T.A.R. Sardegna, 19 maggio 2009, n.723

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 124 del 2009, proposto da XXX Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. F. M. e S. P., con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. G. F. D. in C, via T. n. 11;

contro

l'E.R.S.U. - Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di S., in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. A. M. L., con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. G. T. in C., via Carrara n. 4;

nei confronti di

S. P., T. S., M.G. G., C. E. e D.R.F., rappresentati e difesi dagli avv.ti F. C. e A. G., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. F. C. in C., via A. n. 1;

S.P.L., M.M. G. P., S. F., S.G., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento dirigenziale n. 342 del 4/12/2008, con cui è stata disposta in favore del raggruppamento temporaneo costituendo tra i professionisti controinteressati l'aggiudicazione dell'appalto relativo al conferimento dell'incarico di "progettazione e direzione lavori per il recupero funzionale e architettonico degli immobili della fondazione ex Brigata Sassari finalizzati alla realizzazione di nuova Casa dello Studente";

delle presupposte operazioni di gara, ivi incluso il verbale di gara del 24/9/2008, nella parte in cui non è stato escluso dalla gara il costituendo R.T.P. dichiarato aggiudicatario.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'E.R.S.U.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.P.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di C.E.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di T. S.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di M. G.G.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di D.R. F.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 08/04/2009 il primo referendario Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - La società ricorrente, in qualità di capogruppo designato del costituendo raggruppamento temporaneo con l'arch. G. M. e con la società T. s.r.l., ha partecipato alla procedura di affidamento dell'incarico di progettazione e direzione lavori per la realizzazione di una nuova Casa dello Studente, indetta dall'ERSU (Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario) di S., da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito delle operazioni di gara, con determinazione del Direttore Generale dell'ERSU, n. 342 del 4 dicembre 2008, sono state approvate le risultanze della gara e l'incarico in questione è stato definitivamente aggiudicato al controinteressato raggruppamento temporaneo di professionisti, la cui offerta ha ricevuto 95,80 punti.

L'offerta del raggruppamento XXX ha ricevuto 93,28, classificandosi al secondo posto.
2. - Con il ricorso notificato il 30 gennaio 2009 e depositato il 6 febbraio 2009, la società XXX impugna il citato provvedimento di aggiudicazione, nonché gli altri atti compiutamente indicati in epigrafe, domandandone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:
1° Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c) e h), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 8, punto 2, lett. c), del bando di gara, nonché eccesso di potere sotto svariati profili, in quanto uno dei professionisti del raggruppamento aggiudicatario non avrebbe indicato nella dichiarazione sostitutiva l'esistenza di condanne a suo carico.
2° Violazione dell'art. 90, comma 7, del d.lgs cit., nonché del punto III.3.1), lett. a), del bando di gara, perché nell'offerta del raggruppamento aggiudicatario non è stata indicata la persona incaricata, tra i professionisti associati, della integrazione tra le prestazioni specialistiche.
3° Violazione del punto III.2.3) del bando di gara, concernente i requisiti di partecipazione, sotto il profilo della capacità ed esperienza pregressa, atteso che i progettisti del raggruppamento controinteressato facenti capo allo "S. A. di a. C.-S.-T." hanno partecipato come singoli e non come associazione professionale. Considerato che il bando prescriveva espressamente che "ciascun servizio dovrà essere riconducibile ad un unico soggetto", i professionisti avrebbero dovuto dimostrare singolarmente il possesso dei predetti requisiti. Dalle dichiarazioni rilasciate per la gara e dalla documentazione risulterebbe invece che il riferimento è costituito dai servizi espletati dallo studio associato.
3. – Si è costituito per resistere in giudizio l'E.R.S.U., chiedendo che il ricorso sia respinto in quanto infondato.
4. - Si sono costituiti anche i professionisti controinteressati del raggruppamento aggiudicatario, chiedendo in via preliminare che il ricorso sia dichiarato inammissibile per la mancanza di valida procura, sia per l'omessa notificazione all'organo che ha emanato gli atti impugnati. Infine eccepisce l'irricevibilità del ricorso per la mancata impugnazione in termini del bando di gara e dell'atto (verbale di gara del 3 giugno 2008) con il quale la stazione appaltante ha ammesso alla gara il r.t.p. controinteressato. Nel merito concludono per il rigetto del ricorso.
5. - Gli architetti S., T. e M., hanno proposto due ricorsi incidentali: il primo notificato il 24 febbraio 2009 e depositato nello stesso giorno, senza peraltro il contestuale deposito della prova dell'avvenuta notifica. Successivamente, il deposito è stato effettuato nuovamente in data 9 marzo 2009.
Il secondo ricorso incidentale è stato notificato il 26 marzo 2009 e depositato il successivo 30 marzo.
5.1. - Anche gli architetti C. e D.R., hanno proposto ricorso incidentale notificato il 26 marzo 2009 e depositato il successivo 30 marzo.
5.2. - Con tutti i ricorsi incidentali si chiede l'annullamento degli atti del procedimento di gara di cui trattasi, e in particolare del verbale in data 3 giugno 2008, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione del R.T.I. XXX, ricorrente principale, nonché del verbale di gara del 24 settembre 2008, relativo alla predisposizione della graduatoria, nella parte in cui la XXX è stata indicata come seconda classificata.
I ricorsi incidentali sono sorretti dai seguenti motivi:
1° Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 8, punti 2, 3, 4 e 5 del bando di gara,

nonché eccesso di potere sotto svariati profili, perché la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale è stata rilasciata in modo cumulativo e non individuale dai soggetti interessati. Inoltre violazione dell'art. 37 del codice dei contratti in quanto la dichiarazione contenente l'impegno a costituire il raggruppamento temporaneo dei professionisti non individuerebbe correttamente il soggetto capogruppo.
2° Violazione dell'art. 6, comma 8, della legge 18 novembre 1998, n. 415, dell'art. 4 del bando di gara, nonché eccesso di potere sotto svariati profili, in quanto dalle dichiarazioni presentate in gara dal raggruppamento XXX non risulterebbe che il requisito di fatturato, richiesto dal bando, si riferisca per almeno il 40% al soggetto capogruppo.
3° Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dell'art. 6, comma 8, della legge 18 novembre 1998, n. 415 e degli articoli 4 e 8, punti 2, lett. c), e 3, del bando di gara, nonché eccesso di potere sotto svariati profili, perché dalla documentazione di gara presentata dal raggruppamento XXX risulterebbe mancante la dichiarazione in qualità di amministratore del triennio precedente che avrebbe dovuto rendere l'arch. A. B..
6. - Alla camera di consiglio dell'8 aprile 2009, fissata per l'esame della domanda cautelare, previo avviso alle parti in ordine alla possibile definizione del giudizio con sentenza semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Le eccezioni preliminari di rito sollevate dai controinteressati non possono essere accolte, in quanto manifestamente infondate.
1.1. - Per quanto concerne la validità della procura speciale, la stessa risulta rilasciata a margine del ricorso introduttivo con una formula che esprime in maniera sufficientemente chiara la volontà della parte di farsi rappresentare e difendere in giudizio dai legali che hanno sottoscritto l'atto.
1.2. – Quanto alla eccezione di irricevibilità, è sufficiente rilevare che, per un verso, parte ricorrente non ha alcun nessun interesse all'annullamento di clausole del bando di gara, di cui anzi chiede l'applicazione; per altro verso, il ricorso, secondo principi noti e pacifici, correttamente è stato proposto contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ossia nei confronti del provvedimento che, definendo il procedimento di gara, costituisce l'atto lesivo della situazione giuridica della ricorrente.
1.3. – Infine, rilevato che il ricorso è stato notificato al legale rappresentante dell'E.R.S.U. quale ente che ha emanato gli atti impugnati, appare evidentemente pretestuoso il rilievo secondo cui "il ricorso introduttivo non è stato notificato all'organo".
2. - Il primo motivo del ricorso principale è fondato.
L'art. 8 ("Presentazione offerte"), punto 1, lettera c), del bando di gara, prescriveva - quale contenuto della dichiarazione sostitutiva dei professionisti concorrenti – la indicazione anche delle "eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione …". Nella dichiarazione presentata dall'arch. P. S., componente del raggruppamento di professionisti aggiudicatario, dopo aver attestato che "non sussistono condizioni di esclusione ex art. 38 del D.Legisl. 163/2006" si afferma che "nei propri confronti non sono state pronunciate … condanne".
Dalla documentazione acquisita al giudizio risulta, tuttavia, che nei confronti dell'arch. S. è stata pronunciata sentenza di condanna dalla Corte D'Appello di Sassari in data 6 dicembre 2001, divenuta irrevocabile il 3 aprile 2003, per la violazione dell'art. 163 del d.lgs. n. 490/1999 (esecuzione di opere in assenza di autorizzazione o

in difformità da essa). Sentenza che, sebbene sia stato concesso il beneficio della non menzione, avrebbe dovuto essere, ai sensi della citata disposizione della lex specialis, indicata nella dichiarazione sostitutiva del S.
Occorre precisare, a fronte delle produzioni documentali della difesa del controinteressato, che in ordine all'adempimento imposto dal bando non può incidere il provvedimento di riabilitazione ottenuto dall'arch. S., posto che l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari è stata adottata in data 18 settembre 2008, e quindi successivamente alla scadenza del termine per la partecipazione alla gara di cui trattasi.
3. - L'accoglimento del mezzo di gravame sopra esposto, per un vizio che comporta l'esclusione dalla procedura di gara del raggruppamento controinteressato, cui consegue l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta a favore di quest'ultimo, è pienamente satisfattivo delle pretese sostanziali della ricorrente, determinando conseguentemente anche l'assorbimento delle ulteriori censure.
4. - La riscontrata fondatezza del ricorso principale impone, pertanto, di passare all'esame dei ricorsi incidentali.
5. - Come riferito in narrativa, gli architetti S., T. e M., hanno proposto due ricorsi incidentali:
5.1. - Dei due ricorsi incidentali, il primo deve essere dichiarato inammissibile in quanto depositato oltre il termine fissato dall'art. 37 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. leggi Cons. St.), dimezzato ai sensi dell'art. 23-bis della legge n. 1034/1971, a cui l'art. 22 della citata legge n. 1034/1971 fa rinvio. Non può, infatti, rilevare il deposito effettuato il 24 febbraio 2009, in quanto, come esattamente eccepito da parte ricorrente, non è stata contestualmente depositata la prova delle avvenute notifiche (come prescritto dall'art. 37, commi terzo e quinto, del T.U. cit.).
5.2. - Il secondo ricorso incidentale degli architetti S., T. e M. e quello proposto dagli architetti C. e D.R., sono stati invece regolarmente notificati e depositati. Pertanto, si può procedere all'esame dei motivi con essi dedotti.
6. – Il primo motivo è infondato.
La circostanza che la dichiarazione sostitutiva richiesta dal bando di gara ai fini della attestazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 sia stata rilasciata mediante un unico documento sottoscritto dai professionisti appartenenti alla società ricorrente, non inficia la validità della stessa. La valutazione da effettuare, da parte della stazione appaltante, deve essere infatti incentrata sui contenuti della dichiarazione sostitutiva e sulla conformità tra questi e le prescrizioni del bando di gara (aspetti che non sono stati oggetto di contestazione in sede di ammissibilità della società ricorrente e che nemmeno i ricorrenti incidentali contestano). La presentazione di un unico documento non esclude, infatti, che sotto il profilo giuridico si debba qualificare detto documento come contenente una serie di atti plurimi imputabili ai singoli professionisti che hanno sottoscritto la dichiarazione.
E' infondata anche la censura che investe la regolarità della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento, considerato che da una lettura complessiva della dichiarazione (arg. ex art. 1362 e 1363 cod. civ.) appare chiara l'intenzione delle parti di individuare come futura capogruppo del r.t.p. la società XXX s.r.l..
7. – Anche il secondo motivo, dei ricorsi incidentali in esame, è infondato.
Dalla lettura dell'art. 8, punto 2, del bando, concernente la documentazione che i concorrenti dovevano presentare per l'ammissibilità alla gara, emerge, infatti, che il requisito previsto

dall'art. 4 del bando per i raggruppamenti temporanei, costituito dalla riferibilità alla capogruppo di almeno il 40% del fatturato del quinquennio 2002-2006, non era oggetto delle dichiarazioni richieste ai fini della dimostrazione dei requisiti minimi di idoneità economica.

8. – Infine, è infondata la terza censura dei ricorrenti incidentali, considerato che appare evidente che le dichiarazioni sostitutive richieste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 per i "soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente …" debbano essere rese solo nell'ipotesi in cui tali soggetti siano diversi dai legali rappresentanti in carica. Nel caso di specie, ciò non si verifica, come ammesso dagli stessi ricorrenti incidentali.

9. – In definitiva, deve essere accolto il ricorso principale e rigettati i ricorsi incidentali. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Prima Sezione, pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto annulla la determinazione del Direttore Generale dell'ERSU, n. 342 del 4 dicembre 2008, nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale dei controinteressati S., T. e M., notificato il 24 febbraio 2009 e depositato nello stesso giorno.

Rigetta i ricorsi incidentali notificati il 26 marzo 2009 e depositati il 30 marzo 2009.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

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