



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1844 del 2011, proposto da:

Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

contro

Commissario Delegato al Sisma 1997, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Prima Appalti S.r.l. quale Capogruppo Mandataria Ati e in proprio, nonchè BMT Appalti s.r.l. e Ediltech Lavori s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Riccardo Barberis, con domicilio eletto presso Riccardo Barberis in Roma, via Antonio Pollaiuolo 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 37977/2010, resa tra le parti, concernente appalto lavori di riparazione e miglioramento sismico immobile "caserma dei carabinieri" sito nel comune di Rieti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Commissario Delegato al Sisma 1997 e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e Dipartimento della Protezione Civile e di Prima Appalti S.r.l. quale Capogruppo Mandataria Ati e in proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2012 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Donella Resta in sostituzione di Diego Vaiano, Riccardo Barberis e Giovanni Palatiello (avv.St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, la società Lucci Salvatore Impresa di costruzioni impugna la sentenza 21 dicembre 2010 n. 37977, con la quale il TAR per il Lazio, sez. I, ha respinto il suo ricorso, proposto in particolare avverso il decreto

2 luglio 2010 n. 60, con il quale il Commissario delegato al sisma 1997 ha approvato gli atti di gara ed aggiudicato definitivamente - in favore della ATI costituita tra le società Prima Appalti s.r.l., BMT Appalti s.r.l. e Ediltech Lavori s.r.l. - i lavori di riparazione e miglioramento sismico dell'immobile Caserma dei Carabinieri sito nel Comune di Rieti.

La sentenza appellata ha, in particolare, affermato:

- ai sensi dell'art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, "può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione ciascuna impresa facente parte del costituendo raggruppamento", di modo che il termine "concorrente", utilizzato dalla norma, deve "riferirsi non al raggruppamento nel suo complesso ma alle singole imprese che lo costituiscono";
- ciò in quanto, già "da un punto di vista letterale", il concorrente "non è l'operatore economico che ha presentato l'offerta o che si è candidato all'aggiudicazione, ma è l'impresa che, da sola o insieme ad altre imprese, compete con le altre imprese di gara";
- inoltre, "se la normativa consente al concorrente singolo che si avvalga di una sola impresa per una determinata categoria di qualificazione di soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA per mezzo dell'attestazione del soggetto di cui si è avvalso, è logico ritenere che ciascuna impresa costituente il raggruppamento possa avvalersi dei requisiti e dell'attestazione di un'unica impresa per la quota di lavori, relativi ad una determinata categoria di qualificazione, che si è impegnata ad eseguire";
- risulta rispettata la previsione dell'avviso di gara che dispone che "la polizza dovrà essere intestata a tutte le imprese facenti parte dell'associazione, pena l'esclusione", posto che dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che "sebbene la pagina iniziale della polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, a prescindere dalla apposizione di sottoscrizione anche per le due imprese mandanti, rechi come contraente obbligato principale la sola Prima Appalti - l'appendice di precisazione, che forma parte integrante della polizza ed è anch'essa sottoscritta da tutte e tre le imprese", indica come contraenti tutte e tre le imprese riunite in associazione;
- in sede di gara, l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "discende dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara ed il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi, laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all'elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi". Da quanto esposto consegue che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa "svincola l'aggiudicazione da un criterio meccanico ed attribuisce all'amministrazione un potere fortemente discrezionale, sub specie di discrezionalità tecnica". Da ciò consegue "l'esigenza di garantire una valutazione delle offerte il più possibile ancorata a criteri e parametri predeterminati, univoci ed obiettivi, nel rispetto del principio di par condicio tra le imprese concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa", e ciò anche al fine di garantire il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha fornito in sede di avviso di gara "un'analitica descrizione dei criteri e sub criteri in base ai quali attribuire il punteggio per l'offerta tecnica".

Avverso tale decisione, vengono proposti i seguenti motivi di appello:

- a) erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il I motivo di ricorso, poiché occorre ritenere che l'art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, consente che, in caso di partecipazione alla gare di appalto da parte di un raggruppamento temporaneo, è quest'ultimo nel suo complesso a potersi avvalere di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non già ogni impresa partecipante al medesimo raggruppamento (come si evince anche dall'espressione "concorrente singolo, raggruppato o consorziato", utilizzata dal citato art. 49);

b) erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto il II motivo di ricorso, poiché – essendosi le singole imprese ausiliarie impegnate esclusivamente nei confronti delle singole imprese cui esse hanno prestato i propri requisiti - esse “non potrebbero essere chiamate a rispondere nel caso in cui la responsabilità di eventuali negligenze sia riconducibile all’attività di partecipanti all’ATI diverse rispetto a quelle nei cui confronti si sono direttamente obbligate”;

c) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il III motivo di ricorso, poiché vi è stata violazione dell’art. 75 d. lgs. n. 163/2006 in quanto non è stata presentata una polizza intestata a tutte le imprese facenti parte dell’associazione (punto 14 avviso di gara), dato che la polizza presentata dall’ATI “risulta intestata nella parte della scheda tecnica relativa al “contraente (obbligato principale) esclusivamente alla Prima Appalti”, ed inoltre essa “non contiene nella relativa intestazione alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara”;

d) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il V motivo di ricorso, poiché la commissione giudicatrice “ha completamente omesso di motivare i punteggi attribuiti alle varie offerte tecniche, nonostante la genericità dei criteri individuati nella lex specialis rendesse necessaria tale attività al fine di rendere comprensibile (e sindacabile) l’iter logico argomentativo seguito dai commissari”.

Si è costituita in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione civile, che ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

Si sono altresì costituite in giudizio le società Prima Appalti s.r.l., BMT Appalti s.r.l. ed Ediltech lavori s.r.l., le quali hanno preliminarmente eccepito l’inammissibilità del ricorso proposto in I grado per mancata impugnazione del bando di gara e per difetto di interesse. Ciò in quanto, per un verso, l’attuale appellante avrebbe dovuto “impugnare il bando di gara che legittima espressamente tale avalimento (e non contiene in alcun modo limitazioni al ricorso all’istituto anche considerata la sua conformazione comunitaria)”; per altro verso, poiché “la ricorrente fa valere un vizio di ammissione alla gara delle imprese resistenti”, è evidente che “la mancanza anche di una sola offerta determina una nuova graduatoria a seguito della quale l’appalto non è necessariamente aggiudicato alla attuale seconda graduata”.

In ogni caso, le imprese appellate hanno concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

All’udienza di trattazione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. Il Collegio deve preliminarmente procedere al rigetto delle eccezioni di inammissibilità del ricorso di I grado per difetto di interesse, avanzate dalle società appellate.

Quanto al primo profilo dell’eccezione, relativo alla mancata impugnazione del bando, giova osservare che l’avviso di gara (v. doc. 2 prod. Impresa Lucci), nel richiamare espressamente l’art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, afferma che “il concorrente singolo o consorziato o raggruppato può avvalersi del certificato S.O.A. di altro soggetto”.

Orbene, l’attuale appellante (e ricorrente in I grado) rappresenta, quale contenuto della sua doglianza, non già una violazione di legge da parte del bando e dei consequenziali atti di gara, bensì una non corretta interpretazione da parte della stazione appaltante sia della norma di legge, sia di quella del bando, che della prima costituisce una sostanziale riproduzione. Ne consegue che non è affatto necessaria l’impugnazione della clausola del bando, posto che ciò di cui si controverte non è la legittimità di questa (condizionante gli ulteriori atti adottati), bensì – ferma la clausola – la correttezza della sua interpretazione e, dunque, la conseguente applicazione fattane dall’amministrazione con atti che – proprio in virtù di una interpretazione non corretta – si ritengono illegittimi.

Quanto al secondo profilo dell’eccezione, relativo ad una non immediata aggiudicazione della gara da parte dell’impresa appellante, pur in caso di accoglimento del ricorso, è appena il caso di osservare che anche la sola

potenziale riformulazione della graduatoria, secondo criteri legittimi e corretti, e quindi la possibilità concreta di conseguire il risultato utile dell'aggiudicazione, fonda pacificamente l'interesse ad agire del ricorrente.

3. Nel merito, l'appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, in relazione al primo ed al terzo motivo di impugnazione (sub lettere a) e c) dell'esposizione in fatto), con conseguente riforma della sentenza appellata.

L'art. 49 del Codice dei contratti prevede, per quel che interessa nella presente sede :

“1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;

b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (tale ultimo inciso introdotto dall'art. 4 d.l. n. 70/2011);

d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34[ne' si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara: inciso soppresso dall'art. 3 d.l. n. 135/2009];

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.

4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria”

Tale disposizione introduce nel nostro ordinamento l'istituto dell'avvalimento, in attuazione dell'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, in base al quale (co. 2):

“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”.

Quanto alla norma del diritto dell'Unione Europea, la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare che essa tende, per il tramite dell'istituto dell'avvalimento, a permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a soggetti che ne siano privi di concorrere utilizzando i requisiti di altri soggetti (Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626), senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo (Cons. St., sez. V, 17 marzo 2009 n. 1589).

La giurisprudenza ha, inoltre, osservato come la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496).

I requisiti devono tuttavia essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa avvalsa, proprio perché la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere comunque alla gara (Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565).

In particolare, si è affermato che l'avvalimento nei requisiti soggettivi deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'esplicito impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011 n. 6079; sez. III, 18 aprile 2011 n. 2343).

Si è altresì precisato (Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 810), che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Poiché l'impresa partecipa alla gara non solo “in proprio”, e quindi con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche per mezzo di altra impresa, essa deve allora indicare tale rilevante modificazione soggettiva del tipo di partecipazione, al momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara.

Come la giurisprudenza ha già avuto condivisibilmente modo di chiarire (Cons. St., n. 2785/2009 cit.), “l'impresa che aspira a partecipare alla procedura concorsuale e che non possiede in proprio i requisiti di ammissione può a tal fine giovare di altra impresa in funzione ausiliaria. In questa ipotesi non viene, tuttavia, meno l'onere di dichiarazione dell'avvalimento nella fase di ammissione, che cristallizza l'accertamento del possesso dei requisiti alla data di scadenza del termine stabilito dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione.”

La finalità dell'avvalimento, dunque, è quella di permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a

soggetti che ne siano privi di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti

E ciò al fine di conseguire un duplice risultato consistente: per un verso, nella più ampia partecipazione di imprese alle gare; per altro verso, in un più ampio campione di imprese partecipanti assoggettate al giudizio della stazione appaltante, nella convinzione che la maggiore partecipazione garantisca una maggiore competitività ed una migliore individuazione del soggetto contraente con la pubblica amministrazione, a condizioni rese vieppiù ottimali dalla accentuata pluralità delle offerte.

A fronte dell'istituto dell'avvalimento, la disciplina dei contratti pubblici prevede anche la possibilità di partecipazione alle gare di "raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti",

I raggruppamenti temporanei sono definiti dall'art. 2, comma 20, d. lgs. n. 163/2006, come "un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di un'unica offerta"

Più in particolare, l'art. 37 d. lgs. n. 163/2006 prevede, per quel che interessa nella presente sede:

"1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria".

L'associazione (raggruppamento) temporanea di imprese venne introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 8 agosto 1977 n. 584, con la quale furono recepite le direttive comunitarie nn. 304 e 305 del 1971, e di seguito ulteriormente disciplinata dal d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, dalla l. 11 febbraio 1994 n. 109 e dal DPR 21 dicembre 1999 n. 584.

Lo scopo del raggruppamento (o associazione) temporanea è quello di consentire la più ampia partecipazione a gare di appalto, in relazione alle quali le singole imprese non posseggono singolarmente tutte le competenze tecnico-operative, le categorie, caratteristiche e classifiche richieste dal bando (scopo che risulta accentuato dalle facilitazioni offerte dalla legge 18 novembre 1998 n. 415, che ha escluso la necessità di costituzione preventiva dell'associazione ai fini della partecipazione alla gara).

Proprio perché la finalità è costituita dalla agevolazione partecipativa alle gare attraverso temporanee aggregazioni "di scopo", il raggruppamento temporaneo di imprese - come è stato chiarito anche dalla giurisprudenza risalente (Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 1987 n. 246) fino alla più recente (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012 n. 22) - non dà luogo alla costituzione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono (mancando qualunque organizzazione comune), né ad un rigido collegamento strutturale.

In definitiva, può affermarsi che sia l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, sia l'istituto dell'avvalimento, rappresentano strumenti volti ad agevolare la partecipazione alle gare di appalto disposte dalle pubbliche amministrazioni e dagli organismi pubblici in genere, al duplice scopo di consentire l'ampliamento delle imprese partecipanti, e dunque le occasioni di lavoro per le medesime, e di offrire al contempo alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta.

4. Tanto precisato in ordine ai due istituti innanzi considerati, occorre rilevare che la sentenza impugnata interpreta l'art. 49, co. 6, d. lgs. n. 163/2006 (secondo il quale "per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione"), nel senso di ritenere che "può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione ciascuna impresa facente parte del costituendo raggruppamento e che quindi il termine "concorrente" sia da riferirsi non al raggruppamento nel suo complesso ma alle singole imprese

che lo costituiscono”.

La decisione impugnata fonda tale interpretazione sostanzialmente su due ordini di considerazioni:

- la prima, di tipo “letterale”, basata su una “pluralità di riferimenti letterali” contenuti nel d. lgs. n. 163/2006, e precisamente: l’art. 49, co. 1, che dispone che “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’art. 34” e quest’ultimo articolo, che al co. 1, lett. d) prevede che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento “i raggruppamenti temporanei di concorrenti”; inoltre, l’art. 37, dove una pluralità di riferimenti (commi 1, 7, 13) presupporrebbe chiaramente una distinzione tra “raggruppamento” e “concorrente”, di modo che occorrerebbe concludere per una interpretazione dell’art. 49, comma 6, nel senso che per “concorrente” che può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione deve quindi intendersi ciascuna singola impresa del raggruppamento e non quest’ultimo nel suo complesso. In definitiva, secondo la sentenza appellata, il concorrente di cui all’art. 49, co. 6, “non è l’operatore economico che ha presentato l’offerta, o che si è candidato all’aggiudicazione, ma è l’impresa che, da sola o insieme ad altre imprese, compete con le altre imprese in gara”;

- la seconda, di tipo “sistematico”, che si fonda su due ragioni: la prima, consistente nel rilevare che, se il divieto di cui all’art. 49, co. 6 “è finalizzato ad evitare che i concorrenti sprovvisti dei requisiti di qualificazione previsti per l’esecuzione dei lavori pubblici possano ricorrere a più imprese ausiliarie che, a loro volta, non possiedono un livello di qualificazione sufficiente a consentire la partecipazione alla gara, utilizzando in maniera frazionata i requisiti di ognuna di esse, nel caso di specie tale divieto non ha ragione di operare in quanto le imprese ausiliarie possiedono un livello di qualificazione sufficiente a consentire la partecipazione alla gara”; la seconda, nell’osservare che “se la normativa consente al concorrente singolo che si avvalga di una sola impresa per una determinata categoria di qualificazione di soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA per mezzo dell’attestazione del soggetto di cui si è avvalso, è logico ritenere che ciascuna impresa costituente il raggruppamento possa avvalersi dei requisiti e dell’attestazione di un’unica impresa per la quota di lavori, relativi ad una determinata categoria di qualificazione, che si è impegnata ad eseguire”.

Il Collegio non ritiene che le argomentazioni sulle quali la sentenza impugnata fonda la propria interpretazione dell’art. 49, comma 6., d. lgs. n. 163/2006 possano essere condivise, e ciò sia in quanto non risultano persuasive le argomentazioni, di tipo letterale e sistematico, ivi svolte, sia in quanto la complessiva esegesi dell’art. 49 e la ricostruzione della ratio degli istituti dell’avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese, conducono a conclusioni diverse.

Conclusioni, cioè, tali da validare una interpretazione di quanto previsto dall’art. 49, co. 6 nel senso che il limite del ricorso all’avvalimento di una sola impresa deve valere per l’intero raggruppamento e non già per ciascuna impresa che lo compone.

5. Innanzi tutto, il Collegio rileva come i dati ricavabili da una mera esegesi letterale del testo si presentano niente affatto chiari ed univoci, ma, al contrario, facilmente controvertibili.

In tal senso, l’art. 49, co. 1 (come rilevato anche dall’appellante: pag. 9 appello), precisa che “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato” può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti o dell’attestazione SOA di un altro soggetto. Di modo che, se è vero che agli artt. 34 e 37, la dizione “concorrente” è obiettivamente riferita a ciascuna singola impresa che compone, in riunione con altre, il raggruppamento temporaneo (v. in part., art. 37, co. 1), è altrettanto vero che la precisazione fatta dal legislatore all’art. 49, co. 1, ove riferita a ciascuna singola impresa, risulterebbe superflua.

Al tempo stesso (e sempre per rilevare i limiti di una interpretazione meramente letterale) la dizione “concorrente,

singolo o consorziato o raggruppato” può essere letta sia nel senso offerto dalla sentenza (e cioè posto che il concorrente è l’impresa, quest’ultima può avvalersi di altra impresa ausiliaria, vuoi che partecipi da singola, vuoi che partecipi in consorzio o in raggruppamento), sia nel senso prospettato dall’appellante, che vede nel richiamo al consorzio e al raggruppamento una “parificazione” – quanto ai limiti numerici dell’avvalimento – tra impresa singola, consorzio e raggruppamento.

Tanto premesso, il Collegio deve rilevare che il Codice dei contratti pubblici utilizza una espressione, quale è quella di “concorrente”, che non è compresa nelle definizioni di cui all’art. 3 e che:

- per un verso, può essere ritenuta – così anche secondo l’interpretazione del primo giudice – coincidente con quella di “impresa” comunque partecipante alla gara (in forma singola o consorziata o raggruppata), laddove il Codice invece offre – sempre in riferimento alla gara e alla partecipazione alla medesima – le definizioni di “operatore economico” (cioè “l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi”: art. 3, co. 22) e quella di “offerente” (inteso come l’operatore economico “che ha presentato l’offerta”: art. 3, co. 23);
- per altro verso, può essere ritenuta coincidente con quella di “offerente”, dovendosi verificare la possibilità di avvalimento non già in ordine ad ogni singolo partecipante, bensì all’offerente nel suo complesso.

Né il linguaggio utilizzato dal Codice (a prescindere dall’utilizzo del termine “concorrente”) è sempre univoco. Ed infatti, al di fuori del caso ora in esame, anche la definizione di operatore economico non appare del tutto coerente, essendo problematico – ai sensi dell’art. 2082 cod. civ. - distinguere tra “imprenditore” e “fornitore” o “prestatore di servizi”, come se a tali ultime due categorie fosse estranea la qualifica di imprenditore. Al tempo stesso, l’art. 37, co. 8, consente che l’offerta da parte di consorzi e raggruppamenti temporanei è consentita anche se gli stessi non sono ancora costituiti, prevedendo al contempo che l’offerta deve essere in questo caso sottoscritta “da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi” (laddove la definizione di operatore economico è utilizzata anche in relazione al raggruppamento o al consorzio).

In questo caso, dunque, per definire le imprese che costituiranno il raggruppamento, il legislatore non utilizza il termine “concorrente”, ma quello di “operatore economico”.

In definitiva, il Collegio ritiene che, sulla base dei soli riferimenti letterali presenti nel Codice non sia possibile utilizzare univocamente il termine “concorrente”, e quindi riferire alla singola impresa partecipante al raggruppamento o all’intero raggruppamento, il limite di una sola impresa in avvalimento.

6. Il Collegio ritiene, dunque, che, al fine di inquadrare correttamente l’interpretazione dell’art. 49, co. 6, occorra ricorrere ad una più ampia interpretazione logico – sistematica sia della disciplina in tema di avvalimento, sia della disciplina in tema di raggruppamento temporaneo di imprese.

A tali fini, non risultano condivisibili le argomentazioni offerte dalla sentenza appellata. Ed infatti:

- quanto alla prima argomentazione, la circostanza rappresentata dal I giudice (e cioè che “le imprese ausiliarie possiedono un livello di qualificazione sufficiente a consentire la partecipazione alla gara”, di modo che non opererebbe in concreto un divieto “finalizzato ad evitare che i concorrenti sprovvisti dei requisiti di qualificazione . . . possano ricorrere a più imprese ausiliarie che a loro volta non possiedono un livello di qualificazione sufficiente . . . utilizzando in maniera frazionata i requisiti di ognuna di esse”), si presenta irrilevante, proprio sul piano logico-sistematico. Ed infatti il dato meramente accidentale di una non operatività di un divieto in un caso concreto, non nega la ratio del medesimo divieto nella logica teleologicamente orientata della previsione normativa;
- quanto alla seconda argomentazione, la stessa non appare condivisibile, posto che, proprio in quanto “la normativa consente al concorrente singolo che si avvalga di una sola impresa per una determinata categoria di qualificazione di soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA per mezzo dell’attestazione del

soggetto di cui si è avvalso”, il consentire che “ciascuna impresa costituente il raggruppamento possa avvalersi dei requisiti e dell’attestazione di un’unica impresa per la quota di lavori, relativi ad una determinata categoria di qualificazione, che si è impegnata ad eseguire”, lungi dall’essere una logica conseguenza della prima previsione, ben può costituire, al contrario, una non prevista moltiplicazione di una opportunità di partecipazione alla gara, utilizzando requisiti e/o attestazioni di imprese terze. E ciò con il risultato di produrre non già un ampliamento delle opportunità di partecipazione alla gara (finalità pacificamente riconosciuta all’avvalimento), ma anche ben possibili effetti distorsivi della concorrenza.

Il Collegio ha già posto in rilievo come le finalità per le quali sono stati previsti - dapprima dalla normativa dell’Unione Europea, di seguito dalla normativa interna – il raggruppamento temporaneo di imprese e, successivamente, l’avvalimento sono le medesime e consistono nel permettere un ampliamento delle opportunità di partecipazione alla gara a soggetti che, da soli, non sarebbero strutturalmente in grado di parteciparvi, e ciò sia mediante temporanee aggregazioni “di scopo” – come nel caso del raggruppamento – sia mediante avvalimento di requisiti di altri soggetti (in quanto in proprio non posseduti).

Se tali sono le finalità dei due istituti, appare evidente come un “cumulo” delle due “opportunità” si ponga come una non prevista duplicazione di benefici “ampliativi” della partecipazione, che, lungi dal consentire alla pubblica amministrazione appaltante di ottenere una più ampia partecipazione alla gara e quindi una maggiore qualificazione tecnico-finanziaria dell’offerta, finiscono con il rappresentare una possibile dequalificazione dell’offerente.

Si intende affermare (in ciò diversamente considerando rispetto a quanto in precedenza affermato da Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011 n. 857), che l’ampliamento delle opportunità di partecipazione alla gara – attuato per il tramite degli istituti considerati – costituisce certamente una “deroga” alla ordinaria partecipazione “individuale” delle imprese risponde ad un duplice scopo, e cioè sia ad un evidente interesse delle imprese (che altrimenti, singolarmente considerate, spesso non potrebbero partecipare alla gara), sia ad un interesse dell’amministrazione, che, da quell’ampliamento può ottenere una migliore qualificazione dell’offerta,

Laddove, tuttavia, ad una sostituzione di un singolo soggetto per il tramite di una aggregazione di scopo, quale è il raggruppamento, si accompagna anche una caratteristica di tale ultima aggregazione rappresentata dall’essere (anche tutte) le imprese aggregate non singolarmente in possesso dei requisiti richiesti, appare difficile sostenere che, per il tramite della gara, si realizzi anche un interesse pubblico ad una migliore definizione dell’offerta, interesse del quale la pubblica amministrazione è portatrice.

Né appare agevole dimostrare, proprio sul piano logico – sistematico, o meglio su quello della ragionevolezza stessa degli istituti giuridici, perché mai soggetti che non posseggono in proprio requisiti di partecipazione alla gara debbano aggregarsi in raggruppamento temporaneo (e poi ciascuno di essi avvalersi dei requisiti di altra impresa), laddove il raggruppamento ben potrebbe essere, in modo più diretto ed affidabile, costituito direttamente tra le imprese avvalse.

Alla luce delle considerazioni ora espresse, la previsione (ed il limite) dell’avvalimento di una sola impresa di cui all’art. 49, co. 6, costituisce nei confronti del raggruppamento temporaneo (inteso come diretto destinatario della norma) già ex se una rilevante agevolazione.

D’altra parte, ove si consentisse – come avviene secondo l’interpretazione offerta dalla sentenza appellata - che ogni “concorrente”, nel senso di ogni impresa sia che partecipi singolarmente, sia che partecipi in consorzio o in raggruppamento, possa avvalersi di altra impresa, appare evidente un effetto distorsivo della concorrenza in sede di partecipazione alle gare. E ciò in quanto l’impresa singolarmente dotata di tutti i requisiti per poter partecipare in proprio competerebbe non solo con un raggruppamento di imprese, ma con un raggruppamento le cui imprese

(potenzialmente tutte le imprese) non sono – nessuna di esse – in possesso di requisiti di partecipazione.

Il Collegio non ritiene che l'interpretazione dell'art. 49, co. 6, possa risolversi in applicazioni concrete che, oltre a rendere meno affidabile il contraente della Pubblica Amministrazione, si pongano come produttrici di effetti distorsivi della concorrenza, producendo altresì un "effetto di spiazzamento" di imprese più strutturalmente attrezzate, rispetto ad imprese che non lo sono altrettanto, e che solo per il tramite di un (non esplicitamente previsto) cumulo di benefici ampliativi della partecipazione, riuscirebbero ad accedere a gare, per le quali non posseggono i requisiti richiesti.

Proprio in ragione di tale ratio complessiva degli istituti considerati, il secondo periodo dell'art. 49, co. 6, ammette – ma come specifica deroga ad una disciplina in via generale affatto diversa – che il bando di gara possa consentire, entro certi limiti, l'avvalimento di più imprese ausiliarie "in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni".

E tal previsione si spiega – come sostenuto dall'appellante (pag. 13 appello) – "solo in quanto i raggruppamenti . . . possano ricorrere nel loro complesso ad una sola impresa ausiliaria".

Quanto esposto in ordine alla ratio della disciplina considerata, esclude che possa spiegare effetti, onde giungere ad una diversa conclusione, quanto rappresentato dalle imprese appellate (v., in part., pagg 5 ss, memoria 10 gennaio 2012), in ordine alla "inesistenza" di un raggruppamento costituito, ed alla presenza, invece, di "tre imprese singole che dichiarano di volersi riunire, in futuro, in ATT".

E' del tutto evidente che la riconosciuta possibilità di costituire, successivamente alla partecipazione alla gara, un raggruppamento temporaneo, non esclude (ferma la ratio della disciplina sopra illustrata) che talune limitazioni (quale è quella di cui all'art. 49, co. 6) riguardino l'operatore economico come concretamente prospettato in sede di partecipazione, affinché sia possibile definire chiaramente quale sia l'effettivo futuro contraente della Pubblica Amministrazione e la sua concreta adeguatezza all'esecuzione del contratto.

Per tutte le ragioni esposte, il motivo sub a) dell'esposizione in fatto è fondato e deve essere, pertanto, accolto,

7. Altrettanto fondato è il terzo motivo di appello (sub c) dell'esposizione in fatto.

Con tale motivo, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il III motivo di ricorso di I grado, pur in presenza della violazione dell'art. 75 d. lgs. n. 163/2006.

Sostiene l'appellante che non è stata presentata una polizza intestata a tutte le imprese facenti parte dell'associazione (punto 14 avviso di gara), dato che la polizza presentata dall'ATI "risulta intestata nella parte della scheda tecnica relativa al "contraente (obbligato principale) esclusivamente alla Prima Appalti", ed inoltre essa "non contiene nella relativa intestazione alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara".

La sentenza impugnata ha rigettato il motivo di ricorso, affermando che dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che "sebbene la pagina iniziale della polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, a prescindere dalla apposizione di sottoscrizione anche per le due imprese mandanti, rechi come contraente obbligato principale la sola Prima Appalti – l'appendice di precisazione, che forma parte integrante della polizza ed è anch'essa sottoscritta da tutte e tre le imprese", indica come contraenti tutte e tre le imprese riunite in associazione.

Il punto 14 dell'avviso di gara prevede che "in caso di A.T.I. la polizza dovrà essere intestata a tutte le imprese facenti parte dell'associazione, pena l'esclusione".

Orbene, dalla documentazione in atti risulta che:

- la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria riporta, quale contraente (obbligato principale) la sola impresa Prima appalti, risultando altresì presenti, sulla pagine iniziale, anche sottoscrizioni riferite alle imprese BMT

Appalti s.r.l. e Ediltech lavori s.r.l.;

- l'appendice n. 1 alla polizza e che ne "forma parte integrante", prevede invece quali contraenti tutte e tre le imprese sopra citate e non più la sola Prima Appalti s.r.l. (presentando altresì sottoscrizioni riferibili a ciascuna delle tre imprese).

Orbene, poiché appare evidente che vi è, quanto meno, una non chiara indicazione del "contraente" da parte della polizza fideiussoria, occorre stabilire non tanto se la polizza e la sua appendice siano (o meno) indicative di una volontà di obbligarsi in garanzia in favore di ciascuna delle tre imprese e non già di una sola, quanto se una polizza che presenti elementi di contraddizione, ambiguità e/o incertezza sulla figura del contraente, possa essere ritenuta idonea a soddisfare la clausola del bando.

Si intende affermare che ciò che rileva nella presente sede non è stabilire se la garanzia sia stata prestata per uno o per tre soggetti contraenti, quanto se una polizza che presenti gli elementi suddetti corrisponda alle finalità di garanzia della pubblica amministrazione, indicate dall'art. 75 del Codice dei contratti, e ribadite, a pena di esclusione, dall'avviso di gara.

Come questo Collegio ha già avuto modo di affermare (Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2011 n. 3404), in ipotesi quali quelle qui considerate oggetto del giudizio "non è il contratto di fideiussione ed il suo contenuto (con la conseguente verifica di quanto effettivamente voluto dalle parti e quindi verifica della sua corrispondenza a quanto richiesto dal bando); al contrario, oggetto del giudizio è la corrispondenza dell'esercizio del potere amministrativo (di ammissione alla gara) ai presupposti indicati dalla disciplina normativa della gara medesima, con riferimento ad uno specifico partecipante; di modo che il contenuto del contratto di fideiussione è oggetto di verifica non in quanto tale, ma solo al fine di riscontro della legittimità (o meno) dell'esercizio del potere amministrativo".

Ciò comporta che, essendo la finalità della fideiussione, prevista dall'art. 75 d. lgs. n. 163/2006, quella di garantire l'amministrazione/stazione appaltante in ordine alla affidabilità e solvibilità dell'affidatario, la prestazione di detta garanzia ed il negozio giuridico cui essa afferisce "devono essere tali da comportare inequivocamente la citata rinuncia, senza richiedere all'amministrazione un intenso lavoro di interpretazione delle clausole di un contratto stipulato tra privati, e senza il rischio che la stessa sia esposta, ricorrendone la necessità dopo l'aggiudicazione ed in corso di esecuzione di contratto, ad eventuali eccezioni del garante, soggetto estraneo al procedimento ad evidenza pubblica. Nel caso di specie, occorre tenere presente che si verte in tema di garanzie per la pubblica amministrazione e, nell'ambito di queste, della esatta determinazione delle obbligazioni di un terzo, fattosi garante in virtù di contratto di fideiussione stipulato con la ditta partecipante, nei confronti della medesima pubblica amministrazione".

Da quanto esposto, consegue che l'atto che costituisce la garanzia dell'amministrazione non può presentare contraddizioni o ambiguità, tali che il garante possa opporre alla Pubblica Amministrazione limitazioni alla garanzia prestata ovvero eccezioni tali da frustrare la finalità stessa della previsione normativa. Di modo che, ogni qualvolta – come nel caso di specie – la polizza fideiussoria non consenta con immediatezza di ritenere assolta la finalità di garanzia di cui al citato art. 75, senza rendere necessario un lavoro interpretativo in ordine all'esatto contenuto (ovvero in ordine agli stessi soggetti contraenti, come nel caso di specie) di un contratto stipulato tra privati, occorre ritenere non correttamente adempiuta la prescrizione del bando di gara, con conseguente onere, a carico della stazione appaltante, di procedere all'esclusione dell'impresa partecipante.

Per le ragioni esposte, anche il terzo motivo di appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto.

8. Non può trovare, invece, accoglimento la proposta domanda di declaratoria di inefficacia del contratto "laddove intervenuto" e di riconoscimento del diritto dell'appellante al subentro nello stesso.

Il Collegio deve innanzi tutto osservare, oltre alla genericità delle domande formulate, che, per un verso, il giudice non può pronunciare su domande non ancorate a precisi elementi fattuali, per altro verso che non sussistono, nel caso di specie, le condizioni di cui all'art. 122 Cpa, in ordine alle quali non vi sono particolari allegazioni dell'appellante.

Restano ferme le ulteriori valutazioni della Pubblica Amministrazione, alla luce del disposto annullamento dell'aggiudicazione definitiva, nonché, sussistendone le condizioni, l'esperibilità dell'azione prevista dall'art. 112., comma 3, Cpa.

9. Per tutte le ragioni esposte, ed in relazione ai motivi sopra evidenziati, l'appello deve essere accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Ne consegue la riforma della sentenza impugnata, e, per l'effetto, l'accoglimento del ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Stante la natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Lucci Salvatore Impresa di costruzioni s.r.l. (n. 1844/2011 r.g.), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2012

IL SEGRETARIO

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

