

N. 02048/2015REG.PROV.COLL.

N. 08102/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8102 del 2014, proposto da:
Rt Technital Spaquale Capogruppo Mandataria Rtp, Rtp - Soceco Srl, Rtp - Studio
Guizzetti Mario e Associati, Rtp - Ing. Prof. Maurizio Crispino, Rtp - Ing. Prof.
Francesco Maria Baldassarri, Rtp - Ing. Prof. Lino Rossi, rappresentati e difesi
dall'avv. Francesco Mazzoleni, con domicilio eletto presso Segreteria Sezionale Cds in
Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Tecno Engineering 2c Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Nardocci, con
domicilio eletto presso Francesco Nardocci in Roma, Via Oslavia 14;

nei confronti di

Aeroporto Valerio Catullo di Verona Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea
Sartori, Vincenzo Corona, con domicilio eletto presso Luca Ranalli in Roma, Via
Antonio Pollaiolo, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01216/2014, del dispositivo di sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00825/2014, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione e lavori zona aeroportuale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecno Engineering 2c Srl e di Aeroporto Valerio Catullo di Verona Spa, che ha proposto appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2015 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Francesco Mazzoleni, Francesco Nardocci e Andrea Sartori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a., in data 22 aprile 2013, pubblicava in G.U.C.E. l'avviso relativo ad una procedura ristretta, da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa, per la selezione di un progettista e direttore dei lavori per la redazione di un progetto preliminare ed un progetto definitivo e per l'attività di coordinamento e sicurezza in fase di progettazione, direzione lavori, coordinamento e sicurezza in fase di esecuzione e per il servizio di responsabile di sicurezza operativa avente ad oggetto la riqualifica della via di rullaggio denominata "Tango" ed altre opere nella zona air-side aeroportuale.

In seguito alla fase di prequalifica, la stazione appaltante inviava le lettere di invito a due operatori: il R.T.P. Technital s.p.a. - So.Ge.Co. Engineering group s.r.l. - prof. Ing. Maurizio Crispino - Studio consulenze elettriche Guizzetti Mario e Associati - dott. Ing. Francesco Maria Baldassarri - dott. Ing. Lino Rossi e la Tecno Engineering

2C s.r.l..

Nella lettera di invito si specificava che l'offerta economica sarebbe stata valutata con un fattore ponderale pari a 30, mentre per l'offerta tecnica sarebbe stato assegnato un massimo di 70 punti.

Nello specifico, questi ultimi potevano essere distribuiti in virtù di differenti criteri motivazionali, aventi ad oggetto:

- 1) l'adeguatezza dell'offerta rispetto all'attinenza dei servizi documentati dal punto di vista strutturale ed impiantistico, degli obiettivi di carattere tecnico ed operativo e degli obiettivi di carattere ambientale ed energetico delineati per le opere oggetto dei servizi da affidare (30 punti);
- 2) le caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte in merito allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico (40 punti).

Durante l'espletamento della prima parte della procedura, veniva sostituito l'amministratore unico della Tecno Domus s.r.l. la quale riveste la qualifica di socio di maggioranza della Tecno Engineering 2C s.r.l.: al riguardo non veniva inoltrata alla stazione appaltante alcuna comunicazione inerente all'avvicendamento, nei vertici societari della Tecno Domus s.r.l., fra il sig. Valentino Criscuolo ed il sig. Andrea Criscuolo.

La commissione giudicatrice, nella seduta pubblica dell' 8 novembre 2013, aggiudicava provvisoriamente la gara al R.T.P. Technital cui era attribuito il punteggio di 85,3203. Al secondo posto si collocava la Tecno Engineering 2C s.r.l. con il punteggio di 74,7022.

Con nota prot. n. 2315 del 18 novembre 2013 del R.U.P., la stazione appaltante aggiudicava in via definitiva la gara al R.T.P. Technital.

Successivamente, con ricorso n.r. 10/2014, la Tecno Engineering 2C s.r.l. adiva il T.A.R. Veneto per contestare l'esito della gara ed ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva. A tal fine, esponeva quattro motivi di doglianza,

concernenti:

a) l'incompatibilità, non accertata dalla stazione appaltante, fra l'incarico ricoperto dall'ing. Maurizio Crispino presso il Politecnico di Milano (professore ordinario di ruolo) e quello di mandante del R.T.P. Technital;

b) la violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, stante l'omessa dichiarazione dei requisiti ivi previsti da parte dell'ing. Marcolini, indicato dal R.T.P. Technital quale "giovane professionista" ai sensi dell'art. 253 co. 5 d.p.r. n. 207 del 5 ottobre 2010;

c) l'illogicità e l'incongruità delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice e dell'assegnazione dei punteggi da essa effettuata, in quanto la capogruppo del R.T.P. Technital, pur essendosi impegnata a svolgere almeno il 60% del servizio previsto nella gara, non aveva eseguito nemmeno uno dei servizi indicati in sede di offerta tecnica;

d) in via subordinata, chiedeva l'annullamento e la ripetizione della gara per violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, concernente la corretta composizione della commissione giudicatrice, stante l'incompatibilità, con il ruolo di commissario, dell'ing. Carli, e la carenza delle necessarie competenze tecniche della dott.ssa Panato. Prima dell'esame del ricorso da parte del T.A.R., la stazione appaltante, nella seduta pubblica straordinaria del 7 luglio 2014, dichiarava l'esclusione della Tecno Engineering 2C s.r.l. in quanto non aveva fornito la dichiarazione relativa ai requisiti di moralità del nuovo amministratore unico della Tecno Domus s.r.l., socio di maggioranza della Tecno Engineering 2C s.r.l..

Quest'ultima, pertanto, impugnava, con motivi aggiunti al ricorso n.r. 10/2014, l'intervenuta esclusione dalla gara, affermando che l'obbligo di rendere la dichiarazione, relativa alla sussistenza dei requisiti di moralità dell'amministratore unico del socio di maggioranza persona giuridica, non sarebbe imposto dalla legge: secondo l'interpretazione fornita dalla Tecno Engineering 2C s.r.l., per le società a

responsabilità limitata, la dichiarazione ex art. 38 co. 1 lett. b) e c) d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 deve essere presentata dal socio unico persona fisica ovvero dal socio di maggioranza, in caso di società con meno di quattro soci. Nella fattispecie, data la personalità giuridica dell'amministratore unico del socio di maggioranza della Tecno Engineering 2C s.r.l., non gravava su di essa l'obbligo di presentazione della dichiarazione inerente alla sussistenza dei requisiti morali.

Il T.A.R. Veneto, con ordinanza cautelare n. 137 del 14 febbraio 2014 - confermata da questa Sezione, alla luce della fissazione del merito in primo grado per l'11 giugno 2014, con ordinanza n. 1733 del 30 aprile 2014 - accoglieva l'istanza di sospensione dell'aggiudicazione definitiva, motivando in merito all'omessa dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 da parte dell'ing. Marcolini. Secondo il T.A.R., l'applicazione dei principi di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi dell'amministrazione conducono a ritenere che chiunque, a qualsiasi titolo, esegua prestazioni di lavori, servizi o forniture nei confronti della p.a. debba possedere - e, quindi, dichiarare - i requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006.

In seguito all'udienza pubblica, il T.A.R. Veneto con dispositivo n. 825 del 13 giugno 2014 accoglieva nel merito il ricorso di Tecno Engineering 2C s.r.l.: nelle motivazioni della sentenza, depositata il 16 settembre 2014, il giudice di prime cure, per un verso, confermava l'illegittimità dell'omessa dichiarazione dei requisiti morali da parte dell'ing. Marcolini e, per altro verso, in accoglimento dei motivi aggiunti al ricorso, dichiarava l'illegittimità dell'esclusione della Tecno Engineering 2C s.r.l.. Secondo il T.A.R., infatti, "l'obbligo dichiarativo posto dall'art. 38 a carico del socio di maggioranza di società con meno di quattro soci deve ritenersi circoscritto ai soli soci persone fisiche e non anche [...] al socio di maggioranza persona giuridica".

Conseguentemente, la Tecno Engineering 2C s.r.l. subentrava al primo posto in graduatoria in luogo dell'estromesso R.T.P. Technital. E venivano dichiarati assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso formulati dalla Tecno Engineering 2C s.r.l..

Con un unico articolato motivo di gravame, la R.T.P. Technital propone appello avverso la sentenza del T.A.R. Veneto n. 1216 del 16 settembre 2014, chiedendo la riforma della decisione del primo giudice con riferimento alla rilevata illegittimità dell'omessa dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, da parte dell'ing. Marcolini. Parte appellante afferma, in primo luogo, che né il d.lgs 163 del 12 aprile 2006 né il d.p.r. n. 207 del 5 ottobre 2010 impongono al giovane professionista di presentare le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38; in secondo luogo, l'appellante evidenzia che al giovane professionista non viene attribuito alcun ruolo ulteriore rispetto alla sottoscrizione dei progetti e, pertanto, non può essere equiparato né ad un componente, né ad un socio dell' R.T.P., né ad un concorrente e, dunque, a nessuno dei soggetti obbligati a prestare le dichiarazioni inerenti ai requisiti di moralità; in terzo luogo, la Technical s.p.a. afferma l'illegittimità della sua estromissione dalla gara in quanto la lex specialis non conteneva alcuna previsione specifica che obbligasse il giovane professionista a sottoscrivere le dichiarazioni di cui all'art. 38.

Parte appellante sostiene anche l'infondatezza dei motivi del ricorso introduttivo che erano stati dichiarati assorbiti dal T.A.R., concludendo per la loro eventuale reiezione. In via cautelare l' R.T.P. Technital avanza istanza di sospensione cautelare della sentenza impugnata, atteso sia il pregiudizio economico, che l'aggravio del contenzioso che deriverebbe dal rigetto dell'appello.

Si è costituito in giudizio l'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. che, con appello incidentale, ha, anzitutto, evidenziato la necessità, connessa alla tutela del pubblico interesse, di addivenire ad una celere soluzione della procedura e, con due motivi, ha impugnato la decisione n. 1216 del 2014 del T.A.R. Veneto. L'appellante incidentale afferma, con il primo motivo, la legittimità dell'esclusione della Tecno Engineering 2C s.r.l. dalla procedura: il giudice di prime cure non avrebbe, erroneamente, considerato sussistente in capo all'amministratore unico del socio di

maggioranza della Tecno Engineering 2C s.r.l. l'obbligo di fornire le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006. In particolare, secondo l'appellante incidentale, gli indirizzi giurisprudenziali in materia non sarebbero stati bene interpretati dal T.A.R. che, tra l'altro, non avrebbe attribuito il giusto rilievo alla circostanza secondo la quale il vecchio amministratore unico della Tecno Domus s.r.l. aveva fornito, in sede di prima domanda di partecipazione alla procedura, la dichiarazione ex art. 38; inoltre, da un'attenta lettura della lex specialis, era intuibile che tale obbligo non poteva dirsi escluso in caso di mutamento nei vertici societari del socio di maggioranza di un concorrente.

Con il secondo motivo di appello incidentale, l'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. ha impugnato il capo della sentenza del T.A.R. con cui l' R.T.P. Technital è stato estromesso per l'omessa presentazione, da parte dell'ing. Marcolini, delle dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006. L'appellante incidentale ha, sostanzialmente, confermato le argomentazioni fornite dall'appellante principale al riguardo.

Si è costituita in giudizio la Tecno Engineering 2C s.r.l. che, con memorie ed allegazioni documentali depositate, rispettivamente, in risposta all'appello principale ed all'appello incidentale, ha fornito argomentazioni in merito al rigetto di entrambi gli appelli ed ha riproposto, in via subordinata, i motivi di ricorso introduttivo dichiarati assorbiti dal T.A.R., concludendo per la conferma della sentenza impugnata. La Sezione, con ordinanza n. 4958 del 29 ottobre 2014, ha accolto l'istanza cautelare avanzata dal R.T.P. Technital, sospendendo l'esecutività della sentenza e condannando la Tecno Engineering 2C s.r.l. alle spese della fase cautelare in favore dell'appellante principale, compensandole nei riguardi della stazione appaltante.

In vista dell'udienza di merito, la Tecno Engineering 2C s.r.l. e l'R.T.P. Technital hanno depositato ulteriori memorie scritte ed allegazioni documentali - fra cui copia del certificato del casellario giudiziale dell'amministratore unico di Tecno Domus s.r.l.

- a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 3 marzo 2015, uditi i patrocinatori della parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione sottoposta al Collegio concerne, nel complesso, l'esatta individuazione dei soggetti obbligati a fornire le dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

2. Risulta necessario esaminare preliminarmente l'appello principale, per verificare se l'estromissione dalla gara del R.T.P. Technital, sancita dal giudice di prime cure, si fonda su una corretta interpretazione della norma di cui agli artt. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e 253 co. 5 d.p.r. n. 207 del 2010.

L'appellante principale sostiene che l'estromissione dalla gara, disposta per l'omessa prestazione delle dichiarazioni relative ai requisiti di moralità, da parte del giovane professionista ing. Marcolini, leda il principio di tassatività delle cause di esclusione: infatti, nessuna disposizione legislativa o regolamentare né la lex specialis di gara, menzionano il "giovane professionista" fra i soggetti obbligati a prestare le dichiarazioni ex art. 38.

Inoltre, secondo l'R.T.P. Technital, il dibattito giurisprudenziale in tema di soggetti obbligati a prestare le dichiarazioni in esame, ha riguardato, al più, gli amministratori ed i c.d. procuratori ad negotia, - soggetti che, pur non rivestendo la qualifica di amministratore, derivano il proprio potere dalla volontà di questi ultimi, operano nell'interesse societario per un oggetto limitato e sono sottoposti al potere di chi ha conferito loro la procura. Tuttavia, la posizione dell'ing. Marcolini esulerebbe da queste figure, in quanto egli è stato indicato come progettista junior in esecuzione della disciplina prevista nel d.p.r. n. 207 del 2010 e, pertanto, non può essere considerato alla stregua di un socio, di un componente del R.T.P., e, men che meno, di un concorrente.

Parte appellante evidenzia, altresì, che la sentenza impugnata e, ancor prima, l'ordinanza cautelare del T.A.R. n. 137, avevano erroneamente ritenuto che qualunque soggetto, a qualsiasi titolo fosse entrato in contatto con la stazione appaltante, sarebbe stato sottoposto agli oneri dichiarativi ex art. 38: una corretta esegesi dell'art. 34 d.lgs. n. 163 del 2006 (rubricato "soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"), come effettuata dalla giurisprudenza richiamata nell'atto di appello, imporrebbe invece, di considerare "operatore economico" soltanto i soggetti ivi indicati e, fra di essi, non potrebbe farsi rientrare il giovane professionista ing. Marcolini.

2.2 Il motivo è fondato.

Al riguardo, è necessario esaminare la disciplina applicabile al caso di specie, al fine di comprenderne l'esatta interpretazione alla luce dei principi che regolano le procedure concorsuali.

L'ing. Marcolini, dipendente della società capogruppo del R.T.P. Technital, è stato indicato da quest'ultimo quale "giovane professionista" con il ruolo di progettista. Tali specificazioni derivano dalla corretta esecuzione del combinato disposto di cui agli artt. 90 co. 7 d.lgs. n. 163 del 2006 e 253 co. 5 d.p.r. n. 207 del 2010.

In base a tali disposizioni, i R.T.P. per poter utilmente partecipare ad una gara, sono obbligati a prevedere al loro interno, in qualità di progettista, almeno un professionista abilitato all'esercizio della professione da non più di cinque anni: tale disciplina ha lo scopo di promuovere la presenza di giovani nei gruppi concorrenti a bandi relativi ad incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e concorsi di idee.

La funzione promozionale dell'individuazione, da parte di un R.T.P., di un "giovane professionista" è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 875, id. 24 ottobre 2006 n. 6347). Tale coinvolgimento nel raggruppamento è funzionale all'inserimento nel mercato del

lavoro dei giovani abilitati alla professione da meno di cinque anni: essa tende, cioè, a favorire l'applicazione nella pratica delle conoscenze maturate nel corso degli studi universitari.

In ultima analisi, la possibilità concessa al giovane professionista è rivolta a suo (quasi) esclusivo vantaggio: a ben vedere, infatti, la stazione appaltante non riceve alcun diretto beneficio dalla presenza o meno, nel R.T.P., di un giovane professionista.

C'è da aggiungere che, al precipuo fine di responsabilizzare maggiormente la figura del giovane professionista, l'obbligo contenuto nel citato art. 253 co. 5 d.p.r. n. 207 del 2010, a differenza della disciplina previgente, precisa che il raggruppamento debba prevedere la presenza di un giovane professionista in qualità di "progettista": tale imposizione comporta senza dubbio una maggiore responsabilizzazione, poiché il giovane professionista sarà chiamato a sottoscrivere gli elaborati progettuali, determinandosi una maggiore interazione con la équipe di lavoro di cui fa parte. (cfr. parere AVCP n. 194 del 21 novembre 2012 e n. 209 del 19 dicembre 2012).

In effetti, la specificazione contenuta nel nuovo testo del citato art. 253 co. 5, tende ad evitare che la sola "indicazione" di un giovane professionista, che non ricopra alcuno specifico ruolo all'interno dell'R.T.P., si tramuti in un mero adempimento formale, in tal modo eludendo l'intenzione perseguita dal legislatore.

2.3 In virtù di quanto chiarito, non può essere condivisa l'interpretazione fornita al riguardo dalla società resistente. Quest'ultima sostiene che l'art. 253 co. 5 d.p.r. 207 del 2010 non esime i giovani professionisti dal fornire le dichiarazioni di moralità. Tale assunto sarebbe suffragato dalla qualità di progettista che il professionista deve assumere all'interno del R.T.P.: la circostanza in base alla quale egli dovrà sottoscrivere gli elaborati progettuali e, dunque, eseguire materialmente parte del progetto, lo pone sullo stesso piano dei componenti del raggruppamento, con i quali, pertanto, dovrebbe condividere l'obbligo di fornire le dichiarazioni di idoneità morale.

2.4 Questa lettura interpretativa ad un attento esame risulta erronea, in quanto, come già evidenziato, la responsabilizzazione del giovane progettista è funzionale all'incremento delle sue competenze pratico-applicative e curricolari: non risulta sufficiente il ruolo che egli ricopre all'interno del R.T.P. per far insorgere l'obbligo di cui all'art. 38 d.lgs. n.163 del 2006.

Come è concordemente riconosciuto, la ragione per cui è posto l'obbligo dichiarativo ex art. 38 risiede nella necessità di verificare la complessiva affidabilità dell'operatore economico con cui la stazione appaltante stipulerà il contratto oggetto della procedura ad evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 523; id. sez. V, 15 gennaio 2008 n. 36): la disposizione si rivolge, dunque, ad esclusivo interesse della stazione appaltante ed, in ultima analisi, dell'interesse pubblico.

Da quanto sopra esposto, è agevole notare il differente piano di su cui si collocano le due disposizioni contenute, da un lato, nell'art. 253 co. 5 d.p.r. n. 207 del 2010 e, dall'altro lato, nell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la prima, è rivolta all'incremento delle competenze professionali dei giovani abilitati alla professione, la seconda, invece, è destinata a tutelare l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e della collettività.

Di conseguenza, la posizione del progettista junior nei confronti della stazione appaltante non muta con l'assunzione di maggiori responsabilità professionali: egli, nonostante ciò, non può essere equiparato all'operatore economico che sottoscriverà l'appalto e, dunque, non dovrà fornire le medesime garanzie morali richieste a quest'ultimo. L'ing. Marcolini, infatti, pur assumendo la qualifica di "giovane progettista", risulta pur sempre un dipendente della mandataria del R.T.P. e non può, soltanto per questo motivo, essere obbligato a garantire la stazione appaltante circa le sue qualità morali: diversamente opinando, si giungerebbe ad affermare la necessità di sottoscrizione della dichiarazione ex art. 38, da parte di ogni singolo dipendente dei vari soggetti facenti parte del R.T.P. con gravi ripercussioni sia in termini di

speditezza dell'azione della stazione appaltante, sia di illegittima applicazione analogica di cause di esclusione dalla gara.

2.5 Non meno decisiva appare, infatti, l'applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006: da quanto finora affermato e da quanto risulta dagli atti di causa, l'obbligo di fornire le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, in nessun caso è posto in modo espresso a carico dei giovani professionisti. Sotto tale punto di vista, pertanto, l'ing. Marcolini ed il R.T.P. di cui fa parte, non sono incorsi in alcuna violazione delle disposizioni legislative o della lex specialis tali da giustificare l'esclusione dalla procedura.

2.6 Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'appello principale va accolto, stante la rilevata illegittimità dell'estromissione dalla gara del R.T.P. Technital. Conseguentemente, il raggruppamento va reintrodotta utilmente in graduatoria, poiché nessuna disposizione del bando di gara, o di legge, aveva sancito l'obbligo per l'ing. Marcolini, nella sua qualità di progettista junior, di fornire le dichiarazioni inerenti ai propri requisiti di ordine generale: dall'analisi delle rationes degli artt. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e 253 co. 5 d.p.r. 207 del 2010, non può farsi discendere alcun obbligo di tal genere a suo carico.

3. Dopo aver chiarito l'illegittimità dell'estromissione dalla gara del R.T.P. Technital, occorre verificare la correttezza delle motivazioni relative all'annullamento dell'esclusione dell'altra concorrente, Tecno Engineering 2C s.r.l., sulla quale, secondo il T.A.R., non sarebbe gravato l'onere di comunicare alla stazione appaltante le variazioni dei vertici societari del proprio socio di maggioranza. Pertanto, si rende necessario procedere all'analisi del primo motivo proposto con l'appello incidentale.

3.1 Con esso, l'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. censura la decisione del giudice di prime cure sotto tre profili.

In primo luogo, evidenzia, per un verso, che gli oneri dichiarativi erano richiamati tanto nel bando di gara quanto nella lettera d'invito e, per altro verso, che l'odierna

appellata era consapevole di dover fornire le dichiarazioni ex art. 38, come sarebbe dimostrato dalla presentazione delle stesse da parte del vecchio amministratore unico della Tecno Domus s.r.l..

In secondo luogo, l'appellante incidentale contesta l'omessa pronuncia del T.A.R. Veneto sulla seconda parte dei motivi aggiunti al ricorso introduttivo: con essa si faceva riferimento alla possibilità, per la stazione appaltante, di avvalersi del soccorso istruttorio di cui all'art. 46 d.lgs. al fine di integrare la documentazione mancante. L'Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. assume di aver già evidenziato l'impossibilità di evocare il soccorso istruttorio nella fattispecie de qua, senza aver ottenuto, tuttavia, un riscontro da parte del giudice di prime cure: a tal fine, chiarisce la portata di alcuni precedenti giurisprudenziali, già richiamati in primo grado.

In terzo luogo, l'appellante incidentale censura la decisione del T.A.R. per non essersi espresso in riferimento al venir meno dell'interesse alla presentazione del ricorso introduttivo e del motivo aggiunto, da parte della Tecno Engineering 2C s.r.l.: infatti, a causa della sopravvenuta esclusione, l'odierna resistente non avrebbe potuto logicamente aspirare ad una migliore ricollocazione entro la classifica finale di gara.

3.2 Escluso quest'ultimo profilo di censura, smentito dall'esito del giudizio di primo grado, il motivo è fondato e va accolto.

Al riguardo è necessario richiamare nuovamente l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 che al co. 1 lett. b) e c) sancisce: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda [...] gli amministratori

muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: [...] degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”.

Per quanto interessa in questa sede, rispetto alle società a responsabilità limitata, dal dato testuale della disposizione risulta la necessità di irrogare la sanzione dell'esclusione ogni qual volta le cause ostative o i procedimenti richiamati siano pendenti nei confronti, fra gli altri, del socio unico persona fisica ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Il dibattito giurisprudenziale in materia ha sostanzialmente riguardato la possibilità di estendere il controllo anche a soggetti che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore o socio di maggioranza, hanno un'influenza dominante nell'organo amministrativo della persona giuridica.

Sul punto, infatti, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha chiarito che “nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e

referiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori” (cfr. Ad. Plen. 16 ottobre 2013 n. 23).

La possibilità di estendere i soggetti obbligati a fornire le dichiarazioni di moralità risiede - come già chiarito in precedenza sotto un profilo diverso - nell'esigenza di evitare che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale che si giovino dello schermo di chi, in virtù di disposizioni statutarie, riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza. Più in generale, si vuole evidenziare la necessità di un controllo esteso ai soggetti con i quali di fatto l'amministrazione stipulerà un contratto.

Chiarita in questi termini la ratio della disposizione in esame, non può essere condivisa l'interpretazione fornita al riguardo dal giudice di primo grado: nel caso di specie, il nuovo amministratore unico della Tecno Domus s.r.l. - socio di maggioranza della Tecno Engineering 2C s.r.l. - era obbligato, al pari del vecchio amministratore unico, a fornire le dichiarazioni ex art. 38. In effetti la società amministrata dal sig. Andrea Criscuolo influenza in maniera decisiva le scelte della Tecno Engineering 2C s.r.l.

L'esonero dichiarativo, affermato dal T.A.R. e sostenuto dalla difesa della resistente, coincide con una lettura formalistica della disposizione richiamata: la necessità di verificare i requisiti di moralità non può essere esclusa soltanto perché l'organizzazione societaria sia diversa da quella contemplata espressamente dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006. A ben vedere, nel caso di specie, l'amministratore unico della Tecno Domus è il soggetto con il maggior potere di indirizzo strategico della Tecno Engineering 2C s.r.l. e con esso la stazione appaltante dovrebbe interfacciarsi per stipulare un eventuale contratto.

3.3 Inoltre, nel caso in esame, non poteva comunque ritenersi sufficiente la dichiarazione fornita dal sig. Valentino Criscuolo in sede di prima domanda di partecipazione alla gara: gli obblighi informativi sulla moralità del socio di maggioranza della concorrente dovevano essere comprovati - così come risulta dalla lettura del testo degli atti di gara - anche dopo la lettera di invito e, dunque, dopo l'avvicendamento ai vertici societari con il sig. Andrea Criscuolo.

Tale assunto risponde ad un generale principio di certezza e buon andamento: infatti, come confermato dalla giurisprudenza “nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante ed al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva, nonché per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità” (Ad. Plen. 7 aprile 2011 n. 4).

Se fosse escluso l'obbligo di presentare la dichiarazione di moralità di cui all'art. 38, in caso di mutamenti societari, potrebbe essere elusa l'intenzione, sottesa alla norma, di verificare il possesso dei requisiti di idoneità alla partecipazione di un concorrente, con gravi ripercussioni in tema di tutela dell'interesse pubblico.

3.4 Il Collegio ritiene, altresì, non condivisibile la possibilità del ricorso al potere istruttorio di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Infatti, nel punto III.2 del bando di gara si prevedeva, a pena di mancato invito, l'obbligo di fornire la dichiarazione di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006; nella lettera di invito, inoltre, all'interno della documentazione amministrativa da presentare alla stazione appaltante, era compresa anche una dichiarazione con cui il concorrente esponeva, fra l'altro, di aver preso visione dei documenti di gara e delle circostanze generali e particolari che possano influire sull'esecuzione del contratto. Infine, al punto 2 della lettera d'invito era specificato che “l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti richiesti, ai sensi dell'art. 38 e 48 comma 2 del Codice degli Appalti”.

Dalla lettura degli atti di gara, dunque, non risulta ammissibile il potere di soccorso istruttorio in quanto questo è escluso a fronte “dell’inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014 n. 294): diversamente ragionando, verrebbe irragionevolmente leso il principio della par condicio fra i partecipanti.

3.5 In definitiva, il primo motivo dell’appello incidentale va accolto e, per l’effetto, la sentenza del T.A.R. Veneto deve essere riformata anche sul punto relativo alla illegittimità dell’esclusione della Tecno Engineering 2C s.r.l. per omessa dichiarazione dei requisiti di moralità ai sensi dell’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

4. Parte appellata ha riproposto, in subordine rispetto all’accoglimento delle pretese degli appellanti principale e incidentale, i motivi - indicati in fatto sub a), c) e d) - che il Tribunale territoriale aveva dichiarati assorbiti.

Il Collegio, ai fini della decisione, non ritiene rilevante l’esame degli stessi: al riguardo giova richiamare i principi di economia processuale ed il canone della prevalenza della ragione più liquida. Sul punto, si ritiene di condividere l’orientamento affermato in Cassazione secondo cui “il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo (derivante dall’art. 111, comma 2 Cost. e dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali) impone al giudice (ai sensi degli art. 175 e 127 c.p.c.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, espresso dall’art. 101 c.p.c., da effettive garanzie di difesa (art. 24 Cost.) e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità (art. 111 1 comma 2, Cost.), dei soggetti nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti” (Cass. Civ., sez. I 13

maggio 2010 n. 13896).

5. Alla luce delle pregresse considerazioni, vanno accolti l'appello principale e, parzialmente, quello incidentale; non si ritengono rilevanti gli ulteriori motivi proposti. Di conseguenza, in riforma dell'impugnata sentenza, si respinge il ricorso proposto in primo grado dalla Tecno Engineering 2C s.r.l.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti, stante la complessità della vicenda contenziosa e delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale della controinteressata aggiudicataria della gara ed accoglie l'appello incidentale della stazione appaltante e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2015

IL SEGRETARIO

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