

Publicato il 05/04/2018

N. 00107/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00290/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 290 del 2017, proposto da:
Studio Associato Endrizzi & Partner, in persona del legale rappresentante p.t., quale mandatario del costituendo RTI con lo Studio Walter Barbin e Massimiliano Rossi, Dottori Commercialisti Associati, e Studio Walter Barbin e Massimiliano Rossi, Dottori Commercialisti Associati, in persona del legale rappresentante p.t., entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Christoph Perathoner e Carola Pagliarin, con domicilio eletto presso il loro studio in Bolzano, via della Mostra, n. 3;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Renate von Guggenberg, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta e Walter Menghin, con domicilio eletto presso l'Avvocatura provinciale, in Bolzano, piazza Silvius Magnago, n. 1;

nei confronti

Ilaria Parodi e Mira Formazione S.r.l.s., entrambe non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della dott.ssa Ilaria Parodi, comunicata a mezzo e-mail il 21.11.2017 (doc. 10), in relazione alla procedura negoziata sotto soglia europea, senza previa pubblicazione del bando di gara, codice CIG 7254659DFB, per il servizio di assistenza e consulenza fiscale per le istituzioni scolastiche statali e provinciali, indetta dalla Provincia Autonoma di Bolzano, Ripartizione 17 – Intendenza scolastica italiana, Ufficio 17.4 – ufficio finanziamento scolastico (doc. 1);
- dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della dott.ssa Ilaria Parodi dal Direttore dell'Ufficio Finanziamento scolastico 17.4, Ripartizione 17 - Intendenza scolastica italiana della Provincia Autonoma di Bolzano, datata 22.11.2017, prot. n. 681486, comunicata a mezzo pec il 23.11.2017 (doc. 11);
- di tutti i verbali redatti dall'autorità di gara, allo stato non conosciuti;
- di ogni atto o provvedimento attraverso il quale l'autorità di gara è addivenuta alla formazione della graduatoria, allo stato non conosciuta;
- di ogni eventuale provvedimento di ammissione dei concorrenti dott.ssa Ilaria Parodi e Mira Formazione s.r.l.s., allo stato non conosciuti;
- di ogni eventuale provvedimento attestante la positiva verifica dei requisiti di ammissione e partecipazione alla procedura di gara in

capo ai concorrenti dott.ssa Ilaria Parodi e Mira Formazione S.r.l.s.,
allo stato non conosciuti;

- di ogni ulteriore atto e provvedimento presupposto, connesso e
conseguenziale;

per la dichiarazione d'inefficacia del contratto, nelle more
eventualmente concluso, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. e

per la condanna della Provincia Autonoma di Bolzano a disporre il
conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, ai sensi dell'art.
124 c.p.a., in favore di parte ricorrente;

in via subordinata, per l'accertamento della responsabilità della
Provincia Autonoma di Bolzano nella causazione dei danni subiti da
parte ricorrente e per la determinazione del danno da quest'ultima
subito per i titoli di cui in narrativa, nell'importo complessivo di euro
27.202,50 ovvero, in subordine, nell'importo quantificato ai sensi e
per gli effetti dell'art. 1226 c.c.;

e, conseguentemente per la condanna della Provincia Autonoma di
Bolzano al risarcimento, in favore di parte ricorrente, del danno per
equivalente mediante pagamento dell'importo di euro 27.202,50
ovvero, in subordine, determinato in applicazione dell'art. 1226 c.c.,
da maggiorarsi di interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data
del fatto a quella dell'effettivo pagamento;

onorari, diritti e spese di giudizio, oltre IVA e CPA, integralmente
rifusi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di
Bolzano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 la dott.ssa Alda Dellantonio e uditi per le parti i difensori C. Perathoner per i ricorrenti e C. Bernardi, in sostituzione di R. von Guggenberg, per la Provincia Autonoma di Bolzano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto di gravame è l'aggiudicazione, dapprima provvisoria, poi definitiva, del servizio di assistenza e consulenza fiscale per gli istituti scolastici a carattere statale e provinciale in lingua italiana, tedesca e ladina dell'Alto Adige, Codice CIG 725459DFB, indetto, con procedura negoziata sotto soglia europea senza previa pubblicazione del bando, dall'Ufficio finanziamento scolastico della Ripartizione 17 – Intendenza scolastica italiana, della Provincia Autonoma di Bolzano, per il periodo dall'1.1.2018 al 31.12.2019 e per un importo a base d'asta pari a € 202,056,00 (al netto dell'IVA). Criterio d'aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa al solo prezzo ai sensi dell'art. 33 L.P. n. 16/2015 e dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 in quanto compatibile, e secondo il metodo del ribasso percentuale sul prezzo totale.

Sono impugnati altresì tutti gli atti presupposti e tra essi, in particolare, i verbali di gara e la formazione della graduatoria.

2. I ricorrenti in RTI costituendo, ultimo di tre concorrenti, lamentano la mancata esclusione delle controinteressate, aggiudicataria la dott.ssa Ilaria Parodi, seconda in graduatoria la Mira Formazione s.r.l.s., per difetto del requisito tecnico, previsto a pena

d'esclusione non sanabile, consistente nella conoscenza della lingua italiana e tedesca. Si duole inoltre, con riguardo alla sola aggiudicataria, della sua mancata esclusione per difetto dell'ulteriore requisito tecnico di avere eseguito, nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara, almeno un servizio analogo a quello oggetto della gara, per un importo minimo di almeno 10.000 €, nonché per l'omessa dichiarazione circa la sua iscrizione nell'ordine professionale per attività inerenti al servizio oggetto di gara. Infine lamenta il mancato controllo sull'anomalia dell'offerta aggiudicataria che, con uno sconto applicato del 40,01%, sarebbe palesemente insostenibile e inaffidabile.

3. Si è ritualmente costituita in giudizio la sola stazione appaltante resistendo alle tesi avversarie e concludendo per il rigetto del gravame, previo diniego della tutela cautelare, incidentalmente richiesta dalla ricorrente.

4. All'udienza camerale del 9.1.2018 è stata trattata la domanda cautelare, accolta con ordinanza n. 7/2018, parendo, in quella sede deliberativa, di particolare pregnanza il primo motivo di gravame, incentrato sul difetto del requisito della conoscenza del tedesco.

5. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto le rispettive memorie difensive, puntualizzando le proprie tesi alla luce delle argomentazioni avversarie e la ricorrente ha dimesso anche una memoria di replica.

6. Chiamato all'udienza pubblica del 21.3.2018 il ricorso è infine giunto allo scrutinio di questo Collegio che lo ritiene meritevole d'accoglimento per la fondatezza del primo e del terzo motivo d'impugnazione.

7. Occorre premettere che il punto 3.5. del disciplinare di gara (doc. 1 della ricorrente) detta, alla lettera d), tra i requisiti di partecipazione, la cui mancanza “è causa di esclusione non sanabile dalla procedura”, quelli tecnico - organizzativi ed economico – finanziari ai sensi dell’art. 83, comma 1, lett. b) e c), del D.lgs 50/2016. Il primo è descritto alla lettera d1) come segue: *“avere eseguito nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara almeno un servizio analogo a quello oggetto della gara per un importo minimo di almeno 10.000 euro. Si considerano servizi analoghi tutti i servizi di assistenza e consulenza fiscale presso enti pubblici o presso scuole paritarie”*. Il secondo è contenuto alla lettera d2): *“conoscenza della lingua italiana e tedesca”*.

È poi precisato, per il caso che il concorrente indichi all’atto dell’offerta le parti del servizio che intende subappaltare, che *“i requisiti di cui alle lettere d1) e d2) sopra indicati dovranno essere posseduti da tutti i subappaltatori in base alla loro quota di esecuzione”*.

Al punto 3.6. del disciplinare è contemplata la possibilità di *“soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e/o tecnico – professionale di cui al paragrafo 3.5., avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto”*. In tal caso *“il concorrente che intende far ricorso all’avalimento dovrà produrre a pena di esclusione la documentazione ai sensi dell’art. 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016”*, ossia *“una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento”*. L’operatore economico deve inoltre dimostrare alla stazione appaltante *“che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è*

carente il concorrente”. Il concorrente deve allegare, altresì, “*alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*”.

Nella parte III del disciplinare è precisato, quanto al requisito tecnico della conoscenza delle lingue italiana e tedesca di cui al punto 3.5. lett. d2), che esso è dichiarato con autocertificazione resa ai sensi del D.P.R. del 28.12.2000, con l'elenco del personale che dispone della conoscenza delle due lingue per un livello equiparabile al patentino B di bilinguismo.

A sua volta il capitolato d'oneri (doc. 2 del ricorrente) impone all'aggiudicatario, d'indicare uno o più “referenti” per il servizio in oggetto, dotati dei seguenti requisiti minimi: “*almeno un referente con laurea in economia e commercio (del vecchio ordinamento) o laurea in economia magistrale (del nuovo ordinamento); almeno un referente con 5 anni di esperienza nell'ambito dell'attività e consulenza fiscale; almeno un referente con conoscenza delle lingue italiana e tedesca equiparabile all'attestato di bilinguismo livello B*”.

All'ultimo paragrafo dell'art. 1, parte I, il disciplinare di gara eleva le prescrizioni in esso contenute a prevalenti su tutte le prescrizioni contrarie eventualmente presenti nella restante documentazione di gara.

6.1. Dalla coordinata lettura delle richiamate disposizioni del disciplinare di gara e del capitolato d'oneri si evince con chiarezza che la *lex specialis* della procedura negoziata per cui è causa richiede agli operatori partecipanti la conoscenza delle lingue italiano e tedesco, quale requisito tecnico che essi devono possedere a pena

d'esclusione (non sanabile), requisito da soddisfare attraverso il proprio personale, il quale deve avere le predette conoscenze linguistiche a un livello equiparabile almeno all'attestato di bilinguismo B.

Se l'operatore economico concorrente ne è sprovvisto, può soddisfare il requisito in questione attraverso l'avvalimento, nel rispetto degli specifici incumbenti che questo impone, dei quali s'è già sopra fatto cenno.

6.2. Non è idoneo a soddisfare il requisito in questione, che deve essere posseduto dall'operatore concorrente, il referente del servizio da nominare ai sensi del capitolato d'oneri, qualora quest'ultimo non sia organico all'operatore medesimo, né sia ad esso riferibile in virtù di avvalimento, quale unico istituto ammesso per l'integrazione dei requisiti mancanti in capo al concorrente, ma si tratti semplicemente di un soggetto estraneo alla compagine partecipante alla procedura, tale essendo – per quanto di rilievo nel caso che ne occupa – anche il professionista autonomo che s'impegna, con un contratto preliminare di lavoro autonomo di natura professionale, a prestare la propria attività lavorativa nel caso di aggiudicazione del servizio, previa stipula del contratto di lavoro autonomo definitivo subordinata all'esito positivo della gara.

6.3. Giova precisare che il possesso del requisito della conoscenza delle due lingue in capo al referente del servizio, imposto dal capitolato d'oneri, se vale a soddisfare anche l'omologo requisito prescritto dal disciplinare di gara per l'operatore partecipante alla procedura, laddove sussista tra i due soggetti, il referente e l'operatore, un vincolo giuridico che consenta di ricondurre il primo al corpo del secondo, non serve invece allo scopo, qualora detto

vincolo non sussista e il referente individuato sia esterno ed estraneo al soggetto che concorre per l'appalto, fatta salva l'ipotesi dell'avvalimento nel rispetto dei rigorosi presupposti per esso prescritti.

In definitiva il requisito della conoscenza delle due lingue contemplato dal disciplinare di gara per l'operatore partecipante alla procedura e quello, di uguale contenuto, imposto dal capitolato d'oneri al referente, devono essere cumulativamente soddisfatti, non sussistendo tra essi un rapporto d'alternatività.

6.4. A ragione, dunque, il ricorrente ritiene illegittima un'interpretazione dei documenti di gara che, facendo prevalere la prescrizione del capitolato d'oneri su quella del disciplinare, consenta di ritenere soddisfatto il requisito che quest'ultimo prescrive per l'operatore partecipante alla procedura negoziata, attraverso un referente individuato al proprio esterno, così svuotando di significato il disciplinare medesimo, che la clausola contenuta all'ultimo paragrafo dell'art. 1, parte I, del medesimo eleva invece a prevalere su tutta la documentazione di gara, compreso il capitolato.

6.5. Tanto precisato, è comprovato come i ricorrenti, che hanno partecipato alla procedura negoziata in forma di RTI costituendo, con lo studio Endrizzi & partner quale mandatario capogruppo e, quale mandante, Barbin & Rossi commercialisti associati, soddisfino il requisito tecnico della conoscenza delle lingue italiano e tedesco attraverso i soci delle imprese in RTI, indicati quali referenti, come risulta dai loro *curricula* presentati in gara. In particolare il dott. Friederich Karl Alber, socio dell'associazione mandataria conosce molto bene la lingua italiana ed è di madrelingua tedesca e il dott. Massimiliano Rossi, socio e legale rappresentante della mandante,

oltre ad avere una buona conoscenza della lingua tedesca, è di madrelingua italiana.

6.6. L'aggiudicataria, partecipante come operatore economico individuale, e la seconda classificata non possiedono, invece, il requisito in proprio.

Entrambe pretendono di soddisfarlo attraverso i referenti da esse indicati, in ambo i casi estranei al corpo dell'operatore partecipante alla procedura.

Per l'aggiudicataria, si tratta del dott. Carlo Botta, il quale, come risulta dal *curriculum vitae* prodotto in gara, svolge la propria attività presso uno studio autonomo; per Mira Formazione s.r.l.s. viene in rilievo il signor Giancarlo Thoma, che, stando al *curriculum vitae* dimesso in sede di partecipazione alla procedura, è pensionato delle Poste ed ha al proprio attivo esperienze lavorative del tutto estranee all'oggetto dell'appalto.

Si tratta all'evidenza di soggetti esterni al rispettivo operatore che li ha nominati, attraverso i quali, per le ragioni sopra esposte, non può dirsi soddisfatto il requisito tecnico di cui al punto 3.5, lettera d2) del disciplinare.

6.7. Merita d'essere puntualizzato, quanto al contratto preliminare di lavoro autonomo tra il dott. Botta e l'aggiudicataria, che esso – come dianzi già accennato - non vale a integrare un'ipotesi di avvalimento, posto che di detto istituto, nel caso che ne occupa, mancano tutti i presupposti, dalla dichiarazione di avvalimento, a quella sul possesso dei requisiti ex art. 80 del D.Lgs. 50/2016 in capo all'ausiliario, all'impegno di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante a prestare il requisito e via discorrendo.

6.8. Non può quindi che concludersi, seguendo la prospettazione della ricorrente, che manca sia in capo all'aggiudicataria che in capo alla seconda classificata il requisito tecnico di cui al punto 3.5., lettera d2) del disciplinare di gara, sicché entrambe avrebbero dovuto essere escluse.

7. Coglie nel segno anche il terzo motivo di gravame con cui la ricorrente si duole dell'illegittimità dell'aggiudicazione per difetto, in capo all'aggiudicataria, anche del requisito tecnico di esperienza professionale di cui alla lett. d1) del punto 3.5. del disciplinare, il quale richiede la prestazione di almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara per un importo minimo di almeno 10.000,00 €, da intendersi per tale quello svolto presso enti pubblici o scuole paritarie nel triennio antecedente (cfr. secondo paragrafo della lett. d1), punto 3.5., del disciplinare).

7.1. Posto che ai sensi del punto 3.7 del disciplinare di gara la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale era limitata al primo in graduatoria successivamente alla valutazione delle offerte, in esecuzione dell'art. 23 bis della L.P. n. 17/1993, con pec del 22.11.2017 (doc. 23 dell'Amministrazione) la dott.ssa Parodi è stata invitata a fornire la documentazione richiesta per il requisito del servizio analogo. Vi ha provveduto con dichiarazione resa in pari data, da cui risulta laconicamente lo svolgimento di prestazioni in materia contabile e fiscale *“a favore di enti pubblici per un fatturato complessivo pari a € 11.150,00 (oltre a c.p. 4%)”*, con fatture emesse nei confronti del Comune di Cogoleto, del Consorzio Intrauniversitario per la formazione (COINFO) Torino e per FOROS Roma (doc. 24 dell'Amministrazione), laddove il punto 1., parte III del disciplinare, indicando la documentazione da fornire a comprova del requisito di

