



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 11009/2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Arfa Tech Srl + 1, Soc Arfa Tech Srl (Mandataria), Soc Manutenzioni Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Nicolo' Mastropasqua, con domicilio eletto presso Piero Lorusso in Roma, l.go Messico, 7;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Soc Cr Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***per l'annullamento***

del provvedimento di cui alla nota del 14.11.2012 concernente comunicazione ex art. 79 comma 5 D.Lgs. 163/06 di aggiudicazione definitiva della gara "procedura dell'11.9.2012 - CE. 036108 - località Maricentro Taranto" in favore della C.R.Costruzioni srl;

del provvedimento n. 14 del 12.11.12 del Direttore Generale del Ministero della Difesa Direzione Generale dei lavori e del demanio 3° rep. 8^ divis. 4^ sez. di aggiudicazione definitiva della gara alla C.R. Costruzioni srl;

dei verbali di gara del 27.9.2012 (nella misura in cui disponeva l'aggiudicazione provvisoria in favore della C.R. Costruzioni srl), dell'11.9.2012 (nella misura in cui ammetteva la C.R. Costruzioni srl. alla gara);

ove occorra degli ulteriori verbali di verifica della documentazione presentata a corredo dell'offerta dovessero essere stati redatti ancorché non conosciuti;

nonché per la condanna della PA ad aggiudicare l'appalto a suo favore;

nonché, in via subordinata, per il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'illegittimo operato dell'Amministrazione

Con i motivi aggiunti depositati il 27 febbraio 2013 per l'annullamento

della nota trasmessa a mezzo fax in data 5.2.2013 con cui il Direttore della 8^ divisione della Direzione Generale dei Lavori e del Demanio del Ministero della Difesa ha comunicato l'esclusione dalla gara dell'R.T.I. Arfa Tech srl - Manutenzioni srl perchè non avrebbe comprovato il possesso dei requisiti progettuali richiesti dal bando;

della relativa decisione della Commissione aggiudicatrice (verbale dell'1.2.2012) e non comunicata;

del verbale di gara del 5.11.2012 nella misura in cui assumeva come "non comprovabile" il requisito di

progettazione in relazione alla documentazione presentata dall'ATI ricorrente;  
ove occorre degli ulteriori verbali di verifica della documentazione presentata a controprova del requisito di progettazione ove dovessero essere stati redatti;  
di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi eventuali altri non conosciuti verbali di gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Soc. Cr Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2013 la dott.ssa Floriana Rizzetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

La costituenda A.T.I. composta da ARFA Tech s.r.l. e Manutenzioni s.r.l. (di seguito ATI) premette di aver partecipato alla gara con procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori per ristrutturazione cucina e mensa di "Maricentro Taranto" indetta dal Ministero della Difesa – Direzione Generale dei Lavori e del Demanio – 8° Divisione - con importo a base di gara di € 3.729.165,78 + IVA (di cui oneri per l'attuazione del piano di sicurezza (non soggetti a ribasso): € 129.532,64; oneri per la progettazione (soggetti a ribasso): Euro 61.981,09 (esclusa Inarcassa € 2.479,24), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso ai sensi dell'art.82 del D.lgs. 163/2006 e s.m.i. (con l'applicazione, ai sensi dell'art. 253 co.20-bis del citato D.Lgs., dell'esclusione automatica prevista dall'art. 122 co. 9 dello stesso D.Lgs.).

Con il ricorso in esame l'ATI, che si è collocata al secondo posto, con un ribasso del 28,072%, impugna il provvedimento di aggiudicazione alla C.R. Costruzioni che aveva offerto un ribasso pari allo 28,077%, chiedendone l'annullamento; chiede inoltre la declaratoria di esclusione della contro interessata dalla gara, di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato; la declaratoria dell'obbligo della stazione appaltante di aggiudicare l'appalto a suo favore e di farla subentrare nel contratto, nonché, in via subordinata il risarcimento del danno per equivalente commisurato al 15% dell'IBA al netto del ribasso offerto; con vittoria di spese.

L'impresa aggiudicataria C.R. Costruzioni (di seguito CR) l'8.1.2013 ha proposto ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di progettazione esecutiva prescritti dal bando relativamente alla cat. III c.e.

Successivamente alla conclusione, con esito negativo, della verifica ex art. 48 cod.app., l'ATI è stata esclusa con provvedimento impugnato con motivi aggiunti notificati il 27.2.2013.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata la quale con memoria scritta ha chiesto il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 1265 del 13 marzo 2013 è stata respinta l'istanza cautelare.

In vista della trattazione del merito le parti hanno presentato memorie conclusionali.

All'udienza pubblica dell'11.12.2013 la causa è passata in decisione.

Va in via preliminare precisata la persistenza dell'interesse dell'ATI Arfa Tech srl – Manutenzioni srl alla decisione della controversia, che permane, anche al fine del risarcimento del danno per equivalente.

Va prioritariamente esaminata la questione della legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente – da questa impugnato con ricorso per motivi aggiunti - in quanto l'esclusione della stessa – reclamata dalla contro interessata con il primo motivo del ricorso incidentale (e sulla stessa base delle ragioni in esso dedotte, con conseguente venir meno dell'interesse della contro interessata all'accoglimento dello specifico profilo di

censura) - determinerebbe la carenza di interesse della ricorrente ad impugnare gli atti di una gara da cui è stata esclusa.

Con il primo motivo del ricorso incidentale, la CR invocava l'esclusione dalla gara dell'ATI ricorrente per mancata prova, in sede di verifica ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006, del possesso dei requisiti di progettazione esecutiva prescritti dal bando relativamente alla cat. III c (progettazione esecutiva individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle tariffe professionali (legge 143/1949 e s.m.i.) per l'importo di €. 842.493,30: l'ATI aveva dichiarato, in sede di partecipazione, di avvalersi dello Studio Associato Rotondo ingegneri, che dichiarava con autocertificazione il possesso dei requisiti di progettazione esecutiva di cui alla cat. III c per €. 846.346,51 senza però riuscire, in sede di verifica dei requisiti, a dare adeguata dimostrazione degli incarichi di progettazione per la cat. III c da quest'ultima effettuati, in quanto avrebbe prodotto documentazione tardiva e comunque insufficiente perché consistente in certificazioni di data e provenienza non certa.

In sede di verifica dei requisiti, tuttavia, sono sorti problemi per la dimostrazione dell'effettivo importo della progettazione per il Centro di Quartiere-Monopoli - C.da L'Assunta e l'Edificio per civile abitazione in zona 6° residenziale di PRG-Monopoli - C.da L'Assunta", rispettivamente per di Euro 110.000 e 126.000, senza i quali l'importo complessivo dichiarato per la categoria IIIc è sceso di al di sotto della soglia minima fissata dal bando.

Di conseguenza l'Amministrazione resistente, con determinazione del Direttore della 8^ divisione della Direzione Generale dei Lavori e del Demanio del Ministero della Difesa n. 1 del 4.2.2013, ha adottato il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente – comunicato all'interessata con nota del 5.2.2013 – sulla base della documentazione agli atti e della valutazione operata nella seduta della Commissione Tecnica del 1.2.2013 – impugnato con motivi aggiunti dall'ATI. Detto provvedimento, siccome satisfattivo della pretesa espulsiva avanzata dalla CR con il primo dei motivi del ricorso incidentale, comporta, peraltro, il venir meno dell'interesse di CR relativamente alla specifica doglianza.

Va dunque in via prioritaria esaminato il ricorso per motivi aggiunti con cui l'ATI impugna il provvedimento di esclusione predetto deducendo i seguenti profili di censura:

“Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 co. 2 del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 263 co. 2 DPR 207/2010; Violazione e falsa applicazione del punto II.2 del bando; Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria, violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, illogicità ed incongruenza rispetto alla finalità della gara, difetto di motivazione e violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90”.

La ricorrente ritiene di aver adeguatamente comprovato il possesso del requisito per la progettazione esecutiva afferente alla categoria IIIc del punto II.2 del bando in quanto ha prodotto tutta la documentazione in suo possesso, compresi tutti gli atti autorizzativi e concessori, le certificazioni di conformità, agibilità e regolare esecuzione, i computi metrici estimativi e gli allegati progetti (che ricostruiscono in modo specifico le lavorazioni), i contratti, le fatture prodotte dalle ditte incaricate dell'esecuzione delle opere (documenti fiscali inconfutabili), le certificazioni provenienti dai tecnici incaricati della progettazione (non concorrenti ma ausiliari) o da tecnici terzi e da committenti, e quant'altro disponibile e necessario a dimostrare il possesso dei requisiti di progettazione esecutiva. Ritiene pertanto che l'atteggiamento refrattario a valutare positivamente tale documentazione sia dovuto ad un pregiudizio della stazione appaltante nei confronti delle prestazioni rese a privati, in violazione con le norme ed i principi in materia ed in contrasto con il Parere di Precontenzioso n. 7 del 12.1.2011 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici – sull'eguale valore attribuito alla prestazione rese nei confronti di soggetti pubblici e privati sancito dalla art. 42 co. 1 dl.vo n. 163/2006, che prevede solo una diversa modalità probatoria del requisito, ed il divieto di richiedere requisiti ulteriori e sproporzionati estranei con l'oggetto di gara (ribadito con il Parere n. 33 del 31.1.2008). Illegittimamente l'Amministrazione ha reiterato generiche richieste di integrazione documentale

delle certificazioni prodotte, senza mai specificare quali fossero i documenti utili al fine di concludere positivamente il procedimento di verifica e senza tener conto del fatto che i documenti prodotti dalla ricorrente erano quelli stessi prescritti dal bando, dall'art. 263 co. 2 del DPR 207/2010 e dalla stessa Commissione. Nella memoria conclusionale, infine, la ricorrente prospetta l'esigenza di disporre una consulenza tecnica d'ufficio al fine di verificare se dalla documentazione prodotta si possa ritenere certificato, attestato e comprovato il possesso del requisito in contestazione.

La prospettazione attorea non può essere condivisa.

Va innanzitutto precisato che è del tutto estranea alla materia del contendere la questione della discriminazione delle prestazioni di servizi rese a privati o della mancanza di proporzione dei requisiti rispetto all'oggetto di gara. Quel che è stato messo in dubbio dall'Amministrazione è esclusivamente la modalità probatoria del requisito in contestazione e con esclusivo riferimento alla comprova dell'importo del requisito relativo alle progettazioni afferenti alla categoria IIIc elaborate dello Studio Associato Rotondo Ingegneri a favore del committente Rotondo Angelo – associato del medesimo studio - per i lavori di costruzione effettuati dall'Impresa Edile Rotondo Angelo relativi ad un “edificio per centro di quartiere-Monopoli, C.da L'Assunta” e un “edificio per civile abitazione in zona 6° residenziale di PRG-Monopoli, C.da L'Assunta”. È infatti solo relativamente a questi che la stazione appaltante ha formulato rilievi, richiedendo ulteriori documenti atti a comprovare il regolare svolgimento del servizio di ingegneria e l'effettivo buon esito delle progettazioni afferenti alla categoria IIIc per suddetti lavori, mentre non ha formulato alcun altro rilievo nei confronti della restante documentazione prodotta dalla ricorrente.

L'ATI in data 11.10.2012 infatti ha riscontrato la richiesta verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 48 cod. app., avviata dalla PA con nota dell'1.10.2012, inviando n. 16 dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, rese dai diversi committenti privati che attestavano che il servizio di ingegneria era stato reso “regolarmente e con buon esito”, precisando la descrizione del servizio, il periodo temporale di svolgimento e gli importi dei lavori, suddivisi per classi e categorie.

Tale produzione documentale veniva accettata senza riserve dall'Amministrazione che, con nota del 15.10.2012, metteva in questione unicamente le certificazioni sottoscritte dall'Ing. Angelo Rotondo, associato e legale rappresentante dello Studio di ingegneria in questione, incaricato della progettazione, relativamente agli importi afferenti alla categoria IIIc per i lavori di costruzione edificio per centro di quartiere-Monopoli, C.da L'Assunta” e “Costruzione edificio per civile abitazione in zona 6° residenziale di PRG-Monopoli, C.da L'Assunta”, per i quali si richiedeva la produzione di ulteriori documenti atti a comprovare il regolare svolgimento del servizio di ingegneria e l'effettivo buon esito indicando, a mero titolo esemplificativo, gli atti già menzionati nel disciplinare di gara e ripresi dall'Art. 263 del DPR 2010 n. 207: copia del contratto, degli atti autorizzativi o concessori, certificato di collaudo, fatture relative alla prestazione medesima. La nota è stata riscontrata con l'invio, tra l'altro di dichiarazione di esecuzione dei lavori in conformità a progetti resi da Geom. Toscano.

Con successiva nota del 14.12.2012 (all. 11 ai motivi aggiunti) l'Amministrazione ha ritenuto non sufficiente la documentazione prodotta poiché “alcuni importi sono stati dichiarati attraverso dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà (ex art. 47 DPR 445/2000) che, com'è noto, riguarda fatti-stati-qualità che sono “notori” cioè dimostrabili con prove, non essendo certificabili da parte delle amministrazioni pubbliche; di conseguenza quest'Amministrazione ha necessità di acquisire le prove di quanto dichiarato e tale onere non può che far capo al dichiarante” e, di seguito, richiamava quanto disposto dall'Art. 263 del DPR 2010 n. 207, già ripetuto nel disciplinare di gara ed ulteriormente ribadito anche in tale nota ove precisa che la ricorrente “non ha ancora fornito effettiva 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”.

Entro il termine intimato, che veniva a cadere il 18.12.2012, la ricorrente ha quindi inviato i seguenti documenti: a) edificio per Centro Quartiere in Monopoli C.da L'Assunta: - certificato di buona e regolare esecuzione del servizio già trasmesso con nota dell'11.10.12; - denuncia di inizio attività del 30.9.2008 – variante a permesso di costruire n. 40424 del 18.10.2007; permesso di costruire prot. 40424 del 18.10.2007, prati 16744 - attestato di agibilità prot. 9165 del 16.2.2012 - attestato di agibilità prot. 26214 dell'11.5.2012 - attestato di agibilità prot. 26218 dell'11.5.2012 - certificato di conformità al P.d.C. e varianti con indicazione dei valori redatto dal Geom. Franco Claudio Toscano; b) edifici per civile abitazione in Monopoli C.da L'Assunta: - certificato di buona e regolare esecuzione del servizio già trasmesso con nota dell'11.10.12; - Denuncia inizio attività del 23.4.2008 – variante a p.d.c. prot. 21383/03 del 10.3.2005 DIA del 16.2.2006; - Denuncia inizio attività del 9.7.2008 – variante al P.d.C. prot. 21382/03; - P.d.C. prot. 21383 del 10.3.2005 prat. 16313; - P.d.C. prot. 34162 del 22.7.2008 prat. 73-2008-PDC; - P.d.C. prot. 21381/03 del 10.3.2005 prot. 16312 - Attestato agibilità prot. 28701 del 21.6.2011 - certificato di conformità al P.d.C. e varianti con indicazione dei valori redatto dal Geom. Franco Claudio Toscano. Contestualmente la ricorrente precisava come “le certificazioni, rilasciate dai tecnici progettisti, tecnici estranei – dai committenti, ancorchè coincidenti con i progettisti siano da valutare positivamente, e che, quindi, la documentazione già prodotta deve ampiamente ritenersi soddisfacente” dell'onere probatorio imposto dall'art. 48, comunque a tal fine veniva allegato anche “il computo metrico di progetto per macrolavorazioni relativo alle lavorazioni dei due servizi di progettazione” (all. 12 ai motivi aggiunti).

Ciò non è stato tuttavia ritenuto sufficiente dall'Amministrazione che, nella riunione presso la Commissione tecnica del 10.1.2013 (all. 16 ai motivi aggiunti), ha mosso ulteriori contestazioni sulla dimostrazione degli importi delle progettazioni relative al Centro di Quartiere-Monopoli ed all'edificio per civile abitazione di Monopoli in questione, eccependo che gli impianti elettrici erano stati eseguiti da ditte diverse e contestando la modalità di dimostrazione richiesta (contratto con la ditta che ha effettuato l'impianto), concludendo per la necessità di ulteriore documentazione.

In data 25.1.2013 la ricorrente ha trasmesso la seguente ulteriore documentazione: - Pianta Impianti Lottizzazione Centro di Quartiere e Ville - Pianta Progetto impianti Centro di Quartiere - Pianta Progetto impianti Ville - Computo metrico estimativo impianti elettrici Centro di quartiere - Computo metrico estimativo impianto elettrici Ville - Contratto tra impresa e committente per parte degli impianti della lottizzazione del Centro di Quartiere e Ville - Fatture tra impresa e committente per parte degli impianti della lottizzazione del Centro di Quartiere e Ville - Dichiarazioni di conformità centro di quartiere - Dichiarazioni di conformità ville. Contestualmente la ricorrente precisava che gli atti indicati dal disciplinare di gara, ripresi dall'Art. 263 del DPR 2010 n. 207, copia del contratto, degli atti autorizzativi o concessori, certificato di collaudo, fatture relative alla prestazione medesima, costituivano mezzi alternativi e non invece cumulativi per la dimostrazione del requisito in contestazione. Inoltre invoca il parere dell'AVCP n. 190/2008 che, per quanto riguarda la formulazione dell'offerta, precisa che nell'appalto integrato i progettisti non acquistano qualità di concorrenti.

Orbene, alla luce di quanto sopra richiamato, va disattesa la censura relativa difetto di motivazione e violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 dedotta con i motivi aggiunti: la ragione che ha indotto l'Amministrazione a ritenere insufficiente le certificazioni prodotte a dimostrazione degli importi delle progettazioni afferenti alla categoria IIIc per i lavori di “costruzione edificio per Centro di Quartiere-Monopoli, C.da L'Assunta” e “Costruzione edificio per civile abitazione in zona 6° residenziale di PRG-Monopoli, C.da L'Assunta” consiste nella loro provenienza dallo stesso Ing. Angelo Rotondo, associato e legale rappresentante dello Studio di ingegneria incaricato della progettazione, anziché dal committente. Questo è il motivo per cui la predetta

documentazione è stata ritenuta insufficiente a comprovare il requisito di progettazione auto dichiarato in sede di partecipazione dalla ricorrente, come si evince sia dalla corrispondenza intercorsa con l'impresa interessata sia dai verbali della Commissione aggiudicatrice nelle sedute del 5.11.2012 e 1.2.2013 – nonché dal rapporto dell'Amministrazione in cui si precisa altresì che non è stato considerato il computo metrico in quanto redatto dal medesimo progettista Ing. Romano – che ha ritenuto insufficienti le dichiarazioni di conformità dei lavori al progetto rese da un terzo (Geom. Toscano) che non aveva preso parte ai lavori ed ha del pari ritenuto non applicabili gli istituti di semplificazione amministrativa nella fase di verifica dei requisiti disciplinata dall'art. 48 del cod.appalti.

Il provvedimento di esclusione risulta pertanto motivato per relationem agli atti sopra richiamati, da cui si evince chiaramente l'iter logico-giuridico seguito dalla PA: la rilevata coincidenza nel medesimo soggetto della figura del progettista, del committente e della stessa ditta esecutrice dei lavori ha indotto la PA a ritenere che il certificato di buona e regolare esecuzione dei lavori rilasciato dall'Ing. Romano avesse natura di autocertificazione in mancanza di ulteriori elementi atti a comprovare l'effettivo ammontare degli importi ascrivibili alla categoria IIIc e che pertanto sussistessero le condizioni per ritenere non positivamente conclusa la fase di verifica con conseguente esclusione della gara della ricorrente in corretta applicazione dell'art. 48 co. 2 del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 263 co. 2 DPR 207/2010 e del punto II.2 del bando.

A quest'ultimo riguardo va osservato che il punto III.2.1.1 del bando di gara richiedeva ai concorrenti di presentare "dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente come specificato nel disciplinare di gara" e precisava che "Il possesso dei requisiti è provato, a pena esclusione, con le modalità, le forme e i contenuti previsti nel disciplinare di gara". Il disciplinare al punto 14, indicava, a pena esclusione, le seguenti modalità di prova: l'elenco dei lavori di cui ha effettuato la progettazione, riferito alle classi e categorie richieste dal bando di gara, per l'importo dei servizi eseguiti nei migliori tre anni del quinquennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara (ovvero, secondo il caso, relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la pubblicazione del bando di gara) specificando per ciascuno: a) il committente; b) l'importo (IVA esclusa) dei lavori progettati per i quali si sono svolti i servizi, riferito alla quota del soggetto dichiarante; c) le classi e le categorie a cui appartengono i servizi effettuati individuati sulla base della vigente normativa ( legge 143/1949); d) il soggetto che ha svolto il servizio; e) la natura delle prestazioni effettuate; f) il certificato d'esecuzione del servizio rilasciato dal committente e debitamente sottoscritto, contenente l'espressa dichiarazione dello stesso che il servizio è stato eseguito regolarmente e con buon esito o equivalente documentazione sufficiente a dare prova che i servizi sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito. Nel "nota bene" si evidenziava che "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". Pertanto la *lex specialis* per indicare la documentazione necessaria a comprovare i servizi resi a favore di committenti privati s'è limitata a riprodurre quanto già stabilito dall'Art. 263 del DPR 2010 n. 207 senza fornire ulteriori precisazioni.

In sostanza, il disciplinare di gara consentiva all'impresa di dimostrare i servizi svolti per committenti privati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione da questi rilasciati, che, indipendentemente dalla loro provenienza – da soggetto pubblico o privato – devono comunque riportare i contenuti sopra indicati – tra i quali assumono particolare rilievo quelli specificati nella lettera c) - non potendosi addossare all'amministrazione appaltante l'onere di elaborare i dati contenuti nella documentazione prodotta al fine di scorporare quali

lavorazioni ed in che quantità rientrino nelle classi e categorie previste – nonché la dichiarazione che i servizi sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito prevista alla lett. f) che costituisce il contenuto essenziale ed imprescindibile del certificato in parola; condizione di validità di quest'ultimo è la provenienza da parte di "soggetto" (committente) diverso da quello incaricato della progettazione, che costituisce "oggetto" della valutazione per cui si rende la dichiarazione.

Il disciplinare tuttavia non prevedeva espressamente alcunché per la particolare ipotesi in cui la figura del progettista e del committente potessero coincidere – come si è verificato nel caso in esame – per cui in mancanza di specifica disciplina l'Amministrazione ha ritenuto che la dichiarazione resa dal progettista-committente dovesse essere considerata alla stregua di una mera autocertificazione, in mancanza del prescritto requisito di terzietà del committente dichiarante la buona e regolare esecuzione dei lavori, e pertanto inutilizzabile al fine della dimostrazione dei requisiti in sede di verifica disposta ex art. 48 cod.app.

L'impostazione seguita dall'Amministrazione costituisce applicazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza in materia - che è pienamente condivisa dal Collegio – secondo la quale mentre nella fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte, è consentito, per ragioni di speditezza del procedimento, il ricorso alle autocertificazioni, dall'art. 42 co. 4 e dall'art. 74 co. 7 del codice appalti, laddove richiamano le dichiarazioni sostitutive, e l'art. 18, L. n. 241 del 1990, si riferiscono solo alla fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte; mentre nella fase di verifica del possesso dei requisiti è invece necessario che i concorrenti forniscano la documentazione probatoria vera e propria, proveniente da enti pubblici e privati, non essendo più sufficiente l'autocertificazione, né essendo prescritto che le stazioni appaltanti acquisiscano d'ufficio la documentazione probatoria dei requisiti di capacità tecnico-economica, attesa la natura derogatoria della L. n. 241 del 1990 e dei principi in materia di dichiarazioni sostitutive e autocertificazioni, dell'art. 48 del cod. app. (Cons. Stato Sez. VI, Sent., 22-11-2012, n. 5921).

Ma soprattutto le conclusioni dell'Amministrazione meritano condivisione alla luce dei recenti orientamenti sulle condizioni di validità, in sede di verifica ex art. 48 cod.appalti, delle dichiarazioni provenienti tra privati: sebbene la questione sia ancora all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il Collegio aderisce a quell'orientamento (T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent., 28-02-2013, n. 2180) che esige particolare rigore nel valutare i servizi di progettazione svolti dai concorrenti atteso che il committente privato - 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, per cui è più che legittimo 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. In tale ottica è stata evidenziata l'importante funzione, per la valutazione dei servizi di progettazione svolti per committenti privati - a differenza di quelli approvati dall'Amministrazione pubblica – dell'effettiva realizzazione da parte del committente privato che consente di dimostrare la bontà del progetto mediante il certificato di regolare esecuzione dei lavori (T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent., 28-02-2013, n. 2180).

Proprio nella medesima ottica di attenzione al "controllo sulla serietà e validità delle progettazioni effettuate" si giustifica la richiesta, nel caso di dichiarazioni in cui la figura del committente coincide con quella del progettista e dell'esecutore dei lavori stessi, di una documentazione aggiuntiva che consenta di enucleare le parti imputabili all'una o all'altra figura, non essendo sufficiente la documentazione richiesta al (solo) fine di provare l'avvenuta esecuzione del lavoro altresì a dimostrare l'effettivo ammontare dell'importo attribuibile alla specifica categoria III c. Quest'ultimo elemento è infatti dimostrabile solo mediante la produzione di ulteriore documentazione, tra cui appunto, la copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione dei servizi di progettazione, nonché

qualunque altro mezzo, che sia atto a stabilire – in modo oggettivo – l’attribuzione ad una voce o all’altra dei relativi importi per dirimere la confusione resa possibile dalla coincidenza della medesima figura che ha reso detta dichiarazione del soggetto che ha elaborato il progetto e del committente privato (che, in condizioni normali, costituisce il destinatario della prestazione). In assenza di tali condizioni, la PA ha giustamente ritenuto, sulla base della mancata “alterità” del committente privato dichiarante, che i certificati di buona esecuzione rilasciati dallo stesso progettista fossero sostanzialmente equivalenti a delle autocertificazioni.

Ovviamente, siffatta operazione di “scorporo” degli importi relativi alla cat. III c non può essere effettuata in questa sede mediante il ricorso al CTU, trattandosi di operazione che avrebbe dovuto essere effettuata, e nei termini prescritti, nella naturale sede di gara, appunto nella fase di verifica ex art. 48 cod.app, non essendo il ricorso alla CTU utilizzabile dal giudice amministrativo per riaprire la fase di verifica e sostituirsi all’Amministrazione nell’esercizio di “poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34 co. 2 del Cod.Proc.Amm.) e valutare, per la prima volta, in questa sede, l’effettivo possesso dei requisiti di progettazione in contestazione sulla base di documentazione non tempestivamente prodotta.

Ne consegue che il ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, va respinto. Ciò determinerebbe la carenza di interesse della ricorrente ad impugnare gli atti della gara da cui è stata esclusa. Tuttavia il Collegio osserva che nella fattispecie in esame si verifica una di quelle eccezionali circostanze, in cui - a prescindere dai principi sanciti dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea nella sentenza 4 luglio 2013 (causa C 100/12) per l’ipotesi della gara a due concorrenti – si deve procedere all’esame delle restanti censure dedotte con il ricorso incidentale e con il ricorso principale: queste infatti ripropongono, sotto diversi profili, la questione dell’ambito applicativo dell’art. 46 co.1 bis codice appalti con riferimento a distinti istituti, su cui si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali. In tali circostanze, la non univocità degli indirizzi applicativi induce a trattare tutte le doglianze anche per evitare di “scaricare” l’esame in sede di appello con conseguente violazione del principio del doppio grado di giurisdizione.

Si procede quindi ad una sintetica disamina nel merito delle restanti censure dedotte con il ricorso principale ed incidentale.

Con il primo motivo del ricorso principale l’ATI lamenta la violazione dell’art. 38 lett. m) ter e dell’art. 52 co. 2 del Cod. App., dell’art. 2 lett. l) nonché dell’art. 17 lett. a, b e h) nonché art. 3 punti 3.b) 3b1, 3b11 del disciplinare di gara; eccesso di potere per errore sui presupposti e difetto di istruttoria: CR avrebbe dovuto essere esclusa perché alcuni progettisti da questa indicati nella domanda di partecipazione non avrebbero reso la dichiarazione di cui all’art. 38 lett. m ter) del Cod.App., prescritta a pena di espulsione dalla lex specialis; trattandosi di appalto integrato anche questi ultimi dovevano dichiarare il possesso dei requisiti in parola.

Con il quarto motivo del ricorso incidentale la CR eccepisce l’inammissibilità della censura, evidenziando che l’ATI ricorrente è incorsa, a sua volta, nella medesima omissione, in quanto anche i tre progettisti dello Studio Associato da questa indicati non hanno reso la dichiarazione prescritta dall’art. 38 lett. m-ter) cod.app. e dall’art. 2 lett. l) del disciplinare di gara – e tale dichiarazione non è stata resa neppure dal Direttore Tecnico e socio di maggioranza ARFA – sicchè anch’essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; la CR evidenzia peraltro che la ricorrente non potrebbe neppure far valere l’interesse (strumentale) al travolgimento dell’intera gara (alla quale peraltro hanno partecipato diverse altre concorrenti).

Si può prescindere dalla questione dell’inammissibilità della censura, atteso che essa risulta comunque infondata nel merito.

Vero è che l’omessa dichiarazione da parte dei progettisti in questione dell’inesistenza della condizione prevista dall’art. 38 lett. m) ter Cod. App. costituisce nella gara in esame giusta causa di esclusione sia in considerazione

dell'espressa comminatoria di esclusione prevista, al riguardo dalla lex specialis sia in virtù dall'art. 38 del d.lvo n. 136 del 2006. Tuttavia nel modello di dichiarazione allegato al disciplinare (modello allegato F) non era prevista alcuna dichiarazione da rendere relativamente alla circostanza di cui all'art. 38 lett. m) ter Cod. App. Pertanto l'Amministrazione non avrebbe potuto far ricorso all'automatismo espulsivo preteso dalla ricorrente in quanto, prima di estromettere la concorrente per non aver reso la relativa dichiarazione nel modello fornito dalla stessa stazione appaltante, doveva far applicazione al soccorso istruttorio, di cui all'art. 46 cod.app., per chiarire una situazione di incertezza che la stessa ha contribuito ad ingenerare. Ciò in applicazione dei principi ribaditi da quella giurisprudenza che ha ripetutamente riconosciuto l'esigenza di rispettare l'affidamento del concorrente, che utilizzi il fac simile di dichiarazione allegato al disciplinare, sulla sua idoneità ai fini della partecipazione alla gara (vedi da ultimo, Cons. St., Sez. V n. 5833 del 9.12.2013; TAR Brescia, Sez. II n. 707 del 31.7.2013 proprio con riferimento a modelli generici di dichiarazione dei requisiti ex art. 38 Cod. app.; cfr. Cons.St. AP n. 23/2013 e n. 21/2012 secondo cui l'art. 38 co.2 cod.app. impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa a pena di esclusione anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 che ha inserito nell'art. 46 il comma 1-bis, ferma restando il dovere di soccorso istruttorio nel caso in cui la dichiarazione mancante è giustificata dall'incertezza interpretativa sull'estensione dell'obbligo dichiarativo, come nel caso di oscillazioni della giurisprudenza o clausole del bando che non prevedono espressamente l'onere di rendere la dichiarazione). Peraltro, all'omissione di tale dichiarazione da parte dello Studio di professionisti Associati Rotondo - indicato dall'ATI ricorrente nell'all. C- va rilevato che questi, nel rendere la dichiarazione in questione sul modello allegato al disciplinare di gara (all. E) ha aggiungendo a penna la specifica dichiarazione relativa all'art. 38 lett. m) ter Cod. App. e controfirmando detta postilla (vedi all. 5.47 al ricorso principale).

Per le medesime ragioni sopra esposte, vanno respinti il quarto motivo del ricorso incidentale nella parte in cui la controinteressata CR reclama l'esclusione dell'Arfa tech perché il Direttore Tecnico dell'Arfa, Fabio Armenise, avrebbe ommesso di rendere la dichiarazione relativa all'art. 38 lett. m) ter Cod. App. nonché il quinto motivo del ricorso incidentale con cui denuncia che numerose altre dichiarazioni – specificate alle pag. 11 - 13 del ricorso incidentale – sarebbero nulle e prive di valore in quanto recano autonome ed ulteriori dichiarazioni aggiuntive scritte a penna e non sottoscritte come prescritto, a condizione di validità, dall'art. 46 DPR 445/2000.

Anche in tali casi l'omissione della dichiarazione è stata determinata dall'incompletezza del fac simile predisposto dalla stessa stazione appaltante e pertanto avrebbe dovuto trovare applicazione il cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 co. 1 bis del Cod. App. Obbligo di collaborazione procedimentale che era ancor più dovuto nei confronti di quei soggetti che, resisi conto che il fac simile imposto dalla stazione appaltante era carente di alcune voci (in particolare quelle riferibili alla lettera m-ter dell'art. 38 del D. Lgs 163/06 e dell'art. 88 del Regolamento Militare, hanno integrato i modelli di dichiarazione prestampati con le contestate "aggiunte" a penna.

Risulta del pari infondato il terzo motivo del ricorso incidentale con cui la CR lamenta l'illegittimità della mancata esclusione – in violazione degli artt. 86 e 87 del d.lvo n. 163/2006 - dell'ATI che non aveva indicato, in sede di offerta economica, i costi per la sicurezza aziendale incorrendo nella nullità dell'offerta ex art. 86 cp. 3 bis cod.app. Anche tale doglianza è inammissibile per difetto di interesse, atteso – come contro dedotto dall'ATI e non smentito documentalmente dalla CR - la stessa ricorrente incidentale è incorsa nella medesima omissione, ed è comunque infondata in fatto ed in diritto in quanto il disciplinare di gara al punto 9.2 prescriveva, quale unico contenuto obbligatorio dell'offerta economica, l'indicazione del ribasso percentuale offerto e non prevedeva alcuna obbligatoria dichiarazione dei costi relativi alla sicurezza, e tantomeno a pena di esclusione; né lo spazio per la relativa dichiarazione era stato apprestato nell'allegato fac simile da utilizzare per la formulazione dell'offerta – e già tale circostanza precludeva, come sopra ricordato, l'esclusione automatica del concorrente che aveva

confidando nel modello predisposto dall'Amministrazione (cfr. in senso analogo, Cons. St., Sez. V n. 5155 del 24.10.2013, Sez. III n. 145/2013; Sez. V n. 4510/2012 proprio in relazione alla indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza). Peraltro la stessa giurisprudenza è divisa sulla natura e valenza immediatamente precettiva delle norme che impongono l'indicazione nell'offerta economica dei costi relativi alla sicurezza e sulla configurabilità della relativa causa di esclusione, pur in assenza di una espressa comminatoria nella legge di gara, essendo stato rimarcato che gli artt. 86 co. 3 bis e 87 co. 4 del cod.app.non prevedono la sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione di detti costi e quindi implicitamente ne consentirebbero, secondo alcuni, l'integrazione a regolarizzazione della relativa documentazione (in tal senso, da ultimo, TRGA Trento, 17 aprile 2013, n. 123 T.A.R. Campania Napoli Sez. II, Sent., 21-06-2013, n. 3198).

Con il sesto motivo del ricorso incidentale la CR censura, per contrasto con gli art. 38 e segg., la mancata esclusione dell'offerta dell'ARFA TECH nonostante fosse priva della sottoscrizione di entrambi gli amministratori (ai quali sono attribuiti poteri disgiunti solo per gli atti di ordinaria amministrazione, come risulta dal Certificato Camerale).

Anche tale doglianza va respinta: la partecipazione ad una gara non costituisce un atto di amministrazione straordinaria dell'impresa in esame, bensì un'attività di ordinaria amministrazione, riconducibile a quelle contemplate nell'oggetto sociale, come si evince dal certificato camerale prodotto in giudizio sicchè non era necessaria la firma disgiunta di cui all'art. 2479 (vedi, su casi analoghi TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, n. 474 del 28.2.2012; Cons. St., Sez. V, n. 4415/2006, con richiamo al criterio discretivo del carattere "conservativo" o meno dell'atto posto in essere indicato dalla Corte di Cassazione).

Con il settimo motivo del ricorso incidentale la CR reclama l'esclusione dell'ARFA TECH perché non ha prodotto la ricevuta di versamento del contributo AVCP. Anche tale censura risulta infondata, in fatto: non sussiste la causa di esclusione dell'omesso versamento del contributo ai sensi dell'art.1 co. 65 e 67 L. 266/2005, poiché, come contro dedotto dall'interessata e documentato in atti, questo risulta essere stato pagato come comprovato dalla ricevuta di avvenuto versamento del contributo all'A.V.C.P. (allegato n. 25 produzione di parte ricorrente del 14.2.2013) identificata con codice anticontraffazione n. RIS00583131B5659C2F7B37313, codice transazione RIS00582131 del 4.9.2012 che essa assume, senza essere documentalmente smentita, tempestivamente prodotta in sede di gara.

Infine con un ultimo gruppo di censure la CR invoca cause di estromissione dalla gara di ARFA TECH riconducibili a vizi della cauzione provvisoria che per comodità espositiva vengono esaminati in ordine diverso rispetto a quello proposto dalla ricorrente.

Con l'ottavo motivo del ricorso incidentale, la CR reclama, in applicazione dell'art. 75 cod. app. e del punto 7.1.2. del disciplinare di gara, l'esclusione dell'ATI perché la cauzione era priva della prescritta autentica notarile e tale non può considerarsi l'autentica ad essa apposta che è riferita "alla dichiarazione che precede".

Anche tale mezzo di gravame è infondato in fatto: l'ATI ha depositato (all. 23 della produzione del 14.2.2013) copia della polizza fideiussoria rilasciata dalla Elite Insurance company Ltd in cui è materialmente incorporata la dichiarazione sostitutiva che attesta la legittimazione del soggetto persona fisica il quale sottoscrive la fideiussione in nome e per conto dell'impresa assicurativa obbligata, nella persona dell'Amministratore unico ed agente per l'Italia della Elite citata – di cui riporta dati anagrafici completi e poteri di firma - nonché dichiarazione dell'intervenuto rilascio, in favore della ricorrente principale, di una polizza fideiussoria contrassegnata da uno specifico numero d'ordine, e completa dei dati identificativi dell'impresa. Immediatamente al di sotto di tale sottoscrizione è apposta l'autentica notarile del Dott. Paolo Farinaro, attestante l'identità personale del dichiarante e l'attestazione che la firma del rappresentante negoziale della Elite Insurance, agenzia di Milano, è stata apposta in

sua presenza, con espressamente riferita all'identità, qualità e poteri di firma del soggetto firmatario della polizza (quindi secondo le modalità prescritte dall'art. 72 della legge n. 89/1913, cfr. Cons. Stato Sez. VI, Sent., 15-12-2010, n. 8936). Non sussiste pertanto alcuna incertezza né in merito al soggetto firmatario della polizza che ha rilasciato la polizza con quel determinato numero d'ordine né sul fatto che lo stesso sia fornito dei necessari poteri di firma; ed in tal modo si deve ritenere soddisfatto l'onere di dimostrare alla stazione appaltante di aver presentato una polizza firmata da soggetto capace di impegnare l'impresa assicuratrice con quelle garanzie di certezza ed autenticità tassativamente prescritte dal disciplinare al punto 7.1.2. lett.f) e dagli artt. 1943 e 1393 del codice civile (che costituiscono disciplina applicabile a tutte le ipotesi di fideiussione, ancorché prevista da leggi speciali, come chiarito dal Cons. Stato, Sez. V, n. 4421/2005).

Con il quinto motivo del ricorso incidentale la CR Costruzioni denuncia l'illegittimità della mancata esclusione dell'ATI concorrente, che la PA avrebbe dovuto disporre, in applicazione degli artt. 75 e 90 del d.lvo n. 163/2006 perché l'ATI ha prestato la cauzione nella misura dimezzata pur in assenza della prescritta certificazione di qualità per le prestazioni di ingegneria/progettazione.

La doglianza va disattesa alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale che ha rilevato che l'art. 75, 1 e 6 comma, cod. app. non prevede alcuna comminatoria di espulsione del concorrente o di inammissibilità dell'offerta e quindi, ove si verifichi tale circostanza, non può disporsi l'esclusione automatica dell'impresa che abbia inteso avvalersi di tale beneficio senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO mediante la produzione documentale, oppure che abbia versato una cauzione provvisoria di importo ridotto – fattispecie del tutto diversa rispetto al caso della cauzione del tutto assente – si deve far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio e prima di espellere l'impresa interessata, occorre invitarla ad integrare la cauzione dell'importo mancante (vedi, da ultimo, Cons. Stato Sez. III, Sent., 05-12-2013, n. 5781; nonché, in generale, sulla possibilità di sanatoria o regolarizzazione ex post della cauzione provvisoria, tra tante, Cons.St., Sez. III n. 493/2012; T.A.R. Lazio, Sez.I, n. 2308/2012).

Con il secondo motivo del ricorso incidentale la CR denuncia la mancata estromissione dell'ATI ricorrente per mancata prestazione della polizza fideiussoria da parte dello Studio Associato Rotondo ingegneri in violazione degli artt. 75 e 90 del d.lvo n. 163/2006.

Tale doglianza è, oltre che inammissibile – essendo la medesima omissione addebitata alla CR- infondata. Nella fattispecie in esame l'ATI si è avvalsa della possibilità, prevista dall'art. 53, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici, di provvedere alla progettazione esecutiva mediante i soggetti esterni (appunto lo studio tecnico Rotondo) incaricati della redazione del progetto senza costituirsi in a.t.i. con essi. Pertanto è solamente l'ATI Arfa tech il soggetto che partecipa alla gara e presenta la propria offerta, che deve essere garantita dalla cauzione provvisoria; mentre i progettisti esterni ai quali la predetta ricorre per la redazione del progetto esecutivo, non assumono la qualità di concorrenti (né quella di titolari del rapporto contrattuale con l'amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione) costituendo dei semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara e quindi non sono tenuti a prestare la cauzione di cui all'art. 75 cod. app. che impone l'intestazione della polizza fideiussoria a tutti i soggetti, responsabili solidalmente e inscindibilmente nei confronti dell'amministrazione (cfr., nel senso che l'insufficienza della cauzione alla sola impresa designata quale capogruppo mandataria del raggruppamento in fieri, ritenuta dall'AP del Cons. St. n. 8/2005, che ha ritenuto a ciò onerati tutti i soggetti, responsabili solidalmente e inscindibilmente nei confronti dell'amministrazione, non si applicano nel caso in cui la concorrente non intenda partecipare in raggruppamento temporaneo con soggetti qualificati per la progettazione, vedi, per tutte, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-12-2009, n. 12455).

Il ricorso incidentale va pertanto respinto.

Si passa ad esaminare le restanti doglianze dedotte con il ricorso principale.

Il primo mezzo di gravame, con cui si lamentava la mancata estromissione dalla gara della CR per omessa dichiarazione della situazione di cui all'art. 38 lett. m) ter Cod. App. è già stato supra esaminato e disatteso.

Con il secondo motivo di ricorso l'ATI lamenta la violazione dell'art. 46 co. 1 bis del d.lvo n. 136 del 2006, dell'art. 40 del DPR 201/2010, dell'art. 73 co. 2 del DPR n. 170/2005, dell'art. 9.1 u.cvs. del disciplinare di gara : illegittimamente CR non è stata esclusa nonostante non avesse allegato alla "Documentazione Amministrativa" il crono programma la cui produzione è obbligatoriamente imposta dall'art. 73 co.2 del DPR n. 170/2005 (da qui Reg.Genio) e dell'art. 40 del DPR 201/2010.

Anche tale censura va disattesa. Innanzitutto va rilevato che il disciplinare di gara all'art. 9.1 u.cvs. prescrive, con inciso riportato con caratteri in grassetto ed opportunamente sottolineato, di allegare alla "Documentazione Amministrativa", oltre alla documentazione espressamente indicata, anche "il crono programma di cui all'art. 73 co.2 del DPR n. 170/2005", senza tuttavia prevedere alcuna ipotesi di esclusione per la mancata produzione. In secondo luogo va la pretesa di esclusione formulata dall'ATI non trova fondamento nelle disposizioni regolamentari invocate dalla ricorrente che si riferiscono al diverso caso in cui il cronoprogramma citato costituisce elemento essenziale dell'offerta (cioè nei casi in cui il cronoprogramma si configura come "l'offerta dei tempi di esecuzione dei lavori" e quindi costituisce specifico oggetto di autonoma valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio Cons. Stato Sez. V, Sent., 24-10-2013, n. 5159). Ciò non è avvenuto invece nel caso in esame in cui detto documento non costituiva componente dell'offerta, trattandosi di gara da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, in cui, come chiarito dall'Amministrazione resistente negli scritti difensivi, la stazione appaltante aveva già definito il fattore tempo, oggetto del crono programma, che pertanto non era modificabile dai concorrenti.

Va del pari disatteso il terzo motivo di ricorso, con cui l'ATI lamenta la violazione dell'art. 38 co. 2 del DPR n. 170/2005, dell'art. 2 lett. t), dell'all. B lett s) del disciplinare di gara; eccesso di potere per errore sui presupposti e difetto di istruttoria: illegittimamente CR non è stata esclusa nonostante l'omessa indicazione dei nominativi e dei dati anagrafici del socio di maggioranza, prescritta a pena di esclusione dall'art 2 lett t) del disciplinare di gara e dall'art. 38 Cod.Appalti.

Al riguardo va osservato innanzitutto che la *lex specialis* non si limitava a richiedere detta precisazione, ma assisteva tale obbligo di dichiarazione con espressa comminatoria di esclusione (punto 2 lett. t del disciplinare di gara) e che tale automatismo espulsivo è stato ritenuto legittimo in diversi precedenti giurisprudenziali sulla base della considerazione che l'evidenziata soggezione all'obbligo di dichiarare se e quali soggetti siano tenuti a fornire contezza della propria moralità, ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006 in dipendenza della specifica composizione societaria è necessario per consentire alla stazione appaltante di verificare, in base ad un semplice riscontro documentale, l'effettiva ricorrenza dell'obbligo, non risultando la composizione societaria da alcuna certificazione camerale (cfr. AVCP - Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici- parere di precontenzioso Prec. 240/11/F; nonché Parere n.68 del 18/04/2012); sicchè qualora detta dichiarazione venga omessa o sia incompleta, risulta legittima l'esclusione del soggetto dalla partecipazione alla gara in quanto rende impossibili le verifiche dell'amministrazione (vedi tra tante Cons di Stato, III, 16 marzo del 2012 n. 1471, Consiglio di Stato, Sezione IV 27/06/2011 n. 3862; da ultimo, T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV, Sent., 05-12-2013, n. 2905).

Se questa è la finalità perseguita mediante l'imposizione, a pena di decadenza, di tale onere dichiarativo, si deve ritenere che nel caso in esame dette esigenze siano state soddisfatte dalla dichiarazione resa, in qualità di socio maggioritario, dalla Sig.ra Anna Cante di essere in possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (all.13 deposito PA resistente); circostanza questa che consentiva alla stazione appaltante, sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, di conoscere contestualmente sia l'identità della socia di maggioranza sia l'inesistenza a suo carico delle predette cause di esclusione.

Con il quarto motivo di ricorso l'ATI lamenta la violazione dell'art. 2 lett cc) del disciplinare, nonché del DPR 201/2010; eccesso di potere per errore sui presupposti e difetto di istruttoria: illegittimamente CR non è stata esclusa nonostante avesse omesso di indicare - come prescritto dall'art. 2 lett cc) del disciplinare a pena di esclusione - le posizioni INPS, INAIL, CASSA EDILE, INARCASSA etc.e non avesse reso la dichiarazione - prescritta, anch'essa a pena di esclusione, dall'art. 2 lett p) del disciplinare - di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 88 del Regolamento del Genio Militare.

Per quanto riguarda la prima dichiarazione, la contro interessata CR eccepisce la nullità della previsione di cui al punto 2 del disciplinare di gara prevedeva che "Tutti i soggetti concorrenti, pena esclusione, dovranno inoltre: cc) indicare le posizioni INPS, INAIL, CASSA EDILE, INARCASSA etc. (secondo il caso)", evidenziando che né il Codice né la normativa speciale contemplano l'omissione di siffatta dichiarazione quale causa di esclusione dalla gara, sicchè detta previsione è da ritenersi nulla ai sensi dell'art. 46 co. 1 bis del Cod. App.

Il Collegio non concorda con tali conclusioni, atteso che la previsione della lex specialis è evidentemente finalizzata a consentire alla stazione appaltante di verificare la regolarità contributiva dei partecipanti alle gare d'appalto nei confronti degli Enti previdenziali ed assicurativi predetti secondo le modalità indicate dall'art. 16-bis co. 10 della legge n. 2/2009, di conversione del decreto-legge 185/2008 D.L. 29/11/2008, n. 185 che preclude di richiedere agli interessati la produzione del DURC. Però proprio quest'ultima precisazione induce a rilevare che la disposizione del disciplinare in parola imponeva al concorrente di indicare le posizioni presso i predetti enti previdenziali "secondo il caso", sicchè non è sufficiente a suffragare la pretesa all'esclusione della contro interessata il mero rilievo dell'omessa dichiarazione, potendo a tale mancanza sopperire, la produzione di certificato di regolarità contributiva.

Infine, per quanto concerne l'omessa dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 88 del Regolamento del Genio Militare, va innanzitutto precisato che anche tale dichiarazione è prescritta, a pena di esclusione, dall'art. 2 lett p) del disciplinare, diversamente da come ritenuto dal ricorrente. Tale dichiarazione tuttavia non risulta tra quelle riportate nei modelli di dichiarazione predisposti dalla stazione appaltante, sicchè, anche in questo caso trova applicazione, come già sopra ricordato, l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, cod.app.; quindi la PA non poteva automaticamente escludere la CR ma doveva prima consentirgli di chiarire se versasse o meno nelle condizioni previste dall'art. 88 del Regolamento del Genio Militare.

Con il quinto motivo del ricorso principale l'ATI ricorrente lamenta la violazione dell'art. b.1 del bando, dell'art. 3.b del disciplinare, dell'art. 92 del DPR n. DPR 207/2010: illegittimamente l'Amministrazione non ha disposto l'esclusione della contro interessata CR che non era in possesso del requisito speciale in ordine alla categoria subappaltabile OG1.

Al riguardo la ricorrente rappresenta che: il bando di gara prescriveva al par. II. 2. lett. B.1) come categoria prevalente la OG 11, classifica VI, a qualificazione obbligatoria per l'importo di E. 2.373.544,78 e come altra categoria, scorporabile la OG 1 classifica IV a qualificazione obbligatoria per l'importo di E. 1.293.639,91; la CR è munita di attestazioni di qualificazione rilasciate da SOA relative alle categorie OG 1 - classifica III per E 1.032.000 e OG 11 - classifica IV per E 2.582.284,00; pertanto la qualificazione OG11 posseduta, anche aumentata di un quinto ai sensi dell'art. 61 co. 2 del D.P.R. 5-10-2010 n. 207 (che riproduce l'art. 3 co.2 del D.P.R. n. 34/2000) - non le consente comunque di partecipare alla gara in quanto non raggiungerebbe l'importo totale dell'appalto; che costituisce condizione infettibile per beneficiare del surplus nella categoria principale ed assorbire il deficit nella scorporabile e per subappaltare i lavori per la categoria G1 non posseduta; sarebbe perciò illegittimo l'assorbimento parziale della categoria scorporabile G1 nella OG11.

Sul punto l'amministrazione resistente e la contro interessata replicano che le qualificazioni SOA possedute da CR

nella categoria prevalente OG 11 - classifica IV per E 2.582.284,00 nella categoria scorporabile OG 1 - classifica III per E 1.032.000 –dovevano ritenersi complessivamente adeguate ai fini della partecipazione alla gara, tenuto conto del fatto che essa si era avvalsa della facoltà - dichiarandolo nella domanda di partecipazione - di subappaltare per intero le lavorazioni per la categoria OG1, prevista dallo stesso bando che al punto B.1, appunto, precisava che le categorie scorporabili erano “subappaltabili al 100% e assorbibili totalmente da adeguata classifica nella categoria prevalente”.

La ricorrente ripropone la questione dei limiti di applicazione dall'art. 92 del DPR 209/2010 - che riproduce l'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999 – che al co. 1 consente di partecipare alla gara al soggetto in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente. Al comma 7 precisa che “in riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente. Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito. Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90”.

Secondo un orientamento giurisprudenziale la possibilità di subappaltare interamente i lavori della categoria scorporabile solo a condizione di possedere un surplus nella categoria prevalente atto a coprire l'intero importo dell'appalto in quanto il subappalto è consentito dall'art. 118 del d.lgs. n.163/2006 solo come “modalità di esecuzione” dei lavori, prescelta dall'aggiudicatario, ma non vale a sopperire al difetto dei requisiti dell'impresa concorrente, che invece devono necessariamente essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere quelli in possesso del soggetto partecipante; questi può semmai integrare le proprie carenze in materia di requisiti mediante il cosiddetto avvalimento, ma non mediante il ricorso al subappalto, che, benché previsto in via preliminare, determina solo una possibilità, puramente eventuale, di ricorrervi nella fase, diversa e successiva, dell'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato Sez. V, Sent., 20-06-2011, n. 3698). In applicazione di tali principi la CR avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la qualificazione da questa posseduta nella categoria prevalente era di importo inferiore a quello totale dei lavori e quindi essa non avrebbe potuto avvalersi della facoltà di subappaltare completamente le opere scorporabili per le quali non era qualificata, ma avrebbe piuttosto dovuto partecipare alla gara in RTI.

Al riguardo va però registrato un diverso, contrario, orientamento espresso dalla giurisprudenza più recente (Cons.stato, Sez. V, Sent. n. 1726 del 26-03-2012). Questa, pur senza negare le differenze strutturali che intercorrono tra l'avvalimento - istituto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e volto a consentire ad un imprenditore il possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara - ed il subappalto - contratto secondario o derivato, posto "a valle" del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione - ha ritenuto sotto il profilo funzionale – alla stregua di una ricostruzione del contesto normativo ed in particolare della disciplina dettata dagli artt. 37, comma 11, e 118 del d.lgs. n. 163/2006 – che possano essere ravvisati “indici di un sostanziale inserimento del subappalto tra gli strumenti idonei a garantire la maggiore concorrenza tra gli operatori

economici e l'allargamento del mercato, nella prospettiva propria dell'art. 47 della direttiva 2004/18 che sancisce che "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti". E proprio la finalità dell'art. 47 della direttiva 2004/18/CE - già sottolineata dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. 2.12.1999, n. 176) - di consentire all'autorità aggiudicatrice la verifica delle capacità dei terzi ai quali un prestatore che non soddisfa solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, intenda ricorrere, con lo scopo di fornire garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione i mezzi di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami" con l'ausiliario e, quindi, anche in virtù di un contratto di subappalto.

In tale ottica il subappalto è espressamente considerato "come strumento negoziale che, pur differenziandosi dall'avvalimento sotto il profilo strutturale, ha tuttavia in comune la funzione di allargare la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti sforniti dei requisiti di partecipazione" (Cons.stato, Sez. V, Sent. n. 1726 del 26-03-2012)..

Alla stregua dei principi sopra richiamati, che impongono di applicare la previsione regolamentare (art. 92 del DPR 209/2010 già art. 95, D.P.R. n. 554/1999) invocata dalla ricorrente in armonia con i principi di diritto interno e la normativa comunitaria risultanti dalla ricostruzione soprarichiamata, l'operato dell'Amministrazione resistente risulta immune da vizi di legittimità dedotti: legittimamente non ha escluso la CR in quanto ha ritenuto che essa possedesse "un'adeguata classifica nella categoria prevalente", non richiedendo tale espressione del bando la copertura totale dell'importo della gara, ma solo di un ammontare adeguato, cioè proporzionato, ad esso; ed ha pertanto ritenuto tale condizione sufficiente per ammetterla alla gara considerato che si era avvalsa della facoltà di subappaltare per intero i lavori della categoria OG1; facoltà, anch'essa, espressamente prevista nello stesso bando di gara.

Disattesa anche quest'ultima censura, il ricorso principale va respinto, e, di conseguenza, va rigettata anche la connessa istanza risarcitoria.

Si può disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio tenuto conto della complessità della controversia e comunque della soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) respinge il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti, nonché la domanda risarcitoria; respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Floriana Rizzetto, Consigliere, Estensore

Domenico Landi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

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