

N. 03190/2009 REG.SEN.
N. 00826/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 826 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. P.A., Bresciani Bruno S.r.l., Asphalt C.C.P. S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv. Marco Casavecchia, Giulietta Redi, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Casavecchia in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

contro

Società di Committenza Regione Piemonte S.p.A. - S.C.R. - Piemonte S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Milan, con domicilio eletto presso il medesimo in Torino, via Giovanni Giolitti, 1;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione dalla gara assunto in data 9.7.2009 e comunicato in data 15.7.2009 con lettera n. prot. 3273, con cui la

- commissione della gara indetta dalla S.C.R. - Piemonte spa ha disposto l'esclusione dalla gara del costituendo raggruppamento ricorrente;
- del provvedimento, non noto e se esistente, con cui la stazione appaltante ha confermato il provvedimento di esclusione assunto in data 9.7.2009;
 - di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto e/o connesso tra i quali il disciplinare di gara nella parte specificata in ricorso;
- nonché per l'annullamento, quanto ai motivi aggiunti,
- dell'art. 22 del Disciplinare di gara, paragrafo "Chiarimenti e integrazioni";
 - della nota del RUP prot. 2689 de 25.6.2009 limitatamente al chiarimento n. 2;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società di Committenza Regione Piemonte S.p.A. - S.C.R. - Piemonte S.p.A.;

Esaminate le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 22/10/2009 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.1. Con il ricorso in epigrafe 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, impugna il provvedimento di esclusione 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, ha disposto l'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.

La procedura di gara prescelta era quella aperta e il termine di ricezione delle offerte scadeva il 6.7.2009. Le operazioni di gara si sono svolte nella seduta del 9.7.2009 come da verbale versato in atti.

1.2. L'estromissione dalla competizione è stata 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.

1.3. 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, a detta della difesa dell'Amministrazione, solo sul suo sito internet e fatto anch'esso oggetto di impugnativa con il ricorso e i successivi motivi aggiunti.

Con l'atto introduttivo venivano impuginate 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, al caso all'esame contrassegnato dall'avvalersi di progettisti qualificati per le attività di progettazione, nell'ambito dei c.d. appalti integrati di progettazione ed esecuzione di lavori, ai sensi dell'art. 53, comma 3 del Codice espressamente richiamato.

La stazione appaltante intimata depositava atto di costituzione, documenti e memoria difensiva il 21.7.2009. Il 2 ottobre 2009 entrambe le parti litiganti producevano altra memoria difensiva e ulteriori documenti.

2.1. Con mezzo di gravame integrativo per motivi aggiunti, notificato il 25.9.2009 e depositato il 2.10.2009, parte ricorrente ha introdotto due nuovi e diversi motivi di censura, differenziali rispetto a quelli componenti il ricorso introduttivo e di seguito illustrati e scrutinati.

Ha altresì espressamente e specificamente esteso l'impugnazione alla nota di chiarimenti del RUP del 25.6.2009 n. 2689 e 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.

I due motivi aggiunti saranno illustrati appresso in uno con il loro distinto scrutinio.

Conviene peraltro anticipare che con tale mezzo integrativo i ricorrenti lamentano con il primo motivo l'ambiguità del disciplinare di gara là dove

al punto 4 nel mentre, mediante il rinvio secco all'art. 53, comma 3 del codice, consente alle imprese di limitarsi ad indicare il progettista qualificato alle attività di progettazione esecutiva, immediatamente dopo si contraddice imponendo il rispetto degli oneri dichiarativi e documentali prescritti per l'avvalimento ordinario dal successivo par. 16 che rinvia all'art. 49 del Codice. In apertura del primo motivo aggiunto si espone, poi, che il medesimo punto 4, ultimo capoverso, del "Documento complementare - Disciplinare di gara", nel rinviare, per l'ipotesi dell'avvalersi del progettista qualificato, ai "requisiti di progettazione di cui al successivo paragrafo 16" è errato, in quanto detti requisiti sono disciplinati al paragrafo 17 e non a quello n. 16.

2.2. Il secondo motivo aggiunto rubrica 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 per non essere stata prescritta la modalità di pubblicazione dei chiarimenti che a norma della suddetta disposizione di *lex specialis* i concorrenti potevano richiedere alla stazione appaltante.

3.1. Alla Camera di Consiglio del 23.7.2009 la Sezione accoglieva l'incidente cautelare con l'Ordinanza n. 636 del 27.7.2009, con la quale, diffusamente motivando in punto di *fumus boni iuris*, riteneva confliggente con la normativa di riferimento il punto. 4, ultimo comma, ultimo periodo del disciplinare di gara in atti, nella parte in cui pur correttamente richiamando l'art. 53, co. 3 del Codice dei Contratti quanto alla facoltà per i concorrenti di utilizzare per le attività di progettazione un progettista qualificato per la realizzazione della progettazione esecutiva, stabilisce che

detto progettista, che in ossequio all'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006 è sufficiente che sia soltanto indicato, debba possedere i "requisiti" (recte, osservare gli adempimenti dichiarativi) di cui al successivo par. 16, il quale impone al progettista stesso di produrre le dichiarazioni afferenti alla sequenza negoziale – procedimentale dell'istituto dell'avvalimento negli appalti di lavori, servizi e forniture, definite all'art. 49 del Codice dei contratti (analiticamente illustrato nel precedente di cui a T.A.R. Piemonte, Sez. I, 30.3.2009, n. 837);

Opinava altresì la Sezione che le predette dichiarazioni concernenti l'istituto dell'avvalimento non debbano essere richieste alle imprese partecipanti alle gare di appalto integrato, quali quella all'esame, posto che per tale procedura di scelta del contraente la disciplina applicabile quanto al fenomeno dello "avvalersi di progettisti qualificati" va individuata nel disposto di cui all'art. 53, comma 3 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163, il quale si limita a statuire che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'A.T.I. con il medesimo, debba essere semplicemente indicato, non prescrivendo la norma in questione, che debbano anche prodursi in sede di gara le dichiarazioni contemplate dall'art. 49 stesso decreto per la disciplina dell'istituto dell'avvalimento negli appalti di lavori, servizi e forniture, ed imposte all'impresa ausiliaria avvalente (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo ex art. 34, co. 2 del Codice con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, etc.) o alla impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con

l'impresa ausiliaria avvalente).

3.2. Pronunciandosi sull'appello cautelare interposto dalla s.a., il Consiglio di Stato con Ordinanza n. 4937 del 29.9.2009 riformava la decisione incidentale 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.

3.3. Pervenuta alla pubblica Udienza del 22.10.2009 a seguito della richiesta di rinvio esposta verbalmente alla precedente Udienza del 8.10.2009, la causa, udita la discussione dei patroni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano è stata trattenuta a sentenza.

3.4. La Sezione non può che prendere atto della posizione assunta dal Consiglio di Stato nella sede deliberativa cautelare e non ritiene, pertanto, opportuno ulteriormente sviluppare il proprio avviso.

Purtuttavia, non può il Collegio esimersi da un fugace accenno alla *quaestio iuris* nodale, ovvero alla problematica dell'applicabilità o meno dell'istituto dell'avvalimento scolpito all'art. 49 del Codice dei contratti alla vicenda dell'integrazione dei requisiti tecnici prescritti per le attività di progettazione, nelle fattispecie caratterizzate dalla contestualità e compresenza, nell'oggetto dell'appalto, di attività di costruzione di opere e di attività di progettazione esecutiva.

Orbene, la fattispecie è disciplinata dall'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006, il cui terzo comma consente alle imprese di costruzione che intendano partecipare a gare di appalto integrato, comprensivo cioè, secondo la

tradizione tramandata dal vecchio art. 19, comma 1 della L. 109/94 di attività di realizzazione di opere e di attività di progettazione esecutiva (svolgendosi la gara sulla base del livello di progettazione definitiva), di “avvalersi” di progettisti qualificati ai sensi della vigente normativa per l’espletamento di attività progettuali, che siano meramente indicati in sede di offerta.

3.5.1. Ebbene, senza trattare funditus la controversa questione, ritiene peraltro la Sezione di dover precisare che l’espressione “avvalersi” di cui all’art. 53 del d.lgs. n. 163/2006 debba essere intesa in senso atecnico, non coincidente con l’accezione tecnica del termine avvalimento di cui è parola e disciplina all’art. 49 del Codice dei contratti, ossia in un senso generico, equivalente a servirsi, utilizzare, impiegare progettisti qualificati, senza che tale impiego integri un’ipotesi di avvalimento in senso proprio.

3.5.2. E ciò va sostenuto sia in virtù del rilievo che il termine avvalersi presente nel comma 3 dell’art. 53 del Codice dei contratti era già utilizzato dal Legislatore all’art. 19, comma 1-ter della L. n. 109/1994 (“avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta”) ed era in allora interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come sinonimo di usufruire di, utilizzare, ricorrere a progettisti a titolo di mera collaborazione rifuggente da moduli giuridici tipizzati (tra le tante, T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, 25 luglio 2005, n. 1237; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 8 luglio 2003, n. 6078, che richiede la mera indicazione dei professionisti) sia in considerazione del dato ontologico che l’avvalimento come disciplinato e tipizzato all’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 presuppone l’attribuzione al soggetto ausiliario o avvalente della qualità di impresa, certamente non predicabile nel caso di un professionista progettista, e per di più di impresa potenzialmente partecipante alla gara di

cui trattisi.

3.5.3. L'esattezza di tale ultima notazione è comprovata ad avviso del Collegio dall'osservazione che le dichiarazioni richieste dall'art. 49 ai fini della legittimità del ricorso all'istituto dell'avvalimento, approfonditamente scandagliato dalla Sezione con la sentenza n. 837 del 30.3.2009, postulano il riconoscimento della qualità di impresa in capo al soggetto ausiliario e non hanno senso alcuno se riferite – come ha fatto la stazione appaltante nella gara all'esame – ad un soggetto non imprenditore, che abbia la qualifica di prestatore d'opera intellettuale, ossia a un progettista. Tanto è a dirsi, ad esempio, proprio relativamente ad una delle due dichiarazioni a motivo della cui mancata produzione la resistente ha escluso dalla gara il RTI ricorrente, ovvero alla “dichiarazione, sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34 d.lgs. 163/2006, né si trova in stato di controllo (...) con una delle ALTRE imprese che partecipano alla gara”.

Non è chi non veda come sia del tutto fuori luogo richiedere ad un progettista di cui l'impresa di costruzione intenda avvalersi per l'effettuazione della sola attività di progettazione, di presentare una simile dichiarazione con cui attesti che non partecipa alla gara in proprio o come associato o consorziato con altra impresa partecipante alla gara: il progettista invero non è neanche legittimato a partecipare alla gara in questione, perché non è un'impresa di costruzione e per tale ragione, del resto, non può nemmeno dichiarare di non trovarsi in stato di controllo (...) con una delle ALTRE imprese che partecipano alla gara, posto che egli non è affatto assimilabile ad una della ALTRE imprese.

4.1. Ciò meramente precisato in chiave teorica ma senza valenza

determinativa ai fini della decisione che viene qui assunta sul gravame in epigrafe, ritiene il Collegio di dover procedere alla disamina e al vaglio dei motivi aggiunti di ricorso, le cui censure evidenziano una portata assorbente rispetto agli stessi motivi di ricorso.

Orbene, con il primo motivo aggiunto i ricorrenti si dolgono dell'ambiguità del disciplinare di gara là dove al punto 4, ultimo capoverso del "Documento complementare – Disciplinare di gara" nel mentre, mediante il rinvio secco all'art. 53, comma 3 del codice, consente alle imprese sfornite di idoneità tecnica a realizzare la progettazione, di limitarsi ad indicare il progettista qualificato alle attività di progettazione esecutiva, immediatamente dopo si contraddice nella misura in cui impone il rispetto degli oneri dichiarativi e documentali prescritti per l'avvalimento ordinario dal successivo par. 16 che rinvia all'art. 49 del Codice. Nella tesi dei ricorrenti, dunque, il riferimento all'art. 16 del disciplinare e, così, all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 ha reso ambigua la legge della gara poiché detto articolo regola l'istituto dell'avvalimento, si riferisce alle imprese e riguarda i rapporti tra tutti i soggetti di cui agli artt. 34 e 47 dell'articolato legislativo citato.

In apertura del primo motivo aggiunto si espone, poi, che il medesimo punto 4, ultimo capoverso, del "Documento complementare – Disciplinare di gara", nel rinviare, per l'ipotesi dell'avvalersi del progettista qualificato, ai "requisiti di progettazione di cui al successivo paragrafo 16" è errato, in quanto detti requisiti sono disciplinati al paragrafo 17 e non a quello n. 16.

4.2. Ad avviso della Sezione ambedue le riassunte censure evidenziano profili di fondatezza e meritano pertanto di essere accolte.

Invero, si prospetta persuasiva la censura di ambiguità del punto 4, ultimo capoverso, del Disciplinare di gara, posto che nella parte che qui interessa

tale articolato reca due regole assolutamente 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”.

Ora, la 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. L’art. 53, comma 3 del Codice recita, infatti, testualmente che “Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell’offerta” in alternativa all’associazione temporanea con gli stessi.

A stare alla riportata prima parte della disposizione di gara, dunque, i concorrenti erano legittimati a limitarsi ad indicare i progettisti di cui intendevano avvalersi.

Purtuttavia, 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”.

4.3. Emergono a questo punto gli errori e le contraddizioni ed ambiguità correttamente denunciati dal raggruppamento ricorrente con il motivo in scrutinio.

Quanto agli errori, coglie nel segno il rilievo dei deducenti, secondo cui i requisiti di progettazione non sono definiti al paragrafo 16 del disciplinare, erroneamente richiamato dalla riportata parte terminale del punto 4, ultimo capoverso del disciplinare, bensì dal successivo paragrafo 17 del disciplinare stesso (doc. 3 ricorrente e doc. 2 s.a.).

Da qui un primo rilevante profilo di incertezza e dubbio.

4.4.1. Ma l'aspetto maggiormente contraddittorio risiede nel dato in forza del quale la delineata facoltà, sancita dall'art. 53, comma 3 del Codice – norma ancora inapplicabile prima del varo del regolamento di attuazione ma resa cogente dall'espresso richiamo operato dalla legge di gara – di mera indicazione del progettista di cui il concorrente intendesse fruire per la realizzazione della progettazione esecutiva, contrasta con il dettato dell'art. 49 del Codice dei contratti che è chiamato a disciplinare la fattispecie dal richiamo ad esso operato dall'art. 16 del disciplinare a cui rinvia la parte finale dell'art. 4 ultimo capoverso della lex speciali appena riportato. Che, anzi, detto articolo 16 riproduce pressoché fedelmente ed integralmente il dettato dell'art. 49 del Codice dei contratti nel dettagliare il contenuto delle dichiarazioni e degli atti contemplati all'art. 49 in tema di avvalimento di imprese dall'art. 49, d.lgs. n. 163/2006. Gli stessi oneri dichiarativi e documentali sono poi precisati al successivo paragrafo 17 del disciplinare, al quale verosimilmente intendeva rinviare il par. 4 laddove prescriveva che il progettista indicato ai sensi dell'art. 53 comma 3 del Codice possedesse i requisiti di cui al paragrafo 16 del disciplinare

Pertanto, la regola, contraddittoria rispetto alla prima parte del punto 4 del disciplinare poc'anzi illustrata, discendente dal congiunto e combinato disporre dei paragrafi 16 e 17 del disciplinare e dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 è quella in ossequio alla quale il progettista che l'impresa costruttrice avesse inteso impiegare non doveva semplicemente essere indicato, ma doveva anche rendere le dichiarazioni definite alle tre ultime norme di gara e di legge indicate, dichiarazioni che poi dovevano essere prodotte dal concorrente a pena di esclusione nella Busta A dedicata alla documentazione amministrativa.

4.4.2. Dal descritto confuso quadro dispositivo traspare, quindi, la

complessiva ambiguità e contraddittorietà della *lex specialis*, che si profila atta a generare dubbi e confusioni nelle imprese concorrenti.

Siffatti caratteri risultano del resto *ex post*, ad avviso della Sezione, avvalorati dalla circostanza che la stazione appaltante ha dovuto confezionare ben 4 articolati chiarimenti in data 25.6.2009 (doc. 4 produzione resistente) dei quali, all'evidenza, non si intravede la ragione ove della *lex specialis* dovesse affermarsi la chiarezza.

4.4.3. Stante l'illustrata e comprovata ambiguità e contraddittorietà della complessiva *lex specialis*, ritiene conseguentemente la Sezione che la stazione appaltante avrebbe dovuto fare applicazione del noto e pacifico insegnamento della giurisprudenza, secondo il quale in presenza di clausole di un bando o di un disciplinare che si prospettino ambigue o contraddittorie deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del *favor participationis* (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 6 giugno 2007, n. 4755; T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. II, 8 maggio 2007, n. 386; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 1 febbraio 2007, n. 763) che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'amministrazione appaltante, dovendo in difetto predicarsi l'illegittimità dell'esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di *lex specialis* che, sebbene corredate dell'espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà (in tal senso T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 10 luglio 2007, n. 2716).

Il principio è costante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale insegna che "È illegittima l'esclusione di un concorrente da una gara

d'appalto per l'inosservanza di una clausola ambigua del bando di gara”(Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127).

Illegittimità predicata dal Giudice d'appello non solo in ipotesi di clausole ambigue, ma anche in caso di clausole comunque non univoche, allorché l'impresa concorrente abbia fatto affidamento su un'interpretazione non illogica della disciplina dettata: “in presenza di clausole ambigue o, comunque, non univoche - delle quali non può che essere responsabile la stessa amministrazione che ha redatto i provvedimenti regolatori della gara - è illegittima, per inosservanza dei principi di ragionevolezza ed imparzialità, l'esclusione dell'impresa concorrente che abbia fatto affidamento su un'interpretazione non illogica della disciplina dettata”.(Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4797).

4.4.4. Né potrebbe in contrario addursi che l'illustrata ambiguità e contraddittorietà del punto 4 del disciplinare sarebbe chiarita dal paragrafo 17 che impone nell'ipotesi C – nella quale versa il RTI ricorrente - che il progettista di cui l'impresa concorrente intenda avvalersi renda le dichiarazioni ivi contemplata.

Sul punto va infatti debitamente rimarcato ed opposto che detto paragrafo 17 costituisce proprio una delle norme del disciplinare che, accanto alla stessa parte finale del par. 4, urtano con la prima parte di quest'ultima norma di gara che consente ai concorrenti, come più sopra spiegato, mercé il richiamo al disposto dell'art. 53, comma 3 del Codice dei contratti, di limitarsi ad indicare il progettista di cui intendano usufruire per la predisposizione del progetto esecutivo.

Senza trascurare, del resto, che la presenza dell'art. 17, confliggente con la prima parte del par. 4, fa emergere una ambiguità e contraddittorietà complessiva e globale del disciplinare.

4.4.5. Opina, invero al riguardo la Sezione che l'ambiguità di una o più disposizioni di un bando o di un disciplinare di gara va desunta dal confronto del tenore dispositivo della clausola con quello delle altre contenute nel medesimo atto di regolazione della gara e scaturisce da un giudizio complessivo in esito al quale la o le disposizioni risultino idonee ad indurre in errore i concorrenti. Si è all'uopo condivisibilmente precisato che le disposizioni di gara "intanto possono essere considerate ambigue, in quanto, oggettivamente considerate - secondo il loro contenuto letterale e la finalità perseguita, e nel confronto con altre prescrizioni procedurali contenute nello stesso bando - siano idonee ad indurre in errore i concorrenti" (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 20 luglio 2007, n. 1247). Il giudizio di ambiguità di una norma di gara origina dunque da una valutazione complessiva e di insieme della *lex specialis*.

Il primo motivo aggiunto deve dunque essere accolto, dovendosi statuire l'illegittimità della disposta esclusione a fronte della delineata ambiguità e contraddittorietà della disciplina di gara sopra illustrata.

5.1. Con il secondo motivo aggiunto, come sopra anticipato, i ricorrenti deducono 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. L'epigrafe dell'atto contiene l'espressa impugnazione della lettera del responsabile del procedimento prot. n. 2869/2009 limitatamente alla risposta di chiarimento al quesito n. 2.

Lamentano all'uopo 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 e 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, che è stata 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, solo nella memoria della stazione appaltante, nella diffusione sul sito internet della medesima.

Per il ricorrente siffatta modalità, autonomamente scelta dal RUP, è illegittima siccome non contemplata dal disciplinare, il quale è integrabile solo attraverso "la disciplina prevista per la sua emanazione", la cui violazione priva di valore il parere reso dal RUP, rendendolo inidoneo ad integrare la normativa di gara.

Non avendo, del resto, i concorrenti alcun obbligo formale di consultare il sito web della s.a. per reperire informazioni complementari, l'impugnato parere è inopponibile ai ricorrenti e vizia la motivazione della determinazione di esclusione. Conclude e definisce le sue doglianze parte ricorrente, elevando una formale doglianza di illegittimità dell'art 22 del disciplinare e del predetto chiarimento del RUP, precisando che "i nuovi vizi sopra dedotti rendono illegittimo il disciplinare di gara, il parere del RUP del 25.6.2009, il provvedimento di esclusione", e insta per l'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti.

5.2. Ad avviso della Sezione la censura manifesta profili di persuasività conducenti ad una valutazione di fondatezza e va pertanto accolta.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è di recente già occupata delle questione in analisi e ha avuto occasione di

statuire in ordine all'illegittimità di un provvedimento di esclusione assunto in forza di un chiarimento della disciplina di gara pubblicato unicamente sul sito internet dell'amministrazione. La Sezione V del Consiglio ha al riguardo stabilito che "È illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara pubblica per mancato possesso di un requisito di partecipazione richiesto dalla stazione appaltante con una nota definitiva di chiarimenti pubblicata sul proprio sito internet successivamente alla pubblicazione del bando e del capitolato".(Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4241).

5.3. Osserva in proposito il Collegio che la riportata decisione del Consiglio trova supporto nell'art. 71 del d.lgs. n. 63/2006, di cui i ricorrenti lamentano la violazione.

Ebbene, la norma invocata, rubricata "Termini di invio ai richiedenti dei capitolati d'oneri, documenti e informazioni complementari nelle procedure aperte", al comma 2 dispone che "Sempre che siano state chieste in tempo utile, le informazioni complementari sui capitolati d'oneri e sui documenti complementari sono comunicate dalle amministrazioni aggiudicatrici ovvero dallo sportello competente ai sensi dell'articolo 9, almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte".

Nel caso all'esame, invero, il termine di ricezione delle offerte – trattandosi di procedura aperta – era fissato dal part. IV.3.4. del bando di gara al 6.7.2009, conseguendone che in forza della norma riportata l'amministrazione appaltante era obbligata a comunicare individualmente ai concorrenti le "informazioni complementari", alle quali vanno intuitivamente ascritti i chiarimenti forniti in risposta agli eventuali quesiti formulati dai partecipanti, entro il 30 giugno 2009.

Viceversa non consta agli atti che sia stata effettuata la comunicazione individuale, come può anche inferirsi dal generico riferimento, nell'indirizzo della gravata nota di risposta alla richiesta di chiarimenti prot. 2869/2009 (doc. 4 produz. amministr.), "ai soggetti partecipanti, loro sedi".

5.4.1. La resistente società di committenza ha pertanto violato l'art. 71, comma 2 del Codice dei contratti, il quale impone che nelle procedure aperte le informazioni complementari, alle quali vanno ricondotte le risposte ai quesiti, ove formulati in tempo utile, devono essere comunicate individualmente a tutti i partecipanti alle gare almeno sei giorni prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte stabilito nel bando di gara.

5.4.2. Ritiene sul punto il Collegio, sulla scia della sentenza n. 4241/2008 del Consiglio di Stato, che la comunicazione individuale non può essere validamente surrogata dalla pubblicazione dei chiarimenti sul sito internet della stazione appaltante, non essendo siffatta modalità di generica diffusione delle informazioni, contemplata dall'art. 71 del d.lgs. n. 163/2006, né assicurando la stessa che l'informazione complementare o il chiarimento interpretativo sia effettivamente entrato nella sfera di conoscenza dell'impresa concorrente.

5.4.3. Risponde del resto, in generale, a parere del Collegio, ad un canone di tassatività e ragionevolezza, oltre che al principio di tutela dell'affidamento e al canone fondamentale della trasparenza e della pubblicità, scolpiti all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 ed elevati a cardini delle procedure di gara ad evidenza pubblica, il precetto secondo cui tutte le regole disciplinanti una gara pubblica, anche quelle modificative o integrative della regolamentazione di base, debbono essere pubblicizzate mediante le stesse forme e modalità osservate per la pubblicazione della lex specialis, ovvero, in alternativa, comunicate individualmente a tutti i

partecipanti alla competizione, conseguendone in difetto l'illegittimità di modifiche o integrazioni della legge di gara non portate a conoscenza dei partecipanti con le stesse formalità seguite per la pubblicità del bando e del disciplinare, o individualmente, ma unicamente sul sito internet della stazione appaltante.

5.5.1. Nella specie va notato che il chiarimento impugnato ha una portata precettiva o interpretativa consistente, poiché afferma che “ ai sensi dell'art. 53 c.3 del D.Lgv. n. 163/2006 i concorrenti che intendono partecipare alla gara e non risultano in possesso dell'attestazione per la progettazione devono necessariamente avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del D.Lgv n. 163/2006, di progettisti qualificati da indicare nell'offerta”.

Non si richiedono particolari sforzi esegetici per predicare l'illegittimità dell'assunzione a fondamento della determinazione di escludere il raggruppamento ricorrente che non aveva corredato l'indicazione dei due progettisti incaricati, delle dichiarazioni e dei documenti richiesti dall'art. 49 del Codice di contratti, della portata precettiva del censurato chiarimento del RUP, ove solo si consideri che detta nota interpretativa non era stata portata nella sfera di conoscenza, mediante regolare comunicazione, del raggruppamento ricorrente.

5.5.2. Detto chiarimento, infatti, era stato richiesto addirittura da altra impresa partecipante, ossia la Betonvilla S.p.A. come risulta dalla relativa richiesta di cui alla nota del 9.6.2009 prodotta il 2.10.2009 da parte ricorrente (e indicata al n. 8 dell'elenco, ma riportante i numeri 6 e 3) e contenente il “Secondo Quesito: Il progettista può essere semplicemente indicato senza doverlo per forza associare (ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. 163/06 e s.m.i)?”. E infatti il RUP, con l'impugnata nota 2869/2009 risponde al quesito n. 2.

Il raggruppamento ricorrente è stato dunque escluso in virtù di una regola di gara, della quale si è più sopra argomentata l'ambiguità e la contraddittorietà, chiarita nella sua portata precettiva quale intesa dall'amministrazione, ad un soggetto diverso dal raggruppamento escluso.

A pag. 10 del verbale di gara del 9.7.2009 (doc. 6 produzione ricorr.) viene infatti invocato il predetto chiarimento, affermandosi che "il Presidente, inoltre, a supporto di tale tesi, da lettura del chiarimento prot. n. 2869 del 25 giugno 2009, che la Stazione Appaltante ha pubblicato sull'argomento".

Non è menzione nel predetto verbale delle forme osservate per la pubblicazione affermata dal Presidente della commissione di gara. Solo gli scritti difensivi della resistente precisano che la pubblicazione ha avuto luogo attraverso il sito internet della stazione appaltante. Il che, come si è più sopra chiarito, si rivela insufficiente.

5.6. L'impugnato chiarimento ha dunque costituito parte rilevante della motivazione di esclusione, la quale si prospetta illegittima oltre che per le ragioni sviscerate più sopra nella disamina del primo motivo aggiunto, anche per effetto dell'illegittimità dell'informazione complementare/chiarimento n. 2869/2009 per violazione dell'art. 71, comma 2 del Codice dei contratti che relativamente alle modalità della pubblicazione delle informazioni complementari in analisi prescrive la comunicazione individuale e non la mera pubblicazione sul sito internet della s.a.

Risulta parimenti illegittima e va del pari annullata la norma presupposta, pure oggetto di impugnazione con l'atto per motivi aggiunti, di cui all'art. 22 del disciplinare di gara, voce Chiarimenti e integrazioni e al punto IV.3.3. del bando di gara, i quali dispongono che le informazioni complementari sarebbero state portate a conoscenza dei concorrenti ma

senza precisare con quali modalità ciò sarebbe avvenuto.

Anche il secondo motivo aggiunto ora scrutinato è quindi fondato e va accolto.

In definitiva, i due motivi aggiunti esaminati colgono nel segno e meritano di essere accolti, dovendo essere pronunciato l'annullamento dell'impugnata esclusione nonché del parere del RUP n. 2869/2009 e dell'art. 22 del disciplinare di gara, paragrafo "Chiarimenti e integrazioni".

Le spese di lite possono invece essere integralmente compensate tra le costituite parti in ragione della novità e delicatezza delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte - Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e i relativi motivi aggiunti, Accoglie i motivi aggiunti di ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione, l'art. 22 del disciplinare di gara, voce "Chiarimenti e integrazioni" e il parere del R.U.P. del 25.6.2009 impugnati. Compensa le spese di lite tra le costituite parti.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 22/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2009

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

IL SEGRETARIO