cui alla lett. d1), punto 3.5. del disciplinare medesimo, avrebbe richiesto ben più dettagliate informazioni. A prescindere tuttavia dalla questione dell'adeguatezza o meno della dichiarazione resa a comprova del requisito all'esame, va osservato, a monte, che, mentre non sussistono evidentemente dubbi di sorta sulla natura di ente pubblico del Comune di Cogoleto, in assenza di documentazione prodotta in sede di gara riguardo alla natura di COINFO e FOROS Roma, e, relativamente a quest'ultima, in difetto di produzione documentale anche in sede giurisdizionale, il requisito in questione non può dirsi provato già in ragione della natura dei soggetti a favore dei quali la prestazione sarebbe stata svolta, come ha rilevato parte ricorrente. I due enti da ultimo citati non paiono, di fatti, senz'altro riconducibili alle categorie, tra loro alternative, degli enti pubblici e delle scuole paritarie, per le quali, a mente del disciplinare, il servizio dev'essere stato svolto.

8. Non meritano invece credito le ulteriori doglianze che riguardano la sola aggiudicataria.

8.1. Quanto al possesso del requisito dell'iscrizione all'albo professionale è sufficiente evidenziare come lo stesso sia attestato dall'elenco degli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti di Savona, pubblicamente accessibile, al cui albo la dott.ssa Parodi risulta iscritta dal 10.2.2017 al n. 586/A (doc. 22 della Provincia).

8.2. Per quanto attiene alla presunta inaffidabilità dell'offerta aggiudicataria, viene in rilievo la genericità della censura. È sufficiente evidenziare a tale riguardo che, in aderenza a quanto previsto al punto 1.3., parte II, del disciplinare, il RUP ha valutato congrua l'offerta della dott.ssa Parodi e non l'ha pertanto sottoposta a verifica dell'anomalia, dando conto delle ragioni del giudizio

formulato. In particolare, quanto alla congruità, il RUP ha ritenuto determinante il fatto che non fosse stato operato un taglio lineare su tutte le prestazioni, bensì un'attenta valutazione con ribassi ponderati; sotto il profilo della sostenibilità il RUP ha considerato la circostanza che l'aggiudicataria non si avvalesse di personale dipendente (doc. 7 dell'Amministrazione).

A fronte del giudizio di congruità così espresso dal RUP nell'esercizio di un potere di natura tecnico – discrezionale non sindacabile in sede giurisdizionale se non laddove ne risultino manifesti l'illogicità o l'irragionevolezza, l'abnormità o il travisamento dei fatti posti a base della valutazione svolta, pare dunque generica la censura formulata dal ricorrente riguardo all'asserita insostenibilità e inaffidabilità dell'offerta aggiudicataria, fondata sul mero confronto delle percentuali di ribasso applicate dai concorrenti.

9. La fondatezza del primo e del terzo motivo di gravame è sufficiente, in conclusione, all'accoglimento del ricorso. Devono pertanto essere annullati gli atti e i provvedimenti impugnati e dev'essere disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI costituendo ricorrente, fatti salvi il controllo dei requisiti e ogni altra verifica di competenza della stazione appaltante. Non v'è, invece, luogo ad alcuna pronuncia sulla domanda di declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, posto che esso non risulta essere stato concluso. Il disposto risarcimento in forma specifica preclude la trattazione della domanda di risarcimento per equivalente, formulata in via gradata.

La condanna alle spese, come liquidate in dispositivo anche in ragione del valore contenuto dell'appalto, segue alla soccombenza

dell'Amministrazione resistente. Sono invece da compensare le spese con le controinteressate non costitutesi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dispone l'aggiudicazione dell'appalto a favore del RTI ricorrente, fatti salvi il controllo dei requisiti e ogni altra verifica di competenza della stazione appaltante.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere al ricorrente le spese di lite che liquida in € 3.000, oltre agli accessori di legge.

Compensate le spese con le controinteressate, non costituite.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

Margit Falk Ebner, Consigliere

Alda Dellantonio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alda Dellantonio

IL PRESIDENTE
Edith Engl

IL SEGRETARIO

