

N. 00775/2015REG.PROV.COLL.

N. 06934/2014 REG.RIC.

N. 07017/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6934 del 2014, proposto dal Comune di Cagliari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Genziana Farci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicola Giancaspro in Roma, via Postumia, n.1;

contro

l'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Maria Lauro, Cecilia Savona, Anna Ingianni e Francesco Asciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Asciano in Roma, via Bazzoni, n. 1;

nei confronti di

Aurelio Porcu e Figli S.p.A.;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Ing. Luca Baltolu nella qualità di legale rappresentante della società New Engineering & Architecture (NEA) s.r.l. e l'architetto Tomaso Baltolu,

rappresentati e difesi dall'avvocato Benedetto Ballero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

sul ricorso numero di registro generale 7017 del 2014, proposto da: Aurelio Porcu & Figli S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela Piras, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

contro

l'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Asciano, Giovanni Maria Lauro, Anna Ingianni e Cecilia Savona, con domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Asciano in Roma, via Bazzoni, n. 1;

nei confronti di

Comune di Cagliari;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Ingegnere Luca Baltolu nella qualità di legale rappresentante della società New Engineering & Architecture (NEA) s.r.l. e l'architetto Tomaso Baltolu, rappresentati e difesi dall'avvocato Benedetto Ballero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

per la riforma della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari Sezione I n. 655/2014 del 30 luglio 2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto per la progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione della rete di distribuzione delle acque depurate nella città di Cagliari.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. e gli atti di intervento della società New Engineering & Architecture (NEA) s.r.l. e dell'architetto Tomaso Baltolu;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Genziana Farci, l'avvocato Giovanni Maria Lauro, anche su delega dell'avvocato Benedetto Ballero, l'avvocato Sergio Segneri e l'avvocato Daniela Piras;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Cagliari bandiva una gara di appalto integrato per l'affidamento della *“Progettazione esecutiva, previa acquisizione della progettazione definitiva in sede di gara, e successiva esecuzione dei lavori di realizzazione della rete di distribuzione delle acque depurate provenienti dall'impianto di depurazione di Is Arenas verso le aree attrezzate a verde pubblico nella città di Cagliari”*.

Il bando al punto III.2.1. prescriveva espressamente che gli “operatori economici” attestino ai sensi del d.p.r. n. 445 del 2000 *“B) l'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38”* e al punto III.2.3. prevedeva che *“Nessun professionista sia appartenente allo staff tecnico dell'impresa, sia associato, sia incaricato, deve trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui agli artt. 38 e 90 comma 8 del D. Lgs. 163/2006”*.

Il punto 4 del disciplinare di gara stabiliva che *“il gruppo di progettazione dovrà essere composto da minimo 5 unità comprendenti almeno le figure di n. 1 ingegnere, n. 1 architetto, n. 1 geologo, n. 1 biologo, n. 1 agronomo...Tale gruppo a partire dal livello definitivo dovrà essere in possesso, ai sensi dell'art. 263, del D.P.R. 207/2010 dei requisiti di cui al successivo punto 5”*.

La *lex* di gara stabiliva l'esclusione dalla gara medesima per le omissioni o l'irregolarità o per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva.

2.- Alla gara partecipavano l'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. e la S.p.A. Aurelio Porcu & Figli.

L'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. veniva esclusa perché *“uno dei professionisti di cui si (era avvalsa)... architetto indicato nonché Direttore Tecnico della Società Nea s.r.l., indicata in sede di gara tra le mandanti del costituendo raggruppamento, risulta(va) aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana, contrariamente a quanto dichiarato dal medesimo professionista in sede di partecipazione alla gara”*.

L'appalto veniva aggiudicato in via definitiva alla S.p.A. Aurelio Porcu & Figli.

3.- La s.r.l. Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna n. 370 del 2014, integrato da motivi aggiunti, impugnava la determinazione del Dirigente del Servizio Mobilità del Comune di Cagliari n. 3168 del 31 marzo 2014 recante la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione in favore della S.p.A. Aurelio Porcu e le due successive determinazioni (n. 4022 del 24 aprile 2014 e n. 4164 del 29 aprile 2014) con le quali venivano contestate alla concorrente ulteriori cause di esclusione sempre riferite alla situazione del progettista, consistenti nell'aver reso dichiarazioni incomplete e non veritiere in relazione ad una vicenda penale conclusa con la sentenza del 22 dicembre 2011 emessa a suo carico.

