

N. 00130/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01739/2012 REG.RIC.

N. 00230/2013 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1739 del 2012, proposto da:
Dremar Ambiente Servizi Montaggi Srl, Castelco Societa' Cooperativa,
rappresentati e difesi dagli avv. Alfredo Biagini, Elisabetta Mariotti, con domicilio
eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura,
domiciliata in Venezia, San Marco, 63;

nei confronti di

Tecnica Restauri S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania
Lago, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso Nicola Creuso in Padova, Net
Center, via S. Marco, 11/C;

sul ricorso numero di registro generale 230 del 2013, proposto da: Dremar Ambiente Servizi Montaggi Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Elisabetta Mariotti, Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G; Castelco Societa' Cooperativa, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Mariotti, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Ministero della Difesa Quinto Reparto Infrastrutture, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Venezia, San Marco, 63;

nei confronti di

Tecnica Restauri Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso Nicola Creuso in Padova, Net Center, via S. Marco, 11/C;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1739 del 2012:

della comunicazione del Ministero della Difesa Esercito V Reparto Infrastrutture di Padova del 26.10.2012 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato alla ditta Tecnica Restauri srl; dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva non comunicati alle ricorrenti; del verbale del 25 ottobre 2012 della Commissione di gara di aggiudicazione provvisoria; del verbale del 11 ottobre 2012 della Commissione di gara di verifica e ammissione delle ditte partecipanti alla procedura aperta; di tutti i verbali delle sedute della Commissione di gara non noti; ove possa occorrere, il silenzio serbato dall'Amministrazione intimata sulla segnalazione informativa inviata dalla ricorrente in data 22.11.2012; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto..

quanto al ricorso n. 230 del 2013:

della comunicazione del Ministero resistente, di esclusione della parte ricorrente dalla procedura di gara n. 3 - Padova - Cas. De Bertolini - Appalto integrato dei lavori di manutenzione straordinaria dei manti di copertura e canalizzazioni delle acque piovane di vari fabbricati; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Tecnica Restauri S.r.l. e di Ministero della Difesa Quinto Reparto Infrastrutture e di Tecnica Restauri Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tecnica Restauri Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso Nicola Creuso in Padova, Net Center, via S. Marco, 11/C;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto introduttivo (RG n. 1739/2012) notificato il 26.11.2012 il RTI costituito da Dremar Ambiente Servizi Montaggi srl e E Castelco soc. coop. (in prosieguo RTI Dremar), seconda graduata, impugnava - lamentando l'errata valutazione dei requisiti di capacità tecnica della controinteressata - l'aggiudicazione a Tecnica Restauri srl della gara indetta il 10.8.2012 dal Ministero della Difesa per l'affidamento dell'appalto integrato dei lavori di manutenzione straordinaria dei

manti di copertura e canalizzazione delle acque piovane di vari fabbricati situati nella caserma De Bertolini di Padova per un importo a base d'asta di € 1.267.395,75, oltre a IVA.

Resistevano il Ministero della Difesa e Tecnica Restauri srl opponendo l'infondatezza del gravame e proponendo, quest'ultima, ricorso incidentale con il quale evidenziava che l'architetto Roberto Barbetti – che, in qualità di progettista designato per la redazione del progetto esecutivo da Nuovomodo srl, società di progettazione che a sua volta era stata indicata dal RTI Dremar per l'esecuzione della progettazione esecutiva, aveva sottoscritto la dichiarazione di possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del DLgs n. 163/2006 affermando l'inesistenza a suo carico di pregiudizi penali, ancorchè col beneficio della “non menzione” – era stato condannato con decreto penale del GIP di Arezzo, divenuto esecutivo il 22.2.2007, per “violazioni sulle norme di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri”.

Acquisito il certificato del casellario giudiziale dell'arch. Barbetti e verificata l'esistenza del decreto penale, l'Amministrazione disponeva, pertanto, l'esclusione del RTI Dremar per mendacità della dichiarazione resa dalla società di progettazione.

Avversava tale provvedimento il raggruppamento interessato (con ricorso RG n. 230/2013) affermando che il Barbetti, non essendo né amministratore né direttore tecnico della società deputata all'esecuzione del progetto, non era tenuto a rilasciare le dichiarazioni ex art. 38 del codice e, dunque, non gli si poteva imputare la mendacità quale causa di esclusione dalla gara, esclusione che opera soltanto in caso di una dichiarazione mendace che si è obbligati a rilasciare: la condanna penale, comunque, si era estinta ex lege ai sensi dell'art. 460 c.p.p. per decorso del termine biennale senza contestazione di nuove contravvenzioni della stessa indole.

Si costituivano in giudizio il Ministero della Difesa e Tecnica Restauri srl rilevando che l'obbligo della dichiarazione ex art. 38 da parte della persona fisica che redige il progetto trae giustificazione e fondamento dall'esigenza che tutti i soggetti che vengono in rapporto diretto con l'Amministrazione per libera scelta del concorrente garantiscano la piena affidabilità e moralità professionale; quanto, poi, all'asserita estinzione della contravvenzione, opponevano l'assenza di una formale pronuncia in tal senso. Tecnica Restauri srl, peraltro, proponeva ricorso incidentale escludente esponendo le medesime censure, eccetto quella condivisa dall'Amministrazione nel provvedimento di esclusione, già avanzate con lo stesso mezzo processuale presentato nel ricorso RG n. 1739/2012.

Entrambe le cause sono state chiamate all'udienza del 15 gennaio 2014, ove sono state introitate per la decisione.

DIRITTO

1.- In via preliminare, va disposta la riunione degli epigrafati ricorsi in ragione della loro evidente connessione soggettiva e funzionale e, in tale contesto, deve esaminarsi prima il ricorso (principale) RG n. 230/2013 con cui il RTI Dremar contesta la disposta esclusione dalla gara (ovvero si potrebbe esaminare in alternativa - stante la loro specularità, infatti, l'accoglimento di uno comporta automaticamente la reiezione dell'altro -, il ricorso incidentale proposto da Tecnica Restauri srl nel ricorso RG n. 1739/2012 con cui si perora l'esclusione del RTI ricorrente per una pluralità di motivi, tra i quali è anche quello condiviso dall'Amministrazione che ha portato all'impugnato provvedimento di esclusione): ovvio, infatti, che qualora tale ricorso fosse ritenuto infondato (ovvero qualora fosse ritenuto fondato il ricorso incidentale in RG n. 1739/2012), il ricorso RG n. 1739/2012 con cui il raggruppamento ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata della procedura concorsuale rivendicandola per sé sarebbe inammissibile. Il soggetto legittimamente escluso dalla gara, infatti, risulta privo di

legittimazione e/o carente di interesse con riferimento alla deduzione dei vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura concorsuale in quanto - tenuto conto che l'accoglimento del ricorso per motivi inerenti al provvedimento di aggiudicazione in favore dell'impresa controinteressata comporterebbe non già l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, ma la ripetizione della gara - l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara può essere perseguito soltanto dall'impresa che non è stata esclusa dalla gara: l'offerente che è stato legittimamente escluso dalla selezione, invero, non può vantare un'aspettativa giuridica diversa e più qualificata di quella che si può riconoscere ad un qualunque altro soggetto che non abbia partecipato alla selezione stessa e che aspira ad eseguire l'appalto, previa partecipazione ad una successiva gara e sua conseguente aggiudicazione.

2.- Passando al merito, dunque, deve domandarsi se nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione dei lavori l'obbligo delle dichiarazioni di inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del codice dei contratti sussista, o meno, anche nei confronti delle persone fisiche che, soci di una società di progettazione che il soggetto partecipante abbia individuato quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione, siano state nominativamente indicate quali effettivi redattori del progetto ai sensi dell'art. 90, VII comma del DLgs n. 163/2006.

La risposta *—re melius perpensa* rispetto a quanto diversamente prospettato, ancorchè in forma certamente non perentoria (ma soltanto “possibilista”), nella sentenza n. 1389/2013 di questa sezione - non può che essere affermativa.

Dal punto di vista normativo, invero, deve richiamarsi la previsione contenuta nell'art. 53, III comma del DLgs n. 163 cit., a tenore del quale “quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento

con soggetti qualificati per la progettazione”. Stabilisce, poi, il successivo art. 90, VII comma che “indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche”.

L'obbligo, dunque, di indicare i professionisti a cui è concretamente demandata l'elaborazione del progetto deve essere adempiuto – come, peraltro, è stato effettivamente adempiuto nel caso di specie da Modonuovo srl, società di progettazione individuata dalla ricorrente - già in sede di presentazione dell'offerta, e non avrebbe senso l'imposizione di siffatto obbligo (con cui, appunto, l'Amministrazione viene messa al corrente del nominativo delle persone fisiche che si rapporteranno direttamente con essa e che saranno personalmente responsabili) senza che i progettisti specificamente incaricati fossero tenuti a rilasciare le dichiarazioni (ex art. 38) garantiste della loro affidabilità, serietà e moralità (cfr., a tal proposito, CdS, V, 9.5.2012 n. 1752 che, nel respingere in sede cautelare l'appello avverso la sentenza TAR Sardegna n. 306/2012, ha osservato che “anche nel caso di appalto integrato, pare necessaria l'indicazione specifica del progettista o dei progettisti persone fisiche, potendosi altrimenti eludere (se venisse solamente indicata la società che si occupa del progetto) le norme che impongono determinati requisiti, anche di ordine generale, in capo ai soggetti che materialmente redigono i progetti”).

Risponde infatti ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi dell'Amministrazione che tutti gli operatori economici che a qualsiasi

titolo eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture nei suoi confronti abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38 del codice.

Se in caso di società di professionisti tali requisiti andassero accertati solo in capo alla società e non anche in capo ai soci che eseguono le prestazioni, la società potrebbe agevolmente costituire un elemento di copertura consentendo la partecipazione di professionisti privi dei necessari requisiti: ai professionisti che non avessero i requisiti dell'art. 38 sarebbe sufficiente, infatti, anziché concorrere direttamente (andando incontro a sicura esclusione), avvalersi di una società da utilizzare come copertura.

Orbene, nel caso di specie l'arch. Barbetti che, qualificandosi "Progettista indicato per l'esecuzione della progettazione esecutiva", aveva (correttamente) compilato l'allegato "E" alla domanda di partecipazione sottoscrivendo in nome e per conto di Nuovomodo srl, Società progettista indicata dall'impresa concorrente, la dichiarazione di inesistenza, nei propri confronti, delle cause ostative di cui all'art. 38 del codice dei contratti, è risultato invece condannato con decreto penale del GIP di Arezzo, divenuto irrevocabile il 22.2.2007, per "violazioni sulle norme di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri".

Il Barbetti, dunque – è appena il caso di osservare che l'art. 38, II comma del DLgs n. 163/2006 stabilisce inequivocabilmente che "il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva....in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione" -, ha reso una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà mendace che si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara (cfr., ex pluribus, CdS, VI, 6.4.2010 n. 1909; V, 2 febbraio 2010 n. 428; TAR Veneto, I, 19.3.2013 n. 425), anche avuto riguardo alla previsione contenuta nell'art. 75 del DPR 28.12.2000 n. 445, secondo cui "il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera": art. 75 che

prescinde, per la sua applicazione, dalla condizione soggettiva del dichiarante e da eventuali, diverse determinazioni (precariamente) assunte dalla stazione appaltante, attestandosi sul dato oggettivo della "non veridicità".

Né può concordarsi con il raggruppamento ricorrente sull'inefficacia del decreto penale per sopravvenuta estinzione della contravvenzione irrogata al Barbetti: è appena il caso di evidenziare, infatti, che la riabilitazione (combinato disposto dagli artt. 683 cpp e 178 cp) e l'estinzione del reato/contravvenzione (combinato disposto dagli artt. 676 cpp e 151 seg. cp) per decorso del termine di legge devono essere giudizialmente dichiarate, giacché il giudice di sorveglianza nel primo caso ed il giudice dell'esecuzione nel secondo caso sono gli unici soggetti al quale l'ordinamento conferisce la competenza a verificare che siano venuti in essere tutti i presupposti e sussistano tutte le condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, in mancanza, la dichiarazione di assenze di condanne penali equivale a dichiarazione mendace e giustifica l'esclusione dalla gara del concorrente che l'abbia resa (cfr. CdS, V, 20.10.2010 n. 7581);

Così come non potrebbe richiamarsi la buona fede del ricorrente e la scusabilità dell'errore in relazione alla circostanza che il certificato del casellario giudiziale non riportava alcunché a carico dei soggetti interessati: è noto, infatti, che i certificati del casellario rilasciati ai privati sono incompleti, potendosi comunque effettuare presso il competente Ufficio una visura ai sensi dell'art. 33 del DPR n. 313/02, da cui emerge il quadro completo della propria situazione penale.

3.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso (principale) n. 230/2013 è infondato, con conseguente legittimità della disposta esclusione: il ricorso incidentale proposto nell'ambito di tale gravame è, pertanto, inammissibile per difetto di interesse.

Dalla correttezza (recte: dalla doverosità), testè affermata, dell'esclusione dalla gara del RTI Dremar deriva inevitabilmente l'improcedibilità per difetto di interesse,

per le ragioni innanzi esposte (sub 1.-, ove si è osservato che il concorrente legittimamente escluso non ha interesse/legittimazione a contestare l'aggiudicazione della gara ad un terzo), del ricorso principale RG n. 1739/2012: il ricorso incidentale quivi spiegato è, conseguentemente e a sua volta, inammissibile per difetto di interesse.

La natura della controversia induce il collegio a disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, previa riunione dei ricorsi in epigrafe, respinge il ricorso principale n. 230/2013 e dichiara inammissibile il ricorso incidentale ivi proposto; dichiara improcedibile il ricorso principale n. 1739/2012 e, conseguentemente, inammissibile il ricorso incidentale ivi spiegato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2014

IL SEGRETARIO

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