

La giurisprudenza approda ad un amplius novero dei soggetti tenuti all'onere dichiarativo ex art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del Codice.

di Lucio Scotti

Data di pubblicazione: 8-3-2013

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sezione I, sentenza 28 febbraio 2013, n. 187.
Presidente Corasaniti; Estensore Abbruzzese

In tema di gare d'appalto, la società concorrente ha l'onere di produrre la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) relativa al procuratore speciale titolare di un potere di rappresentanza sostanziale, ai titolari ed agli amministratori delle società confluite, nel triennio (o anno) anteriore al bando, per cessione, incorporazione o fusione nella società concorrente e, infine, all'amministratore, subentrato nel corso della procedura, che abbia sottoscritto la conferma dell'offerta, in quanto l'eventuale omissione comporterebbe, ipso facto, l'esclusione della concorrente dalla gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 28 del 2012, proposto da:

Meg Costruzioni Srl, Iervelli Costruzioni Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Mirco Di Bonaventura, Marina D'Orsogna, Alessandro Di Sciascio, con domicilio eletto presso avv. Luca Meogrossi in L'Aquila, via Crispi N. 35;

contro

ASL 106 - Teramo, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Simonelli, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Di Mattia Fiore General Service S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria della Costituenda ATI con la Zanzi, Zanzi Servizi Spa in proprio e in qualità di mandante della Costituenda ATI con la Di Mattia, rappresentati e difesi dagli avv. Nico Moravia, Marco Giustiniani, Fausto Corti, con

domicilio eletto presso avv. Fausto Corti in L'Aquila, via Garibaldi, 62;

sul ricorso numero di registro generale 628 del 2012, proposto da:

Di Mattia Fiore General Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Giustiniani, Fausto Corti, Nico Moravia, con domicilio eletto presso avv. Fausto Corti in L'Aquila, via Garibaldi, 62; Zanzi Servizi Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Nico Moravia, con domicilio eletto presso avv. Fausto Corti in L'Aquila, via Garibaldi, 62;

contro

Azienda Sanitaria Locale N. 4 Teramo, rappresentata e difesa dagli avv. Flavio Maria Polito, Antonio Simonelli, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

nei confronti di

Iervelli Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Mirco Di Bonaventura, Marina D'Orsogna, Alessandro Di Sciascio, con domicilio eletto presso avv. Luca Meogrossi in L'Aquila, via Crispi N. 35; Meg Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Di Sciascio, Marina D'Orsogna, Mirco Di Bonaventura, con domicilio eletto presso avv. Luca Meogrossi in L'Aquila, via Crispi N. 35;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 28 del 2012:

del provvedimento del verbale di gara del 9.12.2011 con il quale è stata disposta l'esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto di progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento a norma del P.O. "Mazzini" di Teramo.

quanto al ricorso n. 628 del 2012:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dell'appalto "adeguamento a norma e potenziamento P.O. "Mazzini di Teramo".

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASL 106 - Teramo e di Azienda Sanitaria Locale N. 4 Teramo, di Iervelli Costruzioni Srl e di Meg Costruzioni Srl;

Visto l'atto di intervento proposto da Di Mattia Fiore General service s.r.l.;

Visto l'atto per motivi aggiunti proposto da Di Mattia Fiore General service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Le società Meg Costruzioni s.r.l. e Iervelli Costruzioni s.r.l., ricorrenti nel giudizio epigrafato al n. 28/2012 R.G. hanno impugnato il provvedimento con il quale la ASL ha disposto la loro non ammissione alla gara d'appalto, nella quale si presentavano in costituenda Associazione

temporanea d'impresa, per i lavori di adeguamento a norma e potenziamento del P.O. Mazzini di Teramo per asserito difetto del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 con riferimento alla posizione della ricorrente Iervelli Costruzioni, già affidataria di precedente contratto avente ad oggetto il servizio di manutenzione in "global service" di unità immobiliari comprese nel presidio ospedaliero di Atri, più volte prorogato e in relazione a vicende al detto contratto riconducibili.

A sostegno del ricorso hanno dedotto: 1) Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà – erronea valutazione dei presupposti di fatto – difetto di motivazione. Eccesso di potere per violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa, massima partecipazione alle procedure concorsuali di selezione del miglior offerente: la ASL ha escluso l'ATI adducendo la mancanza del requisito soggettivo di cui alla lettera f) dell'art. 38 del codice dei contratti (grave negligenza nel corso di precedenti rapporti contrattuali) senza considerare che la stessa ASL aveva "per facta concludentia" dimostrato il permanere dell'elemento fiduciario in occasione di intervenuti rinnovi e proroghe del contestato contratto, mai risolto; tali proroghe e rinnovi sono intervenuti addirittura in epoca successiva all'instaurazione del contenzioso pendente in sede giudiziale; 2) Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 38, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 – Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà per erronea valutazione dei presupposti di fatti – Eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento dell'attività amministrativa, massima partecipazione alle procedure concorsuali di selezione del miglior offerente: le contestazioni mosse alla ricorrente dalla ASL sono del tutto infondate, avendo la società adempiuto alle obbligazioni contenute in contratto con diligenza e buona fede, al contrario di quanto fatto dalla stessa ASL che ha mancato di sostituire personale collocato a riposo, obbligo contrattualmente pattuito a suo carico, e di conteggiare ore di lavoro effettivamente prestate da tecnici assunti dall'ATI.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza incidentale.

Si costituiva la ASL chiedendo il rigetto del ricorso e della richiesta cautelare sul presupposto della piena legittimità dell'atto impugnato.

Il TAR adito accoglieva la proposta istanza cautelare disponendo l'ammissione delle ricorrenti con riserva alla gara de qua.

All'esito della stessa, l'ATI Meg-Iervelli risultava aggiudicataria e la ASL espressamente subordinava l'efficacia dell'aggiudicazione all'esito del giudizio de quo.

II. L'ATI Zanzi - Di Mattia Costruzioni, seconda graduata, per una differenza complessiva di punteggio pari a 1,141 punti, già interventrice ad opponendum nel giudizio n. 28/2012 R.G., ha impugnato gli atti con i quali la Meg è stata dichiarata aggiudicataria (ricorso n.628/2012 R.G.), deducendo: 1) Omessa esclusione della ATI Iervelli per omesse e/o non veritiere dichiarazioni sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del d.lgs. n.163/2006 (violazione e /o falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 – violazione e /o falsa applicazione degli artt. 43, 46, 47, 75 e 77-bis del D.P.R. 28 dicembre 2000, n.445 – violazione e/o falsa applicazione della lex specialis e, in particolare, del Disciplinare di gara paragrafo Capacità richieste: A) requisiti di idoneità morale (pp.4-5-6) e Paragrafo A – Documentazione, lettera b, p.13). Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto per procedere all'ammissione dell'offerta dell'ATI Iervelli alla procedura: il raggruppamento di imprese aggiudicatario non ha dichiarato i nominativi di tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza delle singole società e/o di quelli cessati nell'anno (rectius, triennio, secondo la lex specialis) antecedente la pubblicazione del

bando di gara; con riferimento a quelli, sono state omesse le dichiarazioni inerenti il possesso dei requisiti previsti dall'art. 38, comma 1, lettere b), c) e m-ter); la censura riguarda, per la società mandante Meg Costruzioni s.r.l., le persone di Diana Antonietta Di Giovanni che, a partire del maggio 2010, è procuratore speciale della società con poteri di compiere "atti di amministrazione in nome e per conto della società mandante", oltre ad essere socia di maggioranza della stessa, e di Mario Ballatori, procuratore speciale (cessato il 28 gennaio 2011 della società, anch'esso con i poteri di compiere "atti di amministrazione in nome e per conto della società mandante"); inoltre sono state omesse le dichiarazioni relative ai titolari e legali rappresentanti dell'azienda ceduta da Gianluca Torelli a Meg Costruzioni in data 16 dicembre 2010 (entro l'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. C) come modificato dal D.L. n.70/11); sono state omesse le dichiarazioni relative ai titolari e legali rappresentanti delle aziende cedute da Agostino Fiordigiglio e Impresa di costruzioni Almonte SNC, rispettivamente in data 28 luglio 2010 e 13 novembre 2009 (entro il triennio rilevante secondo quanto indicato al punto 3 di pagina 5 del disciplinare di gara); quanto ai procuratori indicati, gli stessi hanno poteri di rappresentanza e amministrazione sostanziale della società (Di Giovanni, in carica, e Ballatori, cessato), come risulta dal fascicolo della C.C.I.A.A. relativo alla società in questione; inoltre la mandataria Iervelli, in sede di rinnovo e conferma delle offerte originariamente presentate (atti necessitati stante il perdurare delle operazioni di gara), in data 28 giugno 2012, non ha presentato la dichiarazione relativa al nuovo amministratore subentrato nel corso della procedura di gara, Ezio Iervelli; risulta altresì carente la dichiarazione con riferimento ai soggetti ammessi alla progettazione (per i quali avrebbero dovuto essere comprovati i medesimi requisiti di idoneità morale previsti per l'appaltatore di lavori di cui all'art. 38) e dunque, nel caso di specie, dal progettista incaricato ESE Engineering s.r.l., che ha presentato la detta dichiarazione solo per il direttore tecnico (Franco Dal Conte), ma non già per l'amministratore e socio unico (Stefano Colantoni); la non completezza delle dichiarazioni comporta l'inammissibilità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara; 2) Omessa esclusione dell'ATI Iervelli per violazione del principio di corrispondenza tra requisiti di partecipazione, quote dell'associazione e percentuale dei lavori da realizzare (Violazione e /o falsa applicazione dell'art. 37, commi 13 e 6, del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Violazione /o falsa applicazione del Paragrafo B.1. requisiti di qualificazione per i lavori pag. 6 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto per procedere all'ammissione dell'offerta dell'ATI Iervelli): nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, dovendo poi entrambe rispecchiare la quota di requisiti che il singolo componente dell'ATI ha provato in sede di gara; il paragrafo B1 del disciplinare di gara (requisiti di qualificazione per i lavori, pag. 6) recepisce tale principio disponendo che i lavori siano eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, fermo restando che la mandataria deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti; in base alla documentazione amministrativa, Iervelli (capogruppo) e Meg si sono suddivise le quote dell'ATI rispettivamente al 51% e al 49%; con riferimento alla suddivisione dei lavori, le società prevedono una divisione orizzontale quanto alla categoria prevalente OG 1, mentre precisano che la categoria non prevalente OG 11 verrà realizzata per intero dalla capogruppo Iervelli con l'avvalimento dell'impresa C.S.E.I.T.; al di là dell'obiettivo incertezza interpretativa dell'offerta (il raggruppamento sembra far riferimento

ad una ATI di tipo orizzontale, mentre sarebbe più correttamente da qualificare di tipo misto), le percentuali dichiarate (rispettivamente 51% e 49%) non corrispondono alla reale suddivisione dei lavori tenuto conto che la Iervelli eseguirà la categoria non prevalente OG 11 per intero; Iervelli dunque, per sua espressa dichiarazione, eseguirà ben più che il 51% dichiarato; inoltre la mandataria Iervelli possiede i requisiti in misura inferiore alla mandante Meg, in violazione di disposizioni di legge e di bando; 3) Omessa esclusione dell'ATI Iervelli per irregolarità della cauzione provvisoria essendo stata omessa l'intestazione della stessa all'impresa ausiliaria CSEIT (Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 75, 48 e 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Violazione e /o falsa applicazione del Paragrafo Cauzione Provvisoria pag. 2 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto per provvedere all'ammissione dell'offerta dell'ATI Iervelli: la cauzione provvisoria presentata dall'ATI Iervelli è invalida per mancata intestazione della stessa anche alla società ausiliaria della Iervelli Costruzioni, di cui questa si avvale, configurandosi come carenza di garanzia per la stazione appaltante in tutte le ipotesi in cui l'inadempimento non dipenda dal soggetto intestatario della stessa ma da soggetti terzi; 4) Doverosità dell'esclusione dell'ATI Iervelli per carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. F) del codice (Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett f) e commi 2 e 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.13. Violazione e falsa applicazione del Paragrafo Capacità richieste – requisito di idoneità morale punto 7 pag. 5 del disciplinare di gara - eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto per provvedere all'ammissione dell'offerta dell'ATI Iervelli): il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per carenza del requisito di cui all'art.38, comma 1, lett. f); nel caso di specie, la Iervelli aveva violato i doveri di professionalità in un pregresso rapporto contrattuale per la gestione dei servizi di manutenzione elettrica, tecnologica, edile ed aree esterne, c.d. global service, presso il presidio ospedaliero di Atri, omettendo le prestazioni di ben 31.332,5 ore lavorative e richiedendone comunque il pagamento all'ASL, così appropriandosi indebitamente di fondi pubblici per un totale superiore ad euro 500,000; dunque la ASL, escludendo la impresa, aveva fatto corretta applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. f) del codice, così come già ritenuto dal seggio di gara che originariamente aveva appunto escluso la Iervelli, ammessa con riserva per effetto di un'ordinanza cautelare del TAR; le denunciate inadempienze sono tali da determinare una carenza dell'elemento fiduciario derivante dalla comprovata affidabilità e capacità professionale, che è causa di esclusione dalla gara; 5) Omessa esclusione dell'ATI Iervelli per insostenibilità dell'offerta sotto il profilo tecnico in ordine agli interventi strutturali e antisismici proposti (Violazione e/o falsa applicazione del Capitolo 8.3. e 8.4 delle Nuove Norme tecniche per le Costruzioni approvate con d.m. 14 gennaio 2008. Violazione e/o falsa applicazione dell'O.P.C.M. 8 luglio 2004, n.3362. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 24 ss. del D.P.R. 5 ottobre 2010, n.207. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 25 e ss. del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554. Violazione del Capitolato Prestazionale delle Opere predisposto dalla ASL in particolare degli artt.A.4 e B.a.4. Violazione delle disposizioni contenute nella relazione Istruttoria e tecnica (relazione sanitaria) del progetto preliminare riguardante i profili del miglioramento sismico (capitolo 3.a.1 lettera B – Miglioramento sismico 2° lotto -Violazione e/o falsa applicazione punto 2 di pagina 10 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto): l'offerta tecnica dell'ATI Iervelli è stata erroneamente ritenuta ammissibile laddove contiene soluzioni progettuali non realizzabili senza mettere a rischio la stabilità dell'edificio; in particolare, il raggruppamento controinteressato, non tenendo conto del

sostanziale decadimento delle strutture (calcestruzzo) presente nell'Ospedale e della necessità di garantire la sicurezza nei confronti dei carichi verticali (che presentano sostanziale carenze prestazionali e giunti tra le diverse parti dell'edificio e che richiedono altresì interventi consistenti per il raggiungimento dei livelli minimi di sicurezza), ha proposto non già interventi di ristrutturazione e consolidamento generale della struttura portante dell'edificio, come necessari, ma solo l'inserimento nei pilastri, a livello del piano interrato, di isolatori sismici, idonei ad abbattere la sola incidenza delle azioni orizzontali del sisma senza affrontare e risolvere le altre problematiche presenti; il progetto è dunque sostanzialmente insostenibile; 6) Erronea attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica dell'ATI Iervelli, quantomeno relativamente ai sub-parametri 2.d e 2.g di valutazione delle offerte tecniche per palese errore di fatto da parte della commissione di gara -Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Violazione del Capitolato prestazionale delle Opere predisposto dalla ASL e, in particolare degli art. A.4 e B.1.4. Violazione delle disposizioni contenute nella Relazione Costruttiva e tecnica (relazione sanitaria) del progetto preliminare riguardanti i profili del miglioramento sismico (Capitolo 3.1. lettera B – Miglioramento sismico 2° lotto) - Violazione e/o falsa applicazione dei punti 2d) 2. e 2g) 2. di pagina 11 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria e illogicità manifesta): il progetto Iervelli è comunque stato valutato erroneamente quanto agli impatti che la sua messa in opera potrà avere sull'attività ospedaliera; la Commissione ha in particolare erroneamente valutato che il progetto potrà essere messo in atto (al piano seminterrato) senza pregiudicare l'attività sanitaria in atto, ma la prevista apposizione degli isolatori non può che comportare la sospensione dell'attività sanitaria; all'ATI controinteressata non potevano dunque attribuirsi punteggi migliorativi su tale presupposto, al contrario del progetto Di Mattia che prevede invece interventi parcellizzati senza pregiudizio delle attività; la ricorrente offre anche la prova di resistenza rispetto a tale censura con riferimento ai punteggi previsti per i sub parametri contestati; 7) Omessa esclusione dell'offerta dell'ATI Iervelli per introduzione di varianti tecniche inammissibili e inadeguate al perseguimento degli obiettivi in termini di progettazione impiantistica richiesta dalla ASL (violazione del Capitolato prestazionale delle Opere predisposto dalla ASL e in particolare degli artt. A.4 e B.1.4. Violazione delle disposizioni contenute nella relazione istruttoria e tecnica (relazione sanitaria) del progetto preliminare riguardante i profili del miglioramento sismico (capitolo 3.1. lettere A, D ed E). Violazione e/o falsa applicazione del paragrafo Criterio di Aggiudicazione a pag. 10 del disciplinare di gara. Violazione del d.m. 18 settembre 2002. Violazione del parere preventivo dei VV.FF. (prot. 1858/2314 del 4 settembre 2003). Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria: il progetto della controinteressata non prevede l'installazione di impianti di rivelazione incendi, nè di impianti di diffusione sonora per l'evacuazione; non è prevista l'installazione dei gruppi frigoriferi e gli impianti di climatizzazione non sono installati in tutti i reparti; i gruppi elettrogeni sono posti non in sede centralizzata come richiesto nel progetto; tutte le soluzioni diverse proposte dalla ATI Iervelli sono peggiorative rispetto al progetto preliminare e non conformi alle disposizioni di legge e alle esigenze della stazione appaltante.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza cautelare, instando espressamente per il subentro nel contratto eventualmente stipulato.

A sua volta l'ATI Meg-Iervelli, previa contestazione specifica delle censure ex adverso sollevate, ha proposto ricorso incidentale nei confronti della Di Mattia deducendo: 1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 25 e 28 D.P.R. n.207 del 2010, della lex specialis e in

particolare dell'art. 20 del Capitolato prestazionale di gara); mancanza degli elaborati allegati al progetto definitivo, mancato rispetto della scala di dettagli. Eccesso di potere. Sviamento di potere. Superficialità dell'istruttoria: l'offerta Di Mattia non contiene tutta la documentazione e tutti gli allegati che avrebbero dovuto essere consegnati al fine di consentire alla commissione la consapevole valutazione delle offerte; mancano in particolare alcuni elaborati; la scala in cui gli stessi sono presentati non è quella richiesta; manca inoltre la relazione illustrativa al progetto per la valutazione di rispondenza alle finalità dell'intervento; 2) Violazione e/o falsa applicazione di legge (L.R. Abruzzo n.32/2007, recante "norme regionali in materia di autorizzazione, accreditamento istituzionale accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private, della lex specialis in particolare sei sub parametri 2.b.1 e 2.c.1 del Capitolato prestazionale di gara). Eccesso di potere. Sviamento di potere, superficialità dell'istruttoria. Erronea attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica dell'ATI Di Mattia quantomeno con riferimento ai sub parametri 2.b.1 e 2.c.1: il progetto proposto dalla Di Mattia non garantisce il raggiungimento dei requisiti minimi per l'adeguamento del complesso ospedaliero agli standard di accreditamento istituzionale, che costituiva uno degli obiettivi della gara d'appalto; alcuni interventi in realtà non apportano alcun miglioramento, con conseguente incompletezza dell'offerta ovvero sua necessaria valutazione pari o prossima allo zero; la stessa commissione valutava nettamente insufficiente la proposta progettuale (seduta dell'1 agosto 2012), con particolare riguardo agli interventi sull'impiantistica, sulla dotazione di servizi igienici e sulle dimensioni delle sale; non sono sufficienti gli impianti di condizionamento ambientale e sono riscontrabili assenze di percorsi e strutture idonee all'utilizzo conformi alle disposizioni in materia; 3) Violazione e /o falsa applicazione di legge (L.R. Abruzzo n.32/2007, recante "norme regionali in materia di autorizzazione, accreditamento istituzionale accordi contrattuali delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private", della lex specialis e in particolare dei sub parametri 2.b.3 e 2.c.3 del Capitolato prestazionale di gara). Eccesso di potere. Sviamento di potere. Superficialità dell'istruttoria. Erronea attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica dell'ATI DI Mattia quantomeno con riferimento ai sub-parametri 2.b.1 e 2.c.1: notevoli sono le carenze relative all'impiantistica che rendono il progetto non adeguato alle richiamate norme; comunque la valutazione della Commissione dovrebbe essere corretta in ribasso; 4) Erronea attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica della ATI Zanzi, quantomeno relativamente ai subparametri 2.d e 2.g di valutazione delle offerte tecniche per palese errore di fatto da parte della Commissione di gara (Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Violazione del Capitolato prestazionale delle Opere predisposto dalla ASL e in particolare degli art. A.4.e B.1.4. Violazione delle disposizioni contenute nella relazione Istruttoria e tecnica (relazione sanitaria) del progetto preliminare riguardanti i profili del miglioramento sismico (Capitolo 3, 1 lettera Bbb – Miglioramento sismico 2° lotto), Violazione e /o falsa applicazione dei punti 2d)2. e 2g)2. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di istruttoria e illogicità manifesta. Violazione e/o falsa applicazione dei punti 2d)1 e 2g)1. Insostenibilità dell'offerta economica: il progetto presentato dalla ATI Zanzi sotto il profilo strutturale antisismico è stato illegittimamente sopravvalutato nelle soluzioni tecniche; la valutazione è contraddittoria perché, pur avendo la Commissione giudicato negativamente l'interferenza con le attività sanitarie, ha poi dato un punteggio positivo al progetto nel suo insieme; le soluzioni progettuali fornite sono ingiustificate tecnicamente; il computo metrico non corrisponde al progetto nel senso che non prevede materiali e interventi invece descritti in progetto; neppure è possibile l'intervento parcellizzato (per mini interventi) come descritto

nella relazione allegata al progetto, dovendo invece i vari lavori coordinarsi in maniera unitaria; il progetto ha un livello non adeguato a quello richiesto, quanto a grado di dettaglio; al contrario, il progetto Iervelli avrebbe dovuto invece avere un punteggio ben superiore a quello ottenuto proponendo soluzioni innovative e definitive (isolatori sismici); 5) Violazione e /o falsa applicazione di legge (Legge regione Abruzzo n.32 del 2007, art. 2-3). Erroneità dei presupposti e/o travisamento dei fatti – Violazione del Capitolato speciale prestazionale ex art. 20 – erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti e violazione del DPR del 5 ottobre 2010, n.207, ex art. 25. Violazione del DPR 37/97 “Decreto in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi delle strutture ospedaliere”. Violazione e falsa applicazione della legge Regione Abruzzo n.5 del 22 ottobre 2008, in particolare assenza di protezione dalle radiazioni ionizzanti Decreto legislativo 17 marzo 1995, n.230 – Attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 91/Euratom e 96/29/Euratom in materia di radiazioni ionizzanti e successive modifiche e integrazioni Decreto legislativo 26 maggio 2000, n.187 – Attuazione delle direttiva 97/43/Euratom in materia di protezione sanitaria delle persone contro i pericoli delle radiazioni ionizzanti commesse ad esposizioni mediche. Violazione di legge D.Lgs. n.81 del 9 aprile 2008 in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro D.lgs. 9 aprile 2008, n.81. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 4 del capitolato prestazionale, violazione /o falsa applicazione delle legge 13/89: il progetto Di Mattia non rispetta la normativa epigrafata sicché l’offerta avrebbe dovuto essere esclusa prevedendo varianti peggiorative e non conformi a legge; 6) Violazione di legge art.32 della Costituzione, tutela del diritto alla salute: il progetto proposto dall’ATI Zanzi è di fatto inattuabile incidendo sul diritto alla salute degli assistiti.

Concludeva per l’accoglimento del ricorso incidentale con conseguente pronuncia di improcedibilità del ricorso principale.

Si costituiva la ASL che chiedeva dichiararsi preliminarmente inammissibili i ricorsi (principale e incidentale), stante la pregiudizialità del ricorso n.28/2012 e l’inefficacia del provvedimento di aggiudicazione fino all’esito di quello.

Con successivo atto per motivi aggiunti, la ricorrente Di Mattia impugnava il silenzio-rigetto formatosi sull’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell’art. 243-bis del D.lgs. n.163/2006, chiedendone l’annullamento per tutti i motivi (vizi derivati) già sollevati con il ricorso principale.

Le parti depositavano memorie e documentazione varia a sostegno delle rispettive posizioni.

III. All’esito della pubblica udienza del 23 gennaio 2013, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio per entrambi i ricorsi.

DIRITTO

I. Va, in via preliminare, disposta la riunione dei due ricorsi, relativi alla medesima gara d’appalto.

II. Benché la ASL resistente abbia espressamente condizionato l’aggiudicazione all’esito del giudizio n.28/2012 R.G. in relazione alla ammissione in gara della ATI Meg-Iervelli, il Collegio ritiene pregiudiziale la decisione del ricorso n.628/2012 proposto dalla ATI Zanzi-Di Mattia, che prospetta l’illegittimità della ammissione in gara della Meg-Iervelli per motivi (anche) diversi da quelli che la ASL ha posto a base della originaria esclusione e tali da risolvere potenzialmente

il contrasto in senso comunque favorevole alla nominata Di Mattia-Zanzi, che ha chiesto espressamente il subentro nell'aggiudicazione.

Osserva in proposito il Collegio che l'eventuale accoglimento del ricorso n.28/2012 R.G. non sarebbe di alcuna utilità per la ricorrente ove la stessa dovesse comunque risultare esclusa per effetto di alcuna delle censure sollevate dall'ATI Di Mattia-Zanzi.

Sotto altro profilo, deve osservarsi che il perimetro delle censure sollevate nell'ambito del ricorso n.628/2012 R.G. è più esteso di quello di cui al ricorso n.28/2012 che è, nel primo, incluso.

II.1) Seguendo tale ordine di trattazione, risulta tuttavia ancora pregiudiziale l'esame della eccezione preliminare svolta dalla ASL resistente secondo cui il ricorso Di Mattia-Zanzi sarebbe inammissibile perché proposto nei confronti di un'aggiudicazione "inefficace" in quanto espressamente condizionata all'esito del giudizio n.28/2012 R.G.

Il Collegio non condivide tale impostazione, considerato che la richiamata inefficacia non significa "invalidità" dell'aggiudicazione e che l'eventuale esito favorevole per la ricorrente del ricorso n.28/2012 darebbe vigenza ed effettività alla stessa, l'impugnativa della quale è comunque obbligata per la seconda graduata ove voglia contestarla per motivi, come nella specie, diversi da quelli posti a base del provvedimento di esclusione.

II.2) Posta l'ammissibilità del ricorso principale Di Mattia-Zanzi, occorre ancora considerare quale effetto abbia, sullo stesso, il ricorso incidentale Meg-Iervelli (nel ricorso n.628/2012), che, in astratto, potrebbe paralizzare l'effetto utile del ricorso principale, secondo le indicazioni fornite dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n.4/2011).

Occorre dunque previamente valutare se effettivamente tale ricorso (incidentale) abbia il cennato effetto paralizzante.

III. Come già esposto nella parte in fatto, la Meg Costruzione deduce l'illegittimità della ammissione in gara della Di Mattia-Zanzi (con potenziale improcedibilità del ricorso principale da quest'ultima proposto, come sopra detto) deducendo sostanzialmente l'inammissibilità dell'offerta presentata in gara, con conseguente esclusione della ricorrente principale, per svariati profili tutti riconducibili al merito dell'offerta tecnica (cfr. puntuale elencazione dei motivi svolti nella parte in fatto).

III.1) Sotto il profilo in esame (che, per quanto sopra detto, viene preliminarmente valutato ai fini della verifica di ammissibilità/improcedibilità del ricorso principale), il ricorso incidentale non è tale da determinare, ad avviso del Collegio, il richiamato effetto "paralizzante".

III.2) Va anzitutto osservato che nessuna delle pretese carenze del progetto contestate dalla Meg-Iervelli alla Di Mattia-Zanzi sono indicate nella "lex specialis" come comportanti l'esclusione, il che osta all'effetto (escludente) propugnato dalla ricorrente incidentale.

Che il bando, peraltro, non prescriva, in tali casi, l'esclusione è del tutto ovvio giacché la doglianza e le dedotte mancanze importano in realtà un esame approfondito del merito dell'offerta e del "peso" specifico delle eventuali singole carenze sui diversi aspetti selezionati rispetto alla proposta globale, e dunque, sostanzialmente, della complessiva "tenuta" della proposta progettuale, valutazione che, con tutta evidenza, impinge nella discrezionalità tecnica della Commissione sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei limiti noti.

III.3) Nondimeno, al di là delle questioni tecniche sollevate (se il progetto proposto dalla Di Mattia sia o meno tecnicamente idoneo a risolvere le problematiche poste dall'appalto, se le migliorie proposte siano o meno realmente tali, ecc.), osserva il Collegio che neanche la Meg si spinge a giudicare la proposta progettuale Di Mattia del tutto inidonea e pertanto inammissibile, al contrario dilungandosi a spiegare per quali profili (specifici) la stessa

dovrebbe valutarsi carente.

Deve però evidenziarsi che le (eventuali) carenze progettuali che non si traducano in manifestazioni di totale inidoneità (ovvero di invalutabilità) non sono tali da comportare la inammissibilità dell'offerta ma, al più (e auspicabilmente), producono effetti sulla valutazione complessiva e/o analitica dell'offerta stessa, che, nello specifico, è stata infatti valutata e peraltro giudicata inferiore (tecnicamente) all'offerta Meg-Iervelli.

III.4) Va aggiunto che le stesse censure mosse dalla ricorrente Meg-Iervelli al progetto Di Mattia-Zanzi (e, per converso, le stesse valutazioni specifiche operate dalla Commissione) depongono univocamente per la conferma del predetto assunto di complessiva "ammissibilità" dell'offerta, di cui sono state esaminate le caratteristiche, i pregi e gli inconvenienti, e che la stessa Meg-Iervelli ha dimostrato di ben aver compreso, tanto da contestarne il merito.

III.4) Le censure sollevate, dunque, si sostanziano in definitiva nel richiesto sindacato della valutazione comparativa delle due offerte (Meg-Iervelli e Di Mattia-Zanzi) come operata dalla stazione appaltante.

III.5) Tuttavia, per svolgere tale sindacato, osserva il Collegio, occorre dapprima verificare se la ricorrente incidentale Meg-Iervelli sia o meno regolarmente in gara e dunque se la sua offerta sia valutabile o se, invece, la nominata concorrente non dovesse essere esclusa per carenza di requisiti soggettivi, che è appunto la questione posta dal ricorso principale Di Mattia.

III.6) In definitiva, quanto sollevato dal ricorso incidentale non vale a paralizzare il ricorso principale perché, per quanto sopra detto, presuppone risolta la questione della rituale presenza in gara della Meg-Iervelli.

III.7) Deve quindi passarsi ad esaminare il ricorso principale Di Mattia-Zanzi.

IV. Con il primo motivo le società ricorrenti Di Mattia-Zanzi deducono che la società aggiudicataria avrebbe ommesso di dichiarare l'assenza di cause ostative (requisiti generali di partecipazione) con riferimento ai propri procuratori speciali, muniti di rappresentanza sostanziale (in particolare Di Giovanni Diana Antonietta, procuratore in carica con poteri di compiere atti di amministrazione in nome e per conto della società mandante e formulare offerte per gare di appalto, e Ballatori Giovanni, procuratore cessato con analoghi poteri).

IV.1) In ordine alla questione se tenuti alla dichiarazione ex art. 38 codice appalti siano solo i legali rappresentanti in senso formale ovvero anche i soggetti titolari di rappresentanza sostanziale, con eventuale verifica in concreto della latitudine dei poteri di questi ultimi, com'è noto la giurisprudenza amministrativa, anche di vertice, ha fatto registrare oscillazioni.

In particolare, sulla posizione del procuratore "ad negotium", si è ritenuto che lo stesso sia, in via generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative previste dall'art 38, comma 1, lett. c), sicché i procuratori speciali delle società muniti di potere di rappresentanza non rientrerebbero nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, non essendo però, a tal fine, sufficiente il conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la P.A. (cfr. in questo senso, Cons. di Stato, sez.IV, 12 gennaio 2011, n.134).

IV.2) Il Collegio osserva tuttavia, in linea con cospicua parte della giurisprudenza, anche di vertice, che, se la ratio della norma è quella di assicurare l'affidabilità degli aspiranti contraenti con la P.A. e, per converso, di responsabilizzare (e penalizzare) i soggetti persone giuridiche che si spendano all'esterno per mezzo di persone fisiche rispetto alle quali l'ordinamento ha già espresso una valutazione di demerito (sulla base di condanne passate in giudicato) e se,

per ottenere tale duplice risultato, il modo con il quale la persona giuridica si presenta all'esterno deve essere (e apparire) assolutamente trasparente, sembra più conforme a tale "ratio" l'indirizzo che impone l'obbligo di dichiarazione non solo ai formali rappresentanti ma a tutti i soggetti "muniti di poteri di rappresentanza", tenuto conto dei poteri, delle funzioni e del ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato al di là delle qualifiche formali rivestite.

In termini, "l'art. 38 del d.lgs.n.163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato" (cfr., ex. pluris, Cons. di Stato, sez.VI, 18.1.2012, n.178).

Seguendo tale ordine di considerazioni, nella categoria degli "amministratori", ai fini dell'art. 38 del d.lgs. n.163/2006, vanno fatti rientrare tutti i soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario e dunque non chi riveste formalmente la carica di amministratore della società partecipante alla procedura comparativa ma anche coloro i quali, in qualità di procuratori ad negotia, abbiano ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa nel compimento di atti decisionali (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 9 marzo 2010, n.1373, e recentemente Cons. di Stato, sez.VI, 18.1.2012, n.178).

IV.2) La mancata dichiarazione generale sui requisiti da parte dei soggetti muniti di poteri di amministrazione e rappresentanza (in carica o cessati) costituisce autonoma causa di esclusione per dichiarazione non completa.

IV.3) Nel caso all'esame, la lex specialis di gara (pag. 5 del disciplinare, sub "Capacità richieste. A) Requisiti di idoneità morale) richiedeva la presentazione di tali dichiarazioni, a pena di esclusione, a carico "degli amministratori muniti di potere di rappresentanza" e la mancata integrazione circostanziale della dichiarazione stessa avrebbe comportato l'esclusione della società dalla gara, con la precisazione che "l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostra di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata".

Tra gli "amministratori muniti di potere di rappresentanza", per quanto sopra detto, sono da comprendersi anche i procuratori "con potere di rappresentanza" e tali sono certamente sia Diana Antonietta Di Giovanni sia Ballatori Mario, procuratori della società Meg, titolari "di ogni più ampio ed opportuno potere affinché compia(no) atti di amministrazione in nome per conto della società mandante", tra i quali, "formulare offerte per preventivi e gare d'appalto...stipulare contratti di appalto e/o subappalto...partecipare e rappresentare con pieni poteri la società in meeting, sopralluoghi e riunioni amministrative e sottoscrivere verbali di ogni genere" (cfr. fascicolo storico della società MEG presso la camera di commercio, doc. n.16 della produzione di parte ricorrente, pp.13-14 e 21-22).

Invero, la natura generale (e non affatto speciale) della procura rilasciata ai detti Di Giovanni e Ballatori e l'ampiezza dei (pieni) poteri conferiti, senza alcuna limitazione di valore (con riferimento specifico ai contratti) o temporale, consente di riconoscere in capo agli stessi il potere di amministrazione che impone il suddetto obbligo di dichiarazione.

V. Del pari fondato è l'ulteriore rilievo, pure contenuto nel primo motivo di ricorso, mosso dalle ricorrenti Di Mattia-Zanzi rispetto alla omessa dichiarazione, da parte dell'aggiudicataria Meg-Iervelli, dei soggetti tenuti alle dichiarazioni in quanto (già) legali rappresentanti delle

società confluite nella predetta Meg.

V.1) Come statuito cristallinamente dalla recente Adunanza Plenaria n.10/2012, la società concorrente deve produrre la dichiarazione ex art 38 anche con riferimento ai titolari e amministratori delle società confluite, per cessione, incorporazione o fusione (cfr. Ad. Plenaria, 7 giugno 2012, n.21), nella società concorrente e la omessa dichiarazione comporta autonoma causa di esclusione.

Più puntualmente “la dichiarazione circa l’insussistenza di sentenze di condanna passate in giudicato per determinati reati nei confronti di amministratori e direttori tecnici, prevista dall’art. 38 del D.lgs. 1 aprile 2006, n.163, va resa, a pena di esclusione, in caso di cessione d’azienda in favore del concorrente nel triennio anteriore al bando, anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la impresa cedente nell’ultimo triennio (cfr. Ad. Plenaria, n.10/2012 e n.21/2012).

V.2) Nel caso di specie, risulta che nell’anno antecedente all’avvio della procedura, l’azienda di proprietà di Gianluca Torelli e quella di proprietà di Agostino Fiordigiglio e Impresa di Costruzione Almonte Snc (queste due ultime acquistate nel triennio antecedente all’avvio della procedura) sono state acquistate dalla Meg; tuttavia, la concorrente (Meg) ha omesso la dichiarazione di cui all’art. 38 con riferimento ai legali rappresentanti e amministratori delle dette società, pur essendo tale incombenza richiesto, a pena di esclusione, per quanto sopra detto, nella lex specialis di gara.

VI. Risulta del pari omessa la dichiarazione relativa al nuovo amministratore subentrato Ezio Iervelli che pure ha sottoscritto il rinnovo e conferma dell’offerta in data 28 giugno 2012, senza allegarvi la necessaria dichiarazione.

VI.1) Va sul punto precisato che la conferma e rinnovo dell’offerta sono stati necessitati a causa del perdurare delle operazioni di gara (che non avrebbero consentito più il rispetto del termine del 180 giorni per mantenere ferma le offerte ma di uno notevolmente ridotto).

Al momento della presentazione della conferma e rinnovo, l’amministratore della Iervelli era il detto Ezio Iervelli, soggetto pacificamente tenuto, alla data della presentazione del detto rinnovo e conferma, alla dichiarazione.

Sul punto, il Collegio ritiene di dover precisare che i requisiti morali (requisiti di partecipazione) devono essere presenti al momento della scadenza del termine previsto nel bando per la presentazione delle offerte e fino all’aggiudicazione, con la conseguente necessità di “aggiornare “ le dichiarazioni ogni volta che, nelle more tra la presentazione dell’offerta e l’aggiudicazione, muti il quadro societario, circostanza di cui l’Amministrazione deve essere edotta, all’evidente fine di evitare elusioni.

VII. Infine, neppure risulta presentata la dichiarazione di cui all’art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter da parte dell’amministratore e socio unico della ESE Engineering s.r.l., indicato progettista dal raggruppamento controinteressato.

VII.1) Sul punto occorre richiamare la lex specialis (disciplinare di gara, pagina 6) che richiede che “anche per i soggetti ammessi alla progettazione dovranno essere comprovati i medesimi requisiti di idoneità morale previsti per l’appaltatore di lavori di cui all’art. 38”.

E che l’obbligo fosse ben presente alla controinteressata è dimostrato dalla circostanza che la ESE Engineering ha in effetti presentato la detta dichiarazione per il direttore tecnico.

VIII. Per effetto delle suindicate mancate dichiarazioni, l’offerta presentata dalla controinteressata Meg-Iervelli si appalesa gravemente carente e inammissibile per mancata dichiarazione e/o dimostrazione dei necessari requisiti morali richiesti dal bando (e dalla legge) a pena di esclusione.

IX. Pur essendo dirimente l'accoglimento del primo motivo di ricorso, per quanto sopra detto, il Collegio non si esime dalla delibazione delle altre questioni relative alla richiesta esclusione della ricorrente incidentale.

IX.1) Con il secondo motivo del ricorso principale, le ricorrenti Di Mattia-Zanzi deducono l'illegittimità dell'ammissione dell'ATI controinteressata per mancata corrispondenza, in sede di domanda di partecipazione, tra quote di qualificazione/partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori; questo con riferimento alla circostanza che, pur avendo l'ATI dichiarato rispettivamente percentuali pari al 51% e 49% per la Iervelli e la MEG, in realtà la Iervelli, che esegue nelle percentuali indicate i lavori ascrivibili alla Categoria prevalente OG 1, parteciperebbe al raggruppamento (e all'esecuzione dei lavori) in percentuale maggiore giacché eseguirebbe per intero (e per avvalimento della società CSEIT) anche i lavori ascrivibili alla categoria OG 11.

IX.2) Il motivo è infondato.

L'ATI controinteressata si configura, come in realtà mostra di ben comprendere la società ricorrente, come raggruppamento di tipo misto, orizzontale solo per l'esecuzione dei lavori di cui alla categoria OG 1, mentre per quelli ascrivibili alla categoria OG 11 gli stessi sono eseguiti per intero dalla Iervelli che si avvale all'uopo dell'impresa ausiliaria CSEIT.

E' dunque evidente che le percentuali dichiarate (51% e 49%) si riferiscono solo ai lavori della categoria OG 1, non avendo alcun senso riferirle anche alla percentuale di lavori relativi alla categoria OG 11 eseguiti (per il 100%) con (e dal) l'impresa ausiliaria CSEIT.

Stando così le cose, essendo ben chiara la ripartizione dei compiti fra le imprese dell'ATI, risulta rispettata la ratio cui è informato il principio di corrispondenza, ossia che le modalità partecipative non si traducano, a monte, in assenza di requisiti di qualificazione, che perciò devono essere dichiarati esattamente e in misura corrispondente alle percentuali dichiarate, e, a valle, in carenze esecutive, ove i lavori siano eseguiti da impresa facente parte del raggruppamento ma non qualificata.

IX.3) Del pari infondato è il rilievo mosso con riferimento alla richiamata norma di *lex specialis* secondo cui "la mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti", che, secondo la ricorrente Di Mattia, non sarebbe stata rispettata dall'ATI contro interessata essendo la Meg (mandante) titolare di classifica per importi ben superiori alla Di Mattia (mandataria).

Sul punto, giova considerare che l'espressione secondo cui "l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria" deve essere intesa con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente "spesa" ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto, avendo riguardo all'importo complessivo dei lavori.

In definitiva, ciò che non è consentito è che al fine di dimostrare, da parte dell'associazione temporanea, il possesso del 100% dei requisiti minimi una mandante "spenda" una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la ratio della norma de qua nell'esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente, e non astrattamente, il soggetto più qualificato in rapporto non al complesso dei lavori a base d'asta, somma quindi nella fattispecie degli importi della categoria OG 1 e della categoria OG 11, ma in rapporto a ogni singola categoria.

Il requisito del possesso maggioritario in capo alla capogruppo mandataria non può essere dunque riferito all'importo complessivo dei lavori ma all'importo di ciascuna delle singole categorie di cui, come nel caso di specie, risulta composto l'appalto (ex pluris, CGA,

n.306/2008; Cons. di Stato, sez. V, n.832/2007 e 6363/2007).

Tale assunto è stato confermato dal DPR n.207/2010 che, all'articolo 92 comma 2, per i raggruppamenti di tipo orizzontale, prevede, all'ultimo periodo, che "nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara".

Quando all'ATI, in particolare, partecipano due sole imprese, come nel caso di specie, il riferimento alla misura percentuale superiore indica che la mandataria deve spendere, in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara, una qualifica superiore al 50 per cento dell'importo dei lavori, perché solo in tal modo essa potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato; in conclusione, la mandataria può anche possedere requisiti in misura inferiore alla mandante purché in quella gara ne possieda più della mandante.

Nel caso di specie, la Meg, che, in termini di astratta qualificazione, risulta possedere i requisiti in misura chiaramente superiore alla mandataria Iervelli, li "spende", tuttavia, in concreto, in misura percentuale inferiore sia con riferimento alla categoria OG 1 (nel rapporto 51% - 49%, come si è sopra detto) sia con riferimento alla categoria OG 11 (per la quale si spende la sola Iervelli, in avvalimento con l'ausiliaria).

X. Infondata è anche la censura relativa alla dedotta inesatta presentazione della cauzione provvisoria, non riferita anche all'ausiliaria CSEIT, dichiarata esecutrice dei lavori riferiti alla categoria OG11 (terzo motivo).

X.1) Come statuito dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'omessa presentazione, da parte dell'impresa ausiliaria, della cauzione provvisoria (che, si ricorda, è posta a garanzia della serietà dell'offerta, a carico del "concorrente", e non rilevante ai fini esecutivi, posto che la garanzia in questo caso è data dalla diversa cauzione definitiva da prestarsi all'esito dell'aggiudicazione e in sede di stipula del contratto) non comporta affatto l'esclusione della concorrente non essendo le carenze della cauzione provvisoria previste dalla legge come cause "tassative" di esclusione, e neppure essendo tale carenza sanzionata espressamente nel bando di gara come causa di esclusione (pure dubbia essendo, in tale caso, la legittimità di siffatta clausola).

X.2) Sotto diverso profilo, la garanzia a serietà dell'offerta evidentemente può predicarsi solo con riferimento ai concorrenti e tale non è l'impresa CSEIT, che è dichiarata ausiliaria dell'associata Iervelli per la sola esecuzione dei lavori riferiti alla categoria OG11.

XI. La ritenuta fondatezza del primo motivo di ricorso, comportando comunque la esclusione della concorrente MEG dalla gara, fa conseguire l'improcedibilità del ricorso principale proposto da MEG (n.28/R.G.) ed esime il Collegio dalla disamina del quarto motivo del ricorso principale Di Mattia-Zanzi che ripropone ancora la questione dell'ammissibilità dell'offerta Meg-Iervelli sotto il profilo oggetto anche del ricorso principale Meg (n.28/R.G.).

XII. Il quinto e sesto motivo del ricorso Di Mattia-Zanzi si incentrano sulla critica dell'offerta tecnica Iervelli, per un verso deducendone l'inammissibilità per la pretesa insostenibilità delle proposte progettuali presentate, per altro assumendo l'erronea attribuzione dei punteggi per effetto della quale la detta ATI Iervelli avrebbe ottenuto una posizione peggiore.

XII.1) Osserva il Collegio che la ritenuta fondatezza dei motivi relativi all'illegittima ammissione in gara del raggruppamento controinteressato, che comporta la sua esclusione, determina per conseguenza l'improcedibilità dei motivi che contestano il merito e la valutazione dell'offerta tecnica.

XII.2) Vanno pure dichiarati assorbiti i motivi aggiunti proposti dalla Di Mattia nel giudizio

n.628/2012 (aventi ad oggetto il rigetto implicito in relazione all'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-bis del D.lgs. n.163/2006) essendo l'effetto del richiesto autoannullamento (cui mira l'informativa in esame) prodotto dallo stesso esito del ricorso.

XIII. Per tutto quanto precede, il ricorso principale Di Mattia-Zanzi (n.628/2012 R.G.) va pertanto accolto, nei limiti sopra detti, e per l'effetto va annullata l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Meg-Iervelli.

XIII.1) In conseguenza l'Amministrazione dovrà procedere alla nuova aggiudicazione della gara in favore della seconda graduata, ATI Di Mattia-Zanzi, all'esito delle verifiche di legge.

XIII.2) Il ricorso principale Meg-Iervelli (n.28/2012) e incidentale Meg-Iervelli (nel giudizio n.628/2012) vanno, per quanto sopra detto, dichiarati improcedibili, risultando acclarata la condizione di concorrente escluso dell'ATI Meg-Iervelli risultante dal disposto accoglimento del ricorso Di Mattia-Zanzi.

XIV. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano, in favore delle ricorrenti principali Di Mattia-Zanzi e a carico della Meg-Iervelli e dell'Amministrazione resistente, ciascuno per la metà, nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo – L'AQUILA, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti nn.28/2012 e 628/2012, come in epigrafe proposti, e succedanei motivi aggiunti, così provvede:

dichiara improcedibile il ricorso n.28/2012 e il ricorso incidentale proposto nel contesto del ricorso n.628/2012; accoglie il ricorso n.628/2012 nei sensi e limiti e con gli effetti di cui in motivazione.

Condanna le società Meg-Iervelli e l'Amministrazione resistente, ciascuna per la metà, al pagamento delle spese di giudizio in favore delle ricorrenti principali nel ricorso n.628/2012, che si liquidano in complessivi Euro 8.000, 00 (ottomila), oltre alla rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Alberto Tramaglino, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28/02/2013

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Giudicando su una complessa vicenda di gara che aveva visto un'ATI prima essere esclusa, poi riammessa con riserva ed infine divenire aggiudicataria, il T.A.R. L'Aquila esamina *ex professo* ed *inter alia* i confini della disposizione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, riconoscendo l'onere di rilasciare le dichiarazioni personali prescritte dal codice degli appalti in capo ai seguenti soggetti:

- procuratore speciale di società concorrenti, titolare di un potere di rappresentanza "sostanziale";
- titolare e/o amministratore di società confluita per cessione, incorporazione o fusione nella società concorrente;
- amministratore subentrato nel corso della procedura di gara, nell'ipotesi di sottoscrizione della conferma dell'offerta.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La sentenza in commento affronta una tematica molto invalsa nella prassi delle procedure ad evidenza pubblica, vale a dire quella dei soggetti che sono tenuti alla dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006.

La norma *de qua* prevede, per la partecipazione alle gare per l'affidamento di un appalto, la necessaria sussistenza di requisiti di natura morale, escludendone la partecipazione a chi abbia riportato una condanna passata in giudicato per reati che incidono sulla moralità professionale.

Sovente le società si avvalgono, oltre che dei legali rappresentanti formali, di altri soggetti titolari del potere di rappresentare la società, che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica o stipulano determinati contratti con le stazioni appaltanti. Tali poteri vengono conferiti *ad hoc* mediante procura speciale, in virtù della quale il rappresentante può agire in nome e per conto della società conferente, limitatamente ad uno o più affari determinati, imputandone direttamente alla stessa gli effetti.

Rebus sic stantibus, la giurisprudenza si è interrogata circa la necessità di richiedere, anche ai rappresentanti speciali, il possesso dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara e se siano tenuti anch'essi, *ope legis*, alla dichiarazione personale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) prescritta per i legali rappresentanti.

E' quindi necessario, *a fortiori*, verificare in concreto la latitudine dei poteri dei "procuratori" *de quibus*, oltrepassando il mero dato formale della qualifica da loro rivestita.

La posizione del procuratore *ad negotium* è oggetto di un contrasto giurisprudenziale tra due

filoni contrapposti.

Nella sentenza in commento, il T.A.R. Abruzzo, sede di L'Aquila, prende posizione in ordine alla *vexata quaestio* se siano tenuti alla dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative di cui all'art. 38 del codice degli appalti solo i legali rappresentanti in senso formale oppure anche i soggetti titolari della rappresentanza sostanziale.

Secondo un primo orientamento, eroicamente "agganciato" al tenore letterale della disposizione, i procuratori speciali delle società muniti di potere di rappresentanza non rientrerebbero nel novero dei soggetti tenuti alla dichiarazione *de qua* a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura (Cons. di Stato, sez IV, 12 gennaio 2011, n. 134).

Invece, in ossequio al secondo orientamento, fautore di un'interpretazione estensiva della norma, dovrà imporsi l'obbligo di dichiarazione non soltanto ai legali rappresentanti formali bensì a tutti i soggetti che, in qualità di procuratori *ad negotium*, abbiano ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (*ex plurimis*, Cons. di Stato, sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373 e, recentemente, Cons. di Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178).

Il Collegio giudicante aderisce al filone giurisprudenziale "estensivo".

Si tratta di una soluzione fortemente ancorata alla nozione di procura come atto avente rilevanza esterna. Del resto, se la *ratio* della disposizione *de qua* è quella di assicurare l'affidabilità degli aspiranti contraenti con la P.A., pare più conforme all'intenzione del legislatore l'indirizzo che impone l'obbligo di dichiarazione non solo ai formali rappresentanti ma anche a tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi che, sebbene rivestano formalmente la qualifica di meri procuratori *ad negotium*, in realtà agiscono come amministratori di fatto, esercitando mansioni decisionali e gestionali.

Sarà necessario, pertanto, oltrepassare il mero dato formale ed operare un'analisi in concreto dell'ampiezza e dell'entità dei poteri, delle funzioni e dei ruoli effettivamente attribuiti.

Sulla scorta di tale ragionamento, le esigenze di trasparenza e moralità che hanno portato ad interpretare estensivamente l'art. 38, comma 1, lett. c), equiparando gli amministratori sostanziali a quelli formali, non potranno che riguardare anche altre persone fisiche, oggettivamente collegate alla società concorrente. Pertanto, in ossequio al *decisum* della recente Adunanza Plenaria n. 10 del 2012, viene ribadito l'obbligo per la società concorrente di produrre, a pena di esclusione dalla gara, la dichiarazione ex art. 38 anche con riferimento ai titolari ed agli amministratori delle società confluite nella concorrente per cessione, incorporazione o fusione che abbiano operato presso l'impresa cedente nel triennio (o anno) antecedente all'avvio della procedura.

Anche in questo caso la finalità è quella di scongiurare *ab origine* ogni possibilità di elusione dell'onere dichiarativo, escludendo *sic et simpliciter* dalla gara le imprese per le quali si possa presumere una gestione non corretta dell'azienda attraverso il parametro della responsabilità

penale personale di precedenti amministratori.

Infine, il collegio giudicante ha riconosciuto la necessità di assoggettare all'onere dichiarativo *de quo* anche l'amministratore della società concorrente che sia "subentrato" nel corso della procedura, qualora, a seguito del perdurare delle operazioni di gara, si siano resi necessari il rinnovo e/o la conferma dell'offerta.

A tal riguardo, è pienamente condivisibile la constatazione che i requisiti morali previsti per la partecipazione debbano essere presenti per l'intero arco temporale della procedura. Nell'eventualità di una *mutatio* del quadro societario nelle more tra la presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione, l'impresa concorrente avrà l'onere di informare tempestivamente la stazione appaltante e provvedere all'aggiornamento delle dichiarazioni ex art. 38, pena l'esclusione dalla gara.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame si inserisce nell'ambito del contrasto giurisprudenziale tra sostenitori dell'interpretazione letterale della disposizione ex art. 38, comma 1, lett. c) e fautori dell'interpretazione estensiva, rafforzando quest'ultimo filone, che è divenuto ampiamente maggioritario.

Ceteris paribus, l'orientamento "ampliativo" del novero dei soggetti onerati del rilascio delle dichiarazioni personali sembra ormai incontrovertibile in quanto più adeguato al perseguimento dell'interesse pubblico da parte della P.A. Difatti, il *leitmotiv* delle precedenti ipotesi di ampliamento soggettivo è sempre costituito dall'esigenza di scongiurare elusioni del disposto ex art. 38, penalizzando quei concorrenti, persone giuridiche, che si spendano all'esterno per mezzo di persone fisiche rispetto alle quali l'ordinamento ha già espresso una valutazione di demerito sulla base di condanne passate in giudicato.

Pertanto, non sembra costituire una soluzione arbitraria l'imposizione dell'onere dichiarativo nei confronti di tutti coloro i quali siano in grado di trasmettere in concreto, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato.

In conclusione, l'assetto delineato dalla giurisprudenza pare ormai "blindato" e potrebbe mutare solo a seguito di un intervento *de iure condendo* del legislatore, che preveda espressamente l'esclusione di tali soggetti dall'onere di rilasciare le dichiarazioni personali.

Di rilevante interesse è, infine, la presa di posizione in caso di mutamento di legali rappresentanti in corso di gara. Infatti, molti operatori dimenticano che i requisiti soggettivi non solo devono sussistere al momento della presentazione delle offerte, ma devono anche permanere per tutta la durata della procedura. E ciò con la conseguenza che, in caso di mutamenti dei legali rappresentanti – soprattutto come nel caso di specie in cui il nuovo amministratore ha sottoscritto la conferma dell'offerta (essendo decorso il termine di 180



giorni previsto dalla *lex specialis*) – questi sono tenuti a rendere le dichiarazioni richieste dall'art. 38 del Codice.