



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 417 del 2012, integrato dai motivi aggiunti, proposto dal:

C.C.C. - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Elisa Toffano, Marco Bertazzolo, Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso l'ultimo, in Trieste, via Filzi 4;
sul ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

contro

Il Comune di Tarvisio, rappresentato e difeso dall'avv. Teresa Billiani, con domicilio eletto presso il suo studio, in Trieste, via Martiri della Liberta' 13;

nei confronti di

La Idrotermica F.Lli Soldera S.r.l., Gabriele Indovina; In.Co.S. S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Nicola Creuso, Nicola De Zan, Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso l'ultimo, in Trieste, via Donota 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

-della determinazione n.538 del 12/10/2012 del dirigente dell'area tecnica di approvazione dei verbali di gara per la realizzazione di centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento dell'abitato di Cave del Predial (rectius: Predil);

quanto ai motivi aggiunti:

-del diniego tacito del Comune di Tarvisio dd. 27.11.2012-rispetto alla nota dd. 13.11.2012-trasmessa in pari data alla stesso Comune a mezzo fax, con cui il CCC ha comunicato la sua intenzione di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243bis del DLgs n. 163/2006;

-del verbale di consegna anticipata delle prestazioni oggetto dell'appalto, dell'approvazione del progetto esecutivo della RTI INCOS effettuata dalla stazione appaltante in data 15.11.2012, del contratto d'appalto che, nel frattempo, venisse sottoscritto;

-per la condanna del Comune di Tarvisio al risarcimento di tutti i danni ingiustamente subiti dal ricorrente;

Visti il ricorso e i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Tarvisio e di In.Co.S. S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale In.Co.S Infrastrutture Costruzioni e Servizi S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisà in Trieste, via Donata 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 il dott. Umberto Zuballi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

La ditta ricorrente contesta l'approvazione e l'aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Tarvisio per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento.

Con la prima censura deduce la violazione dell'articolo 49 del codice sugli appalti e degli articoli 12, 14 e 15 del bando, nonché la violazione dei principi sulla partecipazione alle gare, l'errore sui presupposti, il difetto d'istruttoria e di motivazione, l'illogicità e la disparità di trattamento. Nel caso era consentito utilizzare l'istituto dell'avvalimento; senonché, nonostante l'adozione di tale sistema, risulta che né il progettista né la ditta sono in possesso dei requisiti richiesti a pena di esclusione dalle norme per la partecipazione alla gara.

Una seconda censura riguarda sempre la violazione del bando e dell'articolo 38 del codice sugli appalti oltre che dei principi sulle gare, nonché il difetto di motivazione e d'istruttoria, l'illogicità e la disparità del trattamento. La ditta vincitrice non ha fornito la documentazione relativa al rappresentante della ditta cessato dall'attività nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando.

La ditta ricorrente ha integrato le proprie argomentazioni con motivi aggiunti rivolti avverso gli atti successivi della gara.

La ditta vincitrice della gara resiste in giudizio presentando altresì ricorso incidentale.

In quest'ultimo fa presente che sulla base del bando di gara e dell'articolo 38 del codice degli appalti la ditta ricorrente avrebbe dovuto presentare la documentazione prevista in relazione al direttore tecnico, di cui non ha nemmeno dichiarato l'esistenza. La società invero si avvale non già di una società tra professionisti ma di una società di ingegneria, per cui è sempre prevista la presenza dei direttori tecnici.

La seconda censura presentata in via graduata riguarda la mancanza di competenze specifiche in capo ai singoli professionisti indicati come prestatori di servizio; la ditta ricorrente principale non ha presentato le certificazioni relative.

Il comune resiste in giudizio contestando tutte le censure di cui al ricorso.

In vista della decisione in camera di consiglio tutte le parti hanno ulteriormente precisato le rispettive posizioni.

Nel corso della camera di consiglio del 9 gennaio 2013 la causa è stata introitata per la decisione in forma semplificata, né su tale aspetto le parti hanno sollevato alcuna obiezione.

Prima di esaminare le singole censure, va ribadito che in questa materia è necessario valutare i motivi di ricorso tenendo presente da un lato il principio del favor participationis, elaborato dalla giurisprudenza europea e italiana, secondo cui è necessario che alle gare partecipino il maggior numero di ditte idonee, per cui in caso di dubbio le clausole del disciplinare e del bando vanno interpretate nel senso di consentire la maggior partecipazione possibile alla gara medesima, e d'altro lato il principio della par condicio, secondo il quale le regole di gara e in particolare quelle dettate a pena di esclusione vanno rispettate anche nel dettaglio proprio per non discriminare tra le varie ditte partecipanti alla gara.

Il conflitto tra i due principi sopra enunciati va temperato e armonizzato ovviamente tenendo conto del caso concreto.

Altrettanto doveroso è il richiamo all'altro principio, ormai consolidato, secondo cui è precluso al giudice di legittimità il sindacato di scelte discrezionali e di merito dell'amministrazione, ove non trasbordino in palesi illogicità e incongruenze.

Va esaminato per primo il ricorso incidentale perché la sua eventuale fondatezza renderebbe improcedibile per carenza d'interesse il ricorso principale.

Va osservato come il disciplinare di gara obbligava le ditte partecipanti a pena di esclusione a presentare la dichiarazione relativa all'assenza di cause ostative di cui

all'articolo 38 del codice degli appalti relativa ai direttori tecnici, anche dei direttori tecnici delle ditte ausiliarie di quella principale. La legge speciale della gara all'articolo 7.1 prevede tale dichiarazione in relazione a tutti i tipi di società.

Peraltro risulta dagli atti di causa che la nomina del Direttore tecnico era stata revocata con delibera del Consiglio di amministrazione del 12 aprile 2010; non vi è ragione di dubitare di tale dato di fatto, né la circostanza che il registro non risulti aggiornato modifica tale elemento storico e fattuale.

La prima censura del ricorso incidentale va di conseguenza rigettata, per la mancanza di un direttore tecnico.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale si sostiene che il progettista indicato dal consorzio avrebbe dovuto comprovare il possesso dei requisiti con i certificati riguardanti le competenze in capo dei singoli professionisti indicati come prestatori di servizi.

Nel caso in esame peraltro il consorzio ha indicato quale progettista la società di professionisti Cooprogetti, società cooperativa a responsabilità limitata e dotata di una soggettività giuridica distinta da quella dei singoli professionisti. Ne consegue che la prova dei requisiti riguarda la società e non i singoli professionisti che ne fanno parte.

Ne discende che anche la seconda censura del ricorso incidentale va rigettata.

Va ora esaminato il ricorso principale e specificatamente la prima censura con cui il consorzio ricorrente sostiene che il progettista associato alla ditta vincitrice non potrebbe utilizzare l'istituto dell'avvalimento, e quindi che il raggruppamento non possiede i requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara.

Su tale questione il collegio, pur consapevole della giurisprudenza contraria, ritiene che, applicando i principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, dell'istituto citato possono avvalersi anche i progettisti indicati.

Invero questi ultimi rientrano tra i soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara.

In sostanza, ad avviso di questo collegio, l'avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori.

La seconda censura del ricorso principale contesta che in relazione al soggetto cessato dalla carica di legale rappresentante è stata prodotta solo la dichiarazione a firma dell'attuale legale rappresentante della società e non la dichiarazione redatta dal medesimo.

Al contrario, la legge speciale della gara, cioè il disciplinare, stabilisce che nella busta recante la documentazione deve essere introdotta la dichiarazione resa e sottoscritta dal legale rappresentante della società che riguarda anche la posizione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando.

Va per completezza aggiunto come la ditta ha compilato i modelli previsti dal bando di gara e quindi ciò di per sé rende legittima la dichiarazione resa, sulla base di una prevalente giurisprudenza.

Per quanto fin qui evidenziato il ricorso principale va anch'esso rigettato, laddove le spese di giudizio, considerato che su alcuni aspetti decisivi la giurisprudenza appare divisa e tenuto conto della peculiarità delle questioni, si possono compensare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposto, rigetta sia il ricorso incidentale sia quello principale.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2013

IL SEGRETARIO

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