

APPALTO DI PROGETTAZIONE DEL PIANO STRATEGICO TERRITORIALE DI UN COMUNE: nè può ritenersi che detto requisito (il possesso della certificazione di "qualità aziendale ") sia limitato esclusivamente alle società di ingegneria in quanto i requisiti di capacità economica e tecnica non possono essere differenziati in relazione alla tipologia dei partecipanti ed in quanto, in particolare, la certificazione di qualità si è diffusa anche nel settore delle professioni che sovente presuppongono una organizzazione, quella dello studio professionale, strumentale all'esercizio dell'attività propria del professionista.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso una clausola di un bando che preveda < a carico del concorrente, a pena di esclusione, la dichiarazione inerente il possesso della certificazione di "qualità aziendale "relativa all'attività di servizi di ingegneria e di architettura, rilasciata da soggetto accreditato in base alla normativa europea a svolgere l'attività di certificatore di sistemi di qualità", determina un'illegittima restrizione dei requisiti legittimanti la partecipazione.? Detta prescrizione, consentendo la partecipazione solo ai professionisti muniti della certificazione di qualità e cioè ad un numero di ingegneri e di architetti che rappresentano appena lo 0,13% di entrambe le categorie professionali, limita, in sostanza, la partecipazione alla gara alle sole società (di professionisti, di ingegneria e loro raggruppamenti)?

il Collegio ritiene illegittimamente restrittiva della partecipazione alla gara la clausola che impone un requisito non posseduto dalla stragrande maggioranza dei professionisti che operano con riguardo alla progettazione sotto soglia comunitaria in relazione alla quale non viene specificata la sussistenza di una peculiare complessità esecutiva. In tal modo si determina, infatti, una discriminazione in danno dei liberi professionisti, contrastante col principio della massima partecipazione e col divieto di aggravare il procedimento, per di più con riguardo a servizi (di ingegneria e di architettura) di valore non particolarmente elevato e, quindi, in assenza di valide ragioni per richiedere ulteriori e più specifici requisiti per la partecipazione. A questo proposito va richiamata la costante giurisprudenza secondo la quale sono illegittime le clausole discriminatorie inserite nei bandi relativi agli appalti pubblici di servizi ed in particolare secondo cui l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché la richiesta di un determinato requisito va correlato al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento. **La facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione trova, pertanto, un limite nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 comma 2 l. n. 241 del 1990.** Conseguentemente appare illegittimo il disciplinare nella parte in cui prescrive il possesso della certificazione de qua dovendosi ritenere violato il principio della massima partecipazione, ponendosi in essere un'immotivata limitazione in danno in particolare dei liberi professionisti. Peraltro l'Amministrazione non ha esplicitato le ragioni per le quali (in contrasto con il principio della massima partecipazione e con il divieto di discriminazione) ha bandito una gara alla quale può partecipare un numero estremamente esiguo di liberi professionisti. **La illegittimità del bando e disciplinare di gara, con riguardo alla previsione di un requisito di partecipazione di carattere restrittivo in termini di qualificazione dei concorrenti, comporta la illegittimità degli atti applicativi di esclusione dell'associazione temporanea di professionisti il ricorrente e, conseguentemente, dell'aggiudicazione del servizio alla parte controinteressata.**

dalla lettura della sentenza numero 420 del 27 febbraio 2009, emessa dal Tar Sicilia, Catania appuriamo che:

< Ciò premesso va rilevato che nella fattispecie si verte in ipotesi di appalto di servizi di ingegneria sotto soglia comunitaria posto che, alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, (20 dicembre 2005) la soglia comunitaria era ancora determinata dalla direttiva

comunitaria 2004/17/CE nel suo testo originario, che, all'articolo 7 lettera B, la fissa in € 236.000, mentre l'importo base d'asta era determinata dal bando in € 225.000.

Il bando, nell'individuare i soggetti ammessi a partecipare alla gara, richiamava l'art. 17, lettere d, e, f, g e g bis della L.n. 109/1994 come recepito in Sicilia dalle LL.RR. n. 7/2002 e 7/2003.

Detto combinato disposto di norme ricomprende:

- liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni;
- le società di ingegneria;
- i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui sopra;
- i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria anche in forma mista.

L'art. 32 della legge reg. n. 7 del 2002 (integrato dall'art. 126, comma 8, della L.R. 17/2004), dispone che nella Regione siciliana gli appalti di servizi sono disciplinati dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni.

Gli appalti di servizi di importo inferiore alla soglia di comunitaria sono disciplinati dai regolamenti degli enti, con l'osservanza dei principi che discendono dalla medesima disciplina e possono essere affidati a trattativa privata mediante gara informale nel rispetto delle condizioni stabilite dai regolamenti medesimi, con esclusione dei servizi di cui alle categorie 11 e 12 (servizi di ingegneria) dell'allegato 1 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni.

Dalla predetta disciplina si evince che sia in relazione agli appalti sopra soglia che per quelli sotto soglia, in difetto di una specifica normativa regolamentare, trova applicazione il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, in particolare con riguardo alla disciplina dei requisiti di partecipazione.

Il Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 all'articolo 14, nel disciplinare la capacità tecnica, prevede che la dimostrazione può essere fornita mediante una serie di situazioni qualificanti tra cui: "f) il controllo, effettuato dalla amministrazione o, per suo incarico, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, allorché il servizio da prestare sia complesso o debba rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità".

Qualora le amministrazioni aggiudicatrici richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, attestanti che il concorrente osserva determinate norme in materia di garanzia della qualità, "esse fanno riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulla pertinente serie di norme europee EN 29000, certificati da organismi conformi alla serie di norme europee EN 45000. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri; esse ammettono, parimenti, altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità qualora il concorrente non abbia accesso a tali certificati o non possa ottenerli nei termini richiesti".

L'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.

Va, infatti, rilevato che il Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 all'articolo 14, nel disciplinare la capacità tecnica contempla altri elementi di dimostrazione della predetta capacità che assolvono alla finalità di selezione senza determinare una eccessiva ed illogica limitazione dei soggetti idonei alla prestazione del servizio.

Ciò premesso, ancorché il predetto requisito sia previsto dall'art. 14 lett. F del d. l.vo n. 157 del 1995, purtuttavia il Collegio ritiene illegittimamente restrittiva della partecipazione alla gara la clausola che impone un requisito non posseduto dalla stragrande maggioranza dei professionisti che operano con riguardo alla progettazione sotto soglia comunitaria in relazione alla quale non viene specificata la sussistenza di una peculiare complessità esecutiva (di tale circostanza fornisce una prova documentale la parte ricorrente).

In tal modo si determina, infatti, una discriminazione in danno dei liberi professionisti, contrastante col principio della massima partecipazione e col divieto di aggravare il procedimento, per di più con riguardo a servizi (di ingegneria e di architettura) di valore non particolarmente elevato e, quindi, in assenza di valide ragioni per richiedere ulteriori e più specifici requisiti per la partecipazione.

A questo proposito va richiamata la costante giurisprudenza secondo la quale sono illegittime le clausole discriminatorie inserite nei bandi relativi agli appalti pubblici di servizi ed in particolare secondo cui l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché la richiesta di un determinato requisito va correlato al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento (Cons. Stato, IV 28 aprile 2008 numero 1860).

La facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione trova, pertanto, un limite nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 comma 2 l. n. 241 del 1990.

Conseguentemente appare illegittimo il disciplinare nella parte in cui prescrive il possesso della certificazione de qua dovendosi ritenere violato il principio della massima partecipazione, ponendosi in essere un'immotivata limitazione in danno in particolare dei liberi professionisti.>

Relativamente alla richiesta di risarcimento del danno:

< Va, invece, accolta nei termini di cui di seguito la domanda di risarcimento proposta dalla parte ricorrente, ricorrendo l'ipotesi di impossibilità di rinnovare la procedura per l'avvenuta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto di servizi.

Ritiene il Collegio che nel caso di annullamento giurisdizionale di tutti gli atti di gara a partire dal bando di gara e dal disciplinare, la circostanza che l'appalto sia già stato parzialmente espletato importa che la totale rinnovazione della gara costituirebbe eccessivo aggravio per il debitore, ai sensi dell'art. 2058 cc.; e, pertanto, dato che l'impresa ricorrente non ha la possibilità di partecipare nuovamente ad una gara indetta nel puntuale rispetto della normativa allora vigente e che risulta essere stata invece violata, con la conseguente possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sussiste il diritto al risarcimento per equivalente della perdita di tale "chance".

Nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il soggetto che avanza la domanda di risarcimento deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo, perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Consiglio di Stato V 13 giugno 2008 numero 2967).

Non avendo parte ricorrente fornito la prova predetta il Collegio deve applicare il parametro di quantificazione individuato dalla giurisprudenza in situazioni analoghe per cui si è ritenuto che in una gara per un appalto pubblico, ove l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga dopo la completa esecuzione del servizio, al ricorrente (cui non sarebbe spettata in via automatica l'aggiudicazione) per il mancato guadagno va riconosciuto un risarcimento pari all'utile presuntivo d'impresa, corrispondente al dieci per cento del prezzo a base d'asta, da dividersi per il numero dei concorrenti che avrebbero potuto partecipare alla rinnovazione della gara (Consiglio Stato , sez. II, 30 aprile 2003 , n. 1036).

L'amministrazione resistente è, pertanto, tenuta a quantificare la somma spettante a titolo risarcitorio all'associazione temporanea di professionisti al ricorrente e a formulare la relativa offerta nel termine di giorni 60, decorrente dalla comunicazione o notifica della presente sentenza, ai sensi dell'art. 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998, nel testo sostituito dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale dispone che "Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4) , del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta">



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 965 del 2006, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ALFA Barbara in P. e N.Q., rappresentato e difeso dall'avv. Guido Barbaro, con domicilio eletto presso Rosario Magnano Di San Lio in Catania, via G. Leopardi, 103;

contro

Comune di Milazzo (Me), rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Tigano, Angela Maimone, con domicilio eletto presso Anna Maria Gambilonghi in Catania, via Conte Ruggero N.7; Settore Lavori Pubblici del Comune di Milazzo;

nei confronti di

BETA Spa - Napoli, rappresentato e difeso dall'avv. Felice Giuffre', con domicilio eletto presso Felice Giuffre' in Catania, corso delle Province, 22; BETA Spa - Torino, Bastano Ida;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A - quanto al ricorso:

- del provvedimento, adottato nel verbale di asta pubblica del 15/02/06, con il quale la Commissione di gara ha deciso, "a rettifica della pronuncia effettuata in data 20/12/05, l'esclusione" dell'A.T.P. ricorrente (così annullando l'aggiudicazione provvisoria in favore della stessa);
- del provvedimento, adottato nel medesimo verbale di asta pubblica, del 15/02/06, con il quale la Commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente la gara al CENTRO STUDI sui SISTEMI di TRAPORTO spa, con sede in Napoli;
- del provvedimento con il quale la gara è stata aggiudicata definitivamente al BETA con sede in Napoli;
- della determinazione del Dirigente del Settore Lavori Pubblici e Patrimonio del Comune di Milazzo n.18 del 20/01/06, nonché della relazione del responsabile del procedimento del 19/01/2006 ,prot n.515 (citata nella predetta determinazione dirigenziale del 20/01/06);
- della nota del Settore Lavori Pubblici e Patrimonio del Comune di Milano del 20/01/06, protn.568/LLPP e successiva rettifica del 23/01/2006, pervenute tramite fax alla ricorrente, rispettivamente il 21/01/06 ed il 23/01/06;
- del parere del responsabile del procedimento citato nel verbale di asta pubblica del 15/02/06;
- del provvedimento, contenuto nel verbale di asta pubblica del 20/12/05 ,con il quale la BETA spa è stata ammessa alla gara ;
- in parte qua, del bando di gara a pubblico incanto del Comune di Milazzo del 28/10/05, avente ad oggetto:progettazione del piano strategico territoriale per il Comune di Milazzo "percorsi e scenari per uno sviluppo sostenibile " e del relativo disciplinare di gara ;
- della determinazione dirigenziale n.336/Sett.LLPP del 28/10/2005,con la quale il dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune di Milazzo ha approvato lo schema di bando di gara ed il disciplinare di gara;

nonchè per declaratoria

di nullità ,di caducazione e comunque di inefficacia ,del contratto d'opera intellettuale stipulato tra il Comune di Milazzo ed il BETA spa .

