

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 7471 del 13 ottobre 2010

Progettista individuato in un appalto integrato – Presentazione della dichiarazione di avvalimento se prevista nel bando

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9511 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' di Committenza Regione Piemonte S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso in Roma, piazza

contro

Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore in proprio e quale mandataria rti, Rti Asphalt Ccp S.p.A. e Bresciani Bruno Srl, rappresentati e difesi dagli avv., con domicilio eletto nello studio della seconda in Roma, via; Fallimento Bresciani Bruno S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

per la riforma

della dispositivo di sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO SEZIONE I n. 00061/2009 e della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO SEZIONE I°

n.3190 del 30.11.2009 concernente APPALTO DI PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE LAVORI E FORNITURA COSTRUZIONE VARIANTE DELL'ABITATO DI TORTONA;

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro in proprio e quale mandataria di Rti Asphalt Ccp S.p.A. e del Fallimento Bresciani Bruno S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2010 il Cons. e uditi per le parti gli avvocati, quest' ultimo su delega dell' avv.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro, (in proprio e quale capogruppo di un costituendo raggruppamento temporaneo con altre due imprese di costruzioni), impugnava dinanzi al Tar Piemonte il provvedimento adottato il 9.7.2009 con il quale la commissione della gara indetta dalla Società di committenza regionale Piemonte s.p.a., operante per conto della Regione, aveva disposto la sua esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione delle opere e la provvista di materiali e mezzi d'opera occorrenti alla costruzione di una variante esterna all'abitato di Tortona tra le s.s. 10 Padana Inferiore, ex s.s. 35 "Dei Giovi" e collegamento con i caselli autostradali della A 21 e della A 7, per un importo di 29.180.475,32 euro, oltre Iva, dei quali € 264.447,99 per la progettazione esecutiva.

1.1. L'estromissione dalla competizione veniva deliberata per avere, il costituendo raggruppamento, soltanto indicato i due progettisti qualificati alla realizzazione del

progetto esecutivo, omettendo di produrre le dichiarazioni richieste a pena di esclusione dal disciplinare di gara al paragrafo 16 “avvalimento” ai sensi dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, ossia: 1) la dichiarazione con cui l’impresa ausiliaria si obbliga verso il concorrente e la s.a. a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui il concorrente è privo; 2) la dichiarazione con la quale la medesima impresa avvalente si obbliga a non partecipare alla stessa gara in proprio o in associazione o in consorzio e che non si trova in situazioni di controllo ex art. 34 del Codice, con una delle altre imprese partecipanti; 3) copia del contratto di avvalimento, fonte dell’obbligo di messa a disposizione delle risorse occorrenti all’esecuzione dell’appalto oggetto della gara.

Il presidente della commissione di gara invocava inoltre, a supporto della determinazione di esclusione, anche il chiarimento prot. n. 2869 del 25.6.2009, diramato dal RUP sull’argomento e pubblicato sul suo sito internet e fatto anch’esso oggetto di impugnativa con il ricorso e i successivi motivi aggiunti.

1.2. Con l’atto introduttivo venivano impugunate anche le disposizioni della legge di gara che facevano applicazione dell’art. 49 del Codice, dedicato all’avvalimento negli appalti di lavori, servizi e forniture pubbliche.

Con motivi aggiunti, notificati il 25.9.2009 e depositati il 2.10.2009, parte ricorrente estendeva l’impugnazione alla nota di chiarimenti del RUP del 25.6.2009 n. 2689 ed ai punti 22 voce “Chiarimenti e integrazioni” del disciplinare e IV.3.3. del bando di gara nella parte in cui non precisavano le modalità di diffusione dei chiarimenti eventualmente diramati in risposta ai quesiti tempestivamente formulati dai concorrenti entro il 30.6.2009.

1.3. Alla camera di consiglio del 23.7.2009 il Tar accoglieva l’incidente cautelare con l’ordinanza n. 636 del 27.7.2009.

1.4. Pronunciandosi sull’appello cautelare interposto dalla s.a., il Consiglio di Stato, Quinta Sezione, con ordinanza n. 4937 del 29.9.2009 riformava la decisione del

Tribunale, esprimendo un opposto avviso in puncto iuris, ossia la tesi secondo cui l'avvalimento definito all'art. 49 del Codice è istituto di carattere generale, applicabile anche nella disciplina degli appalti integrati, ai quali le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere con la *lex specialis* le disposizioni dettate dal legislatore per la regolamentazione dell'avvalimento, così colmando gli spazi bianchi lasciati dalle norme primarie.

1.5. Il Tar Piemonte dopo avere puntualizzato diffusamente un diverso avviso “in chiave teorica ma senza valenza determinativa” rispetto a quello espresso da questo Consiglio di Stato nella suddetta ordinanza cautelare, riteneva con la sentenza appellata, di dover procedere alla disamina e al vaglio dei motivi aggiunti di ricorso, le cui censure evidenziavano una portata assorbente rispetto agli altri motivi di ricorso.

Invero, secondo il Tar si prospettava persuasiva la censura di ambiguità del punto 4, ultimo capoverso, del disciplinare di gara, posto che tale articolato recherebbe due regole contraddittorie, poiché stabilisce che il concorrente “potrà avvalersi, ai sensi dell'art. 53, comma 3, del d.lgs.163/06 e s.m.i., di un progettista, sia esso persona fisica o giuridica”.

Tale norma codicistica richiamata dalla legge di gara consente alle imprese che intendano ricorrere per le attività di progettazione esecutiva a professionisti ad esse abilitati, di limitarsi ad indicare i nominativi di tali professionisti ex art. 53, comma 3 del codice degli appalti.

Pertanto rilevava il Tar i concorrenti erano legittimati a limitarsi ad indicare i progettisti di cui intendevano avvalersi.

Pur tuttavia, la parte finale della norma di gara stabiliva che detto progettista dovesse essere “in possesso dei requisiti di progettazione, di cui al successivo paragrafo 16” e cioè a dire dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 in ossequio alla quale il progettista che l'impresa costruttrice avesse inteso impiegare, non doveva

semplicemente essere indicato, ma doveva anche rendere dichiarazioni che poi dovevano essere prodotte dal concorrente a pena di esclusione nella Busta A dedicata alla documentazione amministrativa.

1.6. Dal descritto quadro dispositivo della *lex specialis* trasparirebbe , quindi, secondo il Tar, la complessiva ambiguità e contraddittorietà atta a generare dubbi e confusioni nelle imprese concorrenti.

Siffatti caratteri risulterebbero del resto ex post avvalorati dalla circostanza che la stazione appaltante ha dovuto confezionare 4 articolati chiarimenti in data 25.6.2009 dei quali, all'evidenza, non si sarebbe stata ragione ove della *lex specialis* fosse stata chira.

1.7. Il Tar riteneva fondato anche il secondo motivo aggiunto con il quale i ricorrenti deducevano eccesso di potere e violazione del principio di massima partecipazione alle gare, imparzialità e trasparenza e disparità di trattamento tra i concorrenti nonché illegittimità dell'art. 22 del disciplinare di gara, voce “chiarimenti ed integrazioni” e dell'art. IV.3.3. del bando; violazione degli artt. 71 e 77 del d.lgs. n. 163/2006 riferito alla lettera del responsabile del procedimento prot. n. 2869/2009 limitatamente alla risposta di chiarimento al quesito n. 2.

Lamentavano al riguardo i ricorrenti che l'art. 22 del disciplinare in punto di “chiarimenti ed integrazioni” consentiva ai concorrenti di richiedere chiarimenti di tipo tecnico e procedurale entro il 30.6.2009, senza tuttavia precisare le modalità di risposta della s.a. alle domande predette, di comunicazione e diffusione dei chiarimenti diramati, così violando la *par condicio* e i principi di trasparenza e buon andamento. Discenderebbe quindi anche l'illegittimità della decisione di esclusione, motivata anche con riferimento al chiarimento del 25.6.2008, del quale si afferma nel verbale l'avvenuta pubblicazione, ma senza precisarne le relative modalità, poi indicate nella memoria della stazione appaltante, nella diffusione sul sito internet della medesima.

1.8. Il dispositivo di sentenza è stato appellato dalla Società di Committenza Regione Piemonte che successivamente ha notificato e depositato un ulteriore atto esplicitando i motivi di impugnazione.

Si è costituito nel giudizio di appello il Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e lavoro soc. Coop . ed il Fall. Bresciani Bruno (in ossequio alla ordinanza del Consiglio di Stato in data 3 marzo 2010 nella quale era stata ordinata la integrazione del contraddittorio) chiedendo il rigetto dell'appello.

1.9. Secondo la appellante quanto al profilo di ambiguità e contraddittorietà del paragrafo 4, ultimo capoverso, del disciplinare di gara, accolto dal Tar nessuna ambiguità colpirebbe la previsione della legge di gara perché le norme del codice appalti sull'appalto integrato (art. 53 co.3) e sull'avvalimento (art.49) si trovano in una relazione non di contrasto, bensì di complementarietà in quanto la dichiarata applicazione della prima non escluderebbe l'applicabilità della seconda. Il rinvio al paragrafo 16 anziché al 17 del disciplinare non è un errore come sostiene il Tar, ma esprimerebbe la legittima scelta della stazione appaltante di estendere l'istituto dell'avvalimento al progettista di cui l'impresa intende servirsi per soddisfare i requisiti di progettazione richiesti per la partecipazione all'appalto integrato.

Quanto al secondo profilo accolto dal Tar, relativo alla asserita illegittimità della esclusione per essere motivata sulla scorta del parere del RUP 25.6.2009 non comunicato individualmente al raggruppamento appellato, la appellante richiama tra l'altro la norma posta dall'art. 71 del d.lgs n.163 del 2006 che contempla espressamente la via elettronica cioè la pubblicazione in un sito internet come strumento per la comunicazione dei documenti di gara alle imprese interessate. Lo stesso articolo impone la comunicazione individuale degli atti di gara ai singoli operatori economici solamente nella eventualità in cui la stazione appaltante non abbia scelto la modalità della pubblicazione sul sito internet degli atti stessi.

Si è costituito il Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e lavoro riproducendo i motivi dichiarati assorbiti in primo grado ed insistendo per il rigetto dell'appello.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione alla udienza del 25 maggio 2010.

2. La Sezione ritiene che l'appello meriti accoglimento.

Il primo giudice ha ritenuto fondato il primo motivo aggiunto relativo alla ambiguità e contraddittorietà del paragrafo 4, ultimo capoverso del disciplinare di gara, ritenendo errato il richiamo al paragrafo 16 dedicato all'avvalimento anziché al paragrafo 17 che definisce i requisiti di progettazione. Il paragrafo contestato sarebbe ambiguo e contraddittorio perché conterrebbe due regole asseritamente confliggenti richiamando l'articolo 53 co.3. del d.lgs. n.163 del 2006 e l'art. 49 del medesimo decreto . Dalla prospettata ambiguità e contraddittorietà deriverebbe l'obbligo di dare applicazione dell'insegnamento giurisprudenziale secondo cui in presenza di clausole di bando ambigue l'amministrazione deve privilegiare una interpretazione favorevole all'ammissione alla gara anziché alla esclusione in conformità al principio di massima partecipazione alle procedure concorsuali.

Il Tar ha ritenuto meritevole di accoglimento anche il secondo motivo aggiunto rivolto specificatamente contro le modalità di partecipazione del parere del RUP 25.6.2008 richiamato a fondamento della esclusione.

3. Va premesso che la Quinta Sezione di questo Consiglio, in riforma della ordinanza cautelare del Tar Piemonte n.636 del 2009, già aveva riconosciuto la complementarietà tra le due disposizioni poste dall'art. 53 co.3 del d.lgs. n.163 del 2006 e dall'art. 49 del medesimo decreto affermando che l'avvalimento può essere richiamato dall'amministrazione nei propri bandi per appalti integrati al fine di garantire che il progettista non sia un mero collaboratore esterno della impresa,

tenuto conto anche della peculiare natura dell'istituto dell'appalto integrato e della importanza delle prestazioni di progettazione che inducono l'amministrazione a ricorrervi (ordinanza n.4937 del 2009).

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

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

Nel caso in esame la previsione della legge di gara imponeva al progettista avvalso di rendere le dichiarazioni prescritte per la impresa ausiliaria con l'effetto che il medesimo progettista veniva ad essere responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Tale previsione non è ambigua e contraddittoria, come affermato dal primo giudice, in quanto la complementarietà ed integrabilità delle due norme poste dal codice degli appalti si ricava dalla portata generale dell'istituto dello avvalimento, che mal si concilia con una restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione alla sola figura dell'impresa ed è stato ritenuto da costante giurisprudenza applicabile anche in assenza di un puntuale richiamo ad esso da parte della legge di gara,.

In particolare, quanto all'ambito soggettivo dell'istituto dell'avvalimento, sia il legislatore comunitario sia il legislatore nazionale non definiscono l'istituto richiamando la figura della impresa, bensì ricorrendo ai termini più ampi di

“operatore economico” (art. 47, direttiva n.2004/19/CE) e di “concorrente” (art. 49 del d.lgs. n.163 del 2006). Il che esprime l'intendimento di consentire l'utilizzo di detto istituto a tutti i soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche indipendentemente dalla loro forma organizzativa.

Il rinvio al paragrafo 16 anziché al paragrafo 17 quindi non è un errore, ma esprime la scelta della stazione appaltante di estendere l'istituto dell'avvalimento al progettista di cui l'impresa intende servirsi per soddisfare i requisiti di progettazione richiesti per la partecipazione all'appalto integrato perseguendo l'interesse pubblico di controllare meglio la serietà e la stabilità della offerta anche con riguardo alla attività del progettista (cfr. ordinanza n.4937 del 2009, cit.).

Al riguardo il dato letterale della disciplina di gara non lascia dubbi: “.....l'offerente dovrà essere in possesso dell'attestato di qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione in corso di validità rilasciato da una SOA autorizzata per classifica sufficiente a coprire gli importi dei lavori, della sicurezza e della progettazione ed essere in possesso degli ulteriori requisiti di progettazione di cui al successivo paragrafo 17, oppure potrà associarsi, così come previsto dall'art. 3 comma 8 del DPR 34/2000, oppure potrà avvalersi ai sensi dell'art. 53 c.3 del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i. di un progettista sia esso persona fisica o giuridica, qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo in possesso dei requisiti di progettazione di cui al successivo paragrafo 16 (avvalimento)”.

Nello specifico tenore della lex specialis, deve quindi rinvenirsi la volontà della amministrazione di prescrivere al progettista avvalso la produzione delle dichiarazioni richieste dalla norma sull'avvalimento integrando il bando negli spazi vuoti lasciati dalla legge per tutelare interessi meritevoli di tutela..

Anche a ritenere esatto quanto ritenuto dal primo giudice in ordine al significato atecnico da assegnarsi alla espressione “avvalersi” contenuta nell'art. 53 co.3 del d.lgs n.163 del 2006, nel senso che esso vada interpretato come sinonimo di

“...usufruire, utilizzare, ricorrere a progettisti a titolo di mera collaborazione rifuggente da moduli giuridici tipicizzati”, cio’ lascerebbe comunque libera la stazione appaltante di predeterminare la forma giuridica di tale utilizzazione.

La circostanza poi che il paragrafo sia stato oggetto di una richiesta di chiarimenti alla stazione appaltante, non puo’ essere considerato quale elemento di prova della asserita poca chiarezza della previsione della legge di gara che al contrario appare univoca.

In conclusione il primo e fondamentale motivo di appello deve essere accolto.

4. Quanto alla questione della pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante quale strumento per la comunicazione ai concorrenti dei chiarimenti, essa costituisce un mezzo di comunicazione considerato sia in generale (art. 50 e 54 del d.lgs. 7.3.2005 n.82 codice dell’amministrazione digitale), sia nello specifico (artt. 70 e 71 del d.lgs. 163 del 2006) idoneo ad informare gli interessati trattandosi di forma idonea di pubblicità notizia (Cons. Stato, VI, 2.5.2006 n.2445).

In ogni caso la circostanza che il disciplinare di gara non disciplini con precisione le modalità con le quali la stazione appaltante deve rispondere ai chiarimenti non puo’ inficiare la validità della esclusione pronunciata in applicazione della citata ed univoca disposizione della lex specialis . Il sopradetto articolo 71 del d.lgs. 163 del 2006 evocato dalla sentenza appellata impone la comunicazione individuale degli atti di gara ai singoli operatori economici solamente nella eventualità in cui la stazione appaltante non abbia scelto la modalità della pubblicazione sul sito internet degli atti stessi. Ne deriva che qualora la stazione appaltante abbia optato per la comunicazione in via elettronica dei documenti di gara, i chiarimenti relativi ad essi devono essere portati a conoscenza con le medesime forme secondo un principio di identità (Cons. Stato V, 27.9.2004 n.6291).

Pertanto in assenza di prescrizioni della legge di gara essa costituisce una delle forme con cui l'amministrazione può portare a conoscenza dei concorrenti detti documenti.

5. L'appello in conclusione merita accoglimento e per l'effetto in riforma della sentenza appellata il ricorso in primo grado deve essere respinto.

6. Tuttavia, per la peculiarità della vicenda contenziosa, spese ed onorari dei due gradi possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, definitivamente decidendo, in riforma della sentenza appellata accoglie l'appello in epigrafe indicato,

Compensa spese ed onorari dei due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione