



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1065 del 2012, proposto da:

M.M Arch Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano, con domicilio eletto presso Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Cfc Group S.r.l. (già denominata Cfc Costruzioni S.r.l.), rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio eletto presso Arturo Leone in Roma, via Ajaccio N. 14;

nei confronti di

Comune di Sorrento;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 00102/2012, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO PROGETTAZIONE ESECUZIONE OPERE DI RECUPERO ED INTERVENTI DI MIGLIORAMENTO UTILI AD AUMENTARE LA SICUREZZA STRUTTURALE DELL'EDIFICIO SCOLASTICO DI VIA VITTORIO VENETO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cfc Group S.r.l. (già denominata Cfc Costruzioni S.r.l.);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano e Paolo Vosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 139 dell'1.12.2010, il Comune di Sorrento indiceva una gara a procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto integrato consistente nella "progettazione esecutiva e nella esecuzione delle opere di recupero ed interventi di miglioramento atti ad aumentare la sicurezza strutturale esistente dell'edificio scolastico di Via Vittorio Veneto".

Al termine delle operazioni concorsuali, con determinazione dirigenziale n. 1149 del 28.09.2011, l'appalto veniva aggiudicato alla M.M. Arch Costruzioni S.r.l., collocatasi al primo posto della graduatoria con 81,654 punti e seguita dalla CFC Costruzioni S.r.l. (ora denominata CFC Group S.r.l.) con 71,375 punti.

Per quanto sopra, la CFC Group S.r.l. adiva il T.A.R. Campania, chiedendo l'annullamento del provvedimento del 28.09.2011, e rivendicando l'affidamento in proprio favore dell'appalto.

Si costituiva in giudizio la M.M. Arch Costruzioni, chiedendo la reiezione del gravame e proponendo altresì ricorso incidentale.

Con sentenza n. 102/2012, il TAR rigettava il ricorso incidentale ed accoglieva quello principale proposto dalla CFC.

Avverso detta sentenza la M.M. Arch Costruzioni ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la CFC chiedendo la reiezione del ricorso, siccome infondato.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 29 maggio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello M.M. Arch Costruzioni deduce che il TAR avrebbe errato nel respingere il primo motivo del ricorso incidentale, ritenendo che la disciplina di gara non imponesse ai concorrenti che erano in possesso di idonea attestazione SOA per la costruzione e la progettazione, l'obbligo di attestare e documentare ulteriori requisiti di idoneità tecnica-progettuale ed affermando che tale onere documentale ricadeva esclusivamente sui partecipanti sprovvisti di idonea attestazione SOA per la progettazione.

A suo dire, infatti, il Comune di Sorrento, nel bando e nel disciplinare, avrebbe viceversa prescritto che anche le imprese in possesso di attestato SOA idoneo per progettazione dovevano possedere e dimostrare il possesso del requisito idoneativo rappresentato dall'aver eseguito nel decennio anteriore la data di pubblicazione servizi di progettazione.

1.1 La censura non può essere condivisa.

Ed invero, il bando di gara al paragrafo III .2.2.2. intitolato "Con riferimento alla progettazione esecutiva" precisa: "I concorrenti in possesso di attestazione SOA per prestazione di sola costruzione, ovvero in possesso di attestazione SOA per prestazioni di costruzione e progettazione non idonee rispetto alle classi e alle categorie dei lavori oggetto di progettazione esecutiva indicate al precedente punto II.2, lettera f), devono avvalersi, ai sensi dell'articolo 49 del D.Lgs. n. 163/2006, di progettisti qualificati di cui all'articolo 90, comma 1, lettera d), (e, f, f bis, g ed h) ovvero partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, in possesso del seguente requisito:

- aver espletato nel decennio anteriore alla data di pubblicazione del presente bando, servizi di progettazione relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie indicate al punto II.2 lettera f), di importo pari a 4 volte l'importo indicato in tabella. I servizi di ingegneria valutabili sono quelli iniziati ed ultimati nel decennio antecedente la data di pubblicazione del bando Il possesso dei suddetti requisiti è provato, a pena di esclusione dalla gara, con le modalità, le forme e i contenuti previsti nel disciplinare di gara costituente parte integrante del presente bando ".

Il bando di gara è chiaro, quindi, nel disporre che solo i concorrenti non in possesso di attestazione SOA per progettazione o in possesso di una attestazione SOA per progettazione non idonea, sono tenuti a provare, nelle forme e nei modi prescritti dal disciplinare di gara, il possesso degli ulteriori requisiti richiesti dal bando stesso e quindi ad indicare i nominativi dei progettisti ed a documentare l'espletamento dei servizi di progettazione per un

certo importo.

Né, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, alcuna clausola del disciplinare di gara contraddice tale disposizione prescrivendo espressamente (tantomeno a pena di esclusione), ai concorrenti in possesso di attestazione SOA per attività di costruzione e progettazione idonea, di dimostrare ulteriori requisiti di natura tecnica ed economica relativamente alla progettazione.

E ciò, con riguardo anche alle invocate clausole di cui al punto V.2 ed al punto V.4.

Sul piano generale, infatti, va osservato che il disciplinare deve essere interpretato in conformità con quanto statuito nel bando di gara, atteso che per principio pacifico le disposizioni del disciplinare sono chiamate ad integrare e non a modificare quelle del bando e che, in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest'ultimo (cfr. per tutte con Stato Sez. V sentenza n. 4981/2011).

Nello specifico, poi, va rilevato come le clausole anzidette non si pongano comunque in contrasto con la puntuale disposizione di cui al richiamato paragrafo III.2.2.2 del bando, limitandosi viceversa a ribadire sostanzialmente il contenuto.

Per quanto qui rileva, infatti, il punto V.2 dispone che "i concorrenti in possesso di attestazione SOA per prestazioni di costruzione e progettazione, in caso di mancato possesso di uno o più requisiti progettuali di cui al successivo punto V.4 e i concorrenti in possesso di attestazione SOA per sola costruzione, dovranno associare o avvalersi di un progettista in possesso dei requisiti di cui al medesimo punto".

E' di tutta evidenza, quindi, come le invocate disposizioni di cui ai punti V.2 e V.4 non si applichino a tutti i concorrenti, ma unicamente a quelli che siano in possesso di attestazione SOA per "sola costruzione" o di attestazione SOA per prestazioni di costruzione e progettazione "non idonea".

Ed in questo senso dette disposizioni, come già precisato, non si pongono in contrasto con il punto III 2.2.2 del bando, ma al contrario ne confermano sostanzialmente il contenuto.

Del resto, la natura confermativa delle clausole di cui ai punti V.2 e V.4 del disciplinare trova riscontro anche nel punto G.2 della Sezione XI del medesimo disciplinare in cui è ribadito che "i concorrenti in possesso di attestazione SOA per prestazione di sola costruzione, ovvero in possesso di attestazione SOA per prestazione di costruzione e progettazione non idonea rispetto alle classi ed alle categorie di lavori oggetto di progettazione esecutiva indicata nella Sezione V.4 del presente disciplinare devono avvalersi, ai sensi dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 163/2006, di progettisti qualificati di cui all'articolo 90, comma 1, lettera d), e), f), fbis), g) ed h) ovvero partecipare in raggruppamenti con i predetti professionisti".

Pertanto, nessuna disposizione del bando di gara e del disciplinare prescriveva che i concorrenti, quali CFC in possesso di attestato SOA idoneo, dovessero indicare i progettisti e documentare il possesso dei requisiti richiesti per questi ultimi.

Parimenti, poi, nessuna clausola del bando e/o del disciplinare imponeva ai concorrenti in possesso di attestato SOA idoneo per la progettazione di attestare anche la disponibilità, presso la propria struttura organizzativa, di tecnici regolarmente abilitati, né di indicarli nominativamente, né di dichiarare la disponibilità di un ulteriore professionista abilitato ai sensi del D. Lgs. 81/2008, né tantomeno di impegnarsi a contrarre la polizza di responsabilità civile professionale di cui all'articolo 111 del D. Lgs. 163/2006.

1.2 Né, peraltro, tale circostanza rende illegittima in parte qua la disciplina di gara, contrariamente a quanto dedotto in via subordinata dall'appellante.

Per un verso, infatti, la normativa di riferimento alla data di adozione del bando non imponeva all'amministrazione di prescrivere requisiti di qualificazione diversi e più gravosi rispetto al sistema di qualificazione previsto dal sistema di attestazioni SOA.

Per altro verso, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare, in senso conforme, che i soggetti in possesso della qualificazione come appaltatori integrati, proprio perché hanno già dato prova di possedere le necessarie capacità progettuali, non devono ulteriormente indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici ed i loro requisiti di qualificazione, onere che invece grava in capo a quelle imprese qualificate per la sola costruzione dell'opera.

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha rilevato che non "coglie nel segno la impugnazione in parte qua della *lex specialis*, dal momento che il possesso di idonea attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici".

2. Con il secondo motivo l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha rigettato il secondo motivo del ricorso incidentale con il quale aveva dedotto che il cronoprogramma esibito in gara dalla CFC risultava sottoscritto unicamente dal legale rappresentante e non dai tecnici abilitati.

2.1. La doglianza non ha fondamento.

Per un verso, infatti, la CFC ha fornito la prova che l'Arch. Patrizia Pane, che aveva sottoscritto il cronoprogramma, non era solo il legale rappresentante di essa concorrente, ma era anche il direttore tecnico iscritto all'albo professionale.

Per altro verso, poi, nessuna disposizione del disciplinare di gara prevede che i concorrenti debbano fornire la prova, all'atto della partecipazione alla gara, dell'iscrizione all'albo professionale dei tecnici che hanno sottoscritto il cronoprogramma, né tantomeno sanziona con l'esclusione l'eventuale mancanza di prova.

3. Con il terzo motivo l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha rigettato il terzo motivo di ricorso incidentale con il quale aveva dedotto che la CFC avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché, nel rendere la dichiarazione di inesistenza delle cause di esclusione in capo ai soggetti di cui all'art. 38 lettera c) del D. Lgs. 163/06 cessati dalla carica, aveva ommesso di indicarne i nominativi e le cariche ricoperte.

Assume al riguardo che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, la censura non sarebbe né inammissibile, né infondata.

Non sarebbe inammissibile, perché la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti cessati dalla carica sarebbe una circostanza del tutto incontestata e riconosciuta ex adverso.

Non sarebbe infondata, in quanto la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti cessati dalla carica comporterebbe l'esclusione dalla gara.

3.1. La doglianza non può essere condivisa.

Ed invero, nel respingere in primo grado la censura, il Tar ha rilevato che la CFC si è attenuta alle prescrizioni della *lex specialis* che non impongono tale specificazione alle imprese partecipanti, ed ha affermato che "trova quindi applicazione il principio di tutela dell'affidamento ingenerato dall'Amministrazione con propri atti o comportamenti quale corollario del generale principio di certezza del diritto nonché, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno del rapporto giuridico il quale impone che si dia alla "lex specialis" una lettura idonea a salvaguardare la posizione dei concorrenti in buona fede, dispensandoli dal dover ricostruire, attraverso indagini integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della stazione appaltante, che vanifichino il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta".

Orbene, nell'odierna sede, l'appellante non ha sviluppato alcuna specifica e puntuale censura nei confronti della motivazione con la quale il Tar ha evidenziato che essendosi attenuta la CFC alle prescrizioni della *lex specialis*, che non imponevano una specificazione dei soggetti cessati dalla carica, trovava applicazione il principio di tutela

dell'affidamento.

Sul punto, quindi, si è formato un giudicato che rende inammissibile la doglianza così come dedotta.

La censura è comunque infondata in quanto la CFC, nel rendere le dichiarazioni oggetto della censura in esame, si è attenuta scrupolosamente ai fac-simili allegati al disciplinare di gara e nessuna clausola del bando e/o del disciplinare, né tantomeno l'art. 38 del D. Lgs. 163/06, dispongono che debba essere escluso dalla gara quel concorrente che non abbia indicato i nomi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente e non abbia indicato le cariche ricoperte dagli stessi, ma che si sia limitato ad attestare che nei loro confronti non sussistevano condanne.

4. Con il quarto motivo l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, nella parte in cui ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso principale con il quale la CFC ha evidenziato che la MM Arch Costruzioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto quest'ultima, che aveva partecipato alla gara come impresa singola in possesso di un'attestazione SOA nella categoria OG2 — Classifica III, non aveva dimostrato il possesso della qualificazione SOA nella categoria OG2 — Classifica IV richiesta invece dal bando, avendo fatto ricorso all'attestazione SOA del Consorzio Stabile Restauri del Sud s.c a r.l. limitatamente alla categoria OG2 - Classifica III, manifestando così la volontà di cumulare la propria qualificazione con quella messa a disposizione dell'impresa ausiliaria.

Assume al riguardo, che quanto affermato dal Tar non troverebbe riscontro nel testo dell'art. 49 del D. Lgs. 163/06, il quale non porrebbe alcun limite operativo all'avvalimento della qualificazione SOA e non impedirebbe minimamente, sul piano testuale prima ancora che teleologico, l'utilizzo parziale della stessa.

A sostegno dell'assunto, richiama poi la modifica apportata al comma 6 dell'art. 49 che attualmente pone "il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi di cui all'art. 40, comma 23, lettera b, che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA in quella categoria".

4.1. La censura è infondata.

Ed invero, secondo il recente insegnamento della giurisprudenza di questo Consiglio che il Collegio condivide, nel nostro ordinamento non ha cittadinanza la possibilità di cumulare con l'avvalimento due attestazioni SOA al fine di raggiungere, mediante sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando (cfr. Sez. VI n. 3565/2011).

Così l'ausiliario, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, deve necessariamente prestargli per l'intero e per l'importo corrispondente a quanto richiesto dal bando, la qualificazione posseduta in una determinata categoria.

Infatti, come precisato dal richiamato arresto giurisprudenziale:

"la massima concorrenza deve dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare un'offerta congrua e valutabile e di fornire, quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione; non si comprenderebbe, altrimenti, la ratio della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerente "dimostrare all'amministrazione che disporrà dei mezzi necessari" a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto;

- la finalità dell'avvalimento non è perciò "quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia), del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo a requisiti di altri soggetti" (Cons. Stato, Sezione V, 17.3.2009 n. 1589; Sezione IV, 20.11.2008 n. 5742) se e in quanto da questi

integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti;

- non contrasta con tale conclusione la normativa di cui al vigente articolo 49, comma 6, per il quale “per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3 lettera b) che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria “. Non può essere accolta, infatti, una interpretazione per cui il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti varrebbe soltanto nel caso dell'avvalimento di più imprese ausiliarie (ai sensi della seconda parte del comma) e non anche in quello di una sola impresa ausiliaria (di cui alla prima parte), essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto possibile, proprio in ragione della pluralità delle imprese ausiliarie e non per quella in cui ci si avvalga di una sola impresa ausiliaria, non essendo altrimenti giustificato un divieto posto soltanto per un caso e non per un altro;

- ciò è confermato dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo articolo 49, ai sensi del D.Lgs. 152 del 2008, in cui era anche previsto “che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'Impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso” nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili (art. 36, comma 7 del D.Lgs. 163/2006) “.

Ciò posto, i principi testé enunciati sono pienamente applicabili al caso di specie, in quanto, come risulta dalle dichiarazioni e dal contratto di avvalimento il Consorzio Stabile Restauri del Sud s. c. a r.l., indicato come impresa ausiliaria, non si è obbligato a mettere a disposizione “per intero” la propria qualificazione SOA relativa alla categoria OG2, ma si è obbligato a mettere a disposizione detta categoria nei limiti della classifica III.

Ne consegue l'infondatezza della dedotta censura.

5. Per le ragioni esposte il ricorso in appello è infondato e, come tale, da respingere.

6. La rilevata infondatezza dell'appello, esime poi il Collegio dall'esaminare i motivi di ricorso assorbiti in primo grado dal TAR ed odiernamente riproposti ai sensi dell'art. 101 del cod. proc. amm.

7. Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/01/2013

IL SEGRETARIO

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