B - quanto ai motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 261 del 4 luglio 2006, sottoscritta dal dirigente del 7° dipartimento "Ufficio tecnico" del Comune di Milazzo, con il quale il predetto dirigente ha preso atto dei verbali delle operazioni di gara del 20 dicembre 2005, del 7 e 15 febbraio 2006, nonché degli esiti degli accertamenti ex art. 71 del d.p.r. 445/2000, ed ha dichiarato la CSST aggiudicataria definitiva dell'appalto di servizi relativo alla redazione del piano strategico del Comune di Milazzo "percorsi e scenari per lo sviluppo sostenibile" con ribasso percentuale del 20% su prezzo a base d'asta di € 225.000/00 e, quindi, per un ribasso di € 45.000/00;

nonchè per la declaratoria

di nullità, di caducazione e, comunque, di inefficacia del contratto di opera intellettuale stipulato tra il comune di Milazzo e la CSST s.p.a. e per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milazzo (Me);

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA Spa - Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10/02/2009 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso si chiede l'annullamento:

- del provvedimento, adottato nel verbale di asta pubblica del 15/02/06, con il quale la Commissione di gara ha deciso, "a rettifica della pronuncia effettuata in data 20/12/05, l'esclusione" dell'A.T.P. ricorrente (così annullando l'aggiudicazione provvisoria in favore della stessa);

- del provvedimento, adottato nel medesimo verbale di asta pubblica, del 15/02/06, con il quale la Commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente la gara al CENTRO STUDI sui SISTEMI di TRAPORTO spa, con sede in Napoli;
- del provvedimento con il quale la gara è stata aggiudicata definitivamente al BETA con sede in Napoli;
- della determinazione del Dirigente del Settore Lavori Pubblici e Patrimonio del Comune di Milazzo n.18 del 20/01/06, nonché della relazione del responsabile del procedimento del 19/01/2006 ,prot n.515 (citata nella predetta determinazione dirigenziale del 20/01/06);
- della nota del Settore Lavori Pubblici e Patrimonio del Comune di Milano del 20/01/06, prot. n. 568/LLPP e successiva rettifica del 23/01/2006, pervenute tramite fax alla ricorrente, rispettivamente il 21/01/06 ed il 23/01/06;
- del parere del responsabile del procedimento citato nel verbale di asta pubblica del 15/02/06;
- del provvedimento, contenuto nel verbale di asta pubblica del 20/12/05 ,con il quale la BETA spa è stata ammessa alla gara ;
- in parte qua, del bando di gara a pubblico incanto del Comune di Milazzo del 28/10/05, avente ad oggetto: progettazione del piano strategico territoriale per il Comune di Milazzo "percorsi e scenari per uno sviluppo sostenibile " e del relativo disciplinare di gara, punto 3 lettera "m" del bando di disciplinare di gara, che prescrive, a carico del concorrente, a pena di esclusione, la dichiarazione inerente il possesso della certificazione di "qualità aziendale "relativa all'attività di servizi di ingegneria e di architettura, rilasciata da soggetto accreditato in base alla normativa europea a svolgere l'attività di certificatore di sistemi di qualità”.
- della determinazione dirigenziale n.336/Sett.LLPP del 28/10/2005,con la quale il dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune di Milazzo ha approvato lo schema di bando di gara ed il disciplinare di gara.

Si chiede, inoltre, la declaratoria di nullità, di caducazione e comunque di inefficacia ,del contratto d'opera intellettuale stipulato tra il Comune di Milazzo ed il BETA spa.

Agli atti impugnati si muovono le seguenti censure:

- 1 - violazione del bando di gara del disciplinare di gara e degli articoli 1362 e seguenti del Codice civile; violazione del d.p.r. numero 34 del 2000 ed eccesso di potere;

2 - eccesso di potere violazione dell'articolo 97 della Costituzione e degli articoli 3 e 11 della legge regionale numero 10 del 1991 per mancanza di motivazione;

3 - violazione e falsa applicazione delle norme sul procedimento di cui alla legge regionale numero 10 del 1991 ed eccesso di potere;

4 - violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara;

5 - illegittimità del bando di gara per violazione del d.p.r. numero 34 del 2000 e violazione e falsa applicazione del decreto legislativo numero 157 del 1995; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta; violazione dell'articolo 97 della Costituzione e violazione del principio della massima partecipazione e della proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa; violazione dell'articolo 3 della legge regionale numero 10 del 1991 per mancanza di motivazione.

Con i motivi aggiunti si chiede l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 261 del 4 luglio 2006, sottoscritta dal dirigente del 7° dipartimento "Ufficio tecnico" del Comune di Milazzo, con il quale il predetto dirigente ha preso atto dei verbali delle operazioni di gara del 20 dicembre 2005, del 7 e 15 febbraio 2006, nonché degli esiti degli accertamenti ex art. 71 del d.p.r. 445/2000, ed ha dichiarato la CSST aggiudicataria definitiva dell'appalto di servizi relativo alla redazione del piano strategico del Comune di Milazzo "percorsi e scenari per lo sviluppo sostenibile" con ribasso percentuale del 20% su prezzo a base d'asta di € 225.000/00 e, quindi, per un ribasso di € 45.000/00;

Si chiede, inoltre, la declaratoria di nullità di caducazione e comunque di inefficacia del contratto di opera intellettuale stipulato tra il comune di Milazzo e la CSST s.p.a. ed il risarcimento dei danni.

Agli atti impugnati si muovono censure in via derivata rispetto agli atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio.

L'Amministrazione resistente ed il controinteressato, nel costituirsi in giudizio, hanno richiesto la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti.

Con ricorso al C.G.A. del 10 maggio 2007 l'Arch. Barbara ALFA, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'ATP, ha proposto appello avverso la sentenza di questo Tribunale Amministrativo (2^a sez. interna) n. 52/2007, che aveva respinto il ricorso n. 965/2006 R.G. ed i successivi motivi aggiunti proposti dall'Arch. ALFA.

Il C.G.A., con sentenza n. 519/2008, ha dichiarato nulla la sentenza n. 52/2007 ed ha rinviato a questo T.A.R., ai sensi dell'art. 35, comma 4° 1. n. 1034/1971, come modificato dalla legge n. 205/2000 in quanto in ogni caso di rinvio, il giudizio prosegue innanzi al Tribunale amministrativo regionale, con fissazione d'ufficio dell'udienza pubblica.

Alla pubblica udienza del giorno 10 febbraio 2008 la causa è passata in decisione, dopo che le parti hanno proceduto allo scambio di memorie ed hanno insistito nelle prospettive difese.

DIRITTO

1 - Il ricorso ed i motivi aggiunti sono ammissibili e fondati.

Va premesso che La G.M. del Comune di Milazzo con delibera n.372 del 28/10/2005 ha approvato il Capitolato Speciale d'Appalto relativo al pubblico incanto per l'affidamento del servizio relativo alla progettazione del Piano strategico territoriale "percorsi e scenari per uno sviluppo sostenibile".

Con determinazione n. 336 del 28/10/05 il Dirigente del Settore LL.PP. approvava lo schema di bando di gara in uno al disciplinare di gara, dando atto che all'affidamento del servizio, per l'importo complessivo di € 225.000,00 a b.a. oltre Iva al 20%, si sarebbe addivenuto con il sistema del pubblico incanto da esperirsi con il criterio di massimo ribasso, con il metodo di cui all'art.73 lettera c R.D.23/05/1924 n.827.

Le operazioni di gara si sono concluse in data 20/12/2005, con l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ricorrente ATI Arch.ALFA ed altri.

Successivamente sono pervenuti alla stazione appaltante reclami in ordine alle modalità di espletamento delle operazioni di gara presentati dalla SAB Engineering srl, dalla Temi srl e Ambienteltalia srl.

Le osservazioni presentate dall'"ATI SAB Engineering srl" ponevano in rilievo il fatto che l'Associazione aggiudicataria non aveva prestato la dichiarazione prevista al punto 3 lettera "m" del bando di disciplinare di gara, che prescrive, a carico del concorrente, a pena di esclusione, la dichiarazione inerente il possesso della certificazione di "qualità aziendale" relativa all'attività di servizi di ingegneria e di architettura, rilasciata da soggetto accreditato in base alla normativa europea a svolgere l'attività di certificatore di sistemi di qualità".

Conseguentemente, a seguito di tali osservazioni, il Dirigente del Settore LL.PP., adottava la determinazione n.18 del 20/01/2006, con la quale rimetteva gli atti alla

Commissione di gara, nominata con sua precedente determina n. 404/2005, per il riesame e le valutazioni conseguenti, disponendo, inoltre, la riapertura delle operazioni di gara.

Con verbale del 15/02/06 la Commissione di gara aggiudicava provvisoriamente l'appalto al BETA spa, rettificando la precedente aggiudicazione del 20/12/05 a favore della ricorrente ATP.

2 - Ciò posto va esaminata preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del punto 3 della lett. m) del bando di gara.

Osserva il Collegio che la lett. m) contiene la clausola dedicata alla dichiarazione da presentarsi da parte dei singoli offerenti a pena di esclusione, attestante il possesso della certificazione di qualità ISO.

Tuttavia in relazione all'allineamento grafico della previsione di capitolato speciale (ossia non corrispondente all'allineamento della precedente lettera n) sorgeva il dubbio in ordine ai soggetti tenuti all'adempimento ed in particolare se si riferisse ai partecipanti strutturati in forma societaria (di cui alla precedente lett. n) ovvero a tutti i partecipanti, compresi i singoli professionisti e le associazioni di professionisti.

Stante il carattere dubbio della esaminata clausola di ammissione l'indicata eccezione di inammissibilità del ricorso non appare fondata.

In tal senso rileva il principio giurisprudenziale secondo cui il disciplinare ed il bando sono stati impugnati dalla ricorrente unitamente al provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto l'impugnazione delle prescrizioni del bando di concorso che stabiliscono i casi di esclusione è differita al momento dell'impugnazione del provvedimento applicativo se la clausola del bando risulti ambigua e, comunque, tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte dei concorrenti e dell'Amministrazione in sede di ammissione degli aspiranti al concorso" (Cons. Stato, VI Sez. 31.03.2005 n. 1366).

La necessità dell'immediata impugnazione delle clausole limitative della partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un contratto della Pubblica amministrazione poggia, infatti, sul presupposto che si tratti di clausole direttamente lesive dell'interesse a partecipare, siccome inevitabilmente ostative all'ammissione.

Tale lesività va, però, esclusa ogniqualvolta le clausole del bando si prestino a più letture ugualmente plausibili da parte dell'interprete, tant'è che nella fattispecie

L'ATP ricorrente in un primo momento era stato ammesso alla gara ad un primo positivo scrutinio dei requisiti di partecipazione dichiarati (Cons. Stato, V Sez. 15.02.2002 n. 904; conf. TAR Palermo, 25.07.2001 n. 1083; Cons. Stato, sez. VI, 10.08.1999 n. 1020).

Sia il ricorso che i motivi aggiunti, con riguardo all'impugnazione del bando e del disciplinare di gara, sono, pertanto, ammissibili e tempestivi.

3 - Il ricorso ed i motivi aggiunti sono fondati.

Merita, infatti, accoglimento il quinto (assorbente) motivo di censura con il quale si lamenta la illegittimità del bando di gara per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta e violazione del principio della massima partecipazione e della proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa; violazione dell'articolo 3 della legge regionale numero 10 del 1991 per mancanza di motivazione.

Il bando (paragrafo "soggetti ammessi alla gara") fa espresso riferimento ai soggetti di cui alle lettere d), e), f), g) e g-bis) dell'art. 17 della L.n.109 del 1994, come recepito in Sicilia dalle LL.RR. n 7/2002 e 7/2003 e prevede che alla gara possono partecipare liberi professionisti, singoli (art. 17 lett.d) e professionisti temporaneamente raggruppati (art. 17 lett. g), nonché società di ingegneria.

Il punto 3 lettera "m" del bando di disciplinare di gara, che prescrive, a carico del concorrente, a pena di esclusione, la dichiarazione inerente il possesso della certificazione di "qualità aziendale "relativa all'attività di servizi di ingegneria e di architettura, rilasciata da soggetto accreditato in base alla normativa europea a svolgere l'attività di certificatore di sistemi di qualità", determina un'illegittima restrizione dei requisiti legittimanti la partecipazione.

Detta prescrizione, consentendo la partecipazione solo ai professionisti muniti della certificazione di qualità e cioè ad un numero di ingegneri e di architetti che rappresentano appena lo 0,13% di entrambe le categorie professionali, limita, in sostanza, la partecipazione alla gara alle sole società (di professionisti, di ingegneria e loro raggruppamenti).

Nè può ritenersi che detto requisito sia limitato esclusivamente alle società di ingegneria in quanto i requisiti di capacità economica e tecnica non possono essere differenziati in relazione alla tipologia dei partecipanti ed in quanto, in particolare, la certificazione di qualità si è diffusa anche nel settore delle professioni che sovente presuppongono una organizzazione, quella dello studio professionale, strumentale all'esercizio dell'attività propria del professionista.

In questo senso, l'ente certificatore misura e attesta i livelli qualitativi dei processi (identificati in termini di input ed output) posti in essere dall'organizzazione di cui il professionista si avvale per esercitare la propria attività (segreteria, collaboratori tecnici, etc.).

Del resto, la norma UNI EN ISO 9001:2000 prevede che "i requisiti specificati nella suddetta norma internazionale hanno carattere generale e sono applicabili a tutte le organizzazioni, qualunque sia il loro tipo e dimensione e per qualsiasi prodotto da esse fornito. Per "organizzazione" si intende quell'insieme di criteri di specializzazione divisione del lavoro tra persone che ne fanno parte, nonché le modalità di coordinamento per il raggiungimento degli obiettivi".

Ciò premesso va rilevato che nella fattispecie si verte in ipotesi di appalto di servizi di ingegneria sotto soglia comunitaria posto che, alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, (20 dicembre 2005) la soglia comunitaria era ancora determinata dalla direttiva comunitaria 2004/17/CE nel suo testo originario, che, all'articolo 7 lettera B, la fissa in € 236.000, mentre l'importo base d'asta era determinata dal bando in € 225.000.

Il bando, nell'individuare i soggetti ammessi a partecipare alla gara, richiamava l'art. 17, lettere d, e, f, g e g bis della L.n. 109/1994 come recepito in Sicilia dalle LL.RR. n. 7/2002 e 7/2003.

Detto combinato disposto di norme ricomprende:

- liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni;
- le società di ingegneria;
- i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui sopra;
- i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria anche in forma mista.

L'art. 32 della legge reg. n. 7 del 2002 (integrato dall'art. 126, comma 8, della L.R. 17/2004), dispone che nella Regione siciliana gli appalti di servizi sono disciplinati dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni.

Gli appalti di servizi di importo inferiore alla soglia di comunitaria sono disciplinati dai regolamenti degli enti, con l'osservanza dei principi che discendono dalla medesima disciplina e possono essere affidati a trattativa privata mediante gara informale nel rispetto delle condizioni stabilite dai regolamenti medesimi, con

esclusione dei servizi di cui alle categorie 11 e 12 (servizi di ingegneria) dell'allegato 1 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni.

Dalla predetta disciplina si evince che sia in relazione agli appalti sopra soglia che per quelli sotto soglia, in difetto di una specifica normativa regolamentare, trova applicazione il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, in particolare con riguardo alla disciplina dei requisiti di partecipazione.

Il Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 all'articolo 14, nel disciplinare la capacità tecnica, prevede che la dimostrazione può essere fornita mediante una serie di situazioni qualificanti tra cui: "f) il controllo, effettuato dalla amministrazione o, per suo incarico, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, allorché il servizio da prestare sia complesso o debba rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità".

Qualora le amministrazioni aggiudicatrici richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, attestanti che il concorrente osserva determinate norme in materia di garanzia della qualità, "esse fanno riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulla pertinente serie di norme europee EN 29000, certificati da organismi conformi alla serie di norme europee EN 45000. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri; esse ammettono, parimenti, altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità qualora il concorrente non abbia accesso a tali certificati o non possa ottenerli nei termini richiesti".

L'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.

Va, infatti, rilevato che il Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 all'articolo 14, nel disciplinare la capacità tecnica contempla altri elementi di dimostrazione della predetta capacità che assolvono alla finalità di selezione senza determinare una eccessiva ed illogica limitazione dei soggetti idonei alla prestazione del servizio.

Ciò premesso, ancorché il predetto requisito sia previsto dall'art. 14 lett. F del d. l.vo n. 157 del 1995, purtuttavia il Collegio ritiene illegittimamente restrittiva della partecipazione alla gara la clausola che impone un requisito non posseduto dalla stragrande maggioranza dei professionisti che operano con riguardo alla progettazione sotto soglia comunitaria in relazione alla quale non viene specificata

la sussistenza di una peculiare complessità esecutiva (di tale circostanza fornisce una prova documentale la parte ricorrente).

In tal modo si determina, infatti, una discriminazione in danno dei liberi professionisti, contrastante col principio della massima partecipazione e col divieto di aggravare il procedimento, per di più con riguardo a servizi (di ingegneria e di architettura) di valore non particolarmente elevato e, quindi, in assenza di valide ragioni per richiedere ulteriori e più specifici requisiti per la partecipazione.

A questo proposito va richiamata la costante giurisprudenza secondo la quale sono illegittime le clausole discriminatorie inserite nei bandi relativi agli appalti pubblici di servizi ed in particolare secondo cui l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché la richiesta di un determinato requisito va correlato al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento (Cons. Stato, IV 28 aprile 2008 numero 1860).

La facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione trova, pertanto, un limite nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 comma 2 l. n. 241 del 1990.

Conseguentemente appare illegittimo il disciplinare nella parte in cui prescrive il possesso della certificazione de qua dovendosi ritenere violato il principio della massima partecipazione, ponendosi in essere un'immotivata limitazione in danno in particolare dei liberi professionisti.

Peraltro l'Amministrazione non ha esplicitato le ragioni per le quali (in contrasto con il principio della massima partecipazione e con il divieto di discriminazione) ha bandito una gara alla quale può partecipare un numero estremamente esiguo di liberi professionisti.

La illegittimità del bando e disciplinare di gara, con riguardo alla previsione di un requisito di partecipazione di carattere restrittivo in termini di qualificazione dei concorrenti, comporta la illegittimità degli atti applicativi di esclusione dell'associazione temporanea di professionisti il ricorrente e, conseguentemente, dell'aggiudicazione del servizio alla parte controinteressata.

4 – Va dichiarata inammissibile la domanda con la quale si chiede la declaratoria di nullità di caducazione e comunque di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Milazzo e la CSST s.p.a.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12 del 21 novembre 2008 (e precedentemente con la sentenza n. 9/2008), conformandosi all'orientamento della Corte di Cassazione di cui alla sentenza n. 27169/2007 delle Sezioni Unite sull'inderogabilità della giurisdizione civile sull'accertamento, con effetti di giudicato, dell'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia annullata dal giudice amministrativo, ha ribadito che è preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica.

5 – Va, invece, accolta nei termini di cui di seguito la domanda di risarcimento proposta dalla parte ricorrente, ricorrendo l'ipotesi di impossibilità di rinnovare la procedura per l'avvenuta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto di servizi.

Ritiene il Collegio che nel caso di annullamento giurisdizionale di tutti gli atti di gara a partire dal bando di gara e dal disciplinare, la circostanza che l'appalto sia già stato parzialmente espletato importa che la totale rinnovazione della gara costituirebbe eccessivo aggravio per il debitore, ai sensi dell'art. 2058 cc.; e, pertanto, dato che l'impresa ricorrente non ha la possibilità di partecipare nuovamente ad una gara indetta nel puntuale rispetto della normativa allora vigente e che risulta essere stata invece violata, con la conseguente possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sussiste il diritto al risarcimento per equivalente della perdita di tale "chance".

Nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il soggetto che avanza la domanda di risarcimento deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo, perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Consiglio di Stato V 13 giugno 2008 numero 2967).

Non avendo parte ricorrente fornito la prova predetta il Collegio deve applicare il parametro di quantificazione individuato dalla giurisprudenza in situazioni analoghe per cui si è ritenuto che in una gara per un appalto pubblico, ove l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga dopo la completa esecuzione del servizio, al ricorrente (cui non sarebbe spettata in via automatica l'aggiudicazione) per il mancato guadagno va riconosciuto un risarcimento pari all'utile presuntivo d'impresa, corrispondente al dieci per cento del prezzo a base d'asta, da dividersi

per il numero dei concorrenti che avrebbero potuto partecipare alla rinnovazione della gara (Consiglio Stato , sez. II, 30 aprile 2003 , n. 1036).

L'amministrazione resistente è, pertanto, tenuta a quantificare la somma spettante a titolo risarcitorio all'associazione temporanea di professionisti al ricorrente e a formulare la relativa offerta nel termine di giorni 60, decorrente dalla comunicazione o notifica della presente sentenza, ai sensi dell'art. 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998, nel testo sostituito dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale dispone che "Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4) , del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta".

6 - Il ricorso ed i motivi aggiunti vanno, pertanto, accolti nei limiti di cui sopra e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati e va riconosciuto il risarcimento del danno con le modalità e nei termini di cui sopra.

Le spese e gli onorari del giudizio è giusto che seguano la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania sez. int. 1[^], definitivamente pronunciando, così dispone:

- accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti di cui in epigrafe;
- per l'effetto annulla gli atti impugnati;
- dichiara inammissibile la domanda con la quale si chiede la declaratoria di nullità, di caducazione e, comunque, di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Milazzo e la CSST s.p.a.
- condanna il Comune di Milazzo al risarcimento del danno da quantificare con le modalità individuate in motivazione.

Condanna il Comune di Milazzo alla rifusione di spese ed onorari del giudizio in favore dell'ATP ricorrente che liquida in € 5.000 (cinquemila).

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Vincenzo Salamone, Consigliere, Estensore

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO