

Tar Puglia, Lecce, sezione terza, sentenza n. 713 del 23 aprile 2012

Domanda congiunta di partecipazione alla gara – Obbligo di indicare la forma di collaborazione giuridica per l'espletamento dell'incarico

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 94 del 2012, proposto da:
Roberto Cala', Giancarlo Maglie, rappresentati e difesi dall'avv., ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in

contro

Comune di Alessano, rappresentato e difeso dall'avv., ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in

per l'annullamento

- della nota n. 364 del 12 gennaio 2012 dell'Ufficio Tecnico del Comune di Alessano con cui si trasmetteva copia del Verbale n. 3 della Commissione nominata per la Gara di Progettazione "Rigenerazione Urbana delle Aree esterne della scuola elementare "O.G.Costa" e del percorso urbano di connessione con il Centro Storico", nella quale si riconfermava l'esclusione degli Ingg.Calà e Maglie dalla Gara medesima;

- ove occorra, delle precedenti note Prot. n.8882 del 18 novembre 2011, con la quale l'UTC del Comune di Alessano comunicava l'esclusione dalla Gara di Progettazione di che trattasi e Prot.n.9686 del 20 dicembre 2011 di risposta alle controdeduzioni dei professionisti;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi i Verbali di Gara redatti dalla Commissione incaricata e l'Avviso Pubblico del 27 settembre 2011, nell'ipotesi in cui il richiamo all'art. 253 DPR n. 207/2010 sia da intendersi nel senso prospettato dalla Commissione nel Verbale n. 3.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Alessano;

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 29 marzo 2012 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi, nei preliminari, l'avv. per i ricorrenti e l'avv., in sostituzione dell'avv., per la p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Il ricorso in oggetto è rivolto avverso l'esclusione dei ricorrenti dalla gara di progettazione "Rigenerazione Urbana delle Aree esterne della scuola elementare "O.G. Costa" e del percorso urbano di connessione con il Centro Storico" deliberata dalla Commissione di gara e confermata dal Comune di Alessano con la nota 12 gennaio 2012 n. 364.

La contestata esclusione è così motivata "La Commissione esaminata la documentazione riscontra che la stessa è incompleta in quanto i due professionisti non hanno individuato la forma giuridica di collaborazione con la quale gli stessi intendono partecipare alla gara ...".

1.2 – A sostegno del gravame deducono i seguenti motivi:

a) Violazione ed errata interpretazione *lex specialis* –violazione dei principi di affidamento, par condicio e favor participationis; incompetenza;

b) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 46 del d.lgs n. 163 del 2006;

c) Errata e mancata applicazione rispettivamente degli articoli 253 e 267 del D.P.R. n. 207 del 2010;

1.3 – Si è costituito il Comune di Alessano contestando le pretese dei ricorrenti e chiedendo la reiezione del ricorso.

1.4 – All'udienza del 29 marzo 2012, fissata per la discussione ai sensi dell'articolo 119 c.p.a con ordinanza 16 febbraio 2012 n. 139, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. – Il ricorso è infondato.

Va innanzitutto precisato che in base alla *lex specialis* di gara potevano presentare la candidatura quale soggetto abilitato alla progettazione di opere pubbliche e quindi in possesso dei titoli professionali previsti dall'articolo 90, comma 1, del d.lgs 12 aprile 2003 n. 163 (Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici):

- liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

- società di professionisti;

- società di ingegneria;

- prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili;
- consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista.

Dunque, in base alla *lex specialis*, i ricorrenti avrebbero potuto partecipare alla gara o ciascuno singolarmente o associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939 n. 1815 o in raggruppamento temporaneo di impresa.

2.1 - I ricorrenti, come si evince dalla domanda di partecipazione alla gara, hanno presentato domanda congiunta di partecipazione, senza alcuna specificazione circa la forma di collaborazione giuridica che intendono costituire, limitandosi a precisare chi dei due professionisti, in caso di aggiudicazione, coordinerà le attività di progettazione e svolgerà le attività di direttore dei lavori e coordinatore della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e chi, in caso di aggiudicazione, svolgerà le funzioni di co-progettista e direttore operativo.

Tale domanda congiunta di partecipazione era contraria alle previsioni di legge e del bando ed evidentemente incompleta.

Ciò nonostante i ricorrenti, invitati a presentare controdeduzioni entro il 30 novembre 2011, contestavano l'obbligo di rendere una dichiarazione sulla forma di collaborazione giuridica professionale che intendevano istituire, sostenendo che il bando non impedisse l'affidamento dell'incarico collegiale o a più professionisti.

I ricorrenti, inoltre contestavano che l'incompletezza della dichiarazione costituisca causa di esclusione non essendo prevista nel bando la necessità di una precisa indicazione della forma di collaborazione.

Essi quindi non provvedevano a completare la dichiarazione indicando una forma di collaborazione giuridica.

2.3 - Orbene, se è vero che in base all'articolo 46, comma 1, del Codice dei contratti "Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", è altrettanto vero che a norma dell'articolo 1 bis del medesimo articolo "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,[...]".

Conseguentemente l'esclusione dei ricorrenti definitivamente disposta nella seduta del 12 gennaio 2012 perché i professionisti non hanno individuato la forma giuridica di collaborazione non può essere ritenuta in violazione dell'articolo 46, concretando la mancata integrazione della dichiarazione inadempimento alle prescrizioni previste dall'articolo 90 del Codice dei contratti e alla previsioni del bando.

3. – Peraltro, come si legge nel verbale n. 3 del 12 gennaio 2012, la Commissione di gara ha definitivamente escluso i ricorrenti avendo riscontrato che la documentazione presentata è incompleta "per non aver individuato la forma giuridica di collaborazione con la quale intendono partecipare alla gara. Né può intravedersi l'intento di costituire un raggruppamento temporaneo di

professionisti, considerato che manca l'atto di impegno a formalizzare successivamente prevedendo al contempo l'individuazione del giovane professionista ex articolo 253 del D.P.R. 207/2010”.

Al riguardo osserva il Collegio che

- in base all'articolo 90 del d.lgs 163/2006 (Codice dei contratti): “1. Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate:

[...]

d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

e) dalle società di professionisti;

f) dalle società di ingegneria;

f-bis) da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;

g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili;

h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 36. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 36, comma 6, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 36, commi 4 e 5 e di cui all'articolo 253, comma 8.

[...]”.

- a norma del quinto comma dell'articolo 253 del D.P.R. 207 del 2010: “5. Ai sensi dell'articolo 90, comma 7, del codice, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 90, comma 1, lettera g), del codice devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza. Ferma restando l'iscrizione al relativo albo professionale il progettista presente nel raggruppamento può essere:

a) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettera d), del codice, un libero professionista singolo o associato;

b) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere e) e f), del codice, un amministratore, un socio, un dipendente, un consulente su base annua che abbia fatturato nei confronti della società una quota superiore al 50 per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA.

c) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettera f-bis), del codice, un soggetto avente caratteristiche equivalenti, conformemente alla legislazione vigente nello Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito il soggetto di cui all'articolo 90, comma 1, lettera f-bis), del codice, ai soggetti indicati alla lettera a), se libero professionista singolo o associato, ovvero alla lettera b), se costituito in forma societaria.”.

E' quindi evidente che l'articolo 253, comma 5, detta una specifica disciplina per i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) dell'articolo 90 del Codice dei contratti.

Il bando di gara, tuttavia, non rispettando la lettera della norma, richiama l'articolo 253 D.P.R. 207/2010, con riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti, per le società di ingegneria e le società professionali ancorché non costituite in raggruppamento temporaneo.

Tale clausola del bando, indubbiamente erronea, ancorchè evocata dalla Commissione per rafforzare la motivazione del provvedimento di esclusione, è del tutto irrilevante nella fattispecie dovendosi escludere che i ricorrenti, per le ragioni già esposte, intendessero partecipare alla gara in forma associata, costituendo una società di ingegneria o professionale, né tanto meno – anche per loro stessa ammissione (v. pag. 6 ricorso) - un raggruppamento di impresa.

5. – Per tutte le suesposte considerazioni il ricorso va dunque respinto, con assorbimento delle censure non espressamente esaminate e integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente, Estensore

Ettore Manca, Consigliere

Gabriella Caprini, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2012

IL SEGRETARIO

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