N. 00692/2015REG.PROV.COLL.

N. 07348/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7348 del 2014, proposto dalla s.p.a. Clea, rappresentata e difesa dagli avvocati ……., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato …. in Roma, via ……;

contro

Il Comune di Pieve di Soligo, rappresentato e difeso dall'avv. ……, con domicilio eletto presso l'avv. …… in Roma, via ……;
la Provincia di Treviso, rappresentata e difesa dagli avv……..;

nei confronti di

Setten Genesio S.p.a. in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con Fiel S.p.a. e Pre System S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. …….

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 1195/2014, preceduta dal dispositivo n. 1143/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di costruzione e della gestione della nuova palestra polifunzionale comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pieve di Soligo, della Provincia di Treviso e della s.p.a. Setten Genesio;

Visto l'appello incidentale proposto dalla controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati ……..

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La Clea s.p.a., seconda classificata nella procedura selettiva indetta dalla Provincia di Treviso, per conto del Comune di Pieve di Soligo, per l'affidamento della concessione per la redazione della progettazione esecutiva, la realizzazione dei lavori di costruzione e, infine, la gestione della nuova palestra polifunzionale dello stesso Comune, proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per il Veneto impugnando la determinazione n. 279 del 16 maggio 2014 di aggiudicazione definitiva della commessa in favore del RTI tra le imprese Setten Genesio s.p.a., Fiel s.p.a. e Pre System s.p.a. (di seguito, il RTI Setten).

L'impugnativa era affidata a motivi che il Giudice di prime cure avrebbe così sunteggiato:

a) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché sarebbe mancata la necessaria indicazione con riferimento a "*soggetti rilevanti di società acquisite tra il giorno corrispondente al termine ultimo per la presentazione delle offerte e il giorno corrispondente all'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara*";

b) violazione degli artt. 75 e 113 del d.lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis*, in relazione agli artt. 1943 e 1393 c.c., ed eccesso di potere, poiché il sig. Carpenè, sottoscrittore della garanzia allegata dall'aggiudicataria, sarebbe stato privo dei necessari poteri in relazione all'importo di euro 550.000, essendo legittimato a garantire, quanto al ramo cauzioni, solo fino ad un importo massimo di euro 525.000;

c) violazione dell'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010, della *lex specialis*, e dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere, in quanto il raggruppamento tra progettisti facente capo alla soc. Veneto Progetti (indicato dall'aggiudicataria ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006) non possiederebbe i requisiti minimi di capacità tecnica richiesti in relazione alla "parte servizi": e questo sia con riferimento all'opera denominata "*Progetto di finanza per la realizzazione e la gestione della nuova sede degli uffici comunali"* del Comune di Conegliano (TV), poiché questo non risulterebbe mai stato approvato dall'Amministrazione, nemmeno nella forma della dichiarazione di pubblico interesse, sia con riferimento all'opera denominata "*Nuova Cittadella Sanitaria presso il presidio ospedaliero di Treviso*", il cui progetto nemmeno sarebbe stato mai approvato dalla stazione appaltante.

La ricorrente avanzava anche una domanda risarcitoria, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimate, la Provincia di Treviso controdeducendo nel merito di tutte le censure e chiedendo il rigetto del ricorso.

Analogamente faceva il controinteressato RTI Setten, che proponeva anche un ricorso incidentale inteso a sostenere che l'avversaria dovesse essere esclusa dalla procedura, con conseguente carenza di legittimazione da parte sua all'impugnativa degli atti di gara.

Il ricorso incidentale si articolava nelle seguenti censure:

a) violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 per la genericità del contratto di avvalimento stipulato fra Clea s.p.a. e I.C.I. Impianti Civili Industriali soc. coop. a r.l.;

b) violazione dell'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010, della *lex specialis* e dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

2. Il T.A.R. adìto con la sentenza n. 1195/2014 in epigrafe, emessa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 C.P.A., respingeva il ricorso principale (alla cui disamina dava la precedenza per ragioni di economia processuale) e dichiarava conseguentemente improcedibile quello incidentale.

3. Avverso tale decisione seguiva la proposizione del presente appello alla Sezione da parte della soccombente, dapprima contro il dispositivo di sentenza emesso dal Tribunale, e indi integrato con motivi aggiunti dopo la pubblicazione del testo integrale della pronuncia.

Il RTI Setten, a sua volta, notificava un appello incidentale contro la stessa sentenza, con il quale riproponeva il proprio originario ricorso incidentale (deducendo, tra l'altro, che l'esame del suo primo mezzo avrebbe dovuto precedere quello del gravame avversario).

Le Amministrazioni intimate si costituivano in giudizio anche in questo nuovo grado.

Il Comune di Pieve di Soligo sottolineava l'urgenza della realizzazione dell'opera e ribadiva la propria estraneità alla procedura (anche ai fini della domanda risarcitoria esperita *ex adverso*), concludendo per il rigetto dell'appello principale.

La Provincia di Treviso, dopo avere analiticamente controdedotto alle doglianze della Clea s.p.a. illustrandone l'infondatezza, concludeva nello stesso senso.

La società Clea, dal canto suo, replicava all'appello incidentale chiedendone il rigetto, oltre che l'accoglimento dell'appello principale.

Il RTI aggiudicatario, invece, richiamate le tesi del proprio gravame incidentale, argomentava nel senso dell'infondatezza dei motivi dell'impugnativa avversaria, insistendo per la reiezione di quest'ultima.

Le concorrenti contrapposte presentavano infine degli scritti di replica.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

4, La sentenza impugnata merita conferma.

Risulta corretta la statuizione del TAR, per la quale pur in presenza di un ricorso incidentale c.d. escludente, può essere esaminato con priorità il ricorso principale, atteso che la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha ribadito anche di recente che, in ossequio al superiore canone dell'economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile tale prioritario esame quanto meno nei casi in cui il ricorso principale sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile (Ad.Pl., nn. 9/2014 e 4/2011).

4 Orbene, manifestamente infondate sono le contestazioni mosse con l'appello principale avverso i capi della sentenza in epigrafe che hanno respinto i primi due motivi dell'originario ricorso introduttivo.

5 Il primo di tali mezzi poggiava sull'assunto che Setten s.p.a., avendo acquisito in affitto un ramo di azienda di Consta s.p.a. nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del bando e la data di presentazione delle offerte (31 gennaio 2014), avrebbe dovuto presentare la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 anche rispetto ai soggetti muniti di potere di rappresentanza e al direttore tecnico della detta società.

5a Il Tribunale ha disatteso la censura, facendo osservare che il contratto di affitto di ramo di azienda in questione, pur stipulato l'8 gennaio 2014, era divenuto produttivo di effetti soltanto a partire dal 13 febbraio 2014, ossia in epoca successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

Su tale considerazione il T.A.R. ha escluso la configurabilità di alcun onere dichiarativo in ordine ai requisiti morali degli esponenti di un operatore economico (come la Consta s.p.a.) che alla data di presentazione delle offerte (31 gennaio 2014) non aveva ancora ceduto (*recte*: affittato) il proprio ramo di azienda alla concorrente.

5b Ora, l'appellante ha riproposto in questa sede la propria doglianza in maniera sostanzialmente meccanica ed apodittica, senza fornire alcun argomento di puntuale critica all'*iter* logico seguito dal primo Giudice. Essa, in particolare, non contesta che l'efficacia dell'affitto abbia preso a prodursi solo dal 13 febbraio 2014, ma si limita ad opporre che su tale data dovrebbe prevalere quella in cui il contratto stesso è stato stipulato e reso pubblico, data a partire dalla quale il rapporto di affitto d'azienda doveva ritenersi comunque costituito.

5c La decisione del Tribunale risulta però pienamente condivisibile, in ragione del fatto che alla data in cui la controinteressata redigeva le dichiarazioni *ex* art. 38 cit. di propria pertinenza, come pure alla scadenza stabilita per la presentazione delle offerte di gara, il contratto di affitto di ramo d'azienda non aveva ancora concretizzato i suoi effetti giuridici, e non si era quindi ancora verificata quella confluenza nell'organismo d'impresa della concorrente di una nuova struttura aziendale che avrebbe dovuto costituire il presupposto per l'estensione alla sfera dell'ulteriore soggetto indicato degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38 d.lgs. cit. (cfr. Ad.Pl. nn. 10 e 21/2012).

La sentenza di prime cure è a più forte ragione meritevole di adesione se si considera, inoltre, che il contratto di affitto del quale si discute non era stato sottoposto dalle parti ad un semplice termine iniziale, ma addirittura ad un meccanismo condizionale. L'art. 6 del suo testo ("*CondizioniSospensive*") stabiliva, infatti, che l'efficacia dell'affitto era sospensivamente condizionata, "*ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1353 del codice civile, all'avveramento (…) di ciascuna delle seguenti condizioni sospensive* …".

Di conseguenza, alla data fissata per la presentazione delle offerte non solo il "*rapporto di affittodi azienda*" non poteva dirsi esistente, ma la produzione degli effetti del relativo contratto non era solo futura, ma altresì addirittura incerta.

6 Il secondo mezzo di prime cure verteva sulla pretesa inidoneità della garanzia prestata in gara dalla controinteressata.

La censura si ricollegava al fatto che il sig. Carpenè, agente assicurativo sottoscrittore della garanzia allegata dall'aggiudicataria, era personalmente legittimato a garantire, quanto al ramo cauzioni, solo fino ad un importo massimo di euro 525.000.

Da ciò la ricorrente desumeva che questi non avrebbe potuto impegnarsi, al tempo stesso, ai fini della cauzione provvisoria e di quella definitiva dell'avversaria, in quanto la somma dei relativi valori, raggiungendo l'ammontare di euro 550.000, avrebbe superato la soglia indicata quale limite del suo potere rappresentativo.

6a Il Tribunale ha disatteso la doglianza facendo notare che.

- in primo luogo, la *lex specialis* si limitava a prevedere, in aderenza alla disciplina prevista dall'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, la presentazione di una cauzione provvisoria, nonché "*l'impegno del fideiussore, ai sensi dell'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, a rilasciare* la garanzia *fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 163 del 2006, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario*";

- in secondo luogo, la Setten s.p.a. aveva offerto in gara, per tutte le imprese raggruppate, la conforme garanzia fideiussoria n. 2014/13/6233315, a firma dall'Agente generale di "Italiani Assicurazioni s.p.a.", recante, appunto, la specificazione che, "*qualora il contraente risultasse aggiudicatario dell'appalto*", la cauzione provvisoria "*deve intendersi automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto. In tale ipotesi il garante si impegna sin da ora nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 del d.lgs. n. 163 del 2006*".

Tanto premesso, il primo Giudice ha reputato infondato l'assunto che ai fini della verifica del rispetto del limite di valore connotante il potere rappresentativo dell'agente assicurativo si sarebbero potuti cumulare gli importi della cauzione provvisoria e di quella definitiva.

Il T.A.R. ha osservato, infatti, che le due cauzioni "*costituiscono negozi autonomi e distinti, fra loro non sovrapponibili, poiché volti a coprire rischi relativi a fasi diverse della medesima procedura: la cauzione provvisoria è infatti diretta a garantire l'affidabilità dell'offerta; quella definitiva, invece, l'adempimento di tutte le obbligazioni che l'aggiudicatario si assume con la sottoscrizione del contratto. Sicché l'efficacia della cauzione provvisoria cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto di appalto*."

E poiché né la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, ammontante ad euro 69.903,45 euro, né la garanzia definitiva, dell'importo di euro 475.271,61, singolarmente considerate, superavano la soglia fissata per ciascuna garanzia nell'importo di 525.000 euro, anche questo mezzo è stato rigettato.

6b Il motivo viene riproposto con il presente appello.

Anche in questo caso ciò è stato però fatto in modo apodittico, senza prendere in sostanziale considerazione la puntuale motivazione che il primo Giudice aveva svolto nel disattenderlo, e senza quindi fornire alcuno specifico argomento di critica al relativo *iter* logico.

L'appellante si è limitata ad obiettare che le considerazioni svolte dal T.A.R. non avrebbero fatto venir meno "*il fatto che l'agente, sottoscrivendo la polizza che si deve presentare in gara, impegna irrevocabilmente la società a farsi garante per entrambi gli importi delle due garanzie, e cioè per l'intero importo costituito dalla somma dei due*".

6c Anche sotto questo profilo la decisione in epigrafe si manifesta comunque meritevole di conferma.

La visura camerale in atti denota che l'agente assicurativo disponeva del potere rappresentativo per la sottoscrizione delle polizze "*di importo singolo non maggiore di euro 525.000*". E poiché tale limite riguardava "*l'importo singolo*" di ciascuna polizza, già questo dato letterale deponeva per l'esclusione della possibilità di sommare ai fini in discussione il valore delle due diverse garanzie.

Il valore delle due garanzie non si sarebbe potuto sommare, inoltre, in quanto non solo era diverso l'oggetto dell'una e dell'altra, ma le medesime non erano sovrapponibili nemmeno con riferimento al loro periodo di efficacia, poiché in concreto l'operatività dell'una avrebbe escluso quella dell'altra (la cauzione provvisoria avrebbe esaurito i propri effetti, giusta l'art. 75 cit. comma 6, con la stipula del contratto con l'Amministrazione, mentre solo a seguito di tale stipula avrebbe preso ad operare la garanzia definitiva, diretta appunto a garantirne l'esecuzione).

Inoltre, per quanto le due cauzioni siano state fin qui poste sullo stesso piano, in realtà il sig. Carpené, in aderenza all'art. 75 d.lgs. cit., aveva sottoscritto, a suo tempo, unicamente la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, e non anche quella per la cauzione definitiva, rispetto alla quale aveva solo assunto un prodromico vincolo *de contrahendo*.

Sicché alla luce di questa considerazione deve ulteriormente escludersi che il limite connotante il potere rappresentativo dell'agente sia stato superato.

7 Il motivo di appello che residua esige un esame più approfondito.

La doglianza della Clea s.p.a. attiene –in sintesi- ad una violazione dell'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010, scaturente dal fatto che il sub-raggruppamento tra progettisti avente quale capogruppo la soc. Veneto Progetti, indicato dall'aggiudicataria ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006, non possiederebbe i requisiti minimi di capacità tecnica richiesti in relazione alla componente servizi della commessa.

La carenza dei requisiti tecnici dei progettisti indicati dal raggruppamento controinteressato deriverebbe dal fatto che per entrambe le procedure di *project financing* da essi allegate (il "*Progetto di finanza per la realizzazione e la gestione della nuova sede degli uffici comunali* " del Comune di Conegliano (TV); la "*Nuova Cittadella Sanitaria presso il presidio ospedaliero di Treviso*") ci si troverebbe di fronte a servizi di progettazione mai approvati, né tanto meno dichiarati di pubblico interesse dalle stazioni appaltanti, e, pertanto, in casi di servizi non "*fatti propri*" dall'Amministrazione, come invece richiesto dall'art. 263 del d.P.R. 207/2010.

7a Occorre allora subito rilevare, da un lato, le previsioni dettate in proposito dalla *lex specialis*; dall'altro, i contenuti della produzione che l'aggiudicataria aveva effettuato in gara per dimostrare la sussistenza del requisito in discussione.

7a1 Il bando di gara esigeva che il concorrente dimostrasse di "*aver svolto i servizi di cui all'art. 252 del d.P.R. 207 del 2010, espletati nel decennio anteriore alla data di pubblicazione del presente bando"* per un *"importo minimo della somma di tutti i lavori, appartenenti alla classe I cat. c, alla classe I cat. g, alla classe III cat. c", "stabilito in 4 volte l'importo globale dell'intervento cui si riferiscono i servizi da affidare*" (cfr. pag. 6 del disciplinare).

Era inoltre specificato che "*I servizi di ingegneria valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente*".

7a2 Quanto alla produzione dell'aggiudicataria, la sentenza impugnata, non contestata sullo specifico punto, dà atto di quanto segue.

La controinteressata ai fini della dimostrazione del requisito ha prodotto, con riguardo alla prima procedura di *project financing* (indetta dal Comune di Conegliano nel 2004), la dichiarazione resa dal committente privato (a.t.i. CCC/Gemmo Impianti), sottoscritta del direttore del Servizio di fatturazione, attestante il periodo in cui il servizio di ingegneria e architettura è stato espletato (2004), il tipo di prestazione resa ("progetto preliminare"), l'importo dei lavori per i quali sono stati espletati i servizi: "classe I c Euro 12.137.156 di cui VP" (Veneto Progetti) Euro "7.767.779,84" e, infine, l'avvenuta effettuazione della prestazione ("prestazione conclusa: sì")(cfr. i docc.ti 14 e 15 della controinteressata).

Il progetto preliminare presentato dall'a.t.i. CCC/Gemmo Impianti quale aspirante "promotore" è stato dichiarato a suo tempo "ammissibile" dall'Amministrazione (cfr. verbale del 31.8.2004 dell'Area Servizi al Territorio della Città di Conegliano: doc. 17 della controinteressata), ma la procedura non si è mai conclusa, con la conseguenza che non è stata effettuata alcuna valutazione amministrativa del grado di fattibilità delle proposte né dell'interesse pubblico dell'opera.

Venendo alla seconda procedura di *project financing*, quella indetta dall'AULSS n. 9 di Treviso per l'affidamento del contratto di costruzione e gestione relativo alla progettazione definitiva ed esecutiva e all'esecuzione dei lavori di realizzazione della "Cittadella Sanitaria" presso il Presidio Ospedaliero di Treviso, la Veneto Progetti ha proceduto, dietro contratto del 24 maggio 2011, a redigere il "*progetto preliminare/offerta*" relativo all'opera suddetta a favore del soggetto privato Impresa Costruzioni G. Maltauro s.p.a., mandataria della costituenda A.T.I. che in seguito avrebbe partecipato alla gara (doc. 21 della controinteressata).

Al fine della comprova del servizio di progettazione, è stata prodotta un'attestazione proveniente dal committente Costruzioni G. Maltauro s.p.a., nella quale il direttore generale di tale società ha specificato il periodo in cui tale servizio è stato espletato ("gennaio 2011-luglio 2011"), il tipo di prestazione resa ("progettazione preliminare"), il valore dell'importo dei lavori per i quali sono stati espletati i servizi di ingegneria e, infine, l'avvenuta "regolarità dei servizi di ingegneria prestati" (doc. 16 della controinteressata).

L'A.T.I. ha poi presentato il relativo progetto nell'ambito della procedura di evidenza pubblica classificandosi seconda nella graduatoria provvisoria (doc. 23 della controinteressata), senza che però la procedura stessa sia sfociata in alcuna aggiudicazione definitiva.

Il Tribunale ha osservato, infine, che a comprova dell'effettivo espletamento delle predette prestazioni di progettazione "*sono state altresì allegate le fatture rispettivamente emesse per ciascun incarico di progettazione, che risultano regolarmente pagate dal committente privato*" (cfr. i docc. 19 e 22 della controinteressata).

7b Fatte queste necessarie premesse, vanno ricordati il nucleo della doglianza dedotta dalla ricorrente, e la motivazione con cui la stessa è stata disattesa dal T.A.R..

La tesi di fondo sostenuta dalla Clea s.p.a. è che i servizi di progettazione pregressi allegati dalla progettista indicata dall'aggiudicataria non fossero idonei a dimostrarne la capacità tecnica, in quanto i relativi progetti non erano mai stati approvati, né tanto meno dichiarati di pubblico interesse, dalle Stazioni appaltanti, onde non sarebbero stati mai "*fatti propri*" dall'Amministrazione, come invece richiederebbe l'art. 263 del d.P.R. 207/2010 per i progetti di committenza pubblica.

Il Tribunale ha però disatteso tale impostazione, osservando che la soc. Veneto Progetti in entrambi i casi allegati aveva proceduto a redigere le proprie progettazioni nell'ambito di contratti aventi quale committente un operatore economico privato, e senza mai entrare a far parte dell'A.T.I. che avrebbe concorso in gara.

La materia sarebbe stata, quindi, soggetta alle disposizioni che l'art. 263 del d.P.R. 207/2010 prevede per le progettazioni a committenti privati, e non pubblici. E tali disposizioni nella fattispecie non risultavano violate, anche perché nemmeno esse imponevano quale condizione per la valutabilità dei servizi di progettazione pregressi quella dell'avvenuta realizzazione delle opere che ne costituivano oggetto.

7c Con il presente appello la soc. Clea ha svolto approfondite critiche avverso il rigetto del proprio mezzo.

In sintesi, le sue argomentazioni seguono il seguente percorso logico.

L'appellante deduce che le due progettazioni – richiamate dalla Veneto Progetti per dimostrare la propria capacità tecnica – si sarebbero dovute intendere quali servizi a committenza pubblica, e non già privata, in quanto esse erano state redatte esclusivamente in funzione della partecipazione a procedure di gara.

Non varrebbe l'obiezione che il progettista incaricato ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006 non sarebbe formalmente un concorrente in gara, non essendovi ragione per cui la stessa progettazione, ai fini della maturazione di un requisito ai sensi dell'art. 263 d.P.R. cit., debba soggiacere a disciplina diversa a seconda di come il concorrente scelga di presentarsi in gara, se associato al progettista, che in tal caso avrebbe quindi anch'esso veste di concorrente, o meno.

Per l'applicazione dell'art. 263 il committente dovrebbe considerarsi "pubblico" non solo quando l'Amministrazione contratti direttamente con un progettista incluso nella compagine concorrente in gara, ma anche quando, come nella fattispecie, la progettazione sia stata eseguita su incarico del soggetto concorrente, in quanto comunque richiesta dall'Amministrazione e funzionale alla partecipazione alla gara da questa indetta.

Dalla qualificazione delle due progettazioni vantate dalla Veneto Progetti quali servizi a committenza pubblica, sarebbe discesa la conseguenza che alla riconoscibilità di tali progetti ai fini di causa avrebbero ostato, ai sensi dell'art. 263, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, tanto la mancata certificazione della regolare esecuzione dei servizi stessi, quanto la loro mancata approvazione, da parte delle Amministrazioni rispettivamente interessate.

L'appellante puntualizza, infine, per un verso, che sarebbe stato sufficiente il disconoscimento dell'utilità anche di una sola delle due progettazioni in questione per considerare non soddisfatto il requisito di capacità tecnica ai fini della gara in controversia; per altro verso, che la causa giustificativa della richiesta esclusione dell'avversaria andava ricondotta non solo al mancato possesso del predetto requisito, ma anche –e in ogni caso- alla sua mancata comprova nel termine perentorio all'uopo stabilito.

7d Nemmeno questo motivo di appello, tuttavia, per quanto diffusamente motivato, risulta persuasivo.

Va riportato il testo completo della disposizione regolatrice della materia in discussione, il più volte citato art. 263 ("*Requisiti di partecipazione*"), comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, che così recita.

"*I servizi di cui all'articolo 252 valutabili"* (cioè quelli attinenti all'architettura e all'ingegneria) "*sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini del presente comma, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all'articolo 234, comma 2. Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta*

esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale e' stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima."

Il comma in rilievo, come è già ampiamente emerso, nel regolare la maturazione dei requisiti di capacità tecnica spendibili nelle procedure di gara, traccia, dunque, una distinzione tra progetti commissionati dall'Amministrazione e progetti "*svolti per committenti privati*" e disciplina separatamente la riconoscibilità ai fini indicati degli uni e degli altri.

Il senso e i limiti di questa differenziazione devono essere necessariamente tratti dallo stesso testo normativo della cui interpretazione si tratta, e pertanto dalla volontà legislativa da questo oggettivamente espressa.

7e A questo riguardo la Sezione ritiene utile focalizzare preventivamente l'attenzione sulla disciplina specificamente prevista per i progetti svolti per committenti privati.

Rispetto a tali progetti la norma è testuale nel riconoscere che l'operatore economico possa di regola limitarsi a dichiarare la buona e regolare esecuzione dei servizi da esso prestati, fermo poi il suo onere di fornire, dietro richiesta della Stazione appaltante, la prova dell'avvenuta esecuzione degli stessi servizi attraverso "*gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale e' stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima*."

Orbene, la possibilità che la prova dell'avvenuta esecuzione dei servizi in questione possa essere raggiunta anche attraverso una semplice "*copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima*", e nulla più di ciò, impone di riconoscere che anche per i progetti di committenza privata valga la regola per cui ai fini del riconoscimento dei servizi stessi "*Non rileva … la mancata realizzazione dei lavori … relativi*", dal momento che dell'esecuzione effettiva di tali lavori non è affatto preteso che venga data dimostrazione (che non verrebbe, del resto, nemmeno dalla produzione -pure reputata sufficiente dalla norma- degli "*atti autorizzativi o concessori*").

7f Una volta richiamato il contenuto della disciplina dettata per la riconoscibilità delle progettazioni di committenza privata, la Sezione deve mettere a fuoco due ulteriori aspetti del regime in esame: quello riguardante le regole dettate dallo stesso art. 263 cit. per i progetti di committenza pubblica, e infine quello della demarcazione tra committenza pubblica e privata.

7g Con riferimento al primo aspetto, si può subito osservare che la norma della cui interpretazione si tratta non esige quale condizione per il riconoscimento in discussione che il singolo progetto sia risultato aggiudicatario (vale notare che nella pronuncia della Sezione VI 14 luglio 2014, n. 3663, la formulazione di tale ipotesi è avvenuta solo a titolo di esempio).

Una condizione così rigida sarebbe oltremodo restrittiva della possibilità per i professionisti che dispiegano attività progettuali per la Pubblica Amministrazione di spendere le relative esperienze, sul piano della capacità tecnica acquisita, in funzione di gare successive; essa sarebbe, inoltre, espressione di un approccio non coerente con quello che ha ispirato l'ampio riconoscimento già visto per le progettazioni di committenza privata, per le quali è sufficiente, come si è detto, esibire copia del relativo contratto e delle pertinenti fatture.

Al fine indicato non può quindi reputarsi necessario che il progetto abbia conseguito l'aggiudicazione (che, tra l'altro, potrebbe sfuggire anche al miglior progetto tecnico in gara, le quante volte non assistito da un'offerta economica altrettanto competitiva).

Deve ritenersi invece sufficiente che il progetto sottoposto all'Amministrazione abbia riportato la valutazione di –semplice- idoneità tecnica che era suscettibile di conseguimento nell'ambito proprio del tipo di procedimento amministrativo in concreto interessato.

7h Venendo alla demarcazione tra committenza privata e pubblica dei progetti del cui riconoscimento si tratta, la Sezione non rinviene motivi per discostarsi dal senso letterale delle espressioni utilizzate nel testo della norma oggetto di esame.

Il testo normativo risulta imperniato sulla natura giuridica (pubblica o privata) del committente del servizio, piuttosto che sulla circostanza che quest'ultimo sia stato reso, o meno, nella prospettiva della partecipazione ad una procedura di gara, oppure infine sulla circostanza che si discuta di opere intrinsecamente pubbliche o private.

Quanto all'elemento della "committenza" dei progetti, inoltre, non si ravvisa ragione per ritenere che la norma abbia utilizzato una nozione che non fosse quella tecnico-giuridica, per riferirsi invece ad un concetto meramente empirico quale quello di finale destinatario/utilizzatore della prestazione progettuale.

Tanto premesso, una volta che emerga un pregresso "*servizio svolto per un committente privato*", il quale risulti comprovato dal relativo contratto nonché dalle conferenti fatture, deve ritenersi che tale prestazione sia per ciò stesso

riconoscibile quale indice di capacità tecnica in forza della regola dettata dalla seconda parte dell'art. 263, comma 2 (il cui *incipit* è appunto in questi termini: "*Sonovalutabilianche* i servizi svolti per committenti privati documentati …").

Né si vede come siffatta sua spendibilità possa venir meno per la ragione del successivo impiego del progetto, da parte del suo committente, ai fini di un procedimento di evidenza pubblica (nella specie, di *project financing*) in cui lo stesso progettista non rivestirà comunque la qualità di parte.

Ove il committente sia un privato, è infine del tutto logico che la valutazione circa l'effettiva corretta esecuzione dell'incarico progettuale competa al medesimo committente che lo ha remunerato (a prescindere dall'impiego che questi farà del progetto stesso).

7i L'appellante, come si è visto, ha criticato l'argomento che il progettista incaricato ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006 non sarebbe un concorrente in gara, opponendo che non sarebbe logico che la stessa progettazione, ai fini della maturazione di un requisito, possa soggiacere a disciplina diversa a seconda di come il concorrente si presenti in gara, se associato al progettista -che in tal caso avrebbe quindi anch'esso veste di concorrente- o meno.

La pur acuta obiezione, tuttavia, non persuade.

Proprio la circostanza che la norma da interpretare sia impostata sul distinguo tra committenza pubblica e privata impone un trattamento differenziato delle due ipotesi appena dette.

D'altra parte, il fatto che il progettista abbia, o meno, la veste di partecipante al procedimento amministrativo in cui il suo progetto viene in ultima analisi presentato, lungi dall'apparire un mero dettaglio formale, sembra invece di rilievo centrale ai fini in discussione, poiché da esso dipende l'instaurarsi di una relazione giuridica dello stesso progettista con la Stazione appaltante.

7l Alla luce delle precedenti considerazioni, le progettazioni allegate dalla soc. Veneto Progetti, in quanto progetti preliminari redatti per committenti privati per la presentazione di proposte di finanza di progetto, devono essere dunque considerate di committenza privata, e non pubblica, e come tali non soggette al regime di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 263 cit., bensì a quello della sua parte seconda.

Ne consegue che la censura riproposta in questa sede dall'appellante, che poggia sul presupposto contrario, deve essere disattesa.

La sentenza di prime cure risulta pertanto meritevole di conferma anche sotto questo conclusivo profilo.

8. Per le ragioni che precedono, l'appello principale va respinto.

9. Al rigetto dell'appello principale consegue la declaratoria di improcedibilità di quello incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse al suo esame.

10. La mancanza di un'interpretazione giurisprudenziale consolidata sul tema oggetto del motivo centrale del gravame principale giustifica anche per il presente grado la compensazione tra le parti in causa delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, respinge l'appello principale n. 7348 del 2014 e dichiara improcedibile quello incidentale.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2015

IL SEGRETARIO

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