



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 Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 559 del 2011, proposto da:
SCS Azioninnova S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco
Dugato e Luca Casagni Lippi, con domicilio eletto presso lo studio
del secondo in Firenze, via Masaccio 235;

contro

Comune di Massa, rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Menchini,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Natale Giallongo in
Firenze, via Vittorio Alfieri 19;

nei confronti di

Arch. Dino Geloni;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara n. 2/S/PA - 2011, avente ad oggetto "Procedura di

gara per l'affidamento dell'incarico professionale per la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nelle aree PEEP - CIG 092846518E", adottato in data 1.02.2011, e pubblicato sulla G.U. Serie Speciale V n. 16 in data 7.02.2011; del disciplinare di gara n. 2/S/PA - 2011, adottato in data 1.02.2011, e pubblicato sulla G.U. Serie Speciale V n. 16 in data 7.02.2011; nonchè di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato, se lesivo, ancorchè di estremi e contenuto non conosciuti alla ricorrente;

e per la dichiarazione dell'inefficacia del disciplinare di incarico per l'affidamento dell'appalto di servizi in oggetto e/o di qualunque diverso atto di affidamento dell'incarico, eventualmente sottoscritto dall'amministrazione comunale con l'aggiudicatario della gara suddetta nelle more della proposizione del presente gravame; nonchè per la condanna al risarcimento di tutti i danni patiti e patienti dalla ricorrente in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati e della mancata partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica in oggetto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Massa;

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 29 febbraio 2012 il dott.

Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 4 marzo 2011, e depositato il 14 marzo successivo, la SCS Azioninnova S.p.a., qualificatasi azienda *leader* nazionale nel settore della consulenza aziendale e alle pubbliche amministrazioni, esponeva che il Comune di Massa, con bando pubblicato il 7 febbraio 2011, aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di un incarico professionale inerente la trasformazione in diritto di proprietà del diritto di superficie gravante sulle aree PEEP, ivi compresa la eliminazione dei vincoli all'alienazione degli alloggi previsti dalla legge n. 865/1971. Fra i requisiti di partecipazione, la stazione appaltante aveva tuttavia indicato il possesso di idoneo titolo di studio connesso alla natura dell'incarico e l'iscrizione al relativo albo professionale, ciò che, precludendo la partecipazione alla gara a soggetti diversi da professionisti, aveva indotto la stessa ricorrente a non presentare affatto la relativa domanda.

Rivendicata la configurabilità del proprio interesse ad impugnare, in considerazione della natura immediatamente escludente delle clausole contenute nella *lex specialis*, la società SCS denunciava l'illegittimità del bando e del disciplinare approvati dal Comune di Massa e ne chiedeva l'annullamento, previa sospensiva, sulla scorta di

tre motivi in diritto.

Costituitasi in giudizio l'amministrazione procedente, che resisteva alle domande avversarie, nella camera di consiglio del 23 marzo 2011 il difensore della ricorrente dichiarava di rinunciare all'istanza cautelare.

Nel merito, la causa veniva discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 29 febbraio 2012, e decisa come da dispositivo, depositato il giorno seguente.

DIRITTO

La SCS Azioninnova S.p.a. impugna gli atti – bando e disciplinare di gara – di indizione della procedura avviata dal Comune di Massa il 7 febbraio 2011 per l'affidamento dell'incarico professionale inerente tutte le attività occorrenti per la trasformazione in diritto di proprietà del diritto di superficie gravante sulle aree PEEP del suo territorio. Come accennato in narrativa, la stessa società ricorrente ha inteso, peraltro, prevenire le possibili eccezioni pregiudiziali – poi effettivamente sollevate dalla difesa del Comune resistente – dipendenti dalla sua mancata partecipazione alla procedura, denunciando la presenza, nella *lex specialis*, di clausole limitative della partecipazione a soli soggetti muniti dell'abilitazione all'esercizio di professioni connesse alla natura dell'incarico, come tali immediatamente escludenti nei confronti di chi fosse per definizione sprovvisto di tali requisiti.

Al riguardo, osserva il collegio che l'orientamento giurisprudenziale

più consolidato, e di recente ribadito con autorevolezza dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 7 aprile 2011, n. 4), riconosce legittimazione processuale all'operatore economico che, senza aver partecipato alla procedura, manifesti l'intenzione di impugnare un bando di gara in relazione alle sue clausole "escludenti", vale a dire quelle recanti l'illegittima previsione di determinati requisiti di partecipazione, dei quali il ricorrente è sfornito. Si tratta di un'eccezione alla regola generale secondo cui, al contrario, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Se così è, non possono essere disconosciuti in capo all'odierna ricorrente la legittimazione ad agire ed il correlativo interesse, la cui verifica – ai fini dell'ammissibilità della domanda – va del resto limitata all'affermazione che ne sia stata fatta con l'atto introduttivo del giudizio, mentre attiene al merito della controversia l'indagine circa l'effettiva titolarità della situazione legittimante rivendicata, nella specie coincidente con l'accertamento della fondatezza delle censure indirizzate nei confronti delle clausole di bando asseritamente escludenti.

È con il primo motivo di ricorso che viene dedotta l'illegittimità della scelta della stazione appaltante di limitare la partecipazione alla gara ai soli professionisti/persone fisiche muniti di titolo ed iscrizione nel relativo albo o ordine, ovvero alle associazioni professionali aventi

fra i loro componenti professionisti dotati di quei requisiti. In particolare, la ricorrente lamenta la violazione della disciplina comunitaria rifluita nell'art. 42 co. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di tutela della concorrenza e del *favor participationis*, assumendo che l'appalto si risolverebbe nell'espletamento di attività in relazione alle quali sarebbe irragionevole, e non rispondente ad alcun interesse generale meritevole di tutela, la pretesa del Comune di Massa di avvalersi esclusivamente di appaltatori in possesso di una specifica abilitazione professionale.

Il motivo è infondato.

Il bando per cui è causa, nell'indicare al punto III.2.1) i requisiti di partecipazione richiesti, stabilisce che i concorrenti, in aggiunta ai requisiti elencati dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, debbano possedere idoneo titolo di studio connesso alla natura dell'incarico e l'iscrizione al relativo albo professionale, nonché avere già svolto in forma singola o associata attività professionali assimilabili a quelle oggetto della gara. Il punto III.3.1) conferma trattarsi di servizio riservato a determinate professioni, senza ulteriori precisazioni, mentre il successivo punto III.3.2) chiarisce che "le persone giuridiche devono indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate della prestazione del servizio", risultandone così smentita l'affermazione della ricorrente, secondo cui la partecipazione alla gara dovrebbe considerarsi riservata a professionisti in forma individuale o associata, e non anche a società.

Vero è che il punto II.1.3) dello stesso bando, quanto alle “forme giuridiche” di partecipazione, fa rinvio a quelle previste dall’art. 90 co. 1 lett. d), e), f), f-bis), g) e h) del D.Lgs. n. 163/2006, cioè alla tipologia di soggetti esterni dei quali all’amministrazione, in materia di opere pubbliche, è consentito avvalersi per l’espletamento delle prestazioni di progettazione e direzione dei lavori. Ma è indubitabile che, non riferendosi il bando ad un’attività di progettazione, la previsione – alla quale, per inciso, nel ricorso non si fa alcun cenno – sarebbe da interpretarsi estensivamente, in ossequio al principio della massima partecipazione, nel senso di ricomprendersi anche le persone giuridiche costituite in forma diversa da quelle elencate, a condizione che dispongano di professionisti muniti dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Tale operazione ermeneutica, che condurrebbe a inficiare la scelta della ricorrente di non partecipare alla gara, non è però consentita, giacché la ricorrente stessa non ha mai chiarito di quali professionalità si sarebbe avvalsa per l’espletamento dell’incarico, il che impedisce di assimilarla alle persone giuridiche alle quali il bando espressamente si riferisce. Per altro verso, la possibilità di servirsi dell’avvalimento, predicato dalla difesa resistente, sul piano imprenditoriale non può certo considerarsi equipollente alla partecipazione in proprio e forma oggetto di una libera scelta dell’operatore altrimenti escluso dalla gara, situazione nella quale la ricorrente contesta di (dover) versare, denunciando il carattere

anticoncorrenziale dei requisiti di partecipazione prescritti.

Diviene, pertanto, decisivo stabilire se la capacità tecnico-professionale richiesta dalla stazione appaltante ai concorrenti, attraverso il possesso non solo di esperienze pregresse, ma anche di una qualificazione professionale formale (titolo di studio ed iscrizione nel relativo albo) connessa all'oggetto dell'incarico, risulti davvero eccessiva se raffrontata all'attività da appaltare. E la risposta al quesito non può che essere negativa.

È noto che le amministrazioni aggiudicatrici godono di ampia discrezionalità in ordine alla determinazione dei requisiti di capacità tecnica di partecipazione alle gare, con il limite – posto a presidio del *favor participationis* – della ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli scopi perseguiti ed agli interessi da soddisfare. Ora, l'incarico oggetto dell'affidamento indetto dal Comune di Massa con gli atti impugnati attiene alle “procedure di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nelle aree PEEP”, “ivi compresa l'eliminazione dei vincoli all'alienazione degli alloggi ex legge 865/71” (punto II.1.5) del bando e art. 3 del disciplinare di gara); lo schema del disciplinare di incarico, in atti, precisa ulteriormente le attività a carico dell'appaltatore, consistenti nell' “esame e studio delle pratiche; ricerche documentali; istruttoria tecnica ed amministrativa; identificazione e delimitazione delle aree, ivi inclusi accertamenti tecnici e reperimento atti presso il Comune, conservatoria, catasto ecc.; valutazioni, stime e proposte di

deliberazioni conclusive; schemi contrattuali di cessione; predisposizione cartella assegnatario e per fabbricato con atti e documenti di riferimento; adeguamento del convenzionamento diritto di proprietà; riunioni e audizioni con organi rappresentativi e consultivi del comune nonché con i condomini; assistenza utenti e ufficiale rogante; quant'altro ritenuto necessario per il completamento delle pratiche". È palese come si tratti di attività implicanti il possesso di un coacervo di competenze specialistiche che vanno dal rilievo e misurazione topografica, alle operazioni catastali, all'estimo, alla conoscenza della normativa di riferimento in materia di cessione delle aree PEEP di proprietà comunale ed alla rimozione dei vincoli all'alienazione degli alloggi ivi edificati (oggi disciplinate dall'art. 31 della legge n. 448/1998, come modificato dalla legge n. 106/2011, di conversione del D.L. n. 70/2011), e si inscrivono nell'ambito di un'iniziativa che involge, allo stesso tempo, le problematiche di ordine economico-finanziario afferenti alla dismissione dei beni pubblici e quelle di matrice sociale riconducibili alle aspettative ingenerate nei potenziali acquirenti. Ed è proprio in ragione della delicatezza degli interessi coinvolti che ben si giustifica la decisione del Comune di avvalersi, nella scelta dell'appaltatore, di un requisito oggettivo minimo – il possesso del titolo di studio e l'appartenenza ad una delle professioni “protette” – quale garanzia di affidabilità in aggiunta all'altro dato obiettivo dell'esperienza pregressa in operazioni consimili.

In altri termini, avuto riguardo al contenuto e agli obiettivi dell'incarico, non può dirsi che le limitazioni soggettive adottate dall'amministrazione resistente restringano irragionevolmente la partecipazione alla gara, che, in definitiva, rimane aperta ad una vasta platea di soggetti, in forma individuale, associata o societaria, che dispongano direttamente o indirettamente di quel patrimonio di conoscenza cui, in tutto o in parte, appartengono le attività oggetto dell'affidamento (non solo geometri, ingegneri e architetti, ma anche, ad esempio, agronomi e periti edili: si veda la disciplina dei rispettivi ordinamenti); dovendosi, pertanto, respingere l'idea secondo cui la richiesta del titolo di studio rappresenterebbe di per sé un'indebita restrizione della concorrenza, tanto più che la ricorrente, omettendo – lo si è già detto – l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei soggetti cui avrebbe inteso demandare l'assolvimento del servizio, finisce finanche per sottrarsi alla verifica della propria capacità tecnica attraverso uno dei requisiti tipicizzati dall'art. 42 D.Lgs. n. 163/2006.

Con il secondo motivo di ricorso la società SCS Azioninova si duole della indeterminatezza dei provvedimenti impugnati, nella parte in cui, non fornendo un'adeguata descrizione dell'oggetto del contratto, avrebbe impedito la formulazione di un'offerta consapevole.

La censura (in disparte ogni questione relativa alla sua ammissibilità una volta rigettata la doglianza appena esaminata) è pure infondata

nel merito.

L'oggetto del contratto è, infatti, esaustivamente descritto dall'art. 3 del disciplinare di gara, che, nel riferirsi alla "redazione di atti inerenti la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà su aree di edilizia economica e popolare ivi compresa l'eliminazione dei vincoli all'alienazione degli alloggi ex legge 865/71", esprime con assoluta chiarezza ed autosufficienza l'obiettivo finale dell'incarico, e con ciò rende pienamente apprezzabile a qualsiasi operatore del settore, secondo buona fede, il contenuto di tutte le possibili attività occorrenti per conseguirlo, in modo da riversarle nell'offerta. Il rinvio all'art. 1 del disciplinare di incarico si risolve, perciò, nella dettagliata estrinsecazione di quanto già per implicito, ma inequivocabilmente, contenuto negli atti di indizione della procedura, dovendosi peraltro escluderne la prospettata illegittimità alla luce sia dei principi civilistici in tema di determinabilità anche *per relationem* del contenuto del contratto, sia delle regole pubblicistiche sul regime della determinazione a contrarre (lo schema del disciplinare di incarico, approvato con la determinazione di procedere all'affidamento, non è certo suscettibile di essere liberamente modificato in sede di sottoscrizione, a maggior ragione ove le modifiche dovessero incidere in maniera sostanziale sull'oggetto e sul contenuto del contratto da stipulare).

Con il terzo motivo, infine, la società ricorrente fa valere l'illegittimità del bando in relazione alla esiguità del termine assegnato

per la presentazione delle offerte, violativo delle prescrizioni impartite dall'art. 70 D.Lgs. n. 163/2006. Sul punto basti tuttavia osservare che il termine a disposizione dei concorrenti, quantificato dalla stessa ricorrente in circa venti giorni, non può considerarsi talmente esiguo da precludere, addirittura, la partecipazione alla gara; ne discende l'inammissibilità della doglianza, che avrebbe potuto essere fatta valere, eventualmente, in sede di gravame avverso la mancata aggiudicazione, previa partecipazione alla procedura, secondo i principi generali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2033).

In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento e va respinto in ogni sua domanda.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della società ricorrente nei confronti del Comune di Massa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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