

N. 04216/2014REG.PROV.COLL.

N. 07257/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7257 del 2011, proposto da:
De Luca Rocco Alberto e Cataldo Daniele, in proprio e nella qualità di “capogruppo e componendo” del Raggruppamento Tecnico di Professionisti corrente in Marino, via Roma n. 425, rappresentati e difesi dagli avvocati Salvatore Corrado e Paride Cesare Cretì, con domicilio eletto presso Cav. L. Gardin, in Roma, via Laura Mantegazza, n. 24;

contro

Comune di Marino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Liviello, con domicilio eletto presso il dott. Marco Gardin, in Roma, via L. Mantegazza n. 24;
Moart Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso lo studio Grez e Associati, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;
Responsabile Settore Servizi Lavori Pubblici del Comune di Marino, Ing. Renato Del Piano, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Sezione Staccata di Lecce, Sezione III, n. 1478/2011, resa tra le parti, di declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto per l'annullamento della graduatoria della gara indetta dal Comune di Marino per l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva/esecutiva, direzione lavori, misura, contabilità e coordinamento della sicurezza nell'ambito dei programmi integrati di riqualificazione delle periferie (nella parte in cui il Responsabile di Settore ha attribuito 99,76/100 punti alla Ramoart s.r.l.) e del verbale n. 2 del 3 marzo 2011 (nella parte in cui ha assegnato 70 punti a detta società e dei provvedimenti di aggiudicazione/affidamento dell'incarico di progettazione alla citata società), nonché per la riformulazione nella graduatoria di concorso e la conseguente aggiudicazione della gara ai ricorrenti, previa declaratoria di nullità/annullamento/inefficacia/caducazione del contratto eventualmente stipulato;

inoltre per l'annullamento della deliberazione della G.C. di Matino n. 101/11 (avente ad oggetto: "Programmi Integrati di Riqualificazione Approvazione Progetto Definitivo/Esecutivo") e della determinazione n. 118 del 31 marzo 2011 (di affidamento dell'incarico), nonché per la condanna di detto Comune al risarcimento dei danni subiti dai ricorrenti a seguito dei provvedimenti illegittimi da esso adottati;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Matino e della Moart Engineering s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 28 settembre 2011, n. 4266;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati De Bonis, per delega degli avvocati Corrado e Cretì, Liviello e Mormandi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Gli architetti Rocco Alberto De Luca e Daniele Cataldo, quali membri di un Raggruppamento Tecnico di Professionisti originariamente composto dagli stessi e dal geometra Francois Torsello, hanno partecipato, alla gara indetta dal Comune di Matino per l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva/esecutiva, direzione lavori, misura, contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione nell'ambito dei programmi integrati di riqualificazione delle periferie (P.I.R.P. – Fondi FESR – intervento zona ex 167), che è stata aggiudicata alla Moart Engineering s.r.l., mentre detto Raggruppamento si è classificato al secondo posto.

2.- I suddetti architetti hanno quindi impugnato la graduatoria definitiva, i verbali presupposti e le valutazioni della commissione giudicatrice, nella parte in cui era stata ammessa alla procedura di gara la società aggiudicataria ed era stato ad essa attribuito il punteggio massimo, chiedendo anche il risarcimento dei danni, presso il T.A.R. Puglia, Lecce, che, con la sentenza in epigrafe indicata, ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse, a seguito della rilevata dissociazione di detto geometra Torsello dalle iniziative degli altri consorti e della manifestazione della sua volontà di recesso dal costituendo Raggruppamento Temporaneo di cui faceva parte, conseguenzialmente prescindendo dalla disamina del ricorso incidentale proposto dalla parte controinteressata.

3.- Con il ricorso in appello in esame i citati architetti De Luca Rocco Alberto e Cataldo Daniele hanno chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1) Errata applicazione di principi giurisprudenziali del Consiglio di Stato, violazione ed errata interpretazione/applicazione dell'art. 37, comma 9, del d. lgs. n. 163/2001. Carenza assoluta di

istruttoria e mancata valutazione della documentazione in atti, violazione del principio di prova, sviamento e perplessità.

2) In relazione ai provvedimenti impugnati sono stati dedotti i seguenti motivi:

2.1) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione del bando di gara, violazione dell'art. 91 del d. lgs. n. 163/2006. Disparità di trattamento e di valutazione delle offerte tecniche, contraddittorietà, carenza assoluta di istruttoria ed arbitrarietà.

2.2) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione del bando di gara, violazione dell'art. 90 del d. lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del d.P.R. n. 554/1999. Carenza assoluta di istruttoria, eccesso di potere ed arbitrarietà.

2.3) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, carenza assoluta di istruttoria, errata valutazione del progetto esecutivo/definitivo, violazione dell'art. 164 del d. lgs. n. 163/2006, allegato XXI, sez. II; violazione e falsa applicazione degli artt. 25, 30, 33 e 47 del d.P.R. n. 554/1999. Sviamento, illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa.

2.4) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, carenza assoluta di istruttoria, carenza di motivazione, errata valutazione del progetto definitivo esecutivo, sviamento, illogicità e contraddittorietà.

2.5) Manifesta illogicità, contraddittorietà, perplessità del progetto, carenza di istruttoria sotto differenti profili, violazione ed errata applicazione dell'art. 47 del d.P.R. n. 554/1999; falsa ed erronea valutazione, violazione dell'art. 1418 del c.c..

Con memoria depositata il 23.9.2011 si è costituita in giudizio la Moart Engineering s.r.l., eccependo la inammissibilità e la irricevibilità dell'appello, nonché deducendone la infondatezza e concludendo per la reiezione.

4.- Con memoria depositata il 23.9.2011 si è costituito in giudizio il Comune di Marino, che, prospettata nuovamente la eccezione, assorbita in primo grado, di inammissibilità del ricorso per aver presentato il Raggruppamento ricorrente un'offerta incompleta, ha dedotto la infondatezza di tutti i motivi di gravame, assuntamente riproduttivi del contenuto del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado.

5.- Con memoria depositata il 23.9.2011 la Moart Engineering s.r.l. ha eccepito la inammissibilità dell'appello per non essere stato oggetto di specifica censura il capo della sentenza che ha affermato che dalla professionalità del geom. Torsello non poteva prescindere, essendo la stessa stata valutata e soppesata dalla Commissione nell'attribuzione del punteggio finale, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

6.- Con memoria depositata il 26.9.2011 le parti appellanti hanno ribadito tesi e richieste.

7.- Con ordinanza 28 settembre 2011 n. 4266 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

8.- Con memoria depositata il 10.2.2014 il Comune di Marino, evidenziato che, in applicazione di un nuovo indirizzo interpretativo dell'art. 37, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006, gli appellanti non avrebbero interesse all'annullamento dei provvedimenti impugnati, ha ribadito la eccezione di carenza di interesse degli stessi al gravame per non aver specificato nella domanda di

partecipazione le quote di partecipazione e le parti del servizio da eseguire da parte dei componenti del costituendo Raggruppamento da essi costituito; ha infine chiesto che la domanda di risarcimento danni sia dichiarata inammissibile per carenza di idonea prova.

9.- Gli appellanti, con memoria depositata il 21.2.2014, hanno ribadito tesi e richieste e, con memoria depositata il 7.3.2014, hanno reiterato la domanda risarcitoria, chiedendo al Collegio di fissare criteri “per l’offerta equa a titolo risarcitorio”.

10.- Con memoria depositata l’11.3.2014 la Moart Engineering s.r.l. ha replicato alle avverse argomentazioni.

11.- Alla pubblica udienza del 25.3.2014 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

12.- L’appello non è, ad avviso della Sezione, suscettibile di accoglimento.

13.- Con il primo motivo di gravame è stato evidenziato che il costituendo Raggruppamento Temporaneo tra Professionisti di cui trattasi era composto dagli architetti De Luca e Cataldo, nonché dal geometra Torsello, che avrebbe avuto, nell’eventuale espletamento dell’incarico, solo il ruolo di collaboratore per effettuare rilievi topografici ed indagini catastali.

A seguito del recesso da detto Raggruppamento del citato geometra, con nota del 18.3.2011, dopo la pubblicazione della graduatoria e la proposizione del ricorso, il Comune di Matino ha eccepito la inammissibilità del gravame nell’assunto che mai esso Raggruppamento avrebbe potuto, a seguito di tale evento, risultare vincitore.

Il T.A.R. ha accolto detta eccezione, non conformandosi all’orientamento giurisprudenziale per il quale è possibile il recesso di uno o più soggetti da un Raggruppamento se i rimanenti componenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell’appalto, in quanto il divieto legislativo riguarderebbe solo l’aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il solo venir meno di uno di essi, non essendo in tale caso la circostanza volta ad eludere la legge e, in particolare, ad evitare una sanzione di esclusione dalla gara.

Nel caso di specie, secondo i deducenti architetti, essi non hanno proceduto alla sostituzione del citato geometra in considerazione del fatto che esso avrebbe avuto un ruolo marginale di collaboratore nei rilievi topografici e nelle indagini catastali, essendo tali operazioni direttamente effettuabili dagli appellanti, che dispongono delle professionalità e delle attrezzature a tanto necessarie, come da dichiarazione sostitutiva ex art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in atti.

Ciò renderebbe viziata la sentenza anche laddove ha affermato che il Raggruppamento composto dai ricorrenti non aveva fornito la prova di resistenza, non avendo dimostrato che, in assenza di uno dei titolari dell’offerta, esso avrebbe mantenuto inalterati i requisiti e quindi i punteggi ottenuti, in modo da potersi aggiudicare l’incarico in questione.

Infatti il recesso del geometra Torsello non avrebbe inciso, né avrebbe potuto, sull’offerta tecnica e sulla professionalità del Raggruppamento di cui trattasi, per le ragioni in precedenza evidenziate, e l’assunto del primo giudice dimostrerebbe non solo il mancato esame della documentazione e dei “curricula” in atti, nonché di detta dichiarazione sostitutiva, ma anche che sarebbe stato disatteso il principio per il quale essa dichiarazione, che avrebbe lo stesso valore giuridico di un atto di notorietà ex art. 76 del d.P.R. n. 445/2000, ha valore di prova fino a contraria risultanza.

14.- Osserva la Sezione che al riguardo il T.A.R., dato atto che, ai sensi dell'art. 37, comma 9, del d.lgs. 163/2001 *“è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*, ha affermato che, anche se non è vietato il recesso di una o più imprese dal Raggruppamento di cui fanno parte, nel caso in cui quelle restanti risultino autonomamente titolari dei requisiti di partecipazione e di qualificazione, nel particolare caso di specie proprio la tipologia e specificità della procedura in esame impediva il recesso di uno dei componenti titolari dell'offerta tecnica, essendo tutte le professionalità dei titolari dell'offerta componenti essenziali della stessa, con diversità dell'offerta dal punto di vista qualitativo e quantitativo in caso di recesso di uno di essi, non potendo condividersi la tesi sostenuta dai ricorrenti che il geometra Torsello avrebbe avuto un ruolo marginale nel costituendo raggruppamento.

A dette considerazioni il T.A.R. ha aggiunto quella che, comunque, la parte ricorrente non aveva fornito la prova di resistenza, non avendo dimostrato che, anche in assenza di uno dei titolari dell'offerta, il raggruppamento avrebbe mantenuto inalterati i requisiti, e quindi i punteggi ottenuti, in modo tale da potersi aggiudicare l'incarico in questione.

15.- Ritiene la Sezione che il fulcro centrale delle argomentazioni poste dal giudice di primo grado a conforto della assunta decisione non sia stato validamente investito delle censure ad essa mosse dalle parti appellanti e che comunque sia pienamente condivisibile.

Infatti, come sopra evidenziato, il T.A.R. non ha obliterato, ma ha preso atto dell'indirizzo giurisprudenziale per il quale non è vietato il recesso di una o più imprese da un Raggruppamento (quando quelle che restino a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione), ben ponendo in rilievo che, a prescindere da ciò, era la specificità e particolarità della procedura in esame che impediva il recesso di uno dei componenti titolari dell'offerta tecnica, della cui complessiva professionalità l'offerta risultava composta, sostanzialmente perché ciò rendeva l'offerta diversa dal punto di vista qualitativo e quantitativo, essendo stata anche detta professionalità già valutata e soppesata dalla Commissione nell'attribuzione del punteggio finale.

Infatti risulta dal bando di gara che l'incarico sarebbe stato affidato al soggetto che avrebbe offerto le condizioni più vantaggiose per l'Amministrazione, valutate prendendo in considerazione, per l'offerta tecnica (che avrebbe dovuto contenere informazioni sulle attività da svolgere, sul metodo di lavoro, sugli strumenti impiegati, sul dettaglio degli elaborati prodotti, sulle modalità di coordinamento con gli attori per la redazione di progettazione e su eventuali collaborazioni qualificate di cui si intendeva fruire, nonché il cronoprogramma), gli elementi e fattori ponderali relativi sia alla professionalità, desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva (con possibilità di attribuzione di un punteggio massimo di 45 punti), che alle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta, desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico e dai “curricula” dei professionisti che avrebbero dovuto svolgere il servizio (con possibilità di attribuzione di un punteggio massimo di 25 punti).

L'offerta tecnica del Raggruppamento temporaneo di cui trattasi, come risulta dal verbale di gara n. 2, è stata analizzata, al pari delle altre, dalla Commissione (che ha, per ognuna, compilato un'apposita scheda), conseguendo, come risulta anche dalla graduatoria finale, l'attribuzione di 70 punti (nella sua composizione prevedente, oltre che gli architetti De Luca e Cataldo, anche il geometra Torsello); inoltre esso Raggruppamento ha conseguito 20 punti per l'offerta economica ed 8 punti per il “ribasso tempi”.

Tanto comporta che dopo la valutazione dell'offerta tecnica non poteva più mutare la composizione del Raggruppamento in questione senza conseguenze sulla possibilità di aggiudicazione ad esso della gara, pena il contrasto con il principio della contestualità e simultaneità della valutazione delle imprese partecipanti alla gara.

Diversamente opinando, sarebbero del tutto incongrue le conseguenze in punto di certezza delle determinazioni valutative da parte della Commissione di gara, che aveva attribuito punteggi in ragione della valutazione di apporti partecipativi di membri di un Raggruppamento poi venuti meno, non essendo possibile effettuare un nuovo esame dell'offerta tecnica dopo aver preso conoscenza anche di quella economica, se non in violazione dei principi di trasparenza dell'agire della Commissione, dell'imparzialità della P.A. e della "par condicio" dei concorrenti.

L'attribuzione di punteggi tecnici connotati da ampia discrezionalità dopo l'avvenuta conoscenza di altri elementi delle offerte si porrebbe, infatti, in contrasto con elementari principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa ed altererebbe le condizioni indispensabili per garantire il rispetto della "par condicio" tra i partecipanti, non potendosi escludere che le operazioni di gara di attribuzione di punti per i valori tecnici siano condizionate dall'esito complessivo (facilmente calcolabile) della valutazione delle offerte.

A tanto consegue che siano del tutto inidonee a dimostrare l'erroneità di detta sostanziale e pienamente condivisibile osservazione posta a base dell'impugnata sentenza le censure formulate dagli appellanti, volte a dimostrare solo che il recesso del geometra Torsello non era avvenuto al fine di eludere la legge o di evitare una sanzione di esclusione dalla gara e che non era stato sostituito perché aveva un ruolo solo marginale di collaboratore in operazioni direttamente effettuabili dagli stessi perché titolari dei requisiti, professionalità ed attrezzature necessari.

Le sostanziali considerazioni effettuate dal primo giudice prescindono infatti totalmente, come in precedenza evidenziato, dai rilievi degli appellanti e vanno confermate a prescindere dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali in materia (riguardo ai quali si è pronunciato questo Consiglio di Stato con sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8) tra orientamenti secondo i quali al di fuori delle eccezioni previste espressamente dall'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006 (fallimento del mandante, del mandatario e, se si tratta di imprenditore individuale, morte, interdizione o inabilitazione, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2012, n. 6446) ed ulteriori indirizzi giurisprudenziali secondo i quali il recesso di un componente di un Raggruppamento è consentito se non finalizzato ad eludere la sanzione della esclusione dalla gara per difetto dei requisiti a carico del componente, se quelle restanti siano da sole titolari dei requisiti di partecipazione e qualificazione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

Va ulteriormente osservato, con riguardo alle ulteriori censure formulate con il motivo in esame, che l'impugnazione di una decisione basata su una motivazione strutturata in una pluralità di ordini di ragioni, convergenti o alternativi, autonomi l'uno dallo altro, e ciascuno, di per sé solo, idoneo a supportare la decisione stessa, per poter essere ravvisata utilmente proposta, deve risultare articolata in uno spettro di censure tale da investire, utilmente, tutti gli ordini di ragioni cennati, posto che la mancata o inadeguata critica di uno di questi comporta che la decisione è tenuta ferma sulla base di esso profilo, privando l'impugnazione dell'idoneità al raggiungimento del suo obiettivo funzionale, rappresentato dalla rimozione della pronuncia contestata (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2013, n. 4379).

Ciò posto, possono essere considerate ultronee nel caso di specie le ulteriori censure formulate con il motivo in esame volte a contestare l'ulteriore ed autonomo assunto contenuto nell'appellata sentenza, che le parti ricorrenti non avevano nemmeno fornito la prova di resistenza, perché la sentenza impugnata si regge autonomamente sulle altre argomentazioni in precedenza ritenute immuni dalle censure ad esse dirette con il gravame in esame.

Alle pregresse considerazioni consegue la conferma della impugnata sentenza nella parte in cui, a seguito della ritenuta irrealizzabilità, quanto meno nella sua connotazione originaria, della prestazione offerta dal Raggruppamento di cui trattasi nel suo complesso è stato dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse.

16.- Tanto comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di appello e la inutilità della disamina della fondatezza dei motivi posti a base del ricorso di primo grado riproposti con l'atto d'appello e di tutte le eccezioni di inammissibilità del gravame formulate dalle controparti.

17.- In conclusione l'appello deve essere respinto e deve essere confermata la prima decisione.

18.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/08/2014

IL SEGRETARIO

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