

N. 37977/2010 REG.SEN.
N. 08999/2010 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8999 del 2010, proposto da:
Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Diego Vaiano, Raffaele Izzo, Alessandro Vinci Orlando e
Francesco Cataldo ed elettivamente domiciliata presso il loro studio
legale in Roma, Lungotevere Marzio, 3

contro

Commissario delegato al sisma del 1997, Presidenza del Consiglio dei
Ministri - Dipartimento Protezione Civile, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati per legge in Roma,
via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Prima Appalti s.r.l., in proprio e nella sua qualità di impresa
mandataria del raggruppamento costituito con BMT Appalti s.r.l. ed

Ediltech Lavori s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Riccardo Barberis, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate in Roma, via A. Pollaiolo, 3

per l'annullamento

del decreto n. 60 del 2 luglio 2010, comunicato alla ricorrente in data 17 agosto 2010, con la quale il Commissario delegato al sisma 1997 ha approvato gli atti di gara ed aggiudicato definitivamente in favore dell'ATI controinteressata l'appalto per i lavori di riparazione e miglioramento sismico dell'immobile "Caserma dei Carabinieri" sito nel comune di Rieti;

dei verbali relativi alle sedute di gara, nel loro complesso e segnatamente nella parte in cui, con verbale n. 1 del 10 febbraio 2010, si è proceduto all'ammissione della controinteressata alla procedura riscontrando il possesso dei requisiti di partecipazione da parte della stessa;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato

e per il subentro

nello stesso, ricorrendone i presupposti di cui agli artt. 121 e ss. del d.lgs. n. 104/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Prima Appalti s.r.l. in proprio e nella qualità di impresa mandataria del raggruppamento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Commissario delegato al sisma 1997, con avviso di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 23 dicembre 2009, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di riparazione e miglioramento sismico della Caserma dei Carabinieri sita nel Comune di Rieti, per un importo a base d'asta soggetto a ribasso di € 2.713.890,21.

L'appalto è stato aggiudicato definitivamente all'ATI Prima Appalti s.r.l. (impresa capogruppo) – BMT Appalti s.r.l. (impresa mandante) – Ediltech Lavori s.r.l. (impresa mandante).

Di talché, l'impresa ricorrente, seconda classificata, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. 163/2006.
Violazione dell'art. 37 d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'avviso di gara. Violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara. Eccesso di potere per difetto di

istruttoria e dei presupposti. Sviamento.

L'ATI controinteressata, essendo priva dell'attestazione SOA richiesta dall'avviso di gara (OG2 con classifica IV), ha dovuto fare ricorso all'istituto dell'avvalimento per poter partecipare alla gara, ma, in tal modo, avrebbe violato le prescrizioni di cui all'art. 49 d.lgs. 163/2006 ed alla *lex specialis*.

In particolare, il "concorrente raggruppato", ossia il raggruppamento normativamente inteso come unico concorrente, potrebbe avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, mentre il raggruppamento Prima Appalti si è avvalso di tre ditte diverse per la medesima categoria OG2, le cui lavorazioni sono state assunte pro quota dalle imprese partecipanti allo stesso.

Il legislatore, pur accogliendo l'invito comunitario alla massima espansione dell'istituto in questione e modificando il sesto comma dell'art. 49 d.lgs. 163/2006 per ciò che riguarda i servizi e le forniture, avrebbe preso in considerazione la peculiarità del sistema nazionale in materia di qualificazione dei lavori pubblici, tenendo presente che gli stessi possono essere eseguiti solo da imprese qualificate secondo il sistema SOA, al fine di garantire l'unitarietà dell'esecuzione e la realizzazione a regola d'arte dell'opera, e, in tale prospettiva, il divieto ex art. 49, co. 6, risponderebbe alla chiara logica di garantire che quantomeno l'impresa ausiliaria sia qualificata per la categoria e la classifica necessaria ad eseguire l'intero appalto.

Viceversa, ammettendo il ricorso a due o più imprese ausiliarie, si

consentirebbe ai concorrenti (singoli, consorziati o raggruppati) di sommare le classifiche possedute da ognuna di esse per raggiungere la soglia prevista, giovandosi di soggetti a loro volta non adeguatamente qualificati.

In altri termini, il divieto servirebbe 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 così in maniera frazionata i requisiti di ognuna di esse.

Le imprese ausiliarie, peraltro, si sono impegnate esclusivamente nei confronti delle singole imprese, per cui non potrebbero rispondere solidalmente 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.

Esse, inoltre, non potrebbero garantire per la corretta esecuzione dell'appalto in quanto non sono sufficientemente qualificate, possedendo un livello di qualificazione (classifica III), inferiore a quello prescritto dall'avviso di gara (classifica IV).

In altri termini, il regime della responsabilità solidale di cui agli artt. 49, co. 4, e 37, co. 5, sarebbe incompatibile con l'avvalimento cumulativo ed il conseguente utilizzo frazionato dei requisiti.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. 163/2006 e dell'avviso di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei

presupposti.

L'ATI controinteressata avrebbe presentato una polizza fideiussoria intestata esclusivamente alla Prima Appalti e non contenente alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara, per cui sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara per avere prodotto, quale cauzione provvisoria, una fideiussione difforme rispetto alle prescrizioni disposte a pena di esclusione dal d.lgs. 163/2006 e dalla lex specialis.

Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 75 d.lgs. 163/2006 e dell'avviso di gara. Violazione dell'art. 40 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti.

La mancanza della certificazione di qualità relativa alla tipologia dei lavori da eseguire avrebbe dovuto impedire all'ATI controinteressata di usufruire del beneficio della riduzione del 50% dell'importo da garantire.

In via subordinata: illegittimità dell'intera procedura di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 78 d.lgs. 163/2006; violazione dei principi di par condicio e trasparenza delle operazioni di gara; difetto di motivazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed irragionevolezza.

L'intera procedura di gara dovrebbe formare oggetto di annullamento in quanto i criteri di pregio tecnico dell'offerta sarebbero così generici da risultare inidonei, in assenza di

motivazione, a dare conto dell'iter logico argomentativo seguito dai Commissari nell'attribuzione dei punteggi alle diverse offerte in gara. Il solo punteggio numerico, infatti, potrebbe essere ritenuto una sufficiente motivazione in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo quando i criteri prefissati di valutazione siano dettagliati e rigidamente predeterminati, mentre sarebbe insufficiente nel caso in cui i criteri si risolvano in espressioni generiche.

Nel caso di specie, non sarebbe possibile ricostruire le ragioni che hanno concretamente indotto la Commissione ad attribuire, in ordine al profilo qualitativo dell'offerta, un punteggio molto più elevato alla controinteressata rispetto alla ricorrente.

L'Avvocatura Generale dello Stato ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Il raggruppamento controinteressato, in rito, ha eccepito l'inammissibilità del gravame in quanto la ricorrente, da un lato, non avrebbe impugnato il bando di gara che prevede espressamente la possibilità dell'avvalimento, dall'altro, non avrebbe dimostrato l'interesse al ricorso; nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 15 dicembre 2010, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Le eccezioni di inammissibilità del ricorso sono infondate.

1.1 Per quanto attiene alla omessa impugnazione del bando, la ricorrente ha prospettato la sua violazione, così come dell'art. 49, co. 6, del d.lgs. 163/2006, ritenendo che andasse diversamente applicato, per cui non sussisteva alcun onere di impugnativa.

1.2 Con riferimento al secondo profilo, la controinteressata ha evidenziato che l'appalto è stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui i punteggi tecnici sono il risultato della comparazione delle offerte tecniche assumendo come riferimenti la migliore e la peggiore con il metodo comparativo, sicché la mancanza anche di una sola delle offerte determinerebbe una nuova graduatoria a seguito della quale l'appalto non sarebbe necessariamente aggiudicato alla attuale seconda graduata.

Il Collegio in proposito rileva che, anche a voler prescindere dalla sussistenza o meno di un obbligo di aggiudicazione alla attuale seconda graduata in caso di illegittima ammissione alla procedura del raggruppamento primo classificato, la ricorrente ha mostrato interesse non solo alla diretta aggiudicazione dell'appalto, il che effettivamente postulerebbe la certezza che l'attuale seconda in graduatoria diventi la prima a seguito della esclusione dell'attuale prima graduata, ma anche, con l'ultimo motivo d'impugnativa, un interesse strumentale ad una eventuale nuova partecipazione alla gara.

Il ricorso, pertanto, è certamente ammissibile.

2. Nel merito, il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

2.1 Le imprese Prima Appalti s.r.l., BMT Appalti s.r.l. ed Ediltech Lavori s.r.l. hanno chiesto di partecipare alla gara in ATI orizzontale, da costituire in caso di aggiudicazione, dichiarando a tal fine che l'impresa capogruppo è la Prima Appalti con una quota di partecipazione OG2 (categoria prevalente) del 40% e che le imprese mandanti sono la BMT Appalti s.r.l. e la Ediltech Lavori s.r.l., ciascuna con una quota di partecipazione OG2 del 30%.

La Prima Appalti ha inteso avvalersi quale impresa ausiliaria della società Di Cori Sergio, qualificata per la categoria OG2, classifica III, la BMT Appalti s.r.l. ha inteso avvalersi quale impresa ausiliaria della società Morasca s.r.l., qualificata per la categoria OG2, classifica III, e la Ediltech Lavori ha inteso avvalersi della “società cooperativa edile molisana” qualificata per la categoria OG2, classifica III.

La ricorrente, con il primo motivo d'impugnativa, ha dedotto che un raggruppamento temporaneo di imprese, ai sensi dell'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 e della lex specialis di gara, potrebbe avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, mentre il raggruppamento Prima Appalti si sarebbe avvalso di tre ditte diverse per la medesima categoria OG2, le cui lavorazioni sono state assunte pro quota dalle imprese partecipanti allo stesso.

L'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 stabilisce che, per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione.

Parimenti, l'avviso di gara - che ha indicato come prevalente la categoria OG2 (restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali), classifica IV – ha previsto che, in esecuzione dell'art. 49 d.lgs. 163/2006, il concorrente singolo o consorziato o raggruppato può avvalersi del certificato SOA di altro soggetto e che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione.

La questione centrale della controversia, pertanto, è costituita dall'interpretazione dell'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006, espressamente richiamato nella lex specialis della gara, e, in particolare, dal significato da dare al termine “concorrente”, vale a dire se, nel caso dei raggruppamenti temporanei d'impresa, esso si riferisca al raggruppamento nel suo complesso ovvero ad ogni singola impresa che fa parte del raggruppamento.

In altri termini, posto che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria e che nel caso di specie ciascuna impresa facente parte del costituendo raggruppamento si è avvalsa di una sola impresa ausiliaria per la categoria OG2, occorre valutare se per concorrente si intende la singola impresa, nel qual caso la norma sarebbe stata rispettata e correttamente applicata, ovvero il raggruppamento che ha presentato l'offerta, nel qual caso sussisterebbe la violazione della norma di legge e del bando essendosi il costituendo raggruppamento avvalso di tre diverse

imprese ausiliarie per la categoria prevalente OG2.

Il Collegio ritiene che, sulla base di una esegesi sia letterale che sistematica, la previsione normativa debba essere interpretata nel senso 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.

2.1.1 Una pluralità di riferimenti letterali contenuti nel d.lgs. 163/2006 non lasciano dubbi sulla corretta interpretazione della norma, atteso, in primo luogo, che, ai sensi dell’art. 49, co. 1, d.lgs. “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’art. 34”, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dell’attestazione SOA di un altro soggetto e che, ai sensi dell’art. 34, co. 1, lett. d), sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i “raggruppamenti temporanei di concorrenti”, per cui il combinato disposto delle norme lascia chiaramente intendere che i concorrenti sono i singoli soggetti che costituiscono il raggruppamento.

L’art. 37, co. 7, d.lgs. 163/2006, poi, vieta “ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo”, sicché è evidente, dovendosi altrimenti concludere per la totale illogicità della previsione, che per concorrenti ha voluto intendere i

singoli soggetti che partecipano al raggruppamento.

Inoltre, l'art. 37, co. 13, del codice dei contratti pubblici fa presente che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo” devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui anche tale norma evidenzia come i concorrenti siano i singoli soggetti che fanno parte del raggruppamento.

Analogamente, l'art. 37, co. 1, d.lgs. 163/2006 indica che, 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, e per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una “riunione di concorrenti” finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

Di talché, essendo definito dalla legge il raggruppamento temporaneo, sia esso verticale che orizzontale, come “riunione di concorrenti”, non può esservi alcun margine di incertezza sulla voluntas legis di identificare il concorrente come il singolo soggetto che partecipa al raggruppamento.

In definitiva, già da un punto di vista letterale, il concetto di “concorrente” a cui fa riferimento l'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 deve essere inteso nel senso di ciascun imprenditore che partecipa al raggruppamento e va distinto sia da quello di “offerente” che, ai sensi dell'art. 3, co. 23, d.lgs. 163/2006, è l'operatore economico – vale a dire l'imprenditore o un raggruppamento di essi - che ha

presentato un'offerta sia da quello di "candidato" che, ai sensi dell'art. 3, co. 24, d.lgs. 163/2006, è l'operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo.

Il concorrente di cui all'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006, pertanto, 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.

2.1.2 La corretta interpretazione di "concorrente" come singolo soggetto che partecipa al raggruppamento temporaneo può essere altresì desunta sotto un profilo sistematico.

La potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale e la sua finalità non è quella di arricchire la capacità del concorrente ma, in coerenza con il principio del favor participationis, di consentire a soggetti, che altrimenti non potrebbero parteciparvi, di concorrere alla gara "avvalendosi" dei requisiti di altri soggetti.

La ricorrente ha sostenuto che, nella prospettiva di garantire l'unitarietà dell'esecuzione e la realizzazione a regola d'arte dell'opera, il divieto ex art. 49, co. 6, risponderebbe alla chiara logica di garantire che quantomeno l'impresa ausiliaria sia qualificata per la categoria e la classifica necessaria ad eseguire l'intero appalto, mentre, ammettendo il ricorso a due o più imprese ausiliarie si consentirebbe di sommare le classifiche possedute da ognuna di esse per

raggiungere la soglia prevista, giovandosi di soggetti a loro volta non adeguatamente qualificati; in altri termini, secondo la prospettazione della ricorrente, il divieto servirebbe 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 così in maniera frazionata i requisiti di ognuna di esse.

Tale percorso argomentativo, se è certamente utile a ben individuare la ratio della norma con riferimento al singolo concorrente, estesa ai raggruppamenti temporanei di imprese muove da un equivoco di fondo e, quindi, non è congruente al caso di specie.

Per le associazioni temporanee di imprese si tipo orizzontale, infatti, l'art. 95, co. 2, d.P.R. 554/1999 stabilisce che i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria nelle misure minime del 40%, mentre la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento; l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria.

L'avviso di gara, nella fattispecie in esame, ha così specificamente previsto che per le associazioni temporanee di cui all'art. 37 d.lgs. 163/2006, di tipo orizzontale, ciascuna impresa riunita deve essere in possesso dell'attestazione di qualificazione OG2, rilasciata da una

SOA regolarmente autorizzata, con riferimento alla categoria prevalente, nella seguente misura: minimo 40% per la mandataria, mentre il restante 60% deve essere posseduto cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento, fermo restando che l'impresa mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti in misura maggioritaria.

L'ATI controinteressata, in sede di domanda, ha dichiarato, con riferimento alla categoria prevalente OG2, per la mandataria una quota di partecipazione del 40% e per ciascuna delle due mandanti una quota di partecipazione del 30%.

Ne consegue – rilevato che per la categoria prevalente il bando ha previsto la classifica IV trattandosi di un importo di € 2.308.685,64 e considerato che, ai sensi dell'art. 3, co. 4, d.P.R. 34/2000, la classifica IV è stabilita per € 2.582.284, la classifica III per € 1.032.913 e la classifica II per € 516.457 – che, in relazione alla categoria prevalente OG2, la qualificazione per le imprese partecipanti al raggruppamento sarebbe dovuta essere attestata dalla classifica III sia per la capogruppo mandataria Prima Appalti (impegnata ad eseguire i lavori per il 40% della categoria prevalente) sia per ciascuna delle due imprese mandanti (impegnate ad eseguire i lavori per il 30%).

Le imprese ausiliarie, pertanto, sono qualificate, in relazione alla categoria, per la classifica necessaria ad eseguire l'appalto in quanto tutte e tre sono qualificate per la categoria OG2 con classifica III.

In altri termini, le imprese di cui si sono avvalse le partecipanti al

raggruppamento hanno una qualificazione che, se posseduta dalle tre imprese costituenti il raggruppamento, avrebbe consentito senz'altro a queste ultime di poter partecipare legittimamente alla gara, per cui le stesse sono adeguatamente qualificate.

Va da sé, allora, che se, come evidenziato dalla ricorrente, il divieto di cui all'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 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 così 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.

D'altra parte, 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.

In sostanza, anche da un punto di vista sistematico, occorre ritenere che il concorrente di cui all'art. 49, co. 6, d.lgs. 163/2006 non è il

raggruppamento nel suo complesso, ma è ciascun soggetto partecipante al raggruppamento.

La giurisprudenza di questo Tribunale, peraltro, ha già avuto modo di chiarire che l'art. 49, co. 1, d.lgs. 163/2006 va inteso non nel senso che il raggruppamento temporaneo di imprese debba avvalersi di una sola impresa, non potendosi escludere, in linea con ratio dell'istituto dell'avvalimento diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare, che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie quante sono le singole imprese che lo compongono (T.A.R. Lazio, Roma, Terza bis, 9 febbraio 2010, n. 1768).

In ragione di tutte le considerazioni esposte, la prima censura, che costituisce il punto focale dell'intera controversia, deve essere disattesa.

2.2 Con ulteriore doglianza, la ricorrente ha fatto presente che il regime della responsabilità solidale di cui agli artt. 49, co. 4, e 37, co. 5, sarebbe incompatibile con l'avvalimento cumulativo ed il conseguente utilizzo frazionato dei requisiti.

L'assunto non è persuasivo anche in considerazione della circostanza, già evidenziata, che non sussiste nella fattispecie un utilizzo frazionato dei requisiti in quanto ciascuna impresa facente parte del raggruppamento si avvale di un'unica impresa ausiliaria.

L'art. 49, co. 4, d.lgs. 163/2006 stabilisce che l'offerta dei concorrenti

raggruppati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, mentre l'art. 37, co. 4, dello stesso decreto indica che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Il corpus normativo, quindi, non determina nel caso di specie alcuna riduzione delle garanzie nei confronti della stazione appaltante, ma anzi ne aumenta l'intensità, aggiungendo alla responsabilità solidale dei concorrenti raggruppati quella dell'impresa ausiliaria.

Nell'ipotesi, invece, in cui la ricorrente volesse trarre l'incompatibilità dell'avvalimento da parte di ciascuna delle imprese costituenti il raggruppamento dal fatto che nessuna delle imprese ausiliarie è qualificata per la classifica IV in relazione alla categoria prevalente OG2, è sufficiente ribadire, sulla base di quanto già in precedenza esposto in ordine ai requisiti che devono possedere le imprese facenti parte di ATI orizzontali, che, anche ove non avessero fatto ricorso all'avvalimento, i soggetti costituenti il raggruppamento non sarebbero stati tenuti ad essere qualificati per la classifica IV, ma sarebbero dovuti essere qualificati per la classifica III in relazione alla categoria OG2, vale a dire per la classifica per la quale sono qualificate tutte e tre le imprese ausiliarie.

Ne consegue che, anche sotto tale profilo, il ricorso all'avvalimento non ha affatto diminuito le garanzie nei confronti della stazione

appaltante.

2.3 La ricorrente ha altresì dedotto che l'ATI controinteressata avrebbe presentato una polizza fideiussoria intestata esclusivamente alla Prima Appalti e non contenente alcuna indicazione della natura collettiva della partecipazione alla gara, per cui sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara per avere prodotto, quale cauzione provvisoria, una fideiussione difforme rispetto alle prescrizioni disposte a pena di esclusione sia dal codice dei contratti sia dalla *lex specialis*.

La censura è infondata.

L'avviso di gara ha precisato che, in caso di associazione temporanea di imprese, "la polizza dovrà essere intestata a tutte le imprese facenti parte dell'Associazione, pena l'esclusione".

Dalla documentazione prodotta in giudizio può evincersi che - sebbene la pagina iniziale della polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, a prescindere dalla apposizione di sottoscrizioni 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 quale contraente la Prima Appalti S.r.l. (capogruppo) nonché la BMT Appalti S.r.l. (mandante) e la Ediltech Lavori S.r.l. (mandante).

Ne consegue che la polizza è intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento e che la previsione del bando è stata rispettata.

2.4 Con riferimento alla contestazione secondo cui la mancanza della certificazione di qualità relativa alla tipologia dei lavori da eseguire avrebbe dovuto impedire all'ATI controinteressata di usufruire del beneficio della riduzione del 50% dell'importo da garantire, giova rilevare, da un lato, che, ex art. 40, co. 7, d.lgs. 163/2006, le imprese alle quali venga rilasciata dagli organismi accreditati, ai sensi delle norme europee, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia provvisoria, previste rispettivamente dall'art. 75 e dall'art. 113, co. 1, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50%, dall'altro, che le imprese del raggruppamento hanno prodotto una certificazione di conformità UNI EN ISO 9001:2008 (Prima Appalti), e UNI EN ISO 9001:2000 (le imprese mandanti) per il campo di applicazione EA28, che comprende la manutenzione di edifici civili.

In proposito, occorre comunque precisare che, ai sensi dell'art. 4, co. 2, d.P.R. 34/2000, la certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche.

2.5 In via subordinata, la Società ricorrente ha dedotto che, in assenza di criteri predeterminati dettagliati, sarebbe necessaria una motivazione dei punteggi attribuiti agli elementi attinenti al pregio

tecnico dell'offerta, mentre, nella fattispecie, non sarebbe possibile ricostruire le ragioni che hanno concretamente indotto la Commissione ad attribuire, in ordine al profilo qualitativo dell'offerta, un punteggio molto più elevato alla controinteressata rispetto alla ricorrente.

Le doglianze non possono essere condivise.

Il Collegio rileva in primo luogo che l'art. 1 del d.lgs. 152/2008, c.d. terzo correttivo al codice dei contratti pubblici, ha soppresso la previsione di cui all'ultima parte dell'art. 83, co. 4, d.lgs. 163/2006, secondo cui "la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando", vale a dire ha soppresso il potere-dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi.

La modifica legislativa ha tenuto conto della procedura di infrazione n. 2007/2309 e della nota di costituzione in mora ex art. 226 del 30 gennaio 2008, con cui la Commissione della Comunità Europea ha rilevato che la previsione della possibilità di fissare dei criteri motivazionali dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e ciò in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di

trattamento, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Il 46^o considerando della direttiva CE 2004/18 - nell'affermare che l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza – indica anche che le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

Pertanto, l'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 .

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in definitiva, svincola l'aggiudicazione da un criterio meccanico ed attribuisce

all'amministrazione un potere fortemente discrezionale, sub specie di discrezionalità tecnica.

Di talché, sussiste 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.

Il Collegio, quindi, ritiene che per la stazione appaltante sussiste l'obbligo di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio quantomeno, ove ciò non avvenga attraverso specifiche esternazioni sul contenuto degli elementi valutabili dell'offerta, mediante l'analitica indicazione dei criteri, o dei sub criteri, che concorrono ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, manifestando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.

L'obbligo di rendere comprensibili le valutazioni di gara, d'altra parte, è imposto dalla necessità di garantire la possibilità, prevista e tutelata a livello costituzionale, di un sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere che, sebbene si verta nel campo della discrezionalità tecnica, non è escluso per i profili della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle valutazioni effettuate, sindacato che sarebbe evidentemente precluso in assenza di una sia pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto alla formulazione dei giudizi sulle offerte.

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, per cui è da escludere che l'illegittimità dell'azione amministrativa possa derivare dall'assenza di motivazione nell'attribuzione dei punteggi.

In particolare, l'avviso di gara, prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di trenta punti per l'offerta economica (punti 20 per "ribasso percentuale sull'importo a base d'asta" e punti 10 per "riduzione del tempo di esecuzione dei lavori"), ha previsto l'attribuzione di un punteggio massimo di 70 punti per l'offerta tecnica (punti 50 per "soluzioni tecniche migliorative rispetto alla proposta progettuale a base di gara" e punti 20 per "soluzioni tecniche migliorative in materia di impatto ambientale del cantiere e sulla sicurezza pubblica").

L'avviso di gara ha poi dettagliato i seguenti sub criteri per l'attribuzione del punteggio (50 punti) al primo elemento tecnico:

"Miglioramento qualità degli spazi esterni" , punti 10, per il quale ha specificato che "l'offerente dovrà fornire una proposta di miglioramento degli spazi esterni, avendo particolare attenzione all'inserimento del verde, degli elementi di arredo urbano e dell'illuminazione, con l'obiettivo di accrescere la funzionalità e la vivibilità e facilitarne la manutenzione";

"Soluzioni tecniche migliorative dell'intervento di consolidamento e delle opere di finitura", punti 25, per il quale ha specificato che "l'offerente dovrà proporre soluzioni migliorative in merito alle

opere previste di consolidamento e sulle opere di finitura; il miglioramento dovrà essere dimostrato con la maggiore efficacia, resistenza, durabilità nel tempo, qualità dei materiali impiegati e facilità di realizzazione”;

“Soluzioni tecniche migliorative sulle opere impiantistiche”, punti 15, per il quale ha specificato che “l’offerente dovrà predisporre soluzioni integrative o alternative, per migliorare l’efficienza e la qualità degli impianti elettrici, termoidraulici e di condizionamento; il miglioramento dovrà essere dimostrato con il maggior rendimento e risparmio energetico, la durabilità nel tempo, qualità dei materiali impiegati e le loro caratteristiche di ecocompatibilità, la facilità di realizzazione e manutenzione e soprattutto l’attenzione e piena reversibilità nei confronti del bene monumentale oggetto d’intervento”.

Analogamente, pur senza prevedere sub criteri, la stazione appaltante ha dettagliato il criterio “soluzioni tecniche migliorative in materia di impatto ambientale del cantiere e sulla sicurezza pubblica”, per il quale ha previsto l’attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti, specificando che “l’offerente dovrà predisporre soluzioni migliorative, integrative o alternative rispetto ai criteri di organizzazione del cantiere contenuti nel Piano di Sicurezza e Coordinamento allegato al progetto esecutivo, esaminando con particolare attenzione i seguenti aspetti: - Organizzazione delle aree interessate dal cantiere, sia quelle da adibire alla sosta e deposito di

attrezzature e materiali e soprattutto per quelle interessate dai lavori; saranno valutate proposte che garantiscano l'ingresso e l'uscita dei materiali in condizioni di sicurezza per i cittadini che transitano sulle aree pubbliche e private adiacenti, evitando interferenze con il traffico veicolare e pedonale. - Impatto ambientale in particolare per gli aspetti acustici, polveri e rifiuti. – Salvaguardia dei reperti archeologici delle mura romane di altri eventuali ritrovamenti”.

Tale descrizione dà conto del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ha senz'altro assolto l'onere di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio mediante l'analitica indicazione, in sede di avviso di gara, dei criteri, o dei sub criteri, che concorrono ad integrare e chiarire la valenza del punteggio numerico.

3. Le spese seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 4.000 (quattromila/00), sono poste a carico della ricorrente ed a favore, in parti uguali (ciascuna per € 2.000), dell'amministrazione resistente e del raggruppamento contro interessato.

P.Q.M.

respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 4.000 (quattromila/00), in favore, in parti uguali (ciascuna per € 2.000), dell'amministrazione resistente e del raggruppamento controinteressato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2010

IL SEGRETARIO

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