



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1470 del 2012, proposto da:
Thetis s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avv.ti Alfredo Biagini e Andrea Giuman, con domicilio eletto presso lo studio
del primo in Venezia, Santa Croce, 466/G;

contro

Azienda Speciale per il Porto di Chioggia (ASPO), in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Creuso, con
domicilio eletto presso Mario Feltrin in Venezia, Zattere-Dorsoduro, 1401;

nei confronti di

Fpz Engineering s.r.l., in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avv. Silvia Benacchio, con domicilio eletto presso la segreteria del T.A.R. ai
sensi dell'art. 25, comma 1, del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

- della determina n. 12 del 31.08.2012, con la quale il Presidente di ASPO s.p.a. ha aggiudicato l'appalto avente ad oggetto l'affidamento del <<servizio di consulenza relativa alle attività previste dai WP4 – “Studio di un modello per le emissioni del comparto portuale” e WP5 – “Studio degli effetti di un inquinante versato in mare e definizione dei metodi d'intervento”, nell'ambito del progetto “Safe Port, - Il porto e la gestione dei rischi industriali e ambientali”>>.
- della nota in data 11.09.2012, prot. n. 2718/p.b., con la quale ASPO ha comunicato l'esito della suddetta procedura;
- di tutti i verbali di gara e, in particolare, del verbale n. 3 della seduta di gara tenutasi in data 1.08.2012, all'esito della quale la Commissione giudicatrice ha disposto l'aggiudicazione provvisoria;
- degli atti del procedimento di verifica del possesso in capo all'odierna contro interessata dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, nonché di quelli di ordine generale auto dichiarati in fase di offerta;
- dell'Avviso d'indagine di mercato e del relativo disciplinare di gara nella parte in cui non hanno previsto l'espletamento della procedura di verifica a sorteggio del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti in fase di offerta *ex art. 48*, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006, e nella parte in cui non hanno previsto la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, da espletarsi prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica ed economica;
- della delibera a contrarre n. 36 in data 11.05.2012 del C.d.A. di ASPO;
- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale;
- del verbale delle operazioni di accesso svoltesi in data 26.09.2012 nella parte in cui ASPO non ha consentito l'accesso immediato alla documentazione afferente alla fase di verifica *ex art. 48*, comma 2, del d. lgs. 163/2006, in capo alla aggiudicataria, del possesso dei requisiti di ordine speciale, oltreché di ordine generale, auto-dichiarati in sede di offerta;

- per la declaratoria del diritto di accedere a tutta la documentazione riguardante la fase di verifica dell'offerta, sia con riferimento a quella prodotta dalla società aggiudicataria, che a quella acquisita d'ufficio dalla Stazione appaltante;
- per la dichiarazione d'inefficacia del contratto che dovesse essere stato *medio tempore* stipulato fra ASPO e la società contro interessata;
- per il risarcimento in forma specifica con conseguente subentro nel contratto d'appalto, ovvero, in subordine, per il risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Speciale per il Porto di Chioggia (ASPO) e di Fpz Engineering s.r.l..

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 1470/2012) notificato in data 12.10.2012 e depositato il successivo 23.10.2012, Thesis s.p.a. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, concernenti la procedura di affidamento da parte dell'Azienda Speciale Porto di Chioggia avente ad oggetto <<servizio di consulenza relativa alle attività previste dai WP4 – “Studio di un modello per le emissioni del comparto portuale” e WP5 – “Studio degli effetti di un inquinante versato in mare e definizione dei metodi d'intervento”, nell'ambito del progetto “Safe Port – il porto e la gestione dei rischi industriali e ambientali”>>.

2. Lamenta, nello specifico, l'illegittimità del provvedimento aggiudicazione intervenuto in favore della prima classificata (Fpz Engineering s.r.l.) deducendo, al riguardo, il mancato possesso da parte di quest'ultima dei prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dalla *lex specialis* di gara.

3. Avverso detto provvedimento, la ricorrente ha formulato le seguenti censure:

4. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 90 e 253, comma 15, del d. lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti.

4.1. Rileva in proposito che la società aggiudicataria non avrebbe potuto avvalersi, al fine di comprovare il possesso dei prescritti requisiti economico-finanziari richiesti dal bando di gara, della disposizione di cui all'art. 253, comma 15, del d. lgs. n. 163/2006, esulando l'appalto in questione dal novero dei servizi di cui all'art. 90 del medesimo decreto legislativo.

5. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 90 e 253, comma 15, del d. lgs. n. 163/2006 sotto ulteriore profilo. Violazione dell'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001. Eccesso di potere per carenza d'istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione dell'Avviso di indagine di mercato nella parte in cui si richiedeva il possesso dei requisiti di ordine speciale.

5.1. Riferisce, al riguardo, che il Presidente di Fpz Engineering non avrebbe potuto attestare il possesso del requisito di ordine speciale di cui a pag. 3 dell'Avviso d'indagine di mercato del 6 luglio 2012, prot. n. 2147 / p.b. (aver maturato un fatturato globale d'impresa per servizi nel settore oggetto della gara espletati negli ultimi tre anni durante il triennio 2009-2011 non inferiore ad € 123.600,00, pari a due volte l'importo a base d'asta), essendo incorso, in qualità di pubblico dipendente, nel divieto di svolgimento di attività libero-professionale di cui all'art. 53 del d. lgs. 165/2001, che gli avrebbe conseguentemente impedito di conseguire i

dichiarati fatturati di € 214.000,00 (per l'anno 2009) e di € 179.000,00 (per l'anno 2010).

6. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 48, comma 1, e 125 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di trasparenza e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

6.1. Deduce, in particolare, la mancata effettuazione del procedimento di verifica a campione del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti in sede di offerta.

7. In aggiunta ai suesposti motivi di doglianza, la ricorrente ha altresì proposto istanza ai sensi dell'art. 116, comma 2, del d. lgs. n. 104/2010, avverso il diniego di accesso condizionatamente opposto dalla stazione appaltante alla documentazione concernente la fase di verifica in capo alla società aggiudicataria dei requisiti da essa auto-dichiarati in sede di offerta.

8. L'Azienda Speciale per il Porto di Chioggia si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, contestando le tesi difensive *ex adverso* svolte e concludendo per la reiezione delle domande avanzate dalla ricorrente.

9. Si è, altresì, regolarmente costituita la società controinteressata la quale propone, nella sostanza, le medesime argomentazioni formulate dalla resistente amministrazione.

10. La causa è stata trattenuta in decisione nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012.

DIRITTO

12. In via preliminare dev'essere respinta l'eccezione d'inammissibilità del gravame proposta dalla contro interessata Fpz Engineering s.r.l., non risultando, dalla documentazione posta agli atti di causa, il mancato possesso da parte della ricorrente del requisito di ordine speciale (aver maturato un fatturato globale d'impresa per servizi nel settore oggetto della gara espletati negli ultimi tre anni

durante il triennio 2009-2011 non inferiore ad € 123.600,00, pari a due volte l'importo a base d'asta) richiesto a pag. 3 dell'Avviso d'indagine di mercato.

13. Appare invece suscettibile di essere accolto il primo motivo di gravame con cui parte ricorrente denuncia che la società aggiudicataria non avrebbe potuto avvalersi, al fine di comprovare il possesso del requisito di ordine speciale richiesto dalla *lex concursualis*, della disposizione di cui all'art. 253, comma 15, del d. lgs. n. 163/2006.

14. Osserva, infatti, il Collegio che il disposto di cui al predetto art. 253, comma 15, trova applicazione soltanto per gli affidamenti aventi ad oggetto le prestazioni di cui all'art. 90 del d. lgs. n. 163/2006 specificatamente intitolato *“Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici”*.

14.1. Orbene, si deve rilevare che nel caso di specie l'affidamento in questione non impone lo svolgimento di attività progettuale, essendo invero la prestazione oggetto di gara esclusivamente rivolta all'espletamento di un *“servizio di consulenza”* in materia ambientale.

14.2. Conseguentemente, non rientrando i servizi da appaltare nella previsione di cui al richiamato art. 90, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006, la ditta aggiudicataria non avrebbe potuto giovare della disciplina di cui all'art. 253, comma 15, del medesimo decreto legislativo, al fine documentare il possesso del requisito speciale del fatturato richiesto dalla stazione appaltante *ex art. 41* del codice dei contratti pubblici.

15. Con il terzo mezzo di gravame, parte ricorrente lamenta la mancata attivazione del procedimento di verifica a campione di cui all'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006, nonché l'omessa verifica della sussistenza in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale da espletarsi prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica.

15.1. La doglianza è suscettibile di essere accolta.

15.2. Difatti, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, la verifica dei requisiti generali di ammissione, oltre ad essere omnicomprensiva, deve precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche; mentre la verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi deve essere, se preventiva, a campione (arg. *ex* art. 48, comma 1, d. lgs. n. 163/2006), laddove, se successiva alla disposta aggiudicazione, deve riguardare solo il primo ed il secondo graduato (art. 48, comma 2, cit.).

15.3. A siffatto ordine di principi non risulta, però, essersi attenuata la stazione appaltante la cui condotta, sotto questi profili, si appalesa illegittima.

16. In definitiva il ricorso va accolto con assorbimento delle ulteriori censure proposte.

17. Attesa la particolarità della fattispecie controversa, si ravvisano, nondimeno, giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Silvia Coppari, Referendario

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/11/2012

IL SEGRETARIO

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