

N. 01324/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00432/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2014, proposto da:
C.I.T.E.P. Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Teresa Grassi e Sebastiano Del Santo, con domicilio eletto presso l'avv. Piera Sommovigo nel suo studio in Genova, via Malta, 4A/14;

contro

Autorità Portuale della Spezia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Cocchi, presso il quale è elettivamente domiciliata nel suo studio in Genova, via Macaggi, 21/8;

nei confronti di

Edil.Co.Pre S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Anna Cordoni e Angelita Paciscopi, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Causa nel suo studio in Genova, via Invrea, 11/13;

per l'annullamento

della deliberazione n. 25/2014 del Presidente dell'Autorità Portuale della Spezia, datata 18/3/2014 e comunicata a C.I.T.E.P. Soc. Coop. in data 20/3/2014, con la quale è stata aggiudicata definitivamente la gara indetta con procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di riqualificazione dei locali interni all'edificio *ex* FF.SS. sito in Santo Stefano Magra alla Edil.Co.Pre S.r.l.;

in parte qua, dei verbali di gara;

della nota prot. n. 0003679 del 12/3/2014 di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria;

di ogni altro atto antecedente, connesso e/o comunque consequenziale,

e per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* concluso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale della Spezia e di Edil.Co.Pre S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera d'invito del 9 gennaio 2014, l'Autorità Portuale della Spezia ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di riqualificazione dei locali interni dell'ex edificio FF.SS. sito in Santo Stefano Magra, per un importo di € 1.339.433,47 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno partecipato alla gara cinque concorrenti, tra cui l'odierna ricorrente e la Società Edil.Co.Pre a r.l.

All'esito dello scrutinio delle offerte, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato a Edil.Co.Pre S.r.l. che aveva conseguito 81,40 punti complessivi (74,00 per l'offerta tecnica e 7,40 per l'offerta economica).

La ricorrente si è classificata al secondo posto della graduatoria, con un punteggio totale di 74,50 (54,50 per l'offerta tecnica e 20,00 per l'offerta economica).

In particolare, per quanto concerne l'offerta economica, l'odierna ricorrente aveva proposto un ribasso del 23,814%, contro il ribasso del 8,810% indicato dall'aggiudicataria.

Esperito l'accesso agli atti di gara, la seconda classificata ne ha tempestivamente contestato l'esito, con ricorso giurisdizionale notificato il 18 aprile 2014 e depositato il successivo 28 aprile.

L'esponente fonda la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto su quattro motivi di ricorso:

I) l'aggiudicataria non ha reso le dichiarazioni inerenti all'insussistenza di cause ostative *ex art.* 38 del codice dei contratti pubblici con riguardo al socio di maggioranza (Vittorio Fussi) e ad uno dei direttori tecnici (Corrado Poli);

II) la busta dell'offerta economica dell'aggiudicataria non recava l'esatta dicitura prescritta dalla lettera d'invito;

III) l'offerta tecnica dell'aggiudicataria non risultava conforme ai requisiti minimi richiesti dalla stazione appaltante, essendo costituita da *depliants* commerciali privi del livello di definizione necessario per considerarli alla stregua di elaborati progettuali; inoltre, nessuno dei soggetti che operano presso l'impresa aggiudicataria è in possesso dell'abilitazione all'installazione di impianti prevista dall'art. 3 del d.m. n. 37/2008;

IV) gli (pseudo) elaborati progettuali presentati dall'aggiudicataria non sono firmati da un professionista abilitato, ma dal legale rappresentante dell'impresa.

Si è costituita in giudizio l'Autorità Portuale della Spezia, opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto infondato nel merito.

Con ordinanza n. 177 del 15 maggio 2014, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

Nel prosieguo del giudizio, si è costituita anche l'intimata Edil.Co.Pre S.r.l., aggiudicataria della gara, anch'essa contrastando nel merito la fondatezza del ricorso.

Con memoria depositata il 10 giugno 2014, la ricorrente, tra l'altro, ha eccepito il difetto dello *ius postulandi* in capo al difensore dell'Amministrazione, già rilevato oralmente all'udienza camerale di trattazione dell'istanza cautelare.

Ha controdedotto l'Autorità Portuale con memoria depositata in pari data.

Tutte le parti costituite si sono avvalse della facoltà di depositare memorie di replica.

Il ricorso, infine, è stato chiamato alla pubblica udienza del 26 giugno 2014 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 1025 del 27 giugno 2014.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminata la contestazione relativa al difetto dello *ius postulandi* in capo al difensore dell'Amministrazione resistente.

L'Autorità Portuale della Spezia, infatti, ha scelto di farsi rappresentare in giudizio da un avvocato del libero foro, nonostante fosse stata autorizzata ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con d.P.C.M. 4 dicembre 1997.

Ad avviso della ricorrente (che richiama i principi affermati con la decisione della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 647 del 9 febbraio 2010), il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, anche qualora abbia natura autorizzata, non muterebbe il proprio carattere

tendenzialmente obbligatorio, fatta eccezione per i casi di comprovata specialità (cosiddetta “obbligatorietà attenuata”) nei quali, giusta la previsione derogatoria di cui al comma 4 dell’art. 43 del r.d. n. 1611/1933, l’amministrazione può rinunciare al patrocinio dell’Avvocatura dello Stato e procedere alla nomina di un legale del libero foro, previa motivata deliberazione da sottoporre all’organo di vigilanza.

Nel caso in esame, l’Autorità Portuale della Spezia aveva effettivamente deciso, con deliberazione del Presidente n. 32 del 13 maggio 2014, di rinunciare al patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, in ragione della pretesa complessità della vicenda controversa, ma la motivazione di tale provvedimento, peraltro neppure trasmesso all’organo di vigilanza, sarebbe palesemente insufficiente e incongrua.

Fermo restando che, secondo quanto affermato con la citata decisione n. 647, l’esistenza della delibera e della motivazione può essere controllata anche d’ufficio dal giudice, ne deriverebbe la nullità del mandato conferito al difensore dell’Autorità Portuale e di tutti gli atti da questi compiuti.

La prospettazione di parte ricorrente, pur aderente alle tesi affermate dalla giurisprudenza meno recente, non può essere condivisa.

Va premesso che il patrocinio autorizzato per le amministrazioni non statali (disciplinato dagli artt. 43, 44 e 45 del r.d. n. 1611/1933) si distingue nettamente da quello obbligatorio previsto per le

amministrazioni dello Stato (disciplinato dagli articoli da 1 a 11 della stessa fonte normativa).

Le autorità portuali, appartenenti alla categoria degli enti pubblici non statali, possono avvalersi del patrocinio facoltativo, nel cui ambito l'autorizzazione rappresenta una condizione necessaria, ma non sufficiente a far insorgere l'obbligo di avvalersi esclusivamente del patrocinio erariale.

L'attuazione del patrocinio facoltativo costituisce, infatti, una fattispecie complessa alla cui formazione concorrono la volontà dell'amministrazione e il conseguente atto di autorizzazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 14 giugno 2013, n. 5989).

Nel caso in esame, non essendo stato comprovato che l'Autorità Portuale della Spezia avesse comunicato di voler beneficiare del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (né emergendo la circostanza dal testo del d.P.C.M. 4 dicembre 1997), deve escludersi che, per effetto dell'intervenuta autorizzazione governativa, l'Ente sia vincolato ad avvalersi in via organica ed esclusiva del patrocinio erariale.

Va disatteso, pertanto, il rilievo concernente la nullità del mandato conferito al difensore dell'Autorità Portuale.

Nel merito, merita di trovare conferma la diagnosi di fondatezza del quarto motivo di ricorso provvisoriamente formulata in sede cautelare.

Come anticipato in premessa, la ricorrente sostiene che l'offerta

dell'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva di un elemento essenziale, atteso che gli elaborati progettuali dell'offerta tecnica non erano stati sottoscritti da un professionista abilitato, come prescritto dall'art. 90 del codice dei contratti pubblici, ma solo dal legale rappresentante dell'impresa.

L'Amministrazione resistente precisa che, nella fattispecie, non era richiesta la presentazione di un vero e proprio progetto esecutivo delle opere da realizzare o di una variante in senso tecnico, bensì di elaborati contenenti l'illustrazione delle migliorie tecnico-costruttive e funzionali proposte dai concorrenti, per i quali risultava conseguentemente sufficiente la sottoscrizione del concorrente.

Analoga posizione assume la difesa della controinteressata la quale precisa ulteriormente che l'eventuale richiesta di veri e propri elaborati progettuali avrebbe inficiato l'intera procedura di gara, siccome relativa a lavori già puntualmente definiti nel progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante.

Le precisazioni dell'Amministrazione non considerano, però, il contenuto della *e-mail* inviata all'impresa ricorrente il 19 febbraio 2014, con la quale, in risposta a specifica richiesta di chiarimenti, l'Autorità Portuale precisava che "... il progetto deve essere sottoscritto da un progettista abilitato, l'indicazione del nominativo del progettista nell'istanza di partecipazione è a discrezione dell'offerente".

La stessa stazione appaltante, perciò, ha indicato all'odierna

ricorrente, la quale aveva chiesto se la gara prevedesse “la presentazione di un progetto esecutivo”, l’esigenza che gli elaborati progettuali fossero sottoscritti da un professionista abilitato.

Fermo restando che la difesa dell’Amministrazione non contesta l’autenticità del suddetto documento elettronico né la competenza del soggetto che lo ha formato, si rileva come detti chiarimenti, non essendo stati pubblicati né altrimenti resi conoscibili agli altri concorrenti, non possano considerarsi perfettamente pariordinati alle previsioni della legge di gara ovvero integrativi delle sue prescrizioni.

La *lex specialis*, peraltro, risultava formulata in modo impreciso e si prestava ad incertezze interpretative, non essendo chiaro se la formula lessicale ivi utilizzata per indicare i documenti dell’offerta tecnica (“elaborati descrittivi del progetto esecutivo”) individuasse o meno un progetto in senso tecnico (come tale indefettibilmente necessitante della sottoscrizione di un professionista abilitato).

In tale situazione di obiettiva incertezza, la risposta della stazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti formulata da un concorrente costituisce, per consolidato orientamento giurisprudenziale, una sorta di interpretazione autentica, con cui l’amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentoale dapprima non perfettamente intelligibile, precisando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5296; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 21 marzo 2013, n. 120; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 7 ottobre 2013, n. 2236).

Ne deriva che gli elaborati dell'offerta tecnica dovevano essere sottoscritti da un professionista iscritto al pertinente albo professionale, come avvenuto nel caso della ricorrente, e che la mancanza di tale essenziale requisito imponeva l'esclusione dalla gara dell'offerta poi risultata aggiudicataria.

La necessità dell'apporto professionale di un progettista abilitato emerge con evidenza, in ogni caso, dai contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria che, come ha rilevato la stessa Commissione giudicatrice (cfr. verbale di gara n. 2, p. 9), contemplava “la progettazione strutturale della scala, l'illuminazione esterna dell'edificio, la realizzazione di n. 6 bagni per disabili, l'installazione di un sistema di ascensore”, vale a dire interventi che, per la loro destinazione e modalità di realizzazione, possono anche costituire fonte di pericolo per le persone (come, in particolare, nel caso della scala esterna in carpenteria metallica che si prevede di collegare a plinti di fondazione in calcestruzzo armato – v. offerta tecnica Edil.Co.Pre, allegato 4, p. 3).

Il motivo di ricorso, pertanto, è fondato e, comportando il più ampio effetto utile per la ricorrente, esime il Collegio dal vaglio delle censure di legittimità dedotte con i primi tre motivi.

Considerando la peculiarità della fattispecie controversa, le spese del grado di giudizio vanno compensate fra le parti costituite, fatta ovviamente eccezione per l'importo versato dalla ricorrente a titolo di contributo unificato che, direttamente in forza della previsione

legislativa, dovrà esserle rimborsato dall'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/08/2014

IL SEGRETARIO

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