



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7267 del 2013, proposto da:
Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC, Società Cooperativa, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Claudio De
Portu e Gaetano Esposito, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma,
via Flaminia, n.354;

contro

Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Pesce e Domenico
Carlomagno, con domicilio eletto presso Giovanni Pesce in Roma, via Bocca di
Leone n.78;

nei confronti di

. BEA di Beneventi Ea Srl in proprio e quale mandataria Ati, Ati - Ecoclima Sas di
Vincenzo Mattiace & C. in persona dei legali rappresentati pro tempore,
rappresentati e difesi dall'avv. Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso Marco
Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, n.24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA SEZIONE I n. 00406/2013,

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" e di Bea di Beneventi Ea Srl in proprio e quale mandataria Ati con Ecoclima Sas di Vincenzo Mattiace & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2014 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati De Portu, Pesce e Pedota;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato l'1.8.2012 l'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto per la progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento sismico e funzionale di alcuni padiglioni dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza per la costruzione di una nuova piastra poliambulatoriale e per la ristrutturazione dell'unità operativa di nefrologia e dialisi.

Nella seduta del 31.10.2012 la commissione giudicatrice per quanto interessa :

- 1) ammetteva alla fase successiva il Consorzio Cooperative Costruzioni, il quale aveva designato come imprese esecutrici dei lavori la Cooperativa GTC di Prato e la Cooperativa di Rionero in Vulture Prisma e come professionisti incaricati della progettazione, l'atp con mandataria la Proger s.p.a. e mandante l'Arethusa s.r.l.;
- 2) ammetteva al prosieguo di gara l'ati BEA S.r.l.-Ecoclima s.a.s. che non possedendo i requisiti relativi alla progettazione aveva precisato in sede di offerta

che tale parte dell'appalto sarebbe stata svolta dall'atp con mandataria l'Exergia dell'arch. Mafalda C. Votta & C. s.a.s. e mandanti l'arch. Paolo Castrignano, gli ing.ri Cosimo Zaccagnino e Nicola Pugliese ed i geologi Francesco Romaniello e Serena Parisi, la cui mandataria a sua volta dichiarava di avvalersi mediante la stipula di appositi contratti di avvalimento dei requisiti di capacità tecnica posseduti sia dall'ing. Rossana Lardo (precisamente del requisito ex punto III.2.3 del bando, relativo al "personale tecnico medio annuo utilizzato nei migliori tre anni tra gli ultimi cinque non inferiore a 6 unità"), sia dall'ing. Armando Maggi (precisamente del requisito ex punto III.2.3 del bando, relativo all'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, appartenenti a lavori della classe I Categoria G ex art. 14 L. n. 143/1949, svolti negli ultimi 10 anni, pari ad una somma complessiva di 1.387.855,56 €).

La commissione giudicatrice, dopo aver esaminato e valutato le offerte tecniche, le offerte economiche e quelle sul tempo di esecuzione dell'appalto, emanava l'atto di aggiudicazione provvisoria in favore dell'ati BEA s.r.l.-Ecoclima s.a.s. la quale aveva conseguito il punteggio complessivo di 80,052, mentre il Consorzio Cooperative Costruzioni si classificava al secondo posto con 75,476 punti.

Con determinazione n. 13048 del 7.2.2013 il direttore amministrativo dell'amministrazione ospedaliera San Carlo approvava l'operato della commissione giudicatrice ed emanava il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'ati BEA S.r.l.-Ecoclima s.a.s..

Tale determinazione n. 13048 del 7.2.2013 veniva impugnata con ricorso al Tar Basilicata dal Consorzio Cooperative Costruzioni che deduceva:

- 1) violazione degli artt. 49, 50 e 53, comma 3, d.lg.vo n. 163/2006, degli artt. 47 e 48 della Direttiva Comunitaria n. 18/2004, nonché eccesso di potere per difetto di congrua istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità manifesta;

2) violazione della lett. d) del punto III.2.3 del bando, della lett. l) del capo 2 (cfr. pure la lett. e del paragrafo “precisazioni in relazione al soggetto esecutore dei servizi tecnici” dello stesso capo 2) e della lett. a) del capo IV della parte prima del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per difetto di congrua istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità manifesta.

Si costituiva nel giudizio di primo grado l'ati aggiudicataria la quale, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso principale, proponeva ricorso incidentale impugnando il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed i verbali redatti dalla commissione giudicatrice nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dalla gara del Consorzio Cooperative Costruzioni deducendo, con unico motivo di impugnazione, articolato in quattro profili, la violazione degli artt. 38, co. 1 lett. c), e 93 d.lg.vo n. 163/2006, dell'art. 24 d.P.R. n. 207/2010, del d.m. 14.1.2008, della lex specialis di gara, del principio della par condicio nei procedimenti di evidenza pubblica, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione ospedaliera San Carlo sostenendo l'infondatezza sia del ricorso principale, sia del ricorso incidentale.

Con ordinanza n. 87 del 10.4.2013 il Tar Basilicata sospendeva l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione definitiva ritenendo fondato il ricorso principale e infondato il ricorso incidentale anche con riferimento alla censura di violazione del d.m. 14.1.2008, tenuto conto sia del capo II.8 del capitolato speciale, sia del fatto che dalla documentazione versata non si evinceva che la lex specialis di gara prescriveva espressamente che l'adeguamento sismico doveva essere effettuato in base ad una “vita nominale” di 100 anni, ad un “periodo di riferimento” di 200 anni e con “accelerazione di picco in corrispondenza dello stato limite di salvaguardia della vita” pari a 0,330 x g.

Con la sentenza appellata il Tar esaminava per primo il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale accogliendo la seconda censura dedotta dall'ati facente capo alla aggiudicataria BEA e ritenendo conseguentemente la società CCC priva di legittimazione processuale; per l'effetto non esaminava il ricorso principale in base ai dettami della Adunanza Plenaria n.4 del 7.4.2011.

Nell'atto di appello la società CCC deduce la infondatezza del ricorso incidentale presentato dall'ati BEA accolto dal Tar e ripropone le censure spiegate in primo grado avverso la aggiudicazione alla BEA.

Si è costituita la ati BEA insistendo per la reiezione del ricorso in appello e proponendo appello incidentale reiterando la prima censura respinta dal Tar. Si è costituita la azienda ospedaliera insistendo per il rigetto dell'appello principale e dell'appello incidentale e chiedendo la conferma della sentenza del Tar.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

Alla udienza pubblica del 6 febbraio 2014, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Consorzio Cooperative Costruzioni si doleva in primo grado del fatto che la ati aggiudicataria, facente capo alla società BEA, dovesse essere esclusa dalla gara poiché era ricorsa all'istituto dell'avvalimento non possedendo i requisiti relativi ai servizi tecnici, indicando il raggruppamento temporaneo di progettazione composto, ex art. 53 co.3 del codice degli appalti, da Exergia come professionista indicato che, a sua volta, non possedendo i requisiti prescritti dal bando, richiedeva in prestito detti requisiti, anch'esso ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, ad un operatore economico ausiliario Ing. Rossana Lardo ed ad un secondo soggetto ausiliario indicato nell'ing. Armando Maggi. In sostanza Exergia, quale mandataria

del rtp indicato dal concorrente per la esecuzione dei servizi tecnici, produceva 2 contratti di avvalimento con due professionisti ausiliari (ing.ri Lardo e Maggi).

La fattispecie, secondo la prospettazione del ricorso in primo grado, integrava un caso di subavvalimento vietato dalla normativa di riferimento (artt. 49, 50 e 53 co.3 codice appalti e normativa comunitaria) e dalla *lex specialis*.

Tale censura non veniva esaminata dal primo giudice che dava priorità all'esame delle quattro censure avanzate da BEA nel ricorso incidentale, accogliendo la seconda censura per effetto della quale il Consorzio avrebbe dovuto essere escluso dalla gara e ritenendo conseguentemente la società CCC priva di legittimazione processuale venendo precluso l'esame del ricorso principale in base all'insegnamento della Adunanza Plenaria n.4 del 7.4.2011.

Nell'atto di appello la società CCC deduce la erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto tale seconda censura e ripropone la censura avanzata in primo grado relativa alla illegittimità del subavvalimento dell'ati facente capo alla società BEA.

Quest'ultima, risultata aggiudicataria della gara, a sua volta impugna la sentenza del Tar con appello incidentale condizionato riproducendo una delle censure del ricorso incidentale respinte dal Tar, di illegittima ammissione alla gara della società CCC che secondo la sua prospettazione andava esclusa per incompletezza degli elaborati progettuali prodotti.

2. Occorre quindi esaminare in via prioritaria la censura accolta dal Tar con la quale la ati BEA aveva sostenuto che il CCC dovesse essere escluso dalla gara per violazione del decreto ministeriale 14.1.2008, del capitolato speciale e della relazione Tecnica allegata al progetto preliminare.

In particolare il Tar riteneva che il progetto definitivo presentato dalla ricorrente principale CCC, doveva essere escluso dalla gara ai sensi delle lett. a.2) ed a.4) del capo 5 della parte II del disciplinare di gara, sia perché risultava peggiorativo rispetto al progetto posto a base di gara, sia perché violava le indicazioni

prescrittive, evincibili dal capo II.12 del capitolato speciale e dal paragrafo 7.3 della relazione tecnica allegata al progetto preliminare.

Evidenzia la appellante principale che in assenza di una puntuale prescrizione della lex specialis di gara, erroneamente il primo giudice avrebbe ancorato la esclusione ad una “violazione indiretta” della normativa di gara posta dal d.m. del 2008. Inoltre in presenza di soluzioni tecniche peggiorative rispetto al progetto posto a base di gara la lex specialis aveva previsto un punteggio minore essendo, la comminatoria di esclusione, ipotesi assolutamente remota rimessa alla valutazione discrezionale della commissione di gara.

Con l'effetto, sempre per l'appellante, che il primo giudice non avrebbe fondato la esclusione del CCC sulla base di una valutazione di legittimità ancorata al principio di tassatività e inderogabilità delle cause di esclusione poste dalla lex specialis e per una violazione specifica della normativa di riferimento posta dal d.m. del 2008, ma avrebbe in maniera del tutto inammissibile fondato il proprio convincimento su una valutazione tecnico discrezionale di carattere ingegneristico in forza della quale ha ritenuto l'offerta tecnica del CCC non solo peggiorativa (e in quanto tale meritevole di un punteggio inferiore rispetto a quello assegnato all'altro concorrente), ma inadeguata e quindi sanzionabile con la esclusione.

In sostanza il giudice si sarebbe indebitamente sostituito al seggio di gara valutando la qualità progettuale dell'offerta tecnica e ritenendo che detta offerta dovesse essere esclusa.

3. La Sezione ritiene che tali doglianze siano meritevoli di accoglimento nei termini che saranno evidenziati.

Il Tar precisava che le strutture ospedaliere devono essere ricomprese, ai sensi del punto 2.4.2 del d.m. 14.1.2008, nell'ambito della classe d'uso IV, essendo “costruzioni strategiche importanti anche con riferimento alla gestione della protezione civile in caso di calamità”, e per tale tipo di costruzioni il medesimo

d.m. prevede una “vita nominale” (cioè il numero di anni per i quali la struttura “deve potere essere usata per lo scopo al quale è destinata”) di 100 anni (cfr. punto 2.4.1) ed un “periodo di riferimento” (che si ricava moltiplicando la “vita nominale” per il “coefficiente d’uso”, il quale per le costruzioni della classe d’uso IV è pari a 2) di 200 anni (cfr. punto 2.4.3).

Per il Tar l’appalto de quo risulta disciplinato da tali requisiti, in quanto, sia il capo II.12 del capitolato speciale, sia il paragrafo 7.3 della relazione tecnica allegata al progetto preliminare posto a base di gara, stabiliscono che l’adeguamento sismico dei padiglioni L e M1 (con eventuale estensione facoltativa anche ai padiglioni 12 e 11) deve consistere “nel miglioramento della risposta strutturale in maniera da rispettare quanto prescritto dalla legislazione per le strutture nuove”.

Ciò comporta per il Tar che poiché tali requisiti dell’adeguamento sismico corrispondono ad un interesse di natura sostanziale della stazione appaltante, che ha voluto rendere più sicuro l’adeguamento sismico dei padiglioni L e M1, il progetto definitivo presentato dalla CCC, che prevede calcoli strutturali basati su una “vita nominale” di 50 anni (anziché 100 anni) e su un “periodo di riferimento” di 100 anni (anziché 200 anni) con “accelerazione di picco in corrispondenza dello stato limite di salvaguardia della vita” pari a $0,261 \times g$ (g = valore dell’accelerazione di gravità), anziché $0,330 \times g$, sebbene non viola “direttamente” il citato d.m. 14.1.2008, doveva essere escluso dalla gara ai sensi delle lett. a.2) ed a.4) del capo 5 della parte II del disciplinare di gara, sia perché risultava peggiorativo rispetto al progetto posto a base di gara, sia perché violava le indicazioni prescrittive, evincibili dai suindicati capo II.12 del capitolato speciale e paragrafo 7.3 della relazione tecnica allegata al progetto preliminare.

Conseguentemente, la commissione giudicatrice, anziché effettuare una differente valutazione dell’elemento “caratteristiche tecnologico-strutturali” (attribuzione del punteggio massimo di 15 punti alla ricorrente incidentale e di soli 3 punti alla

ricorrente principale), avrebbe dovuto escludere dalla gara il Consorzio Cooperative Costruzioni.

Sempre per il Tar, l'esclusione della CCC non avrebbe potuto essere evitata ai sensi del capo II.8 del capitolato speciale nella parte in cui prevede che il contratto di appalto può essere stipulato dopo l'acquisizione delle autorizzazioni e dei pareri necessari e l'approvazione del progetto definitivo (e con adeguamento del progetto definitivo presentato "alle eventuali prescrizioni susseguenti ai suddetti pareri e/o autorizzazioni..") non potendo tale disposizione del capitolato speciale trovare applicazione nella fattispecie in esame non potendo comprendere nel suo ambito oggettivo i casi di violazione delle disposizioni prescrittive della lex specialis di gara sanzionate dalla lett. a.4) del capo 5 della parte II del disciplinare di gara.

4.Osserva il Collegio che il punto di partenza sul quale si basa il complesso ragionamento del primo giudice è erroneo in quanto nessuna delle norme indicate dal Tar ed in particolare il d.m. 14.1.2008 ed il capo II.12 del capitolato speciale e paragrafo 7.3. della relazione tecnica allegata al progetto preliminare prevedono una vita nominale (e cioè la durata della costruzione, punto 2.4.1. delle norme tecniche 2008) per le strutture ospedaliere, in classe d'uso IV (punto 2.4.2 delle norme tecniche 2008), pari a 100 anni.

In altri termini posta la obbligatorietà in base al d.m. del 2008 di assegnare una classe d'uso pari a IV per le strutture ospedaliere, non vi è una specifica norma tecnica che preveda la obbligatorietà che a tale classe d'uso corrisponda un vita nominale di 100 anni sembrando piuttosto emergere che la vita nominale di una costruzione non abbia una connessione diretta con il suo carattere strategico.

Pertanto la fondamentale asserzione della sentenza appellata secondo cui "...il d.m. 14.1.2008 prevede per le strutture ospedaliere una vita nominale di 100 anni ed un periodo di riferimento di 200 anni" non trova un supporto tecnico normativo in quanto il d.m. non prescrive la vita nominale da assegnare alle

strutture ospedaliere limitandosi ad affermarne esclusivamente il carattere strategico ai fini della protezione civile mediante la classe d'uso.

Nè alcun elemento che avvalori la asserzione del Tar è rinvenibile nella lex specialis in ordine alla vita nominale di 100 anni in quanto il capo II. 12 del capitolato speciale, che stabilisce che l'adeguamento sismico dei padiglioni L e M1 debba consistere "nel miglioramento della risposta strutturale in maniera da rispettare quanto prescritto dalla legislazione per le strutture nuove..", nulla prevede quanto alla vita nominale della costruzione ed in particolare che l'opera appaltata debba essere inderogabilmente progettata con vita nominale di 100 anni.

Le considerazioni di cui sopra valgono anche con riferimento al richiamo operato in sentenza, al punto 7.3. della relazione tecnica a corredo del progetto preliminare posto a base di gara, ove sono riportati esclusivamente, a mezzo di una tabella, i risultati dell'analisi della vulnerabilità sismica effettuata ed in cui non vi è una specifica previsione sulla vita nominale dell'opera per 100 anni.

Pertanto, essendo possibile, alla stregua della legge di gara e della normativa di riferimento, progettare strutture ospedaliere di nuova costruzione con vita nominale pari a 50 anni, l'offerta tecnica della società CCC non aveva violato, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, né direttamente, né indirettamente il d.m. 14.1.2008, né il capitolato speciale, per cui correttamente la commissione di gara non ha escluso la società appellante dalla gara, limitandosi ad attribuire al progetto un punteggio oggettivamente basso, inferiore rispetto a quello attribuito all'altra concorrente che invece aveva presentato un progetto con vita nominale pari a 100 anni.

Si aggiunga ancora in via del tutto gradata che anche se vi fosse stata in via di ipotesi una carenza progettuale dell'elaborato presentato dal CCC relativamente all'adeguamento sismico, in ogni caso tali manchevolezze avrebbero potuto essere sanate in virtù del capo II.8 del capitolato speciale con l'approvazione del progetto

definitivo in sede di acquisizione delle autorizzazioni e dei pareri sismici. Infatti per ottenere tali autorizzazioni e pareri, e dunque l'approvazione del progetto, l'aggiudicatario avrebbe dovuto necessariamente adeguare il proprio progetto e quindi solo il mancato adeguamento a detti ipotetici pareri avrebbe reso legittimo l'annullamento della aggiudicazione.

In conclusione il primo motivo di appello è meritevole di accoglimento non dovendosi ritenere illegittima la mancata esclusione della società CCC dalla gara ed in parte qua la sentenza appellata deve essere riformata.

5. Occorre ora esaminare l'altro motivo del ricorso incidentale dell'ati BEA, respinto dal Tar ma riprodotto con appello incidentale dalla aggiudicataria, inerente la asserita incompletezza del progetto presentato in gara dal Consorzio CCC.

Secondo l'ati BEA il progetto del Consorzio Cooperative Costruzioni doveva essere escluso dalla gara in quanto il capo 3.1 della prima parte del disciplinare di gara prescriveva che sia le relazioni tecniche, sia gli elaborati grafici del progetto definitivo offerto dovevano essere redatti "ad un livello di definizione tale da scongiurare significative differenze tecniche e di costo nella successiva progettazione esecutiva". Di contro, la commissione giudicatrice aveva rilevato la "carenza di sezioni e prospetti in numero e scala adeguati", "l'insufficiente integrazione e dettaglio degli interventi strutturali con il layout e gli aspetti architettonici", "l'incoerenza tra le carpenterie ed il layout architettonico in corrispondenza dei nuovi elementi resistenti in c.a.", la genericità dei "disciplinari descritti e prestazionali" e la loro non connessione "agli elementi proposti in progetto, la "non sufficiente rappresentazione degli impianti elettrici", la "mancanza di elaborati grafici relativi all'impianto di acqua osmotizzata e a quello di scarico dei posti rene" e l'identità al progetto preliminare di numerosi elaborati e di parte della relazione (cfr. verbale n. 11 del 9.1.2013).

Tale censura non veniva accolta dal Tar sul rilievo che le predette carenze non potevano essere assimilate all'assenza delle relazioni tecniche e degli elaborati grafici del progetto definitivo, né si era giunti da parte della ricorrente incidentale, alla dimostrazione che tali carenze avrebbero comportato differenze tecniche e di costo nella successiva progettazione esecutiva.

Inoltre l'assenza anche di alcuni tra i numerosi elaborati grafici indicati nel punto 4 della parte I del disciplinare di gara non risultava dimostrata con l'esibizione dell'elenco, allegato al progetto definitivo presentato, in quanto tali elaborati grafici potevano essere stati accorpati in un solo documento e/o le relative informazioni, che dovevano essere contenute avrebbero potuto ricavarsi dagli altri documenti di cui è composta l'intera offerta tecnica.

Conclusivamente per il Tar, nella specie, non ricorreva il caso di esclusione dalla gara previsto dalla lett. a.4) del capo 5 della parte II del disciplinare di gara.

5.1. Le considerazioni del Tar per respingere il motivo meritano conferma.

Va premesso che in generale nelle gare di appalto il giudizio espresso dalla commissione sulla completezza degli elaborati progettuali riguardanti l'offerta, che si traduca nell'attribuzione di un punteggio numerico, costituisce attività riservata all'amministrazione in quanto altamente discrezionale e sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente in presenza di macroscopici errori di fatto ovvero di illogicità ed irragionevolezza manifesta.

Con l'effetto che il ricorrente che impugni tale giudizio deve indicare specifiche circostanze ed elementi di fatto non opinabili da cui sia possibile desumere che la commissione sia effettivamente incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza, dovendosi escludere, da parte giudice, valutazioni riservate all'amministrazione finalizzate ad una diversa valutazione del progetto presentato.

Nel caso in esame la commissione di gara, nell'ambito di una propria valutazione discrezionale, e proprio entrando nel merito degli aspetti tecnici progettuali, aveva

ritenuto che il progetto del Consorzio integrasse il contenuto minimo prescrittivo ed inderogabile dell'insieme degli elaborati grafici che dovevano essere presentati in ossequio alle prescrizioni di gara. La commissione giudicatrice, infatti, che pure nel dettaglio aveva riscontrato numerose lacune, le aveva adeguatamente prese in considerazione nell'attribuzione del punteggio relativo al citato elemento di valutazione "grado di completezza e leggibilità degli elaborati tecnici", non ritenendo di escludere dalla gara il Consorzio limitandosi, a fronte di un punteggio massimo di 5 punti (attribuito alla ati BEA), ad assegnare al Consorzio solo 1,687 punti.

Dall'esame del verbale di gara n.11 emerge la puntualità e la attenzione con la quale la commissione aveva vagliato la offerta tecnica del CCC motivando in maniera esaustiva ed analitica la attribuzione del punteggio assegnato.

Si aggiunga poi che il disciplinare di gara non richiedeva un tassativo numero di elaborati grafici e per tale motivo l'analisi della presenza di tali elaborati grafici non poteva esaurirsi nella verifica dell'elenco degli elaborati ma doveva essere condotta sul contenuto concreto di tutti gli elaborati prodotti in gara per verificare la completezza di quanto progettato.

Sotto altro profilo, la mancata produzione degli elaborati che la appellante incidentale assume mancanti non potrebbero giustificare la esclusione del Consorzio ed in specie il richiamo operato dalla appellante incidentale alla lett. a. 4) del Capo 5) del disciplinare di gara non richiedeva a pena di esclusione la produzione degli elaborati.

Tanto basta per respingere la doglianza.

6. Resta da esaminare la censura dedotta in primo grado dalla ricorrente principale e finalizzata alla esclusione dalla gara della aggiudicataria, non esaminata dal Tar e reiterata in appello dal Consorzio CCC, relativa alla violazione, da parte dell'ati BEA, dell'istituto dell'avvalimento.

Come già evidenziato il Consorzio CCC lamentava che l'ati BEA, non possedendo i requisiti relativi ai servizi tecnici, avesse indicato come professionista il rtp costituendo Exergia dell'architetto Mafalda C.Votta & Sas (mandataria), architetto Paolo Castrignano (mandante), ingegnere Zaccagnino (mandante), ing. Nicola Pugliese (mandante), geologo Romaniello (mandante), geologo Parisi (mandante).

La mandataria del rtp Exergia, tuttavia, dopo avere dichiarato "di voler eseguire i servizi tecnici per la gara di che trattasi in favore del concorrente ati Bea/Ecoclina", dichiarava altresì di "..volersi avvalere dei requisiti di capacità tecnica necessari per la partecipazione alla gara, richiesti al punto III.2.3) del bando...individuando l'operatore economico ausiliario nella figura dell'ing. Rossana Lardo.." facendo altresì ricorso ad un secondo soggetto ausiliario indicando all'uopo l'ing. Armando Maggi che rendeva conferente dichiarazione.

Sostanzialmente Exergia, quale mandataria del rtp indicato dal concorrente ati BEA per la esecuzione dei servizi tecnici, produceva due contratti di avvalimento, uno dei quali stipulato con il professionista ausiliario, ing. Lardo, ed il secondo, con il professionista ausiliario, ing. Maggi.

La commissione di gara, investita della questione relativa al subavvalimento da uno dei concorrenti che denunciava la violazione, sia della normativa generale posta dal codice dei contratti che della lex specialis, respingeva la richiesta di esclusione della ati BEA richiamando il carattere generalizzato dell'istituto dell'avvalimento ed il contenuto di alcuni chiarimenti forniti in corso di gara in base ai quali sarebbe stato consentito al professionista indicato di ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Nell'atto di appello si censura la violazione dell'art. 49 in relazione all'art.53 co. 3 del d.lgs. n.163/06 nella interpretazione fornita dalla Autorità per la Vigilanza sui pubblici contratti (determinazione 1.8.2012 n.2) e dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, III, 1.10.2012 n.5161).

7. Tali doglianze del Consorzio CCC meritano accoglimento.

Rileva la Sezione che pur essendo pacifico in giurisprudenza il carattere generalizzato dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e la effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, tale istituto deve essere pur sempre temperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti.

La questione sostanziale pertanto si risolve nello stabilire se il progettista indicato, nella accezione e terminologia usata dall'art. 53 co.3 del codice dei contratti, (“..avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell’offerta..”), possa o meno fare ricorso ad un progettista terzo, utilizzando a sua volta l’istituto dell’avvalimento.

Come esattamente rilevato dall’appellante, sia il Consiglio di Stato che l’Autorità di Vigilanza, hanno respinto tale possibilità fornendo all’uopo due fondamentali criteri esegetici:

- a) il criterio letterale posto dall’art. 49, per il quale solo “il concorrente” singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all’avvalimento trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in sede di gara per cui va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando;
- b) il fatto che se il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non è legato il suo ausiliario che è soggetto terzo che non può offrire alcuna garanzia alla amministrazione.

Solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante tanto che l’ausiliario, a mente dell’art. 49 co.2 lett. d) si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione; inoltre l’ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49 co.4).

La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto la impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento mentre tale vincolo contrattuale diretto con il concorrente e con la stazione appaltante non sussiste nel caso in cui sia lo stesso ausiliario che ricorre ai requisiti posseduti da terzi (Cons. Stato, III, 1.10.2012 n.5161 cit.).

D'altro canto la estensione della categoria di "concorrente" sino a comprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione, comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario" non consente un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Nel caso in esame tali principi erano rinvenibili nel bando di gara al punto III.2.2.lett.d) ai sensi del quale è ammesso l'avvalimento alle condizioni dell'art. 49 del codice dei contratti, nel capo 4 parte prima. A.2. relativo a presentazione dell'offerta, ai sensi del quale il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di lavoro, nel capo 2 lett. l) secondo cui "limitatamente ai concorrenti che ricorrono all'avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 163 del 2006 il concorrente può avvalersi per determinati requisiti di ordine speciale relativi alla capacità tecnica dei requisiti posseduti da altro operatore economico (denominato impresa ausiliaria) alle condizioni di cui al successivo capo 4 lett. a)".

Pertanto, coerentemente alla disciplina generale di riferimento, anche la lex specialis prevedeva che l'avvalimento fosse una facoltà di esclusiva pertinenza del "concorrente" e dunque dell'ati BEA/Ecoclina e non anche del rtp RT Exergia che in qualità di progettista indicato, non poteva a sua volta far ricorso all'istituto dell'avvalimento.

8. In conclusione l'appello incidentale proposto dall'ati BEA deve essere respinto, l'appello principale deve essere accolto, la sentenza di primo grado deve essere riformata, il ricorso di primo grado accolto.

9. In relazione all'andamento e alla complessità della fattispecie, spese ed onorari dei due gradi di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando in riforma della sentenza appellata respinge l'appello incidentale proposto dall'ati BEA, accoglie l'appello principale del Consorzio Cooperative Costruzioni, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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