

N. 01015/2016REG.PROV.COLL.

N. 09018/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 9018 del 2015, proposto da BUILDING DESIGN S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18,

contro

TECNORES S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Liccardo e Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Frontoni in Roma, via Guido d'Arezzo, 2,

nei confronti di

- PROVVEDITORATO INTERREGIONALE PER LE OPERE PUBBLICHE DELLA CAMPANIA E DEL MOLISE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12;
- COMUNE DI AVERSA, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito;

per l'annullamento e l'integrale riforma,

previa sospensione,

della sentenza nr. 4127/2015, depositata in data 29 luglio 2015, non notificata, resa dalla Prima Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania di Napoli, a definizione del giudizio nr. 6597/2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnores S.r.l. e del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche della Campania e del Molise;

Vista la memoria prodotta dalla appellante in data 2 febbraio 2016 a sostegno delle proprie difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 5246 del 25 novembre 2015, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2016, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Sasso per la appellante e l'avv. dello Stato Di Matteo per l'Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Building Design S.r.l., ha partecipato alla procedura aperta indetta dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche della Campania e del Molise, con bando del 7 aprile 2014, per l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell'esecuzione del restauro della Chiesa dello Spirito Santo in Aversa, da adibire a sede della costituenda "fondazione Cimarosa".

All'esito della gara, la società suindicata è risultata aggiudicataria, essendosi classificata prima in graduatoria col punteggio complessivo di 88,92/100.

2. La società Tecnores S.r.l., risultata seconda in graduatoria col punteggio di 86,20/100, ha impugnato in sede giurisdizionale gli esiti della procedura, lamentando l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria, la quale a suo dire non avrebbe documentato in sede di verifica il possesso dei requisiti dichiarati in sede di domanda di partecipazione, con specifico riferimento a quanto previsto dal punto A2 del Disciplinare di gara.

3. Con la sentenza in epigrafe indicata, il T.A.R. della Campania ha accolto il ricorso, assumendo che la clausola in questione, laddove imponeva ai concorrenti di indicare i lavori analoghi svolti negli ultimi 5 anni, andava logicamente riferita all'impresa in sé considerata, non essendo sufficiente pertanto documentare le attività svolte dai singoli professionisti (come avvenuto nel caso di specie, trattandosi di impresa costituita da meno di 5 anni).

4. Insorge l'originaria controinteressata con l'appello oggi all'esame della Sezione, che è affidato a un unico articolato motivo, col quale si denuncia l'erroneità dell'interpretazione che il primo giudice ha dato della clausola *de qua*.

5. Resiste l'originaria ricorrente, Tecnores S.r.l., opponendosi all'accoglimento del gravame e instando per la conferma della sentenza impugnata, mentre l'Amministrazione si è costituita con atto di stile, dal quale non è dato evincere la posizione assunta in ordine all'impugnazione.

6. All'esito della camera di consiglio del 24 novembre 2015, questa Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata in una all'appello, ritenendo necessario l'approfondimento nel merito della questione sottesa al giudizio.

7. All'udienza del 18 febbraio 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Tutto ciò premesso, l'appello è fondato e va conseguentemente accolto.

9. Per meglio illustrare tale conclusione, giova richiamare il dato testuale delle clausole della *lex specialis* della cui interpretazione si controverte.

9.1. In particolare, nell'ambito dell'individuazione dei parametri per la valutazione delle proposte qualitative dei concorrenti (per le quali era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 70/100), il coefficiente A ("*Organizzazione del cantiere*") era suddiviso nelle voci A1 e A2, e specificamente per quest'ultima era stabilito che l'impresa dovesse provvedere a quanto segue: "...*Descrizione delle specifiche professionalità che si intendono impiegare e loro organizzazione allo scopo di migliorare la qualità finale dell'intervento, con illustrazione dei principali lavori svolti negli ultimi 5 anni analoghi a quello oggetto dell'appalto*" (pagg. 16-17).

9.2. L'odierna appellante, la quale aveva iniziato la propria attività nel 2014 e aveva dichiarato di voler avvalersi di un raggruppamento temporaneo di professionisti per l'attività di progettazione, ha ritenuto di ottemperare a tale prescrizione producendo i *curricula* dei detti professionisti e indicando le prestazioni da questi svolte nell'ultimo quinquennio.

9.3. Il primo giudice, al contrario, aderendo alla prospettazione di parte ricorrente, è pervenuto a diversa lettura valorizzando il "combinato disposto" della previsione testé riportata con l'ulteriore specificazione ricavabile dalla successiva pag. 19 del medesimo Disciplinare, laddove veniva chiarito che, al fine di apprezzare il parametro in questione: "...*Sarà valutata la qualità e l'importanza dei lavori analoghi svolti negli ultimi 5 anni, a dimostrazione*

dell'affidabilità e della capacità professionale dell'impresa concorrente nel settore specifico dell'appalto. Il concorrente dovrà indicare l'organigramma (staff), che intende impiegare a supporto dello specifico cantiere, inserendo il curriculum dei tecnici che faranno parte della struttura tecnico organizzativa e le procedure di controllo e verifica".

Pertanto, sulla scorta di un'interpretazione logico-sistematica della *lex specialis*, e in particolare del riferimento alla finalità di dimostrare l'affidabilità e la capacità professionale "dell'impresa concorrente", il T.A.R. ha concluso che nella specie fosse necessario illustrare e documentare i lavori analoghi svolti nel quinquennio antecedente dall'impresa in sé considerata, e non dai suoi dipendenti o collaboratori.

9.4. Tale ricostruzione non persuade questa Sezione.

9.4.1. Ed invero, per una corretta interpretazione della prescrizione *de qua* occorre muovere dal rilievo che trattasi di clausola afferente non già ai requisiti di capacità tecnico-professionale per l'ammissione alla gara, ma ai parametri di valutazione delle offerte (ed è superfluo richiamare i consolidati indirizzi giurisprudenziali, anche di derivazione comunitaria, in ordine all'impossibilità di sovrapposizione o commistione tra i due profili in discorso).

Orbene, è evidente che, se con la clausola in questione la *lex specialis* avesse inteso introdurre un vero e proprio requisito di capacità e/o affidabilità tecnica delle imprese concorrenti, esigendo che queste documentassero di aver svolto lavori analoghi nel periodo anteriore al bando:

a) in primo luogo, sarebbe stato necessario quantificare l'importo dei lavori pregressi richiesti, in modo da fissare una "soglia" chiara per il possesso del requisito;

b) in secondo luogo, si sarebbe dovuta inserire un'apposita previsione per le imprese di recente costituzione, diversamente configurandosi una vera e propria discriminazione in loro danno.

9.4.2. Alla luce dei piani rilievi che precedono, è possibile sciogliere il dubbio che effettivamente potrebbe essere ingenerato dall'apparente ambiguità delle clausole sopra riportate, laddove da un lato si fa riferimento all'esperienza pregressa delle "specifiche professionalità che si intende impiegare" (e, quindi, si legittima l'indicazione dei pregressi lavori svolti dai singoli collaboratori, come fatto dall'odierna appellante) e dall'altro si allude a una "dimostrazione dell'affidabilità e della capacità professionale dell'impresa" (con ciò autorizzando l'opposta interpretazione, seguita dal primo giudice, secondo cui ciò che andava documentato era la pregressa esperienza dell'impresa in quanto tale).

Ebbene, è proprio il criterio ermeneutico logico-sistematico invocato dal giudice di prime cure a imporre di accordare prevalenza alla *sedes* della previsione ed al suo tenore complessivo, piuttosto che al solo incidentale richiamo alla affidabilità e capacità tecnica della "impresa", facendo concludere nel senso di cui alla prospettazione di parte odierna appellante, e quindi che correttamente questa aveva soddisfatto la prescrizione *de qua* indicando le attività e i lavori svolti dai professionisti dei quali aveva preannunciato che si sarebbe avvalsa: dai quali peraltro era possibile desumere l'affidabilità e la capacità tecnica dell'impresa.

Tale interpretazione, del resto, risulta anche coerente con l'indirizzo giurisprudenziale il quale, in tema di esegesi del bando di gara, assume che nei casi di oggettiva incertezza del contenuto delle clausole, va preferita l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2015, nr. 58; id., sez. V, 17 luglio 2014, nr. 3777; id., 20 settembre 2012, nr. 5009).

10. In conclusione, s'impone una decisione di accoglimento dell'appello, con la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di prime cure.

11. In considerazione della peculiarità della fattispecie esaminata, connotata da una possibile ambiguità delle clausole della *lex specialis* di gara, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2016

IL SEGRETARIO

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