



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 884 del 2012, proposto da:

Modimar S.r.l., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella sua qualità di mandataria capogruppo del costituendo RTP con Sintesis Srl, Prisma Srl e il dott. Geol. Michele Corona, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Segneri e Daniela Piras, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

contro

Il Comune di Orosei, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Paolo Satta, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

la Commissione di Gara per l'affidamento dei "Servizi di progettazione preliminare degli interventi di portualità sostenibile con la riqualificazione delle bocche a mare esistenti nella marina di Orosei", in persona del presidente, non costituita in giudizio;

nei confronti di

MarTech S.r.l., con sede in Cagliari, in persona del legale rappresentante in carica - in proprio e nella sua qualità di mandataria della costituenda RTI con l'ing. Andrea Ritossa, l'ing. Gian Paolo Ritossa, l'ing. Patrizio Sanna, Edilogica Srl, Essepi Engineering Srl e il dott. Geol. Salvatore Borto - nonché dell'ing. Andrea Ritossa anche quale mandante del suddetto RTI, controinteressati e ricorrenti incidentali, rappresentati e difesi dagli avv.ti Benedetto Ballero, Stefano Ballero e Nicola Melis, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;
Essepi Engineering Srl; Edilogica Srl; ing. Gian Paolo Ritossa; ing. Patrizio Sanna; dott. Geol. Salvatore Borto.

per l'annullamento

- della determinazione n. 566 del 26.9.2012, con la quale il Responsabile del competente Servizio del Comune di Orosei ha definitivamente aggiudicato i "servizi di progettazione preliminare degli interventi di portualità sostenibile con la riqualificazione delle bocche a mare esistenti nella marina di Orosei", al costituendo RTP tra la S.r.l. MarTech (capogruppo), l'Ing. Andrea Ritossa, l'Ing. Gian Paolo Ritossa, l'Ing. Patrizio Sanna, la Edilogica srl, la Essepi Engineering srl ed il dottor Geol. Salvatore Borto (mandanti);

- degli atti, dei verbali e della graduatoria predisposti dalla Commissione intimata, con particolare riferimento alla mancata esclusione del RTP controinteressato;

- del verbale n. 5 del 20.7.2012 con il quale la Commissione intimata ha aggiudicato provvisoriamente i servizi per cui è causa al RTP controinteressato;

- della nota prot. 9706 del 27.9.2012, con la quale il Responsabile unico del procedimento ha comunicato alla Modimar srl l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTP controinteressato;

in subordine:

- del verbale n. 2 del 13.6.2012 con il quale la Commissione giudicatrice ha proceduto, in seduta riservata, all'apertura delle buste B contenenti le offerte tecniche presentate dai concorrenti ammessi alla gara;

- degli atti e dei verbali della stessa Commissione giudicatrice nn. 2, 3 e 4 concernenti le modalità di attribuzione del punteggio con il metodo del confronto a coppie;

- per quanto occorre, del disciplinare di gara laddove ammetta l'apertura delle buste concernenti le offerte tecniche in seduta riservata;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

nonché:

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato in forza dell'impugnata aggiudicazione definitiva e per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in via di reintegrazione in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orosei, di MarTech Srl in proprio e Capogruppo Rti e di ing. Andrea Ritossa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Martech Srl e ing. Andrea Ritossa, con il quale si chiede l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non escludono la ricorrente principale, nonché del bando e del disciplinare nella parte in cui non si prevede l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria e definitiva di cui agli articoli 75 e 113 del D.Lgs. 163/2006;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Marco Lensi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Col ricorso principale in esame la ricorrente principale Modimar S.r.l. chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, rappresentando quanto segue.

La Modimar S.r.l. ha partecipato, quale capogruppo di un RTP, alla gara a procedura aperta, bandita dal Comune di Orosei, per l'affidamento dei "Servizi di progettazione preliminare degli interventi di portualità sostenibile con la riqualificazione delle bocche a mare esistenti nella marina di Orosei", per un importo complessivo a base di gara pari € 734.000, esclusi l'iva e gli oneri previdenziali.

La gara è stata infine aggiudicata in via definitiva al RTP controinteressato guidata da MarTech S.r.l. e la ricorrente principale Modimar S.r.l. si è classificato al secondo posto della relativa graduatoria.

La ricorrente principale Modimar S.r.l., ritenendo che il RTP controinteressato dovesse essere invece escluso dalla gara, ha quindi proposto il ricorso in esame, col quale si chiede l'annullamento della determinazione n. 566 del 26.9.2012, con la quale il Responsabile del competente Servizio del Comune di Orosei ha definitivamente aggiudicato i "servizi di progettazione preliminare degli interventi di portualità sostenibile con la riqualificazione delle bocche a mare esistenti nella marina di Orosei", al costituendo RTP tra la S.r.l. MarTech (capogruppo), l'Ing. Andrea Ritossa, l'Ing. Gian Paolo Ritossa, l'Ing. Patrizio Sanna, la Edilogica srl, la Essepi Engineering srl ed il

dottor Geol. Salvatore Borto (mandanti); degli atti, dei verbali e della graduatoria predisposti dalla Commissione intimata, con particolare riferimento alla mancata esclusione del RTP controinteressato; del verbale n. 5 del 20.7.2012 con il quale la Commissione intimata ha aggiudicato provvisoriamente i servizi per cui è causa al RTP controinteressato; della nota prot. 9706 del 27.9.2012, con la quale il Responsabile unico del procedimento ha comunicato alla Modimar srl l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTP controinteressato.

In subordine la ricorrente principale chiede l'annullamento del verbale n. 2 del 13.6.2012 con il quale la Commissione giudicatrice ha proceduto, in seduta riservata, all'apertura delle buste B contenenti le offerte tecniche presentate dai concorrenti ammessi alla gara; degli atti e dei verbali della stessa Commissione giudicatrice nn. 2, 3 e 4 concernenti le modalità di attribuzione del punteggio con il metodo del confronto a coppie; per quanto occorra, del disciplinare di gara laddove ammetta l'apertura delle buste concernenti le offerte tecniche in seduta riservata; di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Si chiede infine la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato in forza dell'impugnata aggiudicazione definitiva, nonché l'aggiudicazione dell'appalto in via di reintegrazione in forma specifica.

A tal fine, la ricorrente principale Modimar S.r.l. avanza articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, e conclude per l'accoglimento del ricorso.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

Si è costituita in giudizio la controinteressata MarTech S.r.l., sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

La controinteressata MarTech S.r.l. ha altresì avanzato ricorso incidentale con il quale si chiede l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non escludono la ricorrente principale, nonché del bando e del disciplinare nella parte in cui non si prevede l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria e definitiva di cui agli articoli 75 e 113 del D.Lgs. 163/2006.

Con successive memorie le parti hanno approfondito le proprie argomentazioni, insistendo per le contrapposte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2013, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Col ricorso principale in esame si chiede l'annullamento della determinazione n. 566 del 26.9.2012, con la quale il Responsabile del competente Servizio del Comune di Orosei ha definitivamente aggiudicato i "servizi di progettazione preliminare degli interventi di portualità sostenibile con la riqualificazione delle bocche a mare esistenti nella marina di Orosei", al costituendo RTP tra la S.r.l. MarTech (capogruppo), l'Ing. Andrea Ritossa, l'Ing. Gian Paolo Ritossa, l'Ing. Patrizio Sanna, la Edilogica srl, la Essep Engineering srl ed il dottor Geol. Salvatore Borto (mandanti); degli atti, dei verbali e della graduatoria predisposti dalla Commissione intimata, con particolare riferimento alla mancata esclusione del RTP controinteressato; del verbale n. 5 del 20.7.2012 con il quale la Commissione intimata ha aggiudicato provvisoriamente i servizi per cui è causa al RTP controinteressato; della nota prot. 9706 del 27.9.2012, con la quale il Responsabile unico del procedimento ha comunicato alla Modimar srl l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTP controinteressato.

In subordine la ricorrente principale chiede l'annullamento del verbale n. 2 del 13.6.2012 con il quale la Commissione giudicatrice ha proceduto, in seduta riservata, all'apertura delle buste B contenenti le offerte tecniche presentate dai concorrenti ammessi alla gara; degli atti e dei verbali della stessa Commissione giudicatrice nn. 2, 3 e 4 concernenti le modalità di attribuzione del punteggio con il metodo del confronto a coppie; per quanto occorra,

del disciplinare di gara laddove ammetta l'apertura delle buste concernenti le offerte tecniche in seduta riservata; di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Si chiede infine la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato in forza dell'impugnata aggiudicazione definitiva, nonché l'aggiudicazione dell'appalto in via di reintegrazione in forma specifica.

La controinteressata MarTech S.r.l. ha avanzato ricorso incidentale con il quale si chiede l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non escludono la ricorrente principale, nonché del bando e del disciplinare nella parte in cui non si prevede l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria e definitiva di cui agli articoli 75 e 113 del D.Lgs. 163/2006.

Poiché con il ricorso incidentale MarTech S.r.l. contesta l'ammissibilità del ricorso della ricorrente principale Modimar S.r.l. per difetto di legittimazione e carenza d'interesse, in quanto il RTP avente come capogruppo la ricorrente Modimar S.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione della normativa in tema di appalti e della *lex specialis* di gara, ritiene il collegio che debbano trovare applicazione anche nel caso di specie i principi affermati nella decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riguardo alla efficacia "paralizzante" ovvero "escludente" del ricorso incidentale, da ultimo ribaditi con la sentenza del Consiglio di Stato, III sezione, n. 511 del 27 settembre 2012, secondo cui, qualora il ricorso incidentale abbia lo scopo di promuovere la verifica della legittimazione del ricorrente principale, è naturale che venga esaminato prioritariamente e che, se fondato, conduca a una declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale.

Ritiene il collegio di aderire ai predetti principi affermati nella decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla luce delle considerazioni in proposito espresse - da ultimo - da questa Sezione con la sentenza n. 1115 del 13 dicembre 2012, considerazioni da ritenersi qui integralmente ribadite.

Da ciò, consegue la necessità dell'esame prioritario del ricorso incidentale, che contesti, in primo luogo, la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale, posto che, una volta riconosciuta la fondatezza del ricorso incidentale in tale parte, con conseguente esclusione soggetto ricorrente principale dalla gara, la posizione giuridica di quest'ultimo soggetto - da ritenersi escluso ab origine dalla gara - deve essere considerata alla stregua di un qualsiasi altro soggetto che risulti legittimamente escluso dalla gara e, come tale, non legittimato a contestare gli esiti della gara medesima.

Ciò stante, deve essere prioritariamente esaminato il ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale deve essere accolto, stante la fondatezza della censura avanzata da MarTech S.r.l. secondo cui Modimar S.r.l. doveva essere esclusa per invalidità dei contratti di avvalimento stipulati tra la capogruppo Modimar S.r.l. con le mandanti, ed in particolare con il Geol. Michele Corona e la società Prisma Srl, finalizzati a supplire alla carenza dei requisiti di tali mandanti, in considerazione del fatto che i contratti in questione non soddisfano "i requisiti di contenuto imposti dall'art. 49 del Codice degli appalti avendo un oggetto del tutto generico che non determina in capo alla Modimar alcuna concreta assunzione di responsabilità, né consente alla società avvalsa l'immediato e diretto utilizzo delle risorse della società avvalente", e considerato che "Nel caso di specie la Modimar si è limitata ad impegnarsi "a fornire (gratuitamente) il requisito per tutta la durata dell'appalto" senza pertanto assumere alcuna reale obbligazione nei confronti della stazione appaltante".

Ritiene il collegio che debbano trovare applicazione, anche nel caso di specie, i principi affermati nella sentenza del Consiglio di Stato, Sezione III, n. 5512 del 29 ottobre 2012, secondo cui, in tema di avvalimento, è onere dell'impresa concorrente, ai sensi dell'art. 49 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie

risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'invalidità del contratto di avvalimento che prevedeva, quale proprio oggetto, l'impegno dell'ausiliaria "a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" oggetto della gara, rilevando che "si trattava di una dizione generica, non ulteriormente specificata in alcun altro punto, né del contratto, né della dichiarazione di obbligo prodotta dalla ausiliaria, in quanto da tali atti non era possibile evincere in modo determinato e specifico quali fossero le risorse e i mezzi che sarebbero stati prestati per l'esecuzione del contratto", ritenendo conseguentemente la indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento.

Il Consiglio di Stato, in tale pronuncia, ha altresì "stigmatizzato che la messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento concreto con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara (Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; cfr. anche V, n.4510 del 6 agosto 2012).".

In conclusione, in tale sentenza, il giudice d'appello ha ritenuto che l'ammissione alla gara della concorrente in questione era illegittima atteso che la ausiliaria si era solo genericamente impegnata a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Ritiene il collegio che i rilievi sopra esposti siano validi e applicabili anche alla fattispecie in esame, concernente un appalto di servizi, in quanto espressione di un principio generale, secondo cui, in tema di avvalimento, è onere dell'impresa concorrente, ai sensi dell'art. 49 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito soggettivo e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

Principio generale che, a giudizio del collegio, trova il proprio fondamento direttamente nell'art. 49 del d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, con la conseguenza che deve ritenersi valido sia per gli appalti di lavori che per gli appalti di servizi.

Ciò premesso, deve altresì evidenziarsi, nel caso di specie, l'ulteriore rilievo per cui, nei contratti di avvalimento in questione, non risulta neppure adottata la generica formula di legge in ordine all'impegno della Modimar S.r.l. "a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", posto che tale affermazione risulta contenuta solamente nella "dichiarazione attestante l'avvalimento", ma non anche nel relativo contratto, nel quale la Modimar S.r.l. "si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a fornire il requisito per tutta la durata dell'appalto", senza neppure alcun riferimento all'impegno - pure previsto dalla lettera f) del secondo comma dell'articolo 49 del D.Lgs. n. 163/2006 - "a mettere a disposizione le risorse necessarie".

Ciò stante, rilevata, in primo luogo, la non corrispondenza tra il contenuto della "dichiarazione attestante l'avvalimento" e l'effettivo contenuto del contratto di avvalimento, nei sensi sopra evidenziati, non può che ribadirsi - di conseguenza e a maggior ragione rispetto alla fattispecie oggetto della richiamata sentenza del consiglio di stato n. 5512/2012 - la genericità e indeterminatezza dell'oggetto dei contratti di avvalimento, in violazione delle norme e dei principi sopra evidenziati.

Ciò stante, deve ritenersi che il ricorrente principale RTP Modimar S.r.l. dovesse essere esclusa dalla gara per invalidità dei contratti di avvalimento sopra indicati.

Per le suesposte considerazioni, stante la fondatezza della censura sopra esaminata ed assorbito ogni ulteriore motivo di gravame, il ricorso incidentale deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti di gara nella

parte in cui non procedono all'esclusione dalla gara della ricorrente principale Modimar S.r.l..

Dall'accoglimento del ricorso incidentale e dalla conseguente esclusione dalla gara della ricorrente principale Modimar S.r.l., consegue l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione e carenza d'interesse.

Le spese del giudizio devono essere poste a carico della ricorrente principale e sono liquidate, in favore di MarTech S.r.l., come in dispositivo, mentre devono essere integralmente compensate nei confronti del Comune di Orosei.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla gli atti di gara nella parte in cui non procedono all'esclusione dalla gara della ricorrente principale Modimar S.r.l.; conseguentemente, dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna la ricorrente principale Modimar S.r.l. al pagamento delle spese del giudizio che liquida forfettariamente in € 3000,00 (tremila/00) a favore della controinteressata MarTech S.r.l., oltre accessori di legge.

Spese compensate nei confronti del Comune di Orosei.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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