



**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 621 del 2013, proposto dal Ccc - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Fera, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

***contro***

Il Comune di Tarvisio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Angelini e Teresa Billiani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Isabella Angelini in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

***nei confronti di***

La s.r.l. Incos, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Idrotermica F.lli Soldera mandante e l'ing. Gabriele Indovina progettista esterno in proprio, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Manzi, Stefania Lago e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, n. 18/2013, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tarvisio e della s.r.l. Incos, in proprio e quale capogruppo mandataria Rti, la quale ha presentato anche ricorso incidentale;

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 18 giugno 2015 il Cons. Sabato Guadagno e uditi per le parti l'avvocato Aldo Fera, l'avvocato Giovanni Leone su delega dell'avvocato Isabella Angelini, l'avvocato Luca Mazzeo su delega dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Tarvisio, con bando del 10 agosto 2012, indiceva una gara per la «realizzazione di centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predial», da realizzarsi entro i termini di 30 giorni per la progettazione e 365 per l'esecuzione, per l'importo complessivo di € 3.060.200,85, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006.

Alla procedura concorsuale partecipavano sei concorrenti, tra cui il Consorzio appellante ed il RTI Incos, dichiarato aggiudicatario definitivo con determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica n. 538 del 12 ottobre 2012.

1.1- Il Consorzio impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed i verbali della commissione di gara, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dalla gara dello stesso RTI e con successivi motivi aggiunti impugnava anche il diniego tacito del Comune formatosi in relazione alla richiesta di informativa.

La s.r.l. Incos, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Idrotermica F.lli Soldera e con ing. Gabriele Indovina in proprio, si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo anche ricorso incidentale.

2.- Il T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, con l'impugnata sentenza n. 18/2013 ex art. 60 c.p.a., respingeva sia il ricorso incidentale che quello principale.

3. L'appellante Ccc - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa ha proposto appello, riproponendo le stesse censure di primo grado.

4.- Si sono costituiti in giudizio il Comune di Tarvisio e la s.r.l. Incos, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI., chiedendo il rigetto dell'appello.

La s.r.l. Incos, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Idrotermica F.lli Soldera e con ing. Gabriele Indovina in proprio, ha anche proposto appello incidentale.

5. - All'udienza pubblica del 18 giugno 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Il Collegio procede preliminarmente alla disamina dell'appello incidentale, in quanto il suo accoglimento comporterebbe l'improcedibilità per carenza d'interesse del ricorso principale.

6.1. - Con il primo motivo dell'appello incidentale, l'aggiudicataria Incos ripropone la prima censura di primo grado in ordine alla figura del direttore tecnico ing. Visentin Mario della coop. s.r.l. Coopprogetti, società indicata quale progettista delle opere dal ricorrente CCC Consorzio Cooperativa, deducendo che la mancata dichiarazione e la mancata allegazione da parte del suddetto Direttore Tecnico della dichiarazione di insussistenza di cause ostative configurano violazioni dell'art. 38 D.Lgs. n. 263/2006 e delle previsioni dei punti 7 e 7.1 del disciplinare.

Tale carenza avrebbe dovuto comportare l'esclusione della ricorrente Cooperativa, in quanto la presentazione della suindicata documentazione era

sancita –a pena di esclusione- per i direttori tecnici sia dell'Impresa capogruppo che di quelle ausiliarie per tutti i tipi di società.

Tale censura va disattesa.

Al riguardo il Collegio rileva, come già evidenziato dal giudice di primo grado, che dagli atti di causa risulta che la nomina del direttore tecnico ing. Mario Visentin era stata revocata con delibera del Consiglio di amministrazione della s.r.l. Coop. Cooprogetti del 12 aprile 2010 e tale elemento ha un carattere risolutivo, in quanto l'indicazione del medesimo direttore tecnico nel casellario delle società di ingegneria e tra professionisti presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, relativo alla soc. Cooprogetti, era presumibilmente dovuto al non tempestivo aggiornamento del registro: d'altronde l'aggiudicataria non ha fornito neanche nel presente giudizio ulteriori elementi a sostegno della permanenza della suddetta figura professionale nella struttura della medesima s.r.l. Coop. Cooprogetti in modo tale da poter vanificare la rilevanza della revoca del direttore tecnico, documentalmente comprovata nel giudizio di primo grado.

La prima censura del ricorso incidentale va pertanto rigettata.

6.2- Né può trovare accoglimento il secondo motivo di ricorso incidentale, con cui la Incos deduce che i progettisti indicati dal consorzio avrebbero dovuto comprovare il possesso dei requisiti con i certificati riguardanti le rispettive competenze.

Infatti, nella specie l'appellante Consorzio ha indicato quale progettista la società di professionisti Cooprogetti, società cooperativa a responsabilità limitata e dotata di una soggettività giuridica distinta da quella dei singoli professionisti, e pertanto la prova dei requisiti va riferita alla società nel suo insieme e non ai singoli professionisti che ne fanno parte.

7. Si può ora procedere alla disamina del ricorso principale.

8- Con il secondo motivo, da esaminare con priorità, l'appellante ripropone la censura di violazione del bando di gara e dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, in quanto per un soggetto cessato dalla carica di legale rappresentante è stata prodotta solo la dichiarazione a firma dell'attuale legale rappresentante della società e non anche la dichiarazione redatta dal medesimo.

In proposito si osserva che il legale rappresentante della società, sig. Soldera Andrea, ha regolarmente prodotto la dichiarazione con la compilazione del richiesto modulo B, inserendo, ai sensi del disciplinare e del modulo predisposto dalla Stazione appaltante, i dati anagrafici del sig. Soldera Nicola, cessato dalla carica di legale rappresentante della soc. Idrotermica F.lli Soldera, indicando specificamente la «posizione penale» di quest'ultimo.

Tale attestazione è stata redatta in conformità al disciplinare ed al modulo B medesimo, in modo puntuale: infatti parte appellante non ne contesta in alcun modo nel presente giudizio la veridicità.

Non può perciò condividersi la tesi di parte appellante che, nonostante tale esaustiva attestazione effettuata dal legale rappresentante attuale, anche i soggetti cessati dalle cariche (così come i soggetti in carica) dovevano rendere (mediante il modulo C) anche la personale e separata dichiarazione di assenza di pregiudizi penali, pena l'esclusione.

D'altronde il bando di gara prevedeva che, nella busta recante la documentazione amministrativa, doveva essere inserita, a pena di esclusione, la domanda di partecipazione (conforme all'allegato modello A), a firma del rappresentante legale della società concorrente, una dichiarazione in ordine alla sussistenza dei requisiti di idoneità professionale e di ordine generale (conforme al modello B), resa e sottoscritta dal legale rappresentante della società, nella quale questi doveva dichiarare (per quanto qui rileva) «che, qualora vi siano soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza definitiva di condanna...,

siano stati adottati atti o misure di completa dissociazione» ed il tenore dei moduli cui il disciplinare rinvia ed il cui contenuto assumeva carattere integrativo della normativa di gara.

D'altra parte, la veridicità (sotto il profilo della puntuale indicazione di tutte le condanne riportate) della dichiarazione sostitutiva di notorietà rappresenta lo strumento indispensabile, adeguato e ragionevole, per contemperare i contrapposti interessi in conflitto, quello dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e di qualità personali, che potrebbero risultare inutili o influenti) e quello pubblico, delle amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se sussistono ipotesi di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito con la gara di appalto (in senso conforme Cons. St., sez. V, 1378 del 6 marzo 2013; sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792).

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio (con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014) - affrontando la (diversa) questione della necessità o meno della menzione nominativa nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale dell'impresa e delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura - ha indicato, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma

preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione di ammissibilità della domanda) e di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante, delineando così «la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie», giungendo alla conclusione che, allorquando «la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione delle necessità conoscitive dell'Amministrazione». (in tal senso, anche Cons. Stato, Sez. V, n. 2504/2015).

9. Con il primo motivo, l'appellante lamenta inoltre l'erroneità della sentenza di primo grado per violazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, degli artt. 12, 14.1.2, e 15 del bando, delle lettere A), F) e V) delle norme per la partecipazione alla gara, del principio di par condicio nella partecipazione alle pubbliche gare e deduce che il contratto di avvalimento sarebbe illegittimo, perché stipulato da un soggetto esterno all'aggiudicatario R.T.I., sicché sarebbe erronea la sentenza impugnata per aver ritenuto legittimo l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, ai sensi degli artt. 47 e 48 della direttiva comunitaria n. 18 del 31/03/2004, anche al progettista esterno di cui il concorrente di avvale ex art. 53 del d.lgs. n. 163/2006 e art. 90 del D.P.R. n. 207/2010.

In particolare il RTI Incos s.r.l. con Idrotermica F.lli Soldera ha partecipato alla gara in forma di costituendo raggruppamento temporaneo e - non rientrando nelle proprie attestazioni SOA la qualificazione per le prestazioni di progettazione - si è avvalso quale progettista esterno dell'ing. Gabriele

Indovina, non facente parte del suddetto RT.I., il quale nella busta A ha allegato alla documentazione presentata anche il contratto di avvalimento tra lo stesso progettista esterno Gabriele Indovina (in qualità di soggetto avvalente), non in possesso di tutti i requisiti, e la ditta Prisma Engineering s.r.l. (in qualità di soggetto ausiliario).

A tal fine, l'appellante richiama una pregressa giurisprudenza, in ordine all'art. 49 cod. contr., secondo cui un tale avvalimento non sarebbe possibile.

10. Ritiene la Sezione che su tale questione vada disposta la sospensione del giudizio, per pregiudizialità.

10.1. La sentenza impugnata del TAR Friuli-Venezia Giulia ha così motivato la reiezione della censura di primo grado: «pur consapevole della giurisprudenza contraria, ritiene che, applicando i principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, dell'istituto citato possono avvalersi anche i progettisti indicati. Invero questi ultimi rientrano tra i soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara. In sostanza, ad avviso di questo collegio, l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori».

10.2. Sul punto, questo Consiglio si è pronunciato in modo difforme.

Con la sentenza di questa Sezione, 2 ottobre 2014, n. 4929, si è rilevato che, «in ordine alla dedotta violazione degli artt. 49, 53 e 90 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 92 d.P.R. n. 207/2010, per illegittimo uso dell'avvalimento, va rammentato che questo, secondo quanto ribadito da ultimo dalla Corte di giustizia, 10 ottobre 2013, in C-94/12, si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara».

Tale sentenza si è discostata dalle precedenti sentenze Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 5161/2012).

10.3. Sulla questione dibattuta dalle parti, questa Sezione ha sollevato una questione pregiudiziale, che ha sottoposto all'esame della Corte di Giustizia con ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737.

Poiché il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia può avere un esito decisivo sull'andamento del presente giudizio, sussistono tutti i presupposti per disporre la sospensione, ai sensi dell'art. 79 del codice del processo amministrativo.

8- Conclusivamente, va respinto l'appello incidentale e va respinto anche il secondo motivo dell'appello principale.

Per l'esame delle residue censure, va invece sospeso il giudizio,

Resta riservata dunque ogni ulteriore statuizione, anche in ordine alle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello principale n. 621 del 2013:

- respinge l'appello incidentale;
- respinge il secondo motivo dell'appello principale;
- sospende il giudizio ai sensi dell'art. 79 del codice del processo amministrativo, in attesa che la Corte di Giustizia definisca la questione pregiudiziale, sollevata da questa Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737;
- si riserva ogni ulteriore statuizione, anche in ordine alle spese del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2015

IL SEGRETARIO

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