La ricorrente deduceva l'illegittimità dei provvedimenti per difetto assoluto di motivazione, per violazione della disciplina vigente in materia di appalto integrato e di tassatività delle cause di esclusione (in specie, deduceva la violazione degli articoli 38, 53, comma 3 e 90, comma 7 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione degli articoli 51 e 52 del Regio Decreto 23 ottobre 1925, n. 2357; dell'articolo 16 del

d.p.r. 5 giugno 2001, n. 328; violazione dell'articolo 46, comma 1 *bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006), il vizio di eccesso di potere per illogicità e inattendibilità delle operazioni tecniche, sia quanto al criterio tecnico scelto che al procedimento applicativo e la violazione del principio della massima partecipazione alle pubbliche gare.

Resistevano in giudizio il Comune di Cagliari e la S.p.A. Aurelio Porcu & Figli, mentre spiegavano intervento adesivo la società NEA s.r.l. e l'architetto Tommaso Baltolu nella qualità di direttore tecnico della stessa società.

4.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con la sentenza n. 655 del 30 luglio 2014 accoglieva il ricorso e annullava le determinazioni di esclusione dalla gara della s.r.l. Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini, compensando tra le parti le spese di giudizio.

Ad avviso del TAR il ricorso era fondato e meritava accoglimento sull'assorbente censura di violazione dell'articolo 53, comma 3 e dell'articolo 46, comma 1 *bis* del codice dei contratti pubblici, atteso che:

- a) l'articolo 53, comma 3 non contiene alcuna specifica prescrizione sulla necessità del possesso anche per il professionista "designato" per la progettazione, dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del medesimo codice;
- b) l'aggettivo "qualificati" riferito ai professionisti, avrebbe un'accezione limitata al possesso dei requisiti di capacità tecnica, economica e professionale;
- c) i professionisti indicati dall'impresa partecipante non sarebbero qualificabili essi stessi come "offerenti" o "partecipanti", non avendo alcun rapporto contrattuale con la stazione appaltante;
- d) non sussisterebbe di conseguenza la *ratio* cui è sottesa la prescrizione dell'articolo 38, ovvero garantire l'affidabilità e la moralità professionale degli operatori economici che vengono in rapporto con la pubblica amministrazione,

sicché non avrebbe alcun senso richiedere a tali soggetti il possesso del requisito di moralità;

e) la clausola della *lex specialis* che imponeva a pena di esclusione anche ai professionisti incaricati, di attestare il possesso di tali requisiti, sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione posto dall'articolo 46, comma 1 *bis* del codice dei contratti pubblici.

5.- Con atto di appello n. 6934 del 2014, il Comune di Cagliari ha impugnato la suddetta sentenza, chiedendone la riforma per vizio *in iudicando*, in quanto l'impianto normativo che regola nell'ambito di un appalto integrato complesso l'affidamento delle progettazioni implicherebbe l'obbligo del possesso dei requisiti morali anche per i professionisti "designati dalla concorrente", atteso che:

a) la prescrizione dell'articolo 38 sarebbe richiamata giusto il rinvio dinamico al capo IV del codice e al complesso di norme che regolano le prestazioni dei professionisti nei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria (articoli 90 – 112 bis);

b) la *ratio* sottesa all'articolo 53, comma 3, di favorire la più ampia partecipazione possibile alle gare di appalto concedendo la facoltà al concorrente di scegliere se associare o meramente indicare i progettisti, non derogherebbe all'obbligo di carattere generale sul possesso dei requisiti morali;

c) diversamente si avrebbe l'aberrante conseguenza che soggetti privi dei necessari requisiti morali svolgerebbero una prestazione in favore della pubblica amministrazione, aggirando ed eludendo la disciplina volta ad evitare, sempre e comunque, che la pubblica amministrazione venga in contatto con soggetti non idonei.

Da ciò deriverebbe la piena legittimità del bando di gara nella parte in cui richiede il possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 ai professionisti indicati e la doverosità dell'esclusione della concorrente, Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l., per mancanza dei requisiti di cui all'articolo 38, comma 1, lettere c) e g) in

capo al progettista incaricato e direttore tecnico della società di progettazione (NEA s.r.l.), architetto Tomaso Baltolu condannato con sentenza definitiva per violazioni gravi in materia tributaria, reato la cui natura inciderebbe sull'affidabilità e moralità professionale del progettista.

6.- Con atto di appello n. 7017 del 2014 la S.p.A. Aurelio Porcu & Figli ha impugnato la stessa sentenza n. 655 del 2014 del TAR della Sardegna, chiedendone la riforma per vizio *in iudicando*, alla stregua dei seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 38, 53, comma 3, 46, 90 e 91 del d. lgs. n. 163 del 2006 in combinato disposto con l'articolo 263 del d.p.r. n. 207 del 2010; difetto assoluto di motivazione ed erronea valutazione dei presupposti in fatto e in diritto e violazione dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza.

7.- L'Impresa di Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini s.r.l. si è costituita nei giudizi ed ha chiesto il rigetto degli atti di appello ed ha riproposto i motivi dedotti in primo grado e assorbiti in sentenza, precisamente:

a) difetto assoluto di motivazione;

b) violazione degli articoli 38, 53 e 90 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli articoli 79, 98 e 263 del d.p.r. n. 207 del 2010 e dell'articolo 12 delle preleggi, in quanto l'architetto Tommaso Baltolu, nominativamente indicato solo come componente del gruppo di progettazione, in limine sarebbe tenuto al possesso dei requisiti di cui all'articolo 38, lettere b), c) ed *m-ter*) e non già di quello di cui alla lettera g);

c) violazione dell'articolo 46, comma 1 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 con riferimento alla formulazione dei moduli predisposti dalla stazione appaltante;

d) violazione degli articoli 51 e 52 del regio decreto 23 ottobre 1925, n. 2537; violazione dell'articolo 16 del d.p.r. 5 giugno 2001, n. 328; violazione dell'articolo 46, comma 1 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per illogicità e inattendibilità delle operazioni tecniche quanto al criterio tecnico scelto e al

procedimento applicativo; violazione del principio di massima partecipazione, con riferimento alla previsione della figura dell'architetto, la cui presenza nel gruppo di progettazione non sarebbe giustificata dalla natura delle opere oggetto di progettazione;

e) violazione del principio di certezza del diritto e dell'equo processo; violazione dell'articolo 6, comma 1 della C.E.D.U.; violazione degli articoli 3, 22, 23, 24, 38, 53 e 90 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'articolo 12 delle Preleggi, in quanto il provvedimento della stazione appaltante si baserebbe non su norme di diritto positivo ma su un modo di amministrare "per principi" che andrebbe insinuandosi nel comportamento dell'amministrazione;

f) eccesso di potere per contraddittorietà degli atti; induzione in errore della parte privata; illogicità e inattendibilità delle operazioni tecniche; violazione del principio di massima partecipazione; violazione dell'articolo 75 del d.p.r. n. 445 del 2000; violazione degli articoli 38 e 46 del d. lgs. n. 163 del 2006; incompetenza; violazione degli articoli 51 e 52 del regio decreto n. 2537 del 1925 e dell'articolo 16 del d.p.r. n. 328 del 2001;

g) eccesso di potere per insufficiente istruttoria e travisamento dei fatti; violazione dell'articolo 46, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'articolo 81 codice penale e del principio del falso innocuo;

h) violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del d. lgs. n. 163 del 2006; carenza di motivazione; violazione dell'articolo 10 della l. n. 241 del 1990; eccesso di potere per illogicità; violazione degli articoli 87 e 254 del d.p.r. n. 207 del 2010; violazione dell'articolo 27, comma 3 della Costituzione;

i) violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera c) e comma 2 e dell'articolo 46, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria.

8.- Hanno spiegato intervento *ad adiuvandum* Luca Baltolu nella qualità di legale rappresentante della NEA s.r.l. e Tommaso Baltolu.

9.- Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 25 novembre 2014, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

10.- Gli appelli n. 6934 del 2014 e n. 7017 del 2014 vanno riuniti ai sensi dell'articolo 96 c.p.a., essendo proposti contro la stessa sentenza.

11.- Le parti appellanti assumono che:

a) gli articoli 3, 53, comma 3 e 38 del codice dei contratti pubblici, in combinato disposto con l'articolo 91 e con l'articolo 263 del d.p.r. n. 207 del 2010, imporrebbero anche ai progettisti indicati di cui all'articolo 53, comma 3, il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 da assolvere attraverso gli obblighi dichiarativi, così come prescritto dal bando di gara;

b) il possesso dei requisiti di ordine generale sarebbe presupposto indefettibile di qualunque pubblico affidamento o sub affidamento e le statuizioni del TAR sarebbero in contraddizione con la normativa comunitaria in materia di concorrenza.

11.1- La controinteressata e gli interventori *ad adiuvandum* assumono che la prospettazione degli appellanti confonderebbe i requisiti di qualificazione e i requisiti di partecipazione ed il concetto di "contraente" ed "esecutore", insistendo sulla correttezza della sentenza impugnata secondo la quale il "progettista indicato" non sarebbe concorrente o candidato o contraente e non sarebbe tenuto in forza del principio di legalità al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dei correlati obblighi dichiarativi.

12.- Ferme le posizioni delle parti, va osservato che:

A) l'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, in forza del quale "*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...*" che versano in una delle condizioni previste dalle successive lettere da a)

a m *quater*), usa una dizione molto ampia (“*i soggetti*”) nell’individuare i destinatari della disposizione, consentendo di comprendere tutti gli operatori economici che partecipano a qualunque titolo a procedure di evidenza pubblica.

B) il termine “concorrente” o “candidato” pure usato dall’articolo 38 al comma 2 (“*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva...*”) non vale ad escludere l’operatività della causa di esclusione nei confronti di tutti i soggetti che assumono a qualsiasi titolo e, quindi, anche in veste di sub affidatari, lavori, servizi o forniture nell’interesse di pubbliche amministrazioni, in quanto il termine è chiaramente usato in modo improprio in luogo del termine “operatori economici”.

C) il termine “concorrente” è estraneo alla definizione del codice e della Direttiva CE/18/2004 che conoscono invece le categorie degli “operatori economici” e degli “offerenti” cui devono essere ascritti a pieno titolo anche i progettisti indicati, in quanto essi sono autori e sottoscrittori dell’offerta tecnica che nell’appalto integrato costituisce l’elemento determinante, in termini di punteggio, per l’aggiudicazione.

D) i progettisti indicati assumono la paternità del progetto definitivo che deve essere approvato dalla stazione appaltante e conseguire tutti i pareri, le autorizzazioni e i nulla osta prescritti prima che venga dato corso alla progettazione esecutiva, la cui mancata approvazione determina la risoluzione del contratto.

E) il possesso dei requisiti di ordine generale per i progettisti “indicati” riviene dal complesso normativo per effetto del rinvio dinamico contenuto nell’articolo 53, comma 3 del d. lgs. n. 163 che testualmente prevede “*Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell’offerta o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i*

requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione) e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto;

E.1- Il capo IV del codice articoli 90 – 112 “Servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”, all’articolo 91 stabilisce:

“Per l’affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo nel rispetto di quanto previsto all’articolo 120, comma 2 bis, di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice” (l’articolo 38 rientra tra le disposizioni dettate dalla Parte II, Titolo I del Codice);

E.2- L’articolo 94, quanto ai requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, rinvia al Regolamento (*“Il regolamento stabilisce i livelli e i requisiti dei progetti nella materia degli appalti di servizi e forniture, nonché i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, in armonia con le disposizioni del presente codice”*).

E.3- L’articolo 263, ultimo comma del d.p.r. n. 207 del 2010 e s.m.i. avente ad oggetto i “Requisiti di partecipazione” stabilisce che *“I concorrenti non devono trovarsi altresì nelle condizioni previste dall’articolo 253 del presente regolamento e dall’articolo 38 del Codice”*.

In base alle disposizioni normative richiamate, può affermarsi che:

- a) il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’articolo 38 grava su tutti gli operatori economici che partecipano a qualunque titolo a procedure di evidenza pubblica, anche a prescindere da qualsiasi prescrizione della *lex specialis* e anche sui progettisti *ex* articolo 53, comma 3 del codice dei contratti pubblici;
- b) la fonte normativa è costituita dall’articolo 53, comma 3, e dalle norme richiamate, ovvero gli articoli 91 e 94 del d. lgs. n. 163 del 2006 e l’articolo 263 del d.p.r. n. 207 del 2010 che prescrivono che nell’appalto integrato i progettisti indicati, al pari di quelli associati, devono essere “qualificati” e come tali in

possesso sia dei requisiti di ordine generale che di quelli di capacità tecnico professionale.

13.- Questa interpretazione è in linea con quella dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture dettata con la determina n. 1 del 15 gennaio 2014 *“Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*, il cui punto 3, riferito alla *“Applicazione dell'art. 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione”* puntualizza *“..il progettista indicato dall'impresa, benché non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione (una volta intervenuta l'aggiudicazione), in quanto è un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, rilascia in ogni caso una dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice)...di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta...”*, questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico – organizzativi ed economico – finanziari relativi alla progettazione, in quanto l'espressione *“progettisti qualificati può interpretarsi solo in tal senso”*.

14.- Del medesimo avviso è la giurisprudenza prevalente di questo Consiglio di Stato (cfr., tra le tante, Cons. stato sezione V, 13 febbraio 2013, n. 857; sezione VI, n. 12 gennaio 2012, n. 178; sezione V, 20 ottobre 2010, n. 7581).

Trattasi peraltro di orientamento giurisprudenziale già formatosi sotto la vigenza del comma 1-ter dell'art. 19 della legge 109 del 1994 (cui corrisponde, ora, il comma 3 dell'art. 53 del 'codice dei contratti'), il quale aveva stabilito che, in caso di appalto integrato, l'offerente potesse avvalersi, ai fini della progettazione, di un *“progettista qualificato”* (Al riguardo si era osservato che *“il testo dell'art. 19, co. 1-ter, non solo non limitava testualmente, ma neppure autorizzava a limitare il detto richiamo ai requisiti di qualificazione, già richiesti dal periodo precedente (“deve avvalersi di un progettista qualificato ... individuato in sede di offerta”),*

sicché doveva ritenersi applicabile integralmente l'indicata normativa, identificabile nell'art. 52 del regolamento (l'articolo 52 del regolamento rubricato "esclusione dalle gare di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria", dal canto suo, stabiliva l'esclusione dalle procedure di affidamento dei servizi di progettazione a carico dei soggetti i quali si trovassero nelle condizioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (disposizione da ultimo trasfusa nell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici approvato con d. lgs. n. 163 del 2006).

15.- Non ignora la Sezione che esistono decisioni difformi in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale da parte del professionista designato incentrate sulla circostanza meramente letterale che l'articolo 38, al comma 2, nell'individuare i soggetti tenuti alla dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale faccia riferimento ai "candidati" o "concorrenti" (*"Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva"*) e sulla tassatività delle cause di esclusione dopo la riformulazione dell'articolo 46 del codice dei contratti pubblici, che implica l'esigenza di fondare la materia dell'ammissione alle gare d'appalto su basi oggettive e sul numero chiuso, tassativamente predeterminato, dei motivi di esclusione (cfr. Cons. Stato, VI, 11 gennaio 2013, n. 69; CGARS 8 maggio 2013, n. 452; TAR Liguria sezione II 21 febbraio 2013, n. 351; TAR Toscana, sez. II, 6 marzo 2014, n. 448; TAR Sardegna, 9 gennaio 2013, n. 5; TAR Calabria, 3 marzo 2014, n. 119).

Ritiene tuttavia la sezione che, la *ratio* agevolatrice del concorrente (ancorché "unico") consistente nella prevista possibilità di indicazione del progettista non può incidere sulla necessità che sia garantita – quanto meno tendenzialmente - l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l'eventuale

responsabilità da inadempimento”, confortata dall’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 per fattispecie simile, secondo cui il possesso dei requisiti di ordine generale costituisce presupposto indefettibile di qualsiasi pubblico affidamento o sub affidamento.

Tale *ratio* permea la disciplina del codice dei contratti pubblici e non consente l’interpretazione seguita nella sentenza impugnata secondo la quale nell’appalto integrato i progettisti “indicati”, non essendo essi stessi concorrenti non sarebbero tenuti al possesso dei requisiti di ordine generale.

16.- La richiamata Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, a proposito di soggetti quali i subappaltatori e i consorziati indicati per l’esecuzione dei lavori e dei servizi da parte dei consorzi di produzione e lavoro di cui all’articolo 34, comma 1. lett. b) afferma, invero, che pur essendo pacifico che i consorziati non possono essere qualificati come concorrenti e non sono contraenti, è altrettanto pacifico che gli stessi sono tenuti agli obblighi dichiarativi di cui all’articolo 38 e che la mancata ottemperanza a tali obblighi comporta l’esclusione dalla gara del consorzio concorrente e contraente, aggiungendo che “*..la diversa opzione ermeneutica condurrebbe invero a conseguenze paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità, riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state ammesse*”.

Orbene, la fattispecie consorzio/consorziata (di cui si è occupata l’Adunanza Plenaria n. 8 del 2012) e la fattispecie impresa esecutrice/progettista designato sono molto simili, avendo in comune l’indicazione dell’operatore economico esecutore della prestazione con l’unica differenza che il consorziato indicato è un semplice esecutore della commessa al quale non è richiesto nemmeno di comprovare i requisiti di capacità tecnico – professionale, mentre il progettista o i progettisti indicati, quali autori e sottoscrittori del progetto presentato in gara

(offerta tecnica) hanno in definitiva la veste di “offerenti” ed apportano i requisiti di capacità tecnico – professionale relativi alla progettazione.

Invero, i progettisti indicati risultano affidatari della progettazione di un’opera pubblica ai sensi e per gli effetti degli articoli 90 e 91 del d. lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. e il bando di gara può prevedere anche il pagamento diretto dei progettisti da parte della stazione appaltante.

D’altra parte, l’appalto integrato non è altro che una procedura attraverso la quale le amministrazioni aggiudicatrici affidano contestualmente un servizio di progettazione pubblica e la realizzazione di un’opera pubblica.

L’affidamento può essere effettuato solo a favore degli operatori economici individuati dall’articolo 90, comma 6 del Codice, che devono essere qualificati e come tali in possesso sia dei requisiti di ordine generale che di quelli di capacità tecnica.

Tale regola non ha ragione di essere disattesa per i progettisti indicati, dal momento che questi, al pari di quelli associati, sono operatori economici esecutori di una pubblica commessa anche se per effetto di un incarico da parte delle imprese esecutrici dei lavori.

17.- In quest’ottica, perdono consistenza le censure di violazione dell’articolo 46 bis del codice e di nullità della disposizione della *lex* di gara qui in questione che prescriveva che i progettisti rendessero la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale, trattandosi di causa di esclusione che trova fonte nella disciplina normativa (articolo 38, 1° comma) prima ancora che nella *lex* di gara.

18.- Assumono le parti resistenti, riproponendo le censure assorbite dalla sentenza impugnata, che la presenza della figura dell’architetto nel pool dei progettisti sarebbe ultronea e non giustificata dall’oggetto della progettazione.

La censura attenendo ai requisiti di partecipazione, avrebbe dovuto essere tempestivamente fatta valere nei termini previsti per l’impugnazione del bando di

gara, sicché essa non può che ritenersi inammissibile perché tardiva oltre che inammissibile per acquiescenza, avendo l'impresa Pellegrino, comunque, dato esecuzione alla prescrizione, del cui annullamento non potrebbe quindi giovare, attesa la immutabilità dell'offerta.

19.- In ordine alla limitazione della figura dell'operatore economico da identificarsi alla stregua dei commi 23 e 24 dell'articolo 3 del codice dei contratti pubblici agli operatori economici che assumono la veste di candidati o offerenti (23. *L'«offerente» è l'operatore economico che ha presentato un'offerta;* 24. *Il «candidato» è l'operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo*), si è già detto che nell'appalto integrato non v'è motivo di non qualificare "offerenti" i professionisti "indicati" al pari di quelli associati e di quelli incaricati dalla stazione appaltante, anche perché i progettisti redigono l'offerta tecnica che è valutata dalla stazione appaltante con un punteggio non inferiore a 65/100 ed è decisiva per l'aggiudicazione dell'appalto.

20.- Si assume che l'architetto Baltolu sarebbe stato indotto alla dichiarazione come compilata, ovvero lacunosa, dalla formulazione del modello predisposto dall'amministrazione, insuscettibile di essere modificato e che, comunque, avendo dichiarato una delle due sentenze di condanna, si verserebbe nell'ipotesi di dichiarazione incompleta suscettibile di essere integrata con il soccorso istruttorio. L'assunto è infondato, atteso che l'uso del modulo era facoltativo come testualmente riportato dal disciplinare di gara (*"le predette dichiarazioni possono essere redatte utilizzando il modulo allegato e"*) e che l'architetto Baltolu oltre ad aver dichiarato una sola delle sentenze penali, non ha specificato il reato per il quale era intervenuta la sentenza, non consentendo la valutazione da parte della stazione appaltante e non ha dichiarato le irregolarità definitivamente accertate degli obblighi impositivi di imposte e tasse.

Ciascuna delle omissioni è autonomamente idonea a giustificare l'esclusione, non vertendosi in conseguenza nella fattispecie che consente il soccorso istruttorio.

21.- Sulla gravità dei reati commessi non può argomentarsi, spettando tale valutazione all'amministrazione e residuando nell'ambito del giudizio di legittimità solamente l'eventuale irragionevolezza o illogicità del giudizio espresso dalla stazione appaltante, che non è dato ravvisare, non avendo l'amministrazione potuto valutare la gravità dei fatti penali e la rilevanza nei rapporti con l'amministrazione.

Va solamente osservato che la incostituzionalità dell'articolo 10 del d. lgs. n. 74 del 2000, nella parte in cui per ciascun periodo di imposta, con riferimento ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'i.v.a. dovuta in base alla dichiarazione annuale per importi non superiori per ciascun periodo di imposta ad euro 103,291,38 non ha incidenza sulla fattispecie imputata all'architetto Baltolu, atteso che le condanne definitive riguardano principalmente il reato di cui all'articolo 2 del d. lgs. n. 74 del 2000.

22.- Quanto alla qualificazione della fattispecie come "falso innocuo", va considerato che la teoria del "falso innocuo" in relazione alle omesse dichiarazioni *ex* articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 di condanne penali riportate dai soggetti obbligati a rendere le dichiarazioni non opera laddove la prescrizione è richiesta a pena di esclusione, atteso che una dichiarazione che è inaffidabile, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, deve ritenersi di per sé lesiva dell'interesse sotteso alle procedure di evidenza pubblica alla celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara, a parte la considerazione che la teoria del falso innocuo riguarda fattispecie in cui all'omessa dichiarazione non corrisponda l'esistenza di un reato grave (cfr. Cons. Stato, sezione V, 27 dicembre 2013, n. 6271; 21 giugno 2013, n. 3397).

23.- La circostanza che l'architetto Baltolu non sia amministratore ma direttore tecnico della società NEA s.r.l. non è ostativa alla disposta esclusione, incombendo anche al direttore tecnico l'obbligo dichiarativo del pregiudizio penale.

Tra l'altro la presenza di un direttore tecnico con l'iscrizione all'albo da oltre 10 anni è condizione imprescindibile per le società di ingegneria per espletare servizi per conto della pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 254 del d.p.r. n. 207 del 2010.

Né la società NEA ha provveduto a rimuovere il professionista suddetto dall'incarico di direttore tecnico prendendo le distanze dal suo operato.

24.- L'archiviazione disposta dall'Autorità nazionale anticorruzione dell'iscrizione della NEA s.r.l. nel casellario giudiziario su segnalazione del Comune di Aritzo per la parziale dichiarazione delle sentenze penali, attesa la diversità dei presupposti per l'iscrizione al casellario rispetto a quelli per l'esclusione dalle pubbliche gare evidenzia l'irrilevanza del deposito del relativo documento.

25.- Non sussiste difetto di motivazione, essendo ben esplicitate nei provvedimenti dell'amministrazione le ragioni della disposta esclusione, né è ipotizzabile la violazione del giusto procedimento, attesa la linearità e la doverosità del comportamento tenuto dall'amministrazione comunale nella vicenda in esame.

Per tutte le ragioni esposte gli appelli devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

La peculiarità della controversia e la posizione non univoca della giurisprudenza inducono a disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, riunisce gli appelli e li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2015

IL SEGRETARIO

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