

Publicato il 16/03/2020

N. 01151/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04294/2019 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4294 del 2019, proposto da Mate Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Botteon, Alessandro Barbieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Barbieri in Napoli, via Loggia dei Pisani, 13;

contro

Comune di Somma Vesuviana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aniello Mele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Corso Umberto I, 75;

Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana s.c.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Miano Pasquale, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Rosario Spasiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Corso Vittorio Emanuele, 110/2;

Piscopo Gennaro, Fusco Fabrizio, D'Ambrosio Gaetano, Arbucci Aniello, Ruocco Giuseppe, De Luzio Gabriella, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 54 del 30.7.2019, Reg. Gen. n. 1395 del 31.7.2019, a firma del Responsabile P.O. n. 3 - Servizi Tecnici e Gestione del Territorio del Comune di Somma Vesuviana, comunicata in data 18.9.2019, di aggiudicazione al costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti tra prof. arch. Pasquale Miano (mandatario) e arch. Gennaro Piscopo, arch. Fabrizio Fusco, ing. Gaetano D'ambrosio, dott. agr. Aniello Arbucci, arch. Giuseppe Ruocco e arch. Gabriella De Luzio (mandanti), dei *“servizi di redazione del Piano Urbanistico Comunale (PUC) e valutazione Ambientale Strategica (VAS), del Regolamento Urbanistico Edilizio Comunale (RUEC), della Carta Uso Agricolo del Suolo, del Piano di Zonizzazione Acustica”* del Comune di Somma Vesuviana;

- di tutti gli atti rispetto alla predetta Determinazione connessi, presupposti e conseguenti, ed in particolare della Determinazione n. 114 del 24.6.2019 del Responsabile della CUC Agenzia Area Nolana, recante proposta di aggiudicazione dei precitati servizi, dei verbali di gara n. 1 del 17.4.2019, n. 2 del 29.4.2019, n. 3 del 24.5.2019, e n. 4 del 28.5.2019, nonché della Disposizione/Determinazione n. 87 del 29.4.2019 del Responsabile della CUC Agenzia Area Nolana, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara del

costituendo r.t.p. aggiudicatario, nonché nella parte inerente l'attribuzione dei punteggi;

- per la declaratoria di inefficacia del contratto che dovesse essere stato *medio tempore* stipulato con il costituendo raggruppamento aggiudicatario, ovvero per il subentro nello stesso;

- per la condanna del Comune di Somma Vesuviana al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione al R.T.P. di cui il ricorrente è mandatario designato, dei servizi tecnici oggetto di appalto, o in subordine al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Somma Vesuviana e di Pasquale Miano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

E' impugnata la determina di aggiudicazione della procedura indetta per l'affidamento dei *“servizi di redazione del Piano Urbanistico Comunale (PUC) e valutazione Ambientale Strategica (VAS), del Regolamento Urbanistico Edilizio Comunale (RUEC), della Carta Uso Agricolo del Suolo, del Piano di Zonizzazione Acustica”* del Comune di Somma Vesuviana, con importo totale a base di gara di € 140.772,06.

Il raggruppamento di professionisti composto dalla società ricorrente (mandataria), dall'arch. Antonio Oliviero, dal dott. geol. Rocco Tasso e dalla società Studio Silva s.r.l. (mandanti) si è classificato in seconda posizione e contesta l'illegittima ammissione in gara e la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario che si è collocato in prima posizione, composto dall'arch. Pasquale Miano (mandatario), dall'arch. Gennaro Piscopo, arch. Fabrizio Fusco, ing. Gaetano D'Ambrosio, dott. agr. Aniello Arbucci, arch. Giuseppe Ruocco e arch. Gabriella De Luzio (mandanti).

A sostegno dell'esperito gravame parte ricorrente deduce i seguenti profili di illegittimità: violazione, mancata applicazione degli artt. 6, 7.3, 18 e 23 del disciplinare di gara, difetto di istruttoria e carenza di presupposti e di motivazione, violazione dell'art. 13 del capitolato speciale d'appalto, irragionevolezza manifesta.

Conclude con le richieste di accoglimento del ricorso, di annullamento degli atti impugnati, di aggiudicazione dell'appalto previa declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con il r.t.p. aggiudicatario e, in via subordinata, di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Si sono costituite le controparti processuali che replicano nel merito e chiedono il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 1789 del 6 novembre 2019 il T.A.R. ha respinto la domanda cautelare non ravvisando il *periculum in mora* per disporre la sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza pubblica del 26 febbraio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione il ricorso proposto dalla società mandataria del raggruppamento temporaneo di professionisti (di seguito r.t.p.) secondo classificato all'esito della selezione concorsuale avverso il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore del r.t.p. primo graduato con mandatario l'arch. Miano, della procedura indetta dal Comune di Somma Vesuviana per l'affidamento dei *“servizi di redazione del Piano Urbanistico Comunale (PUC) e valutazione Ambientale Strategica (VAS), del Regolamento Urbanistico Edilizio Comunale (RUEC), della Carta Uso Agricolo del Suolo, del Piano di Zonizzazione Acustica”*.

Con la prima censura parte ricorrente lamenta che il r.t.p. aggiudicatario non avrebbe comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti a pena di esclusione per l'ammissione in gara (elenco dei servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando per un importo complessivo pari all'importo stimato dei lavori e servizi “di punta” di ingegneria e architettura espletati nel predetto decennio per un valore pari allo 0,6 volte il valore della categoria indicata) secondo le modalità prescritte dal disciplinare di gara (par. 7.3, lett. ‘e’ ed ‘f’).

Evidenzia in proposito che, per la comprova del requisito, la *lex specialis* imponeva di produrre *“certificazioni attestanti la regolare esecuzione delle attività svolte, rilasciati da committenti/stazioni affidatarie del servizio”*.

Viceversa, il sodalizio aggiudicatario si è limitato ad esibire mere convenzioni di incarico inidonee secondo la prospettiva attorea a comprovare il regolare svolgimento dei servizi nel decennio; da tali documenti si potrebbe desumere solo l'esistenza dell'originario affidamento e non la regolare esecuzione e tale carenza non sarebbe emendabile tramite esercizio del potere di soccorso istruttorio.

La difesa del raggruppamento controinteressato ritiene che sia stato adeguatamente comprovato il possesso dei requisiti tecnico - professionali mediante indicazione degli estremi delle delibere comunali di adozione/approvazione dei piani urbanistici - consultabili sui siti *web* delle amministrazioni - ai quali si riferiscono le convenzioni di incarico indicate in sede di partecipazione alla selezione e di aver, pertanto, comprovato l'effettiva regolare esecuzione dei servizi di ingegneria e architettura richiesti per la partecipazione.

Il Comune convenuto si associa alle considerazioni del r.t.p. resistente ed aggiunge che la Centrale Unica di Committenza (Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana) avrebbe comunque accertato il possesso dei requisiti spesi dall'aggiudicatario richiedendo a tutte le amministrazioni comunali committenti il rilascio della certificazione di regolare esecuzione, assegnando un termine per il riscontro e avvisando espressamente che, in caso di mancata comunicazione, sarebbe stato desunto l'esito positivo.

La censura è fondata.

Con riguardo alle procedure di affidamento di servizi di architettura e ingegneria, con le Linee Guida n. 1/2016 (*"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"*), l'Anac ha individuato tra i requisiti tecnico - professionali: 1) l'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte

l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie; 2) l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento.

Nel caso specifico, la disciplina di gara richiedeva di documentare il possesso dei predetti requisiti mediante il rilascio di *“certificazioni attestanti la regolare esecuzione delle attività svolte, rilasciati da committenti/stazioni affidatarie del servizio”*, unici documenti idonei, secondo le disposizioni alle quali si era vincolata l'amministrazione appaltante, a fornire adeguate garanzie di capacità tecnico-professionale dei progettisti in ordine allo svolgimento dell'appalto di cui si controverte.

Tanto in omaggio a condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui: I) la certificazione delle attività regolarmente eseguite è elemento essenziale, in quanto attiene alla tutela della necessità che il requisito esperienziale sia certo e validato da parte dell'Autorità munita del potere di verificarne il presupposto e quindi deve sussistere al momento della presentazione della domanda; II) quando il bando richiede a titolo di esperienza, come nel caso di specie, l'effettuazione di un determinato importo di affidamenti analoghi, è necessario che

la relativa attestazione riguardi l'avvenuta regolare esecuzione nella loro interezza, coincidendo tale circostanza con l'esatto adempimento del contratto e, quindi, con la verifica di regolarità che presuppone il loro compimento (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6135/2017; T.A.R. Lazio, n. 9793/2019).

La mancata produzione da parte del r.t.p. Miano di tali certificazioni non è stata giustificata e, sotto distinto profilo, non risulta neppure dedotta l'irragionevolezza o sproporzione della previsione di gara, la difficoltà o eccessiva onerosità dell'adempimento a carico dei partecipanti.

E' quindi insufficiente a dimostrare il possesso del requisito la mera allegazione di convenzioni di incarico di progettazione da parte di altre amministrazioni affidatarie, riguardando tali documenti la fase genetica del rapporto contrattuale e non il buon esito dei servizi; peraltro, va rilevato che, in ordine alla posizione difensiva del Comune, non risulta allegata la documentazione con la quale la C.U.C. avrebbe proceduto alla verifica dei requisiti mediante interpello delle amministrazioni committenti dei servizi dichiarati dal r.t.p. aggiudicatario.

Quanto alla ritenuta equipollenza delle delibere di adozione/approvazione di p.u.c. si osserva che, in base all'art. 3 del Reg. Reg. 5/2011 (*"Regolamento di attuazione per il governo del territorio"*) attuativo della L. Reg. n. 16/2004 (*"Norme sul governo del territorio"*), l'adozione del piano urbanistico da parte della Giunta dell'amministrazione precedente presuppone la conformità alla disciplina legislativa e regolamentare nonché agli strumenti urbanistici sovra ordinati ma non comprova la regolare esecuzione dell'incarico di progettazione con riguardo al rispetto degli impegni

contrattuali assunti dal soggetto incaricato, ad esempio in ordine al risultato di eventuali contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'adempimento dell'incarico o al rispetto della tempistica per l'esecuzione che, a sua volta, rappresenta certamente un profilo essenziale dello svolgimento dell'appalto e che consente di qualificare come "regolare" l'esecuzione del servizio.

Non è quindi condivisibile l'argomentazione svolta dalle parti resistenti, secondo cui l'allegazione del documento richiesto dalla *lex specialis* si palesava superflua; difatti, tale ermeneutica sovrappone due profili distinti, da un lato, quello "pubblico" della conformità dello strumento urbanistico adottato alla superiore cornice normativa e di pianificazione (comprovato dalle delibere di adozione/approvazione del p.u.c.) e, dall'altro, quello "privato" che attiene alla verifica in ordine al rispetto da parte dei professionisti incaricati delle prescrizioni contrattuali contenute nelle convenzioni di incarico (oggetto del certificato di regolare esecuzione). Peraltro, a conferma della essenzialità di tale documento milita la previsione contenuta nel disciplinare con cui la stessa amministrazione appaltante ne evidenziava l'imprescindibilità quale elemento di comprova del possesso del requisito tecnico – professionale, non ammettendo documenti equipollenti o sostitutivi.

Con un ulteriore profilo di illegittimità la ricorrente sostiene che il r.t.p. aggiudicatario non avrebbe potuto spendere gli incarichi dichiarati nella domanda di partecipazione, trattandosi di servizi svolti dal mandatario del raggruppamento non come professionista singolo ma come componente di altri sodalizi di cui facevano parte professionisti diversi non coinvolti nella nuova procedura.

Le resistenti replicano che l'incarico in materia urbanistica (p.u.c. e v.a.s.) è diverso dalla mera progettazione e non richiederebbe l'indicazione della percentuale di partecipazione dei singoli professionisti; inoltre, evidenziano che i servizi spesi sarebbero stati correttamente imputati al professionista mandatario che ha rilasciato fatture per l'intero importo dell'incarico.

La censura è fondata.

Giova rammentare che i servizi di progettazione svolti in raggruppamento sono idonei ad attestare l'esperienza pregressa e la capacità tecnica del professionista limitatamente all'attività effettivamente svolta, in quanto solo la predetta attività risulta in grado di arricchire di contenuto concreto l'esperienza documentata da ciascun concorrente nel proprio *curriculum* (T.A.R. Puglia, n. 299/2018). Nello stesso senso depongono anche le linee guida Anac n. 1/2016, in materia di raggruppamenti temporanei di professionisti, secondo cui *“La spendibilità come esperienza pregressa dei servizi prestati deve essere limitata pro quota rispetto all'importo totale”* (par. 2.2.3.3).

Da tali considerazioni discende che il mandatario del r.t.p. aggiudicatario non avrebbe potuto spendere in proprio i servizi svolti in precedenti appalti insieme a diversi associati, trattandosi di attività da lui non integralmente svolte e comunque corrispondenti ad una quota inferiore al 100% dichiarato in sede di gara.

Le contrapposte argomentazioni rese dalle controparti sono prive di pregio, atteso che l'eventuale riconducibilità dei servizi svolti ad incarichi di redazione di strumenti urbanistici non consentiva comunque al dichiarante di spendere nella procedura di gara i requisiti dichiarati nella interezza, siccome riferibili anche a diversi professionisti. Inoltre, la circostanza che i corrispettivi riferiti alle

pregresse esperienze professionali siano stati fatturati dal mandatario non lascia presumere l'integrale esecuzione da parte del dichiarante e, in ogni caso, non può escludersi una successiva retrocessione agli altri professionisti raggruppati delle quote di compenso di rispettiva competenza.

L'accoglimento degli scrutinati motivi di gravame consente di assorbire gli ulteriori profili di illegittimità articolati in via gradata dalla società ricorrente (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5/2015, par. 8 secondo cui *“la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi – motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze”*) e, quindi, di prescindere anche dalle eccezioni in rito sollevate dalle controparti processuali in relazione alle censure subordinate.

In ragione di quanto precede, va accolta la domanda impugnatoria con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del r.t.p. controinteressato che, per le ragioni esaminate, doveva essere escluso dalla procedura concorsuale.

Venendo all'esame delle richieste avanzate dalla ricorrente di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro nella posizione contrattuale del r.t.p. aggiudicatario, occorre dare atto che in data 14 ottobre 2019 è stato stipulato il contratto d'appalto e lo stesso ha avuto parziale esecuzione (memoria di parte ricorrente del 10 febbraio 2020).

Pertanto, tenuto conto della concreta possibilità per il r.t.p. della ricorrente (secondo graduato) di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto - la cui adozione spetta alla stazione appaltante, fatto salvo l'esito delle verifiche di competenza - e della richiesta di

subentro nella posizione contrattuale espressamente avanzata, va dichiarata l'inefficacia del contratto, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente sentenza.

Quanto alla quota di esecuzione del contratto già eseguita va rigettata la richiesta di risarcimento dei danni per equivalente monetario correlati alla mancata esecuzione integrale dell'appalto che parte ricorrente avanza sia in relazione al lucro cessante per mancata aggiudicazione sia al danno curriculare.

Con riguardo alla prima voce di danno, non vi sono ragioni per discostarsi dal prevalente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui spetta all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito (nel caso specifico proporzionato alla quota di appalto già eseguita), qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza, non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ex art. 64 c.p.a. e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5803/2019; Adunanza Plenaria, n. 2/2017; T.A.R. Sicilia, n. 2326/2019).

Viceversa, la ricorrente ha avanzato la propria pretesa senza fornire una prova concreta e rigorosa del danno bensì ricorrendo a criteri forfettari i quali, come sopra esposto, non costituiscono un criterio ammissibile.

Neppure può essere accolta la richiesta di risarcimento del danno curriculare, visto che l'eventuale subingresso nel rapporto

contrattuale - previa aggiudicazione da parte della stazione appaltante, sussistendone le condizioni di legge - consentirà alla istante di spendere in future selezioni concorsuali i requisiti maturati nell'esecuzione del presente appalto, arricchendo così il proprio *curriculum* professionale; pertanto, non si ravvisa il pregiudizio ristorabile per equivalente monetario.

Ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 91 c.p.c., le spese di giudizio seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo, così come il rimborso del contributo unificato che va posto a carico del Comune soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- accoglie il ricorso proposto dalla società Mate Soc. Coop. e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara inefficace il contratto stipulato in data 14 ottobre 2019 in seguito al provvedimento di aggiudicazione in favore del r.t.p. controinteressato, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente sentenza;
- condanna il Comune di Somma Vesuviana e Miano Pasquale al pagamento delle spese processuali in favore della società Mate Soc. Coop. che liquida in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, da ripartire in parti uguali tra le controparti processuali (€ 1.500,00 ciascuno);
- condanna infine il Comune di Somma Vesuviana al rimborso del contributo unificato versato dalla società ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO