

Avvalimento della certificazione Soa e conseguente legittimo beneficio della riduzione della cauzione provvisoria (ma anche della definitiva)

Se è vero, infatti, che la prestazione contemplata dall'art. 49, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 si identifica, nella specie, nella fruizione della propria attestazione SOA che un soggetto accorda ad un altro, ciò significa che nella materia dei lavori l'avvalimento ragionevolmente non riguarda un singolo requisito necessario al fine del rilascio dell'attestazione SOA (ad es., le attrezzature), ma riguarda la qualificazione SOA nella sua interezza

Per quanto riguarda invece l'asserita non spettanza all'aggiudicataria della riduzione all'1% dell'importo dovuto a titolo di cauzione provvisoria, anche a prescindere dalla circostanza che ove fosse effettivamente sussistita in proposito un'irregolarità essa era sanabile, va evidenziato che la circostanza stessa dell'avvalimento della certificazione SOA dell'impresa cedente da parte dell'aggiudicataria legittimava quest'ultima a fruire del beneficio in questione; nè l'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 reca in tal senso impedimenti il contratto di avvilimento contemplato dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 è contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale - e nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti a' sensi dell'art. 1322 c.c. nella qui assodata meritevolezza degli interessi perseguiti - l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda, intesa notoriamente quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa (cfr. art. 2555 c.c.)._ Di per sé, l'art. 49, comma 2, lett. d) del D.L.vo 163 del 2006 prevede soltanto che il concorrente alleggi un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornirgli i requisiti e a mettergli a disposizione le risorse necessarie, essendo gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara: conclusione, questa indotta del resto dall'art. 47 della direttiva 2004/18(CE, laddove testualmente dispone che "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"._ Rileva - per contro - ai fini della corretta aggiudicazione del contratto, che l'Amministrazione appaltante abbia piena contezza della disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento: e, nel caso di specie, tale contezza indubitabilmente sussiste proprio in quanto comprovata dalla titolarità della categoria OS2 comprovata dall'impresa ausiliaria.

In tema di avvilimento, di avvilimento della certificazione Soa e di conseguente beneficio della riduzione di cauzioni, merita di essere segnalata la sentenza numero 3451 del 6 novembre 2008, emessa dal Tar Veneto, Venezia

Il contratto concluso in tal senso dalle parti ben può quindi essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi (cfr. al riguardo Cass. Sez. II, 27 maggio 1982 n. 3233, riferita sempre allo schema negoziale del mandato): anche se va opportunamente soggiunto che l'assodata atipicità del contratto in esame non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo, e che - per l'appunto - la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende ex se irrilevante ai fini della validità del vincolo inter partes l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta: obbligo che, come è ben noto, è soltanto presunto a' sensi dell'art. 1709 c.c.

Nella particolare fattispecie quindi

Per quanto attiene alla censura con la quale ALFA deduce la mancata comprova da parte di DELTA della disponibilità delle capacità economiche, finanziarie e tecniche di DELTAAUSILIARIA al fine di realizzare i lavori di cui trattasi, va evidenziato che l'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 di per sé chiede, quale unico onere probatorio in capo all'impresa ausiliaria, la dichiarazione del possesso dei requisiti generali contemplati dall'art. 38 del medesimo D.L.vo 163 del 2006, posto che ogni altra prova specifica sull'idoneità ad eseguire i lavori medesimi è assorbita dalla documentata titolarità dell'attestazione SOA richiesta dalla lex specialis della gara.

Del resto, Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2005 n. 7376, nell'accogliere pienamente la nozione comunitaria dell'istituto dell'avvalimento, afferma che ai fini della gara, in caso di avvalimento dei requisiti altrui, rileva esclusivamente la prova seria ed attuale che è fornita in ordine alla futura disponibilità dei requisiti, ossia aderendo in tal modo ad una lettura finalistica dell'istituto medesimo che si riferisce non al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara ma al momento della stipula del contratto con la stazione appaltante, posto che "una diversa opzione ermeneutica che pretendesse l'anticipazione al momento della procedura del possesso dei mezzi si appaleserebbe disfunzionale rispetto al principio comunitario dell'effetto utile, nella misura in cui imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione" (cfr. *ivi*).

10.4. Per quanto riguarda la posizione del Geom. Vasco Saggion, va evidenziato che ALFA incorre al riguardo nell'equivoco di riferire all'impresa ausiliaria obblighi che sono invece contemplati, dalla lex generalis e dalla lex specialis, unicamente in capo all'impresa avvalente.

A tale proposito – pertanto - DELTAAUSILIARIA, quale ausiliaria di DELTA, aveva l'obbligo di produrre soltanto le dichiarazioni di cui all'art. 49, comma 2, lett. c), del D.L.vo 163 del 2006 di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del medesimo decreto legislativo, riferite quindi alla propria società e alle persone fisiche indicate in quest'ultimo articolo (cfr. doc.ti 4-d e ss. di parte ricorrente); e ciò è pure confermato dal contenuto dello schema di dichiarazione relativo alla busta A, il quale – per l'appunto – reca unicamente le dichiarazioni di cui al § 2), lett. ab) e ac) della lex specialis contenuta nella lettera di invito, le quali riguardano il concorrente-avvalente, e non già l'ausiliario-avvalso (cfr. *ibidem*, doc. 1, pag. 4).

10.5. Per quanto riguarda l'asserita posizione irregolare di GAMMA.Tech., vale innanzitutto quanto già dianzi esposto in tema di applicabilità dell'istituto dell'avvalimento anche in tema di lavori con categoria OS2.

10.6. Né può trovare accoglimento la censurata produzione, da parte della stessa impresa, di una certificazione notarile sostitutiva dell'originale o di una copia autentica del contratto di avvalimento da essa stipulato con Altec.

In tal senso, assume infatti esclusivo rilievo la circostanza che sia stato comunque soddisfatto da tale concorrente l'interesse sotteso alla ratio della lex specialis e del sovrastante art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, ossia la prova della sussistenza dell'impegno assunto dall'ausiliario nei confronti del concorrente; e, nel caso di specie, il certificato notarile dà piena contezza di tale impegno, descrivendone puntualmente il contenuto.

10.7. Per quanto attiene, poi, all'asserita invalidità del vincolo contrattuale instaurato tra GAMMA.Tech. e Altec, nonché alla mancata dimostrazione da parte di quest'ultima della disponibilità delle capacità e risorse economiche, finanziarie e tecniche prestate all'avvalente, vale parimenti quanto già esposto per il rapporto in essere tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA.>

Questo il motivo del ricorso relativamente alle problematiche sulle cauzioni:

Con un nono ordine di censure ALFA deduce l'avvenuta violazione dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 e del § 1.7 della lettera di invito, rilevando che in forza dei documenti di gara (cfr. ibidem, doc.ti 5-c e 5-m) consta che GAMMA.Tech. ha allegato alla propria offerta una polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria di importo corrispondente all'1% del costo dell'opera, e ciò nell'evidente presupposizione dell'applicabilità, nella specie, del beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006, laddove – per l'appunto – è contemplata la riduzione del 50% del 50% dell'importo della garanzia da prestare per gli operatori economici ai quali sia rilasciata da organismi accreditati la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme UNI CEI ISO 9000.

GAMMA.Tech. ha invero prodotto al riguardo anche un proprio certificato di tale sistema di qualità (cfr. ibidem, doc. 5-c) ma rilasciato con riferimento all'attività di progettazione e di esecuzione di interventi di restauro su beni mobile ed immobili di interesse storico-artistico.

Tale certificato, tuttavia, ad avviso di ALFA non potrebbe – di per sé – dare titolo alla predetta riduzione della fideiussione da prestare proprio perchè riferito soltanto alla classifica I e non II della categoria OS2, insufficiente – in quanto tale, a partecipare alla gara di cui trattasi; nè la certificazione dell'ausiliaria GAMMAAUSILIARIA potrebbe sovvenire anche allo scopo di ridurre l'importo della cauzione che GAMMA.Tech. è tenuta a prestare>

Questo il parere dell'adito giudice amministrativo

10.8. Per quanto riguarda invece l'asserita non spettanza a GAMMA.Tech. della riduzione all'1% dell'importo dovuto a titolo di cauzione provvisoria, anche a prescindere dalla circostanza che ove fosse effettivamente sussistita in proposito un'irregolarità essa era sanabile, va evidenziato che la circostanza stessa dell'avvalimento della certificazione SOA di Altec da parte di GAMMA.Tech. legittimava quest'ultima a fruire del beneficio in questione; nè l'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 reca in tal senso impedimenti>

Si legga anche

Sul principio di avvalimento

Il principio di AVVALIMENTO ora fissato dalle direttive UE nn. 17 e 18/2004 porta a ritenere che in sede di gara possa essere fornita dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari: non è necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 7376 del 23 dicembre 2005, in ordine alla facoltà per un'impresa di avvalersi delle caratteristiche di un'altra, ci insegna che.

In ordine all'accento posto dal Primo Giudice sulla necessità che l'impresa dia dimostrazione del possesso dei requisiti anche ai fini della partecipazione si deve ribadire che quel che rileva ai fini della gara, **in caso di avvalimento di requisiti altrui così come nella ipotesi che qui viene in rilievo di acquisizione di nuovi mezzi propri, è la prova seria ed attuale della futura disponibilità dei requisiti.**

Con il che è irrilevante la circostanza che la cessione non fosse ancora efficace al momento della procedura siccome sottoposta a clausola condizionale di carattere sospensivo.

Detti requisiti, alla luce dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante al quesito posto dall'appellante, fungono in altri termini da requisiti la cui attualità ed il cui efficace invero sono necessari per l'esecuzione dell'appalto e non per la partecipazione alla gara.

Con il che è concettualmente chiaro che l'offerta non si presenta condizionata in quanto il condizionamento non concerne l'offerta ma il definitivo possesso dei requisiti all'esito dell'aggiudicazione

GIUNGE SPONTANEA UN'OSSERVAZIONE:

Ovviamente questo tipo di beneficio vale solo per i requisiti di ordine speciale ma non anche per quelli di ordine morale, cioè i cd requisiti generali che devono invece essere posseduti da tutti i partecipanti una procedura ad evidenza pubblica

A cura di Sonia Lazzini

Ricorso n. 968/2007

Sentenza n. 3451/08

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

prima Sezione

con l'intervento dei magistrati:

Avviso di Deposito del a norma dell'art. 55 della L. 27 aprile 1982 n. 186

Il Direttore di Sezione

Bruno Amoroso -Presidente

Elvio Antonelli - Consigliere

Fulvio Rocco -Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 968/2007 , proposto da **ALFA S.n.c.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Scudier, Lucia Casella e Roberto Bondi, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia, Santa Croce n. 663,

contro

il **Comune di Venezia** in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giulio Gidoni, M. Maddalena Morino, Maurizio Ballarin, Nicoletta Onagro e Giuseppe Venezian, con elezione di domicilio presso la Civica Avvocatura nella sede Municipale in Venezia, San Marco 4091,

nei confronti

di **BETA Mario S.r.l.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Pettinelli, con elezione di domicilio presso lo studio dello stesso in Mestre-Venezia, Piazzale L. Da Vinci 8,

per l'annullamento

del verbale in data 23 marzo 2007 n. 14357, con il quale la società controinteressata è stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto relativo ai lavori di straordinaria manutenzione e restauro della facciata sul Canal Grande di Cà Vendramin Calergi – Venezia, 2° stralcio; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente;

quanto ai motivi aggiunti: della determinazione in data 11 maggio 2007 n. 1199, di aggiudicazione definitiva del contratto di appalto di cui sopra; del contratto d'appalto; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente;

visto il ricorso notificato il 19 maggio 2007 e depositato presso la Segreteria il 23 maggio 2007, con i relativi allegati;

visti i motivi aggiunti depositati presso la Segreteria il 5 novembre 2007, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia e della società controinteressata;

uditi alla pubblica udienza del 5 giugno 2008 (relatore il Consigliere Fulvio Rocco) gli avvocati: Scudier per la parte ricorrente, Iannotta, in sostituzione di Gidoni, per il Comune di Venezia e Baso, in sostituzione di Pettinelli, per la società controinteressata;

FATTO E DIRITTO

1.1. La ricorrente, ALFA S.n.c., espone di essere stata invitata, con nota raccomandata a.r. Prot. 2007-0089310 dd. 26 febbraio 2007 a firma del Dirigente Area Gestione

Appalti e Contratti del Comune di Venezia, a partecipare alla procedura negoziata previa gara informale per l'aggiudicazione del 2° stralcio dei lavori di straordinaria manutenzione e restauro della facciata sul Canal Grande di Ca' Vendramin Calergi per un importo complessivo stimato pari ad € 478.398,99- più IVA e categoria prevalente di lavori OS2.

La relativa aggiudicazione doveva avvenire con il criterio del prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo complessivo dei lavori (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).

ALFA ha presentato la propria offerta contemplante un ribasso pari al 16,94% (cfr. *ibidem*, doc. 2).

ALFA precisa – altresì – che, tra le altre società invitate a partecipare alla procedura, hanno pure presentato offerte la Mario BETA S.r.l., l'impresa individuale DELTA di Gennari Elena e la GAMMA. Tech. S.a.s. (cfr. *ibidem*, doc.ti 3, 4 e 5).

In data 23 marzo 2007 la Commissione giudicatrice della gara ha determinato l'offerta più bassa, ordinando le offerte ricevute in ordine decrescente ed escludendo immediatamente le offerte di maggiore ribasso e quelle di minore ribasso, ossia le offerte presentate dall'impresa Emma Colle Restauratrice, dalla Elikona S.a.s., dalla S.A.C.A.I.M. S.p.a. e dalla Laures S.r.l. (cfr. *ibidem*, doc.ti 6 e 7).

Conseguentemente, il ribasso percentuale di riferimento per la determinazione della soglia di anomalia è stato determinato nella misura del 17,808% includendo nel relativo computo le offerte di DELTA e di GAMMA.Tech., poi escluse in quanto anormalmente basse (cfr. *ibidem*).

L'appalto è stato quindi aggiudicato a BETA, la quale aveva presentato un'offerta economica con ribasso del 17,610%, nel mentre ALFA si è classificata al secondo posto avendo presentato un ribasso del 16,954%.

Con nota dd. 24 marzo 2007 ALFA ha chiesto di accedere agli atti di gara, e la relativa istanza è stata accolta dall'Amministrazione Comunale in data 28 marzo 2007 (cfr. *ibidem*, doc. 8).

ALFA ha riscontrato la documentazione così acquisita, ed afferma che dal suo esame emergerebbe che né DELTA, né GAMMA.Tech. risulterebbero qualificate per svolgere le lavorazioni di cui alla categoria OS2: e ciò in quanto per DELTA mancherebbe del tutto la qualificazione, nel mentre l'attestazione SOA prodotta da GAMMA.Tech. limita la categoria stessa alla classifica 1.

Sia DELTA che GAMMA.Tech. hanno peraltro fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare, DELTA, nell'affermare di non possedere la qualificazione per l'anzidetta categoria OS2, hanno dichiarato di avvalersi del titolo SOA di OS2, categoria II, posseduto al riguardo dalla DELTAAUSILIARIA Costruzioni S.r.l. (cfr. *ibidem*, doc.ti 4-a e 4-b), producendo pure un contratto di avvilimento stipulato con quest'ultima (cfr. *ibidem*, doc. 4-c).

GAMMA.Tech., a sua volta, parimenti dichiarando di non possedere la qualificazione necessaria (cfr. *ibidem*, doc. 5-c), ha manifestato l'intenzione di avvalersi della GAMMAAUSILIARIA S.r.l. qualificata nella categoria OS2, classifica II e ha prodotto una certificazione notarile di avvenuta stipula di un contratto concluso al riguardo (cfr. *ibidem*, doc. 5-e).

ALFA, reputando tali documenti insufficienti a legittimare la partecipazione di DELTA e di GAMMA.Tech. alla gara, con conseguente invalidità del computo delle predette soglie di anomalia e dell'individuazione dell'offerta vincitrice della gara, ha diffidato il Comune ad annullare in via di autotutela ogni atto di aggiudicazione della gara stessa a Del Pozzo (cfr. *ibidem*, doc. 9).

1.2. Non avendo l'Amministrazione Comunale dato riscontro a tale richiesta, con il ricorso in epigrafe ALFA chiede l'annullamento del processo verbale n. 14357 dd. 23 marzo 2007, con il quale il Comune di Venezia – Area Gestione Appalti e Contratti ha dichiarato BETA provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto di cui trattasi, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente.

Con un primo ordine di censure, ALFA deduce l'avvenuta violazione dell'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 e degli artt. 1.1. e 2.a dell'invito a procedura negoziata previa gara informale, in quanto *lex specialis*, incompatibilità della disciplina speciale in materia di contratti relativi ai Beni culturali con la disciplina generale dei contratti pubblici dettata dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, mancanza del requisito di qualificazione in capo ad DELTA di Gennari Elena e mancata esclusione dell'offerta di quest'ultima dalla gara.

ALFA rileva che, nella specie, l'appalto ha per oggetto esclusivamente lavorazioni rientranti nella categoria OS2, posto che l'importo indicato nel bando come "*categoria prevalente*", ossia € 478.398,99.- coincide con lo stesso importo complessivo dei lavori da aggiudicare.

DELTA, come si è detto, non essendo qualificata SOA per tale categoria, è ricorsa all'istituto dell'avvilimento di cui all'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, beneficiando in tal modo della qualificazione di DELTAAUSILIARIA Costruzioni S.r.l.

ALFA reputa illegittimo tale ricorso di DELTA all'avvilimento.

La ricorrente evidenzia in tal senso che gli appalti pubblici aventi ad oggetto l'affidamento di lavori di restauro e di manutenzione di beni culturali – compresi, per

l'appunto, nella categoria OS2 a' sensi dell'allegato A al D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 – sono disciplinati dall'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006.

ALFA rimarca che la specialità della materia risulta espressamente affermata dall'art. 197 del D.L.vo 163 del 2006, posto che:

a) il comma 1 di questo dispone che “ai contratti di cui al presente capo si applicano, in quanto non derogate e ove compatibili, le disposizioni: della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice); della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici); della parte IV (contenzioso); della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie);

b) il comma 2, a sua volta, afferma che “si applicano inoltre, in quanto non derogate, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore;

c) il comma 3, da ultimo, dispone che “la disciplina della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto), si applica all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del D.L.vo 22 gennaio 2004 n. 42, secondo le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5” dello stesso D.L.vo 163 del 2006, ad oggi non ancora emanato.

In particolare, secondo la ricorrente, la circostanza che il comma 2 testè riportato contempla al riguardo l'applicazione delle disposizioni della parte II, titolo I e titolo II “in quanto non derogate” impone di effettuare, di volta in volta e con riferimento a ciascuna singola disposizione ivi contenuta, un giudizio di compatibilità della stessa con le anzidette disposizioni di cui all'art. 197 e ss.: e, poiché le disposizioni speciali in materia di lavorazioni OS2 non disciplinano l'avvalimento – viceversa normato soltanto dall'art. 49 e ss. del D.L.vo 163 del 2006. ossia dalla sola “disciplina generale” contenuta nel Codice dei contratti pubblici, anche per tale istituto si imporrebbe, quindi, una valutazione di compatibilità.

Ad avviso di ALFA, l'avvalimento non potrebbe trovare applicazione con riferimento agli appalti di lavori di ristrutturazione e di manutenzione di beni culturali, posto che la disciplina speciale dettata per tale materia sancirebbe chiaramente il principio fondamentale per cui il soggetto esecutore materiale dei lavori deve essere inderogabilmente titolare della qualificazione OS2, senza quindi poter ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Tale principio, sempre ad avviso di ALFA, sarebbe stato chiaramente affermato dapprima dal D.L.vo 22 gennaio 2004 n. 30, recante “modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali” e, poi, dall'art. 197 e ss. del D.L.vo

163 del 2006 che ha sostanzialmente recepito il contenuto dello stesso D.L.vo 30 del 2004.

In particolare:

1) l'art. 199, comma 2, del D.L.vo 163 del 2006 dispone, riproducendo l'art. 3, comma 2, del D.L.vo 42 del 2004, che “i soggetti esecutori dei lavori di cui al comma 1 devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal presente capo”:

2) l'art. 199, comma 3, nel riprodurre l'art. 3, comma 3, del D.L.vo 30 del 2004, dispone che “negli appalti di cui al comma 1, la stazione appaltante è obbligata a specificare, nel bando di gara, i requisiti di qualificazione che i candidati debbono possedere con riferimento all'oggetto complessivo della gara”;

3) l'art. 200, comma 1, corrispondente all'art. 4, comma 1, del D.L.vo 30 del 2004, dispone che “i lavori concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici, sottoposti alle disposizioni di tutela dei beni culturali non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento, non rendano necessario l'affidamento congiunto. È fatto salvo quanto previsto al comma 3 in ordine all'obbligo del possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti nel presente capo”;

4) l'art. 200, comma 3, a sua volta corrispondente all'art. 4, comma 3, del D.L.vo 30 del 2004, dispone che “La stazione appaltante, in sede di bando di gara o di invito a presentare l'offerta, deve richiedere espressamente il possesso di tutti i requisiti di qualificazione stabiliti nel presente capo da parte dei soggetti affidatari dei lavori di cui ai commi 1 e 2, necessari per l'esecuzione dell'intervento”;

5) l'art. 201, comma 4, già art. 5, comma 4, del D.L.vo 30 del 2004, dispone che “per l'esecuzione dei lavori indicati all'articolo 198, è sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo”.

A ciò, la ricorrente aggiunge che il legislatore ha avuto cura di evidenziare l'obbligo di qualificazione proprio della categoria OS2 non soltanto quale principio generale (cfr. art. 201 del D.L.vo 163 del 2006), ma anche richiamandolo e precisandolo di volta in volta allorquando ha disciplinato fattispecie particolari, e in tal senso richiama la circostanza che nel D.L.vo 30 del 2004 l'obbligo della qualificazione OS2 dell'esecutore era stato introdotto pure per i contratti misti, nonostante gli stessi fossero assoggettati alla disciplina degli appalti di servizi o di forniture secondo il criterio della prevalenza funzionale e in relazione ai quali, quindi, non era previsto il sistema unico di qualificazione introdotto dal D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 soltanto per gli “*esecutori di lavori pubblici*”.

Pertanto – denota sempre la ricorrente – l’esigenza specifica di qualificazione importante per il legislatore al punto tale da imporre il sistema di qualificazione dei lavori OS2 in corpi normativi estranei, quali erano – per l’appunto – le prestazioni di servizi e di forniture.

Questo stato di cose non sarebbe mutato, ad avviso della ricorrente, per effetto dell’entrata in vigore del Codice “unico” dei lavori pubblici, delle forniture e dei servizi approvato con D.L.vo 163 del 2006.

In tal senso, la ricorrente evidenzia che l’obbligo di qualificazione dell’esecutore è sempre fatto salvo anche in caso di lavori affidati a trattativa privata (cfr. art. 199, comma 4, e art. 200, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006), e che per prevenire elusioni al riguardo la legge impone alla stazione appaltante di stabilire “*preventivamente*” i requisiti di qualificazione che devono essere “*garantiti*”.

Inoltre, l’obbligo di qualificazione è espressamente affermato anche nel caso in cui “*motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori*” non consentano di affidare i lavori OS2 separatamente da lavori di altre categorie (cfr. art. 200, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006).

La ricorrente rileva che anche altre disposizioni contenute nell’art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006, pur non riguardanti il, soggetto esecutore, comunque confermerebbero che l’esecutore stesso deve essere titolare della qualificazione OS2.

In tal senso, ALFA afferma che sarebbe altrimenti paradossale la previsione, contenuta nell’art. 202, commi 1 e 5, della redazione obbligatoria di una scheda tecnica per i lavori OS2 da parte di “*professionisti o restauratori*”, ovvero dell’obbligatoria presenza nell’ufficio di direzione lavori di “*un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali*”, ove davvero si ammettesse la possibilità che tali figure professionali non trovino adeguato ed omologo riscontro nel soggetto esecutore, ossia il soggetto per il quale il legislatore ha introdotto il sistema di qualificazione OS2; e, per lo stesso motivo, sarebbe parimenti paradossale pensare che il possesso della specifica qualificazione non sia necessario in capo all’appaltatore, quando questi, a’ sensi dell’art. 203, comma 2, può addirittura essere chiamato a redigere il progetto esecutivo dell’opera.

ALFA ribadisce, quindi, la specialità della disciplina contenuta nell’art. 1197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006, derivata a sua volta dalla specialità propria della disciplina del D.L.vo 30 del 2004 in essa trasfusa e che – a sua volta – non costituiva esplicitazione del comparto normativo proprio della precedente legge-quadro sui lavori pubblici (L. 11 febbraio 1994 n. 109 e succ. modd.), ma attuazione dell’art. 9 Cost., in forza del quale “*la Repubblica tutela il paesaggio in il patrimonio storico ed artistico della Nazione*”, stante il fatto che l’art. 1, comma 2, del medesimo D.L.vo 30 del 2004 precisava che le disposizioni ivi contenute perseguivano il “*fine di assicurare l’interesse pubblico alla conservazione e protezione di detti beni e in considerazione delle loro caratteristiche oggettive*”; e, sempre a comprova della specialità della disciplina stessa, la delega contenuta nell’art. 10, comma 1, lett. d) della L. 6 luglio 2002 n. 137 reca la direttiva di

“adeguare la disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali ... in relazione alle caratteristiche oggettive e alle esigenze di tutela e conservazione dei beni” medesimi.

Tale specialità, ad avviso di ALFA, risulta pienamente confermata anche nell’attuale assetto del Codice “unico” dei contratti pubblici proprio in quanto, come si è detto innanzi, l’*incipit* dell’art. 197 del Codice medesimo, introduttivo del Capo recante la “*disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi ai beni culturali*”, afferma che “ai contratti di cui al presente capo si applicano, in quanto non derogate e ove compatibili” le disposizioni della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice); le disposizioni della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); le disposizioni della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici); le disposizioni della parte IV (contenzioso); le disposizioni della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie; nonché, in quanto non derogate, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l’importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all’articolo 28, ovvero inferiore.

ALFA rimarca – altresì - che anche la Corte Costituzionale, con sentenza n. 9 dd. 13 gennaio 2004, ha avuto modo di affermare la piena riconducibilità del sistema di qualificazione alla materia della tutela dei beni culturali, in quanto concerne il restauro dei beni stessi, ossia una delle attività fondamentali in cui la tutela si esplica.

Se così è – quindi – ad avviso di ALFA la disciplina dell’avvalimento di cui all’art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 risulta di per sè incompatibile con la testè descritta disciplina speciale di cui all’art. 197 e ss. del medesimo *corpus* normativo: e ciò proprio in quanto il concorrente si “avvale” dei requisiti di un altro soggetto dei quali è privo, ancorchè il comma 10 dello stesso art. 49 dispone che “il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara” e le disposizioni dell’art. 197 e ss. impongono all’esecutore dei lavori il possesso della qualificazione per la categoria OS2.

Venendo al caso di specie, e per ulteriore conseguenza di tutto ciò, DELTA, non potendo eseguire direttamente i lavori posti in gara e avendo dichiarato di applicare un istituto incompatibile con l’appalto di cui trattasi, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di scelta del contraente: e, ove così fosse stato, dal nuovo conteggio delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti legittimamente rimasti in gara, ALFA - secondo la sua prospettazione, e avuto riguardo a quanto disposto dal § 1.1. della lettera di invito, che imponeva la titolarità in capo ai concorrenti dell’attestazione SOA per la categoria OS2 - si sarebbe certamente aggiudicata il contratto per cui è causa (cfr. *ibidem*, doc. 10).

Con un secondo ordine di censure ALFA deduce l’avvenuta violazione dell’art. 49, comma 2, lett. f), del D.L.vo 163 del 2006, nonché la nullità del contratto di avvalimento prodotto da DELTA.

Secondo ALFA, ove pur si ammettesse la compatibilità dell'istituto dell'avvalimento con la speciale disciplina contenuta nell'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006, nel caso di specie l'offerta di DELTA avrebbe comunque dovuto essere esclusa per violazione dell'art. 49, comma 2, lett. f), del medesimo D.L.vo 163 del 2006, posto che il contratto di avvalimento concluso da tale impresa con DELTAAUSILIARIA (cfr. *ibidem*, doc. 13) sarebbe nullo, a' sensi del combinato disposto dell'art. 1325 e dell'art. 1418 c.c., per mancanza di causa ed indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto.

La nullità della causa risiederebbe nella circostanza che il contratto posto in essere dalle parti non precederebbe la corresponsione di un compenso da parte di DELTA al fine di remunerare il proprio avvalimento della qualificazione posta a disposizione da DELTAAUSILIARIA; ed in tal senso ALFA evidenzia che ciò costituirebbe, comunque, violazione del principio di libera concorrenza laddove si consente ad un concorrente di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica a costo zero, ovvero comproverebbe la non serietà dell'offerta presentata da DELTA, senza sottacere che è comunque anomala l'offerta presentata dall'impresa che ha rinunciato al proprio utile (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 settembre 1992 n. 258).

Il contratto di cui trattasi, secondo ALFA, sarebbe peraltro nullo anche per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, posto che a' sensi del medesimo art. 49, comma 2, lett. f), del D.L.vo 163 del 2006 l'oggetto della prestazione dell'impresa avvalsa consiste nel porre a disposizione dell'impresa ausiliaria i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, nonchè le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, e che nel caso di specie nessuna di tale risorse sarebbe stata in concreto individuata dalle parti, con conseguente violazione anche dell'art. 40 del D.L.vo 163 del 2006, il quale a sua volta dispone che "i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza".

Con un terzo ordine di censure ALFA deduce ulteriore violazione dell'art. 49, comma 2, lett. f), del D.L.vo 163 del 2006 non avendo DELTA comprovato la disponibilità delle capacità e risorse economiche, finanziarie e tecniche di DELTAAUSILIARIA, avendo riguardo sempre alla circostanza che il contratto di avvalimento posto in essere tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA non indicherebbe in concreto le capacità e risorse che DELTAAUSILIARIA ha posto a disposizione di DELTA.

Con un quarto ordine di censure ALFA deduce invece l'avvenuta violazione dell'art. 38 e dell'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006, nonchè del § 1.2. ac della lettera di invito per mancata allegazione della dichiarazione dei soci e/o dei direttori tecnici di DELTAAUSILIARIA cessati nel triennio precedente.

In tal senso, ALFA espone che dalla documentazione di gara (cfr. *ibidem*, doc. 4-d) si evince che DELTAAUSILIARIA, nel rendere le dichiarazioni di cui all'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 ha indicato quale proprio direttore tecnico il Geom. Vasco Saggion, peraltro cessato dalla carica il 27 gennaio 2006 e che, ciononostante, nessuna dichiarazione sottoscritta da questi a' sensi dell'art. 38, comma 2, lett. c) del

medesimo D.L.vo 163 del 2006 è stata allegata all'offerta, sebbene tra la data della cessazione e la data dell'invito a partecipare alla procedura negoziata previa gara informale sia trascorso un lasso di tempo di gran lunga inferiore ai tre anni previsti dalle anzidette disposizioni di legge: e, a tale riguardo, ALFA rimarca che la lettera di invito era inequivoca laddove disponeva che tali dichiarazioni sostitutive dovevano essere rese personalmente da ciascuno dei soggetti indicate nell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 e, quindi, anche dal direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, ovvero di comunicazione della lettera di invito.

Con un quinto ordine di censure ALFA deduce l'avvenuta violazione dell'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 e dei § 1.1. e 2.a. della lettera di invito, nonché violazione dell'art. 49 del medesimo D.L.vo 163 del 2006 per mancanza del requisito di qualificazione in capo a GAMMA Tech.

Mediante tale censura ALFA ripropone quanto da essa già dedotto con la prima censura in ordine all'asserita inapplicabilità dell'istituto di avvalimento per i contratti di cui all'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 riferendone ora il contenuto alla posizione di GAMMA.Tech., la quale – per l'appunto – risulta qualificata ad eseguire lavori OS2, ma di classifica I, e non già II.

ALFA evidenzia in tal senso che ove l'offerta di GAMMA.Tech. fosse stata esclusa, essa si sarebbe classificata al primo posto (cfr. *ibidem*, doc. 11): e ciò, anche in caso di esclusione alternativa delle offerte presentate da DELTA e da GAMMA.Tech (cfr. *ibidem*, doc. 10 e 11), ovvero di entrambe tali imprese (cfr. *ibidem*, doc. 12).

Con un sesto ordine di censure ALFA deduce ancora l'avvenuta violazione dell'art. 49, comma 2, lett. f) del D.L.vo 163 del 2006 per mancata allegazione all'offerta di GAMMA.Tech., in originale o copia autentica, del contratto in forza del quale GAMMAAUSILIARIA si è impegnata ad avvalere la medesima GAMMA.Tech.

ALFA evidenzia in tal senso che a' sensi dell'art. 49, comma 2, lett. f), del D.L.vo 163 del 2006 l'impresa avvalsa deve produrre in originale o in copia autentica il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; nel caso di specie, viceversa, GAMMA.Tech. ha prodotto in luogo di tale documentazione un mero certificato con il quale il notaio dichiara di aver rogato un atto in tal senso tra le parti (cfr. *ibidem*, doc. 5-e): e, con ogni evidenza, tale produzione non potrebbe supplire a quanto la legge, viceversa, inderogabilmente impone.

Con un settimo ordine di censure ALFA deduce, sempre a' sensi dell'art. 49, comma 2, lett. f) del D.L.vo 163 del 2006 la nullità del contratto posto in essere tra GAMMA.Tech. e GAMMAAUSILIARIA, posto che le clausole dichiarate come esistenti tra le parti nel predetto "certificato d'atto" formato dal notaio rogante sarebbero comunque inidonee a soddisfare i requisiti di validità del relativo contratto, mancando – anche in questo caso – l'indicazione del corrispettivo pattuito tra le parti e delle capacità e risorse economiche,

finanziarie e tecniche che GAMMAAUSILIARIA pone a disposizione di Co.Nex.Tech., con conseguente nullità del contratto stesso a' sensi del combinato disposto degli art. 1325 e 1418 c.c.

Con l'ottavo ordine di censure ALFA deduce sempre nei confronti del contratto di avvalimento posto in essere tra GAMMA.Tech. e GAMMAAUSILIARIA la violazione dell'art. 49, comma 2, lett. f), del D.L.vo 163 del 2006, non avendo GAMMA.Tech. comprovato la disponibilità delle capacità e risorse economiche, finanziarie e tecniche di GAMMAAUSILIARIA, avendo riguardo sempre alla circostanza che il contratto di avvalimento posto in essere tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA non indicherebbe in concreto le capacità e risorse che GAMMAAUSILIARIA ha posto a disposizione di GAMMA.Tech.

Con un nono ordine di censure ALFA deduce l'avvenuta violazione dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 e del § 1.7 della lettera di invito, rilevando che in forza dei documenti di gara (cfr. *ibidem*, doc.ti 5-c e 5-m) consta che GAMMA.Tech. ha allegato alla propria offerta una polizza fideiussoria per la **cauzione** provvisoria di importo corrispondente all'1% del costo dell'opera, e ciò nell'evidente presupposizione dell'applicabilità, nella specie, del beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006, laddove – per l'appunto – è contemplata la riduzione del 50% del 50% dell'importo della garanzia da prestare per gli operatori economici ai quali sia rilasciata da organismi accreditati la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme UNI CEI ISO 9000.

GAMMA.Tech. ha invero prodotto al riguardo anche un proprio certificato di tale sistema di qualità (cfr. *ibidem*, doc. 5-c) ma rilasciato con riferimento all'attività di progettazione e di esecuzione di interventi di restauro su beni mobile ed immobili di interesse storico-artistico.

Tale certificato, tuttavia, ad avviso di ALFA non potrebbe – di per sè – dare titolo alla predetta riduzione della fideiussione da prestare proprio perchè riferito soltanto alla classifica I e non II della categoria OS2, insufficiente – in quanto tale, a partecipare alla gara di cui trattasi; nè la certificazione dell'ausiliaria GAMMAAUSILIARIA potrebbe sovvenire anche allo scopo di ridurre l'importo della **cauzione** che GAMMA.Tech. è tenuta a prestare.

Da ultimo, con un decimo ordine di censure ALFA deduce l'avvenuta violazione dell'art. 38 e dell'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006, nonchè del § 1.2.ac della lettera di invito per mancata allegazione della dichiarazione dei soci e/o dei direttori tecnici di GAMMAAUSILIARIA cessati nel triennio precedente.

In tal senso, ALFA espone che dalla documentazione di gara (cfr. *ibidem*, doc. 5-f) si evince che GAMMAAUSILIARIA, nel rendere le dichiarazioni di cui all'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 ha indicato quale proprio socio il Sig. Giuseppe Longega, peraltro cessato da tale qualità nel luglio del 2005 e che, ciononostante, nessuna dichiarazione sottoscritta da questi a' sensi dell'art. 38, comma 2, lett. c) del

medesimo D.L.vo 163 del 2006 è stata allegata all'offerta, sebbene tra la data della cessazione e la data dell'invito a partecipare alla procedura negoziata previa gara informale sia trascorso un lasso di tempo di gran lunga inferiore ai tre anni previsti dalle anzidette disposizioni di legge: e, a tale riguardo, ALFA rimarca che la lettera di invito era inequivoca laddove disponeva che tali dichiarazioni sostitutive dovevano essere rese personalmente da ciascuno dei soggetti indicate nell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 e, quindi, anche dal direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, ovvero di comunicazione della lettera di invito.

ALFA evidenzia – altresì – che in luogo della dichiarazione del Longega è stata prodotta una dichiarazione del legale rappresentante di GAMMAAUSILIARIA, Sig. Fabrizio Benvenuti, dalla quale invero si apprende che nei confronti del Longega non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna penale passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità Europea che incidono sull'affidabilità morale e professionale o per i reati indicati dall'art. 45, § 1, della direttiva 2004/18/CE; ma, sempre ad avviso di ALFA, risulterebbe assodato che tale dichiarazione del legale rappresentante di GAMMAAUSILIARIA non potrebbe dispiegare i medesimi effetti della dichiarazione che il socio cessato avrebbe dovuto rendere, con la conseguenza che – anche in relazione a ciò – l'offerta di GAMMA.Tech. doveva essere esclusa, con conseguente vittoria della gara da parte della stessa ALFA in luogo della controinteressata BETA.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Venezia, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3. Si è parimenti costituita in giudizio la controinteressata BETA, rassegnando analoghe conclusioni ed eccependo peraltro nella camera di consiglio del 27 settembre 2007 anche la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva della gara, il cui provvedimento era già stato depositato agli atti di causa dalla difesa del Comune in data 4 giugno 2007 (determinazione del Dirigente preposto alla Direzione Interdipartimentale Gare, Contratti – Economato n. 1199 dd. 11 maggio 2007: cfr. doc. 4 di parte resistente).

4. A questo punto ALFA, dopo aver rinunciato alla domanda di sospensione cautelare degli atti da essa sino a quel momento impugnati, ha chiesto con nota in data 2 ottobre 2007 indirizzata all'Ufficio gare e contratti del Comune di Venezia se era stato emesso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per cui è causa, ottenendo conferma di tale circostanza con nota dd. 4 ottobre 2007.

6. ALFA, quindi, ha proposto motive aggiunti di ricorso avverso la determinazione dirigenziale n. 1199 dd. 11 maggio 2007 ad essa comunicata il 4 ottobre 2007 con la quale il Dirigente preposto all'Area Gestione Appalti e Contratti del Comune di Venezia ha aggiudicato in via definitiva a BETA l'appalto in questione, deducendo in via derivata avverso tale provvedimento le medesime censure già da essa formulate nell'atto introduttivo del presente giudizio.

7. La difesa del Comune e di BETA, con ulteriori memorie, hanno insistito per l'inammissibilità del ricorso e l'irricevibilità dei motivi aggiunti ulteriormente proposti, ed in subordine per la reiezione di entrambe le impugnative.

ALFA, a sua volta, ha replicato alle eccezioni avversarie insistendo per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti allo stesso.

8. Alla pubblica udienza del 5 giugno 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. Tutto ciò premesso, il Collegio rileva innanzitutto che una giurisprudenza ormai consolidata afferma che l'autonoma impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria emanato in un procedimento di scelta del contraente ad evidenza pubblica non esonera il ricorrente medesimo dall'estendere l'impugnativa già da lui proposta al riguardo anche al provvedimento di aggiudicazione definitiva, il quale rappresenta pur sempre l'atto conclusivo del procedimento stesso, con la conseguenza che la mancata o invalida impugnazione di quest'ultimo rende improcedibile il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2007 n. 484, 2 settembre 2005 n. 4472 e 28 giugno 2004 n. 4793).

ALFA, a fronte dell'anzidetta circostanza che il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in questione è stato prodotto agli atti di causa il 4 giugno 2007 e che pertanto i motivi aggiunti di ricorso andavano proposti a tale riguardo entro il 18 settembre 2007, ha ritenuto – come si è detto innanzi - di interpellare *extra causam* la medesima Amministrazione Comunale al fine di ottenere in data 4 ottobre 2007 copia dello stesso provvedimento già depositato agli atti di causa e ha quindi proposto avverso di esso motivi aggiunti di ricorso mediante atto notificato il 25 ottobre 2007 e depositato il 5 novembre 2007.

Secondo la prospettazione della medesima ALFA, tale impugnativa sarebbe stata proposta nei termini, avuto riguardo a quanto disposto dall'art. 79, comma 5, del D.L.vo 163 del 2006 in tema di obbligo dell'Amministrazione che ha indetto la gara di comunicarne l'esito ai soggetti che hanno presentato ivi offerte.

Il Collegio, per parte propria, evidenzia che tale obbligo non può peraltro surrogare la conoscenza del provvedimento lesivo che il soggetto legittimato a ricorrere abbia comunque già conseguito, rendendo in tal modo inefficace il già iniziato decorso del termine decadenziale per proporre la relativa impugnazione.

A tale proposito, infatti, la Sezione ha già avuto modo di affermare, ad esempio, che l'avvenuta produzione di un atto lesivo in sede di udienza camerale cautelare, alla presenza del difensore della parte ricorrente, fa comunque decorrere nei confronti di quest'ultima il termine per proporre al riguardo motivi aggiunti (cfr. sentenza 20 gennaio 2003 n. 528), avuto riguardo in tal senso alla consolidata giurisprudenza secondo cui la scadenza del termine per la costituzione in giudizio, proprio in quanto rende certi e agevolmente conoscibili la circostanza della tempestività della costituzione e gli atti e i

documenti depositati, fa decorrere per il ricorrente il termine per la proposizione di motivi aggiunti (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 1996 n. 292).

Né si vede il motivo per cui tali assodati principi processuali possano reputarsi superati per effetto di una norma sostanziale che impone la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva ai concorrenti non risultati vincitori se – come per l'appunto nel caso di specie – tale provvedimento è stato comunque portato a conoscenza del soggetto interessato ad impugnarlo nello stesso procedimento giudiziale già da questi promosso avverso la precedente aggiudicazione provvisoria.

10.1. Anche a prescindere da tale pur dirimente considerazione, il ricorso di ALFA è comunque infondato.

10.2. Il primo motivo di impugnazione proposto da ALFA si incentra sull'asserita incompatibilità dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.L.vo 196 del 2003 rispetto alla disciplina speciale contenuta nell'art. 197 e ss. del medesimo decreto legislativo.

A tale proposito il Collegio non sottace che la testè citata disciplina di cui all'art. 197 e ss. si configura quale materiale recezione nel Codice dei contratti pubblici di un *corpus normativo* in effetti *ab origine* estraneo alla disciplina promanante dalla precedente L. 109 del 1994 (c.d. "legge-quadro sui lavori pubblici), segnatamente costituito dal D.L.vo 30 del 2004, perseguente il "fine di assicurare l'interesse pubblico alla conservazione e protezione di detti beni e in considerazione delle loro caratteristiche oggettive" (cfr. art. 1, comma 2, D.L.vo 30 del 2004 cit.) ed emanato in esecuzione della direttiva contenuta nell'art. 10, comma 1, lett. d) della delega al Governo approvata con L. 6 luglio 2002 n. 137 (cfr. *ivi*: "adeguare la disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali ... in relazione alle caratteristiche oggettive e alle esigenze di tutela e conservazione dei beni" medesimi).

Tuttavia, va evidenziato che l'inserimento di tale *corpus* di disposizioni speciali all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici non poteva avvenire eludendo la sovrastante disciplina comunitaria contenuta nella direttiva 2004/18/CE e gli istituti da essa inderogabilmente contemplati per i fini di cui al secondo "*considerato*" della direttiva medesima (cfr. *ivi*: "L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato").

Pertanto, l'art. 121 del D.L.vo 163 del 2006, nel disciplinare i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sotto soglia – come è, per l'appunto, l'appalto di cui trattasi – dispone al comma 1 che al riguardo si applicano anche le norme di cui alla Parte II, Titolo I del Codice, ivi dunque compreso l'art. 49 dettato in materia di avvilimento, “in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”; e l'art. 197 dello stesso D.L.vo 163 del 2006, ossia *l'incipit* della disciplina speciale in esame, al suo comma 2 coerentemente afferma che le disposizioni contenute nel Titolo I della Parte II del Codice – quindi, espressamente comprensive del predetto art. 49 recante la disciplina dell'avvalimento – si applicano anche a tale tipologia di contratti “in quanto non derogate”.

Nessuna deroga in tema di applicazione dell'istituto di avvilimento è peraltro contenuta nell'art. 197 e ss. del D.L.vo 163 del 2006; e lo stesso art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 non reca al suo interno la previsione di deroghe alla sua applicazione per quanto segnatamente attiene alla titolarità a svolgere le lavorazioni della categoria OS2: né potrebbe essere altrimenti, trattandosi di istituto espressamente recepito nelle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE a seguito di varie pronunce della Corte di Giustizia CE che ne hanno affermato la tutela quale esplicitazione del diritto comunitario alla libera concorrenza (ad es. G 314/01 del 18 marzo 2004, Siemens A.G. v. Arge Telekom; 176/98 del 2 dicembre 1999, Holst Italia v. Comune di Cagliari; 389/02 del 14 aprile 1994, Ballst Nedam Group).

Concludendo sul punto, anche i riferimenti fatti dalla ricorrente alla disciplina contenuta negli artt. 200 e 201 del D.L.vo 196 del 2003 non giovano alla sua tesi, posto che il “*sistema*” ivi descritto mantiene l'impianto proprio del D.P.R. 34 del 2000 disciplinante il “*sistema*” di qualificazione SOA: “*sistema*” che il combinato disposto dell'art. 40, secondo comma, e dell'art. 5 dello stesso D.L.vo 163 del 2006 definisce espressamente “unico per tutti gli esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici”.

10.3. Per quanto attiene alle censure proposte da ALFA nei riguardi del contratto di avvilimento concluso tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA, il Collegio evidenzia che il contratto di avvilimento contemplato dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 è contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale - e nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti a' sensi dell'art. 1322 c.c. nella qui assodata meritevolezza degli interessi perseguiti - l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda, intesa notoriamente quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa (cfr. art. 2555 c.c.).

Il contratto concluso in tal senso dalle parti ben può quindi essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi (cfr. al riguardo Cass. Sez. II, 27 maggio 1982 n. 3233, riferita sempre allo schema negoziale del mandato): anche se va opportunamente soggiunto che l'assodata atipicità del contratto in esame non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo, e che – per l'appunto – la riconducibilità

del contratto stesso allo schema generale del mandato rende *ex se* irrilevante ai fini della validità del vincolo *inter partes* l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta: obbligo che, come è ben noto, è soltanto presunto a' sensi dell'art. 1709 c.c.

Di per sé, l'art. 49, comma 2, lett. d) del D.L.vo 163 del 2006 prevede soltanto che il concorrente alleggi un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornirgli i requisiti e a mettergli a disposizione le risorse necessarie, essendo gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara: conclusione, questa indotta del resto dall'art. 47 della direttiva 2004/18(CE, laddove testualmente dispone che "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".

Rileva – per contro – ai fini della corretta aggiudicazione del contratto, che l'Amministrazione appaltante abbia piena contezza della disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento: e, nel caso di specie, tale contezza indubitabilmente sussiste proprio in quanto comprovata dalla titolarità della categoria OS2 comprovata dall'impresa ausiliaria.

Né può dirsi che nel caso in esame è ravvisabile quell'indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto prospettata da ALFA.

Se è vero, infatti, che la prestazione contemplata dall'art. 49, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 si identifica, nella specie, nella fruizione della propria attestazione SOA che un soggetto accorda ad un altro, ciò significa che nella materia dei lavori l'avvalimento ragionevolmente non riguarda un singolo requisito necessario al fine del rilascio dell'attestazione SOA (ad es., le attrezzature), ma riguarda la qualificazione SOA nella sua interezza: e, se è così, l'affermazione contenuta nel contratto concluso tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA secondo cui quest'ultima si impegna a mettere a disposizione di DELTA la qualificazione nella categoria OS 2, classifica II, di cui è titolare, identifica una prestazione determinata e determinabile al fine della validità del contratto, così come presupposta dallo stesso art. 49 del D.L.vo 163 del 2006.

10.3. Per quanto attiene alla censura con la quale ALFA deduce la mancata comprova da parte di DELTA della disponibilità delle capacità economiche, finanziarie e tecniche di DELTAAUSILIARIA al fine di realizzare i lavori di cui trattasi, va evidenziato che l'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006 di per sé chiede, quale unico onere probatorio in capo all'impresa ausiliaria, la dichiarazione del possesso dei requisiti generali contemplati dall'art. 38 del medesimo D.L.vo 163 del 2006, posto che ogni altra prova specifica sull'idoneità ad eseguire i lavori medesimi è assorbita dalla documentata titolarità dell'attestazione SOA richiesta dalla *lex specialis* della gara.

Del resto, Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2005 n. 7376, nell'accogliere pienamente la nozione comunitaria dell'istituto dell'avvalimento, afferma che ai fini della gara, in

caso di avvalimento dei requisiti altrui, rileva esclusivamente la prova seria ed attuale che è fornita in ordine alla futura disponibilità dei requisiti, ossia aderendo in tal modo ad una lettura finalistica dell'istituto medesimo che si riferisce non al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara ma al momento della stipula del contratto con la stazione appaltante, posto che “una diversa opzione ermeneutica che pretendesse l'anticipazione al momento della procedura del possesso dei mezzi si appaleserebbe disfunzionale rispetto al principio comunitario dell'effetto utile, nella misura in cui imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione” (cfr. *ivi*).

10.4. Per quanto riguarda la posizione del Geom. Vasco Saggion, va evidenziato che ALFA incorre al riguardo nell'equivoco di riferire all'impresa ausiliaria obblighi che sono invece contemplati, dalla *lex generalis* e dalla *lex specialis*, unicamente in capo all'impresa avvalente.

A tale proposito – pertanto - DELTAAUSILIARIA, quale ausiliaria di DELTA, aveva l'obbligo di produrre soltanto le dichiarazioni di cui all'art. 49, comma 2, lett. c), del D.L.vo 163 del 2006 di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del medesimo decreto legislativo, riferite quindi alla propria società e alle persone fisiche indicate in quest'ultimo articolo (cfr. doc.ti 4-d e ss. di parte ricorrente): e ciò è pure confermato dal contenuto dello schema di dichiarazione relativo alla busta A, il quale – per l'appunto – reca unicamente le dichiarazioni di cui al § 2), lett. ab) e ac) della *lex specialis* contenuta nella lettera di invito, le quali riguardano il concorrente-avvalente, e non già l'ausiliario-avvalso (cfr. *ibidem*, doc. 1, pag. 4).

10.5. Per quanto riguarda l'asserita posizione irregolare di GAMMA.Tech., vale innanzitutto quanto già dianzi esposto in tema di applicabilità dell'istituto dell'avvalimento anche in tema di lavori con categoria OS2.

10.6. Né può trovare accoglimento la censurata produzione, da parte della stessa impresa, di una certificazione notarile sostitutiva dell'originale o di una copia autentica del contratto di avvalimento da essa stipulato con Altec.

In tal senso, assume infatti esclusivo rilievo la circostanza che sia stato comunque soddisfatto da tale concorrente l'interesse sotteso alla *ratio* della *lex specialis* e del sovrastante art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, ossia la prova della sussistenza dell'impegno assunto dall'ausiliario nei confronti del concorrente; e, nel caso di specie, il certificato notarile dà piena contezza di tale impegno, descrivendone puntualmente il contenuto.

10.7. Per quanto attiene, poi, all'asserita invalidità del vincolo contrattuale instaurato tra GAMMA.Tech. e Altec, nonché alla mancata dimostrazione da parte di quest'ultima della disponibilità delle capacità e risorse economiche, finanziarie e tecniche prestate all'avvalente, vale parimenti quanto già esposto per il rapporto in essere tra DELTA ed DELTAAUSILIARIA.

10.8. Per quanto riguarda invece l'asserita non spettanza a GAMMA.Tech. della riduzione all'1% dell'importo dovuto a titolo di **cauzione** provvisoria, anche a prescindere dalla circostanza che ove fosse effettivamente sussistita in proposito un'irregolarità essa era sanabile, va evidenziato che la circostanza stessa dell'avvalimento della certificazione SOA di Altec da parte di GAMMA.Tech. legittimava quest'ultima a fruire del beneficio in questione; nè l'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 reca in tal senso impedimenti.

10.9. Da ultimo, per quanto attiene alla mancata dichiarazione resa dal Sig. Giuseppe Longega, già socio accomandante di Altec cessato da tale qualità nel luglio del 2005 (cfr. doc. 5-h di parte ricorrente), può rilevarsi che la stessa qualità di accomandante esonerava Altec dall'obbligo di dichiarazione e che – comunque - soccorre allo scopo quanto previsto dallo “schema di dichiarazione” riferito dal § 2, lett. ab) e ac) della lettera di invito alla busta A, laddove – per l'appunto – si afferma che *“nel caso di impossibilità del soggetto cessato a rendere dichiarazione personale, questa può essere sostituita da una dichiarazione del legale rappresentante dell'Impresa”*, coerentemente al principio generale contenuto nell'art. 47, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (cfr. *ivi*: “La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza”).

11. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo **respinge**.

Compensa integralmente tra le parti le spese e competenze del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 5 giugno 2008.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione

