



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2198 del 2011, proposto da:
Net Engineering Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio
Domenichelli, Guido Zago, Franco Zambelli, con domicilio eletto
presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

contro

Sistemi Territoriali Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo
Biagini, Andrea Giuman, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini
in Venezia, S. Croce, 466/G;

nei confronti di

Technital Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mazzoleni,
con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25 del
DLgs n. 104/2010;; Ast Engineering Srl, Thetis Spa, Protecno Srl,

via Ingegneria Srl;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla ditta Technital SpA della gara indetta da Sistemi Territoriali SpA - con bando di gara n. 1/2011 - per l'affidamento della "progettazione preliminare, definitiva, studio di impatto ambientale (S.I.A.), valutazione di incidenza (V.I.N.C.A.) e fattibilità ambientale, del nuovo insediamento portuale lungo il Po di Levante in località Cà Cappello di Porto Viro (RO) e messa in sicurezza dell'asta navigabile fino all'abitato di Porto Levante. Codice CUP G32H100000000008 - codice CIG 0750614244" comunicato dalla Stazione Appaltante alla ricorrente con nota prot. n. 2885 del 7/11/2011; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sistemi Territoriali Spa e di Technital Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato

1.- che l'art. 90, VIII comma del DLgs n. 163/2006 prevede l'esclusione dagli appalti o dalle concessioni di lavori pubblici, nonché dagli eventuali subappalti o cottimi, degli affidatari di incarichi di progettazione i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione;

che tale disposizione va coerentemente interpretata come espressione del principio generale di trasparenza ed imparzialità, la cui applicazione, indipendentemente dalla tipicità della fattispecie ivi indicata, è necessaria per garantire parità di trattamento ai concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica, parità che implica che tutti rivestano la medesima posizione: essa, infatti, “costituisce applicazione del più generale principio enunciato all’art. 2, I comma del codice, laddove si afferma che l’affidamento deve rispettare <i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità>” (cfr. CdS, IV, 3.5.2011 n. 2647);

che, invero, l’espletamento di un precedente incarico prodromico alla gara in via di svolgimento può creare tra i partecipanti una posizione di vantaggio incompatibile con i principi, anche comunitari, di concorrenza e di parità di trattamento;

che, allora, la regola generale della incompatibilità prevista dall'art. 90, VIII comma del DLgs n. 163/2006 tutela aprioristicamente la genuinità della procedura concorsuale, indipendentemente dall’esistenza di un reale vantaggio (in capo ad un concorrente che

abbia espletato un precedente incarico in qualche modo correlato con la procedura concorsuale stessa): la norma in esame, cioè – considerato che una differente posizione di partenza può dar luogo a un possibile, indebito vantaggio –, privilegia in maniera oggettiva, a prescindere dall'effettività dell'agevolazione, l'omogeneità della situazione di partenza di tutti i partecipanti alla gara, in coerenza con la citata statuizione dell'art 2 del codice che enuclea i principi generali che devono governare l'affidamento dei contratti pubblici;

che se è vero che lo svolgimento della gara ha la funzione di consentire all'amministrazione, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose, è altresì vero che la gara deve svolgersi secondo i principi

generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (Consiglio Stato, V, 4.3.2008 n. 889);

che ancorchè la norma di cui all'art. 90, VIII comma si riferisca al rapporto tra appalti di lavori e preventiva progettazione è, come si è detto, espressione di un principio generale di tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra tutti i potenziali interessati, sicchè deve ritenersi applicabile anche agli appalti di servizi;

che detti principi non limitano, ma anzi garantiscono il principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e la

conseguente regola del “favor participationis”, che non potrebbero esplicarsi seriamente laddove l’ordinamento ammettesse nei rapporti con le pubbliche amministrazioni posizioni di vantaggio: giacchè senza par condicio non vi può essere libertà di impresa e concorrenza nel mercato;

che nel caso di specie era stata indetta una gara per l’affidamento della progettazione preliminare, definitiva, S.I.A., V.I.N.C.A. e fattibilità ambientale del nuovo insediamento portuale in località Cà Cappello in Comune di Porto Viro: gara che, come specificato dal disciplinare (cfr. pag. 2, punto 1.6), annoverava tra i suoi documenti anche il “master plan”, e cioè uno studio appositamente elaborato per la zona portuale di Cà Cappello con lo scopo di individuare gli elementi di sviluppo della zona stessa in funzione della successiva progettazione delle opere necessarie;

che a tale gara ha partecipato ed è risultata aggiudicataria l’impresa controinteressata Technital spa, redattrice del predetto “master plan”;

che, essendo Technital autrice del citato elaborato tecnico posto a base del confronto concorrenziale, essa, a prescindere dall’indubbia, diversa posizione di partenza nella gara di cui è causa, appare essersi certamente giovata - non solo ai fini dell’offerta tecnica (ove, peraltro, ha conseguito il punteggio più alto, 54,70 pt.), ma anche nella formulazione del ribasso economico (il master plan conteneva, infatti, oltre alle varie proposte di sviluppo, anche una stima

parametrica dei relativi costi) e dell'offerta tempo (in virtù dell'approfondita conoscenza della zona e delle problematiche connesse) - del palese vantaggio competitivo consistente nella previa e più approfondita conoscenza degli elaborati a base di gara e di tutte le problematiche sottese all'intervento da progettare;

che la tesi dell'incompatibilità generale quivi privilegiata non comporta le "conseguenze estreme" paventate dalla difesa dell'aggiudicataria (cfr. la memoria 18.1.2012, pag. 10), secondo cui l'autore del progetto preliminare dell'opera diverrebbe incompatibile con tutte le attività successive di progettazione e di direzione e coordinamento dei lavori: lo sarebbe soltanto nei confronti della successiva, immediata fase di redazione dei progetti definitivo ed esecutivo qualora fossero oggetto di gara, ma non certo della fase esecutiva relativa alla realizzazione delle opere progettate; né sussiste alcun contrasto – ma, anzi, piena coerenza con quanto testè affermato - tra la propugnata tesi dell'incompatibilità (con conseguente esclusione dalla gara, in conformità, stante l'espressa previsione legislativa, con l'art. 46, I comma bis del codice) e la norma contenuta nell'art. 91, IV comma del DLgs n. 163/2006 che riserva, di regola - nell'ottica della continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione - l'affidamento delle progettazioni definitiva ed esecutiva al medesimo soggetto: qualora, ovviamente, tra le varie progettazioni non vi sia lo iatus di una gara; che, peraltro, non può assumere rilevanza il fatto che in sede di

valutazione delle offerte l'aggiudicataria non abbia ottenuto il punteggio apicale con riguardo sia alla capacità tecnica che, in particolare, alla relazione metodologica, ove, con riferimento a quest'ultima, "avrebbe dovuto esprimersi al massimo il vantaggio derivante dai pregressi studi presupposti al masterplan": facile replicare che, in mancanza della redazione del masterplan, il punteggio di Technital avrebbe potuto essere notevolmente inferiore;

che, ciò stante, la partecipazione di Technital deve considerarsi illegittima, in contrasto con i principi di trasparenza, imparzialità e par condicio;

2.- che, quanto alla mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. capeggiata da Thetis per essere, la mandante AST Engineering s.r.l., società di ingegneria, asseritamente priva della figura del Direttore tecnico (in contrasto con quanto stabilito dall'art. 53 del DPR n. 554 del 1999, richiamato dall'art. 90, III comma del DLgs. n. 163 del 2006), l'infondatezza della censura è conseguente alla considerazione che, come risulta dalla documentazione in atti (doc. 27 della società resistente, visura casellario AVCP), la AST Engineering srl, che risulta regolarmente iscritta nel Casellario delle società di Ingegneria tenuto presso la AVCP, annovera puntualmente, nel proprio organigramma, la figura del Direttore tecnico nella persona dell'arch. Laura Pacetto;

