

14 OTT. 2010

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

PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 370 del 12 OTT. 2010

Oggetto: Tar Campania – Ricorso – I.M.O.S. S.r.l. c/ Provincia di Benevento e altri -Ratifica atti e autorizzazione a stare in giudizio

L'anno duemiladieci il giorno dochiei del mese di ottobre 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 | <u>ASSENTE</u> |
| 4) Ing. Giovanni Vito Bello | - Assessore | <u>ASSENTE</u> |
| 5) avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi | - Assessore | _____ |
| 6) Dr. Annachiara Palmieri | - Assessore | _____ |
| 7) Dr. Carlo Falato | - Assessore | _____ |
| 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 04/10/010 la Imos s.r.l. agiva in giudizio dinanzi al Tar Campania, per l'annullamento della nota prot. 10639 del 16/9/010, di esclusione dalla gara di appalto integrato S.P. Cerreto S.- Cusano Mutri nonché degli atti connessi e conseguenti ivi compresi quelli specificamente indicati in ricorso;

Con determina n. 707/010 si procedeva alla costituzione nel giudizio pendente a mezzo dell'Avvocatura Provinciale;

Rilevato che in virtù di orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del dispositivo 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 con autorizzazione a stare in giudizio a mezzo delibera di Giunta;

Ritenuto per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio dal Presidente della Provincia nel contenzioso di cui in premessa promosso dalla I.M.O.S. s.R.L. c/ Provincia di Benevento dinanzi al Tar Campania con ricorso notificato il 04/10/010 e ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente adottati con determina n. 707/010;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.

li _____

Il Dirigente Settore Affari Legali-Avvocatura
(Avv. Vincenzo Catalano)

Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,

Li _____

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

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. 707/010 ed autorizzare la costituzione nel giudizio promosso con ricorso notificato il 04/10/010 dinanzi al Tar Campania dalla I.M.O.S. S.r.l. c/ Provincia di Benevento per l'annullamento della nota prot. 10639 del 16/9/010, di esclusione dalla gara di appalto integrato S.P. Cerreto S.-Cusano Mutri nonché degli atti connessi e conseguenti ivi compresi quelli specificamente indicati in ricorso;

Dare alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

- 4 OTT. 2010

ECC.MO T.A.R. PER LA CAMPANIA – NAPOLI

Ricorrono

la 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, dall'Avv. Giuseppe Vetrano, tutti elettivamente domiciliati in Napoli presso lo studio dell'Avv. Antonio Sasso, alla Via Toledo 156,

contro

la **Provincia di Benevento**, in persona del legale rappresentante *p.t.*,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- 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 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

Avv. Giuseppe Vetrano,
nella qualità di legale
rappresentante *p.t.*,
nominiamo e costitu-
procuratore e difensore
società I.M.O.S. S.r.l. e
società INER.LAV. S.r.l.
presente giudizio conferen-
tutti i più ampi poteri di
ivi compreso quello
sottoscrivere il presente atto
transigere e desistere dalla
Dichiariamo di aver pr-
visione dell'informativa
sensi dell'art. 13 D.Lgs.
196/2003 ed esprimiamo
nostro consenso favorevole
trattamento dei dati riservat
sensi della L. 675/96 e s.m.i.
Eleggiamo, con Voi, domici-
in Napoli presso lo stu-
dell'Avv. Antonio Sasso a
Via Toledo 156

Mancato
Inchiesta
con sull'imp-
...



Provincia di Benevento
AOO: Prot. Generale
Registro Protocollo Entrata
Nr Prot 0027003 Data 05/10/2010
Oggetto RICORSO SOCIETÀ I.M.O.S.
S.R.L.
Dest. AVVOCATURA Settore; [...]

- Ati Imos-Iner.lav_P. di Benevento_ricorso*03/10/2010

Via Dante 16 - 83100 Avellino - tel. e fax 0825/24124

SETTORE AVVOCATURA
PROT. N. _____
DEL _____

esclusione, contenente il parere legale reso dal Dirigente del Settore legale della Stazione appaltante (doc.2);

nonché

per le conseguenti statuizioni di condanna al risarcimento dei danni.

Fatto

Con l'intenzione di costituirsi in ATI, le società ricorrenti hanno partecipato all'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).

La gara è regolata dall'art. 19, co. 1, lett. b), e, in particolare dal comma 1-ter della L. 109/1994 (norma applicata, *ratione temporis*, al caso di specie) secondo il quale, negli appalti di progettazione ed esecuzione, l'appaltatore, se non possiede i requisiti progettuali previsti dal bando, può "avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica ... i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione".

Ispirandosi alla suddetta disposizione, il bando (doc.3) ha aperto la gara ai:

- 1) concorrenti in possesso della **qualificazione di progettazione ed esecuzione** nella/e categoria/e e classifica/che adeguata/e, ..., ai lavori da assumere (cfr. par. III.2.2). primo periodo, pag. 5);
- 2) concorrenti con attestato SOA per sola costruzione (o concorrenti con attestato SOA per progettazione e costruzione ma privi del requisito relativo al fatturato richiesto) **in associazione** con un soggetto professionale in possesso del

requisito predetto, scelto tra quelli di cui all'art. 90, co. 1, lett. d), e), f), f-bis, g) e h) del D.Lgs. 163/2006" (cfr. par. III.2.2). terzo periodo, pag. 5);

3) concorrenti con attestato SOA per sola costruzione che **indicano** un soggetto professionale in possesso del requisito predetto, scelto tra quelli di cui all'art. 90, co. 1, lett. d), e), f), f-bis, g) e h) del D.Lgs. 163/2006" (cfr. par. III.2.2). terzo periodo, pag. 5);

La regolamentazione dei requisiti di partecipazione della figura del progettista, poi, viene completata dal punto 3, lett. a.3) del disciplinare di gara (doc.4), ove si chiarisce espressamente che: "*i concorrenti ovvero i progettisti indicati o associati devono, anche cumulativamente, possedere e dichiarare i requisiti di cui all'art. 63, co. 1, lett. o) del D.P.R. 554/1999, come di seguito stabilito: ...*" (punto 3, lett. c), p. 9; i requisiti non sono contestati).

Le ricorrenti, essendo prive della qualificazione SOA per prestazioni di progettazione, si sono avvalse di validi professionisti *indicati* nell'offerta per provvedere alla redazione del progetto esecutivo.

Questi ultimi, poi, interpretando letteralmente la citata clausola del disciplinare, hanno ritenuto che la *lex specialis* consentisse ai professionisti "*indicati*" dal concorrente di cumulare i requisiti richiesti pur non essendo raggruppati.

Pertanto, 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..

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, con nota prot. 4457 del 6.4.2010, ha richiesto alle ricorrenti chiarimenti in ordine al gruppo di progettisti indicato in sede di offerta.

Nella nota di riscontro, la costituenda ATI ha precisato sostanzialmente che la scelta dei progettisti di non associarsi tra loro era coerente con la *lex specialis* che, come si è detto, consente il cumulo dei requisiti tecnico-economici dei professionisti indicati (doc.5).

La suddetta interpretazione non è stata condivisa dalla Commissione di gara la quale, a seguito di un parere reso dall'Avvocatura provinciale, ha escluso i ricorrenti 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.

La motivazione è stata comunicata con la nota impugnata.

A nulla è valsa l'istanza di autotutela ed informativa ai sensi dell'art. 243-*bis* del D.Lgs. 163/2006 (doc. 6).

I provvedimenti impugnati sono illegittimi e vanno annullati per i seguenti

MOTIVI

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'unica ragione posta a base dell'esclusione dalla gara, come già evidenziato, risiede nell'assunto secondo cui i progettisti, in mancanza dell'impegno a costituirsi in R.T.P., non possono "cumulare" i requisiti.

Poiché i singoli progettisti "*indicati*" dalle ricorrenti non sono in possesso per intero dei requisiti prescritti e non si sono associati, ne discende, secondo la P.A., l'esclusione dalla gara delle ricorrenti.

Tutte le cause di esclusione elencate nella nota del 16.9.2010 (mancata indicazione del capogruppo e dei mandanti; assenza del cd. "professionista giovane"; mancata specificazione delle parti di servizio), infatti, assumono, come presupposto indefettibile, l'obbligo di costituire un raggruppamento tra i professionisti laddove questi ultimi non posseggano singolarmente i requisiti indicati dal bando.

L'assunto che la Commissione di gara pone a base del provvedimento di esclusione è, però, 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.

Domanda di risarcimento danni

L'illegittimo operato dell'Amministrazione ha causato e causerà (in caso di non accoglimento dell'istanza di sospensione) un grave danno alle ricorrenti per cui viene fin da ora formulata, nella presente sede di giurisdizione esclusiva, domanda di risarcimento danni in forma specifica ovvero per equivalente nella misura che ci si riserva di accertare e quantificare.

Istanza cautelare

Quanto sopra esposto dimostra la sussistenza del *fumus* tanto da poter parlare di fondatezza del ricorso. Viepiù evidente è il *periculum in mora* in grado di sorreggere il provvedimento cautelare.

Il pregiudizio si concretizza, in primis, nel danno professionale, stante l'impossibilità di inserire, nelle future gare, l'appalto in questione, con danno di chiara natura esponenziale alla qualificazione delle società ricorrenti.

La cifra d'affari, i lavori eseguiti ed il costo di lavoro dipendente, infatti, condizionano anche le future possibilità lavorative, di crescita professionale nonché di conservazione delle stesse capacità concorrenziali.

Va, inoltre, evidenziato che l'esplicazione della propria attività lavorativa, l'estrinsecazione di energie ideali, la crescita aziendale costituiscono valori ideali ed immateriali di rilevante entità, anch'essi non ristorabili sotto l'aspetto patrimoniale. L'impresa, infatti, possiede un corredo umano, finanziario, tecnologico che ne reclama l'impiego, pena l'assenza dei fattori di copertura dei costi fissi e generali, nonché la contrazione dei livelli occupazionali. Venendo meno la possibilità lavorativa, l'impresa perde concorrenzialità, con dispersione irreversibile del bene immateriale dell'avviamento, passibile di tutela cautelare.

Le spese sostenute per l'acquisto dei mezzi necessari all'espletamento del lavoro, le spese correnti del personale e di esercizio, i costi finanziari e da

STUDIO LEGALE VETRANO

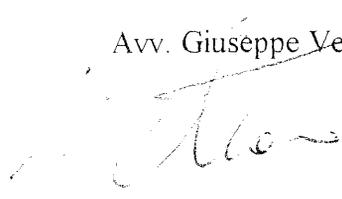
danni subiti e subendi ed al pagamento delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio.

Nel fascicolo di parte saranno depositati i documenti indicati nel ricorso.

Si dichiara che la presente controversia, poiché rientrante nell'ambito dei ricorsi relativi all'affidamento dei lavori, soggiace al versamento del contributo unificato nella misura fissa di cui all'art. 3, co. 11, All. 4, del D.Lgs. 104/2010).

Avellino 29 settembre 2010

Avv. Giuseppe Vetrano



Relata di notifica

Ad istanza dell'Avv. Giuseppe Vetrano, procuratore e difensore delle società I.M.O.S. S.r.l. e Iner Lav. S.r.l., nonché ad istanza di queste ultime, io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto U.N.E.P. presso il Tribunale di Benevento, ho notificato e dato copia conforme dell'antescritto ricorso, per la legale scienza, ad ogni effetto e conseguenza di legge a: **PROVINCIA DI BENEVENTO**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, per la carica domiciliato presso la Sede legale dell'Ente, ivi mediante consegna a mani di

A MANI DI CORRADO
IMPIEGATO, IVI ADDETTO, INCARICATO
ALLA RICEZIONE ATTI.

04 OTT. 2010

