



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 445 del 2013, proposto da:

Giovinazzo Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Stefania Marcucci e Carlo Trimarchi, con domicilio eletto presso Antonio M. Gangemi Avv. in Reggio Calabria, via G. De Nava, 40/B

contro

Comune di Rosarno, rappresentato e difeso dagli avv. Giosuè Domenico Megna e Giuseppe Tavemese, con domicilio eletto presso Angela Trapani Avv. in Reggio Calabria, via Magna Grecia, 1/E;

nei confronti di

Società Scali Srl e Ditta Scali Ing. Nicodemo, rappresentati e difesi dall'avv. Salvatore Galluzzo, con domicilio eletto presso Andrea Cuzzocrea Ing. in Reggio Calabria, via Argine Destro Annunziata, 43;

Società Marzano di Gullaci Marina & C. S.a.s.;

per l'annullamento

della determinazione n.413 del 18.06.13, emessa dal Responsabile della 3° U.O.C. del Comune di Rosarno, mediante la quale si è proceduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto di progettazione esecutiva, previa acquisizione della progettazione definitiva in sede di offerta, nonché esecuzione dei lavori per la "Riconversione ex cinema Argo" – Progetti PISU Area Urbana del porto di Gioia tauro – Asse VIII – Ob. specifico 8.1 – POR FERS 2007/2013 – CIG 43675242D2, b) della nota prot.n. 13517 del 20.06.13, pervenuta in data 21.06.13, mediante la quale veniva comunicata detta aggiudicazione definitiva, c) di tutti i verbali di gara, d) nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rosarno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Scali Ing. Nicodemo e Scali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 la dott.ssa Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 26 settembre 2012 il Comune di Rosarno indiceva una gara per “Appalto di progettazione esecutiva, previa acquisizione di progettazione definitiva in sede di offerta, nonché esecuzione dei lavori per la “Riconversione ex Cinema Argo”. Progetti P.I.S.U. Area urbana del porto di Gioia Tauro, Asse VIII, Ob. Specifico 8.1, POR FERS 2007/2013”, con procedura aperta ai sensi dell’art. 53 D.L.vo n. 163/06, adottando il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 83 del medesimo decreto, e per un importo a base d’asta di € 1.548.000,00 oltre Iva.

Con verbale n. 1 dell’11 dicembre 2012 la Commissione di gara procedeva all’ammissione di due concorrenti: la ricorrente società Giovinazzo nonché il Raggruppamento temporaneo d’imprese costituito tra la ditta individuale Scali Ing. Nicodemo, nella dichiarata qualità di capogruppo, e la società Marzano di Gullaci Marina & C. S.a.s., in qualità di mandante.

Con verbale n. 5 del 15 febbraio 2013 la Commissione, sulla base dei rilievi mossi dalla società Giovinazzo, procedeva ad escludere dalla gara il raggruppamento Scali-Marzano e ad aggiudicare provvisoriamente l’appalto in favore della ricorrente, dichiarando formalmente chiuse le operazioni relative all’aggiudicazione provvisoria.

Conseguentemente, con determinazione n. 82 del 19 febbraio 2013, la stazione appaltante aggiudicava la gara in via provvisoria alla società ricorrente.

Con verbale riservato n. 6 del 26 febbraio 2013 la Commissione decideva di riammettere in gara il raggruppamento escluso e con verbale n. 7 del 5 marzo 2013 revocava il provvedimento di esclusione dalla gara del Rti, disponendo per la continuazione delle operazioni di verifica dell’offerta anomala.

Con verbale n. 8 dell’8 marzo 2013 la Commissione procedeva a contestare ulteriori anomalie nell’offerta economica del Rti, richiedendo al medesimo alcune precisazioni nonché integrazione documentale in ordine al computo metrico dell’impianto di climatizzazione, elettrico e fotovoltaico.

Con verbale n. 9 del 26 marzo 2013 la Commissione, in seduta riservata, riteneva idonei al superamento dell’anomalia contestata i chiarimenti pervenuti dal Rti.

Con verbale n. 10 del 28 marzo 2013 la Commissione, in seduta pubblica, premettendo che la ditta Scali aveva comunicato la cessione di ramo d’azienda in favore di un nuovo soggetto identificato come Scali S.r.l., dichiarava l’aggiudicazione provvisoria in capo al Rti originario costituito dall’Impresa Scali e dalla società Marzano.

Con determinazione n. 413 del 18 giugno 2013, il Rup della stazione appaltante procedeva ad aggiudicare i lavori al nuovo Rti, costituito dalle società Scali S.r.l. e Marzano S.a.s., e, contestualmente, procedeva a revocare l’aggiudicazione provvisoria in favore della società ricorrente dichiarata con determina n. 82/13, come da comunicazione nota prot. n.13517 del 20 giugno 2013.

2. Con ricorso del 23 luglio 2013, depositato il 13 agosto 2013, la società Giovinazzo impugnava l’aggiudicazione definitiva, formulando numerose censure relative sia alle carenze dell’offerta dell’aggiudicataria, asseritamente mancante di alcuni fondamentali documenti, posti dalla legge e dal disciplinare di gara a pena di esclusione, sia alla composizione del raggruppamento, che alla formulazione, nell’offerta tecnica, di inammissibili varianti.

Si costituiva Scali Nicodemo, nella duplice qualità di titolare dell’omonima impresa individuale e di legale rappresentante dell’impresa Scali s.r.l., ed il Comune di Rosarno, controdeducendo alle pretese avversarie e concludendo per il rigetto integrale del ricorso.

Con ordinanza n. 219 del 12 settembre 2013 questo Tribunale, rilevato che “il ricorso appare *prima facie* fondato, avuto riguardo in particolare alle carenze documentali dell’offerta del raggruppamento controinteressato ed all’omessa effettuazione del procedimento di verifica sul soggetto subentrante, Società Scali Srl”, accoglieva la domanda cautelare, sospendendo l’efficacia degli atti impugnati e fissando per la trattazione di merito del ricorso

l'udienza pubblica del 4 dicembre 2013.

Successivamente, con atto depositato l'8 ottobre 2013 la parte controinteressata proponeva ricorso incidentale, con il quale deduceva la carenza dei requisiti soggettivi, avendo l'aggiudicataria inteso ovviare alla mancanza dei requisiti afferenti l'iscrizione alla Camera di Commercio con l'avvalimento, istituto non utilizzabile per i requisiti aventi un'intrinseca natura 'soggettiva' e comunque in concreto non correttamente utilizzato, in quanto il documento contrattuale stipulato *inter partes* non rispettava le prescrizioni contenute nell'art. 88 DPR n. 207/10; deduceva altresì il contrasto della proposta progettuale della Giovinazzo con le specifiche prescrizioni di gara.

La società controinteressata depositava memoria, con la quale articolava difese alle censure proposte col ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del 4 dicembre 2013 la causa è stata chiamata e posta in decisione.

3. La controinteressata Giovinazzo, nel proporre ricorso incidentale, ha preliminarmente avvertito che “L'esame del presente ricorso incidentale va svolto in via prioritaria, ai fini della verifica dell'altrui legittimazione/interesse, in coerenza col principio enunciato da A.P. n. 4/2011, cui Codesto On.le TAR ha mostrato aderire anche di recente (*ex plurimis*, con sentenza n. 330/2013)”.

In effetti, anche in recenti decisioni (vd. Tar Reggio Calabria, 21 maggio 2013, nn. 329 e 330), questo Tribunale ha fatto pedissequa applicazione del *dictum* dell'Adunanza Plenaria, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve precedere quello del ricorso principale, indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, ritenendo così (vd. Tar Reggio Calabria, 19 novembre 2013, nn. 605, 614 e 619) di non dare generalizzato ingresso al diverso, recente, orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 4 luglio 2013 - causa C 100/12, che riguarda la particolare ipotesi di due soli partecipanti alla gara che hanno sollevato, in sede processuale, identici motivi di esclusione reciproca fondati sul contenuto specifico dell'offerta (nella specie si trattava di un'asserita non conformità di entrambe le offerte ad alcune specifiche tecniche indicate nel piano dei fabbisogni).

Si è già allora osservato “che, sebbene detta pronuncia, peraltro sollecitata da un Tar nazionale, non potrà non stimolare ulteriori riflessioni sul tema delle c.d. azioni reciprocamente escludenti, anche in virtù del fatto che la questione è stata, nel frattempo, nuovamente rimessa sia all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (vd. ordd. n. 2059/2013 della V sezione e n. 2681/2013 della VI) che alla Corte di Giustizia (cfr. CGA, ord. 17 ottobre 2013, n. 848)” (Tar Reggio Calabria, n. 605/13), non vi erano valide ragioni per discostarsi allo stato dai principi affermati dall'Ad. Plen. n. 4/2011.

Si ritiene di ribadire anche oggi detto orientamento, in quanto, sebbene qui sia in contestazione proprio una procedura di gara con due sole imprese partecipanti, le censure articolate nei rispettivi ricorsi riguardano aspetti diversi, sicché manca quell' “analogo interesse legittimo all'esclusione dell'altro” che il giudice europeo identifica nella proposizione di ricorsi poggianti su “identici motivi”.

Si deve, dunque, procedere all'esame del ricorso incidentale, che, peraltro, al momento della deliberazione della domanda cautelare, non era stato ancora proposto.

4. Il ricorso incidentale è fondato.

Il bando di gara richiedeva, con riferimento alla capacità tecnica per la fornitura di arredi rientranti nella c.d. prestazione secondaria, l' “iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività oggetto della fornitura o in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI C del D.lgs. n. 163/06” nonché la “dimostrazione di avere effettuato forniture similari a quelle oggetto della gara realizzate negli ultimi 3 anni per un importo di almeno € 510.000,00”.

Lamenta l'aggiudicataria che l'impresa Giovinazzo (che non possedendo i requisiti prescritti, ha inteso avvalersi di quelli dell'impresa Contract International s.r.l.), doveva essere esclusa in quanto l'iscrizione è un requisito soggettivo che non può essere oggetto di avvalimento. Per di più le obbligazioni previste nel contratto di avvalimento intercorso tra la Giovinazzo e la Contract International sarebbero vaghe, generiche e sottoposte a condizione, sicché il contratto non sarebbe conforme al dettato dell'art. 88 DPR n. 207/10.

La censura è fondata sotto entrambi i profili.

4.1. Sotto il primo profilo il Collegio osserva che, per quanto il ricorso all'istituto dell'avvalimento non trovi *ex art.* 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 espressi limiti in ordine ai requisiti acquisibili da altro operatore economico, nondimeno esistono condivisibili perplessità in ordine alla possibilità di un suo utilizzo generalizzato.

Può essere sufficiente a tal fine richiamare l'atto di Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ripreso e ribadito nella deliberazione n. 28 del 19 giugno 2013, in cui sono chiariti alcuni punti riguardanti l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento.

In particolare, l'Autorità ha specificato che per partecipare ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico è necessario che un concorrente sia qualificato, cioè in possesso di determinati requisiti richiesti dal bando. Questi si distinguono in due macro categorie: requisiti "generali" o "soggettivi" e requisiti "speciali" o "oggettivi". I primi, attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all'avvalimento; i secondi fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione.

A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono formare oggetto di avvalimento.

Ciò posto - avverte l'Autorità - non è sempre agevole stabilire a quale delle due menzionate macro-categorie di requisiti è da ricondurre uno specifico requisito ed il problema si pone ad esempio proprio per l'iscrizione alla Camera di Commercio, che, secondo l'Autorità, è requisito non passibile di avvalimento. Chiarisce, infatti, l'Autorità che detta iscrizione "rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma".

Erra, dunque, la difesa dell'impresa Giovinazzo allorché concentra le sue difese contro il ricorso incidentale sulla diversa e problematica questione dell'avvalimento della SOA e della certificazione di qualità.

Può aggiungersi che pure la giurisprudenza amministrativa, anche precedente alla determinazione dell'AVCP, ha stabilito che "in tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti *ex artt.* 38 e 39 del codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione" tra cui proprio l'iscrizione camerale (così Cons. St., V, 10 luglio – 5 novembre 2012, n. 5595).

Ne consegue che la ricorrente Giovinazzo, non potendo giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla Camera di Commercio, è carente dei requisiti previsti dal bando.

4.2. In ogni caso – così passando al secondo profilo, invero strettamente correlato al primo e che si reputa opportuno esaminare comunque, data la novità e problematicità della questione sollevata – il contratto di avvalimento difetta dei requisiti prescritti dall'art. 88 cit. reg..

Il primo comma di detto articolo stabilisce che "... il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice

deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;

b) durata;

c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.”

Il contratto di avvalimento, che presenti, quindi, un tenore generico, senza la precisazione degli elementi qualificanti per dimostrare l'effettiva attribuzione del requisito (mezzi, personale, organizzazione, conoscenze), si presenta incapace di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

D'altronde, sebbene possano essere oggetto di avvalimento anche requisiti di tipo immateriale, caratterizzati da un elevato grado di astrattezza, come ad esempio il possesso di un determinato fatturato, è pur vero che lo schema indicato dal regolamento presuppone pur sempre – secondo quanto prima riferito – che si tratti di un requisito di tipo oggettivo e non soggettivo.

Nel caso in esame, come puntualmente dedotto dalla ricorrente incidentale, le obbligazioni previste nel contratto di avvalimento sono, e non possono che essere, vaghe, visto l'oggetto cui si riferiscono (Punto 2: “L'impresa ausiliaria si impegna a consentire l'utilizzo del citato requisito”).

Infatti, come già opportunamente rilevato “In presenza di requisiti strettamente personali ... l'oggetto di un eventuale contratto di avvalimento non può ritenersi giuridicamente possibile, in quanto non deducibile quale prestazione ai sensi degli art. 1173 e 1321 c.c.” (Cons. St., n. 5595/12, cit.)

Per altro verso, poi, risponde al vero che le obbligazioni nascenti dal contratto risultano sottoposte a condizione: al punto 3 è scritto, infatti, che “... le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni:

- L'Impresa ausiliaria o un suo delegato tecnico, potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento delle attività progettuali, la regolarità dell'esecuzione delle stesse (...);

- L'Impresa ausiliata, ove mai dovesse richiedere all'Impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione delle attività progettuali, dovrà preventivamente erogare il costo, a valore di mercato, a favore del professionista ausiliario;

- L'Impresa ausiliata, in merito alle garanzie finanziarie cui potrebbe essere chiamata l'Impresa ausiliaria, dovrà predisporre apposite fidejussioni o cauzioni bancarie o assicurative in favore di quest'ultima”.

5. Per tutto quanto fin qui esposto il ricorso incidentale va accolto e conseguentemente va dichiarato inammissibile il ricorso principale, risultando carente sia la legittimazione che l'interesse a ricorrere.

Sussistono comunque giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti, avuto riguardo anche alla complessa articolazione della gara, nonché delle censure formulate da entrambe parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando, così provvede:

1) accoglie il ricorso incidentale;

2) dichiara inammissibile il ricorso principale;

3) compensa integralmente fra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/01/2014

IL SEGRETARIO

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