

Publicato il 18/01/2017

N. 00099/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01926/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1926 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Mit Costruttori srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocato Umberto
Ilardo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Andrea Libranti sito in Catania, al C.so Italia n. 172;

contro

Prefettura - U.T.G. Messina, Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati
e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliata in Catania, via Vecchia
Ognina, 149;
Agenzia Nazionale Per L'Attrazione degli Investimenti - Invitalia, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli Avvocati Fabio Cintioli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio eletto presso lo studio
dell'Avv. Liliana D'Amico sito in Catania, alla Via V. Giuffrida n. 37;
Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sistem Costruzioni srl, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;
Tomasino Metalzinco srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocato
Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Lucia Interlandi sito in Catania, alla
Piazza Trento n. 2;

per l'annullamento

A) mediante ricorso principale:

- del provvedimento di esclusione della ricorrente, di cui alla nota prot. n. 12655/CT del datata 26 luglio
2016, dalla gara indetta per l'affidamento della "Fornitura e posa in opera, comprensiva di trasporto,
installazione, montaggio, manutenzione e smontaggio finale per la realizzazione di una struttura
temporanea costituita da tendostrutture e moduli prefabbricati per l'accoglienza dei migranti presso il
comprensorio "Caserma Gasparro" di Messina";

- della richiesta dell' 11 luglio 2016 con cui la Centrale di committenza chiedeva alla ricorrente chiarimenti in ordine al possesso del requisito previsto dal paragrafo 12.2.3 del disciplinare di gara;
- di tutti i verbali di gara, pubblici e riservati, nella parte in cui è stato disposto di procedere con la richiesta di chiarimenti, è stata proposta l'esclusione di MIT dalla gara, è stata stilata la graduatoria, e, quindi, nella parte in cui la Sistem Costruzioni s.r.l. è stata collocata al 1° posto della suddetta graduatoria;
- della proposta di aggiudicazione di cui al verbale n. 3 del 1° agosto 2016 e, quindi, dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della Sistem Costruzioni s.r.l.;
- dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Sistem Costruzioni s.r.l., comunicata con nota prot. 13282/CT del 3 agosto 2016 (che pure prudenzialmente si impugna), nonché della relativa graduatoria finale;
- della verifica dei requisiti, generali e speciali, in capo all'aggiudicataria;
- nonché, in genere, di ogni altro atto e/o provvedimento precedente e/o successivo e/o comunque connesso, presupposto e/o consequenziale

nonché per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto, previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n.104/2010, con subentro nello stesso rapporto contrattuale;

e, infine, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente;

B) mediante ricorso per motivi aggiunti:

- del sopravvenuto provvedimento di riammissione alla gara della Tomasino Metalzinco;
- del provvedimento di revoca della precedente aggiudicazione in favore di Sistem Costruzioni s.r.l.;
- del verbale di gara del 17.10.2016 di riammissione in gara della Tomasino Metalzinco s.r.l.;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della Tomasino Metalzinco srl;
- del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla Metalzinco s.r.l.;

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

Visti gli atti di costituzione di tutte le parti processuali costituite;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 il dott. Francesco Elefante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con ricorso introduttivo parte ricorrente ha adito l'intestata Sezione chiedendo l'annullamento degli atti di cui in epigrafe e allegando, a tal fine, di essere stata illegittimamente esclusa dalla gara in ragione dell'asserito mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale, previsto dal disciplinare di gara, di cui ai paragrafi 12.2.3 e 12.4.3, secondo cui era necessario, a pena di esclusione, *“aver regolarmente eseguito negli anni 2013, 2014, 2015, almeno un contratto [...] per un importo pari almeno ad*

euro 600.000,00 IVA esclusa. Si specifica che saranno considerati validi anche i contratti parzialmente eseguiti purchè sia stata fatturata e pagata una quota pari ad almeno euro 600.000,00 IVA esclusa”.

Deduceva nello specifico, quale motivo di gravame, l’illegittimità del provvedimento di esclusione per “violazione e/o falsa applicazione del disciplinare di gara e, in particolare, dei paragrafi 12.2.3. e 12.4.3. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Travisamento. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Contraddittorietà. Illogicità. Carenza di motivazione. Violazione del principio del favor participationis e del legittimo affidamento. Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, efficienza dell’azione amministrativa. Violazione delle norme sul procedimento amministrativo ex lege n. 241/1990. Violazione della concorrenza. Invalidità propria e per derivazione” atteso che ai fini della ricorrenza del requisito economico in esame doveva ritenersi possibile anche la sommatoria di più contratti attraverso l’istituto dell’avalimento (come dalla stessa ricorrente dichiarato in sede di presentazione della domanda di partecipazione) e non già che il suddetto importo fosse riconducibile in via esclusiva all’esecuzione di un solo contratto almeno. Evidenziava, infine, che non erano state adeguatamente esaminate, ex artt. 10 e 10 bis della legge n. 241/1990, le osservazioni presentate sul punto in sede procedimentale.

Si costituiva in giudizio l’Agenzia Nazionale per l’Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d’Impresa s.p.a. – Invitalia, deducendo, *ex adverso*, che la *ratio* per cui il disciplinare di gara prevedeva, con lettera chiara, che il possesso del suddetto requisito riferito ad “almeno un contratto”, ossia non meno di un contratto analogo a quello oggetto della gara de qua, si spiegava in base al fatto che si trattava di strutture da realizzare nell’ambito delle iniziative pubbliche legate alla gestione dell’immigrazione in Italia e del relativo problema dell’accoglienza, per cui la gara aveva ad oggetto una commessa certamente complessa dal punto di vista tecnico per la quale era necessario selezionare un operatore affidabile.

Senza tralasciare, da un lato, che il requisito in parola non poteva ritenersi sproporzionato e lesivo della concorrenza, considerato che si trattava di gara dall’importo pari a quasi due milioni di euro, per cui aver svolto almeno un contratto analogo di valore pari a euro 600.000,00 integrava un requisito di gran lunga più ridotto rispetto a quello di gara; dall’altro, che la previsione di tale requisito non aveva di fatto limitato la platea dei concorrenti; infine, che nel provvedimento di esclusione della ricorrente si era espressamente dato atto che “l’interpretazione fornita dalla MIT Costruttori, non solo si pone in aperto contrasto con la *lex specialis* di gara ... ma svaluterebbe la *ratio* sottesa alla richiesta di tale requisito, volta a consentire alla stazione appaltante di selezionare un operatore economico dotato di comprovata esperienza nel settore dell’appalto”.

Con la medesima memoria, inoltre, la resistente evidenziava che *medio tempore*, in esecuzione della sentenza dell’intestato T.A.R. n. 2339/2016, del 29.9.2016, si era provveduto a revocare il precedente provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della Sistem Costruzioni nonché a riammettere alla gara la Tomasino Metalzinco, aggiudicando a quest’ultima, infine, la gara in quanto migliore offerente.

Si costituivano altresì in giudizio il Ministero dell’Interno e la Prefettura di Messina mediante deposito di memoria meramente formale.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 1.1.2016, ritualmente notificato, parte ricorrente impugnava i provvedimenti sopravvenuti adottati dall’amministrazione resistente in esecuzione e sviluppo della sentenza di questo T.A.R. n. 2339/2016 del 29.9.2016.

Con successive memorie ciascuna delle parti in causa evidenziava le proprie argomentazioni.

Si costituiva infine in giudizio altresì la controinteressata Tomasino Metalzinco srl deducendo la legittimità sia del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, sia del successivo provvedimento di ammissione e aggiudicazione dell’affidamento in esame in suo favore.

Nella camera di consiglio del 11.1.2017, come in verbale, la causa veniva chiamata e trattenuta in decisione previo avviso alle parti in merito alla possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

Il ricorso principale deve essere rigettato perché manifestamente infondato con la conseguenza, quindi, che il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

In limine litis, quanto al ricorso principale, deve rilevarsi - per una corretta perimetrazione della questione giuridica sottoposta al vaglio giurisdizionale - che non è in contestazione tra le parti la mancanza in capo alla ricorrente dell'elemento della pregressa esecuzione di un unico contratto del valore richiesto dalla *lex specialis* di euro 600.000,00, ma l'interpretazione della clausola del disciplinare di gara nel senso dell'esecuzione di un'unica commessa di tale valore ovvero, al contrario, della possibilità anche del cumulo di più contratti mediante il meccanismo dell'avvalimento.

Nonostante gli apprezzabili sforzi profusi dal difensore della parte ricorrente deve tuttavia ritenersi, di contro, che la clausola in questione - in precedenza testualmente riportata - debba essere interpretata, sia sul piano letterale che sistematico, nel senso dell'esecuzione di almeno un unico contratto del valore indicato.

In tal senso, infatti, depone in primo luogo la lettera "piana" della clausola di cui al paragrafo 12.2.3, nella quale il termine "almeno" deve essere inevitabilmente letto come "non meno di".

Né, in secondo luogo, la previsione di un tale limite economico può ritenersi anticoncorrenziale considerato, da un lato, che si tratta di gara avente ad oggetto l'affidamento di una fornitura di valore superiore al doppio del suddetto limite; dall'altro, che la previsione di tale requisito è stata ragionevolmente ispirata dalla necessità di selezionare operatori affidabili e solidi considerato che si tratta di commessa strategica avente ad oggetto iniziative pubbliche legate alla gestione dell'immigrazione e del relativo problema dell'accoglienza.

Si vuole cioè affermare che la previsione di un così elevato parametro economico, senza possibilità di frazionamento dello stesso in termini di cumulo dei contratti, si spiega in ragione della necessaria "grandezza" altrettanto economica dell'operatore, richiesta al fine di fronteggiare eventuali sopravvenute problematiche in fase di esecuzione e, quindi, in ultimo, per garantire in ogni caso la continuità della "fornitura" prestata.

In tal senso, d'altronde, anche la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 426 del 3.2.2016 - citata dalle controparti - secondo la quale l'unicità del titolo negoziale può giustificarsi dalla *"finalità della disposizione, evidentemente volta a selezionare concorrenti che dispongano di una struttura organizzativa in grado di gestire appalti di complessità tecnica analoga a quella oggetto di gara"*.

Sullo stesso piano altresì la pronuncia del T.A.R. Sicilia, Sezione di Palermo, sentenza 16.12.2016 n. 2983, secondo cui, in una fattispecie analoga, si è stabilito quanto segue: *"Deve, per contro, osservarsi che il requisito di capacità tecnica espressamente richiesto dal bando di gara faceva riferimento ad una particolare affidabilità tecnica, che ogni concorrente avrebbe dovuto comprovare in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da espletare in favore dei due enti locali, la cui popolazione, sommata, supera i 10.000 abitanti; sicché l'ipotetica frazionabilità di tale specifico ed ulteriore requisito tra i componenti il raggruppamento avrebbe sostanzialmente tradito la stessa ratio sottesa al suo inserimento nella legge di gara, in quanto finalizzato ad ottenere la garanzia che il soggetto esecutore del servizio avesse già operato in favore di comuni con tale popolazione e, quindi, avesse gestito tale servizio, comportante, in relazione al numero degli abitanti, una diversa organizzazione e un diverso e più marcato aggravio operativo"*.

Infine, quanto al principio del *favor participationis*, deve rilevarsi che il parallelo contenzioso, sfociato nella sentenza di questo T.A.R. n. 2339/2016, del 29.9.2016 - con aggiudicazione della gara dapprima in favore di un operatore e, in seguito, all'esito del giudizio, in capo ad altro - costituisce prova *ictu oculi* del fatto che la

clausola ha comunque garantito *ex post* un adeguato livello di concorrenzialità, che andava certamente temperato con la specificità della commessa in esame.

Relativamente, inoltre, ai vizi procedurali dedotti con riguardo alla violazione degli artt. 10 e 10 bis della legge n. 241/1990 – per omesso riscontro alle osservazioni prestate dalla ricorrente in sede procedimentale – deve ritenersi che invero la stazione appaltante abbia dato adeguata spiegazione delle ragioni per cui l'interpretazione offerta dalla ricorrente dal disciplinare di gara andava rigettata.

La circostanza che il suddetto provvedimento di esclusione (al pari della presente sentenza, stante l'obbligo disposto dall'art. 120, comma 6, c.p.a.) risulti sul piano motivazionale sintetico – a dispetto, viceversa, degli atti di parte ricorrente – non vuol dire che lo stesso debba essere valutato come non puntuale nel rispondere a quanto richiesto.

In ragione di quanto esposto, quindi, il ricorso principale deve essere rigettato perché fondato.

Dal che ne consegue altresì, per connessione logica, la legittimità del provvedimento di esclusione della parte ricorrente dalla gara in questione e, quindi, l'improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza di interesse.

Atteso l'esito del giudizio, parte ricorrente deve essere condannata al pagamento delle spese di lite in base al principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposti, così provvede:

- 1) rigetta il ricorso principale perché infondato;
- 2) dichiara conseguentemente improcedibile il ricorso per motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse;
- 3) condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della sola Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti che quantifica in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Francesco Elefante, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco Elefante

IL PRESIDENTE

Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO