



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8014 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Diego Vaiano, Francesco Cataldo, Alessandro Vinci Orlando, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali - Soprintendenza Speciale Per i Beni Archeologici di Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri Commissario Delegato Interventi Urgenti Aree Archeolog Roma e Ostia Antica, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa, Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa (Mandataria), rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Studio Legale Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Consorzio Reco - Restauratori Consorziati, Soc B5 Srl, Di Guida Marina;

sul ricorso numero di registro generale 10520 del 2012, proposto da:

Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa + 1, Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa (Mandataria), rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Gen.Le Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali - Soprintendenza Speciale Per i Beni Archeologici di Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario Delegato Interventi Urgenti Aree Archeologiche Roma e Ostia Antica;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Diego Vaiano, Francesco Cataldo, Alessandro Vinci Orlando, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, L.Tevere Marzio, 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 8014 del 2012:

- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 27129 del 30 agosto 2012, con il quale la Soprintendenza ha aggiudicato definitivamente l'appalto per la progettazione esecutiva, l'esecuzione del restauro del prospetto settentrionale e di quello meridionale e la realizzazione delle cancellate poste a chiusura dei fornicelli del I ordine dell'Anfiteatro Flavio di Roma;
- se ed in quanto occorra, dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata dalla stazione appaltante in favore della medesima ATI controinteressata nel corso della seduta pubblica di gara del 27 luglio 2012, comunicata alla ricorrente con nota prot. n. 24107 del 30 luglio 2012;
- di tutti i verbali di gara, ivi espressamente inclusi quelli riguardanti la fase di prequalifica nella parte in cui l'ATI controinteressata è stata ammessa alla successiva fase di gara;
- dei verbali e provvedimenti relativi alla verifica di congruità dell'offerta presentata dall'ATI controinteressata;
- se ed in quanto occorra, della nota prot. n. 9532 del 24 ottobre 2011, con la quale la stazione appaltante ha chiesto alla controinteressata di "regolarizzare e fornire chiarimenti in ordine alla documentazione presentata";
- del bando di gara, della lettera di invito, del capitolato speciale d'appalto e dei relativi allegati;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati, nonché del relativo contratto di appalto, ove medio tempore stipulato tra le controparti;

quanto al ricorso n. 10520 del 2012:

- del provvedimento comunicato con nota 23 novembre 2012, prot. 39244 con il quale il raggruppamento temporaneo di imprese Gherardi s.p.a. è stato escluso dalla procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione del restauro dei prospetti settentrionale e meridionale dell'Anfiteatro Flavio (Colosseo) e della realizzazione delle cancellate poste a chiusura dei fornicelli del 1° ordine;
- della nota del 23 novembre 2012, prot. 39244;

di tutti gli atti prodromici, connessi e conseguenti ivi compresa la nota del Responsabile del procedimento del 19.11.2012 e le note del Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza Speciale, a firma del Soprintendente, del 30 novembre 2012, prot. 40215 e del 4 dicembre 2012 prot. 40614, nonché se necessario del 31 ottobre 2012 prot. 35805.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali e di Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali - Soprintendenza Speciale Per i Beni Archeologici di Roma e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Presidenza del Consiglio dei Ministri Commissario Delegato Interventi Urgenti Aree Archeologiche Roma e Ostia Antica e di Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa e di Soc Gherardi Ing Giancarlo Spa (Mandataria) e di Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2013 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso n. RG 8014/2012, la soc. Lucci Salvatore impresa costruzioni espone di aver partecipato, insieme

alla controinteressata, alla gara ristretta, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. b) d.lgs. 163/2006, per l'affidamento della progettazione esecutiva, l'esecuzione e il restauro del prospetto settentrionale e meridionale del Colosseo e la realizzazione delle cancellate a chiusura dei fornicci del I ordine.

La controinteressata, ATI Gherardi, si è classificata al primo posto, ottenendo il punteggio di 89,842 punti mentre la Lucci si è classificata al secondo posto, ottenendo il punteggio di 84,308 punti.

Stilata la graduatoria, l'offerta della Gherardi è stata sottoposta a procedura di verifica di congruità. L'anomalia è stata poi esclusa sulla base della applicazione del criterio del "più probabile prezzo di mercato".

E' stata quindi disposta, in data 27 luglio 2012, l'aggiudicazione provvisoria e il 30 agosto 2012 vi è stata l'aggiudicazione definitiva, entrambe impugnate – unitamente a tutti i verbali e atti di gara – nel presente giudizio.

Il ricorso è articolato nelle seguenti doglianze:

- 1) violazione degli artt. 34, 35 e 38 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1. del bando di gara, del principio di par condicio e dell'autovincolo in quanto una delle mandanti della ATI Gherardi, il consorzio RE.CO. ha omesso la dichiarazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 in capo alle tre imprese individuali consorziate; inoltre tali dichiarazioni sono state solo tardivamente prodotte e su illegittima richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante;
- 2) violazione degli artt. 34, 35 e 38 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 e del punto III.2.1. del bando di gara, perché nessuna delle componenti dell'ATI Gherardi ha elencato espressamente e per esteso l'assenza delle condizioni previste dall'art. 38, come invece richiedeva il bando;
- 3) violazione dell'art. 37 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 263 del DPR n. 207/2010, del punto III.2.1. del bando di gara, del principio di par condicio perché i progettisti facenti parte dell'ATI Gherardi non hanno dimostrato di possedere i requisiti prescritti dal bando in misura corrispondente alla dichiarata quota di partecipazione al raggruppamento;
- 4) violazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. 163/2006, del punto III.2.1. del bando di gara, del principio di par condicio perché i progettisti partecipanti all'ATI Gherardi non hanno prodotto in sede di prequalifica le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici;
- 5) violazione dell'art. 90 del d.lgs. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 53 del medesimo d.lgs. , violazione dell'art. 261 del DPR 207/2010 in quanto le prestazioni relative alla progettazione devono essere assunte comunque in maniera unitaria da uno dei soggetti indicati dall'art. 90, comma 1 e non possono essere affidate separatamente e pro quota a più soggetti;
- 6) violazione degli artt. 74 e 46 d.lgs. 163/2006 e della lettera di invito perché l'offerta è stata sottoscritta solo dai progettisti e non anche dalle imprese esecutrici dei lavori;
- 7) violazione della lettera di invito e del principio di par condicio in quanto la Gherardi ha omesso di integrare la lista con l'indicazione delle lavorazioni e forniture costituenti le soluzioni migliorative e le integrazioni tecniche proposte e di quantificare le stesse dal punto di vista economico;
- 8) violazione dell'art. 179 DPR 207/2010 poiché la Gherardi ha formulato un ribasso non consentito in relazione ai lavori in economia, producendo un'offerta inferiore al costo minimo inderogabile, ossia il prezzo elementare;
- 9) violazione dell'art. 93 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 37 DPR 207/2010 in quanto il progetto esecutivo è stato presentato dalla controinteressata privo degli elaborati di calcolo;
- 10) violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006 per irragionevolezza della valutazione tecnica compiuta dalla commissione di gara che ha erroneamente ritenuto che la Lucci non avesse dichiarato la disponibilità di attrezzature per indagini conoscitive, non ha considerato che la Gherardi non annovera nella struttura del gruppo di progettazione la figura dell'archeologo, ha illogicamente valorizzato la circostanza assolutamente irrilevante che la Gherardi avesse avuto cantieri nell'area centrale di Roma;

11) violazione degli artt. 86 e ss. del d.lgs. 163/2006 in quanto la Commissione ha ritenuto congrua l'offerta della Gherardi sulla base della mera ed acritica applicazione del "probabile prezzo di mercato" senza chiedere alcun giustificativo circa l'effettiva sostenibilità di detti prezzi.

La Gherardi ha proposto ricorso incidentale volto a sostenere che la ricorrente principale dovesse essere esclusa dalla gara e fosse priva pertanto di legittimazione.

Il ricorso incidentale è articolato nei seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 263 e 252 del DPR 207/2010, violazione della *lex specialis*, carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, poiché:

il bando – dopo aver indicato in 268.882,11 euro le spese per la progettazione e individuato la classe I categoria E per l'importo di euro 8.453.484,86 – ha al punto III 2.2. richiesto il possesso dei requisiti di cui all'art. 263 D.lgs. 163/2006, che sono stati attestati per la Lucci dalla soc. Tecton Sudio Associati s.r.l., ma che invece non sono dalla stessa in realtà posseduti.

Infatti, l'art. 263 prevede che possano essere valutati sono i servizi di ingegneria ultimati ed approvati dalla stazione appaltante; inoltre il comma 2 dello stesso art. 263 prevede che possano essere valutati anche i servizi svolti per committenti privati, purché venga fornita "prova dell'avvenuta esecuzione attraverso atti autorizzatori o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima. Pertanto, in applicazione di questa normativa, la maggior parte dei servizi dichiarati dalla Tecton non poteva essere valutata per la dimostrazione del possesso dei requisiti.

In particolare, dei sei progetti dichiarati dalla Tecton, tre consistono in elaborati progettuali presentati in gare nelle quali non sono risultati vincitori e non possono pertanto ritenersi "approvati". Essi non sarebbero nemmeno valutabili come progetti in favore di committenti privati in quanto essi sono stati predisposti nell'interesse dell'amministrazione e comunque non sono stati eseguiti.

Inoltre due dei progetti dichiarati (cittadella fortificata di Milazzo e nuova sede della Microsoft) non sono riconducibili alla classi I, categoria E, bensì nelle categorie I d e III c e un altro progetto (quello per il restauro dell'Ospedale civile della SS Annunziata in Sassari) solo per la somma di 516.457 euro.

Pertanto, in relazione ad entrambi i profili, la ricorrente doveva essere esclusa per carenza dei requisiti di qualificazione.

2) Violazione dell'art. 90, comma 8, del d.lgs. 163/06 in base al quale il concorrente non può partecipare alla gara se abbia predisposto o comunque, anche indirettamente, avuto modo di conoscere la progettazione preliminare o definitiva, in quanto l'impresa Lucci ha inserito nell'offerta tecnica organizzativa un elaborato redatto dall'ing. Giuseppe Carluccio, il quale si è anche impegnato a partecipare alla struttura tecnico operativa nella fase di progettazione esecutiva e durante il corso dei lavori fino al termine degli stessi; tuttavia lo stesso ing. Carluccio ha partecipato alla stesura del progetto posto a base della gara, essendo coautore dell' "analisi e documentazione dei dissesti strutturali ed individuazione delle situazioni di rischio" e di sette elaborati grafici che costituivano riferimento per la redazione delle offerte. Inoltre, nella struttura tecnico operativa predisposta dall'impresa Lucci è inserito anche il Prof. La Regina, che ha svolto le funzioni di Soprintendente ai beni archeologici di Roma dal luglio 1976 al dicembre 2004 e che in tale ruolo ha curato e coordinato il progetto di restauro di una parte del Colosseo, restauro poi utilizzato come modello di riferimento sia per il progetto posto a base di gara che per la formulazione dell'offerta.

3) Violazione dell'art. 76 d.lgs. 163/2006 e difetto di motivazione e di istruttoria poiché il bando non prevedeva varianti mentre invece l'impresa Lucci ha introdotto varianti nel disegno della cancellata, consistenti nella diversa

scansione degli elementi verticali e nell'introduzione di due montanti verticali principali a tergo delle cancellate, vincolati a terra e in testa tramite un'asta orizzontale della estensore. Inoltre, proprio per i sistemi di ancoraggio alle cancellate, l'offerta della Lucci ha ottenuto il punteggio massimo (5 punti) con una valutazione manifestamente illogica poiché non può essere premiata un'offerta che reca una variante non ammessa incidente sul disegno delle cancellate. La sottrazione dei cinque punti alla Lucci la priverebbe quindi della legittimazione al ricorso.

4) Violazione della *lex specialis*, difetto di istruttoria, violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza, proporzionalità ed efficienza, poiché mentre il bando prevedeva la produzione di una relazione illustrativa interente le esperienze professionali dei tecnici che faranno parte della struttura tecnico-organizzativa di dirigere l'esecuzione dei lavori, la Lucci non ha fornito alcuna indicazione della compagine professionale propria dell'impresa nei termini richiesti ma si è limitata a produrre i curricula dei consulenti (prof. La regina, Ing. Carluccio, ecc.) che nulla hanno a che vedere con la struttura di tecnici e maestranze da impiegare per la gestione e conduzione del cantiere, né ha allegato documentazione integrativa. In subordine, sarebbe illogico il punteggio attribuito alla ricorrente per questo aspetto, il che la priverebbe anche della legittimazione al ricorso.

5) Violazione dell'art. 38 e 90 comma 1 e 53 del d.lgs. 163/2006 poiché i professionisti indicati dalla Lucci e facenti parte della struttura tecnico-organizzativa non hanno attestato il possesso dei requisiti di carattere generale ex art. 38 D.lgs. 163/2006.

6) Difetto di istruttoria ed erroneità e carenza di presupposti, difetto di motivazione e violazione della prescrizione contenuta a pag. 10, punto c) della lettera di invito perché l'impresa Lucci, pur avendo proposto soluzioni migliorative, ha indicato tutti i prezzi previsti nella lista delle categoria lavori e forniture, ivi compresi quelli afferenti le lavorazioni soppresse e, nel contempo, anche i prezzi relativi alle lavorazioni correlate alle soluzioni migliorative.

L'avvocatura dello Stato si è costituita ed ha presentato due memorie per chiedere il rigetto del ricorso principale. Il giudizio, originariamente incardinato dinanzi alla prima sezione di questo Tar, è stato più volte rinviato e successivamente trasferito alla sezione II quater per essere chiamato insieme al ricorso RG n.1052/2012 proposto dalla società Gherardi.

All'udienza del 17.1.2013, la difesa della Gherardi ha chiesto un termine per proporre motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale.

Concordando entrambe le parti sulla necessità di una trattazione congiunta dei due ricorsi e avendo entrambe rinunciato ai termini di legge, l'udienza è stata quindi rinviata alla data odierna.

La ricorrente ha quindi proposto motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale – a seguito della conoscenza sopravvenuta di documenti oggetto di una richiesta di accesso - nei quali ha dedotto:

1) violazione dell'art. 53 d.lgs. 163/2006 e degli artt. 263 e 252 del DPR 207/2010 in quanto la società Tecton ha dichiarato di aver svolto il progetto esecutivo dei "lavori per la conservazione ed esecuzione della cittadella fortificata di Milazzo, nell'ambito di una procedura indetta dal comune di Milazzo e aggiudicata ad altro operatore, e tuttavia il Responsabile del procedimento ha attestato che la Tecton ha svolto solo attività di coordinamento; inoltre, nella parcella professionale concernente tale progetto non risulta alcun riferimento alla classe e, categoria Ie; infine, il progetto non ha conseguito nemmeno il punteggio minimo fissato come soglia di ammissione; quanto al progetto indicato dalla Tecton e concernente la progettazione e il recupero funzionale del Teatro di Villa Tomonia in Roma, è emerso che la gara nell'ambito della quale il progetto era stato presentato, è stata annullata prima dell'apertura delle offerte tecniche.

La Lucci ha depositato una memoria per contestare le affermazioni avversarie.

All'udienza del 31.1.2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il ricorso RG. 1052/2012, la società Gherardi, in proprio e qualità di mandataria dell'ATI, espone:

- di essere stata dichiarata aggiudicataria della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva, dell'esecuzione del restauro dei prospetti settentrionale e meridionale e della realizzazione delle cancellate poste a chiusura dei forni del I ordine del Colosseo;
- che con nota del 31 ottobre 2012 l'amministrazione ha chiesto di produrre la documentazione di prova dei requisiti dei progettisti;
- che tale documentazione è stata prodotta in data 9 novembre 2012;
- che con nota 23 novembre 2012 è stata comunicata l'avvenuta esclusione della ricorrente per la mancata consegna della documentazione richiesta nel termine prescritto;
- che in via di autotutela la ricorrente ha chiesto l'annullamento della esclusione e con nota del 4 dicembre 2012 l'istanza è stata respinta.

Tanto premesso, la ricorrente impugna il provvedimento comunicato con nota 23.11.2012 con il quale essa è stata esclusa mancata consegna della documentazione richiesta a prova dei requisiti ex art. 48 d.lgs. 163/2006.

Propone i seguenti motivi di impugnazione:

1) violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/2006 e del principio di affidamento; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento perché la documentazione a prova dei requisiti dei progettisti, richiesta in data 31 ottobre 2012 (doc. 3), è stata depositata in data 9 novembre 2012 presso la sede di Palazzo massimo – Piazza dei Cinquecento 67, Segreteria del Soprintendente. In questo - come in casi precedenti - l'attestazione della ricezione è consistita nella apposizione del timbro della Soprintendenza e della dicitura scritta a penna: "per ricevuta 9.11.2012" sottoscritta dall'addetto che ha materialmente preso in consegna la documentazione (doc.4). Invece, la documentazione per la sottoscrizione del contratto era stata richiesta in data 2 ottobre 2012 (doc. 1) ed è stata consegnata in data 19.11.2012 (doc.2).

L'amministrazione – prosegue la ricorrente - , nei carteggi prodotti, ha dichiarato che l'esclusione era motivata dalla produzione tardiva, in data 19.11.2012 della documentazione, senza rendersi conto che detta produzione si riferiva ad altra documentazione richiesta in data 2 ottobre 2012. Successivamente l'amministrazione ha sostenuto di non aver ricevuto mai alcuna documentazione da parte della ricorrente in data 9.11.2012, non risultando alcuna attestazione in tal senso nel protocollo in entrata.

La circostanza che tale deposito non risulta al protocollo di entrata della Soprintendenza non è rilevante trattandosi di operazioni sottratte alla sfera di controllo del privato che entra in contatto con la PA.

2) violazione dell'art. 7 della l. 241/90.

3) violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/2006 e del principio di affidamento; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento perché il termine di cui all'art. 48 comma 2, a differenza di quello di cui al comma 1, d.lgs. 163/2006 non è perentorio, come peraltro sostiene la giurisprudenza consolidata e la stessa delibera dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici che l'amministrazione ha citato nel suo provvedimento. Peraltro, la stessa amministrazione ha richiesto la documentazione di prova oltre il termine di 10 giorni dall'aggiudicazione, provvisoria e definitiva, così dimostrando con il suo comportamento di non ritenere perentori i termini di cui all'art.48 citato.

L'amministrazione si è costituita e ha depositato una nota dell'amministrazione corredata da documenti. In detta nota, l'amministrazione fa presente che la documentazione prodotta dalla ricorrente in data 19.11.2012 è altra e diversa da quella richiesta a prova dei requisiti (circostanza su cui anche la ricorrente concorda) e che dopo accurate verifiche presso il personale dell'ufficio non risulta che detta documentazione sia mai stata consegnata, né

è stata riconosciuta la firma/sigla del ricevente, apposta sulla ricevuta consegnata dalla ricorrente.

Successivamente l'amministrazione ha depositato ancora tutto il carteggio inerente la questione nonché le dichiarazioni di tutto il personale che presta servizio presso la Soprintendenza, dalle quali si desume che nessuno di essi ha ricevuto la documentazione richiesta alla Gherardi in data 9.11.2012.

La documentazione richiesta con la nota del 31 ottobre 2012 è stata finalmente consegnata solo in data 7.12.2012 (all. 13 della produzione della amministrazione).

Si è costituita con atto di intervento ad opponendum l'impresa LUCCI, in qualità di seconda classificata nella gara per l'affidamento della progettazione esecutiva, dell'esecuzione del restauro dei prospetti settentrionale e meridionale e della realizzazione delle cancellate poste a chiusura dei fornicelli del I ordine del Colosseo. Con lo stesso atto la LUCCI ha anche riproposto, nelle forme del ricorso incidentale, il ricorso proposto nel giudizio n. RG 8014/2012, dalla stessa proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Gherardi. Sostiene infatti l'interveniente che l'esistenza di altre cause di esclusione della attuale ricorrente farebbero venir meno il suo interesse a contestare la presente esclusione.

La Lucci s.p.a. ha anche depositato una memoria per l'udienza del 17.12.2012, nella quale ha sostenuto che solo la protocollazione è atto fidefacente, cosicché in assenza di protocollo deve ritenersi che il documento non sia mai stato consegnato all'amministrazione.

All'udienza del 17.12.2012, la causa è stata rinviata per la trattazione congiunta con il ricorso RG. N. 8014/2012, al momento ancora pendente presso la prima sezione di questo TAR.

La ricorrente Gherardi ha presentato un controricorso incidentale nel quale, dopo aver sostenuto l'inammissibilità del ricorso incidentale della LUCCI nel presente giudizio, trattandosi di atto proposto da un soggetto privo della qualifica di contro interessato formale e sostanziale, come da pacifica giurisprudenza in materia di impugnazione di atti di esclusione endoprocedimentali, ha anche a sua volta riproposto, con controricorso incidentale, le censure già svolte con proprio ricorso incidentale nel giudizio n. 8014/2012.

Con memoria difensiva depositata per l'udienza del 17.1.2012, la LUCCI ha contro dedotto sull'eccezione di inammissibilità del proprio ricorso incidentale in quanto la qualità di contro interessato le deriva dall'essere al momento attuale aggiudicataria provvisoria della procedura.

In detta memoria, la ricorrente ha ulteriormente ribadito la natura perentoria del termine di cui all'art. 48, comma 2 del d.lgs. 163/2006, essendo il precedente orientamento giurisprudenziale che ne sosteneva la natura ordinatoria ormai stato superato dalla più recente giurisprudenza sulla base di una identità di ratio con la fattispecie di cui al primo comma, di garantire la celerità del procedimento (TAR Liguria, 18.1.2012, n.112; Cons. Stato sez. VI, 8 marzo 2012, n. 132; CGA 13 dicembre 2010, n. 1465).

Essa ha inoltre contestato le censure del controricorso incidentale.

All'udienza del 17.1.2013, come si è già detto, la difesa della Gherardi ha chiesto un termine per proporre motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale nel giudizio n. RG 8014/2012.

Concordando entrambe le parti sulla necessità di una trattazione congiunta dei due ricorsi e avendo entrambe rinunciato ai termini di legge, l'udienza è stata quindi rinviata alla data odierna.

La ricorrente ha quindi proposto non solo motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale nel procedimento n. RG 8014/2012 ma anche motivi aggiunti al ricorso principale e al controricorso incidentale nel procedimento n. RG 10520/2012 nei quali ha dedotto – a seguito della conoscenza sopravvenuta di documenti oggetto di una richiesta di accesso – il vizio di violazione dell'art. 48, comma 2, nei confronti della Lucci in quanto la documentazione richiesta non è stata prodotta nel termine di 10 giorni e non risulta sia stata concessa alcuna proroga. Nello stesso atto la Gherardi ha anche riproposto doglianze svolte nel ric. 8014/2012 che in quella sede saranno esaminate.

La Lucci ha depositato una memoria per contestare le affermazioni avversarie, deducendo e provando in particolare l'esistenza di un atto di proroga che autorizzava la Lucci al deposito oltre i termini di parte della documentazione richiesta.

All'odierna udienza del 31.1.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione dei due ricorsi in epigrafe per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, trattandosi di impugnazione di atti attinenti alla medesima procedura e tra le stesse parti.

2. Appare preliminare, per ragioni di ordine logico, l'esame del secondo ricorso in senso cronologico, ovvero del ricorso proposto dalla ATI Gherardi avverso la propria esclusione (RG10520/2012).

Detto ricorso è fondato in relazione al terzo motivo di ricorso e pertanto esso deve essere accolto con assorbimento delle ulteriori censure.

La questione giuridica che il Tar è chiamata ad esaminare è quella della natura perentoria o ordinatoria (o meglio sollecitatoria) del termine per la comprova, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, dei requisiti economico -finanziari e tecnico -organizzativi, mediante la presentazione della documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito, di cui si occupa l'art. 48, comma 2, del codice dei contratti pubblici

Va in primo luogo chiarito che mentre la giurisprudenza è unanime nel ritenere la natura perentoria del termine di cui al comma 1 dello stesso articolo, concemente la comprova dei requisiti richiesto dalla stazione appaltante prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate ad almeno il 10% delle offerenti, scelte per sorteggio, (v. Cons. St., Sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704; v. altresì, con riguardo alla corrispondente disposizione della legge n. 109 del 1994, Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1189; Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528), per quanto riguarda la natura del termine assegnato dalla stazione appaltante alla aggiudicataria e al secondo classificato per la comprova dei requisiti si riscontrano divergenti orientamenti.

La giurisprudenza, infatti, ha preso prevalentemente posizione circa la natura non perentoria di detto termine per la comprova dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, sia sulla base di argomenti di natura testuale che della diversità di ratio rispetto al termine di cui al comma 1 dello stesso art. 48. (cfr. Consiglio Stato sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6003)

In relazione alla diversità di ratio, è stato in particolare affermato che "mentre nel primo caso (quello di cui all'art. 48 comma 1 riprodittivo dell'art. 10, comma 1 quater della l. 109/94) la perentorietà del termine appare giustificata dalla duplice esigenza di definire con certezza e rapidità una fase procedimentale intermedia e di garantire la par condicio, da valersi quali preminenti interessi che sarebbero sicuramente pregiudicati dall'estensione oltre la scadenza dei dieci giorni della possibilità di produrre la documentazione comprovante il possesso dei requisiti, nel caso della verifica finale le esigenze sopra segnalate non paiono ravvisabili. Quando viene compiuto il controllo definitivo del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, infatti, le operazioni di gara sono terminate, di talché l'esigenza della definizione rapida e sicura di una fase del procedimento risulta esclusa dal rilievo che la procedura selettiva, a quel momento, è già conclusa. Per le medesime ragioni appaiono, inoltre, inconfigurabili esigenze connesse alla tutela della par condicio, per l'intervenuta definizione della gara e l'insussistenza, in quella fase, di concorrenti.

Viceversa, all'atto della verifica definitiva del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, appare preminente il diverso interesse dell'Amministrazione a stipulare il contratto con il soggetto (purché ovviamente in possesso dei requisiti di capacità prescritti) la cui offerta è stata giudicata la più conveniente. Siffatto interesse pubblico verrebbe, tuttavia, irrimediabilmente pregiudicato ove si accedesse alla tesi della perentorietà del termine in questione. Quest'ultima soluzione interpretativa comporterebbe, invero, quale inammissibile conseguenza,

l'esclusione dalla gara dell'impresa selezionata come migliore benché in possesso dei requisiti di partecipazione e solo perché la documentazione di questi è stata trasmessa oltre il termine assegnato, con evidente grave nocumento dell'interesse pubblico, sopra segnalato, alla conclusione del contratto con il concorrente risultato vincitore.” (Consiglio Stato sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6003)

Si è tuttavia precisato che resta salva la facoltà per la stazione appaltante di conferire discrezionalmente tale natura al termine in questione, enunciandolo sia nel bando che nella lettera d'invito, in presenza di effettive esigenze di celerità alla stipula del contratto e/o all'esecuzione dei lavori. (v. anche T.A.R. Potenza Basilicata, sez. I, 21 luglio 2011 n. 420)

Dirimente, infine, è apparsa la considerazione che in ogni caso, “nel senso della natura solo sollecitatoria del termine depone la considerazione che la disposizione prevede l'applicazione della sanzione in caso di « mancata dimostrazione » del possesso dei requisiti e non invece in caso di « tardiva dimostrazione » di tale possesso”, senza alcun riferimento al rispetto del termine di dieci giorni. (v. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 gennaio 2008, n. 144 e TAR Aosta 13 novembre 2008 n. 88).

Anche la lettera della norma offre – secondo questa tesi giurisprudenziale - argomenti nel senso della natura non perentoria del termine.

Infatti, il comma 2 dell'art. 48 espressamente assegna solo alla stazione appaltante un termine di 10 giorni per la richiesta della comprova dei requisiti all'aggiudicatario e al secondo classificato.

Come è stato rilevato dal Tar Aosta (sent. 13 novembre 2008 n. 88), il silenzio della disposizione sul punto induce a ritenere che il legislatore abbia inteso lasciare alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione delle conseguenze della mancata osservanza del termine, in relazione anche alla concreta entità del ritardo e alla misura della sua incidenza sull'andamento della gara (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 gennaio 2008, n. 144).

Di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito tale orientamento sostenendo che solo il termine di cui all'art. 48, comma 1, del d.lg. n. 163 del 2006, debba riconoscersi natura perentoria, perché la perentorietà sarebbe insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza.

Viceversa - prosegue la sentenza - “in conformità al principio generale per il quale il termine è perentorio solo ove sia espressamente qualificato come tale, o non sia stata apposta la specifica indicazione delle relative conseguenze, il seguente, comma 2, del citato art. 48, prevede, a differenza di quanto stabilito per il controllo a campione previsto dal comma 1 dello stesso articolo, un termine di natura ordinatoria per la presentazione dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti di capacità economica- finanziaria e tecnico - organizzativa da parte dell'aggiudicatario provvisorio.” (Consiglio di Stato sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053)

Tuttavia, alcune pronunce hanno affermato anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 48, comma 2, la natura perentoria del termine.

In particolare, il CGA (2 marzo 2007, n. 109) ha sostenuto che: “ benché il termine non sia qualificato espressamente come perentorio, tuttavia, tale natura si desume dall'interesse pubblico perseguito nonché dall'espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo all'automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni (C.G.A. ord. 18 febbraio 2005, n. 84; 27 gennaio 2005, n. 124; 24 dicembre 2002, n. 684; 31 maggio 2002, n. 291; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133; sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528).

In tal senso, si è sottolineato che il termine medesimo è posto a garanzia della corretta speditezza procedimentale della gara ed a tutela dei terzi (in particolare dell'impresa graduata al secondo posto); pertanto, la qualificazione del termine in questione come meramente sollecitatorio sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica.

Si è sostenuto inoltre che non sarebbe logico ipotizzare differenti esigenze di celerità all'interno dello stesso procedimento concorsuale, nel senso di ritenere perentorio soltanto il termine previsto dalla prima parte del citato comma 1 quater dell'art. 10 e relativo al sorteggio per l'effettuazione del controllo a campione prima dell'apertura delle buste, e ordinario il termine che la stazione appaltante assegna all'aggiudicatario per comprovare documentalmente il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara.”

Di recente la tesi della perentorietà del termine è stata ripresa dal Consiglio di Stato sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321 sulla base dell'identità del contenuto dell'obbligo e del richiamo testuale contenuto nel secondo comma a quanto prescrive il primo comma, oltre all'identità di ratio tra le due disposizioni (che va ravvisata nelle esigenze di celerità e di correttezza del procedimento, per evitare il protrarsi di una procedura viziata per inadeguatezza o scorrettezza degli eventuali aggiudicatari).

In quel caso, tuttavia, va notato che la comminatoria dell'esclusione in caso di superamento del termine accordato era espressamente prevista dal bando di gara ed era stata chiaramente ribadita alla aggiudicataria nella lettera di richiesta della documentazione di comprova, nella quale veniva ulteriormente chiarito che il termine in questione era perentorio.

Negli stessi termini si è di recente espresso anche T.A.R. Genova Liguria sez. II 18 gennaio 2012, n. 112.

2.1. Venendo alla controversia in esame, va in primo luogo rilevato in punto di fatto - e la circostanza è di particolare rilevanza - che è incontestato che la documentazione di comprova dei requisiti della Gherardi sia stata in data 7.12.2012 acquisita dalla Soprintendenza (v. allegato 13 della produzione dell'avvocatura dello Stato).

A prescindere dunque dall'accertamento se effettivamente la ricorrente avesse o meno già, in data 9.11.2012, consegnato tale documentazione, circostanza agli atti controversa, è indiscusso che la documentazione richiesta è comunque stata successivamente acquisita dalla Soprintendenza.

Per quanto riguarda la questione circa la natura ordinaria o perentoria del termine entro il quale l'impresa aggiudicataria deve provvedere a dare dimostrazione dei requisiti, ritiene il collegio che non possa ritenersi sulla base del solo dato normativo che si tratti di un termine perentorio, bensì - in linea di principio - solo di un termine sollecitatorio. Naturalmente ciò non preclude alla stazione appaltante, in caso di effettive esigenze di celerità, la possibilità di qualificare come perentorio detto termine. Tuttavia, in tali casi, la perentorietà del termine deve essere espressamente sancita nel bando o nella lettera di invito.

Nel caso in esame, la lettera di invito non prevede alcunché sul punto né a ben vedere la stessa nota del 31.10.2012, con la quale la documentazione di comprova dei requisiti è stata richiesta, è chiara nell'affermare che il termine assegnato di dieci giorni debba essere inteso come termine a pena di esclusione. Essa infatti contiene unicamente la dizione: “entro e non oltre il termine di 10 giorni” senza specificare quali sono le conseguenze di una eventuale omissione.

Peraltro, anche la nota del 2 ottobre 2012, con la quale è stata richiesta alla Gherardi altra documentazione, conteneva la medesima dizione: “entro e non oltre il termine di 10 giorni” ma questo termine non è stato pacificamente rispettato senza alcuna conseguenza. La documentazione richiesta infatti è pervenuta, senza alcuna contestazione di tardività, solo in data 19.11.2012.

Nemmeno nella motivazione dell'esclusione si ravvisa alcuna indicazione nel senso che vi fosse stata da parte della amministrazione la volontà di attribuire, per specifiche esigenze di celerità, a tale termine natura perentoria.

Il provvedimento di esclusione del 22.11.2012, infatti, è motivato unicamente sulla previsione di cui all'art. 48, comma 2. Inoltre, nella comunicazione della esclusione (nota del 23.11.2012 prot. 39244) si fa espresso riferimento - a sostegno nella tesi della perentorietà del termine - alla determinazione n. 4 del 10.10.2012 par. 5 dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, la quale però non prevede che il termine di cui all'art. 48 comma 2 sia perentorio,

riferendo tale efficacia solo al termine di cui al comma 1.

Non può poi non rilevarsi che i carteggi dell'amministrazione denotano una certa confusione circa l'esatta ricostruzione cronologica degli eventi. Infatti, si parla in alcuni atti di una tardiva produzione del 19.11.12 (v. nota del responsabile unico del procedimento del 19.11.2012, all. 4 della produzione dell'Avvocatura dello Stato); successivamente invece è stato acclarato che questa produzione non si riferiva alla documentazione richiesta con nota del 31.10.2012 ma ad altra documentazione richiesta in data 2.10.2012. La documentazione di comprova, invece, come si è detto, è stata sì acquisita ma solo successivamente (in data 7.12.2012).

In questo quadro, il collegio ritiene che il provvedimento di esclusione, in quanto adottato dalla Soprintendenza unicamente sull'assunto della natura perentoria ex lege del termine per la comprova dei requisiti da parte dell'aggiudicatario e in mancanza di altre determinazioni della stazione appaltante volte ad attribuire a tale termine natura perentoria per ragioni di celerità e urgenza, sia illegittima e debba pertanto essere annullata, con assorbimento delle ulteriori doglianze.

Il ricorso incidentale presentato dall'interveniente ad opponendum in questo giudizio, consistente come si è detto nella mera riproduzione del ricorso principale nel giudizio n. RG 8014/2012, di cui si tratterà tra breve, è inammissibile.

Con detto atto, l'interveniente ad opponendum – la quale peraltro non vanta nel presente giudizio la qualifica di controinteressato in senso tecnico, trattandosi di un giudizio volto alla impugnazione di un provvedimento endoprocedimentale di esclusione – ritiene di poter dimostrare l'assenza della legittimazione della ricorrente Gherardi a contestare il provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti, in quanto essa avrebbe dovuto essere esclusa per altre ragioni. Si tratta in sostanza della trasposizione degli stessi principi che consentono in seno di giudizi con cui si impugnano i provvedimenti di aggiudicazione di contestare, mediante ricorso incidentale c.d. escludente, la carenza di legittimazione del ricorrente principale giacché egli non doveva nemmeno essere ammesso alla gara.

Nel caso di specie, tuttavia, un tale tipo di ricorso incidentale non è configurabile. Infatti, l'oggetto del giudizio è costituito, in questo caso, dal provvedimento di esclusione mentre il ricorso incidentale è volto ad impugnare il precedente provvedimento di aggiudicazione, laddove essa non avrebbe disposto l'esclusione del ricorrente per ulteriori ragioni rispetto a quelle indicate nel provvedimento di esclusione: in tal modo però si determina una eccessiva estensione dell'oggetto del giudizio e si rischia di eludere il termine di impugnazione di altri provvedimenti immediatamente lesivi (peraltro nel caso di specie già tempestivamente impugnati in altra sede).

Va poi rilevato che, essendo lo stesso mezzo di impugnazione già stato proposto come ricorso principale nel giudizio RG 8014/2012, si verifica una vera e propria duplicazione di mezzi di impugnativa in giudizi diversi, con il rischio di determinare una violazione del principio del ne bis in idem. Infine, come si è detto, nonostante l'interveniente ad opponendum vanti sicuramente un interesse di fatto contrario all'accoglimento del presente ricorso, essendo essa la seconda classificata nella procedura di gara, essa non è una controinteressata in senso tecnico rispetto alla impugnazione di un provvedimento di esclusione.

Ne consegue che, per identiche ragioni, anche il controricorso incidentale proposto dalla Gherardi – riproduttivo del ricorso incidentale proposto nel giudizio RG 8014/2012 - ed i relativi motivi aggiunti, devono tutti essere dichiarati inammissibili.

3. E' possibile quindi ora passare all'esame del giudizio n. 8014/2012, rispetto al quale – a seguito dell'annullamento - testè disposto - del provvedimento di esclusione nei confronti della Gherardi permane l'interesse della ricorrente principale Lucci all'annullamento della impugnata aggiudicazione.

Sulla scorta dei principi affermati da ultimo dalla adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, tuttavia, va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Gherardi nell'ambito del giudizio promosso dalla ricorrente Lucci, in quanto esso è volto a contestare la sua legittimazione al ricorso poiché essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Il ricorso incidentale è fondato in relazione al primo motivo con il quale la Gherardi sostiene che la Lucci avrebbe dovuto essere esclusa per non aver dimostrato requisiti sufficienti ai sensi dell'art. 263 del DPR 207/2010.

La questione posta all'esame del collegio riguarda l'interpretazione del citato art. 263 comma 2, il quale disciplina quali sono i servizi valutabili ai fini dell'affidamento di servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria (art. 252 del regolamento).

La tesi della Gherardi è che l'art. 263, comma 2, preveda che possano essere valutati solo i servizi di ingegneria o architettura ultimati ed approvati dalla stazione appaltante e che per "approvati" si debbano intendere solo quei progetti che sono risultati aggiudicatari della gara d'appalto.

Inoltre, per quanto riguarda i servizi svolti per committenti privati, dei quali si occupa la seconda parte dello stesso comma 2 dell'art. 263, essi possano essere valutati solo se venga fornita "prova dell'avvenuta esecuzione attraverso atti autorizzatori o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima. Pertanto, in applicazione di questa normativa, la maggior parte dei servizi dichiarati dalla Tecton non avrebbe potuto essere valutata per la dimostrazione del possesso dei requisiti, visto che dei sei progetti dichiarati dalla Tecton, tre consistono in elaborati progettuali presentati in gare per le quali essi non sono risultati vincitori e non possono pertanto ritenersi "approvati". Essi, inoltre, non sarebbero nemmeno valutabili come progetti in favore di committenti privati, essi sono stati predisposti nell'interesse dell'amministrazione e comunque non sono stati eseguiti.

La tesi della Lucci è naturalmente in senso diametralmente opposto. Essa sostiene – in particolare nella memoria depositata per l'udienza del 21 novembre 2012 – che la seconda parte del comma 2 dell'art. 263 DPR 207/2010 debba essere letta alla luce della prima parte di esso, nella quale si specifica: "Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi". In sostanza, secondo la ricorrente la norma non prevede un diverso trattamento a seconda che si tratti servizi di progettazione svolti nei confronti di committenti pubblici o privati giacché in entrambi i casi ciò che rileva è solo l'effettivo svolgimento delle prestazioni di progettazione in questione e non anche l'esecuzione dei relativi lavori oggetto della progettazione.

Pertanto, prosegue la ricorrente, nel caso in cui il committente sia un'impresa privata che partecipa alla gara e non la stazione appaltante, è del tutto ininfluenza la circostanza che essa si aggiudichi o meno l'appalto: ciò che conta è solo che vi sia un certificato di buona e regolare esecuzione ovvero un contratto che dimostri l'effettivo espletamento dell'attività di progettazione e una fattura relativa allo stesso.

3.1. Prima di addentrarsi nell'esame della norma in questione, appare tuttavia importante sottolineare, in via preliminare, la specificità della prestazione di "servizi di progettazione" in quanto, a differenza di ogni altra prestazione di servizi, essa si risolve nella predisposizione degli elaborati progettuali e non comporta dunque anche l'effettiva esecuzione dei lavori ad essa inerenti.

Questa peculiarità fa sì che la valutazione del corretto adempimento della prestazione di progettazione sia tendenzialmente più complessa rispetto ad altre prestazioni, qualora i lavori oggetto della progettazione non siano stati ancora eseguiti. Viceversa, la bontà del progetto può certamente più facilmente essere valutata quando esso sia stato realizzato, mediante l'esecuzione dei lavori progettati. In questo caso infatti essa potrà essere comprovata dal

certificati di regolare esecuzione dei lavori.

Venendo dunque all'esame della norma in questione, va subito rilevato che l'art. 263, comma 2, appare strutturato in due parti: la prima relativa alle progettazioni rese nei confronti di stazioni appaltanti o pubbliche amministrazioni e la seconda che prevede la valutabilità anche dei servizi resi nei confronti dei committenti privati. A tale conclusione deve giungersi per varie ragioni: in primo luogo perché la prima parte del comma parla di servizi ultimati e approvati nell'arco del decennio (o quinquennio) precedente alla data di pubblicazione del bando. L'uso dell'espressione "approvati" ha carattere tecnico e indica che il progetto deve essere accettato dalla stazione appaltante e dunque da un soggetto pubblico. La stessa espressione infatti si rinviene anche nell'art. 52 del codice dei contratti pubblici nella parte che disciplina gli appalti di progettazione esecutiva e esecuzione lavori. Infatti, l'art. 52 al comma 3 bis prevede che la corresponsione diretta al progettista del compenso può essere effettuata solo "previa approvazione del progetto", inoltre al comma 5 lo stesso art. 52 prevede: "Quando il contratto ha ad oggetto anche la progettazione, l'esecuzione può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo."

Anche l'art. 280 del Regolamento, a proposito di gare di progettazione o di concorsi di progettazione, indica la data di approvazione del progetto per la decorrenza della polizza di responsabilità civile professionale per i progettisti.

E' dunque evidente che l'approvazione deve riferirsi ad un atto della procedura di affidamento dell'appalto da parte della stazione appaltante.

Ulteriore conferma del fatto che la prima parte della norma si occupi di servizi resi nei confronti di stazioni appaltanti si trae dalla circostanza che essa si preoccupa di definire la data dell'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo rinviando all'articolo 234, comma 2 dello stesso Regolamento.

In secondo luogo, va rilevato che la seconda parte della norma inizia così: "Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati.." e prosegue indicando a quali condizioni tali servizi sono valutabili, il che consente di ritenere che siano stati disciplinati in modo diverso i servizi resi nei confronti di stazioni appaltanti o pubbliche amministrazioni e quelli resi nei confronti di committenti privati.

Tale differenza di disciplina si rinviene soprattutto in relazione alla questione se, perché i servizi di progettazione possano essere valutati, occorra o meno l'esecuzione dei lavori cui essi si riferiscono.

La disposizione richiamata dalla Lucci, quella secondo la quale non rileva la mancata realizzazione dei lavori relativi ai servizi di progettazione, infatti, si trova appunto nella prima parte del comma in esame, la quale come si è detto si occupa dei servizi di progettazione resi nei confronti di una stazione appaltante o di una pubblica amministrazione. Essa dunque non sembra potersi riferire anche alle progettazioni eseguite nei confronti dei committenti privati.

D'altro canto non può non sottolinearsi che la suddetta norma è inserita in un contesto relativo alla individuazione di quali sono i limiti temporali entro i quali i servizi di progettazione svolti sono valutabili. In quest'ottica la precisazione che non rileva se i lavori siano o meno stati svolti deve essere letta nel senso che detta esecuzione non deve essere effettuata affinché i servizi siano considerati come eseguiti nel decennio o quinquennio antecedente, potendo essi anche essere stati approvati appena prima la pubblicazione del bando. La norma tuttavia non sembra mettere in dubbio il fatto che comunque detti servizi saranno – salvo eventi eccezionali - in futuro realizzati, solo che si preoccupa di specificare che la loro realizzazione può avvenire anche dopo la pubblicazione del bando.

In questo senso, appare non condivisibile la tesi della Lucci secondo la quale tale disposizione consentirebbe di valutare anche progetti la cui realizzazione è per definizione impossibile non essendo essi risultati vincitori della gara di appalto.

Di contro, la seconda parte dell'art. 263, nel disciplinare le condizioni in presenza delle quali i servizi resi per i

committenti privati sono valutabili prevede: “Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima.”

Tanto argomenti di natura letterale e sistematica che ragioni di logica inducono a ritenere che per la valutazione dei servizi svolti per committenti privati (a differenza di quanto avviene per i servizi di progettazione approvati dalla stazione appaltante) occorra anche l'esecuzione dei lavori ai quali essi si riferiscono o comunque almeno l'accettazione del progetto al fine della sua effettiva realizzazione da parte del committente privato.

A tali conclusioni il Tribunale è giunto sulla base delle seguenti considerazioni.

Per documentare lo svolgimento del servizio la norma richiede in primo luogo il “certificato di buona e regolare esecuzione” rilasciato dal committente privato: è vero che non si dice chiaramente che si tratta di certificato di esecuzione dei lavori, ma tale lieve differenza lessicale non pare significativa posto che il regolamento dei contratti quando parla di “certificato di regolare esecuzione” si riferisce esclusivamente alla esecuzione dei lavori (v. art. 237 del regolamento).

Di contro, quando il Regolamento si riferisce alla documentazione del corretto espletamento delle prestazioni per i contratti pubblici di forniture e servizi, esso usa la diversa espressione: “certificato di verifica di conformità”, disciplinato dall'art. 322.

Non sembra pertanto che possa ritenersi idoneo a documentare il servizio di progettazione l'attestazione del committente che “l'intervento è stato regolarmente ultimato e che il servizio è stato di qualità e non ha dato luogo a contenziosi di nessun genere”, come è avvenuto per le progettazioni affidate alla Tecton dalla ATI Ing. Antonio Pompa. Tale attestazione infatti riguarda solo la redazione del progetto e non la realizzazione dei lavori, in quanto si trattava – come si è sopra rilevato – di progettazioni commissionate per la partecipazione a gare da parte di imprese che non sono risultate vincitrici.

D'altro canto, della inidoneità di tale attestazione appare essere stata consapevole anche l'amministrazione precedente, la quale – con nota del 10.12.2012 prot. 41361 ha chiesto alla Lucci di produrre “certificazione rilasciata dalle stazioni appaltanti che hanno bandito le singole procedure di gara da cui si attesti che il concorrente che ha presentato l'offerta accompagnata dalle progettazioni di cui trattasi non sia stato escluso per motivi riconducibili a carenze progettuali”.

Tuttavia, anche una tale attestazione non può certamente avere gli stessi effetti della approvazione del progetto, la quale, come si è visto, presuppone che il progetto sia risultato vincitore della gara.

Ancora, l'art. 263, comma 2 seconda parte, consente all'operatore economico di dichiarare i servizi svolti per committenti privati, tuttavia in questo caso la stazione appaltante può chiedere “prova dell'avvenuta esecuzione”. Anche qui l'utilizzo del termine “esecuzione” non sembra non potersi riferire che ai lavori cui la progettazione si riferisce in quanto la stessa norma prosegue indicando le modalità con cui tale prova può essere data e cioè: la produzione degli atti autorizzatori o concessori ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione.

Se ne deve dedurre che, nel caso della committenza privata, non solo i servizi di progettazione debbano essere stati ultimati ma anche i relativi lavori debbano essere completati o quanto meno iniziati, e comunque debbano essere suscettibili di effettiva realizzazione.

In sostanza, ai fini di un controllo sulla serietà e validità delle progettazioni effettuate, la norma esige che il progetto sia stato realizzato o per lo meno che i relativi lavori siano iniziati e che quindi il committente privato

abbia effettivamente accettato il progetto decidendo di tradurlo in pratica.

Solo questo comportamento infatti può costituire un equivalente della approvazione da parte della stazione appaltante al fine di comprovare la validità dei servizi di progettazione svolti e quindi l'affidabilità del progettista. Inoltre, solo questi elementi sono idonei a dare una prova convincente della bontà del progetto. Il committente privato infatti – a differenza di quello pubblico che procede alla scelta del miglior progetto attraverso una gara – di norma non ha competenze tecniche che gli permettano di verificare la validità di un progetto se non dopo aver effettuato i relativi lavori.

Infine, sotto il profilo della ratio, non può non rilevarsi che, data la peculiare natura della prestazione dei servizi di progettazione di cui si è parlato prima, sia più che legittimo da parte del legislatore richiedere qualche cautela in più quando si tratti di asseverare la qualificazione di un progettista sulla base di attività svolte nei confronti di soggetti privati anziché nei confronti di un soggetto pubblico in esito ad una gara.

E' vero che la norma prosegue consentendo all'operatore economico di provare l'avvenuta esecuzione anche tramite "copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima", ed è ciò che la Lucci ha fatto anche in questo giudizio, tuttavia questa parte della norma non può essere intesa – come sostiene la Lucci – nel senso che sarebbe sufficiente la produzione del contratto di affidamento del servizio di progettazione da parte di un'impresa privata che intenda usare detto progetto per partecipare ad una gara di appalto e il relativo pagamento.

La norma infatti non può essere avulsa dal contesto e non può privare di senso tutto il resto dell'articolo che, come si è visto, depone chiaramente nel senso che deve esservi quantomeno prova della effettiva e concreta realizzabilità del progetto da parte del committente privato, il quale deve essere il vero destinatario della prestazione.

Essa dunque deve esser intesa come la previsione di un ulteriore mezzo con cui l'operatore economico può provare – in assenza di un certificato di regolare e corretta esecuzione - che il committente privato ha inteso effettivamente accettare il progetto e realizzare i lavori relativi, pagando il compenso pattuito, ma non può essere usata per sostenere che possano essere valutati i progetti commissionati solo per la partecipazione a gare pubbliche e che non sono poi risultati vincitori, come nel caso di specie la Lucci ha inteso fare.

Infatti, in primo luogo in questo caso è assolutamente certo che il progetto non ha nessuna effettiva possibilità di essere tradotto in pratica in quanto esso non è stato approvato dal destinatario finale, cioè dalla pubblica amministrazione che ha bandito la gara.

L'impresa che ha commissionato la redazione del progetto non è il destinatario finale della progettazione e dunque non è riconducibile nel novero dei "committenti privati" ai quali l'art. 263, comma 2, seconda parte, si riferisce.

La norma, come si è visto, è finalizzata ad equiparare le prestazioni rese a favore di soggetti pubblici a quelle rese a favore di soggetti privati, purché vi sia prova della realizzazione dei relativi lavori o almeno della loro concreta realizzabilità.

Nel caso dell'impresa che usa il progetto solo per partecipare ad una gara pubblica, invece, tale omogeneità di situazioni non si ravvisa in quanto la progettazione ha in questo caso come vero destinatario il committente pubblico.

In questo quadro è chiaro che qualunque attestazione di buona e regolare esecuzione da parte dell'impresa che ha dato l'incarico di progettazione ma che non è il vero destinatario di essa non può avere alcun rilievo, ai fini della comprova della validità e realizzabilità del progetto.

Inoltre, non può non rilevarsi che qualora si ritenesse idonea l'attestazione dell'impresa che ha partecipato alla gara circa la bontà del progetto, si avrebbe l'assurda conseguenza che all'esito di una gara tutti i progetti presentati, sia quello risultato vincitore che quello di tutti gli altri partecipanti alla gara e non vincitori, potrebbero essere considerati approvati o comunque validi ai fini dell'ottenimento della qualificazione dei progettisti.

Non può, inoltre, non evidenziarsi il rischio che in tal modo si possano avallare prassi distorsive e che una stessa impresa, magari partecipando a più gare di appalto sempre dando l'incarico di progettazione ad uno stesso progettista, ottenga in questo modo l'incremento dei requisiti di qualificazione del progettista, senza che alcuno di questi progetti sia mai risultato vincitore di una gara o sia stato realmente eseguito. In secondo luogo, anche a livello giuridico, la relazione tra l'impresa che partecipa alla gara e il progettista (o società di ingegneria) il quale è incaricato di redigere il progetto da presentare nella gara non è qualificabile come appalto di lavori e servizi nel senso fatto proprio dall'art. 263, comma 2, quando esso si occupa di committenti privati. Infatti, l'art. 53 comma 3 del codice dei contratti pubblici prevede che quando il contratto ha ad oggetto anche la progettazione, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti o avvalersi di progettisti qualificati, ovvero ancora partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Nel caso di specie, la Lucci ha prescelto al forma dell'avvalimento rivolgendosi alla Tecton Studio associati s.r.l. per la realizzazione del progetto con il quale ha poi partecipato alla gara. Analoga modalità era stata utilizzata dalla impresa Pompa con la Tecton nei progetti contestati dalla Gherardi. In questi casi, pur essendovi un contratto tra l'impresa partecipate alla gara e la società di progettazione, essi sostanzialmente partecipano tuttavia entrambi alla gara di appalto, tanto che l'impresa di costruzioni ha speso i requisiti di qualificazione della società Tecton. Non è pertanto anche sotto questo profilo condivisibile la tesi della Lucci che vuole sussumere la relazione tra la Tecton e l'impresa dell'ing. Pompa nella ipotesi del contratto di appalto di servizi al quale si riferisce l'art. 263, comma 1, seconda parte, del regolamento. In questo caso infatti non ci troviamo di fronte a un contratto di questo tipo ma ad un incarico professionale conferito per la prestazione dell'attività di progettazione da usarsi nell'ambito di una gara di appalto. In conclusione, per tutte queste ragioni, tre delle sei progettazioni dichiarati dalla Tecton Studio Associati s.r.l. non potevano essere valutati per la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al punto III 2.2. lett. b) e c) del bando. Il primo motivo del ricorso incidentale pertanto deve essere accolto. L'impresa Lucci dunque avrebbe dovuto essere esclusa per questa ragione. Ciò comporta, secondo l'insegnamento della Adunanza plenaria n. 4 del 2011, l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e di interesse. I successivi motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla Gherardi vanno invece dichiarati improcedibili per carenza di interesse. Le spese devono essere compensate attesa la complessità e novità della questione e lo stato della giurisprudenza in materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, li riunisce, e quanto al giudizio RG. 10520/2012, accoglie il ricorso proposto dalla soc. Gherardi e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura ristretta, adottato in data 22.11.2012, prot. 39127 e comunicato al ricorrente con nota del 23.11.2012 n. 39244, nonché tutti gli altri atti impugnati;

dichiara inammissibile sia il ricorso incidentale proposto dalla Lucci sia il controricorso incidentale proposto dalla soc. Gherardi e i relativi motivi aggiunti;

quanto al giudizio RG 8014/2012, accoglie il ricorso incidentale proposto dalla soc. Gherardi e per l'effetto dichiara inammissibile il ricorso proposto dalla soc. Lucci Salvatore Impresa di costruzione s.r.l.

dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla Gherardi

Compensa le spese tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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