

## **Facoltà di avvalersi dei requisiti di ordine speciale: dal mancato richiamo del bando di gara a quest'ultima possibilità non può farsi discendere il divieto per i concorrenti di utilizzarla.**

L'articolo 53 terzo comma del codice dei contratti espressamente consente agli operatori economici, i quali non siano in possesso dei requisiti prescritti per i progettisti, la facoltà di "avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta", in alternativa alla possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese. Tale espressione deve, perciò, essere letta in relazione all'art. 49 del codice medesimo e degli artt. 47 e 48 della dir. 2004/18 che consente al concorrente, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto: e se il bando tace? L'illegittimità della relativa nomina e della conseguente partecipazione alle valutazioni della Commissione giudicatrice è dunque decisiva ai fini della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione?

L'enfasi, forse eccessiva sulla natura di *lex specialis* del bando di gara, non può far concludere che l'interpretazione delle relative clausole possa prescindere dalla vincolatività diretta dalle altre norme ancorché non espressamente richiamate. Nell'ordinamento contemporaneo l'ambito proprio del bando degli atti di gara può essere individuato in relazione: a. a funzioni meramente integrative delle disposizioni di legge: per quelle parti del procedimento di gara che le stesse norme lasciano alla libera discrezionalità della stazione appaltante (quelle che un grande maestro chiamava le "aree bianche" lasciate dalla legge); b. a prescrizioni comunque dirette a disciplinare quegli aspetti di dettaglio del futuro assetto del contratto che attengono alla prestazione, alle sue modalità esecutive, alle sue garanzie, ecc.. In tale quadro le perplessità interpretative connesse alla formulazione di un bando o di un disciplinare di gara devono essere necessariamente risolte in via esegetica raccordando le norme incongruenti alle disposizioni del Codice ed ai principi dell'Ordinamento comunitario. **In tale scia, l'interpretazione di previsioni del bando che appaiono incomplete o perplesse non possono, in ogni caso, comportare una restrizione alle posizioni soggettive dei concorrenti, così come sono direttamente riconosciute dalla normativa comunitaria.** La stazione appaltante non gode dunque di una discrezionalità assoluta relativamente alla nomina dei soggetti che può designare quali componenti della commissione valutatrice, perché la norma delimita in maniera assoluta le categorie nell'ambito delle quali può essere esercitata la sua discrezionalità di scelta; in sintesi, possono essere dipendenti della stazione appaltante non coinvolti nel procedimento, ovvero dipendenti di altre amministrazioni, o ancora professionisti o professori universitari individuati in base alle terne. Le particolari garanzie procedurali poste dal legislatore delegato sono propriamente dirette ad assicurare l'imparzialità e la tendenziale terzietà del giudizio della commissione aggiudicatrice, sono logicamente ancorate alla presupposizione che la nomina della commissione abbia una diretta influenza con la fase della valutazione delle offerte tecniche. In ogni caso, in relazione alle finalità perseguite dalla norma, la procedura di cui all'art. 84 ottavo comma (come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera l), d.lgs. n. 113 del 2007) costituisce un paradigma inderogabile. **In conseguenza la violazione delle regole sulla nomina della commissione si risolvono nella messa in pericolo sia della par condicio tra i concorrenti, che dell'imparzialità della scelta finale. Ed è per questo quindi che deve essere considerata illegittima la individuazione dei componenti al di fuori delle categorie specificamente indicate dalla legge a far parte delle commissioni aggiudicatrici nelle gare d'appalto**

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 10565 del 24 novembre 2008, emessa dal Tar Lazio, Roma

< Deve al riguardo sottolinearsi, in primo luogo, come l'articolo 53 terzo comma del codice dei contratti espressamente consente agli operatori economici, i quali non siano in possesso dei requisiti prescritti per i progettisti, la facoltà di "avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta", in alternativa alla possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

Tale espressione deve, perciò, essere letta in relazione all'art. 49 del codice medesimo e degli artt. 47 e 48 della dir. 2004/18 che consente al concorrente, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

In tale direzione, dal mancato richiamo del bando di gara a quest'ultima possibilità non può farsi discendere l'impossibilità per i concorrenti di utilizzarla.

L'enfasi, forse eccessiva sulla natura di *lex specialis* del bando di gara, non può far concludere che l'interpretazione delle relative clausole possa prescindere dalla vincolatività diretta dalle altre norme ancorché non espressamente richiamate. Nell'ordinamento contemporaneo l'ambito proprio del bando degli atti di gara può essere individuato in relazione:

a. a funzioni meramente integrative delle disposizioni di legge: per quelle parti del procedimento di gara che le stesse norme lasciano alla libera discrezionalità della stazione appaltante (quelle che un grande maestro chiamava le "aree bianche" lasciate dalla legge);

b. a prescrizioni comunque dirette a disciplinare quegli aspetti di dettaglio del futuro assetto del contratto che attengono alla prestazione, alle sue modalità esecutive, alle sue garanzie, ecc.. In tale quadro le perplessità interpretative connesse alla formulazione di un bando o di un disciplinare di gara devono essere necessariamente risolte in via esegetica raccordando le norme incongruenti alle disposizioni del Codice ed ai principi dell'Ordinamento comunitario.

In tale scia, l'interpretazione di previsioni del bando che appaiono incomplete o perplesse non possono, in ogni caso, comportare una restrizione alle posizioni soggettive dei concorrenti, così come sono direttamente riconosciute dalla normativa comunitaria.

Nel caso di specie, dunque, non può essere condiviso l'assunto della ricorrente circa la sussistenza di un divieto (che peraltro sarebbe stato illegittimo) di ricorrere all'avvilimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti per la progettazione, per cui la carenza del punto III del disciplinare di gara. Esattamente dunque la stazione appaltante ha consentito il ricorso ad una facoltà giuridica espressamente riconosciuta dalla legge.>

## **SI LEGGA ANCHE**

**AVVALIMENTO:** è legittimo affermare che l'istituto dell'avvilimento di cui all'art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 s.m.i. è di immediata operatività, pur in mancanza di espresse previsioni di richiamo nel bando di gara, al quale si riconosce soltanto una portata eventualmente restrittiva della modalità di operatività di tale innovativo istituto. ?gli eventuali limiti devono sempre essere esplicitati nella *lex specialis* di gara? Ci si può avvalere dell'attestazione SOA, del certificato di qualità aziendale e delle attrezzature di un'altra impresa?

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quantomeno ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto; . Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza "la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale", il che, con specifico riguardo alla presente controversia, consente di trarre, come significativi corollari, che, da un lato, l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso; e che, per altro verso, dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi gli appalti per i quali la lex specialis di gara compiutamente definisca le modalità di formulazione dell'offerta.

In tema di illegittima esclusione da una procedura di un'impresa che, pur in assenza di specifica previsione nella lex specialis di gara, si avvale dei requisiti di altre imprese, merita di essere segnalata la sentenza numero 10271 del 30 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

<Trattasi di coordinante ermeneutiche pienamente confermate dalla successiva normativa comunitaria e nazionale, atteso che l'istituto dell'avvalimento è stato dapprima generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In particolare, tale norma, nel consacrare al primo comma la massima operatività del modello in questione (consentendo al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di un altro soggetto), non solo si presenta di notevole impatto sistematico, ma fissa altresì un principio di vasta portata precettiva.

Ed, invero, a fronte di un'evidente voluntas legis di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento per la partecipazione alle gare (in conformità con lo spirito delle richiamate norme comunitarie che definiscono l'istituto in termini generalissimi con le sola prescrizione – in negativo - dell'irrilevanza delle qualificazioni formali ed – in positivo – dell'adeguatezza della prova della disponibilità dei requisiti prestati), **la medesima norma attribuisce alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della lex specialis della procedura, la sola possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura od all'importo dell'appalto** (cd. avvalimento parziale in senso verticale od orizzontale: art. 49, co. 7, in base al quale il bando di gara può prevedere che le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando), purché però tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti.>

Ed ancora

< Ne consegue che, quindi, in mancanza - come nel caso di specie -, di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche



Merita di essere segnalata la sentenza numero 4461 del Tar Emilia Romagna, Bologna del 24 ottobre 2008 della quale segnaliamo il seguente passaggio:

< Che la violazione fosse insanabile deriva dal fatto che la richiesta di partecipazione, per rientrare sui binari segnati dalla lex specialis , avrebbe dovuto essere modificata o con dichiarazioni del tutto nuove o con la produzione di un atto costitutivo allo stato non ancora esistente, in palese violazione del principio di parità di trattamento.

L'impugnazione della lex specialis, avvenuta con i motivi aggiunti notificati il 24.1.2008, è comunque tardiva, non essendo stata proposta non solo entro il termine decadenziale dalla pubblicazione del bando (siccome preclusivo della modalità di partecipazione ora vista), ma neppure con il ricorso introduttivo avverso l'esclusione disposta in concreto (chiara, quest'ultima, nell'indicare nel punto A5 del disciplinare e nell'art. 49 D.lgs. 163/06 le norme violate).

L'impugnazione dell'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia (che comunque non contiene motivazioni integrative rispetto al provvedimento di esclusione) è palesemente inammissibile.

L'accertata validità dell'esclusione rende improcedibile l'impugnazione dell'aggiudicazione e comporta il rigetto della domanda risarcitoria.

In definitiva il ricorso va respinto. Sussistono i motivi per compensare integralmente le spese del giudizio.>

### **Relativamente ad una illegittima composizione della commissione di gara, merita sapere che:**

< Deve invece essere accolto il terzo motivo del ricorso introduttivo con cui, in via subordinata, la ricorrente lamenta la legittimità dell'intera procedura di valutazione posta in essere da una commissione nominata in violazione dell'articolo 84 del decreto legislativo N. 163/2007. La stazione appaltante:

- a. non ha verificato l'assenza in organico di risorse interne dotate di adeguata professionalità (comma 8°);
- b. ha nominato un professionista esterno, l'ingegner Remigio Benedetto Tecchia senza esperire la procedura di scelta nell'ambito di elenchi formati "sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali";
- c. non ha effettuato alcuna motivazione sull'esperienza dei commissari, né nello specifico settore dei lavori, come prescrive il secondo comma del ricordato articolo 84.

Di qui l'illegittimità dell'intera procedura esperita.

L'assunto è meritevole di accoglimento nei sensi che seguono.

Preliminarmente deve rilevarsi come, nei riguardi della presente censura sussiste l'interesse della ricorrente sia pure limitato all'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Nel merito, l'irregolare nomina e composizione della Commissione giudicatrice è idonea a viziare l'esito del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale in quanto l'art. 84 del d.lgs n. 163/2006, a tutela dell'imparzialità dei giudizi, impone:

-) che gli stessi componenti debbano preliminarmente dichiarare la eventuale sussistenza di cause di astensione previste dall'articolo 51 codice di procedura civile (7° comma);

-) che "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

-) che i commissari diversi dal presidente qualora non siano scelti tra funzionari delle altre amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, possono essere individuati -- con l'applicazione del criterio della rotazione -- solo tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza (8° comma).

Ciò posto, esattamente la ricorrente ricorda che il ricorso a commissari "esterni" è consentito solamente in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità; ovvero negli altri casi previsti dal regolamento, e dunque come criterio sussidiario (cfr. T.A.R. Lazio - Roma - Sezione II 13 Febbraio 2008 N. 1268; T.A.R. Lazio - Roma - Sezione III Ter - Sentenza 4 Febbraio 2008 N. 905).

Deve dunque darsi specificamente atto, nel provvedimento di nomina, della sussistenza del presupposto legale per il ricorso a professionalità esterne quale nella specie l'insufficienza delle necessarie professionalità all'interno della stazione. La norma infatti consente di ricorrere ad estranei solo "in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità" da parte del responsabile del procedimento.

La stazione appaltante non gode dunque di una discrezionalità assoluta relativamente alla nomina dei soggetti che può designare quali componenti della commissione valutatrice, perché la norma delimita in maniera assoluta le categorie nell'ambito delle quali può essere esercitata la sua discrezionalità di scelta; in sintesi, possono essere dipendenti della stazione appaltante non coinvolti nel procedimento, ovvero dipendenti di altre amministrazioni, o ancora professionisti o professori universitari individuati in base alle terne.

Le particolari garanzie procedimentali poste dal legislatore delegato sono propriamente dirette ad assicurare l'imparzialità e la tendenziale terzietà del giudizio della commissione aggiudicatrice, sono logicamente ancorate alla presupposizione che la nomina della commissione abbia una diretta influenza con la fase della valutazione delle offerte tecniche.

In ogni caso, in relazione alle finalità perseguite dalla norma, la procedura di cui all'art. 84 ottavo comma (come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera l), d.lgs. n. 113 del 2007) costituisce un paradigma inderogabile.

In conseguenza la violazione delle regole sulla nomina della commissione si risolvono nella messa in pericolo sia della par condicio tra i concorrenti, che dell'imparzialità della scelta finale. Ed è per questo quindi che deve essere considerata illegittima la individuazione dei componenti al di fuori delle categorie specificamente indicate dalla legge a far parte delle commissioni aggiudicatrici nelle gare d'appalto.

Tale violazione, di rilievo esclusivamente procedimentale (ma non formalistico), prescinde quindi da ogni considerazione circa la specifica professionalità, competenza e serietà dei soggetti in concreto nominati.

Nel caso, come è indirettamente confermato dal tenore delle difese dell'ASL, la nomina di un ingegnere, in relazione alla sua particolare competenza in materia di edilizia sanitaria, era ex se illegittima solo in quanto il medesimo, (non risultando essere dipendente da alcuna pubblica amministrazione) non era stato individuato nell'ambito delle predette rose.

L'illegittimità della relativa nomina e della conseguente partecipazione alle valutazioni della Commissione giudicatrice è dunque decisiva ai fini della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.>

A cura di Sonia LAzzini

**REPUBBLICA ITALIANA**

N.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Reg. Sent.  
ANNO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del LAZIO, Sez. III<sup>^</sup>-quater

composto da

**dr. Mario Di Giuseppe Presidente**

**dr. Carlo Taglienti Consigliere**

**dr. Umberto Realfonzo Consigliere-rel.**

ha pronunciato la seguente

### **S E N T E N Z A**

sul ricorso 4642/2008 proposto da: **SOC ALFA COSTRUZIONI SPA** in proprio e quale capogruppo dell'ATI con la **SOC COMBUSTIBILI NUOVA ALFA1 SRL**, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dall'Avv. Valentino Vulpetti presso il cui studio in Roma è elettivamente domiciliata in Via Sabotino, 2/A;

**contro**

-- REGIONE LAZIO non costituitosi formalmente in giudizio;

-- l'AZIENDA USL RM/D, in persona del D.G. p.t. rappresentato e difeso dall'Avv. Rosaria Russo Valentini;

-- il Nucleo di Valutazione Regionale Progetti Edilizia Sanitaria, non costituitosi formalmente in giudizio.

### **e nei confronti di**

-- **SOC. LA BETA COSTRUZIONI SRL**, costituitosi in giudizio a mezzo dell'Avv. Mariolina Bernardini

### **per l'annullamento**

- di tutti gli atti relativi alla **gara** di appalto per l'aggiudicazione dei lavori di consolidamento e ristrutturazione dell'ex ospedale "S. Agostino" di Ostia e realizzazione di nuovo presidio ed in particolare della delibera n.157 del 4.3.2008 e dei verbali della commissione e dispone aggiudicazione provvisoria in favore della società di La BETA costruzioni e della deliberazione 244 dell'8 aprile 2008 con il quale l'azienda ha provveduto all'aggiudicazione definitiva dei lavori;
- - di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso
- Visto il ricorso con i relativi allegati e l'atto di motivi aggiunti;
- Viste le memorie prodotte dal ricorrente;
- Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione intimata;
- Visti gli atti tutti della causa;
- Nominato relatore alla pubblica udienza dell'8 Ottobre, 2008 il Consigliere Umberto Realfonzo; e uditi gli avvocati di cui al verbale d'udienza.
- Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

### **FATTO**

Con il gravame introduttivo ed il successivo atto di motivi aggiunti l'Ati ricorrente impugna il procedimento di appalto per l'aggiudicazione dei lavori di consolidamento e ristrutturazione dell'ex ospedale "S. Agostino" di Ostia e realizzazione di un nuovo presidio.

Il ricorso introduttivo è affidato alla denuncia di tre profili di gravame relativi alla violazione delle prescrizioni del bando di **gara** sotto diversi profili e dell'articolo 84 del d.lgs. n. 163/2006.

Con l'atto di motivi aggiunti si impugna altresì l'eventuale provvedimento di aggiudicazione; l'approvazione del nucleo di valutazione regionale, i chiarimenti dell'ASL inviati solo alla società La BETA; ed il provvedimento di invito alla stessa.

L'azienda si è costituita ritualmente in giudizio.

La controinteressata, costituitasi in giudizio, con le rispettive memorie ha confutato le argomentazioni di controparte, concludendo per il rigetto.

Con ordinanza n. 833 del 25 giugno 2008 veniva accolta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento.

Con memoria per l'udienza pubblica la difesa del ricorrente sottolineava le argomentazioni a sostegno delle proprie tesi.

All'udienza pubblica, su richiesta dei patrocinatori delle parti, la causa è stata dunque trattenuta per la decisione.

Il dispositivo è stato ritualmente depositato in segreteria l'8 Ottobre 2008 ai sensi dell'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205

## DIRITTO

1. Nell'ordine logico delle questioni devono essere preliminarmente affrontati i primi due motivi del ricorso introduttivo.

**1.1.** Con il primo motivo l'ATI ricorrente lamenta l'illegittimità della ammissione della controinteressata all'appalto concorso per i lavori di ristrutturazione dell'ex ospedale Sant'Agostino di Ostia, per violazione del contenuto letterale del bando di cui al punto III: per la ricorrente i concorrenti avrebbero dovuto possedere alternativamente o l'attestazione rilasciata dalla SOA in corso di validità per provare la qualificazione per le prestazioni di progettazione e costruzione della categoria OG1, in classifica IV; ovvero avrebbero necessariamente dovuto costituire un raggruppamento temporaneo di imprese con i soggetti di cui all'art. 90, comma 1 della lettera d), e) ed f) del d.lgs. n. 163/2006. La ricorrente, che era in possesso dell'attestazione per la sola costruzione, aveva dichiarato di volersi avvalere per i requisiti mancanti della progettazione, ai sensi dell'art. 90 del d.lgs n. 163, dell'arch. Armando Latini quale Presidente e Direttore tecnico del Consorzio European Engineering – Consorzio stabile di ingegneria.

Tale modalità avrebbe costituito una violazione della specifica normativa di **gara** che non consentiva nessun altro tipo di modalità di partecipazione alla **gara**.

L'assunto va respinto.

Deve al riguardo sottolinearsi, in primo luogo, come l'articolo 53 terzo comma del codice dei contratti espressamente consente agli operatori economici, i quali non siano in possesso dei requisiti prescritti per i progettisti, la facoltà di *"avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta"*, in alternativa alla possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

Tale espressione deve, perciò, essere letta in relazione all'art. 49 del codice medesimo e degli artt. 47 e 48 della dir. 2004/18 che consente al concorrente, in relazione ad una specifica **gara**, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere

economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

In tale direzione, dal mancato richiamo del bando di **gara** a quest'ultima possibilità non può farsi discendere l'impossibilità per i concorrenti di utilizzarla.

L'enfasi, forse eccessiva sulla natura di *lex specialis* del bando di **gara**, non può far concludere che l'interpretazione delle relative clausole possa prescindere dalla vincolatività diretta dalle altre norme ancorché non espressamente richiamate. Nell'ordinamento contemporaneo l'ambito proprio del bando degli atti di **gara** può essere individuato in relazione:

a. a funzioni meramente integrative delle disposizioni di legge: per quelle parti del procedimento di **gara** che le stesse norme lasciano alla libera discrezionalità della stazione appaltante (quelle che un grande maestro chiamava le "aree bianche" lasciate dalla legge);

b. a prescrizioni comunque dirette a disciplinare quegli aspetti di dettaglio del futuro assetto del contratto che attengono alla prestazione, alle sue modalità esecutive, alle sue garanzie, ecc.. In tale quadro le perplessità interpretative connesse alla formulazione di un bando o di un disciplinare di **gara** devono essere necessariamente risolte in via esegetica raccordando le norme incongruenti alle disposizioni del Codice ed ai principi dell'Ordinamento comunitario.

In tale scia, l'interpretazione di previsioni del bando che appaiono incomplete o perplesse non possono, in ogni caso, comportare una restrizione alle posizioni soggettive dei concorrenti, così come sono direttamente riconosciute dalla normativa comunitaria.

Nel caso di specie, dunque, non può essere condiviso l'assunto della ricorrente circa la sussistenza di un divieto (che peraltro sarebbe stato illegittimo) di ricorrere all'avvilimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti per la progettazione, per cui la carenza del punto III del disciplinare di **gara**. Esattamente dunque la stazione appaltante ha consentito il ricorso ad una facoltà giuridica espressamente riconosciuta dalla legge.

**1.2** Con il secondo motivo la ricorrente lamenta l'inidoneità del progetto tecnico presentato dalla società aggiudicataria che avrebbe dovuto essere escluso per un duplice ordine di ragioni:

-- in primo luogo il progetto dell'aggiudicataria avrebbe violato la delibera della giunta regionale del Lazio n. 1269/2000 che disciplina i requisiti tecnici per la realizzazione di strutture destinate ad ambulatori chirurgici, per la redazione di controsoffittatura che avrebbero portato l'altezza minima ad un livello inferiore ai 3 m prescritti dalla predetta delibera. Né le difformità avrebbero potuto essere giustificate invocando le previsioni della delibera di Giunta Regione Lazio n. 424 del 2006 che condizionavano l'autorizzazione all'esercizio alle strutture sanitarie private ad un'altezza minima netta

utile non inferiore a metri 2,7 che non si sarebbe potuto applicare agli ambulatori chirurgici pubblici, la cui specifica disciplina di settore non era affatto abrogata ma anzi era espressamente richiamata dalla delibera della Giunta Regionale n. 424 citata;

-- il progetto avrebbe presentato canali di climatizzazione/ventilazione sporgenti dalle pareti e dalle controsoffittature che avrebbero finito per ridurre l'altezza del locale ad una misura inferiore anche a quella minima di metri 2,7.

L'assunto è infondato in punto di fatto.

Non pare necessaria una consulenza tecnica di ufficio dato che dalle sezioni del progetto risulta indicata una misura superiore ai 3 mt. che era peraltro confermata dal confronto della scala sui disegni medesimi.

Inoltre la disciplina tecnica che fissa i limiti per l'altezza degli ambulatori non può che essere unico per tutti, a prescindere dalla natura pubblica o privata, delle relative proprietà.

La censura deve dunque essere respinta.

**2.** Devono poi essere esaminati gli ulteriori motivi di gravame introdotti con i motivi aggiunti.

**2.1** Il primo motivo è articolato in diversi capi di doglianza tutti diretti a censurare asserite carenze documentali dell'offerta della società La BETA.

**2.1.1.** E' infondato il primo profilo in quanto, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, dalla copia delle documentazioni versate risulta che l'aggiudicataria aveva puntualmente presentato la dichiarazione di cui al modello C e D richiesti dal punto III. 2 del bando.

**2.1.2.** Parimenti infondata è la doglianza relativa all'omessa attestazione del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 comma 1 lett. b) e c) del codice dei contratti con riferimento agli amministratori della società che aveva ceduto all'aggiudicataria, il ramo di azienda relativa ai lavori della categoria OG2.

La cessione di tale categoria, non solo concerneva una categoria del tutto estranea all'ambito dei lavori per cui è causa, ma e ciò è risolvibile non aveva comportato il trasferimento di alcun amministratore o direttore tecnico per cui sarebbe sopravvenuta la necessità di accertare la pendenza di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423; o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 ovvero di una sentenza di condanna passata in giudicato, incidenti sulla mortalità professionale.

**2.1.3.** Infondati in punto di fatto sono poi il terzo ed il quarto motivo con cui si lamenta l'irregolarità delle dichiarazioni depositate in **gara** dall'aggiudicataria e dall'architetto

Latini del Consorzio European Engineering: contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti dall'esame della documentazione versata in atti risulta infatti che tutte le dichiarazioni prodotte sono state ritualmente accompagnate dalle fotocopie del documento d'identità dei relativi firmatari.

**2.1.4.** Con il quinto motivo si lamenta l'inidoneità delle dichiarazioni prodotte dalla La BETA per l'omessa sottoscrizione da parte del titolare di tutte le pagine della stessa.

Anche tale assunto è fattualmente infondato. Risulta infatti dalla documentazione versata in atti di causa che ogni foglio delle dichiarazioni risulta timbrato sulla congiunzione e siglato.

**2.1.5.** Infine del tutto privo di supporto probatorio risulta essere la presunta inidoneità del progetto tecnico per violazione delle disposizioni antincendio di cui al D.M. 18 settembre 2002, in quanto in nessuna parte è dato rinvenire indicazioni sull'utilizzo di materiali di classe uno.

Al contrario nella relazione tecnica è dichiarato l'utilizzo di materiali classe "0" per i corridoi, i disimpegni, le scale ecc. .

**2.2.** Del tutto inconferente appare poi il secondo motivo con cui si lamenta la illegittimità dei chiarimenti che erano stati forniti alla sola impresa aggiudicataria ma non erano stati comunicati alla ricorrente.

In linea di principio, la tutela della *par condicio* impone che le informazioni di cui al terzo comma dell'art. 71 del codice dei contratti debbano essere comunicate dalle stazioni appaltanti nei termini prescritti a tutti i soggetti invitati nelle procedure ristrette, ovvero debbano essere pubblicate sul sito informatico alla voce del c.d. "Profilo del committente" nella procedura aperta.

Tuttavia tale precetto deve essere applicato in senso funzionale al procedimento per cui, solo quando le informazioni complementari concernono determinati aspetti tecnici assolutamente rilevanti ai fini dell'offerta, la mancata estensione a tutti i partecipanti diviene elemento di radicale illegittimità.

Al contrario, nel caso di mere opinioni del Responsabile del procedimento circa l'applicazione o meno di una determinata disposizione di legge al caso, la mancata estensione a tutti si risolve in una mera irregolarità, che come tale *vitiatur sed non vitiat*.

Nel caso, le informazioni non concernevano infatti aspetti della prestazione o dell'offerta ma le modalità di applicazione di una norma di legge, quale nella specie l'articolo 53 del codice dei contratti.

Per le ragioni compiutamente spiegate in precedenza qui non c'è stata alcuna modifica sostanziale del bando ma solo uno specifico richiamo alla lettera della norma da applicare.

In tali casi infatti tali informazioni aggiuntive non possono essere ragguagliate a quelle che la dottrina, una volta, definiva come “promessa di provvedimento” in quanto non possono costituire un vincolo per i futuri comportamenti della stazione appaltante.

Di qui la legittimità dei chiarimenti dell'ASL sul punto.

**2.3.** Con il terzo capo dell'atto di motivi aggiunti si lamenta che la commissione erroneamente avrebbe preso in considerazione gli importi offerti anziché i ribassi come sarebbe prescritto dal DPR n. 554 agli articoli 89 primo comma, 90 sesto comma, ed articolo 91 terzo comma, e confermato dagli allegati C ed E del DPR cit. .

L'assunto è infondato.

Del tutto inconferenti, in quanto estranei alla **gara** in questione sono rispettivamente i richiami: alla lettera dell'articolo 89 del regolamento n. 554 (che concerne il diverso criterio di aggiudicazione del massimo ribasso); all'art. 91, terzo comma (che nulla dice in specifico e rinvia all'allegato B.); ed agli allegati C (che concerne di appalti pubblici di servizi di progettazione) ed E (che concerne il metodo della c.d. forcilla”) del D.P.R. 554/1999.

Infine decisivo per il rigetto della censura appare il riferimento fatto, relativamente i fattori di tipo quantitativo, dalla lettera b. dell'allegato B. del cit. D.P.R. n. 554 ai “*valori degli elementi offerti più convenienti dalla stazione appaltante*”.

L'art. 83, primo comma lett. a) fa riferimento al “prezzo” offerto ed al 5° comma ripete il principio per cui si devono utilizzare “*metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa*”.

Il motivo va dunque respinto.

**3.** Deve invece essere accolto il terzo motivo del ricorso introduttivo con cui, in via subordinata, la ricorrente lamenta la legittimità dell'intera procedura di valutazione posta in essere da una commissione nominata in violazione dell'articolo 84 del decreto legislativo N. 163/2007. La stazione appaltante:

a. non ha verificato l'assenza in organico di risorse interne dotate di adeguata professionalità (comma 8°);

b. ha nominato un professionista esterno, l'ingegner Remigio Benedetto Tecchia senza esperire la procedura di scelta nell'ambito di elenchi formati “*sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali*”;

c. non ha effettuato alcuna motivazione sull'esperienza dei commissari, né nello specifico settore dei lavori, come prescrive il secondo comma del ricordato articolo 84.

Di qui l'illegittimità dell'intera procedura esperita.

L'assunto è meritevole di accoglimento nei sensi che seguono.

Preliminarmente deve rilevarsi come, nei riguardi della presente censura sussiste l'interesse della ricorrente sia pure limitato all'interesse strumentale alla ripetizione della **gara**.

Nel merito, l'irregolare nomina e composizione della Commissione giudicatrice è idonea a viziare l'esito del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale in quanto l'art. 84 del d.lgs n. 163/2006, a tutela dell'imparzialità dei giudizi, impone:

-) che gli stessi componenti debbano preliminarmente dichiarare la eventuale sussistenza di cause di astensione previste dall'articolo 51 codice di procedura civile (7° comma);

-) che *“I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

-) che i commissari diversi dal presidente qualora non siano scelti tra funzionari delle altre amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, possono essere individuati -- con l'applicazione del criterio della rotazione -- solo tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza (8° comma).

Ciò posto, esattamente la ricorrente ricorda che il ricorso a commissari “esterni” è consentito solamente in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità; ovvero negli altri casi previsti dal regolamento, e dunque come criterio sussidiario (cfr. T.A.R. Lazio - Roma - Sezione II 13 Febbraio 2008 N. 1268; T.A.R. Lazio - Roma - Sezione III Ter - Sentenza 4 Febbraio 2008 N. 905).

Deve dunque darsi specificamente atto, nel provvedimento di nomina, della sussistenza del presupposto legale per il ricorso a professionalità esterne quale nella specie l'insufficienza delle necessarie professionalità all'interno della stazione. La norma infatti consente di ricorrere ad estranei solo “in caso di **accertata** carenza in organico di adeguate professionalità” da parte del responsabile del procedimento.

La stazione appaltante non gode dunque di una discrezionalità assoluta relativamente alla nomina dei soggetti che può designare quali componenti della commissione valutatrice, perché la norma delimita in maniera assoluta le categorie nell'ambito delle quali può essere esercitata la sua discrezionalità di scelta; in sintesi, possono essere dipendenti della stazione appaltante non coinvolti nel procedimento, ovvero dipendenti

di altre amministrazioni, o ancora professionisti o professori universitari individuati in base alle terne.

Le particolari garanzie procedurali poste dal legislatore delegato sono propriamente dirette ad assicurare l'imparzialità e la tendenziale terzietà del giudizio della commissione aggiudicatrice, sono logicamente ancorate alla presupposizione che la nomina della commissione abbia una diretta influenza con la fase della valutazione delle offerte tecniche.

In ogni caso, in relazione alle finalità perseguite dalla norma, la procedura di cui all'art. 84 ottavo comma (come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera l), d.lgs. n. 113 del 2007) costituisce un paradigma inderogabile.

In conseguenza la violazione delle regole sulla nomina della commissione si risolvono nella messa in pericolo sia della *par condicio* tra i concorrenti, che dell'imparzialità della scelta finale. Ed è per questo quindi che deve essere considerata illegittima la individuazione dei componenti al di fuori delle categorie specificamente indicate dalla legge a far parte delle commissioni aggiudicatrici nelle gare d'appalto.

Tale violazione, di rilievo esclusivamente procedimentale (ma non formalistico), prescinde quindi da ogni considerazione circa la specifica professionalità, competenza e serietà dei soggetti in concreto nominati.

Nel caso, come è indirettamente confermato dal tenore delle difese dell'ASL, la nomina di un ingegnere, in relazione alla sua particolare competenza in materia di edilizia sanitaria, era *ex se* illegittima solo in quanto il medesimo, (non risultando essere dipendente da alcuna pubblica amministrazione) non era stato individuato nell'ambito delle predette rose.

L'illegittimità della relativa nomina e della conseguente partecipazione alle valutazioni della Commissione giudicatrice è dunque decisiva ai fini della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

In definitiva, in tali esclusivi limiti, il ricorso è dunque fondato e deve essere accolto.

In conseguenza deve essere annullata la delibera n. 157/2008 e, per l'illegittimità derivata, tutti i verbali della Commissione, ma anche della **gara** stessa il cui esito appare in ogni caso segnato in maniera irreversibile in relazione alla conoscenza delle offerte tecniche.

Le spese del giudizio possono, nondimeno, essere compensate tra le parti.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio– Sez.III<sup>^</sup>-quater :

1. accoglie il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annulla la delibera n. 157/2008 e, per l'illegittimità derivata, tutti i verbali della Commissione giudicatrice della **gara** ed il provvedimento di aggiudicazione della stessa.

2. Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio– Sez.III<sup>^</sup>-quater, in Roma, nella Camera di Consiglio dell'8 ottobre 2008.

**IL PRESIDENTE    dr. Mario Di Giuseppe**

**L'ESTENSORE    dr. Umberto Realfonzo**