



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 367 del 2013, proposto da:

Co.Ge.P.Ar. Costruzioni Generali s.a.s. e Triade s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, alla via dei Mille, 16;

contro

Comune di Portici, in persona del Sindaco p. t., rappresentato e difeso dall'avv. Irene Coppola, con la quale è domiciliato in Napoli, presso a Segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Izzo Mario Costruzioni s.r.l. e Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C., rappresentate e difese dall'avv. Michele Spagna, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, alla via A. D'Isemia, 16;

per l'annullamento

dell'atto del Comune di Portici n.8698/UT del 21/12/2012, con cui è stato aggiudicato l'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale del maneggio coperto del sito reale borbonico della Reggia di Portici;

e per ottenere il risarcimento del danno ingiusto sofferto a causa dell'attività amministrativa in contestazione.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Portici;

Visto l'atto di costituzione ed il ricorso incidentale di Izzo Mario Costruzioni s.r.l. e Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 18 gennaio 2013 e depositato il giorno 21 seguente, Co.Ge.P.Ar. Costruzioni Generali s.a.s. e

Triade s.r.l. hanno premesso di aver partecipato, riunite in A.T.I., alla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale del maneggio coperto del sito reale borbonico della Reggia di Portici, indetta con bando pubblicato in G.U.R.I. n. 53 del 9 maggio 2012 e sul B.U.R.C. n. 33 del 21 maggio 2012. La parte ricorrente ha esposto che, in esito allo svolgimento delle operazioni di gara, l'appalto veniva aggiudicato all'A.T.I. Izzo Mario Costruzioni s.r.l. e Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C. (prima classificata con punti 79,50), con atto del dirigente del IV Settore del Comune di Portici n.8698/UT del 21 dicembre 2012. A sostegno dell'impugnazione di quest'ultimo provvedimento e degli atti di gara presupposti, l'A.T.I. ricorrente, graduato al secondo posto con punti 78,78, ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 48 del D. Lgs. 163/2006 – violazione dei principi di buona fede, correttezza e *par condicio* – eccesso di potere – sviamento;
- 2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 3 della L. 241/1990 – eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità manifesta e della carenza o insufficienza della motivazione – difetto di istruttoria – inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria;
- 3) ulteriore violazione e falsa applicazione della *lex specialis*– violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 38 del D. Lgs. 163/2006 – eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità manifesta e della carenza o insufficienza della motivazione – difetto di istruttoria – inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria;
- 4) violazione dell'art. 97 Cost. – eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta – sviamento nell'esercizio del potere amministrativo.

Oltre alla domanda impugnatoria la ricorrente ha contestualmente chiesto la condanna dell'intimata amministrazione comunale al risarcimento del danno ingiusto asseritamente sofferto a causa dell'attività amministrativa in contestazione.

Si è costituito in resistenza il Comune di Portici, che ha controdedotto in merito alle censure formulate *ex adverso* e concluso con richiesta di reiezione delle domande attoree.

Si è costituita in giudizio anche l'A.T.I. Izzo Mario Costruzioni s.r.l. - Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C.

Nella camera di consiglio del 6 febbraio 2013 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

In data 1 marzo 2013 l'A.T.I. controinteressata ha depositato ricorso incidentale.

Il rigetto della domanda cautelare è stato confermato a seguito di appello con ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 899 del 12 marzo 2013.

Le parti hanno successivamente prodotto memorie difensive e documenti insistendo nelle rispettive richieste.

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2013, sentiti i difensori delle parti presenti, come da verbale, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Nel presente giudizio si controverte circa la legittimità della procedura con la quale è stato aggiudicato all'A.T.I. Izzo Mario Costruzioni s.r.l. e Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C. l'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale del maneggio coperto del sito reale borbonico della Reggia di Portici.

2. Con il primo ed il terzo motivo di ricorso, da esaminarsi congiuntamente stante l'unitarietà della prospettazione, l'A.T.I. Co.Ge.P.Ar. Costruzioni Generali s.a.s. e Triade s.r.l., seconda classificata, lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 38, 46 e 48 del D. Lgs. 163/2006, dei principi di buona fede, correttezza e *par condicio*

nonché il vizio di eccesso di potere sotto diversi profili. La parte ricorrente assume che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il concorrente poi risultato vincitore anziché consentirgli, dopo l'aggiudicazione provvisoria (del 23.10.2012), di integrare la documentazione mancante, ivi comprese le attestazioni relative alle prestazioni di servizi eseguiti dall'ing. P. Milione quale giovane professionista. Per di più in tal modo sarebbe stato oltrepassato illegittimamente il termine di dieci giorni stabilito dal secondo comma del citato art. 48, da reputarsi come perentorio.

Le doglianze sono infondate.

2.1. Giova premettere che:

- il bando prevedeva un importo a base di gara di complessivi € 1.901.917,47 (più IVA), di cui € 50.000,00 per la progettazione esecutiva ed € 1.803.774,25 per i lavori, riferibili alla categoria OG2 (prevalente) ed alla categoria OS2-A (scorporabile), secondo gli importi ivi specificati;
- le odierne controinteressate chiedevano di partecipare alla procedura in forma di ATI costituenda di tipo verticale, con l'impegno della capogruppo Izzo Mario Costruzioni ad eseguire il 100% dei lavori della categoria OG2 e della mandante Giovanna Izzo Restauri ad eseguire il 100% di quelli della categoria OS2;
- lo stesso concorrente, ai sensi dell'art. 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici, richiamato anche nella *lex specialis*, in sede di presentazione dell'offerta indicava per l'attività di progettazione il costituendo R.T.P. – composto dalla società di ingegneria B5 s.r.l. (quale capogruppo), dall'arch. D. Repelin, dall'ing. F. Cristiano e dall'ing. P. Milione (nella qualità di mandanti) – allegando, tra l'altro, la relativa dichiarazione di intenti dei professionisti.

2.2. In punto di fatto occorre poi precisare che:

- con nota del 25.10.2012, il dirigente del V Settore del Comune di Portici ha chiesto alla prima classificata, ai sensi dell'art. 48 del D. Lgs. 163/2006, di trasmettere la documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, come dichiarati in sede di offerta, ed in particolare copia conforme dei certificati camerali di entrambe le imprese della costituenda A.T.I. (con la dicitura antimafia e la visura storica) nonché “[...] *attestati di esecuzione servizi di cui all'art. 263, comma 1, lettera b), come previsti dal bando in riferimento alle categorie ed agli importi delle lavorazioni indicate nello stesso e riguardanti il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, indicato per la progettazione esecutiva, nella loro forma di partecipazione.*”;
- con atto acquisito al protocollo comunale il 31.10.2012, le imprese destinatarie dell'invito trasmettevano, oltre alla copia conforme dei certificati camerali riferiti alla capogruppo ed alla mandante e a due attestati di buon esito di lavori pertinenti con l'oggetto dell'appalto, anche la documentazione relativa al costituendo raggruppamento di professionisti, consistente in “- *copia dei bilanci e dichiarazioni dei redditi dei professionisti (in CD); - regolarità contributiva inarcassa dei professionisti soggetti (in CD); - copia conforme di n. 8 attestati di esecuzione delle attività di progettazione presentate in sede di gara, sottoforma di schede*”;
- con nota del 22.11.2012, la stazione appaltante, reputando non esaustiva la documentazione trasmessa con riguardo al R.T.P. indicato per la progettazione chiedeva di esibire (nel termine perentorio di giorni 8) “- *attestati di esecuzione servizi di cui all'art. 263, comma 1, lettera b), come previsti dal bando in riferimento alle categorie ed agli importi delle lavorazioni indicate nello stesso e riguardanti l'ing. Piera Milione, in rispetto della quota dichiarata di partecipazione al R.T.P.; - attestati di esecuzione servizi di cui all'art. 263, comma 1, lettera b), come previsti dal bando in riferimento alle categorie ed agli importi delle lavorazioni indicate nello stesso e riguardanti l'arch. Didier Repelin, idoneamente tradotti in lingua italiana, nelle forme del Codice di cui al D. lgs. 163/2006; - dichiarazione congiunta tra i soggetti del R.T.P. indicato per la progettazione esecutiva nella quale devono emergere le prestazioni che eseguiranno nell'ambito del raggruppamento in [rapporto, n.d.e.] alle loro*

quote di partecipazione [...]”;

- con nota pervenuta al Comune di Portici il 30.11.2012, la provvisoria aggiudicataria, pur rilevando l'esaustività della documentazione già esibita, allegava comunque gli ulteriori atti richiesti.

2.3. Ciò posto, pur volendo aderire all'orientamento secondo cui il termine di dieci giorni previsto dall'art. 48, comma 1, del D. Lgs. 163/2006 ha carattere perentorio (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sezione VI, 8 marzo 2012, n. 1321; contra, sotto la vigenza dell'art. 10, comma 4, della legge n. 109/94, Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 2004 n. 7758; T.A.R. Campania, Sezione VIII, 11 gennaio 2008, n. 144) – ed in disparte il fatto che il suo superamento nel caso concreto non appare imputabile alla concorrente, che ha ottemperato alle due richieste istruttorie nei termini assegnati, ma alla stazione appaltante – va osservato che la procedura in esame si caratterizza come appalto integrato, ex art. 53, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici, avendo ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice. In tale caso, come disposto dal successivo comma 3, gli operatori economici “*devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. [...]*”. Ribadito che l'aggiudicataria ha optato per la seconda alternativa, avendo indicato i progettisti dei quali avvalersi, è dirimente rilevare che questi ultimi – diversamente dalle gare per l'affidamento degli incarichi di progettazione – non assumono la qualità di concorrenti (e, in caso di eventuale aggiudicazione, di titolari del rapporto contrattuale con l'amministrazione appaltante), trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara, queste ultime in possesso delle attestazioni s.o.a. per le prestazioni relative ai lavori (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV., del 25 luglio 2005, n. 1237; T.A.R. Sardegna, Sezione I, 28 settembre 2010, n. 2270; T.A.R. Basilicata, Sezione I, 21 luglio 2011, n. 420). Invero, le citate previsioni del codice dei contratti pubblici utilizzano in proposito l'espressione “*concorrente*”, con la quale si riferiscono inequivocabilmente al solo operatore economico che presenta la domanda di partecipazione alla gara. Ne consegue che non poteva esigersi che l'A.T.I. partecipante alla gara per l'affidamento dell'appalto dovesse indicare le quote di partecipazione dei soggetti qualificati per la progettazione ex art. 37, comma 13, del D. Lgs. n. 163 del 2006 né che avesse l'onere di produrre per gli stessi (peraltro nel termine perentorio di dieci giorni dalla prima nota del 25.10.2012) gli attestati di esecuzione ex art. 263, comma 1, lettera b, del d. P.R. n. 207 del 2010, pure richiesti dalla stazione appaltante (con la seconda nota del 22.11.2012). A maggior ragione, neppure poteva pretendersi a carico del concorrente, a pena di esclusione, l'onere di traduzione in lingua italiana delle attestazioni in lingua francese circa i servizi resi dall'arch. D. Repelin, trattandosi di documenti (lettere di incarico del Ministero della cultura e della comunicazione – Ambasciata di Francia presso la Santa Sede) non redatti dalla concorrente né integranti l'offerta, ex art. 67, comma 2, del D. Lgs. n. 163 del 2006. In definitiva, le doglianze appena scrutinate non meritano accoglimento, dovendosi ribadire che l'amministrazione comunale, con la seconda nota istruttoria, ha disposto l'acquisizione di documenti ultranei rispetto all'oggetto dell'attività di controllo di cui all'art. 48 del D. Lgs. 163/2006, in quanto non attinenti alla stretta dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in capo all'aggiudicataria.

3. Col secondo motivo si sostiene che il sig. M. Sampaolesi, nella qualità di progettista del restauro delle pertinenze decorative, non avrebbe reso le dichiarazioni richieste (relative ai requisiti di ordine generale ed alle cause di esclusione ed incompatibilità), ai sensi dell'art. 38 del codice degli appalti e della prescrizione contenuta a pena di esclusione nel disciplinare di gara (pagine 34-38).

La prospettazione è infondata.

Osserva il Collegio che la questione è stata già affrontata nel corso della procedura dalla commissione di gara, la quale, dopo aver disposto in prima battuta l'esclusione dell'odierna controinteressata (in data 30.8.2012),

successivamente, sulla scorta delle osservazioni presentate nell'istanza di riesame (il 6.9.2012), l'ha correttamente riammessa in gara (con atto del 19.9.2012). Infatti, come si evince dalla documentazione versata in giudizio, il sig. Sampaolesi ha reso tutte le dichiarazioni richieste quale legale rappresentante e direttore tecnico della società Giovanna Izzo Restauri s.a.s., mandante della costituenda A.T.I., qualificata per la categoria OS2, classifica IV, e per progettazione ed esecuzione fino alla classifica III. Invero, il D.M. n. 294 del 2000 – recante “*Regolamento concernente individuazione dei requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici*” – all’art. 4, lettera a), richiede, per la dimostrazione dell’idoneità tecnica, la “*presenza di un direttore tecnico, eventualmente coincidente con il titolare dell’impresa, restauratore di beni culturali*”, ed all’art. 7 definisce tale ultima figura. Dunque, in primo luogo, la società Giovanna Izzo Restauri, essendo in possesso dei richiesti requisiti di qualificazione, di categoria adeguata sia per l’esecuzione che per la progettazione nonché della figura di restauratore di beni culturali, non era tenuta ad associare e/o indicare al riguardo altro progettista qualificato; né occorre che il soggetto sopra indicato dovesse rendere le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti morali e giuridici anche nella veste di progettista del restauro, trattandosi di un’inutile duplicazione di atti inidonea a soddisfare alcun apprezzabile interesse giuridico. D’altra parte, la lettura eccessivamente formalistica della prescrizione di gara suggerita dalla ricorrente destinerebbe la clausola espulsiva a sicura declaratoria di nullità, ai sensi dell’art.46, comma 1-bis, del D.Lgs n.146/2006 (comma inserito dall’art.4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011 n.70), per violazione del principio di tassatività della cause di esclusione oltre che di quelli di proporzionalità e ragionevolezza, atteso che, secondo quanto già sopra osservato, l’allegazione documentale è in grado di assicurare *aliunde* l’amministrazione circa la completezza delle dichiarazioni ed il possesso dei requisiti prestabiliti.

4. Il residuo motivo si palesa inammissibile.

L’A.T.I. Co.Ge.P.Ar.-Triade ha contestato, infatti, l’atto (datato 17.1.2013) con cui l’amministrazione ha riscontrato negativamente la diffida diretta a sollecitare il potere di autotutela ex art. 243 bis del D. Lgs. 163/2006, atto che, limitandosi a ribadire le precedenti determinazioni, assume natura meramente confermativa e, in quanto tale, non è autonomamente impugnabile.

5. In conclusione, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, il ricorso va respinto siccome infondato.

5.1. Il ricorso incidentale proposto dall’A.T.I. controinteressata deve conseguentemente essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

5.2. La peculiarità e novità delle questioni trattate giustifica l’equa compensazione delle spese di giudizio tra le parti, fermo restando che il contributo unificato per legge va posto a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sulla causa R.G. n.367/2013, così statuisce:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- compensa le spese di giudizio;
- pone il solo contributo unificato a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Michele Buonauro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2013

IL SEGRETARIO

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