che è, invece, fondato il successivo rilievo con cui la ricorrente

afferma l'assenza delle dichiarazioni di cui all'art. 38, lett. b) e c) del DLgs n. 163 del 2006 da parte dell'eventuale Direttore tecnico, giacchè l'unico soggetto che le ha rese è l'Amministratore unico ing. Trame: l'autodichiarazione dell'ing. Andrea Trame con la quale ha attestato, fra l'altro, "che non ricorre.....alcuna delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 38 D.Lgs. 12/7/2006, n. 163.....nei propri confronti e nei confronti delle persone indicate all'art. 38 c. 1 lett. c) del succitato Decreto..." non concreta, infatti, una valida dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, del codice dei Contratti, dovendosi ritenere "tamquam non esset" per carenza degli elementi minimi essenziali, vale a dire (almeno) dell'identità dei soggetti nei confronti dei quali essa viene resa. La dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante di un'impresa concorrente a favore del direttore tecnico e degli altri soggetti muniti del potere di rappresentanza della società in modo generico e indifferenziato, senza indicazione dell'identità dei soggetti coinvolti dalla dichiarazione stessa e della carica da essi rivestita nella società, si manifesta, infatti - in quanto formulata in "incertam personam" -, in palese contrasto con la funzione di certezza assegnatale dalla legge, precludendo il controllo sulla veridicità di quanto attestato (cfr., da ultimo, TAR Roma, III, 12.7.2011 n. 6278). Né può farsi riferimento, nel caso di specie, al c.d falso innocuo, attesa l'assenza di qualsiasi dichiarazione e, comunque, la mancata dimostrazione, da parte dell'interessato, dell'effettiva

insussistenza delle specifiche circostanze pregiudizievoli della moralità professionale;

che è analogamente fondata l'ulteriore censura con cui parte ricorrente si duole della presunta, mancata corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione dei servizi. Il principio enucleato dall'art. 37, XIII comma del DLgs n. 163 del 2006, secondo cui le quote di partecipazione ad un'ATI debbono essere previamente indicate in sede di offerta - la ratio di tale norma è nella necessità di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso da parte di tutte le imprese facenti parte di un raggruppamento dei requisiti di ammissione alla gara in relazione alle singole quote di partecipazione al raggruppamento stesso -, trova, invero, specifico fondamento nel successivo art. 40, I comma che, prescrivendo che "i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati", afferma un principio fondamentale dei procedimenti ad evidenza pubblica (e, quindi, valido anche per gli appalti di forniture e servizi): quello secondo cui i partecipanti devono possedere i requisiti di ammissione, stabiliti dalla lex specialis di gara, per poter concorrere all'aggiudicazione dell'appalto pubblico ed alla sua esecuzione, oppure, nel caso di ATI, i requisiti di ammissione corrispondenti alla quota di partecipazione all'ATI stessa, al fine di garantire la stazione appaltante in ordine alla effettiva capacità tecnico economica delle imprese aggiudicatarie, le quali debbono essere in grado di far fronte alle obbligazioni

contrattuali; discendendone che solo ove la singola impresa costituente il raggruppamento sia dotata della capacità economica adeguata alla sua percentuale di partecipazione al raggruppamento, la medesima può adeguatamente adempiere alle prestazioni scaturenti dall'aggiudicazione del contratto di appalto: diversamente, l'istituto del raggruppamento temporaneo, creato al fine di attuare in modo più efficace il principio della libera concorrenza, si presterebbe ad essere utilizzato strumentalmente, per consentire l'esecuzione degli appalti pubblici anche alle imprese non in possesso dei requisiti di ammissione alla gara. Orbene, nel caso di specie risulta che AST Engineering - che in sede di offerte ha dichiarato di assumere attività ("piano di lottizzazione, studio di inserimento urbanistico, piano particellari di esproprio, progettazione edilizia e fognature") corrispondenti, sotto il profilo qualitativo, alla esecuzione della progettazione urbanistico-edilizia rientrante tra le attività della classe di servizi Ib, per una quota di partecipazione all'ATI del 12,93% - non risulta possedere alcuna precedente esperienza tecnica, nei dieci anni antecedenti alla pubblicazione del Bando (non solo in alcuna delle classi contemplate dalla procedura di gara, ma nemmeno) nella predetta classe Ib;

3.- che per le suesposte considerazioni il ricorso è, dunque, fondato e va accolto: attesa, peraltro, l'avvenuta esecuzione del servizio appaltato e, quindi, l'impossibilità della ricorrente di subentrare nel contratto, deve disporsi il risarcimento del danno per equivalente,

risarcimento che, comprensivo anche del danno curricolare, si quantifica in via equitativa nella misura complessiva di € 42.301,00, pari al 7% dell'offerta presentata dalla ricorrente stessa; che le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna "Sistemi Territoriali spa" al risarcimento del danno in favore della ricorrente nella misura di € 42.301,00.

Condanna i resistenti "Sistemi Territoriali spa" e "Technital spa" al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese e delle competenze di causa che liquida complessivamente in € 4.000,00 (quattromila) oltre ad i.v.a. e c.p.a..

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF, Estensore

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2012

IL SEGRETARIO

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