



REPUBBLICA ITALIANA
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 806 del 2012, proposto da:

Edilcostruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

CONSCOOP-Consortio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Massa, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale Lecce, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE- SEZIONE II, n. 00026/2012, resa tra le parti, concernente l'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI COMPLETAMENTO ED ADEGUAMENTO A NORMA DEL P.O. DI CASARANO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONSCOOP-Consortio fra Cooperative di Produzione e Lavoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito per le parti gli Avv.ti Notarnicola, su delega di Quinto, e Massa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Società Edilcostruzioni s.r.l. è risultata aggiudicataria della gara indetta dalla ASL di Lecce per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di completamento ed adeguamento a norma del presidio Ospedaliero di Casarano.

2. CONSCOOP - Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, mandatario del raggruppamento temporaneo con l'impresa Dell'Anna Impianti s.r.l., secondo classificato, impugna l'aggiudicazione sostenendo l'illegittimità dell'affidamento sotto vari e concorrenti profili.
3. L'aggiudicataria propone ricorso incidentale con cui denuncia la mancata esclusione dalla gara del RTI capeggiato da CONSCOOP, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo proposto per carenza di interesse e, comunque, contestando che lo stesso potesse essere collocato al secondo posto in graduatoria.
4. La sentenza appellata ha dichiarato infondato il ricorso incidentale ed accolto il ricorso principale.
5. Con atto di appello Edilcostruzioni s.r.l. ripropone i motivi del ricorso incidentale di primo grado disattesi, con riguardo alla carenza del requisito della "regolarità contributiva", alla carenza in capo ai progettisti indicati dal RTI ricorrente dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.Lgs 163/2006, all'irregolare utilizzo dell'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di natura progettuale, alla mancata esibizione del modello GAP ed, infine, con riguardo all'indeterminatezza dell'offerta tecnica ed al carattere peggiorativo della stessa. Inoltre, Edilcostruzioni s.r.l. critica la sentenza nella parte in cui "erroneamente" ha accolto i motivi del ricorso introduttivo, ritenendo che la stessa andava esclusa dalla gara.
6. Resiste in giudizio la controinteressata che chiede la conferma della sentenza appellata con riferimento al dispositivo demolitorio del ricorso incidentale e con riferimento all'accoglimento delle censure formulate in primo grado, ed inoltre chiede la riforma della sentenza impugnata laddove ha ritenuto non meritevoli di accoglimento le altre censure avanzate dalla stessa in primo grado.
7. All'udienza del 25 maggio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello merita accoglimento.
2. E' fondato il terzo motivo con cui si ripropone la censura svolta col ricorso incidentale in primo grado tendente a far rilevare come il Raggruppamento ricorrente andasse escluso dalla gara per difetto di un requisito di partecipazione e, pertanto, dovesse essere dichiarato inammissibile il ricorso dallo stesso proposto per difetto di interesse.
Sostiene l'appellante che il raggruppamento di progettazione indicato dal RTI CONSCOOP - Dell'Anna Impianti s.r.l. ha dichiarato illegittimamente di volersi avvalere dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi della Power and Control and System Consulting s.r.l., ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnico professionale di cui al punto 3.1 3c) del disciplinare di gara ("aver impiegato un numero medio annuo di personale tecnico nei tre migliori anni del quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando in misura di almeno dodici unità, pari cioè a due volte le unità che per lo svolgimento della prestazione si stimano in sei).
L'appellante aveva dedotto in primo grado con il ricorso incidentale l'invalidità dell'avvalimento sotto un duplice ordine di profili: a) il raggruppamento di progettazione non poteva ricorrere all'istituto dell'avvalimento, atteso che l'art. 49 del codice dei contratti riserva tale possibilità solo al "concorrente" ed è pacifico che il raggruppamento di progettazione non assume la qualità di concorrente in gara; b) l'ausiliaria del raggruppamento di progettazione non ha reso le dichiarazioni di cui alle lettere m-bis), m-ter) ed m-quater) dell'art. 38 D.Lgs 163/2006.
Il TAR Lecce ha ritenuto eccessivamente formalistica la prospettazione del ricorrente incidentale riguardo alla impossibilità per l'ausiliario di avvalersi dell'istituto, in ragione del carattere generale e della portata applicativa indifferenziata dell'avvalimento, affermando la prevalenza dell'esigenza di carattere sostanziale della "massima partecipazione".
Il Collegio non condivide tale interpretazione, che contrasta sia con la lettera che con la ratio dell'art 49 del codice

dei contratti.

Ed invero, l'art. 49, comma 2, cod. contratti utilizza in proposito l'espressione "concorrente", con la quale si riferisce in equivocamente al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara. Questi, ove voglia ricorrere all'avvalimento, è tenuto a dichiarare ed allegare, unitamente alla domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai propri, integrano la prescrizione del bando.

L'avvalimento, in altri termini, è istituto di soccorso al concorrente in sede di gara e, di conseguenza, va escluso chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante (cfr. C.d.S., Sez. VI, 2.5.2012, n. 2508).

Vero è che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari..

Va considerato, infatti, che solo il concorrente assume obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tanto che l'ausiliario 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 (art. 49 comma 3, lett. d)) ed, inoltre, l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4).

La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria è collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi.

Inoltre, l'estensione della categoria di "concorrente" sino a ricomprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione (come nella fattispecie), comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria (potenzialmente all'infinito), non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Nel caso concreto, dunque, il Raggruppamento di progettazione indicato dal RTI capeggiato da CONSCOOP, posto che figura come collaboratore esterno del concorrente, non avrebbe potuto avvalersi dei requisiti tecnico organizzativi della Power and Control and System Consulting srl.

3. In conclusione, il Raggruppamento temporaneo CON SCOOP- Dell'Anna Impianti s.r.l. andava escluso dalla gara per difetto dei requisiti di natura tecnica necessari per partecipare.

Va, pertanto, accolto l'appello proposto e, conseguentemente, dichiarato inammissibile l'originario ricorso principale, per carenza di interesse, in accoglimento del ricorso incidentale in primo grado.

4. Le spese si compensano tra le parti, attesa la novità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara inammissibile il ricorso principale 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 25 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2012

IL SEGRETARIO

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