

N. 07054/2009 REG.DEC.

N. 08229/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8229 del 2008, proposto da:
Baldo Progetti Engineering S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Merulla, Santi Pappalardo, con domicilio eletto presso Lucrezia Ranieri in Roma, via Virgilio 38; Baldo Progetti S.r.l., Dallicardillo Giuseppe;

contro

Comune di Tremezzo, rappresentato e difeso dagli avv. Giuliano Bologna, Mario Lavatelli, con domicilio eletto presso Giuliano Bologna in Roma, via Merulana 234;

nei confronti di

Gurrieri Francesco, Gurrieri Federico, Associazione Gurrieri Associati - Studio di Architettura, Severi Mauro, Calabretta Stefano, Societa' di Servizi Anastasia S.r.l., Soc. di Ingegneria Consilium Servizi di Ingegneria S.r.l., Soc. di Servizi Csg Palladio S.r.l., Soc. di Ingegneria Pr Progetti S.r.l., Soc. di Servizi Informativi S.r.l., Vecchi Andrea, Soc. di Servizi Watersoil S.r.l., D'Ascola Simona, Castiglioni Alfredo, Corleoni Andrea, Carlini Federica, Moioli Rossella, Facchinetti Enrico, Ets - Engineering And Technical Services S.p.A., Virotta Marco, Societa' Arco S.n.c., Isnenghi Marta;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO :Sezione I n. 03091/2008, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO SERVIZI DI PROGETTAZIONE (RIS. DEL DANNO).

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2009 il dott. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati;

Visto il dispositivo di decisione n.629/2009;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Viene impugnata la sentenza in epigrafe con la quale il TAR Lombardia ha respinto il ricorso proposto dagli odierni appellanti.

Gli antecedenti della vicenda contenziosa sono i seguenti.

Con gravame in primo grado i ricorrenti, facenti parte di un costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti partecipanti alla gara di appalto indetta dal comune di Tremezzo per l'affidamento dei servizi di progettazione per il recupero, la riqualificazione ed il restauro della Villa Mainona detta "La Boliviana" e della Villa Boliviana di Tremezzo, impugnarono i provvedimenti con i quali l'amministrazione appaltante dispose l'aggiudicazione della succitata procedura concorsuale all'associazione professionale "Guerrieri Associati – Studio di Architettura", nonché la collocazione rispettivamente al 1° ed al 2° posto nella graduatoria complessiva delle offerte presentate dai costituenti raggruppamenti temporanei di professionisti capeggiati l'uno dall'Associazione professionale "Guerrieri Associati – Studio di Architettura" e l'altro dall'Arch. Alfredo Castiglioni.

A sostegno del proprio gravame parte ricorrente dedusse plurimi motivi di diritto

Con ricorso per motivi aggiunti, deducendo le medesime doglianze di cui al ricorso principale venne impugnata anche la deliberazione di giunta municipale di Tremezzo n. 65 del 12.11.2007, con la quale vennero approvati gli atti di gara e venne disposta la definitiva aggiudicazione ai controinteressati dell'appalto in questione.

Il primo giudice ritenne infondato nel merito il ricorso osservando che, in omaggio allo scopo di ampliamento della dinamica concorrenziale e della obiettiva funzione antimonopolistica svolta dai raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti (agli stessi equiparati nella disciplina comunitaria), sin dal 1999 (cfr. la sentenza del 2 dicembre 1999 nella causa C-176/98) la Corte di Giustizia ha chiarito la interpretazione "sostanzialista" della direttiva 92/50, nel senso, cioè, di consentire ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con gli stessi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto.

Nell'atto di appello si assume che le argomentazioni del primo giudice in materia di avvalimento non sarebbero pertinenti alla fattispecie in quanto le società risultate prima e seconda classificate sono mancanti dei requisiti soggettivi non potendo essere oggetto di avvalimento la qualità di "società di professionisti" o di "società di ingegneria" od ancora di "professionista" per legittimare la partecipazione in gara di soggetti che non rivestono alcuna di tali qualità.

Inoltre erroneamente il primo giudice ha ritenuto che la disposizione dell'art.90 del codice dei contratti della quale gli appellanti denunziavano la violazione in primo grado non costituiva ostacolo alla partecipazione alla gara dei concorrenti.

Sarebbe stato violata anche la lex specialis del bando di gara.

Si è costituito il Comune di Tremezzo confutando in rito l'ammissibilità dell'appello essendo mutata la composizione soggettiva dell'associazione ricorrente e nel merito la fondatezza del ricorso.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 10 luglio 2009.

DIRITTO

1. In relazione ad una aggiudicazione relativa ai servizi di progettazione per il recupero, la riqualificazione ed il restauro della villa Mainona, detta La Boliviana e della Villa Boliviana di Tremezzo, le ricorrenti società di ingegneria Baldo Progetti Engineering s.r.l. e Baldo Progetti s.r.l. e l'arch. Giuseppe Dallicardilli impugnarono in primo grado gli atti con i quali il comune di

Tremezzo collocò rispettivamente a 1° e 2° posto le società controinteressate assumendo che ove le stesse fossero state escluse, l'appalto avrebbe dovuto aggiudicarsi alle medesime ricorrenti e quindi alla RTP Baldo la cui offerta risultava collocata al terzo posto della relativa graduatoria.

2. Il TAR respinse il ricorso richiamando i principi di provenienza comunitaria in materia di avvalimento, consistente nella possibilità per il raggruppamento partecipante ad una gara di appalto pubblico di servizi di utilizzare i requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione posseduti da alcuni dei membri del raggruppamento medesimo, ed ancora richiamando il disposto dell'art. 48 della direttiva 18/2004/CE e la nota C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008, con la quale la Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano con riferimento alla normativa in materia di appalti pubblici, in particolare con riferimento agli artt. 34, 90 e 91 del d.lgs. n. 163 del 2006.

3. La Sezione ritiene di superare la eccezione di inammissibilità avanzata dall'appellato comune di Tremezzo in quanto l'appello nel merito non è fondato.

Il nodo centrale della vicenda contenziosa risiede nella affermazione di parte ricorrente che alcune società facenti parte dei raggruppamenti primo e secondo classificato mancherebbero di requisiti soggettivi indefettibili, non surrogabili e non acquisibili in alcun modo, in relazione agli artt. 90 e 91 del d.lgs. n.163 del 2006.

Esponde l'appellante che tali requisiti di tipo qualitativo sono diversi da quelli tecnico organizzativi ed economici finanziari e non potrebbero formare oggetto né di integrazione, né di avvalimento .

In sostanza non potrebbe essere oggetto di avvalimento, per legittimare la partecipazione in gara di soggetti che ne sono privi, la qualità di "società di professionisti" o di "società di ingegneria" od ancora di "professionista".

3.1. Tali censure non appaiono pertinenti in relazione alle caratteristiche oggettive ed alla peculiarità dell'appalto di cui trattasi.

Come già evidenziato la gara indetta dal comune di Tremezzo ha per oggetto interventi di riqualificazione edilizia, strutturale ed architettonica degli edifici, nonché di restauro e conservazione degli elementi decorativi e pittorici esistenti all'esterno ed all'interno degli edifici e di riqualificazione delle aree esterne.

Per la natura dell'appalto non si richiedeva solo una tradizionale attività di progettazione, ma anche una serie numerosa di prestazioni e di interventi complementari ed accessori con connotazioni prettamente conservative dell'esistente (in relazione ai materiali ed alle decorazioni) specificati negli atti di gara e per i quali non è prevista dall'ordinamento una apposita iscrizione all'albo professionale.

La gara è stata aggiudicata al RTP Guerrieri Associati Studio di Architettura che, accanto ai propri professionisti abilitati, comprendeva altri soggetti costituiti in società commerciali (CSG Palladio s.r.l., Anastasia s.r.l., Watersoil, Sistemi informativi s.r.l.).

Dalla documentazione agli atti e dalla istruttoria effettuata in primo grado è emerso che le prestazioni di carattere progettuale relative all'appalto venivano svolte dai professionisti iscritti ai relativi albi mentre altri soggetti facenti parte del raggruppamento svolgevano alcune attività accessorie e complementari preventivamente individuate dal bando .

Le appellanti non mettono in discussione la qualificazione professionale dello studio Guerrieri, ma il fatto che nel raggruppamento aggiudicatario figurino anche delle imprese specialistiche operanti esclusivamente nel proprio ambito di competenza.

Secondo gli appellanti tali soggetti esterni non avrebbero avuto titolo alla partecipazione alla gara nè potevano essere parti del contratto di appalto oggetto di gara, riservato, a mente dell'articolo 90 e 91 del codice degli appalti, solo ai soggetti ivi individuati.

In sostanza anche per le attività accessorie andava individuato un soggetto in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal codice dei contratti mentre nei fatti, attraverso l'istituto dell'avvalimento, la aggiudicataria avrebbe aggirato od eluso le norme che riservano la progettazione solo a soggetti abilitati.

4. Ritiene tuttavia la Sezione che in alcun modo la commissione di gara ha inteso colmare, con lo strumento della partecipazione in raggruppamento e con il richiamo all'istituto dell'avvalimento, carenze dei requisiti soggettivi delle imprese facenti parte del raggruppamento aggiudicatario chiamate alla progettazione e che correlativamente, le imprese commerciali indicate, facenti parte del raggruppamento, in quanto chiamate ad attività accessorie e del tutto complementari rispetto alla attività di progettazione, non erano tenute ad alcuna iscrizione.

Non può infatti prescindere dalla considerazione che il raggruppamento Guerrieri in sede di offerta aveva specificato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli componenti: per i soggetti facenti parte del raggruppamento, carenti dei requisiti di partecipazione, come anche riconosciuto dagli appellanti, veniva riservata solo una attività del tutto marginale, residuale, estranea alla progettazione, mentre l'attività di progettazione tecnica veniva affidata ai soggetti all'uopo abilitati.

In particolari a tali società era affidata la residuale attività consistente nell'attività di segreteria operativa ed analisi botanico-agronomica delle aree verdi, nell'attività di rilievi ed analisi della situazione di degrado esistente, nell'attività di analisi scientifica ed informatica strumentale alla redazione dello studio di impatto ambientale e alla progettazione vera e propria.

Tali soggetti, come rilevato da questo Consiglio in una vicenda sotto alcuni profili simile alla presente, (Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 1999 n.370), non erano tenuti al possesso dei requisiti specifici di ammissione alla gara dovendosi qualificare come semplici aggregati alla società di progettazione.

Con l'effetto che si sgonfiano di valenza le argomentazioni intese a stigmatizzare la carenza dei requisiti soggettivi in capo ai soggetti in questione non dovendo questi occuparsi delle attività di progettazione che costituiscono il precipuo oggetto dell'appalto aggiudicato, ma solo delle attività secondarie che erano state esplicitamente individuate dal bando di gara.

Solo sotto tale profilo va inquadrato il richiamo da parte del primo giudice allo istituto dell'avvalimento al quale, come questa Sezione ha recentemente precisato, (Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856) può ricorrersi anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine tecnico finanziario di partecipazione che nel caso in esame non erano certo relativi agli aspetti progettuali dell'appalto.

Si aggiunga che con la nota C 82008) 0108 del 30 gennaio 2008, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano in relazione al codice dei contratti fissando alcuni principi interpretativi che appaiono pertinenti al caso in esame.

E' stato infatti rilevato con riferimento agli art. 34, 90 e 101 del codice:

-che ai sensi delle direttive appalti pubblici, la nozione di operatore economico comprende ogni persona fisica o giuridica e ente pubblico o raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato ..la realizzazione di lavori, prodotti o servizi (art.1, par.8 della direttiva 2004/18/CE) e che una definizione analoga è data dall'art.1, par.8, della direttiva 2004/17/CE.

“Ne deriva che la direttive appalti pubblici non permettono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori escludendone altre. La Commissione considera dunque che l'art.34, par.1 del codice, anche in combinato disposto con l'art. 206, par.1, nonché gli artt.90 e 101, anche in combinato con l'art. 237 sono contrari alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, nella misura in cui essi escludono la possibilità di partecipazione alle gare di appalti e

ai concorsi di progettazione soggetti a dette direttive, per gli operatori che hanno una forma giuridica diversa da quelle contemplate dai citati articoli ..”

Come noto la procedura di infrazione ha portato alla pubblicazione del terzo decreto correttivo al codice degli appalti che risulta modificato, tra l’altro, proprio agli artt. 90 e 91.

Una lettura formalistica e restrittiva del codice dei contratti, quale propugnata nell’odierno contenzioso da parte appellante, finirebbe per rilevarsi contraria alla normativa comunitaria caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità e particolarmente preoccupata di non limitare in alcun modo la concorrenza estendendo al massimo il concetto di operatore economico.

In tale quadro appare pertinente anche il richiamo da parte del primo giudice all’istituto dell’avvalimento interno, consistente nella possibilità per il raggruppamento partecipante ad una gara di appalto pubblico di servizi di utilizzare i requisiti tecnici e finanziari di partecipazione posseduti da alcuni dei membri del raggruppamento medesimo, come risulta dal disposto dell’art. 48 della riptetuta direttiva 18/2004/CE e dalla sopradetta nota C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008.

Deve, infine, osservarsi che l’art. 91 del codice degli appalti richiama le disposizioni contenute nella parte seconda dello stesso codice, tra le quali è ricompreso anche l’art. 34, che individua i soggetti che possono divenire affidatari di contratti pubblici, fra i quali le società commerciali ed i raggruppamenti temporanei.

Per le suesposte considerazioni l’appello va respinto e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

In considerazione della peculiarità delle questioni trattate sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. quinta, respinge il ricorso in epigrafe indicato.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2009 con l'intervento dei Signori:

Aniello Cerreto, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Gabriele Carlotti, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

LAVORI PUBBLICI