

Publicato il 01/03/2021

N. 00444/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01528/2020 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1528 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Exproprianda S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con ProGen Soc.Coop p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arcangelo Guzzo e Claudio Martino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Studio Tecnico Bevacqua Luigi, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura indetta dal Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese per l'affidamento del "*Servizio integrato di natura legale, amministrativa e tecnica per la regolarizzazione e il completamento delle procedure ablatorie connesse ai lavori di costruzione dell'impianto di irrigazione dell'altopiano di Isola Capo Rizzuto – II° lotto – III° lotto – IV° lotto*", nella parte in cui con gli stessi si è disposta l'aggiudicazione della gara nei confronti dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi anziché in favore del RTP esponente e, in particolare:

- della nota del 2 novembre 2020, prot. n. 4998, a mezzo della quale è stata offerta comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara;

- della deliberazione del 16 ottobre 2020, n. 54, recante aggiudicazione definitiva della commessa in esame in favore di Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- degli atti e di tutti i verbali delle sedute di gara e, in particolare, dei verbali delle sedute pubbliche del 20 luglio 2020 e del 30 settembre 2020 e del verbale della seduta riservata del 9 settembre 2020;

- della proposta di aggiudicazione in favore della società controinteressata;

- della graduatoria concorsuale;

- ove occorra, della nota del 2 dicembre 2020, prot. n. 5577, recante avvio procedimento di autotutela ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241;

- degli esiti e delle risultanze delle verifiche effettuate dal RUP e dalla S.A. ex artt. 32, 80, 95 e 97 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché a termini della legge di gara, sul possesso dei requisiti e sull'offerta del concorrente Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- di ogni altro atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'amministrazione in dipendenza ed in relazione ai provvedimenti sopra indicati;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente;

con i primi motivi aggiunti:

- della deliberazione del 18 dicembre 2020, n. 70, con cui la committente, prendendo atto delle risultanze dell'attività di verifica della Commissione di gara, ha determinato l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva;

- della nota del 23 dicembre 2020, prot. n. 5904, recante comunicazione della predetta delibera n. 70;

- della delibera del 18 dicembre 2020, n. 71, a mezzo della quale la Committente, previa rideterminazione della graduatoria, ha disposto la nuova aggiudicazione definitiva nei confronti di Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- della nota del 23 dicembre 2020, prot. n. 5907, con cui il RUP ha comunicato all'odierno esponente la nuova aggiudicazione nei confronti di Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- del verbale del 10 dicembre 2020 e degli ulteriori atti relativi all'attività di riesame svolta dall'Amministrazione;

- della nota del Responsabile Ufficio Appalti e Contratti del Consorzio del 14 dicembre 2020, prot. n. 5742;

- della proposta del RUP del 15 dicembre 2020, prot. n. 221;

- delle operazioni e delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante nella fase di riformulazione della graduatoria concorsuale;

- ove occorra, della nota di controdeduzioni fornite dal concorrente Studio Tecnico Bevacqua Luigi in data 7 dicembre 2020, nella misura in cui è stata recepita dalla stazione appaltante;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti.

con i secondi motivi aggiunti:

- della deliberazione dell'8 febbraio 2021, n. 7, con cui è stato disposto l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva di

cui alla delibera del 18 dicembre 2020, n. 71, nonché l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva dei tre lotti in gara in favore dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- della nota del 9 febbraio 2021, prot. n. 601 e prot. n. 595, recanti comunicazione della predetta delibera n. 7;

- della determina del RUP del 2 febbraio 2021, n. 18, recante proposta di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla delibera n. 71 del 18 dicembre 2020 ed emissione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva dei tre lotti in gara in favore dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

con richiesta di subentro del RTI ricorrente nel contratto con il raggruppamento rimasto aggiudicatario, ove nelle more stipulato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a.;

ovvero, in via subordinata, con richiesta di condanna dell'Ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese e dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori con le modalità previste dal combinato disposto dell'art. 4, comma 1, periodo quarto ss. d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. con mod. con l. 25 giugno 2020, n. 70, così come richiamato dall'art. 25, comma 1 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con mod, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Rilevato in fatto che:

a) a seguito di espletamento della gara con procedura aperta appositamente indetta, il Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese ha, con i provvedimenti meglio indicati in epigrafe, affidato allo Studio Tecnico Bevacqua Luigi il servizio integrato di natura legale, amministrativa e tecnica per la regolarizzazione e il completamento delle procedure ablatorie connesse ai lavori di costruzione dell'impianto di irrigazione dell'altopiano di Isola Capo Rizzuto – II lotto – III lotto – IV lotto;

b) Exproprianda S.r.l., in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con ProGen Soc.Coop p.a., operatore economico secondo classificato, è insorta contro l'esito della gara, proponendo ricorso d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale;

c) il ricorso è postato integrato due volte con motivi aggiunti a seguito dei provvedimenti di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione (in ragione della riscontrata fondatezza di alcuni motivi di impugnazione proposti in questa sede) e del rinnovato affidamento del servizio al già citato studio tecnico;

d) costituitosi il consorzio intimato e il soggetto controinteressato, entrambi hanno resistito al ricorso, mentre l'aggiudicatario ha altresì proposto ricorso incidentale escludente, deducendo che il R.T.I. ricorrente avrebbe dovuto essere escuso dalla gara per una pluralità di motivi e che gli si sarebbe dovuto assegnato un punteggio più basso per l'offerta tecnica;

e) il ricorso è stato discusso in data 10 febbraio 2021 ai sensi del combinato disposto dell'art. 4, comma 1, periodo quarto ss. d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. con mod. con l. 25 giugno 2020, n. 70, così come richiamato dall'art. 25, comma 1 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con mod, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, e quindi spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto, quanto al ricorso incidentale, che:

f) il *dies a quo* del termine per la proposizione del ricorso incidentale è fissato dall'art. 42 c.p.a. nel giorno della notificazione del ricorso principale; ne deriva

che nel caso di specie, in cui il ricorso principale è stato notificato in data 3 dicembre 2020, il ricorso incidentale avrebbe dovuto essere notificato entro il 2 gennaio 2021;

g) al contrario, esso è stato notificato in data 9 febbraio 2021, quindi tardivamente, ond'è il ricorso incidentale è irricevibile;

b) né vale a mutare la decorrenza del termine di impugnazione l'adozione, da parte dell'amministrazione intimata, di due provvedimenti con cui ha annullato in autotutela l'aggiudicazione e ha provveduto a una nuova aggiudicazione nei confronti dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi: tali provvedimenti non incidono in alcun modo sull'ammissione alla gara del R.T.I. di cui Exproprianda S.r.l. è mandataria, né sulla valutazione attribuita alla sua offerta tecnica, sicché non hanno alterato il preesistente interesse alla proposizione del ricorso incidentale;

Ritenuto, quanto al ricorso principale e ai motivi aggiunti:, che

i) non è fondato il primo motivo di ricorso principale, con il quale Exproprianda S.r.l. deduce che il controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per difetto dei requisiti di capacità tecnica ed economica, essendo nulli i contratti di avvalimento mediante i quali si è procurato tali requisiti;

- *it)* ed infatti, la giurisprudenza (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339) ha chiarito che, nell'avvalimento c.d. di garanzia - avente cioè ad oggetto, come nel caso di specie, il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico - proprio ad evitare il rischio che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, occorre che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità;

l'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve quindi diventare, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che quindi abbia ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse; tuttavia tale impegno a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o, quantomeno, determinabile, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante;

- *i2*) nel caso di specie, il requisito di serietà e determinabilità dell'impegno è integrato dai contratti di avvalimento prodotti, in quanto gli operatori economici ausiliari hanno con essi assunto formale impegno nei confronti della stazione appaltante di mettere a disposizione dell'operatore ausiliato le risorse di cui esso sia carente, ai fini del perfetto espletamento della attività previste nell'appalto, specificamente individuate;

l) è invece fondato il primo dei motivi aggiunti, con cui si deduce che l'amministrazione ha illegittimamente considerato i servizi analoghi svolti da una delle società ausiliarie non solo per ritenere soddisfatti i requisiti di partecipazione alla procedura, ma anche ai fini dell'attribuzione del punteggio con riferimento all'offerta tecnica;

- *l1*) ed infatti, l'avvalimento è un istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, n. 4785);

- 12) se così è, il consorzio resistente non avrebbe potuto prendere in considerazione, come invece ha fatto, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica proposta dallo Studio Tecnico Bevacqua Luigi, i servizi analoghi prestati dalle imprese ausiliarie;

- 13) tale considerazione si applica anche al similare servizio reso C.B.C. Ingegneria & Topografia S.r.l. in favore della stazione appaltante, che non può essere valutato in capo all'operatore economico controinteressato, nemmeno ove si riscontri che il geom. Luigi Bevacqua abbia svolto l'attività di *project manager*, che non è evidentemente equivalente all'assunzione diretta della responsabilità di esecuzione di un servizio;

- 14) d'altra parte, come pure sottolineato dalla ricorrente, se pure l'esperienza maturata da Luigi Bevacqua quale *project manager* presso un altro operatore economico potesse essere apprezzato ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, appare viziata da eccesso di potere per irragionevolezza la determinazione di attribuire a tale esperienza, necessariamente parziale, il punteggio massimo;

m) i residui motivi di ricorso sono stati superati dagli intervenuti provvedimenti in autotutela, o comunque sono assorbiti dalla *ratio* dell'odierna decisione;

n) il ricorso va quindi accolto e i provvedimenti impugnati vanno annullati;

o) poiché non risulta la stipula del contratto, non occorrono ulteriori statuizioni;

p) le spese di lite vanno regolate secondo il principio della soccombenza;

P.Q.M.

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

Condanna il Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e lo Studio Tecnico Bevacqua Luigi, in solido tra di loro, alla rifusione, in favore di Exproprianda S.r.l., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 2.500,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO