



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.n. 1331/2011, proposto dalla *Rina Services* s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Alessandra Sandulli e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

contro

il Comune di Formia, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Renato Archidiacono e Domenico Di Russo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Mazzini, 131;

nei confronti di

l'*Italsocotec* s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ulisse Corea e Francesco Saverio Marini, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via dei Monti Parioli, 48;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio, Latina, sezione I, n. 1893/2010, resa tra le parti e concernente *l'aggiudicazione di una gara d'appalto per l'affidamento del servizio generale di supporto al r.u.p. e di verifica e validazione della progettazione per la realizzazione del nuovo porto turistico di Formia, nonché le connesse richieste risarcitorie.*

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Formia e dell'*Italsocotec* s.p.a. appellati.

Visti tutti gli atti e documenti di causa.

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2012, il Consigliere di Stato *Aldo SCOLA* ed uditi, per le parti, gli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Angelo Clarizia, per delega dell'avv. Renato Archidiacono, ed Ulisse Corea.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) L'impresa originaria ricorrente agiva in giudizio (pure con *motivi aggiunti*) per ottenere *l'annullamento* della determinazione 25 marzo 2010, n. 55, recante aggiudicazione alla controinteressata della gara avente ad oggetto il

“servizio generale di supporto al r.u.p. e di verifica e validazione della progettazione definitiva ed esecutiva relativa alla realizzazione del nuovo porto turistico di Formia” e di ogni altro atto e presupposto, connesso o consequenziale e, in particolare, dei verbali di gara nn. 1, 2, 3, 4 e 5, delle note del presidente della commissione di gara 12 gennaio 2010, prot. AG/2010/10, e 29 marzo 2010, prot. n. 2010 0015455, nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto, con le connesse richieste risarcitorie, mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente pecuniario.

L'impresa *Rina Services*, infatti, aveva partecipato alla gara indetta dal Comune di Formia per l'affidamento del servizio generale di supporto al r.u.p. e di verifica e validazione della progettazione definitiva ed esecutiva relativa alla realizzazione del nuovo porto turistico; essa contestava la legittimità dell'aggiudicazione della stessa all'*Italsocotec*, sostenendo che l'offerta di quest'ultima illegittimamente non sarebbe stata esclusa e chiedendone l'annullamento; correlativamente, la *Rina Services* chiedeva che le fosse aggiudicata la gara (avendo essa presentato l'unica offerta valida) o, in subordine, che le fosse risarcito per equivalente pecuniario il danno derivante dalla mancata aggiudicazione.

Resistevano al ricorso il Comune di Formia e l'*Italsocotec*.

Con l'ordinanza n. 262/2010, *confermata* dall'ordinanza n. 3799/2010 della sezione VI del Consiglio di Stato, *veniva respinta la domanda cautelare*.

B) Il ricorso risultava *infondato* per i primi giudici.

L'impresa originaria ricorrente deduceva che quella aggiudicataria sarebbe stata priva di uno dei requisiti di partecipazione, non avendo svolto “negli ultimi tre anni almeno due appalti di servizi di verifica di progetti relativi a lavori d'importo almeno pari a quelli oggetto dell'appalto da affidare e di natura analoga allo stesso”: i servizi analoghi menzionati nel bando di gara si riferirebbero esclusivamente a servizi di progettazione relativi a porti turistici (le sole strutture menzionate dall'articolo 2, comma 1, d.P.R. 2 dicembre 1997 n. 509, vale a dire *porti turistici, approdi turistici e punti d'ormeggio*, così come definiti in tale articolo); tale impostazione sarebbe stata confermata dallo stesso Comune di Formia che, con avvisi pubblicati sul suo sito *w.e.b.*, avrebbe esplicitamente affermato che “per natura analoga devono intendersi tutte le strutture come definite nell'articolo 2, comma 1, d.P.R. 2 dicembre 1997 n. 509”.

Per tale ragione, l'*Italsocotec* (documentante di aver svolto servizi di progettazione relativi ad opere portuali di tipo diverso da porti turistici: in concreto, una darsena nel porto di Napoli e il MOSE di Venezia) non avrebbe avuto titolo a partecipare alla gara.

Veniva poi *disattesa* dal Tribunale amministrativo di Latina anche la seconda censura, in base alla quale l'aggiudicataria avrebbe reso una falsa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di capacità finanziaria.

Infine, l'*Italsocotec* avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche perché avrebbe omesso d'indicare l'ammontare del fatturato globale, per servizi di verifica e validazione della progettazione di opere, espletati negli ultimi tre esercizi, nel modello 1, allegato al disciplinare (il rappresentante dell'aggiudicataria, anziché indicare la cifra corrispondente al fatturato, avrebbe dichiarato che questo *non risultava inferiore ad euro 540.000,00*).

C) Con i *motivi aggiunti* l'originaria ricorrente deduceva che l'*Italsocotec* avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo presentato la dichiarazione sull'assenza di cause di esclusione in conformità al modello 2, allegato al disciplinare di gara (o, meglio, il modello sarebbe stato presentato, ma il legale rappresentante non avrebbe “barrato” i “quadratini” in corrispondenza delle varie alternative previste dal modulo): donde la ritenuta mancata presentazione della dichiarazione, con impossibilità anche di una mera regolarizzazione.

Conclusivamente, il ricorso ed i motivi aggiunti venivano *resposti* dai primi giudici a spese compensate.

D) Donde l'appello della *Rina Services* (fondato su di un affidamento ritenuto legittimo), proposto per errore di

giudizio per violazione degli artt. 11, comma 10-ter, 34, 88, 121, 122, 123 e 124, c.p.a., nonché dell'art. 26, comma 1, legge n. 1034/1971 (e s.m.i.), oltre che per eccesso di potere per carenti presupposti, travisamento, vizio di motivazione e d'istruttoria e contraddittorietà; violazione dell'art. III.2.2, bando di gara, degli artt. 38 e 245-bis, d.lgs. n. 163/2006 (per mancato contrassegno - previsto a pena di esclusione - sulla dichiarazione non coincidente con la domanda di partecipazione e concemente eventuali procedimenti penali a carico del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria: cfr. C.S., sezione VI, sent. n. 3158/2010, e sezione V, sent. n. 870/2010), e degli artt. 4, 5 e 12, disciplinare di gara, in rapporto ai vincolanti chiarimenti di cui ai provvedimenti comunali 1° ottobre 2010 e 2 ottobre 2010, pubblicati sul portale informatico e consultabili da tutti gli aspiranti (cfr. C.S., sezione VI, sent. n. 2949/2007; *contra*: sezione V, sent. n. 5031/2003); degli artt. 3 e 6, legge n. 241/1990 (e s.m.i.), nonché della *par condicio* tra i concorrenti in una gara pubblica (dovendosi riconoscere - a pena di esclusione - la c.d. natura analoga solo ai porti turistici, agli approdi turistici ed ai punti d'ormeggio, escluse le altre opere portuali (cfr. C.S., sezione V, sent. n. 8342/2003); degli artt. 71 e 75, d.P.R. n. 445/2000 (e s.m.i.), essendosi rese dichiarazioni non veritiere (contro una prescrizione imposta a pena di esclusione sia dal bando - art. III.2.1 - che dal disciplinare - art. 3.3. - donde l'applicabilità del principio non di *favor participationis* ma di *par condicio*, in rapporto alla non opinabile esigenza di compilare entrambi i modelli 1 e 2, rispettivamente per l'impresa ed il suo rappresentante, non potendo il primo, di minore portata, ricomprendere il secondo, di maggiore ampiezza), con correlativa decadenza da ogni beneficio eventualmente in tal modo conseguito dall'impresa appellata, cui la stazione appaltante non avrebbe richiesto alcuna regolarizzazione circa la mancata indicazione del prescritto fatturato globale e del relativo importo (cfr. C.S., sezione VI, sent. n. 1909/2010, e sezione V, sent. n. 3752/2005).

E) L'appellante riproponeva l'azione di accertamento dell'inefficacia del contratto stipulato il 21 maggio 2010 con l'*Italsocotec*, in relazione ad un ricorso introduttivo notificato il 20 maggio 2010, anche per il mancato rispetto della sospensione obbligatoria (*stand still period*) del termine previsto per la stipulazione, a seguito del gravame interposto, con possibile *risarcimento in forma specifica e subentro nell'appalto già stipulato* (per colpa della p.a. e sussistenza del nesso causale tra colpa e danno: cfr. C.S., sezione V, sent. n. 4239/2001) o per equivalente o in forma equitativa (nella misura del 10% dell'offerta a base d'asta) o previa condanna generica della p.a. *ex art. 278, c.p.c.*

L'*Italsocotec* ed il Comune di Formia si costituivano in giudizio e resistevano al gravame, mentre l'appellante *Rina Services* depositava una conclusiva memoria riassuntiva, in cui poneva in luce come l'appellata *Italsocotec* avesse, sia pure tardivamente, ammesso che i lavori del nuovo centro congressi all'E.u.r. ed alla validazione del centro integrato per i servizi turistici commissionato da Bagnolifutura sarebbero del tutto estranei all'appalto in questione, al contrario (e non condivisibilmente) dei due ulteriori servizi pregressi, commissionati dall'Autorità portuale di Napoli (adeguamento della darsena di levante a *terminal container*: opera commerciale e non turistica - differenza non quantitativa ma qualitativa, per la finalità di movimentare grandi natanti e non piccole imbarcazioni - e con solo asserite criticità diverse e superiori rispetto al servizio in questione) e dal Consorzio Venezia Nuova (predisposizione di un porto-rifugio contro il moto ondoso e non per uno stabile ricovero o per l'erogazione di attività di supporto), invece, anch'essi non catalogabili tra i *servizi analoghi* (v. art. 2, comma 1, d.P.R. n. 509/1997, cit..

Pertanto, andrebbe ravvisata la necessità di escludere l'impresa appellata dalla gara, in assenza di *almeno due intraprese analoghe precedentemente svolte*, come richiesto a pena di esclusione (v. art. III.2 del bando ed art. 3.5.b del disciplinare di riferimento).

All'esito dell'udienza di discussione del 30 ottobre 2012 la vertenza passava in decisione.

I) L'appello è *infondato* e va *respinto*, dovendosi condividere le argomentazioni pregevolmente esposte dai primi giudici e qui di seguito riassunte dal collegio.

Il bando di gara menzionava servizi "analoghi" e non "identici" a quelli oggetto dell'appalto, per cui la società appellata *Italsocotec* ben avrebbe potuto considerarsi qualificata a partecipare alla gara, avendo documentato di aver svolto servizi di progettazione di opere portuali (tra l'altro, per un ammontare *sensibilmente superiore* a quello della gara contestata), benché in ambiti diversi da porti turistici, dovendosi interpretare il bando nel senso che il concorrente dovesse fornire la prova di aver svolto servizi di progettazione *identici* a quelli oggetto d'appalto, cioè relativi a *porti turistici*, ovvero *analoghi* ossia relativi ad *opere portuali*; donde il significato degli avvisi pubblicati dal comune nel proprio sito *w.e.b.* (menzionanti servizi "analoghi" a quelli relativi ad opere portuali o approdi turistici) e l'inesistente contrasto con l'operato della commissione.

II) Indubbiamente, tutto ciò fa ritenere che l'*Italsocotec* fosse in possesso dei necessari requisiti, con correlativa attendibilità della sua dichiarazione (oltretutto, accompagnata anche dall'elencazione dei lavori in passato eseguiti); peraltro, la mancata indicazione della precisa cifra del fatturato si era tradotta in una mera irregolarità della dichiarazione che, al massimo, avrebbe potuto giustificare una richiesta d'*integrazione-regolarizzazione* da parte della stazione appaltante, in applicazione di una lettura sostanziale e non formalistica dell'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici).

D'altra parte, la mancata compilazione del modello 2 da parte del legale rappresentante dell'impresa *Italsocotec* non avrebbe potuto che risultare ininfluente, dato che le informazioni in ordine all'insussistenza a suo carico delle cause di esclusione risultavano già interamente contenute nel modello 1 e precisamente nella sezione II.b (regolarmente compilata), con conseguente mero e pertanto non condivisibile *formalismo* della censura, estrinsecantesi nella pretesa che il legale rappresentante compilasse e presentasse un modulo parzialmente coincidente con una parte dell'istanza di partecipazione.

III) Deve convenirsi che, effettivamente, l'espressione *servizi analoghi* (contenuta nel bando) avrebbe potuto forse dar luogo a dubbi interpretativi.

La loro definizione avrebbe potuto ricavarsi da una disposizione normativa, oppure - in assenza di questa - da una valutazione *tecnico-discrezionale* della pubblica amministrazione sull'assimilabilità dei servizi.

L'impresa attuale appellante deduceva che le ditte partecipanti alla gara, per la valutazione dei requisiti di partecipazione, avrebbero potuto e dovuto riferirsi solo ai "porti turistici, approdi turistici e punti d'ormeggio", ma tale limitazione non emergeva da alcuna specifica disposizione normativa.

Dunque, nel corso del procedimento, l'amministrazione avrebbe potuto di sicuro tener conto dei servizi *non identici*, purché comunque attinenti alla realizzazione di un porto turistico.

Né potrebbe dubitarsi dell'attitudine dell'aggettivo "*analoghi*" a riferirsi ad una ben più ampia gamma di servizi rispetto all'aggettivo "*simili*".

Questi ultimi devono avere necessariamente molto tratti in comune, mentre l'*analogia* - per definizione - riguarda inevitabilmente alcunché di *diverso*.

IV) L'impresa *Rina Services* aveva richiamato un avviso sul sito *w.e.b.*, in rapporto alle strutture come definite nell'art. 2, comma 1, d.P.R. 2 dicembre 1997, n. 509, invocando un proprio affidamento: avviso peraltro successivo al bando e che non ne aveva affatto alterato il contenuto.

Detto avviso (anche per il principio di *conservazione degli atti*) ben si sarebbe potuto intendere nel senso che comunque sarebbero stati considerati *analoghi* i servizi di cui all'art. 2, ma - non potendo l'avviso incidere sul bando - sarebbero rimaste ferme le previsioni della *lex specialis*.

Conseguentemente, appare del tutto ragionevole la valutazione della p.a. sulla sussistenza di *servizi analoghi*,

trattandosi di un porto turistico, di un porto commerciale, di un punto d'attracco o di approdo o di ormeggio, ovvero di tutte le opere concernenti il rapporto *natanti-mare*.

V) Conclusivamente, l'appello va *respinto*, con *conferma* dell'impugnata sentenza, mentre le spese del giudizio di seconda istanza seguono il consueto criterio della *soccombenza* e si liquidano come in dispositivo, a carico della parte ricorrente e soccombente ed a favore dell'amministrazione comunale e dell'impresa, appellate e vittoriose.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, *respinge l'appello* (r.g.n. 1331/2011) e *condanna* l'impresa *Rina Services*, appellante e soccombente, a *rifondere* al Comune di Formia ed alla società *Italsocotec* (in ragione di metà per ciascuno), appellati e vittoriosi, gli oneri del giudizio di secondo grado, *liquidati* in complessivi euro cinquemila/00, oltre ai dovuti accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012, con l'intervento dei giudici:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2012

IL SEGRETARIO

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