

N. 04950/2013REG.PROV.COLL.
N. 09195/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9195 del 2012, proposto dalla società FPZ Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Benacchio e Carmine Cosentino, con domicilio eletto presso Carmine Cosentino in Roma, via Silla, 28

contro

Thetis S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Roma, via Porta Castello, 33;

Azienda Speciale per il Porto di Chioggia, non costituita in appello

per la riforma della sentenza in forma semplificata del t.a.r. del veneto, sezione

i, 14 novembre 2012, n. 1375

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Thetis S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2013 il Cons. Claudio

Contessa e uditi per le parti gli avvocati Benacchio e Susanna Corsini per delega dell'avvocato Biagini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante società FPZ Engineering s.r.l. riferisce di aver partecipato alla procedura selettiva indetta dall'azienda speciale per il porto di Chioggia (A.S.Po.) al fine di procedere all'affidamento del servizio di consulenza relativo alle attività previste dal WP4 - *'Studio di un modello per le emissioni in comparto portuale'* e WP5 - *'Studio degli effetti di un inquinante sversato in mare e definizione dei metodi di intervento nell'ambito del progetto 'Safe Port – Il porto e la gestione dei rischi industriali e ambientali'* (si tratta, nella sostanza, di un appalto per l'acquisizione di servizi di consulenza da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

La *lex specialis* di gara prevedeva che, ai fini della partecipazione, i concorrenti dovessero possedere uno specifico requisito di ordine speciale, consistente “ *[nell']aver maturato un fatturato globale di impresa per servizi nel settore oggetto della gara espletati negli ultimi 3 anni durante il triennio 2009-2011 non inferiore ad euro 123.600,00, pari a due volte importo a base d'asta'*”.

Ai fini della presente decisione è rilevante osservare che la società appellante (la quale, al momento di indizione della gara, era stata costituita da meno di tre anni), nel redigere la domanda di partecipazione e i relativi allegati, aveva indicato sia il proprio fatturato, sia quello dell'Ing. Piva (socio e legale rappresentante della stessa), con la seguente dicitura: “*il fatturato dell'Ing. Piva è utilizzabile ai fini della definizione dei requisiti in base all'art. 253 del d.lgs.163/2006 e ss.mm.ii. essendo stata la società costituita il 03/11/2010'*”.

L'appellante riferisce, altresì, che con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Veneto e recante il n. 1470/2012, la soc. Thetis s.p.a., premesso di aver preso parte alla medesima procedura e di essersi classificata al secondo

posto dopo la società appellante, aveva impugnato gli esiti della procedura di gara, con particolare riguardo alla determina dirigenziale in data 31 agosto 2012 con cui era stata disposta l'aggiudicazione del servizio in favore della società appellante.

Con la sentenza in epigrafe (resa in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 del cod. proc. amm.) il Tribunale amministrativo adito ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha disposto l'annullamento degli atti conclusivi della procedura.

Ai fini che qui rilevano, si osserva che i primi Giudici hanno ritenuto in particolare fondati:

- il primo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata la violazione del comma 15 dell'articolo 253 del d.lgs. 163 del 2006 (avendo, in particolare, il Collegio escluso che l'odierna appellante potesse richiamare tale disposizione di legge al fine di comprovare il possesso del requisito di ordine speciale richiesto dalla *lex specialis*);
- il terzo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata la mancata attivazione del procedimento di verifica a campione di cui al comma 1 dell'articolo 48 del d.lgs. 163, cit.

La sentenza in questione è stata gravata in appello dalla soc. FPZ Engineering, la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

A) Violazione di legge (per errata applicazione dell'art. 253, 15° c. – anche in relazione alla dovuta applicazione dell'art. 41, 3° c.; nonché mancata applicazione dello stesso art. 41, 3° c., del d.lgs. n. 163/2006);

B) Eccesso di potere (per violazione del generale principio di massima partecipazione e di affidamento, per insussistenza dei presupposti, per illegittima sostituzione ai poteri dell'amministrazione e per difetto di motivazione).

La sentenza in questione sarebbe caratterizzata da un approccio meramente formalistico per avere ritenuto dirimente ai fini del decidere la mancata applicabilità al caso di specie della previsione di cui al comma 15 dell'art.

253 del d.lgs. 163 del 2006.

In tal modo decidendo, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare che la società appellante ben potesse invocare, ai fini della comprova del più volte richiamato requisito di ordine speciale richiesto dalla *lex specialis*, il fatturato realizzato nel triennio antecedente dall'Ing. Piva, e ciò sulla base del dato sostanziale del sicuro possesso del ridetto requisito. L'approccio in questione – così come la correttezza sul piano sostanziale dell'aver invocato il fatturato conseguito nel triennio dall'Ing. Piva – risulterebbe conferma dalla previsione di cui al comma 3 dell'articolo 41 del d.lgs. 163, cit., secondo cui *“se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*.

In definitiva, la sentenza in epigrafe risulterebbe meritevole di riforma per avere sancito l'esclusione dalla gara della società appellante non già per la carenza formale di un requisito di partecipazione (sotto questo aspetto, non sussisterebbe alcun dubbio circa la possibilità di invocare il requisito di fatturato dell'Ing. Piva), bensì per aver enfatizzato il dato formale dell'erronea indicazione della disposizione di legge in base alla quale quel requisito avrebbe potuto essere invocato (il comma 3 dell'art. 41, piuttosto che il comma 15 dell'art. 253 del 'Codice dei contratti)

Del resto, la tesi della società appellante risulterebbe avvalorata da alcuni pareri resi fra il 2010 e il 2012 dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture – AVCP.

Sotto un ulteriore profilo, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per aver enfatizzato un dato meramente formale (quello consistente nel richiamo al comma 15 dell'articolo 253 del d.lgs. 253, cit.). In tal modo decidendo, i primi Giudici avrebbero omesso di valutare il

consolidato orientamento comunitario (da ultimo trasfuso nella previsione di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 46 del d.lgs. 263, cit. – come introdotto dall'articolo 4, comma 1, lettera d) del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 -) secondo cui l'esclusione dalle pubbliche gare si basa su cause tassative e può essere disposta solo quando si sia in presenza di un'effettiva violazione delle norme obbligatorie di legge e/o della legge speciale di gara disposte a pena di esclusione, in tal modo vietando che l'esclusione possa essere disposta per ragioni meramente formali, pur nella sostanziale consapevolezza del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente.

Ed ancora, la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per avere in ammissibilmente i primi Giudici sostituito le proprie valutazioni all'infungibile potere dell'amministrazione di apprezzare l'adeguatezza della documentazione attestante il possesso, da parte di FPZ Engineering s.r.l., del requisito economico-finanziario richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Si è costituita in giudizio la soc. Thetis s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

La società in questione ha, altresì, articolato appello incidentale chiedendo la riforma della sentenza in questione sulla base di un unico motivo di diritto (*Error in iudicando – Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti – Violazione di pag. 3 dell'avviso di indagine di mercato, nella parte in cui si richiedeva il possesso dei requisiti di ordine speciale*).

Con l'appello incidentale si è chiesta la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui si è limitata ad accogliere il primo ricorso proposto dalla stessa soc. Thetis s.p.a. in relazione al primo e al terzo dei motivi di ricorso, in tal modo omettendo di esaminare il secondo motivo, con il quale si era affermato che l'appellante FPZ Engineering fosse priva degli specifici requisiti di partecipazione richiesti ai fini della gara, per avere svolto in modo esclusivo attività di collaudatore di opere di manutenzione portuale.

Risulta agli atti che, all'indomani della pubblicazione della sentenza in epigrafe, l'azienda speciale per il porto di Chioggia (A.S.Po.) ha provveduto a riconvocare il seggio di gara il quale, all'esito della seduta del 27 novembre 2012 ha definitivamente statuito di estromettere la società appellante dalla gara per cui è causa.

Il provvedimento in questione non è stato autonomamente impugnato dalla società appellante.

Alla pubblica udienza del 28 maggio 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di consulenza avverso la sentenza in forma semplificata con cui il T.A.R. del Veneto ha accolto il ricorso proposto dalla società Thetis s.p.a. (seconda classificata nell'ambito di un appalto di servizi indetto dall'azienda speciale per il porto di Chioggia - A.S.Po. -) e, per l'effetto, ha annullato gli atti con cui era stata disposta l'aggiudicazione in via provvisoria della gara di appalto in questione alla società appellante.

2. Il Collegio non ritiene di soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso in appello sollevata dalla difesa della soc. Thetis s.p.a. (per non avere l'appellante principale impugnato il provvedimento del seggio di gara in data 27 novembre 2012 che ha disposto la sua definitiva estromissione dalla procedura per cui è causa), atteso che l'appello principale è comunque infondato nel merito.

3. Ancora in via preliminare, si osserva che la società appellante ha omesso di articolare qualunque motivo di doglianza avverso il capo della sentenza con cui è stato disposto l'annullamento delle operazioni di gara per la mancata attivazione del procedimento di verifica a campione di cui al comma 1 dell'articolo 48 del d.lgs. 163 del 2006.

Conseguentemente, su tale capo della sentenza si è formato il vincolo della cosa giudicata.

4. Venendo ora all'articolazione dei motivi di appello proposti *principaliter* dalla soc. FPZ Engineering s.r.l., si osserva che essa non nega l'inconferenza in relazione alla propria posizione della disposizione di cui al comma 15 dell'articolo 253 del 'Codice dei contratti', ma invoca comunque l'applicazione (secondo un'ottica di tipo *sostanzialistico*) della diversa disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 41 del medesimo 'Codice' (una disposizione che, laddove adeguatamente interpretata ed applicata avrebbe – nella tesi della società appellante – certamente dovuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice a considerare valido ai fini della partecipazione a gara il requisito di fatturato vantato in proprio da un proprio socio – l'Ing. Piva – in relazione al triennio anteriore all'indizione della gara).

5. L'appello è infondato.

5.1. E' qui appena il caso di confermare un dato del quale la stessa società appellante sembra essere consapevole: quello per cui il comma 15 dell'articolo 253 del d.lgs. 253 del 2006, cit. (secondo cui *“In relazione all'articolo 90 [gare per servizi di progettazione], ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa (...)*”) non poteva essere invocato dalla stessa appellante al fine di vantare il possesso dello specifico requisito di fatturato richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Ed infatti (come condivisibilmente rilevato dai primi Giudici) la gara all'origine della presente controversia non imponeva lo svolgimento delle

attività di tipo progettuale di cui all'articolo 90 del 'Codice', risultando il suo oggetto limitato alla prestazione di servizi di consulenza in materia ambientale.

Occorre, quindi, confermare l'erroneità del richiamo formalmente ed espressamente operato dalla società appellante alle previsioni di cui all'articolo 253, cit. al fine di invocare il possesso del richiamato requisito di fatturato specifico,

5.2. Pertanto, risulta dirimente ai fini del decidere stabilire se la società appellante potesse comunque invocare il possesso del richiamato requisito di fatturato (in quanto posseduto da un suo socio) facendo leva – secondo la richiamata ottica di tipo sostanzialistico più volte richiamata nell'atto di appello – sulla diversa previsione di cui al comma 3 dell'articolo 41 del 'Codice dei contratti' (si tratta, come è noto, della disposizione secondo cui *“se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*).

5.2.1. Al quesito deve essere fornita risposta in senso negativo.

5.2.1.1. Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che non sussiste alcun elemento sistematico o testuale il quale depone nel senso che le società di persone possano – in modo sostanzialmente automatico, come nella tesi della società appellante – invocare il possesso di taluni requisiti di ordine oggettivo per il solo fatto che tali requisiti siano posseduti da alcuno dei soci;

- che, in particolare, il richiamato automatismo non sembra suffragato dalla previsione di cui al richiamato comma 3 dell'articolo 41 del 'Codice dei contratti', il quale si pone pur sempre – e al contrario di quanto preteso dalla società appellante – quale mera disposizione di facilitazione nella dimostrazione del possesso di requisiti comunque ascrivibili al soggetto

economico in quanto tale e non quale disposizione che legittima una incondizionata estensibilità del possesso di requisiti di ordine oggettivo dai singoli soci alla società nel suo complesso;

- che, in base a un condiviso orientamento correttamente richiamato dalla difesa della società appellata, la disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 41 del d.lgs. 163 del 2006 non si configura come una sorta di clausola generale di commutazione dei requisiti di partecipazione, laddove non posseduti dal singolo partecipante. Al contrario, la medesima disposizione mira soltanto a consentire a chi vanta il possesso dei requisiti di partecipazione, ma non sia in grado di attestarne il possesso attraverso la produzione dei documenti richiesti dalla *lex specialis*, di produrre una documentazione alternativa, laddove sussistano giustificati motivi (in tal senso: Cons. Stato, V, 25 febbraio 2009, n. 1132);

- che a conclusioni diverse rispetto a quelle appena delineate non può giungersi in relazione al contenuto del parere di precontenzioso dell'AVCP 25 febbraio 2010, n. 26 (espressamente richiamato dalla società appellante a pag. 8 del ricorso in appello). Ed infatti il parere in questione, oltre a trattare della diversa questione (che qui non viene in rilievo) della mancata allegazione delle dichiarazioni rese da almeno due istituti bancari ai sensi dell'articolo 41, comma 1, lettera a) del 'codice di contratti', si distingue per aver aderito a un'applicazione quanto mai rigorosa delle previsioni del medesimo 'Codice';

- che, allo stesso modo, la società appellante non può invocare a sostegno delle proprie tesi il contenuto del parere di precontenzioso dell'AVCP 11 marzo 2011, n. 34, parimenti concernente la questione (che qui non viene in rilievo) della mancata allegazione delle dichiarazioni rese da almeno due istituti bancari ai sensi dell'articolo 41, comma 1, lettera a) del 'codice di contratti';

- che, del pari, la società appellante non può invocare in proprio favore il

contenuto della determinazione dell'AVCP 12 (recte: 10) ottobre 2012, n. 4, recante *Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*. Ed infatti, se – come sembra, pur nella genericità del richiamo operato dalla società appellante – il riferimento è rivolto al paragrafo 2.2.1. della determinazione in questione (in tema di requisiti di partecipazione per gli appalti di servizi e di forniture), si osserva che tale richiamo non depone certamente nel senso dell'incondizionata possibilità per la società partecipante alla gara di invocare il possesso di taluni requisiti di ordine oggettivo per il solo fatto che tali requisiti siano posseduti da alcuno dei soci. Al contrario, la richiamata determinazione (in senso sostanzialmente conforme alla *litera legis*) si limita a stabilire che *“in ogni caso, se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare i requisiti richiesti, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Le stazioni appaltanti devono indicare in modo chiaro nei documenti di gara il periodo di riferimento in relazione al quale comprovare i requisiti di capacità finanziaria, avuto riguardo alla data di scadenza della presentazione dell'offerta/domanda di partecipazione”*.

- che la società appellante avrebbe, al più, potuto fare ricorso – al fine di invocare l'utilizzabilità dei requisiti di ordine oggettivo posseduti da un suo socio - al diverso istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 49 del Codice dei contratti. Tuttavia, dagli atti di causa non emerge in alcun modo la sussistenza dei requisiti di ordine formale e sostanziale per richiedere l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento (ci si riferisce, in particolare, alle dichiarazioni di cui al comma 2 del medesimo articolo 49);

- che non può invocarsi nel caso di specie l'applicazione dei principi di *tipicità e tassatività* delle cause di esclusione dalle pubbliche gare (da ultimo sanciti dall'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, il quale ha

aggiunto un nuovo comma 1-*bis* all'articolo 46 del 'Codice dei contratti'). Ciò, in quanto la carenza di uno specifico requisito di partecipazione indicativo della capacità economico-finanziaria del concorrente, legittimamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 41 del 'Codice' del 2006, concreta comunque la carenza di un *elemento essenziale* per la partecipazione alla gara, in tal modo legittimando l'esclusione in piena coerenza con i richiamati principi di tipicità e tassatività.

6. L'infondatezza dell'appello principale (e la conseguente conferma delle ragioni di esclusione della soc. FPZ Engineering della gara per cui è causa) determina l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla soc. Thetis s.p.a. in quanto tale mezzo di gravame risulta a propria volta finalizzato ad enfatizzare un profilo il quale avrebbe autonomamente dovuto determinare un analogo effetto preclusivo a carico dell'appellante principale.

7. Per le ragioni sin qui esaminate l'appello principale deve essere respinto, mentre l'appello incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

Il Collegio ritiene che possa essere disposta l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti anche in considerazione della rilevante peculiarità della vicenda di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2013

IL SEGRETARIO

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