

N. 08151/2010 REG.SEN.

N. 01707/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1707 del 2009 proposto da «Sistemi s.r.l». – Società di Ingegneria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, giusta procura a margine del ricorso introduttivo, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Gianfranca Manunta, Luca Griselli e Marco Salina, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Palermo, via Caltanissetta, n. 1;

contro

il Comune di Pantelleria, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti di

«Baldo Progetti Engineering s.r.l.», in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con lo «Studio di Architettura Arch. Paolo Pettene», rappresentato e difeso dagli Avv.ti Francesca Merulla e Santi Pappalardo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Marianna Oriti in Palermo, via Aspromonte n. 9;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A) quanto al ricorso introduttivo:

«- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara indetta dal Comune di Pantelleria per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e prestazioni relative all'intervento di realizzazione del nuovo centro sportivo comunale;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della medesima gara (ove esistente);

- del contratto (ove già stipulato);
- della graduatoria finale della procedura, degli atti di nomina della Commissione di gara e della Commissione tecnica nominata per l'esame delle giustificazioni, dei verbali dei lavori delle medesime Commissioni e dei relativi atti, nonché, ove occorrer possa (ed in parte qua) del bando, del disciplinare di gara e dei criteri di aggiudicazione;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale»;

B) quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di cui sopra;
- ove occorra (ed in parte qua), del bando, del disciplinare di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visto il ricorso introduttivo con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'A.T.I. controinteressata Baldo Progetti Engineering s.r.l., la relativa memoria difensiva ed il ricorso incidentale;

Visto il ricorso per motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Viste le memorie della parte ricorrente;

Visto il decreto presidenziale 1089/09 con cui è stata accolta la domanda di misure cautelari provvisorie;

Vista l'ordinanza n. 1097/09 con cui è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Visti l'ordinanza collegiale n. 18/2010 con cui è stato nominato il traduttore ai sensi dell'art. 123 c.p.c. nonché i documenti tradotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis della l. 6 dicembre 1971, n. 1034;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 29 aprile 2010 l'Avv. G. Manunta per la parte ricorrente e l'Avv. S. Pappalardo per la parte controinteressata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 44/2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 9 ottobre 2009 e depositato il successivo 14 ottobre, la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe concernenti la gara indetta ed espletata dal Comune di Pantelleria per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e prestazioni accessorie relativi all'intervento di realizzazione del nuovo centro sportivo comunale.

Il ricorso è affidato a tredici articolati motivi di censura con cui parte ricorrente ha dedotto i seguenti vizi:

1) Violazione dell'art. 51, c. 5 d. P.R. n. 554 del 1999; violazione del §2 lett. d4 e del §4 lett. c7 del disciplinare (sul cd. giovane professionista); violazione del principio di intangibilità dell'offerta; violazione della *par condicio* tra i concorrenti; violazione dell'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 e del § 2.1. del disciplinare (sui requisiti di ordine generale);

2) Violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del § 2.1. e del §4 punto c.2 del disciplinare di gara; violazione del principio di trasparenza e *par condicio*; difetto di motivazione e di istruttoria;

3) Violazione dell'art. 42 d.lgs. n. 163 del 06; violazione dell'art. 66 d.P.R. n. 554 del 1999; violazione del § 2.2. e del § 2.3 del disciplinare di gara (requisiti di ordine speciale); difetto di motivazione e di istruttoria;

4) Violazione sotto vari profili degli artt. 84, 86, 87 del d.lgs. n. 163 del 2006; incompetenza; violazione del principio di continuità; violazione del principio di economicità; violazione del principio di trasparenza e *par condicio*; difetto di motivazione e di istruttoria;

5) Sviamento, contraddittorietà intrinseca e violazione del principio di immodificabilità dell'offerta rispetto alle condizioni iniziali stabilite dal bando; violazione del cd. autovincolo amministrativo e negoziale; violazione del principio di affidamento e di uniformità delle procedure; incompetenza;

6) Violazione sotto diversi profili degli articoli 86, 87 e 88 d. lgs. n. 163 del 2006; violazione degli artt. 25 e 35 d.P.R. n 554 del 1999; violazione della *lex specialis* di gara; violazione dell'art. 1336 cod.civ.; violazione del divieto di formulare offerte non corrispondenti alle richieste del bando di gara; difetto di istruttoria e di motivazione;

7) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 d. lgs. n. 163 del 2006, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà e sviamento.

1.1. In via gradata, parte ricorrente, ha dedotto, altresì:

8) Violazione dell'art. 84 d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi in materia di funzionamento delle commissioni giudicatrici; violazione dei principi in materia di funzionamento dei collegi perfetti;

9) Violazione dei principi di trasparenza e *par condicio*; violazione dei principi in materia di autotutela in relazione ai procedimenti di evidenza pubblica; incompetenza della commissione; violazione del principio di continuità e concentrazione della gara; violazione dei principi di trasparenza e segretezza;

10) Violazione (per mancata applicazione) dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.; violazione dell'art. 53 Dir. 2004/18/Ce; violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento;

11) Violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990; difetto di motivazione; violazione di principi di trasparenza e *par condicio*; violazione dell'allegato «A» al d.P.R. n. 554 del 1999 e dei principi tutti che presiedono alla valutazione delle offerte tecniche; violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006;

12) Violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, e *par condicio*; illogicità; violazione del divieto di introduzione e/o modifica di criteri di valutazione ad offerte cognitive;

13) Violazione sotto altro profilo della *lex specialis* della procedura di gara.

2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, nel quale sono state sostanzialmente richiamate le medesime doglianze del ricorso introduttivo, parte ricorrente ha impugnato il provvedimento (tacito) di aggiudicazione definitiva della gara in argomento in favore della controinteressata.

3. Il Comune di Pantelleria, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

4. Si è costituita in giudizio la controinteressata A.T.I. costituenda composta dalla Società di ingegneria Baldo Progetti Engineering s.r.l. (capogruppo) e dallo Studio di Architettura Arch. Paolo Pettene che ha replicato alle censure di parte ricorrente ed ha, ad un tempo, proposto ricorso incidentale.

Quest'ultimo è articolato in due motivi con i quali si deducono le censure di violazione di legge ed eccesso di potere come segue:

1) Violazione dell'art. 90, comma 1, lett. *f-bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio della *par condicio*;

2) Violazione dell'art. 90, comma 7, d.lgs. n. 163/06 e dell'art. III- 3.2. del bando di gara pubblicato sulla GUCE dell'11.9.2008.

5. Con decreto ai sensi dell'art. 21, nono comma, della legge 1034/1971 è stata accolta l'istanza, avanzata con il ricorso per motivi aggiunti, di misure cautelari provvisorie, limitatamente al divieto per la stazione appaltante di procedere alla consegna dei lavori e alla stipula del contratto.

Con ordinanza n. 1707 del 19 novembre 2009 è stata accolta l'istanza cautelare e fissata l'udienza per la discussione nel merito.

6. In prossimità dell'udienza pubblica del 26.01.2010 parte controinteressata ha prodotto documenti in lingua greca, dei quali è stata disposta, con ordinanza collegiale n. 18/2010, la traduzione, e ciò ai sensi dell'art. 123 c.p.c..

7. Con distinte memorie prodotte in prossimità dell'udienza, le parti hanno replicato alle rispettive deduzioni.

8. All'udienza pubblica del 29 aprile 2010, presenti i procuratori delle parti che hanno insistito nelle già espresse rispettive domande e conclusioni, il ricorso, su conforme richiesta degli stessi, è stato posto in decisione.

9. In data 6 maggio 2010 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza (n. 44/2010) come per legge.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di dover trattare, con priorità e seguendo l'ordine proprio delle questioni prospettate, il ricorso incidentale proposto da parte controinteressata poiché lo stesso tende a far valere la sussistenza di specifiche cause di esclusione dalla gara - alla quale ha partecipato una pluralità di soggetti - in capo alla ricorrente, di talché, ad un suo eventuale accoglimento, conseguirebbe una pronuncia di improcedibilità del ricorso principale.

2. Il ricorso incidentale è infondato.

2.1. Con il primo motivo la controinteressata deduce che la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare il possesso, da parte della associanda Theofanis Bobotis Architects s.r.l., avente sede in Grecia, dei requisiti per l'assunzione di servizi pubblici previsti dalla legislazione del Paese di appartenenza, nonché di essere stata costituita in conformità alla medesima legislazione nazionale, e ciò ai sensi del disposto di cui all'art. 90, comma 1 lett. *f-bis* del d.lgs. n. 163 del 2006.

Tale ultima disposizione stabilisce, infatti, che: «1. Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate: [...] *f-bis*) da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; [...]».

Sul punto, parte ricorrente replica, sotto un primo profilo, affermando che il novellato art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, sarebbe entrato in vigore in epoca posteriore (ossia il 17.10.2008) alla pubblicazione del bando di gara (avvenuta in data 11.09.2008), cosicché la disposizione sarebbe irrilevante per via del disposto di cui all'art. 253 del Codice dei contratti pubblici approvato con il d. lgs. n. 163 del 2006 (ai sensi del quale, salve le diverse indicazioni ivi contenute, le disposizioni del Codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore); sotto un altro profilo osserva che la stazione appaltante avrebbe potuto richiedere, comunque, di provare l'iscrizione di che trattasi ai sensi dell'art. 39, comma 2 del richiamato decreto legislativo n. 163 del 2006.

La doglianza è infondata. E' da ritenere, invero, che la disposizione di cui al richiamato art. 90, comma 1 lett. *f-bis* del d.lgs. n. 163 del 2006, non fosse applicabile alla procedura per cui è causa, e ciò in ragione della sua entrata in vigore in epoca successiva alla pubblicazione del bando.

In ogni caso, è da ritenersi condivisibile la prospettazione difensiva della ricorrente principale, secondo cui l'Amministrazione avrebbe potuto procedere alla richiesta, rivolta alla concorrente, di provare l'invocato requisito dello stabilimento in conformità alla legislazione greca, avvalendosi, per lo scopo, del disposto di cui all'art. 39, comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui «se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI A per gli appalti pubblici di lavori, all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito». Va osservato che la medesima disposizione, del resto, è oggetto di applicazione nell'ordinamento degli

appalti della Regione Siciliana, costituendo, essa, una modificazione dell'art. 15 del d. lgs. n. 157 del 1995 (richiamato, mediante rinvio «dinamico», dall'art. 32 della l.r. n. 7 del 2002) e che sia lo statuto della Theofanis Bobotis Architects sia il certificato del Tribunale di Primo Grado di Atene, prodotti in lingua greca dalla ricorrente incidentale (e dei quali è stata disposta la traduzione in lingua italiana con la citata ordinanza collegiale n. 18/2010), dimostrano che si verte in fattispecie per la quale il Comune di Pantelleria avrebbe potuto disporre un'eventuale integrazione documentale.

2.2. Con il secondo motivo, la ricorrente incidentale si duole della (asserita) mancata indicazione, nei documenti di gara, sia da parte della Sistemi s.r.l. che da parte della Theofanis Bobotis Architects, dei nominativi dei professionisti chiamati a svolgere le prestazioni di progettazione e direzione lavori, essendosi limitata, la prima, ad indicare, in maniera asseritamente del tutto irrilevante, alcuni professionisti, e la seconda, a non indicarne affatto, e ciò, in tesi, in violazione del disciplinare di gara.

La ricorrente principale replica, sull'argomento, sostenendo che sarebbe infondata in punto di fatto la circostanza che il bando (all'art. III.3.2) prescrivesse l'obbligo di dichiarare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate della prestazione del servizio, limitandosi esso (al punto VI.3) a stabilire la necessaria indicazione dei soggetti di cui all'art. 90, comma 7 del d. lgs. n. 163 del 2006 (vale a dire, professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali), obbligo, in tesi, peraltro, adempiuto.

Dall'esame degli atti di causa emerge la sussistenza di una discrasia, in ordine all'obbligo dichiarativo in argomento, tra il bando emanato dall'Amministrazione e pubblicato nella Gazzetta della Repubblica Italiana (5^a Serie speciale, n.110 del 22.09.2008) e quello pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europea (GU/s S 176 pubblicata in data 11.09.2008), nel senso che nel primo non si rinviene la previsione di siffatto obbligo, siccome invocato dalla controinteressata.

L'avvenuto adempimento, da parte della Sistemi s.r.l. dell'obbligo di dichiarazione stabilito espressamente dall'art. 90, comma 7 del d.lgs. n. 163 del 2006, è incontestato, mentre va disattesa l'affermazione, avente carattere meramente assertivo, secondo cui la dichiarazione in argomento non sarebbe stata resa dalla Theofanis Bobotis Architects: orbene, sempre dagli atti di causa, emerge che anche quest'ultima Società ha adempiuto a siffatti obblighi (*cf.* dichiarazione allegato D.2).

Quanto alla prescrizione di dichiarare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate della prestazione del servizio, la mancata osservanza della stessa non può ritenersi quale causa di esclusione dalla gara e ciò per la semplice ragione che l'errore del Comune di Pantelleria - che ha pubblicato nella G.U.R.I. e nella G.U.C.E. due bandi, inerenti alla medesima gara, che, sul punto, risultano essere difformi tra loro - non può ricadere, in termini negativi, sulla concorrente, poiché si tratta di un fatto ad essa non imputabile.

Nel caso di specie l'obbligo dichiaratorio va ritenuto correttamente assolto in quanto la concorrente ha fatto (legittimo) affidamento sul bando pubblicato nella G.U.R.I., che è strumento di pubblicità legale previsto dalla legge.

In tali casi è evidente che l'Amministrazione non possa disporre l'esclusione dalla gara per effetto della difformità della dichiarazione, prevista a pena di esclusione e resa in conformità soltanto ad uno dei bandi pubblicati, dovendo, invece, consentirne la relativa eventuale regolarizzazione.

