

N. 01195/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00903/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 903 del 2014, proposto da:

Clea S.C., rappresentato e difeso dagli avv. Stefania Lago, Nicola Creuso, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR, ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

contro

Comune di Pieve di Soligo, rappresentato e difeso dall'avv. Rossella Tramet, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR, ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.; Provincia di Treviso, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Rapticavoli, Mario Feltrin, Sebastiano Tonon, con domicilio eletto presso Sebastiano Tonon in Venezia, San Marco, 3901;

nei confronti di

Setten Genesio S.p.A., Fiel S.p.A., Presystem S.p.A., rappresentati e difesi dall'avv. Diego Signor, con domicilio eletto presso Francesco Acerboni in Mestre-Venezia, via Torino, 125;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore del raggruppamento controinteressato della concessione per l'affidamento della redazione della progettazione esecutiva, della realizzazione dei lavori di costruzione e della gestione della nuova palestra polifunzionale di Pieve di Soligo, assunto con determinazione n. 279 del 16.5.2014 e della comunicazione del 20.5.2014 del Comune intimato; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pieve di Soligo e di Provincia di Treviso e di Setten Genesisio S.p.A. e di Fiel S.p.A. e di Presystem S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposta da Setten Genesisio S.p.A., Fiel S.p.A., Presystem S.p.A.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 agosto 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Clea s.p.a. ha chiesto l'annullamento del provvedimento datato 16 maggio 2014 di aggiudicazione dell'appalto di progettazione dei lavori e della gestione della palestra polifunzionale del Comune di Pieve di Soligo disposto in favore del RTI tra le imprese Setten Genesisio s.p.a., Fiel s.p.a. e Pre System s.p.a. (a.t.i. Setten).

2. La ricorrente espone di aver partecipato alla procedura selettiva avviata dalla Provincia di Treviso (per conto del Comune di Pieve di Soligo) per l'affidamento dell'appalto suddetto, con pubblicazione del bando nella GURI il 15.11.2013 (oltre che nella Gazzetta dell'UE l'8.11.2013) e termine del 31.12.2014 per presentare le offerte, classificandosi al secondo posto.

3. Il gravame è affidato ai seguenti tre motivi:

a) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 poiché sarebbe stata omessa la prescritta 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, 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 "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", 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) - che non risulterebbe mai approvato da parte dell'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 non sarebbe mai stato approvato dalla stazione appaltante.

4. Si è costituita in giudizio la Provincia di Treviso controdeducendo nel merito di tutte le censure e chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Anche il RTI tra le imprese Setten Genesisio s.p.a., Fiel s.p.a. e Pre System s.p.a. si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo ricorso incidentale volto a sostenere che la ricorrente principale dovesse essere esclusa con conseguente carenza di legittimazione all'impugnativa nei confronti degli atti di gara.

5.1. Il ricorso incidentale è articolato nelle seguenti censure:

a) violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 per 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, «nella denegata ipotesi» in cui si «ritenesse fondato il terzo motivo di ricorso principale», dovrebbe conseguire che la promissaria capogruppo "A.I. Progetti architettura ingegneria s.c." sia sprovvista dei requisiti minimi di capacità tecnica richiesti in relazione alla "parte servizi" poiché non sarebbe stata allegata alcuna prova circa la realizzazione delle "tre torri dirigenziali" oggetto del servizio di progettazione svolto a favore del committente privato Metroter s.r.l.

6. In sede di decisione della domanda cautelare la causa è stata trattenuta per essere decisa in forma semplificata, ricorrendo tutti i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a.

## DIRITTO

7. Preliminarmente deve essere stabilito l'ordine logico dell'esame delle questioni.

7.1. Il Collegio ritiene che, pur essendo stato proposto un ricorso incidentale 'escludente' in quanto solleva un'eccezione di carenza di legittimazione della ricorrente principale non aggiudicataria, debba essere esaminato prioritariamente il ricorso principale per ragioni di economia processuale.

8. Può ora passarsi all'esame del merito del ricorso principale.

8.1. Il primo motivo si fonda sul presupposto secondo cui Setten s.p.a. avrebbe 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 (31.1.2014), con la conseguenza che il concorrente avrebbe dovuto presentare la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in relazione ai soggetti muniti di potere di rappresentanza e dei direttori tecnici della dante causa Consta s.p.a..

8.2. Tale presupposto è erroneo: dalla documentazione versata in atti, emerge invece che il contratto di affitto di ramo di azienda in questione è divenuto efficace a partire dal 13 febbraio 2014, e dunque in epoca successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

8.2.1. In particolare, dal combinato disposto degli artt. 1, lettera p), e 6 del contratto di affitto in questione si evince che l'efficacia del negozio sarebbe decorsa dalla data in cui «il Closing avr[ebbe avuto] luogo ai sensi dell' art. 8», ossia - a seguito dell'ulteriore scrittura privata del 10 febbraio

2014 - a partire dal 13 febbraio 2014, giorno di consegna della fideiussione cui era stata espressamente subordinata l'efficacia del contratto, «avendo inteso le parti derogare alla retroattività delle condizioni sospensive » (cfr. doc. 7 della controinteressata).

8.3. Conseguentemente, a prescindere dalla questione se, in ragione del contratto d'affitto, si sia realizzata o meno una continuità nella gestione dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi tra i soggetti imprenditoriali Consta s.p.a. e Setten s.p.a., deve in ogni caso escludersi che sussistesse alcun onere dichiarativo in ordine ai requisiti morali (di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006) degli amministratori con poteri di rappresentanza e dei direttori tecnici appartenenti ad un operatore economica (Consta s.p.a.) che, entro la data di presentazione delle offerte (31 gennaio 2014), non aveva ancora ceduto (recte: affittato) il ramo di azienda.

8.4. Quanto al secondo motivo, la pretesa inidoneità della cauzione presentata in gara dall'ATI controinteressata muove dalla premessa secondo cui, ai sensi della lettera f) del disciplinare di gara, in caso di presentazione di una polizza assicurativa o di una fidejussione bancaria, il soggetto garante avrebbe dovuto garantire al contempo la cauzione provvisoria (c.d. bid bond) e quella definitiva (c.d. performance bond).

8.5. Tale premessa è priva di fondamento.

8.5.1. La citata lettera del disciplinare di gara prescrive testualmente che la “cauzione provvisoria” pari ad euro 139.806,90 (pari all'importo complessivo dell'appalto), ridotto del 50% “per le imprese in possesso di certificazione del sistema di qualità ...”, avrebbe potuto essere fornita alternativamente mediante cauzione in contanti/titoli del debito pubblico, fidejussione bancaria, polizza assicurativa, polizza rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale dell'art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1993”.

8.5.2. Ai sensi della medesima disposizione della *lex specialis* di gara, la garanzia avrebbe dovuto prevedere espressamente, a pena di esclusione, 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”.

8.6. La mandataria Setten s.p.a. ha offerto in gara, in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, la garanzia fideiussoria n. 2014/13/6233315, a firma dall'Agente generale di “Italiani Assicurazioni s.p.a.”.

8.6.1. Detta garanzia risulta essere stata rilasciata “in conformità a quanto previsto dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006” e con la specificazione per cui “qualora il contraente risultasse aggiudicatario dell'appalto”, la stessa “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” (cfr. doc. 8 di parte ricorrente).

8.7. La citata formulazione di impegno è coerente con il dato normativo secondo cui le cauzioni prestate ex artt. 75 e 113 del codice dei contratti pubblici 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.

8.8. Conseguentemente, la verifica dei poteri del garante che ha prestato la cauzione provvisoria impegnandosi a rendere quella definitiva subordinatamente all'avverarsi della condizione dell'aggiudicazione non può fondarsi sulla base del "cumulo" dei relativi importi, ma deve essere condotta in ragione della somma, di volta in volta considerata, oggetto di garanzia.

8.9. Applicando i principi appena esposti al caso in esame, deve rilevarsi che né la "garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria", ammontante a 69.903,45 euro (cfr. doc. 8 di parte ricorrente), né quella definitiva dell'importo di 475.271,61 euro, singolarmente considerate, superano la soglia di capacità massima fissata per ciascuna garanzia nell'importo di 525.000 euro, così come attestato dalla visura camerale della Compagnia assicuratrice "Italiana Assicurazioni s.p.a." (cfr. doc. 9 di parte ricorrente).

8.9.1. Pertanto, anche il secondo motivo di ricorso deve essere respinto.

9. Passando all'esame dell'ultimo motivo di ricorso, la ricorrente eccepisce l'insufficienza/inidoneità della documentazione versata a comprova dei requisiti minimali offerta da Veneto Progetti, poiché:

a) per il servizio reso nell'ambito della procedura di project financing "per la realizzazione e la gestione della nuova sede degli uffici comunali del Comune di Conegliano" non sarebbe stato presentato entro i termini di legge "alcun certificato di regolare esecuzione dei lavori" che avrebbe dovuto essere rilasciato dalla stazione appaltante, né avrebbe mai potuto essere prodotto posto che il progetto di finanza pubblica non è mai stato approvato nemmeno nella forma della "dichiarazione di pubblico interesse";

b) quanto al progetto presentato per l'opera denominata "Nuova Cittadella Sanitaria presso il presidio ospedaliero di Treviso", il certificato di regolare esecuzione prodotto in gara "non proviene, come dovrebbe, dalla stazione appaltante, che è l'unico soggetto che può e deve rendere l'attestazione in tali casi, previa approvazione del progetto" (cfr. ricorso, pag.13), né una tale approvazione sarebbe mai potuta intervenire dal momento che l'aggiudicazione avrebbe riguardato il progetto presentato da un diverso raggruppamento di imprese.

9.1. In sostanza, secondo la ricorrente, la carenza dei requisiti tecnici minimi in capo ai progettisti indicati dal raggruppamento controinteressato deriverebbe dal fatto che in entrambe le procedure di project financing ci si troverebbe di fronte a servizi di progettazione mai approvati né tanto meno dichiarati di pubblico interesse e, pertanto, di fronte a servizi non "fatti propri" dalle stazioni appaltanti, così come invece richiesto dall'art. 263 del d.P.R. 207 del 2010.

9.2. La tesi della ricorrente troverebbe supporto in quanto affermato con la sentenza del T.A.R. del Lazio, sez. II-quater, n. 2180 del 2013, confermata dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. VI, n. 3663 del 2014).

9.3. In particolare, secondo la citata pronuncia del T.A.R. del Lazio, l'art. 263, comma 2, seconda parte, sarebbe finalizzato «ad equiparare le prestazioni rese a favore di soggetti pubblici a quelle rese a favore di soggetti privati, purché vi sia prova della realizzazione dei relativi lavori o almeno della loro concreta realizzabilità. Nel caso dell'impresa che usa il progetto solo per partecipare ad una gara pubblica, invece, tale omogeneità di situazioni non si ravvisa in quanto la progettazione ha in questo caso come vero destinatario il committente pubblico. In questo quadro è chiaro che qualunque attestazione di buona e regolare esecuzione da parte dell'impresa che ha dato l'incarico di progettazione ma che non è il vero destinatario di essa non può avere alcun rilievo, ai fini della

comprova della validità e realizzabilità del progetto» (così TAR Lazio, Sez. II-quater, n. 2180 del 2013).

9.4. Il Consiglio di Stato ha confermato la citata pronuncia di primo grado suddetta, pervenendo tuttavia a conclusioni parzialmente difformi da quelle del giudice di primo grado, poiché ha ritenuto che, ai fini della loro valutabilità, i servizi di progettazione svolti a favore di un *committente privato* siano solo quelli in cui i lavori ad essi connessi siano stati anche “*eseguiti*” (non essendo quindi sufficiente la mera “*concreta realizzabilità*” di essi).

9.5. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che l’art. 263 del d.P.R. 207 del 2010 «contiene due diversi precetti. Il primo precetto riguarda i servizi di progettazione che, inseriti nell’ambito di una procedura amministrativa, siano stati formalmente “approvati” dal committente pubblico che, ad esempio, si è determinato nel senso di aggiudicare la gara al soggetto cui quei servizi si riferiscono. In questo caso non rileva che successivamente all’approvazione i lavori relativi alla progettazione non siano stati realizzati. Il secondo precetto riguarda i servizi di progettazione svolti per conto di un committente privato. *In questo caso i lavori connessi alla progettazione devono essere stati eseguiti.* La differenza di trattamento normativo rinviene la sua giustificazione nella diversità soggettiva dei destinatari dei servizi di progettazione: da una parte, la pubblica amministrazione che, in qualità di committente pubblico, offre garanzie di certificazione anche in mancanza della concreta attuazione del progetto; dall’altra parte, il committente privato che assicura un livello analogo di garanzie soltanto nel caso in cui il progetto abbia ricevuto concreto svolgimento mediante l’esecuzione dei lavori. In definitiva, la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell’operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione “approvati” da un’altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione “eseguiti” per conto di un committente privato» (così Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3663 del 2014).

10. Il Collegio ritiene che i principi appena esposti non si attagliano alla fattispecie oggetto di scrutinio.

10.1. La *lex specialis* di gara richiedeva, con riguardo ai requisiti di capacità tecnica per la parte dei servizi, 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 di gara).

10.2. Veniva altresì 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”.

10.3. Il bando è stato pubblicato nella Gazzetta dell’U.E. in data 8.11.2013 e nella G.U.R.I. il 15.11.2013.

11. La controinteressata, ai fini della dimostrazione del requisito in parola, 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 l’avvenuta effettuazione della prestazione: “prestazione conclusa: sì” (cfr. doc. 14 della controinteressata).

11.1. Il progetto preliminare presentato dall’a.t.i. CCC/Gemmo Impianti, in qualità di aspirante “promotore”, è stato dichiarato “ammissibile” dall’amministrazione aggiudicatrice (cfr. verbale del 31.8.2004 dell’Area Servizi al Territorio della Città di Cinegliano, cfr. doc. 17 della controinteressata), ma la procedura non si è mai conclusa (cfr. doc. 14 della ricorrente), con la conseguenza che non è stata effettuata alcuna valutazione né del grado di fattibilità delle proposte né dell’interesse pubblico dell’opera.

11.2. Con riguardo alla procedura di project financing indetta dall’AULSS n. 9 di Treviso – per l’affidamento del contratto di costruzione e gestione relativo alla progettazione definitiva ed esecutiva, alla esecuzione dei lavori di realizzazione della “Cittadella Sanitaria” presso il Presidio Ospedaliero di Treviso – Veneto Progetti (quale società facente parte della relativa a.t.i. fra progettisti) ha proceduto a redigere a favore del soggetto privato Impresa Costruzioni G. Maltauro s.p.a. (quale mandataria della costituenda a.t.i. che poi ha presentato il progetto) il “progetto preliminare/offerta” relativo all’opera suddetta (cfr. doc. 21 controinteressata).

11.3. L’a.t.i. Costruzioni G. Maltauro s.p.a. ha poi presentato il progetto nell’ambito della suddetta procedura classificandosi seconda nella relativa graduatoria provvisoria stilata nel corso del 2012 (cfr. doc. 23 controinteressata), senza tuttavia che ad oggi risulti conclusa la citata procedura, non essendo ancora intervenuta alcuna aggiudicazione definitiva.

11.4. Al fine della comprova del servizio di progettazione in esame, è stata prodotta un’attestazione proveniente dal committente Costruzioni G. Maltauro s.p.a. nella quale il direttore generale di detta impresa 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 l’avvenuta “regolarità dei servizi di ingegneria prestati”.

11.5. Pertanto, le dichiarazioni in esame evidenziano, in entrambi i casi, che Veneto Progetto s.p.a. ha proceduto a redigere la progettazione in forza di uno specifico contratto avente come controparte un operatore economico privato, senza mai entrare a far parte dell’a.t.i. concorrente.

11.6. A comprova dell’effettivo espletamento della prestazione di progettazione, sono state altresì allegate le fatture rispettivamente emesse per ciascun incarico di progettazione, che risultano regolarmente pagate dal committente privato.

12. Orbene, ad avviso del Collegio, tali servizi di progettazione, benché destinati a far partecipare un operatore economico ad una procedura pubblica di finanza di progetto, non possono essere considerati “servizi di progettazione inseriti nell’ambito di una procedura amministrativa”, poiché essi si sono svolti esclusivamente nell’ambito di un rapporto contrattuale privatistico.

12.1. La disciplina della “valutabilità” del requisito in esame è contenuta nell’art. 263, comma 2, del d.P.R. 207 del 2010, che così prescrive: «I servizi di cui all’ articolo 252 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. 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 è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima».*

12.2. La prima parte della disposizione in esame fa espresso riferimento ai servizi di cui all'art. 252 del d.P.R. 207 del 2010, in cui il committente è direttamente la stazione appaltante: ossia alle progettazioni rese nei confronti di stazioni appaltanti o pubbliche amministrazioni (cfr. in senso conforme TAR del Lazio n. 2180 del 2013).

Per tali ipotesi è espressamente esclusa la rilevanza della mancata realizzazione dei lavori cui i servizi stessi si riferiscono.

12.3. L'applicabilità della prima parte della disposizione in esame ai soli servizi di progettazione resi a favore di un *committente pubblico* si ricava inequivocabilmente dal riferimento in essa contenuto ai servizi ultimati e approvati nell'arco del decennio (o quinquennio) precedente alla data di pubblicazione del bando: l'uso dell'espressione "approvati" ha infatti carattere tecnico e indica che il progetto deve essere accettato dalla stazione appaltante, conformemente a quanto previsto dall'art. 252 del d.P.R. 207 del 2010, disciplinante l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria da parte delle stazioni appaltanti.

12.4. La seconda parte della medesima disposizione stabilisce invece le condizioni alle quali sono valutabili anche i servizi svolti per un *committente privato*.

12.4.1. In particolare, secondo tale disciplina, i servizi di progettazione resi a favore di soggetti privati possono essere documentati mediante:

a) *"certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati"*;

b) dichiarazione dell'operatore economico che fornisca prova dell'esecuzione del servizio alternativamente attraverso: 1) *"gli atti autorizzativi o concessori"*, inerenti il lavoro per il quale la prestazione è stata svolta; ovvero 2) *"il certificato di collaudo"* inerente il medesimo lavoro;

ovvero ancora 3) *"copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima"*.

12.5. Le suddette modalità di prova dell'esecuzione del servizio svolto a favore di soggetti privati sono fra loro alternative.

12.6. Inoltre, secondo la lettera della disposizione da ultimo citata, anche nel caso di "committente privato", la concreta realizzazione dei lavori oggetto di progettazione non assume rilievo indefettibile, poiché essa viene in considerazione solo nel caso in cui si produca a comprova il "certificato di collaudo" (attestante senz'altro l'esecuzione dei lavori per i quali vi è stata la progettazione), essendo evidente che quando la disposizione ammette la prova della prestazione svolta mediante "copia del contratto e delle fatture" si riferisce unicamente al contratto di progettazione e alla corrispondente prestazione progettuale resa, prescindendo dalla realizzazione/esecuzione così come dalla concreta realizzabilità del progetto stesso.

12.7. Infine, l'esistenza dell'autorizzazione o della concessione, pur riguardando senz'altro i lavori cui la progettazione si riferisce, non implica affatto che essi siano stati anche realizzati, richiedendo soltanto la loro concreta "realizzabilità".

12.8. Applicando al caso in esame la disciplina suddetta, il fatto che la procedura di project financing alla quale ha partecipato l'ATI CCC e Gemmo Impianti s.p.a. (committente privato del servizio di progettazione reso da Veneto Progetto) non abbia avuto alcun concreto seguito, nemmeno in termini di "dichiarazione di pubblico interesse" della proposta, non incide sull'esistenza e sulla validità del rapporto contrattuale per la progettazione delle opere medesime intercorso esclusivamente fra il progettista e il committente privato e documentate in gara mediante la dichiarazione di quest'ultimo e le fatture concernenti le prestazioni dei servizi effettivamente resi.

12.9. Né può ritenersi che, ove il progetto commissionato dal privato sia utilizzato per partecipare ad una procedura pubblica, il reale "committente" sia la stazione appaltante, anziché il privato.

13. La natura del soggetto committente non può invero dipendere dalla destinazione "finale" del progetto, dovendosi ricavare la natura pubblica o privata di tale soggetto in base ai principi generali in materia di rapporti giuridici e dunque esclusivamente con riguardo a colui che in concreto ha commissionato il progetto di progettazione, stipulando il relativo contratto e retribuendo la specifica prestazione.

13.1. Ciò è ancora più evidente nelle operazioni di progetto di finanza in esame, in cui il progettista non è entrato mai in rapporto con l'ente pubblico e l'"offerta" in concreto presentata all'amministrazione è frutto di valutazioni in ordine alla capacità di una determinata iniziativa economica, cui il progetto si riferisce, di generare flussi di cassa sufficienti per garantire la remunerazione del capitale investito e del rischio assunto sulla base dell'elaborazione di uno specifico piano economico-finanziario, che sono all'evidenza riferibili esclusivamente al soggetto proponente e del tutto estranee alla causa del contratto di progettazione.

13.2. Peraltro, oltre ad essere in contrasto con la lettera della disposizione, la premessa su cui poggia la pretesa indefettibilità della realizzazione dei lavori nel caso di committenza privata non appare convincente neanche sotto il profilo logico-sistematico.

13.3. In particolare l'affermazione secondo cui «il committente privato (...) – a differenza di quello pubblico che procede alla scelta del miglior progetto attraverso una gara – di norma non ha competenze tecniche che gli permettano di verificare la validità di un progetto se non dopo aver effettuato i relativi lavori» (così TAR Lazio n. 2180 del 2013, cit.) appare controvertibile sotto entrambi i profili.

13.4. Da un lato, infatti, deve osservarsi che l'eventuale aggiudicazione di una determinata commessa pubblica mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non seleziona necessariamente il "miglior progetto" sul piano tecnico, poiché la scelta dipende da un confronto concorrenziale che è la risultante di valutazioni integrate delle componenti tecniche ed economiche delle offerte complessivamente considerate, sicché i progetti non selezionati non sono necessariamente qualitativamente inferiori a quello risultato vittorioso, ben potendo darsi l'ipotesi contraria.

13.5. Né può astrattamente escludersi che il progetto in concreto selezionato dal soggetto pubblico mediante l'aggiudicazione sia suscettibile di varianti in corso d'opera per «il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione» (art. 132 del d.lgs. n. 163 del 2006).

13.6. Dall'altro lato, è ipotizzabile che la mancata realizzazione dei lavori da parte del privato di un determinato progetto a suo tempo commissionato non dipenda da valutazione negative attinenti al

profilo tecnico di quest'ultimo, ma da valutazioni relative alla concreta fattibilità/convenienza dell'iniziativa complessivamente considerata.

13.7. Così ad esempio la mancata realizzazione di un importante progetto di opere di urbanizzazione primaria (di valore inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 16, comma 2-bis, del d.P.R. 380 del 2011) potrebbe dipendere dalla rinuncia del privato di richiedere il permesso di costruire in quanto troppo oneroso e, dunque, da ragioni che esulano totalmente dalla prestazione intellettuale resa.

14. Pertanto, alla stregua del dato normativo vigente, non può ritenersi che, ai fini della loro valutabilità in termini di requisiti tecnici per la partecipazione a gare pubbliche, i servizi di progettazione resi al committente privato debbano necessariamente riferirsi a progetti in cui il lavoro cui stato anche "realizzato" o comunque "approvato" dalla pubblica amministrazione poiché una siffatta interpretazione introdurrebbe condizioni in contrasto con la lettera dell'art. 253, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto tali non comprese nelle possibilità ermeneutiche della norma.

15. Conseguentemente, il lamentato difetto della documentazione prodotta per la prova del possesso dei requisiti tecnici minimi di partecipazione alla gara *de qua*, da parte della controinteressata, deve ritenersi insussistente.

16. Il ricorso principale deve pertanto essere respinto sotto tutti i profili sollevati.

16.1. Dalla reiezione del ricorso principale deriva l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale.

17. Le spese di giudizio, considerata in particolare la novità e la complessità della questione sollevata con il terzo motivo di ricorso, possono essere eccezionalmente compensate fra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e, conseguentemente, dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 1 agosto 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2014

IL SEGRETARIO

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