 del bando (ove avessero previsto l'esclusione dalla gara in caso di mancata sottoscrizione dei documenti da parte del professionista abilitato da meno di 5 anni) ed all'atto di nomina della commissione di gara, nonché la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria oppure, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente .

Cofatech Servizi s p a propose ricorso incidentale, chiedendo l'esclusione della ricorrente per ulteriori asserite difformità dell'offerta dal bando .

Il TAR ha respinto l'istanza cautelare nel 2008, poi, con sentenza 8 giugno 2011 n. 532, ritenuto superfluo esaminare le eccezioni preliminari sollevate da controparte nonché il ricorso incidentale, nel merito ha respinto in toto il ricorso; spese compensate.

1.2. Con appello, ritualmente notificato anche alla Cofely Italia s p a, la soc Mucciola, con due articolati motivi, ha chiesto la riforma della sentenza TAR, insistendo per ottenere la riammissione alla gara ai fini del subentro nella commessa, riferendo che, nel frattempo, la stazione appaltante aveva azionato nei confronti dell'aggiudicataria la clausola di risoluzione per grave irregolarità e grave inadempimento in quanto la progettazione non era stata completata, nonostante fossero trascorsi due anni. .

Nel corso del giudizio nella difesa dell'appellante principale l'avv. Silvana Ricca è subentrata al prof, avv. Lucio Ricca deceduto.

1.3. Si è costituita in giudizio l'Azienda Provinciale di Reggio Calabria (suceduta nelle more del giudizio alla Azienda San. N. 9 di Locri), che ha chiesto il rigetto dell'appello con la conferma della sentenza TAR .

Si è costituita in giudizio anche Cofely Italia s p a, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello (per vizio della procura speciale e dello stesso atto di appello) ed ha riproposto le eccezioni di rito formulate in primo grado e non esaminate, ai sensi dell'art 101, comma 2, c p a , nonché i motivi del ricorso incidentale non esaminato in primo grado; poi ha concluso, chiedendo in via principale che l'appello venga rigettato perché inammissibile e comunque infondato, in via subordinata che l'appello venga respinto in quanto fondate le eccezioni preliminari avverso il ricorso TAR ed in via ulteriormente gradata venga accolto il ricorso incidentale proposto in primo grado con i connessi effetti processuali.

Con successive memorie difensive ciascuna parte ha controdedotto e replicato alle avverse argomentazioni .

Alla pubblica udienza del 20 aprile 2012, uditi i difensori presenti per le parti la causa è passata in decisione.

2. In diritto, la controversia concerne l'esclusione dalla gara della appellante, in ATI costituenda con altri soggetti, disposta dalla Stazione Appaltante per la constatata mancanza nell'offerta sia della dichiarazione prescritta dal punto 8. e . del bando a carico del professionista abilitato da meno di 5 anni sia della sottoscrizione della dichiarazione di partecipazione congiunta prescritta dal punto 14 dello stesso bando a carico degli associati.

Preliminarmente, il Collegio, per economia di mezzi, ritiene di non esaminare le varie eccezioni di rito sollevate avverso l'appello né quelle riproposte in questo grado unitamente ai motivi del ricorso incidentale (ai sensi dell'art 101, comma 2, c p a), in quanto l'appello è infondato.

2.1.L'impianto argomentativo della sentenza TAR è meritevole di conferma nei sensi di seguito esposti.

In particolare, premesso che siamo di fronte ad un appalto c. d . integrato, quanto a requisiti del progettista, il punto 8 del bando è chiaro : i vari “progettisti associati o indicati dal costruttore” dovevano presentare, ciascuno per quanto di competenza, la documentazione stabilita nei successivi sottoparagrafi; tra questi il punto 8. e . disponeva che, oltre al progettista esecutore, anche il professionista abilitato da meno di anni 5 era tenuto a pena di esclusione a presentare una dichiarazione da cui risultasse sia l'impegno ad eseguire la progettazione nei tempi e modi stabiliti dal capitolato sia l'inesistenza (in capo a ciascuno dei dichiaranti) di specifiche situazioni ostative alla partecipazione alla gara.

La disposizione del punto 8. e ., quindi, non solo è puntuale ed univoca, ma anche conforme alla ratio sottesa alla norma programmatica dell'art 90, comma 7, Codice Contratti Pubblici ed alla previsione regolamentare del D. P. R. n. 554/1999, art 51, comma 5, secondo il quale “ raggruppamenti temporanei.....devono prevedere la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza”.

2.2. Come ha rappresentato la sentenza TAR , soltanto l'assunzione di un ruolo attivo nell'attività di progettazione, cui corrisponde la necessità di obblighi ed impegni puntuali, consente al giovane professionista di iniziare quella impostazione del curriculum professionale, che rappresenta l'obiettivo della disposizione di favore (vedi ex multis C. G. A. n. 293/2011).

Pertanto, correttamente la commissione ha ritenuto viziata la dichiarazione congiunta, presentata da ATI Mucciola il 29 novembre 2009 ai sensi del punto 8. e .del bando , avendo constatato che la stessa, pur indicando tra i dichiaranti anche l'ing Bergo Stefania, professionista abilitata da meno di cinque anni, tuttavia non

recava in calce la sottoscrizione della medesima ; circostanza in punto di fatto non contestata dalla ricorrente e pacifica.

2.3. Inoltre, a differenza di quanto deduce l'appellante, mentre il primo periodo del punto 8 prescrive espressamente che devono documentare i requisiti personali i progettisti “ associati o indicati dal costruttore”, diversamente la disposizione del punto 8. e . , invece, è chiara nel riferirsi al “ progettista esecutore” ed al “professionista abilitato da meno di 5 anni” a prescindere dalla circostanza ulteriore che si tratti di soggetti”associati od indicati dal costruttore”.

Quindi, visto che la sentenza riporta integralmente il punto 8 (nonché in parte qua il punto 14) del bando nell'ambito del quadro normativo di riferimento, appare infondata la censura di omessa pronuncia su una circostanza dirimente, dedotta nei confronti della sentenza TAR nell'ambito dell'articolato primo motivo d'appello; infatti, ad avviso del collegio, la trascrizione delle disposizioni che recavano la espressa clausola di esclusione costituisce –nel contesto dell'intera trattazione dei vari profili della controversia – sintetica, ma sufficiente pronuncia di rigetto della censura di indebita estensione della ipotesi di esclusione prevista dal bando e di eccesso di potere per violazione delle stesse disposizioni del bando .

2.4.Né appare censurabile, per illogicità o per contrasto con l'art 51 D P R n. 554/1999, la clausola del bando in questione (altro profilo del primo motivo): infatti tale clausola risulta coerente con la ratio dell' art 90, comma 7, (come si è già sopra accennato) e consente di verificare, da un lato, la effettiva partecipazione del giovane professionista al gruppo di lavoro indicato per la commessa e, dall'altro, l'idoneità del professionista medesimo a far parte del gruppo di soggetti aspirante contraente della P.A.(vedi C. d. S. n 7267/2010) .

2.5. Per completezza, comunque, il collegio rileva che, invece, il punto 14 del bando (a differenza di quanto statuito dalla sentenza appellata) imponeva la sottoscrizione a pena di esclusione della dichiarazione congiunta di partecipazione

alla gara a carico del professionista abilitato all'esercizio della professione solo ove "associato"; pertanto sotto questo profilo la motivazione della sentenza appellata va riformata, in quanto la commissione illegittimamente aveva ritenuto che l'offerta della ricorrente dovesse essere esclusa anche per la mancata sottoscrizione della domanda di partecipazione da parte dell'ing. Bergo, in qualità di professionista abilitato da meno di 5 anni, nonostante si trattasse di professionista non associato.

2.6. Infine, va respinto anche il secondo (ed ultimo) motivo d'appello che censura la sentenza TAR per aver ritenuto legittima l'aggiudicazione della commessa alla Cofatech nonostante fosse l'unica concorrente rimasta in gara dopo l'esclusione delle altre due imprese.

Al riguardo la sentenza appellata correttamente ha rilevato che il bando (pag 15) prevedeva espressamente la possibilità di aggiudicare la gara "anche in presenza di una sola offerta valida, purché ritenuta congrua e conveniente dalla amministrazione"; d'altra parte, come rileva la stessa appellante, l'offerta, con punti 21, aveva superato la soglia di idoneità tecnica stabilita in punti 20.

Né la clausola risulta impugnata dalla ricorrente, mentre, per altro verso, la valutazione di congruità dell'offerta da parte della commissione non poteva, comunque, essere vagliata dal TAR, trattandosi all'evidenza di profili di merito dell'attività amministrativa censurabili solo in caso di manifesta irragionevolezza; censura non dedotta in primo grado dalla ricorrente che si è limitata a rilevare l'obbligo della stazione appaltante di assicurare le condizioni minime di concorrenza.

3. In conclusione, assorbite per economia di mezzi le eccezioni preliminari, nel merito l'appello va respinto e per l'effetto la sentenza TAR va confermata nei sensi di cui in motivazione.

Peraltro, in considerazione della complessità della normativa sugli appalti c. d. integrati e del bando di gara, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza TAR nei sensi di cui in motivazione.

Spese di lite compensate tra le parti per il presente grado di giudizio..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2012

IL SEGRETARIO

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