

N. 03687/2012REG.PROV.COLL.
N. 01330/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1330 del 2009, proposto dal Comune di Martano, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso Studio Lenoci in Roma, via Cola di Rienzo 271;

contro

Talo' Luigi, Techin S.r.l., Impes Engineering S.r.l., De Pace Romano, Caracuta Alessandro, Gallo Antonio, rappresentati e difesi dall'avv. Irene Vaglia, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2; Cacciani Nicola;

nei confronti di

Ing. Vito Prato Engineering S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Federico Massa, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via degli Avignonesi 5; Etacons S.r.l., Perrino Carlo, Marcucci Tommaso;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III, n. 2/2009, resa tra le parti, concernente affidamento incarico di progettazione per completamento zona artigianale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Angelo Vantaggiato, L. D'Ambrosio su delega dell'avv. Irene Vaglia, nonché Giuseppe Mormandi su delega dell'avv. Federico Massa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Martano (Lecce) indiceva una gara per l'affidamento dell'incarico di progettazione e delle prestazioni conseguenti (direzione lavori, assistenza al collaudo e liquidazioni, assistenza giornaliera, coordinamento della sicurezza nella fase progettuale e nella fase esecutiva, misure e contabilità, verifica di compatibilità con il P.U.T.T.) con riferimento alle opere di completamento della zona artigianale P.I.P./2.

All'esito della procedura, con determinazione n. 190 del 7.8.2008 del Responsabile del 3° Settore-Affari Tecnici l'incarico veniva definitivamente aggiudicato al r.t.p. facente capo alla Vito Prato Engineering S.r.l..

Da qui il ricorso al T.A.R. per la Puglia del raggruppamento temporaneo di professionisti composto da Luigi Talò, Caracuta Alessandro, Romano De Pace, TECHIN S.r.l., Antonio Gallo e IMPES ENGINEERING S.r.l., che aveva preso parte alla procedura classificandosi al secondo posto della graduatoria finale.

Parte ricorrente deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione sul rilievo che il r.t.p. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per violazione della clausola di cui al par. 16.1.IV, lett. h), del disciplinare, la quale avrebbe incluso, tra le dichiarazioni da rendere secondo le modalità di cui al complessivo testo del paragrafo, anche quella delineata dal primo alinea successivo alla stessa lett. h) nei seguenti termini : *“Per i*

raggruppamenti temporanei costituiti e per i raggruppamenti costituendi, a pena di esclusione, i requisiti di cui ai precedenti punti a), b), d), dovranno essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso e con un minimo del 60% in capo al professionista capogruppo”.

Le dichiarazioni attinenti al possesso da parte del professionista capogruppo dei requisiti di cui alle lett. a), b), d) nella misura minima del 60% avrebbero dovuto quindi essere inserite, “*a pena di esclusione*”, nel plico della documentazione amministrativa. Il capogruppo del raggruppamento intimato aveva però ommesso tale adempimento.

Il r.t.p. controinteressato avrebbe perciò dovuto essere escluso, con conseguente aggiudicazione del servizio alla ricorrente.

Resistevano all'impugnativa sia il Comune che l'aggiudicataria, che con le loro convergenti difese sostenevano :

- da un lato, che la previsione del disciplinare assistita dalla clausola di esclusione era solo quella di cui alla lett. h), laddove la disposizione su cui si fondava il ricorso avversario era successiva ed autonoma da tale lettera, e non presidiata da alcuna comminatoria di esclusione;
- dall'altro lato, che l'accertamento del possesso del requisito sostanziale in questione ben avrebbe potuto essere effettuato dopo l'aggiudicazione, trattandosi di elemento preesistente alla gara e non modificabile.

Il Tribunale adito con ordinanza n. 816/2008 accoglieva la domanda cautelare di parte ricorrente, ma il suo pronunciamento veniva riformato da questa Sezione con ordinanza n. 6144/2008.

All'esito il Tribunale, con la sentenza n. 133/2009 in epigrafe, accoglieva il ricorso, e per l'effetto annullava l'aggiudicazione impugnata, pur escludendo di poter disporre il subentro della ricorrente nell'appalto, e condannava il Comune di Martano al risarcimento dei danni, liquidati in via equitativa nel 50% dell'importo del compenso previsto per l'integrale esecuzione dell'appalto (depurato del ribasso praticato dalla ricorrente in

sede di offerta economica).

Avverso tale decisione il Comune di Martano proponeva indi il presente appello, con il quale si doleva tanto dell'accoglimento dell'impugnativa quanto della condanna risarcitoria emessa a suo carico.

Si costituivano nel nuovo giudizio l'originaria parte controinteressata, che argomentava in senso adesivo all'appello chiedendone l'accoglimento, e la ricorrente di prime cure, che invece controdeduceva alle doglianze comunali richiedendo il rigetto del gravame dell'Amministrazione e la conferma della sentenza appellata.

La Sezione con ordinanza cautelare n. 1463/2009 sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado.

Alla pubblica udienza del 5 giugno 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

1 La Sezione deve preliminarmente respingere l'eccezione dell'originaria ricorrente circa la presunta inammissibile genericità dei motivi a base del presente appello.

Si sostiene che l'Ente appellante si sarebbe limitato a riproporre la propria interpretazione del disciplinare già sostenuta in primo grado opponendola a quella seguita dal Tribunale.

Una piana lettura dell'atto di appello rende però evidente come il medesimo, nel riprendere le precedenti difese comunali, abbia al tempo stesso mosso delle precise critiche alle argomentazioni motivate svolte dal primo Giudice, potendosi perciò reputare assolto l'onere di parte appellante di investire puntualmente il *decisum* impugnato precisando i motivi per cui questo sarebbe erroneo e da riformare.

L'appello, oltre che ammissibile, è fondato.

2 Ragioni di semplicità espositiva consigliano di muovere la disamina della controversia a partire dal testo della motivazione con cui il T.A.R. ha ritenuto di accogliere il profilo impugnatorio del ricorso di prime cure, che

viene quindi qui di seguito riportato.

“In effetti, pur dovendosi convenire con le parti resistenti circa l’esigenza di verificare con estremo rigore la sussistenza di una fattispecie di esclusione espressamente sancita dal bando di gara (e ciò sia in ragione del principio del favor participationis, sia in ragione del principio di leale collaborazione fra cittadino e P.A., il quale ultimo impone all’amministrazione l’obbligo del clare loqui, onde non arrecare al privato pregiudizi discendenti dalla non perspicua formulazione degli atti amministrativi), nel caso di specie il disciplinare di gara è molto chiaro nell’indicare il contenuto delle dichiarazioni che i concorrenti dovevano allegare all’offerta.

L’art. 16.1. del disciplinare di gara, nella parte relativa alle autodichiarazioni che dovevano essere rese dai concorrenti che partecipavano in r.t.p. (pagine 13 e 14 del disciplinare) stabilisce per l’appunto che nel caso di r.t.p. i requisiti di cui ai precedenti punti a), b) e d) (relativi, rispettivamente, al fatturato minimo globale per le attività di progettazione svolte nel quinquennio antecedente, ai servizi analoghi svolti nel decennio antecedente e al numero medio di personale tecnico impiegato nell’ultimo triennio) debbono essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso, con un minimo del 60% in capo al professionista designato capogruppo.

La clausola in parola, quindi (che ricalca la disposizione di cui all’art. 65, comma 4, del DPR n. 554/1999) imponeva ai concorrenti di dichiarare già in sede di gara il rispetto della suddetta ripartizione dei requisiti di capacità tecnico-finanziaria fra i componenti dei r.t.p.

Né può fondatamente sostenersi che il requisito in questione può essere oggetto di accertamento postumo all’aggiudicazione, e ciò proprio in ragione del fatto che l’omessa dichiarazione circa l’osservanza della disposizione di cui all’art. 65, comma 4, del DPR n. 554/1994 (trasposta nel disciplinare di gara) era sanzionata con l’esclusione. Inoltre, se la tesi delle parti resistenti fosse esatta, non si capisce per quale ragione il par. 16.1.IV del disciplinare di gara (avente ad oggetto il contenuto e le modalità di compilazione della documentazione amministrativa da allegare, a pena di esclusione, all’offerta tecnico-economica) abbia richiamato un requisito soggettivo che la stazione

appaltante avrebbe potuto (e dovuto) accertare solo nei riguardi del r.t.p. aggiudicatario. In ragione di quanto precede, l'aggiudicazione del servizio de quo in favore del r.t.p. capeggiato dalla Prato Vito Engineering S.r.l. va annullata.”

3 Queste considerazioni non possono essere condivise.

La Sezione, in occasione dei propri due interventi compiuti in fase cautelare nella vicenda (ordd. n. 6144/2008 e n. 1463/2009) ha avuto già modo di riscontrare la plausibilità della tesi dell'appellante che il capitolato non imponesse l'obbligo di allegare un'apposita dichiarazione sul punto su cui verte la controversia, osservando altresì che, non essendo comunque la normativa di gara interpretabile *in parte qua* in maniera univoca, nella conseguente condizione di incertezza esegetica avrebbe dovuto essere privilegiato, in ogni caso, il canone del favore per la massima partecipazione alle gare.

Tali indicazioni devono essere confermate.

4 La controversia richiede di stabilire se i raggruppamenti temporanei concorrenti fossero o meno tenuti ad includere, nel loro plico, anche una dichiarazione in ordine al possesso, da parte del professionista capogruppo, dei requisiti *sub* a), b), d) del punto 16.1, paragr. IV, del disciplinare, con un minimo del 60% . E se, nell'affermativa, un obbligo siffatto dovesse reputarsi assistito da una comminatoria di esclusione.

Orbene, il paragr. IV si apre con una proposizione che enuncia un obbligo dichiarativo, a pena di esclusione, circa il possesso dei requisiti ivi di seguito immediatamente elencati, e contrassegnati, in ordinata sequenza, dalle lettere dalla a) alla h).

Dopo tale elenco il paragrafo IV reca delle ulteriori previsioni, a cominciare da quella sulla quale si sono appuntate le attenzioni dell'originaria ricorrente, clausola qui trascritta all'inizio della superiore narrativa.

La previsione in rilievo si presenta però testualmente come autonoma rispetto all'elencazione, ordinata per lettere, delle dichiarazioni prescritte a

pena di esclusione. In particolare, la prima non esibisce alcun nesso, né formale, né contenutistico, con la voce elencata per ultima sotto il contrassegno della lettera h), con la quale l'elencazione termina, alla fine della pag. 13 del disciplinare.

Soprattutto, poi, si tratta di una previsione che è riferita non già ad un obbligo dichiarativo, come le precedenti, bensì direttamente ai requisiti da possedere: segnatamente, alle modalità della loro distribuzione all'interno dei raggruppamenti temporanei.

Essa integra quindi una clausola estranea, sotto ogni profilo, all'elenco delle dichiarazioni prescritte.

Proprio, infatti, la differenza di impostazione contenutistica della clausola, che le deriva dal fatto di essere incentrata non sulla necessità di esprimere una dichiarazione, bensì direttamente su quella di possedere un requisito (*rectius*, una certa distribuzione interna dei requisiti), affiancandosi all'argomento testuale sopra considerato, che già denota l'estraneità della clausola all'elenco che la precede, è decisiva nell'impedire di ricondurla ad esso.

La stessa autonomia di impostazione della clausola sembra proprio suggerire l'assenza di qualsivoglia obbligo dichiarativo sul punto che ne forma oggetto.

L'autonomia della clausola dall'elenco è confermata dal fatto che in essa compare una nuova comminatoria di esclusione, distinta ed ulteriore rispetto a quella posta all'apertura dell'elencazione di tipologie dichiarative che precede la clausola stessa. La prima comminatoria è quindi a presidio degli obblighi dichiarativi, laddove la seconda (la cui formulazione rimarca un oggettivo intento differenziatore) è specificamente e direttamente correlata al possesso dei requisiti in seno al raggruppamento.

Come bene riassume il Comune, dunque, il disciplinare in un suo specifico punto determina, con una lista dalle sembianze tassative ed esaustive

(*numerus clausus*), le dichiarazioni che devono essere allegare alla domanda, mentre in un altro punto, esterno all'elenco delle dichiarazioni prescritte, stabilisce come debbano distribuirsi i requisiti all'interno dei raggruppamenti, senza tuttavia prevedere, a quest'ultimo riguardo, la necessità di ulteriori dichiarazioni.

Non possono essere condivise, perciò, le considerazioni dell'originaria ricorrente ispirate all'idea di fondo che, poiché anche la clausola oggetto di disamina si riferiva alla tematica dei requisiti, la stessa avrebbe potuto essere considerata sostanzialmente "integrativa" dei precedenti capoversi. Ora, non si intende certo negare che l'Amministrazione avrebbe potuto impostare diversamente la *lex specialis* di gara, includendo anche l'obbligo dichiarativo sostenuto dall'appellata nell'elenco delle proprie prescrizioni dichiarative. Il punto è, però, che il disciplinare concretamente adottato non suffraga, per le ragioni che sono state esposte, una simile ipotesi, bensì esprime un'opzione per un'impostazione del tutto diversa.

Né vale richiamare la norma di chiusura recata dal paragrafo 22 del medesimo disciplinare, che, nell'assegnare valenza inderogabile a tutte le previsioni di tale fonte, non ne modifica tuttavia la portata, che per quanto rileva ai fini della presente causa è stata già illustrata.

Quanto all'argomento che la clausola in controversia, per il fatto stesso di essere dotata di una comminatoria di "esclusione", avrebbe così dimostrato la piena appartenenza della verifica da essa prescritta alla procedura di gara, e perciò la sua non differibilità oltre l'esito di quest'ultima, è agevole replicare che un simile argomento è tutt'altro che decisivo, in quanto la verifica del possesso dei requisiti avrebbe ben potuto comunque essere compiuta prima dell'aggiudicazione definitiva, secondo quanto del resto appare essere stato fatto.

Tornando, pertanto, ai quesiti di partenza che la controversia pone, si deve concludere che la clausola posta a base dell'impugnativa e della sentenza di

prime cure non imponeva alcun ulteriore obbligo dichiarativo ai concorrenti. Tanto meno essa avrebbe potuto quindi giustificare l'esclusione per il mero motivo di una loro omessa dichiarazione riflettente i contenuti della stessa clausola.

5 Senza dire, poi, che, anche a voler ritenere dubbio il significato della clausola, e quindi ipotizzabile (per un attimo) l'esistenza dell'obbligo dichiarativo presupposto dall'originaria ricorrente, in ogni caso si evidenzerebbe la fondatezza del richiamo del Comune appellante al principio per cui le disposizioni poco chiare vanno intese nel senso più favorevole alla più ampia partecipazione e alla tutela dell'affidamento riposto dagli interessati di buona fede.

Innanzitutto, nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto della P.A. deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione (C.d.S., V, 30 agosto 2005, n. 4413).

Inoltre, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c. (dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative), impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed

integrative, ulteriori ed inespressi significati (C.d.S., V, 1° marzo 2003 , n. 1142).

6 Deve essere disatteso anche il secondo mezzo dell'originario ricorso, qui riproposto, con il quale si è sostenuto che la Stazione appaltante avrebbe in ogni caso omesso, in concreto, prima di adottare l'aggiudicazione definitiva, di accertare l'effettività del possesso del requisito prescritto dalla clausola.

A parte la considerazione che una simile omissione non risulta debitamente dimostrata, una decisiva ragione, a monte, di inesigibilità di un simile accertamento (e, nel contempo, un'ulteriore conferma dell'infondatezza del precedente motivo di doglianza di prime cure) risiede, in realtà, nell'insanabile contraddittorietà della stessa disciplina sostanziale della *lex specialis* proprio sul punto.

Invero, come è stato già adombrato in prime cure dalla difesa della controinteressata, mentre la clausola più volte citata stabiliva che nei raggruppamenti temporanei i requisiti di cui ai punti a), b), d) dovessero essere posseduti, oltre che dal raggruppamento nel suo complesso, "*con un minimo del 60% in capo al professionista capogruppo*", una regola difforme, e, anzi, esattamente opposta a quest'ultima, figurava enunciata nella precedente pag. 9 dello stesso disciplinare (paragr. 11), che imponeva invece per il professionista capogruppo requisiti per "*un importo non superiore al 60 %*". Donde l'obiettiva inintelligibilità del requisito il cui possesso avrebbe in tesi dovuto essere accertato in testa al professionista capogruppo.

7 Per le ragioni illustrate l'appello comunale deve trovare accoglimento, con il conseguente integrale rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese processuali del doppio grado possono tuttavia essere equitativamente compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per

l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 5 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2012

IL SEGRETARIO

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