

23 NOV. 2010

La presente deliberazione viene affissa il _____ all'Albo Pretorio per rimanervi 15 giorni

PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 685 del 17 NOV. 2010

Oggetto: Consiglio di Stato in S.G. Ricorso Imos srl +1 c/ Provincia di Benevento- Costituzione in giudizio- Ratifica atti e autorizzazione a stare in giudizio.

L'anno duemiladieci il giorno dieciotto del mese di NOVEMBRE presso la Rocca dei Rettori si è riunita la Giunta Provinciale con l'intervento dei Signori:

1) Prof.Ing. Aniello Cimitile	- Presidente	<u>ASSENTE</u>
2) On. Avv. Antonio Barbieri	- Vice Presidente	_____
3) Dr. Gianluca Aceto	- Assessore	_____
4) Ing. Giovanni Vito Bello	- Assessore	_____
5) avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi	- Assessore	_____
6) Dr. Annachiara Palmieri	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
7) Dr. Carlo Falato	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
8) Dr. Nunzio Pacifico	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
8) Geom. Carmine Valentino	- Assessore	_____

Con la partecipazione del Segretario Generale Dott. Claudio Uccelletti
L'ASSESSORE PROPONENTE Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

LA GIUNTA

Premesso che con ricorso notificato il 5/11/010 la Imos srl +1 proponevano appello avverso la sentenza Tar Campania n.21857/010 dinanzi al Consiglio di Stato in S.G.;

Con determina n. 823/010 si procedeva alla costituzione nel giudizio in premessa a mezzo della difesa dell'Avvocatura Provinciale;

Rilevato che in virtù di recente orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del disposto di cui all'art.50 T.U.E.L. e con espresso richiamo in motivazione a precedente normativa (art.36 legge 142/90), e pure in presenza delle attribuzioni

dirigenziali di cui all'art.107 del medesimo T.U.E.L., si ritiene sussistere la rappresentanza giudiziale dell'Ente in capo al Presidente della Provincia;

Ritenuto per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio al Presidente della Provincia nel contenzioso di cui in premessa promosso dalla Imos srl +1 c/ Provincia di Benevento con ricorso dinanzi al Consiglio di Stato in S.G. in appello alla sentenza Tar Campania n.21857/010 e ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente adottati con determina n. 823/010;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.

Il _____

Il Dirigente Settore Avvocatura
(Avv. Vincenzo Catalano)

Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,

Li _____

Il Dirigente del Settore FINANZE
E CONTROLLO ECONOMICO
(dr. Filomena Lazzazera)

LA GIUNTA

Su relazione dell'Assessore avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

A voti unanimi

DELIBERA

Per i motivi espressi in narrativa e che formano parte integrante e sostanziale del presente dispositivo:

Ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente di cui alla determina n.823/010 ed autorizzare la costituzione nel giudizio promosso dalla Imos srl +1 c/ Provincia di Benevento con ricorso dinanzi al Consiglio di Stato in S.G. in appello alla sentenza Tar Campania n. 21857/010;

Dare alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

5 NOV 2010

AL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

Ricorso in appello con istanza cautelare

della società **I.M.O.S. S.r.l.**, in persona del sig. Corrado Occhionero, legale rappresentante *p.t.*, con sede in Campobasso alla Via Monsignor Bologna n. 18, P.IVA 00717630701, e la società **INER.LAV. S.r.l.**, in persona della sig.ra Maria Teresa Cassella, legale rappresentante *p.t.*, con sede in Cusano Mutri alla C.da Limata, P.IVA 01464000627, rappresentate e difese, giusta procura a margine del presente atto, dagli Avv.ti Giuseppe Vetrano e Raffaele Titomanlio, tutti elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla Via Terenzio 7,

contro

la **Provincia di Benevento**, in primo grado rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Catalano ed elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Cimarosa n. 69, presso lo studio dell'avv. Luca Colletta (Studio Falcone)

per l'annullamento e/o riforma, previa sospensione,

della sentenza del **T.A.R. Campania, Sezione VIII, del 27.10.2010, n. 21857**, pubblicata in data 28.10.2010, con la quale è stato respinto il ricorso n. 5292/2010 proposto dall'odierno appellante per l'annullamento della:

- a) della nota prot. 10639 del 16.09.2010, con la quale il Dirigente del Settore Infrastrutture e Viabilità della Provincia di Benevento ha comunicato alle società ricorrenti l'esclusione dalla gara di "Appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori di risanamento di aree a forte dissesto idrogeologico sulla strada provinciale Cerreto Sannita - Cusano Mutri - nel Comune di Cerreto Sannita" (doc.1);
- b) di tutti gli altri atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali che possano ledere gli interessi delle ricorrenti, ivi compresi, per quanto di

Avv. Giuseppe Vetrano,
Avv. Raffaele Titomanlio,
nella qualità di leg
rappresentanti *p.t.*,
nominiamo e costituiam
procuratori e difensori del
società I.M.O.S. S.r.l. e del
società INER.LAV. S.r.l., n
presente giudizio di appel
avverso la sentenza del TA
Campania, Napoli 21857/201
conferendoVi tutti i più am
poteri di legge ivi compres
quello di sottoscrivere
presente atto, di transigere
desistere dalla lite.
Dichiariamo di aver pres
visione dell'informativa ai sens
dell'art. 13 D.Lgs. n. 196/200
ed esprimiamo il nostr
consenso favorevole a
trattamento dei dati riservati a
sensi della L. 675/96 e s.m.i.
Eleggiamo, con Voi, domicilio
in Roma presso lo studio
Titomanlio alla Via Terenzio 7

*avv. Vincenzo Catalano ed
elettivamente domiciliata in
Napoli
Luca Colletta (Studio Falcone)
Raffaele Titomanlio*


Provincia di Benevento
AOO: Prof. Generale
Registrazione Protocollo Entrata
Nr. Prot. 00299846
Data 08/11/2010
Oggetto: RICORSO IN APPELLO CON
ISTANZA CAUTELARE
Dest. Avvocatura settore: I... 1

SETTORE AVVOCATI
PROT. N. 8159
DEL 5 NOV 2010

ragione: 1) il **verbale del 14.09.2010**, non conosciuto, nel quale sarebbe contenuta la decisione della Commissione di gara di esclusione delle ricorrenti; 2) la **nota prot. 6654 del 5.8.2010**, allegata al provvedimento di esclusione, contenente il parere legale reso dal Dirigente del Settore legale della Stazione appaltante (doc.2);

FATTO

a. Le odierne appellanti proponevano ricorso al TAR Campania avverso l'esclusione dall'appalto integrato indetto dalla Provincia di Benevento per l'affidamento, mediante offerta economicamente più vantaggiosa, *della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori* innanzi citati (importo complessivo a base d'asta: € 3.350.499,58, oltre IVA).

b. In fatto, esponevano che:

- essendo prive della qualificazione SOA per prestazioni di progettazione, si sono avvalse, così come previsto dalla legge e dal bando, di professionisti *indicati* nell'offerta per provvedere alla redazione del progetto esecutivo;
- questi ultimi, interpretando letteralmente la citata clausola del disciplinare, ritenevano che la *lex specialis* consentisse ai professionisti "*indicati*" dal concorrente di cumulare i requisiti richiesti pur non essendo raggruppati;
- poiché i requisiti di ciascun singolo professionista, cumulati a quelli degli altri, superavano di gran lunga i requisiti posti a base di gara, questi ultimi hanno ritenuto superflua la costituzione di un raggruppamento temporaneo ed hanno separatamente compilato la dichiarazione secondo lo schema predisposto dalla P.A. nel modello 6 allegato al bando;
- a seguito dell'esame della documentazione amministrativa, la Commissione di gara, rilevato che nessuno dei cinque professionisti era da solo in possesso, per intero, dei requisiti progettuali previsti dal disciplinare di gara, nonostante i chiarimenti chiesti ed ottenuti, ha escluso le odierne

appellanti con la seguente motivazione: 1) nessuno dei progettisti indicati dall'Ati "risulta in possesso, per intero, dei requisiti progettuali previsti dal disciplinare di gara"; 2) i progettisti non hanno dichiarato di partecipare come RTP; 3) non risulta indicato il progettista capogruppo né i mandanti, 4) non risultano specificatamente indicate le generalità del professionista con meno di 5 anni di iscrizione di iscrizione all'ordine professionale; 5) non risulta indicata la ripartizione dei compiti fra i tecnici.

c) Poiché l'unica ragione posta a base dell'esclusione risiedeva nell'assunto secondo cui i progettisti, in mancanza dell'impegno a costituirsi in R.T.P., non potevano "cumulare" i requisiti (tutte le "carenze" contestate dalla P.A., infatti, riconducono alla "necessità" di costituire un RTP per "cumulare" i requisiti), le esponenti deducevano i seguenti motivi di ricorso (*il testo viene riportato per intero poiché i motivi vengono riproposti con l'appello*):

"I) Violazione e falsa applicazione della lex specialis (in particolare: paragrafo III.2.2 del bando di gara; punto 3, lettere a.3 e lett. c del disciplinare di gara). Eccesso di potere (Erroneità nei presupposti – Istruttoria difettosa - travisamento). Violazione dei principi del favor participationis e libera prestazione dei servizi.

I.1) ...L'assunto che la Commissione di gara pone a base del provvedimento di esclusione è errato ed in aperto contrasto con il disciplinare di gara le cui disposizioni, com'è noto, si pongono rispetto a quelle contenute nel bando in un rapporto di complementarietà (Cons. St., 22.12.1993, n. 1367). Il disciplinare stabilisce espressamente che: "... i progettisti indicati... devono, anche cumulativamente, possedere i requisiti" richiesti dal bando (punto III, c). Non c'è alcun dubbio, infatti, che l'interpretazione letterale della clausola autorizzi il concorrente ad indicare due o più progettisti (si utilizza, infatti, il plurale: "progettisti indicati) i quali possono (anzi, secondo l'espressione

letterale: “*devono*”) cumulare i requisiti richiesti (l’avverbio “*cumulativamente*” è chiaramente riferito anche ai *progettisti indicati* che devono possedere o dichiarare i requisiti richiesti).

L’utilizzo del plurale (“*progettisti indicati*”), inoltre, non può giustificarsi come una mera imperfezione grammaticale in quanto trova conferma anche nel precedente punto 3 lett. a.3) del disciplinare laddove, nel ribadire che i concorrenti privi di SOA per progettazione ed esecuzione devono indicare o associare “*soggetti qualificati alla progettazione ...*”, **si utilizza nuovamente l’espressione al plurale!**

Le espressioni utilizzate dal disciplinare per regolare il caso di specie, pertanto, sono chiare ed inequivoche e non possono dar adito a interpretazioni contrastanti da parte della P.A. né lasciano ad essa alcun margine di discrezionalità nella sua applicazione.

I punti fermi a cui ancorare l’interpretazione sono i seguenti: **a)** l’art. 19, L. 109/94, come già detto, per l’appalto integrato affida alla *lex specialis* il compito di stabilire i requisiti che deve possedere il progettista indicato dal concorrente; **b)** il citato disciplinare – letteralmente - autorizza il “cumulo” dei requisiti da parte dei progettisti; **c)** è, pertanto, legittima la decisione dei progettisti, che cumulativamente raggiungono i requisiti richiesti dal bando, di non costituire il raggruppamento temporaneo.

I.2) La tesi sottoposta all’esame dell’On.le TAR, peraltro, appare in sintonia anche con la normativa di settore.

Non solo nella *lex specialis*, ma anche nella disciplina di settore, infatti, non esiste una disposizione che, fatta eccezione per la separazione delle competenze, limiti la libertà di esercizio della professione ai progettisti (laureati ed iscritti all’Ordine professionale) imponendo, per alcune prestazioni, la costituzione di un’associazione (professionale o “temporanea”); e ciò anche

nelle prestazioni aventi ad oggetto lavori pubblici, specie quando questi non assumono la veste di “concorrenti”.

Si pensi, ad esempio, alla diffusa prassi, negli incarichi fiduciari di progettazione di importo inferiore a 20.000 euro, degli **affidamenti congiunti** che non attenuano il tradizionale carattere personale ed individuale della prestazione anche perché viene comunque fatto salvo il rispetto dell’art. 90, comma 7, del D.lgs. 163/2006 il quale valorizza la responsabilità personale di coloro che sottoscrivono il progetto.

Nell’appalto integrato, qualora l’impresa qualificata per la “costruzione” si avvalga di progettisti “indicati” in sede di offerta, l’assunto risulta ancor più evidente. In questa particolare ipotesi, infatti, **i progettisti non assumono la qualità di “concorrente”**, né quella di titolare del rapporto contrattuale con la P.A. in caso di eventuale aggiudicazione (cfr. parere dell’AVCP n. 54 del 23.10.2007). Secondo l’Autorità, nell’appalto integrato la prestazione tecnico-progettuale è equiparata ad altre voci dell’opera poiché non vengono poste in essere due separate ed autonome procedure per l’individuazione del progettista e dell’appaltatore (cfr. Delib. n. 164 del 23/05/2007).

Il suddetto orientamento si è poi consolidato anche nella giurisprudenza amministrativa secondo la quale, nel caso di appalto integrato, **il progettista indicato in sede di offerta non assume la qualità di “concorrente” che compete unicamente all’impresa rimanendo il primo un mero collaboratore esterno la cui posizione non rileva nei rapporti con la P.A. appaltante** (così Tar Piemonte, I, 27.7.2009, n. 636; TAR Lazio, Roma, sez. I, 17.4.2008 n. 3305; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 2.10.2006, n. 154; cfr., conforme, parere Ministero Infrastrutture del 26.9.2009 in cui si legge che: *“non sussistono ostacoli al fatto che la progettazione sia svolta da più soggetti, i quali cumulativamente considerati possiedono i requisiti richiesti”* dal bando).

Se, dunque, nell'appalto integrato il progettista non assume la qualità di concorrente, va allora distinto il rapporto che lega la P.A. all'appaltatore da quello che lega quest'ultimo con il progettista.

Quest'ultimo rapporto s'instaura, oltre che sugli accordi di natura privatistica, sulla base delle regole dettate dall'ordinamento professionale il quale, in generale, salvo quanto sopra accennato, consente che l'attività di progettazione venga svolta in maniera congiunta da due professionisti entrambi personalmente responsabili della prestazione resa. Nel rapporto tra la stazione appaltante e l'appaltatore, invece, assume rilievo anche il progettista indicato nell'offerta che, secondo il dettato del citato comma 1-ter, deve essere "*qualificato*", cioè deve possedere i requisiti richiesti dal bando.

In sintesi, può concludersi che, mentre l'ordinamento generale, in linea con il principio della libera prestazione dei servizi, non pone restrizioni allo svolgimento congiunto dell'attività di progettazione, la norma in tema di appalto integrato non deroga a tale regime, ma esige che questa attività venga svolta da *soggetti qualificati* ed affida al bando il compito di stabilire i requisiti da richiedere al progettista.

Poiché il bando, nello stabilire i requisiti dei progettisti, ha ammesso la possibilità del citato cumulo, la decisione dei progettisti, che cumulativamente posseggono i citati, di non costituire il raggruppamento temporaneo è in sintonia non solo con la *lex specialis*, ma anche con la normativa di settore.

I.3) L'assenza nella normativa di settore di specifiche disposizioni atte a limitare l'affidamento della progettazione a singoli professionisti e ad imporre la costituzione dell'associazione (o altra forma associativa) per cumulare i requisiti richiesti, del resto, è sostanzialmente confermata dalla

mancata indicazione, nel provvedimento impugnato, di norme che si porrebbero in contrasto con la scelta operata dai ricorrenti e dai suoi progettisti.

Le disposizioni ivi citate, infatti, rinviano alla mancata osservanza delle regole prescritte in caso di partecipazione alla gara nella forma del R.T.P., ma nel provvedimento non è indicata alcuna fonte normativa che, appunto, renda obbligatoria la costituzione di un raggruppamento tra i professionisti (o altra forma associativa) laddove questi ultimi non posseggano singolarmente i requisiti indicati dal bando.

Il suddetto obbligo, stando a quanto si legge nel parere reso dall'Avvocatura provinciale, sarebbe da rinvenirsi nel par. III.2.2) del bando di gara, laddove si legge che i concorrenti "*devono indicare o associare un soggetto professionale in possesso del requisito predetto, scelto tra quelli di cui all'art. 90, co. 1, lett. d),e)del D.Lgs. 163/2006*".

Secondo l'Avvocatura, insomma, l'articolo indeterminativo "*un*", dinanzi alle parole "*soggetto professionale*", lascerebbe intendere che il requisito professionale deve essere posseduto da un solo soggetto professionale, indicato dal concorrente, scelto tra quelli elencati nel citato articolo 90 (liberi professionisti singoli o associati ex L. 1815/39; società di professionisti; R.T.P., ecc.); in base alla suddetta tesi, insomma, sarebbe consentita l'indicazione di un solo libero professionista in possesso dei citati requisiti.

Si tratta, però, di una tesi che non può sorreggere l'esclusione per varie ragioni che saranno oggetto anche del secondo motivo di ricorso.

Per ora è sufficiente osservare che l'assunto avversario muove dall'enfaticizzazione dell'espressione "*un soggetto professionale*", ma oblitera

il resto della frase che richiama anche il comma 1, lett. d), del citato articolo 90, il quale **si esprime al plurale** (*liberi professionisti singoli*).

La lettura complessiva della clausola del bando, insomma, non esclude che il

soggetto professionale che deve possedere i citati requisiti possa essere composto da due o più professionisti non riuniti in associazione in ossequio alla clausola del Disciplinare di gara a cui si è fatto cenno.

Siffatta clausola, pertanto, essendo quanto meno non univoca, andava interpretata in maniera non restrittiva in omaggio al principio del *favor participationis* ed in conformità al più specifico interesse della P.A. ad un confronto più ampio possibile tra le offerte (Cons. St., V, 31.3.1994, n. 236).

I.4) Per mero scrupolo, infine, va aggiunto che alla mancanza di specifiche prescrizioni normative atte a limitare l'affidamento della progettazione a singoli professionisti e ad imporre la costituzione dell'associazione (o altra forma associativa) per cumulare i requisiti richiesti non può sopperire l'applicazione, in via analogica, delle norme che, in tema di partecipazione agli appalti di lavori pubblici, impongono alle imprese la costituzione del raggruppamento temporaneo quando queste ultime non siano singolarmente in possesso dei requisiti.

Si osserva, innanzitutto, che, nel caso degli appalti di lavori, i requisiti per partecipare alle gare, fin dalla famosa legge istitutiva dell'Albo Nazionale dei Costruttori (L.57/62), sono stabiliti dalla legge o da fonte sub-primaria. Nel sistema tutt'ora vigente, infatti, è l'art. 95 del DPR 554/95 (integrato dall'art. 3, co.2, del DPR 34/00) ad imporre restrizioni alla partecipazione dell'impresa singola alla gara ed a stabilire i requisiti per la partecipazione in forma associata. Si tratta, però, di norme insuscettibili di applicazione analogica sia perché dettate precipuamente per gli appalti di lavori (per il

riferimento alla SOA, alle categorie prevalenti e scorporabili, ecc.), sia perché nel codice degli appalti esiste una specifica disposizione in tema di affidamento degli incarichi di progettazione che demanda al regolamento (non ancora entrato in vigore) il compito di stabilire i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti (art. 94 del D.lgs. 163/06).

La giurisprudenza, in ogni caso, ha da tempo chiarito che la specifica normativa dettata per gli appalti di lavori pubblici “non può ritenersi espressione di un principio generale dell’ordinamento e perciò estensibile anche agli appalti di servizi, in quanto contraddetta dal diritto comunitario” (Cons. St., V, 16.11.2005, n. 6403).

I.5) In mancanza del citato regolamento nonché di altre norme che vietano l’affidamento congiunto dell’incarico di progettazione, deve, allora, ritenersi legittimo il cumulo dei requisiti autorizzato dalla lex specialis; sia l’incarico congiunto che il predetto cumulo dei requisiti, infatti, da un lato non contrastano con disposizioni di rango normativo o legislativo, dall’altro appaiono coerenti con il principio costituzionale e comunitario della libera prestazione dei servizi in base al quale non può essere penalizzata l’attività dei liberi professionisti in possesso di titoli universitari ed abilitati all’esercizio della professione.

Per tutte le ragioni innanzi esposte, deve ritenersi illegittima l’esclusione illegittima in quanto i professionisti “indicati” dalle ricorrenti possiedono, cumulativamente, tutti i requisiti previsti dal disciplinare di gara e non avevano alcun obbligo di comunicare l’intenzione di riunirsi in R.T.P..

Le ricorrenti, inoltre, contrariamente a quanto si legge nella motivazione del provvedimento di esclusione non avevano l’obbligo di indicare: **a)** né il “*professionista giovane*” poiché l’art. 51, co. 5, del D.P.R. 554/99 pone tale

obbligo esclusivamente in capo ai raggruppamenti temporanei; **b)** né le “*parti del servizio che saranno eseguite dai singoli professionisti*” poiché la disposizione è contenuta in un articolo del Codice degli appalti (art. 37, co. 4) anch’esso riferito testualmente solo ai raggruppamenti ed ai consorzi di professionisti; **c)** né il mandatario ed i mandanti in quanto la disposizione non può ovviamente trovare applicazione con riferimento ai singoli progettisti.

Sussistono, dunque, sia la violazione della *lex specialis* che espressamente autorizza il cumulo dei requisiti progettuali in capo ai professionisti singoli, sia l’eccesso di potere secondo i profili rubricati poiché i progettisti “*indicati*” dalle ricorrenti sono, come detto, in possesso dei requisiti di partecipazione prescritti.

II) Eccesso di potere per erronea interpretazione e falsa applicazione della lex specialis, nonché violazione dei principi del favor participationis e del legittimo affidamento indotto dagli atti amministrativi. Ingiustizia manifesta.

Nel primo motivo di ricorso, le deducenti hanno già provveduto a contestare la tesi dell’amministrazione provinciale che fonda il provvedimento di esclusione sulla clausola contenuta nel punto III.2.2 del bando di gara.

Con il presente motivo di ricorso, invece, si vuol dimostrare che l’esclusione è ugualmente illegittima anche nella denegata ipotesi in cui l’On.le TAR ritenesse infondate le deduzioni svolte dalle ricorrenti in ordine all’interpretazione del punto III.2.2 del bando di gara.

Si è già che la suddetta clausola, essendo quanto meno non univoca, andava interpretata in maniera non restrittiva in omaggio al principio del *favor participationis*.

L’argomento merita, tuttavia, di essere ulteriormente approfondito.

Com'è noto, la giurisprudenza da tempo ha affermato che, in caso di incertezza delle clausole di gara deve essere prescelta l'interpretazione più favorevole alla partecipazione alla procedura di gara e ciò non soltanto in omaggio al generale principio di conservazione degli atti, ma anche per garantire il più specifico interesse dell'amministrazione ad un ampio confronto tra le offerte (ex multis: Cons. St., sez. V, 31.3.1994, n. 236; Cons. St., sez. V, 7.5.1994, n. 442; Cons. St., sez. V, 26.6.1993, n. 753).

Il principio è stato avallato anche dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici proprio in relazione alle disposizioni del bando con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara; ove esse indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. Parere dell'AVCP n. 21 del 28.1.2010).

Fin dalle decisioni più risalenti, del resto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'interpretazione delle clausole cd. dubbie in modo più favorevole alla partecipazione dei concorrenti trova fondamento anche nel rispetto del "principio di legittimo affidamento indotto da atti della P.A." il quale preclude alla Stazione appaltante qualsiasi esegesi postuma delle prescrizioni di gara atta ad integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla lettura della sua formulazione (TAR Sicilia, Catania, sez. I, 1.9.114, n. 1974; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 3.2.2010, n. 1384; cfr. anche Parere dell'AVCP n. 39 del 25.2.2010).

Orbene i suddetti principi sono stati del tutto obliterati dalla P.A.!

Nel caso di specie – si badi bene – la *lex specialis* della gara era caratterizzata dalla presenza non solo della citata clausola (**la quale, essendo**

già di per sé “dubbia”, andava interpretata in senso opposto all'esclusione!), ma anche della clausola contenuta nel punto III) lett. c) del Disciplinare di gara che viene completamente obliterata nella motivazione dell'esclusione (e nel parere legale ad essa allegato) e che, come sopra esposto, consente chiaramente ai progettisti di “cumulare” i requisiti richiesti per poter svolgere la prestazione.

E' agevole, pertanto, concludere che, se i suddetti principi operano in presenza di clausole dubbie, a maggior ragione devono trovare applicazione quando, come nel caso di specie, vi sono clausole contraddittorie alcune delle quali hanno addirittura indotto le ricorrenti ad adottare le decisioni che ora vengono contestate dalla P.A.

E' fin troppo evidente che le ricorrenti, allorquando hanno presentato la propria offerta con la mera indicazione dei progettisti (non riuniti in R.T.P.), hanno agito sull'assunto di rispettare le prescrizioni della *lex specialis* che autorizza espressamente il “cumulo” dei citati requisiti; nulla, infatti, impediva alle ricorrenti di “*indicare*” anche un giovane professionista e di adempiere alle semplici formalità richieste per dichiarare l'intenzione, anche tra i professionisti, di riunirsi in R.T.P..

Deve, allora, concludersi che, quand'anche assumesse valore prevalente l'interpretazione che vieta l'affidamento congiunto a professionisti singoli, sarebbe comunque illegittimo per ingiustizia manifesta il provvedimento di esclusione dalla gara in quanto le ricorrenti sono state indotte in errore proprio a causa dell'ambigua formulazione della *lex specialis*.

Quest'ultimo profilo e quello evidenziato in relazione alla violazione del principio del *favor participationis* inducono ad insistere affinché venga comunque dichiarata illegittima l'esclusione delle ricorrenti dalla gara”.

* * *

d) Si costituiva, in occasione della udienza cautelare del 27.10 u.s., la Provincia di Benevento la quale sosteneva che:

- il bando laddove richiama i requisiti di progettazione che i concorrenti devono possedere ex art. 63, co.1., lett. o) del D.P.R. 554/99 e l'art. 90 del D.lgs. 163/00, inequivocabilmente pone una alternativa ai progettisti i quali devono partecipare o da soli, ovvero nelle forme associative previste dal Codice;
- gli affidamenti collettivi di un unico incarico a più professionisti, pertanto, sono consentiti nella sola ipotesi in cui gli stessi abbiano dato vita ad una forma associativa tipizzata dalla legge;
- il citato assunto si pone in sintonia con l'orientamento assunto dall'Autorità nella Determinazione n. 13/2000;
- l'assunto trova conferma anche nel modello di dichiarazione sostitutiva ex DPR 445/200 (allegato 6), inerente il possesso dei requisiti di ordine generale e di quelli progettuali, il quale "non contempla dichiarazioni di più professionisti singoli o, per così dire, in ordine sparso!" (pag. 7 cost.);
- la previsione di cui all'art. 3 lett. c) del disciplinare di gara, esaltata dai ricorrenti, andrebbe "letta" in coerenza con il suddetto assunto.

* * *

e) Nel corso della citata udienza, il TAR, ritenuti sussistenti i presupposti per

la sentenza ex art. 60 CPA, ha giudicato infondato il ricorso facendo riferimento ad un unico punto di fatto ritenuto assorbente.

Il TAR, infatti, rileva che: "*L'allegato VI al disciplinare reca dizione "pagina 1. (barrare l'ipotesi che interessa): libero professionista singolo; associazione di professionisti ai sensi della legge 23.11.1939 n.*

1815; □ società di professionisti; □ società di ingegneria; □ consorzio stabile di società di professionisti o società di ingegneria”.

Tanto significa che la impresa concorrente, nell'indicare (in concreto) i professionisti di cui intendeva avvalersi, doveva seguire un percorso obbligato, secondo il reticolo numerico summenzionato. Proprio compilando lo specifico modello, l'impresa prendeva dunque atto che il bando non dava adito a dubbio di sorta, potendo il concorrente beneficiare dell'ausilio tecnico di un "unico" professionista (del tutto autonomo sul piano della completezza tecnica), ovvero di un soggetto professionale: ne consegue, in termini già conclusivi, che legittimamente la commissione ha escluso una concorrente che aveva indicato non un professionista unico dotato di tutte le carature professionali richieste, ma professionisti "singoli" che avrebbero cumulato fra loro i requisiti banditi, al di fuori però dello schema associativo, come richiesto dal bando”.

* * *

La sentenza è ingiusta, errata e lesiva degli interessi delle appellanti che la impugnano per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

A) Erronea declaratoria di infondatezza. Motivazione carente

Come emerge dalla lettura della sentenza in forma semplificata (la cui parte dispositiva è riportata in maniera integrale), i giudici napoletani sono pervenuti alla decisione di respingere il ricorso sulla base di una motivazione in punto di fatto del tutto originale rispetto all'impianto difensivo della Provincia.

A.1) La decisione non affronta, ritenendola probabilmente fondata, la questione di diritto posta nel ricorso e cioè la mancanza, nella disciplina dell'appalto integrato (e nella normativa applicabile nel caso di specie ai

progettisti che non sono concorrenti), di uno specifico divieto di affidare collettivamente un unico incarico a più professionisti e di cumulare i rispettivi requisiti.

Così come sostenuto nel ricorso, infatti, i primi Giudici hanno indirizzato l'indagine sulla *lex specialis* poiché è ad essa che l'art. 19 della L. 109/94 affida il compito di stabilire i requisiti che deve possedere il progettista indicato dal concorrente.

Tuttavia, invece di affrontare le questioni ermeneutiche che nel ricorso erano poste in evidenza in relazione al punto 3, lettera a.3 ed al punto 3, lettera c, del Disciplinare di gara (cfr. 1° motivo di ricorso), la sentenza enfatizza la presenza nel Modello 6 allegato al disciplinare (cioè un fac simile!) di una serie di opzioni (da barrare) per qualificare la partecipazione del progettista all'appalto in questione; poiché tra queste opzioni (evidenziate attraverso la presenza di quadratini da barrare), oltre all'indicazione delle varie forme associative previste dalla legge, v'è solo la dicitura "libero professionista associato", il TAR conclude che "*il bando non dava adito a dubbio di sorta, potendo il concorrente beneficiare dell'ausilio tecnico di un "unico" professionista ovvero di un soggetto professionale (!?)*".

Questa è l'unica motivazione che sorregge la sentenza e, nonostante la forma semplificata, deve ritenersi che quanto riportato nel Modello 6 sia l'unico punto di fatto su cui si è radicato il convincimento del TAR o perlomeno il punto risolutivo che ha consentito di ritenere *assorbiti* tutti i motivi di ricorso.

A.2) Prima di entrare nel merito delle censure, l'Onorevole Consesso consenta di evidenziare il disagio generale che può determinare l'applicazione su *larga scala* della statuizione dei giudici napoletani; essa, in sostanza, finisce con l'affermare il principio, rivolto ai concorrenti italiani

e stranieri, che, per interpretare un bando nel nostro Paese, bisogna partire da un *fac simile* allegato al disciplinare di gara; il principio, cioè, che non conta nulla quanto contenuto nelle 124.579 parole che compongono il bando ed il disciplinare (tante ne conta il computer!) e che, per comprendere ciò che la P.A. realmente vuole esprimere, occorre avere la pazienza di leggere attentamente il modello 6 (tra gli 8 allegati) per scorgere, a fianco di 5 quadratini da barrare, la soluzione che dissolve ogni dubbio!

Perdoni l'Ecc.mo Consiglio la digressione; a volte, però, se si rimane prigionieri delle forme c'è il rischio di non comprendere la reale dimensione delle questioni.

Questo, del resto, è l'errore di fondo che ha commesso il primo giudice, trasformando la sentenza cd."breve" in una sentenza sbrigativa e cedendo alla tentazione di considerare semplice una questione che può apparire tale soltanto all'apparenza, e comunque non per chi, avendo adito il giudice amministrativo, ha diritto a un "giusto processo" anche sotto tale profilo.

A.3) Nel merito, va innanzitutto contestata la decisione del TAR laddove, invece di considerare i modelli allegati al disciplinare come meri strumenti per agevolare la partecipazione alla gara, attribuisce ad essi, ed in particolare al Modello 6, addirittura valenza interpretativa dell'intera *lex specialis* obliterando del tutto un significativo punto contenuto nel disciplinare di gara che, sotto il profilo ermeneutico, non può essere posto sullo stesso piano del *fac simile* tanto enfatizzato nella sentenza di 1° grado.

Se al punto 3, lett. c), il Disciplinare recita "... i progettisti indicati... devono, anche cumulativamente, possedere i requisiti" richiesti dal bando, è conforme all'interpretazione letterale ritenere che la clausola autorizzi il concorrente ad indicare due o più progettisti (si utilizza, infatti, il plurale:

“*progettisti indicati*”) i quali possono (anzi, secondo l’espressione letterale: “*devono*”) cumulare i requisiti richiesti.

Contrariamente a quanto assume la Provincia nella difesa di 1° grado (pag. 8),

l’avverbio “*cumulativamente*” non può essere riferito all’ipotesi in cui i progettisti partecipino in forma associata (o in una delle altre forme indicate dall’art. 90 del D.lgs. 163/06). L’assunto, infatti, contrasta sia con l’interpretazione letterale del punto 3/c poiché la parola “*cumulativamente*” è chiaramente riferita anche ai *progettisti indicati* (i quali devono possedere o dichiarare i requisiti richiesti) e sia con l’interpretazione logica poiché nel caso di partecipazione in forma associata non vi sarebbe stato alcun bisogno di utilizzare l’avverbio “*cumulativamente*” (il cumulo, in tale ipotesi, deve, infatti, considerarsi un *effetto legale*).

L’utilizzo del plurale (“*progettisti indicati*”), del resto, non può esser ascritto ad una mera imperfezione grammaticale del disciplinare in quanto trova conferma anche nel precedente punto 3 lett. a.3) laddove, nel ribadire che i concorrenti privi di SOA per progettazione ed esecuzione devono indicare o associare “*soggetti qualificati alla progettazione ...*”, **si utilizza nuovamente l’espressione al plurale!**

Si ribadisce allora che i punti fermi a cui ancorare l’interpretazione sono i seguenti: **a)** l’art. 19, L. 109/94, per l’appalto integrato, affida alla *lex specialis* il compito di stabilire i requisiti che deve possedere il progettista indicato dal concorrente; **b)** il citato disciplinare – al punto 3/c - autorizza il “cumulo” dei requisiti da parte dei progettisti; **c)** è, pertanto, legittima la decisione dei progettisti, che cumulativamente raggiungono i requisiti richiesti dal bando, di non costituire il raggruppamento temporaneo.

La decisione impugnata, pur se resa nella forma semplificata, avrebbe dovuto motivare le ragioni per le quali assurge a canone interpretativo della *lex specialis* il Modello 6 allegato al Disciplinare e non il Disciplinare stesso che al punto 3/c regola *ex professo* la fattispecie.

L'esame del citato punto 3/c, invece, è del tutto assente nella decisione impugnata e ciò concreta un evidente vizio della motivazione dal momento che la questione non può *tout court* ritenersi assorbita dall'enfatizzazione di un *fac simile* che normalmente viene utilizzato *dopo* aver letto ed interpretato il bando ed il disciplinare nelle quali si concentra esaustivamente l'intera *lex specialis* della gara.

Per tale ragione si chiede al Giudice del gravame un riesame del *thema decidendum* e a tal fine, anche ai sensi dell'art. 101, comma 3, del CPA, si richiama e ripropone il primo motivo di ricorso (riportato in fatto sub lett.c) ribadendo, tra l'altro, che, nell'appalto integrato, quando **i progettisti** sono semplicemente "indicati" (e non "associati") essi **non assumono la qualità di "concorrenti"** e, dunque, non possono tornare *tout court* applicabili, come sostiene la Provincia, le norme in tema di affidamenti di incarichi di progettazione e la Determinazione dell'AVCP n. 13/2000 che ad esse fa riferimento.

A.4) Va, inoltre, aggiunto che la decisione impugnata è errata anche quando inopinatamente ritiene che la barratura dei quadratini richiesta nel citato Modello 6 avrebbe dovuto far comprendere (senza dar "*adito a dubbio di sorta*") alla "*impresa concorrente*" che poteva "*beneficiare dell'ausilio tecnico di un unico professionista (del tutto autonomo sul piano della completezza tecnica), ovvero di un soggetto professionale(!?)*".

Analizzata attentamente la dichiarazione sostitutiva riportata nel Modello 6 emerge palese l'errore formale e logico in cui è incorso il TAR.

In primo luogo, sotto il profilo formale, la dichiarazione doveva essere compilata e sottoscritta dal progettista e non dall'impresa concorrente come erroneamente sostenuto a pag. 3 della sentenza impugnata.

Sotto il profilo logico, inoltre, non si comprende la ragione per la quale la dicitura "*libero professionista singolo*" contrapposta alle altre diciture riportate nel Modello (associazione di professionisti ex lege 1815/39; società di professionisti, società di ingegneria, consorzio stabile), avrebbe dovuto con *assoluta certezza* far comprendere ai concorrenti quanto sostiene perentoriamente il Tribunale.

Se, infatti, la dichiarazione sostitutiva è compilata, come nel caso di specie, da un progettista che svolge in forma autonoma la professione, quale altra dicitura questi avrebbe dovuto barrare se non quella di "*libero professionista singolo*"?

Nessuna disposizione della *lex specialis*, tra l'altro, impedisce che analoga dichiarazione venga sottoscritta da un altro professionista autonomo che ugualmente barrerà la casella con la dicitura "*libero professionista singolo*".

Il Modello 6, pertanto, non vieta di per sé la possibilità che il concorrente (cioè l'impresa di costruzioni) possa avvalersi di due o più professionisti non riuniti in associazione.

Semmai proprio attraverso la lettura maliziosa del Modello 1 (da compilarsi a cura del concorrente) si rinvergono ragioni per sostenere il contrario di quanto affermato dal TAR. A pagina 5 del Modello 1, infatti, il concorrente, laddove è chiamato ad indicare i professionisti che espleteranno la prestazione, ha la possibilità di non limitarsi all'indicazione di un solo libero professionista, ma di fare il nominativo di più professionisti specificando per ciascuno di essi la sua partecipazione in qualità di "*libero professionista singolo*".

Deve, pertanto, concludersi che, contrariamente a quanto erroneamente affermato dal TAR Campania: 1) in assenza di un divieto esplicito nella *lex specialis* o nella normativa generale applicabile al caso di specie (cfr. § 1.2 del ricorso di primo grado), non può ritenersi preclusa la possibilità per una impresa di costruzioni di avvalersi di due o più professionisti nell'appalto integrato; 2) il cumulo dei requisiti di questi ultimi è espressamente autorizzato dal punto 3/c del citato Disciplinare.

B) Erronea declaratoria di infondatezza. Omesso esame di censura

Come è stato osservato dalla dottrina che si è occupata dell'argomento, la sentenza in forma semplificata può essere breve, ma non per questo può essere non esaustiva.

Nel caso di specie, la decisione si rivela addirittura monca poiché, in mancanza di qualsivoglia esame del punto 3/c del disciplinare e delle altri punti evidenziati nel primo motivo di appello e nel ricorso di 1° grado, il TAR ha erroneamente esaltato il contenuto del citato Modello 6 non ravvisando nella *lex specialis* neanche la presenza di ambiguità o punti contraddittori sulla base dei quali, con il secondo motivo di ricorso in primo grado (proposto in via subordinata) si è dedotta l'illegittimità dell'esclusione poiché in contrasto con il principio del *favor participationis* e di *tutela dell'affidamento*.

In realtà, se non dovessero ritenersi meritevoli di accoglimento le conclusioni contenute nel precedente motivo, il Consiglio di Stato non potrà fare a meno di rilevare che l'amministrazione, con le disposizioni contenute nella *lex specialis* e nei citati Modelli 1 e 6, ha perlomeno disatteso l'onere di indicare con estrema chiarezza ed inequivocità i requisiti richiesti ai concorrenti

Si tratta, com'è noto, di un onere imposto al fine di evitare che il principio di massima concorrenza, cui si correla l'interesse pubblico alla individuazione dell'offerta migliore, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche o, quanto meno, dubbie, non percepibili con immediatezza (Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.3.2007, n. 1186).

Pertanto, in conformità al costante insegnamento della giurisprudenza e sulla base del principio di correttezza dell'azione amministrativa, come correlato alla clausola generale di buona fede, il TAR avrebbe dovuto, in ossequio al principio del *favor participationis*, annullare l'esclusione in presenza di clausole (quantomeno) dubbie e/o contraddittorie, mentre ha erroneamente traslato a carico degli appellanti le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante.

Ma tanto non è possibile senza violare, in maniera clamorosa, sia il principio dell'affidamento ingenerato nei concorrenti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 21.6.2007, n. 3384; Id., 17.10.2008, n. 5064; Idem, Sez. IV, 12.3.2007, n. 1186).

Per questa ragione, si richiama e ripropone il secondo motivo di ricorso di primo grado (riportato in fatto sub lett.c) chiedendone l'accoglimento.

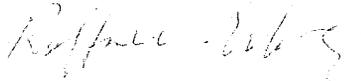
Istanza cautelare

La sentenza appellata reca ai ricorrenti un danno grave ed irreparabile poiché impedisce irrimediabilmente che la propria offerta possa essere valutata dalla Commissione di gara e concorrere per l'affidamento dell'appalto.

degli Avvocati di Roma n. 264/2009 del 2 aprile 2009, ho notificato, per conto delle società I.M.O.S. S.r.l. e Iner.Lav. S.r.l., copia conforme dell'antescritto ricorso in appello, per la legale scienza, ad ogni effetto e conseguenza di legge a:

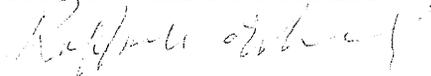
1) **PROVINCIA DI BENEVENTO**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, presso il suo procuratore e difensore costituito nel giudizio di primo grado Avv. Vincenzo Catalano nel domicilio eletto in Napoli presso l'Avv. Luca Coletta (Studio Falcone) alla via Cimarosa, 69 (80127), ivi inviandone copia conforme a mezzo raccomandata A R n. 76400805033-3, spedita dall'Ufficio postale di Roma 5, nella data risultante dal timbro postale (n. d'ordine 38/2010);

Prof. Avv. Raffaele Titomanlio



2) **PROVINCIA DI BENEVENTO**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, presso il suo procuratore domiciliatario con poteri di rappresentanza nel giudizio di primo grado Avv. Luca Coletta nel domicilio eletto, unitamente al difensore avv. Vincenzo Catalano, in Napoli (cap. 80127), alla via Cimarosa, 69 (Studio Falcone) ivi inviandone copia conforme a mezzo raccomandata A R n. 76400805034-4, spedita dall'Ufficio postale di Roma 5, nella data risultante dal timbro postale (n. d'ordine 39/2010);

Prof. Avv. Raffaele Titomanlio



3) **PROVINCIA DI BENEVENTO**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, domiciliato per la carica presso la sede della Provincia in Benevento (cap. 82100) alla Piazza Castello-Rocca dei Rettori, ivi inviandone copia conforme a mezzo raccomandata A R n. 76400804504-1, spedita dall'Ufficio postale di Roma 5, nella data risultante dal timbro postale (n. d'ordine 40/2010);

Prof. Avv. Raffaele Titomanlio