3. Accertata l'infondatezza del ricorso incidentale, può adesso passarsi all'esame del ricorso principale.

4. Con il primo motivo parte ricorrente si duole della mancata presenza, nella compagine controinteressata, del cd. «giovane professionista», ossia della figura professionale abilitata all'esercizio della professione da meno di cinque anni, siccome previsto dall'art. 51, comma 5, del d.P.R. n. 554 del 1999, al quale rinvia la *lex specialis*.

Essa deduce che, invero, il cd. «giovane professionista» era indicato nella documentazione prodotta ai fini della partecipazione alla gara e che, successivamente, all'atto della presentazione delle giustificazioni preventive, la stessa figura, già coincidente con la persona dell'Arch. Nadia Salvaggio, non sarebbe stata più indicata, circostanza, questa, accompagnata, sempre secondo la prospettazione difensiva di parte, dall'inserimento di due nuovi tecnici, in ordine ai quali mancherebbe financo la dichiarazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La tesi di parte ricorrente è contrastata dalla controinteressata la quale sostiene che né l'art. 51, né il disciplinare di gara (par.2 lett. d4), prevederebbero che il giovane professionista debba far parte del gruppo di lavoro incaricato del servizio di progettazione, essendo in tal senso sufficiente la «presenza» dello stesso: quest'ultimo avrebbe una (asserita) funzione meramente promozionale tanto da non essere, nel caso di specie, «neppure remunerato» (*cf.* pag. 4 memoria del 6 novembre 2009).

Quanto agli ulteriori due tecnici, la controinteressata afferma che la loro partecipazione si estrinsecerebbe in attività di supporto, cosicché nessuna variazione dell'originaria proposta vi sarebbe, fermo restando che gli stessi non sarebbero stati comunque tenuti a rendere la dichiarazione essendo, quest'ultima, prevista unicamente a carico delle (diverse) figure del legale rappresentante e direttore tecnico.

Il motivo è parzialmente fondato.

L'art. 51 c. 5, del d. P.R. n. 554 del 1999 stabilisce che «ai sensi dell'art. 18, comma 8, della legge, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso art. 17, comma 1, lettera g) devono prevedere la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello stato membro di residenza».

La censura è fondata in ragione della circostanza che, anche ad aderire ad una (non condivisa) lettura del contenuto normativo di cui all'art. 51 comma 5 citato nel senso proposto dalla controinteressata, ossia valutando la presenza del cd. «giovane professionista» quale avente esclusiva finalità promozionale, tale peculiare connotazione non potrebbe, in tesi, svalutare il senso complessivo delle prestazioni del giovane professionista, il quale è comunque chiamato ad esercitare una vera e propria attività professionale all'interno della compagine di appartenenza.

Appare pertanto evidente che la presenza o meno di siffatto professionista refluisce, ancorché indirettamente, sulle prestazioni che il contraente privato deve eseguire nei confronti della p.a.

La circostanza che, nel caso di specie, il giovane professionista non sia stato indicato nell'ambito delle giustificazioni preventive, e, ancor di più, che lo stesso sia privo di «retribuzione», dà conto, ad avviso del Collegio, della sostanziale «assenza» dello stesso che, seppur originariamente indicato in sede di partecipazione alla gara, è poi venuto meno con il contestuale inserimento di altri due tecnici (non «giovani» nell'accezione ex art. 51 d. P.R. n. 554 del 1999).

Sul punto ben conosce il Collegio l'indirizzo interpretativo della giurisprudenza secondo cui ai sensi dell'art. 51 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, per poter partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione in qualità di raggruppamento temporaneo non è necessario avere come associato un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione, e ciò in quanto la norma parla soltanto di «presenza» di un giovane professionista, con evidenti finalità di carattere «promozionale», non potendo essere intesa come prescrizione di un vero e proprio obbligo di «associare» lo stesso al raggruppamento e, che, pertanto, ai fini della valida partecipazione di un r.t.i. a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione, sarebbe sufficiente che nella compagine del raggruppamento medesimo sia contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali. Ciò precisato, ritiene, tuttavia, il Collegio che occorra distinguere tra la mera partecipazione del professionista all'associazione temporanea, e la consistenza ed il significato del suo apporto professionale.

Ed invero, va ritenuto che l'apporto partecipativo del giovane professionista, ancorché a titolo «promozionale», non possa ridursi ad una mera attività assimilabile ad una sorta di tirocinio (ed in tal senso, nel caso di specie, depone la mancanza di remunerazione), dovendosi considerare, invece, la previsione legislativa quale fonte di opportunità per l'espletamento di prestazioni per le quali il giovane professionista è abilitato, e che hanno significative refluenze sul complesso delle prestazioni dell'A.T.I., a nulla rilevando, in tal senso, che lo stesso assuma, più o meno direttamente, responsabilità contrattuali con la p.a. ovvero partecipi in maniera più o meno significativa all'associazione temporanea medesima.

D'altronde, se si guarda alla *ratio* ed alla finalità della norma, viene in rilievo come l'intendimento del legislatore sia stato, ad avviso del Collegio, quello di garantire ai cd. giovani professionisti - attraverso lo strumento in discussione, che costituisce un modo per avviare gli stessi, di regola privi di qualsivoglia curriculum professionale, al mondo lavorativo - l'acquisizione di un minimo di esperienza e di qualificazione professionale da poter «spendere» in successive procedure di gara ovvero nella propria attività libero-professionale complessivamente intesa: orbene, tale finalità non può che essere realizzata con un ruolo professionale attivo con il quale, in verità, l'assenza di remunerazione - ove a tutto concedere si volesse ritenere, quanto alla procedura per cui è causa, effettivamente esistente la predetta figura - appare del tutto incompatibile.

Infondato è invece il profilo di censura con cui si deduce la mancata dichiarazione prevista dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 in capo ai tecnici subentrati nella fase successiva, poiché gli stessi risultano estranei, come affermato dalla difesa di parte controinteressata, alla previsione dei requisiti soggettivi di cui alla predetta disposizione, e ciò nella parte in cui essa individua specificamente proprio i soggetti tenuti alla dichiarazione.

5. Con il secondo motivo è censurata l'omessa esclusione della controinteressata in quanto la stessa non avrebbe indicato «gli estremi di iscrizione ai relativi albi professionali dei tecnici inseriti successivamente (Geom. Morreale e Geom. Militello)», e ciò in asserita violazione del del disciplinare di gara (§ 2.1. punto d.1).

Un ulteriore profilo di censura riguarda la mancata indicazione, da parte dell'impresa capogruppo dell'A.T.I. controinteressata, del rapporto che lega i vari professionisti alla Società di ingegneria.

La controinteressata sottolinea che l'indicazione degli estremi di iscrizione all'albo non sarebbe prevista dal disciplinare e che l'ammissione della stessa alla gara è, in tesi, legittima, in ragione dell'assenza di specifiche obbligazioni contrattuali in capo ai due professionisti nei confronti dell'ente pubblico committente.

Il motivo è fondato.

La disposizione del disciplinare di gara richiamata da parte ricorrente stabilisce l'obbligo di indicare «i dipendenti tecnici, con gli estremi di iscrizione ai relativi albi professionali [...]» e che, per le ipotesi di carenza «di una o più delle dichiarazioni richieste», è comminata l'esclusione dalla gara (cfr. § 4 punto c.1).

La dichiarazione resa dal legale rappresentante della Baldo Progetti Engineering s.r.l., poiché ha indicato gli estremi dell'iscrizione all'albo professionale solo per alcuni dei professionisti (Baldo, Scibetta, Manzone, Tomasino) e non per gli altri (tra i quali Morreale e Militello), ha effettivamente violato le prescrizioni del disciplinare.

Sul punto risulta irrilevante l'argomentazione che i due professionisti non assumerebbero alcuna obbligazione con il committente (Comune di Pantelleria), di guisa che, secondo tale assunto difensivo, non sarebbe necessaria la prescritta dichiarazione: una tale asserzione si pone, ad avviso del Collegio, non del tutto in linea sia col dato letterale della legge di gara, sia con le finalità conoscitive cui le dichiarazioni dalla stessa previste sono preordinate, posto che, ove l'Amministrazione avesse voluto limitare la conoscenza delle informazioni ai soggetti che instaurano un rapporto con il «committente», avrebbe ricondotto e circoscritto gli obblighi dichiarativi alla figura del legale rappresentante, unico soggetto abilitato alla stipulazione del contratto con l'intimata Amministrazione aggiudicatrice, cosa che, per il vero, nel caso di specie non è stata.

Passando al profilo di censura concernente la mancata indicazione del rapporto tra i professionisti e la Baldo Progetti Engineering s.r.l., la controinteressata, pur riconoscendo, in punto di fatto, detta omissione, replica che, in effetti, la stessa non potrebbe comportare l'esclusione dalla gara sia perché mancherebbe una espressa previsione in tal senso, sia perché tale obbligo sarebbe da ritenersi sostanzialmente assolto, in quanto riguardante soltanto i direttori tecnici della Società, per i quali detta indicazione sussiste.

Siffatta tesi dell'A.t.i. controinteressata non può essere condivisa poiché, in realtà, il disciplinare prevede espressamente l'obbligo di far conoscere, quanto a tutti i soggetti indicati nella dichiarazione, «il rapporto giuridico intercorrente» tra gli stessi ed il concorrente medesimo.

6. Con il terzo motivo la ricorrente deduce che la controinteressata capogruppo Baldo Progetti Engineering s.r.l. si sarebbe avvalsa di fatturati e di commesse proprie di altra compagine professionale (tale Baldo Progetti s.r.l.), estranea al raggruppamento, e che della stessa non sarebbe stato né dichiarato il legame con i componenti del raggruppamento concorrente né dimostrata la sussistenza dei requisiti che costituiscono presupposto fondamentale per la partecipazione alla gara.

Ad avviso della Baldo Progetti Engineering s.r.l. il motivo sarebbe infondato poiché essa sarebbe, in tesi, cessionaria del ramo d'azienda relativo all'esecuzione dei servizi di ingegneria ed architettura, di guisa che, non sussistendo alcuna soluzione di continuità tra le due imprese, l'utilizzo dei requisiti della cedente sarebbe legittimo. In ogni caso, la cessione del ramo d'azienda sarebbe stata documentata.

Il motivo è fondato.

Se è vero, da una parte, che in caso di cessione, conferimento o acquisto di azienda (o di ramo di azienda essa), i requisiti per la partecipazione alla gara si conservano in base al principio della continuità della gestione, e ciò al fine di evitare la dispersione e la vanificazione dei valori di

esperienza e capacità intrinseci all'azienda ceduta, dall'altra, quanto all'omessa dichiarazione relativa ai requisiti di moralità dell'impresa ceduta, va osservato che la controinteressata si è limitata a dichiarare l'avvenuta cessione e non anche l'insussistenza delle relative cause di esclusione – come sarebbe stata viceversa necessario, dovendosi presumere, poiché incontestato, che la cessione sia avvenuta nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara -.

7. Con il quarto motivo la ricorrente si duole dell'operato dell'Amministrazione poiché la verifica dell'anomalia dell'offerta è stata effettuata, nelle sue diverse fasi, da due distinte commissioni: la prima ha vagliato le giustificazioni preventive del raggruppamento controinteressato, l'altra ha proceduto all'espletamento delle ulteriori fasi.

La previsione del disciplinare di gara che ha previsto tale articolazione procedimentale è stata impugnata con i motivi aggiunti (quarto motivo), in ragione della presunta violazione del cd. «principio del collegio perfetto».

La controinteressata, sul punto, afferma che il d. lgs. n. 163 del 2006 prevede che la verifica di anomalia non debba essere condotta dalla commissione giudicatrice ma dalla «stazione appaltante».

Le due superiori posizioni (nonché la censura della corrispondente parte del disciplinare) impongono di verificare se il Comune di Pantelleria potesse o meno legittimamente prevedere, nel disciplinare di gara, siffatte modalità di esame delle offerte.

In particolare, la difesa dell'A.T.I. Baldo Progetti Engineering s.r.l. replica alla doglianza di parte ricorrente affermando che «correttamente il disciplinare di gara in questione ha previsto l'istituzione di una specifica commissione per la verifica dell'anomalia, diversa dalla Commissione giudicatrice che aveva compiuto la valutazione tecnica delle offerte[...]» (cfr. pag. 12 memoria del 16.11.2009)

Ritiene il Collegio che l'impugnata previsione del disciplinare di gara vada ritenuta esente dalle dedotte censure.

Ed in effetti, la natura di collegio perfetto della commissione giudicatrice comporta che la stessa non possa assumere le proprie determinazioni se non con la presenza del *plenum* dei suoi componenti (e non già della semplice maggioranza), registrando, tale principio, una deroga, solo qualora essa debba limitarsi a svolgere attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate (Cons. St., VI, 27 dicembre 2000, n. 6875). Nel caso di specie, non è venuto in rilievo alcun anomalo (in tal senso) funzionamento della commissione, quanto la circostanza che l'Amministrazione, sulla base del disciplinare di gara (a sua volta conforme al dato legislativo di riferimento) ha ritenuto, in modo del tutto legittimo, di dover avvalersi di una distinta commissione per «l'esame delle giustificazioni prodotte dal concorrente individuato come aggiudicatario provvisorio della gara per l'affidamento dei servizi [...]» (cfr. determinazione n. 98 del 22 luglio 2009).

Tale scelta, dunque, nessuna refluenza cagiona sull'intangibilità del *plenum* della commissione quale collegio perfetto: in tal senso, nel caso di specie, la corretta composizione delle commissioni e, dunque, il corretto funzionamento delle stesse non sono posti in dubbio, né con riferimento alla fase preliminare (svolta dalla prima commissione), né avuto riguardo a quella successiva (svolta dalla seconda commissione).

8. Con la quinta questione portata all'attenzione del Collegio, parte ricorrente contesta la mancata esclusione della controinteressata poiché, con le giustificazioni presentate e concernenti il tempo di esecuzione delle prestazioni, essa avrebbe modificato l'originaria offerta: tale circostanza avrebbe

condotto l'Amministrazione a dequotare, dal punto di vista sostanziale, il carattere anomalo dell'offerta procedendo, in luogo della necessaria esclusione, ad una «modifica delle condizioni contrattuali fissate nel disciplinare d'incarico».

In particolare, la valutazione che l'Amministrazione ha fatto delle giustificazioni prodotte dalla controinteressata avrebbe condotto ad uno svuotamento del carattere (potenzialmente) anomalo dell'offerta, e ciò perché con la proposizione di tempi di esecuzione diversi e dalla stessa Amministrazione definiti «ristretti» rispetto a quelli originariamente previsti, si sarebbe pervenuti ad un mutamento dell'elemento temporale, significativo nell'economia complessiva dell'offerta.

La controinteressata replica che la modifica contrattuale introdotta dal Comune di Pantelleria non riguarderebbe affatto il «fattore-tempo», cosicché detta modifica non può, in tesi, aver inciso sulla *par condicio* tra i concorrenti, posto che detta modifica non concerne la fase di aggiudicazione quanto quella di esecuzione del contratto; e con riferimento alla corrispondente previsione del disciplinare, ritiene che la stessa costituisca una mera «proposta contrattuale» sulla quale la stazione appaltante avrebbe, «almeno in una certa misura, il potere di intervenire» (cfr. pag. 15 memoria del 16 novembre 2009).

L'Amministrazione ha espressamente riconosciuto quale eccessiva siffatta riduzione dei tempi di esecuzione ed ha ritenuto, sostanzialmente, che la previsione della caducazione del contratto nella ipotesi di violazione delle norme pattizie in luogo della penale giornaliera, fosse un modo efficace per tutelarsi rispetto ad un'eventuale (temuto) mancato rispetto dei tempi da parte dell'aggiudicataria (cfr. verbale di seduta riservata del 17 settembre 2009), omologandosi, sul punto, su quanto proposto in seno all'offerta soggetta a verifica.

In concreto, l'Amministrazione ha, infatti, ritenuto le giustificazioni sull'elemento temporale dell'offerta prodotte dalla controinteressata non perfettamente compatibili con l'economia complessiva del servizio da svolgere, tanto da valutare verosimili talune potenziali difficoltà in capo all'offerente nella fase di esecuzione, e, conseguentemente, ha adottato uno strumento di «cautela» con la previsione di una (ritenuta) maggiore incisività della sanzione oggetto di nuova previsione.

La linea d'azione seguita dal Comune è illegittima da un punto di vista formale e, ad un tempo, inidonea a raggiungere lo scopo (dichiarato) di introdurre, per il caso concreto, sanzioni più efficaci.

Sotto il primo profilo, è pacifico che nessuna modificazione del disciplinare di gara può intervenire se non attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela e garanzia di condizioni di parità tra tutti i concorrenti (ed, in ipotesi, mediante la riapertura dei termini, anche dei soggetti che non hanno partecipato alla gara).

Sotto l'aspetto sostanziale è da ritenersi infondata l'affermazione secondo cui la previsione di una «revoca» dell'incarico, nel caso di specie introdotta nel corso delle operazioni di gara, avrebbe costituito un rimedio più efficace rispetto al (temuto e potenziale) mancato rispetto dei (nuovi) tempi di esecuzione da parte dell'aggiudicataria, non foss'altro che per l'ovvia ragione che vede detta previsione negoziale esposta agli strumenti di tutela civile dei diritti che la stessa controinteressata potrebbe, in ipotesi, azionare nei confronti dell'Amministrazione, anche in termini di declaratoria di nullità e che astrattamente potrebbero renderla *tamquam non esset*.

Anche per tali ragioni, dunque, illegittimamente il Comune di Pantelleria ha aggiudicato la gara alla controinteressata A.T.I.

9. Con il sesto motivo parte ricorrente censura la previsione, nella procedura di aggiudicazione, di tempi eccessivamente ridotti per l'esecuzione delle prestazioni, e che gli elaborati indicati nel cronoprogramma non esaurirebbero tutte le fasi di progettazione.

Il Collegio ritiene di non poter pronunciare nel merito della valutazione dell'anomalia dell'offerta, poiché impingente su elementi di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sottratti alla valutazione di legittimità del G.A. se non per i profili esteriori di illogicità o contraddittorietà che, nel caso di specie, quanto ai profili diversi da quello scrutinato al superiore paragrafo, in realtà non vengono in rilievo.

10. Con il settimo motivo è contestata, con una prima censura, la mancata considerazione, nel ribasso percentuale relativo al prezzo (indicato nelle giustificazioni preventive del raggruppamento controinteressato), degli oneri relativi alla sicurezza; con una seconda censura ci si duole della circostanza che la lettera contenente le giustificazioni della controinteressata è pervenuta aperta, ciò che ne avrebbe comportato, in tesi, l'esclusione.

Il motivo è infondato.

Ritiene il Collegio che nelle procedure per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, l'offerente sia tenuto a specificare (oltre a quanto già fatto in sede di offerta o di giustificazioni preventive), con le giustificazioni rese in ordine alla verifica della potenziale anomalia dell'offerta, la quantificazione degli oneri di sicurezza connessi alla esecuzione del servizio, ma ciò soltanto nell'ipotesi in cui vi sia o un'espressa previsione della *lex specialis* ovvero un'esplicita richiesta in tal senso avanzata dalla stazione appaltante, dovendosi ritenere, negli altri casi, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia ritenuto raggiunte le finalità conoscitive connesse alla verifica di congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza, di guisa che siffatta specificazione sarebbe superflua.

La nota del Comune di Pantelleria datata 31 luglio 2009 non disponeva espressamente che fossero indicati tali oneri né, tantomeno, una corrispondente prescrizione la si rinviene nella *lex specialis*.

Quanto all'ulteriore profilo, inerente all'incontestato recapito delle giustificazioni in busta aperta, ritiene il Collegio che si tratti di circostanza irrilevante ai fini del regolare procedimento di aggiudicazione, non costituendo, quello denunciato (e confermato dal verbale della commissione), fatto che lede le regole di imparzialità e di parità di trattamento tra i concorrenti, posto che tutte le fasi precedenti, rilevanti ai fini della garanzia della segretezza delle offerte, erano già state svolte.

11. Con un'ultima doglianza, contenuta nel motivo III bis del ricorso per motivi aggiunti, ma concernente la fase di ammissione alla gara, la ricorrente deduce l'erronea indicazione della percentuale di ribasso espressa nell'offerta proposta dalla controinteressata poiché, la stessa, avrebbe quantificato il ribasso del quarantuno per cento sul «falso presupposto che l'importo a base d'asta ammontasse ad €234.055,24, quando invece la stazione appaltante, con specifico avviso di rettifica aveva precisato che esso era pari a €196.254,83», (ragion per cui l'importo offerto corrisponderebbe ad un ribasso del 29,63 per cento).

Tale circostanza, secondo la prospettazione di parte, avrebbe imposto l'esclusione dalla gara.

La doglianza, sulla quale non vi sono repliche di controparte, è fondata in ragione dell'effettiva erroneità del ribasso indicato poiché calcolato sull'originario importo di €234.055,24 poi modificato in €196.254,83: ai sensi della disposizione del disciplinare (§ 4 punto c.2) richiamata da parte ricorrente, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

12. Per le suesposte considerazioni il ricorso incidentale va rigettato, mentre il ricorso principale e quello per motivi aggiunti, assorbita ogni altra questione od eccezione poiché ininfluyente od irrilevante ai fini della presente decisione, vanno accolti nei limiti di cui sopra e, conseguentemente, per quanto di ragione, annullati i provvedimenti impugnati.

13. Le spese processuali seguono la regola della soccombenza di cui all'art. 92 c.p.c. e sono liquidate come da dispositivo; quanto alle spese per la disposta traduzione ex art. 123 c.p.c., le stesse, sono liquidate - in favore dell'incaricata dell'esecuzione - stante anche il rappresentato livello di difficoltà, in complessivi €2.934,90 (euro duemilanovecentotrentaquattro e novanta centesimi) e sono poste per intero a carico dell'A.T.I. controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così statuisce:

- rigetta il ricorso incidentale;

- accoglie il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei corrispondenti limiti.

Condanna il Comune di Pantelleria e l'A.T.I. Baldo Progetti Engineering s.r.l. alla rifusione, per metà ciascuno ed in favore della ricorrente, delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi €3.000,00 (euro tremila e zero centesimi) oltre IVA e CPA come per legge, e oltre la rifusione dell'importo del contributo unificato.

Pone a carico dell'A.T.I. Baldo Progetti Engineering s.r.l. le spese di traduzione che liquida in complessivi €2.934,90 (euro duemilanovecentotrentaquattro e novanta centesimi) a favore dell'incaricata dell'esecuzione.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO