

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29718-ai-mandanti-non-pu-essere-imposto-di-possedere-una-percentuale-di-possesso-dei-requisiti-minimi>

Autore: Lazzini Sonia

Ai mandanti non può essere imposto di possedere una percentuale di possesso dei requisiti minimi

Tar Piemonte, Torino, 21.05.2010 n. 2424_TER

Ai mandanti non può essere imposto di possedere una percentuale di possesso dei requisiti minimi.

La richiesta rivolta ad un raggruppamento temporaneo di progettisti di comprovare il possesso in capo a ciascun mandante di una percentuale di requisiti minimi di partecipazione in caso di raggruppamento orizzontale, ovvero riferiti, in caso di r.t.i. verticale, al servizio che si impegna ad eseguire, confligge con l'art. 65, comma 4 del D.P.R. n. 544/1999 recante il Regolamento per l'esecuzione dei lavori pubblici, tuttora in vigore in via transitoria in attesa del varo del nuovo regolamento di cui al Codice dei contratti.

Può ora, seguendosi l'impostazione espositiva anticipata in apertura, procedersi alla disamina del quarto motivo di ricorso, di cui con l'Ordinanza n. 224/2010 la Sezione aveva anticipato una delibazione di sostanziale fondatezza.

Con tale mozzo i deducenti denunciano violazione ed errata applicazione dell'art. 48 del Codice e dell'art. 65 del D.P.R. n. 544/1999 nonché eccesso di potere per aggravamento e sviamento del procedimento, irrazionalità ed ingiustizia manifesta.

Si dolgono al riguardo che con la nota con cui ad avvenuto sorteggio, il r.t.i. ricorrente è stato richiesto di comprovare il possesso dei requisiti dichiarati, nonché con la nota di comunicazione della sua esclusione, era stato domandato a ciascun componente il raggruppamento di depositare tutta la documentazione comprovante i requisiti di partecipazione. Siffatta richiesta per i deducenti è palesemente illegittima per contrasto con l'art. 65 del D.P.R. n. 544/1999 in ossequio al quale non può, invece, richiedersi ai mandanti di un raggruppamento di professionisti per l'affidamento di servizi di progettazione di possedere una percentuale minima di requisiti.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La censura, già delibata fondata con l'Ordinanza cautelare, evidenzia tratti di scura fondatezza e va, conseguentemente, accolta.

Riscontra, intanto, il Collegio, la fondatezza in fatto della doglianza, acclarando la veridicità dell'assunto che con la nota di richiesta della documentazione a comprova dei requisiti in data 15.2.2010 prot. 5613 (doc. 5 produz. ricorr.) opportunamente impugnata, il Comune richiedeva i documenti ivi indicati, ossia, per quanto qui di interesse, "con riferimento al fatturato globale al netto degli oneri fiscali per servizi di architettura ed ingegneri (...) idonea documentazione contabile, se trattasi di altri soggetti" non tenuti alla redazione di bilanci, la relativa produzione "per ciascun componente il raggruppamento" (nota cit., primo capoverso, ad finem).

Con l'impugnata nota di esclusione del 8.3.2010 (doc. 8 ricorr.) l'Ente precisava poi che "relativamente al fatturato globale (...) non è stata prodotta alcuna documentazione riguardante l'ing. Marzio Ricorrente due e il Dott. Sergio Breko, a titolo di comprova degli importi dichiarati".

La richiesta fondava sulla disposizione di cui a pag. 2, par. Raggruppamenti temporanei o consorzi, del disciplinare agli atti, secondo cui in caso di A.T.I. orizzontale fra i soggetti di cui all'art. 90 del codice dei contratti (tra i quali i professionisti incaricati della progettazione, direzione lavori e affini), al capogruppo è richiesto il possesso dei requisiti economici e tecnici in una percentuale tra il 40 e il 60%, "fermo restando che la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti costituenti il raggruppamento". La norma imponeva poi che in caso di r.t.i. verticale ciascun componente possedesse i requisiti riferiti al servizio che si impegna ad eseguire.

Con i motivi aggiunti depositati il 16.4.2010 i ricorrenti estendono l'impugnazione al disciplinare di gara, precisando all'uopo che "deve considerarsi illegittimo lo stesso disciplinare di gara nella parte in cui, in caso di raggruppamento verticale di concorrenti, richiedeva ad ogni singolo soggetto il possesso dei requisiti (...) riferiti al servizio che si impegna ad eseguire" (m.a. cit., pagg. 12-13)

Precisa ancora parte ricorrente che la configurazione del raggruppamento effettivamente emergente dagli atti di gara, ad onta dell'autoqualificazione come verticale operata nella domanda di

partecipazione, è di tipologia orizzontale, come si desume sia dalla specificazione delle percentuali di partecipazione all' A.T.I., adempimento riferibile normalmente ad un'A.T.I. orizzontale, sia dalla tipologia dei servizi che ciascun componente dichiarava che di assumere nella "dichiarazione di partecipazione in raggruppamento" (doc. 4 ricorr.) e da cui risulta che tutti i professionisti avrebbero svolto attività di progettazione, tranne gli arch. V. Ricorrente e A.M. Rachetta i cui requisiti non sono stati contestati.

Riscontra il Collegio la veridicità di quest'affermazione, dall'esame della tabella esposta nel predetto doc. 4 e condivide l'assunto circa la sostanziale natura orizzontale del raggruppamento ricorrente, posto che lo stesso ha dichiarato che ogni suo componente avrebbe svolto attività riconducibili alla progettazione, con le uniche due predette eccezioni, non oggetto di contestazione in punto di requisiti.

7.3. Ciò precisato in termini fattuali, ritiene la Sezione che la ricostruita richiesta rivolta ad un raggruppamento temporaneo di progettisti di comprovare il possesso in capo a ciascun mandante di una percentuale di requisiti minimi di partecipazione in caso di raggruppamento orizzontale, ovvero riferiti, in caso di r.t.i. verticale, al servizio che si impegna ad eseguire, confligge con l'art. 65, comma 4 del D.P.R. n. 544/1999 recante il Regolamento per l'esecuzione dei lavori pubblici, tuttora in vigore in via transitoria in attesa del varo del nuovo regolamento di cui al Codice dei contratti.

Ebbene, detta norma disciplina la partecipazione alle gara per servizi afferenti all'architettura e all'ingegneri, dei raggruppamenti temporanei di professionisti e stabilisce che "La stazione appaltante può chiedere, nel caso di raggruppamenti temporanei di cui all'art. 17, comma 1, lettera g) della legge che i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 66, comma 1, lettere a), b) e d) siano posseduti in misura non superiore al 60% dal capogruppo; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi".

L'ambito applicativo della disposizione, precisa il Collegio, non è circoscritto ai soli raggruppamenti verticali, od orizzontali, poiché la norma della Legge quadro cui essa rinvia, ossia l'art. 17, comma 1, lettera g) contempla i raggruppamenti temporanei in generale, a prescindere dalla loro tipologia.

7.4. L'inciso finale dell'art. 65, comma 4 del D.P.R. n. 544/1999 costituisce il parametro normativo di riferimento sul quale il Collegio è investito di misurare la legittimità o meno della riportata norma del disciplinare e delle correlative disposizioni della nota 15.2.2010 di richiesta di comprova dei requisiti nonché della nota di esclusione del 3.3.2010 entrambe impugnate.

Ebbene detta disposizione del Regolamento sui lavori pubblici prescrive che ai mandanti di un r.t.i, sia esso verticale od orizzontale, "non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi" fermo restando che essi devono possedere cumulativamente la percentuale dei requisiti che, in aggiunta a quella richiesta al capogruppo, riguarda il 100% dei requisiti stessi.

Fermo il delineato coacervo, tuttavia, ai mandanti non può essere imposto di possedere una percentuale di possesso dei requisiti minimi.

Orbene, dalla rilevata impossibilità di percentualizzare in capo al singolo mandante il possesso dei requisiti minimi della quota non posseduta dal capogruppo, discende pianamente l'illegittimità della denunciata percentualizzazione dei requisiti di capacità economica in capo ai singoli professionisti mandanti del costituendo R.T.I e imposta dall'impugnata nota citata, nonché elevata a motivo di esclusione nella nota di esclusione del 3.3.2010 e contemplata dal disciplinare di gara, che oltretutto risulta specificamente impugnato relativamente alla disciplina del r.t.i. verticale - con i motivi aggiunti del 16.4.2010 come più sopra precisato - in maniera assonante con la qualificazione che il costituendo r.t.i si era data come verticale con la dichiarazione di partecipazione come raggruppamento (doc. 4 ricorrente, cit.).

Ciò che rileva, invero, è il dato che le censurate norme della lex specialis che hanno colorato di illegittimità i conseguenti atti di richiesta di comprova e di esclusione, imponevano a ciascun componente mandante del raggruppamento di comprovare il possesso o di una quota parte di requisiti, ovvero dei requisiti riferiti al servizio che ciascun professionista avrebbe assunto.

7.6. Ritiene conclusivamente la Sezione che è illegittima, per contrasto con la disposizione di cui all'art. 65, comma 4, ultima alinea del D.P.R. n. 544/99 in forza del quale ai mandanti "non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi", la determinazione di esclusione da una gara per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria, di un raggruppamento di professionisti per non

avere ciascuno dei mandanti, comprovato di possedere una data percentuale dei requisiti minimi, essendo, a monte, illegittime quelle prescrizioni della legge di gara che impongano, come nella specie, a ciascuno di essi il possesso di una percentuale di requisiti minimi.

Ne discende l'illegittimità dell'esclusione del r.ti. ricorrente poiché, come si legge nell'impugnata nota di esclusione del 3.3.2010, due di essi (Ricorrente due e Breko) non avevano comprovato il possesso del fatturato globale per la quota parte indicata nella domanda di partecipazione.

Anche il motivo appena scrutinato è, dunque, fondato e va conseguentemente accolto.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2424 del 21 maggio 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

N. 02424/2010 REG.SEN.

N. 00292/2010 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 292 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Ing.Gianfranco ed altri, rappresentati e difesi dagli avv. Riccardo Montanaro, Cristiana Romano, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Comune di Pinerolo, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Papa, con domicilio eletto presso il medesimo in Torino, via Balbis, 9;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della nota raccomandata prot. n. 8033 del 3.3.2010, a firma del Presidente della Commissione di gara, con la quale è stata comunicata l'esclusione del Raggruppamento dalla partecipazione alla procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori, misura e contabilità, coordinamento sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione lavori per la realizzazione del IX ampliamento del cimitero urbano e canale scolmatore sul Lemina (C.I.G. 0407156BBF), nonché l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, con particolare riguardo:

al disciplinare di gara;

alla comunicazione di richiesta dei requisiti in data 15.2.2010;

ai verbali in data 26.2.2010 e 2.3.2010;

all'eventuale provvedimento conclusivo di esclusione dalla gara.

nonché per l'annullamento

della nota raccomandata prot. n. 8766 dell'8.3.2010 a firma del Presidente della Commissione di Gara.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pinerolo;

Esaminate le memorie difensive tutte;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 6 maggio 2010 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 gravame in epigrafe il r.t.i. ricorrente impugna la sua esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento delle attività di progettazione esecutiva, direzione lavori, misura, contabilità e coordinamento per la sicurezza per la realizzazione dell'ampliamento del cimitero e di uno scolmatore, impugnando altresì il disciplinare di gara nella parte in cui disciplina il procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione (e, con motivi aggiunti, nella parte che stabilisce i requisiti richiesti ai r.t.i.), la nota di richiesta dei requisiti, il verbale di gara del 2.3.2010, la comunicazione del provvedimento di esclusione e dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Le determinazioni negative adottate e in questa sede contestate sono state dalla P.A. appaltante assunte in esito al controllo sul possesso dei requisiti autocertificati, effettuato ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 sulla documentazione prodotta dai deducenti in forza del primo comma della predetta norma.

1.2. Si costituiva il Comune intimato con memoria e annessa produzione del 24.3.2010.

Alla Camera di Consiglio del 25.3.2010 la Sezione accoglieva la domanda cautelare motivando su almeno due rilevanti profili di fondatezza dell'azione.

I ricorrenti interponevano motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati il 16.4.2010 con i quali integravano le precedenti censure, essendo ancora nei prescritti termini, ed estendevano l'impugnazione al disciplinare di gara nella parte inerente i requisiti dei r.t.i. e alla nota del 8.3.2010 con cui l'Ente richiedeva alla compagnia assicuratrice l'escussione della cauzione provvisoria presentata dai deducenti in sede di gara.

Depositavano altresì ulteriore memoria difensiva il 23.4.2010.

1.3. Il Comune di Pinerolo appellava innanzi al Consiglio di Stato l'Ordinanza cautelare della sezione, che si era pronunciata sulla fondatezza del gravame e aveva accolto la domanda di sospensiva. Il Consiglio di Stato, Sez. V, con Ordinanza

4.5.2010. n. 1978 respingeva l'appello cautelare confermando la valutazione di fondatezza del ricorso già tratteggiata dalla Sezione nell'Ordinanza n. 2254 del 26.3.2010.

Pervenuto l'affare all'Udienza pubblica in quella data fissata, sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano il ricorso è stato ritenuto in decisione.

2.1. Deve la Sezione ribadire il giudizio di fondatezza del ricorso già formulato brevemente con l'Ordinanza di accoglimento della misura cautelare interinale n. 224/2010, espressamente confermata dal Giudice d'appello con riguardo al ritenuto fumus di fondatezza dell'azione.

2.2. Il ricorso è affidato a quattro motivi, incrementati con un quinto con l'atto estensivo e integrativo depositato il 16.4.2010 e vengono appresso illustrati in uno con il loro distinto scrutinio.

Per ragioni di economia ed efficacia argomentativa conviene, peraltro, principiare dalla disamina dei motivi svolgenti le censure la cui fondatezza è stata già oggetto di deliberazione nella sede cautelare.

3.1. Al riguardo, vale la pena di rammentare che con l'Ordinanza n. 224/2010 confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 4.5.2010 n. 1978 Ord., la Sezione aveva, sotto un primo ordine di censure, ritenuto il gravame sostenuto da idoneo fumus di fondatezza con riferimento alle doglianze dirette contro la richiesta, a titolo di requisiti di capacità tecnica, delle certificazioni di avvenuta esecuzione "in modo soddisfacente" degli incarichi professionali portati a dimostrazione del possesso della predetta idoneità, apparendo non essere stata riproposta nel Codice dei contratti la norma che nel pregresso ordinamento degli appalti pubblici di lavori imponeva anche, ai fini in questione, la produzione della certificazione dell'avvenuta esecuzione "a regola d'arte e con buon esito".

3.2. Deve essere quindi esaminato il secondo motivo di ricorso, con cui si denuncia violazione degli artt. 48, 41, 42 del Codice dei contratti, 66 del D.P.R. n. 554/1999, violazione dell'art. 1, comma 2 della L. n. 241/1990 ed eccesso di potere per aggravamento del procedimento e per irrazionalità e ingiustizia manifesta.

Si duole in proposito parte ricorrente dell'illegittimità dei requisiti soggettivi di partecipazione richiesti per la capacità tecnica e per quella economica.

Quanto alla prima, di cui la Sezione ha fatto cenno nella sede deliberativa cautelare, i deducenti lamentano che sia stato loro imposto di produrre certificazioni degli incarichi svolti, indicativi non solo dell'ente per il quale in passato i ricorrenti hanno svolto le loro attività professionali, ma anche dell'attestazione "che gli stessi siano stati svolti in modo soddisfacente".

Contesta siffatta opzione il r.t.i. ricorrente ritenendola non consentita né contemplata dall'art. 42 del Codice e allegando che numerosi enti in passato beneficiari dell'attività professionale dei professionisti costituenti il futuro raggruppamento partecipante, si sono legittimamente rifiutati di rilasciare la certificazione comprensiva anche della riportata precisazione. Rappresenta altresì la gravosità della stessa in quanto molti dei servizi di progettazione svolti ed adottati a prova della capacità tecnica ineriscono ad appalti di opere non ancora prevenute alla loro completa realizzazione.

4.1. La ricostruita censura persuade il Collegio che deve conseguentemente accoglierla.

Al riguardo, come già accennato nell'Ordinanza cautelare, ritiene la Sezione che non è stata riproposta nel Codice dei contratti la norma che nel pregresso ordinamento degli appalti di lavori pubblici imponeva anche, ai fini in questione, la produzione della certificazione dell'avvenuta esecuzione "a regola d'arte e con buon esito".

Invero, rammenta sul punto la Sezione che l'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, che è la leading rule in materia di accertamento dei requisiti di capacità tecnica, dopo aver esordito nel primo comma con il principio di elasticità ed adattamento alle esigenze e alle peculiarità del singolo appalto, disponendo che “agli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi”, alla lettera a) contempla e consente solo la “presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi” poi precisando le modalità delle relative attestazioni, variabili a seconda della natura, pubblica o privata, del destinatario di pregressi servizi.

Alle lettere successive consente la richiesta di indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, dei titoli di studio e professionali, delle attrezzature e del numero annuo dei dipendenti.

In nessuna parte della norma è, dunque, contemplata la possibilità per la stazione appaltante di richiedere anche la certificazione, o l'attestazione, che i servizi siano stati svolti a regola d'arte o con buon esito, come nel previgente regime era prescritto limitatamente agli appalti di opere.

4.2. Rammenta sul punto il Collegio che nel settore degli appalti di servizi, anche l'art. 13 del d.lgs. 17.3.1995, n. 157, del quale l'art. 42 del Codice dei contratti costituisce fedele riproduzione, non abilitava l'Amministrazione a richiedere ai concorrenti anche l'attestazione o certificazione che i servizi e gli incarichi svolti in passato e che ne sostanziavano la loro maturata capacità tecnica, fossero stati espletati anche con buon esito.

Va quindi valutata come illegittima la richiesta ai concorrenti di certificare, a prova della loro capacità tecnica, che i servizi portati a riprova del requisito in questione siano stati svolti anche in modo soddisfacente.

4.3. In tale ottica non appare senza pregio, del resto, l'assunto di parte ricorrente, che oppone anche la gravosità, oltre che l'illegittimità di siffatta prescrizione, evidenziando che molti degli incarichi svolti afferiscono ad opere ancora in corso di esecuzione, ragion per cui non è possibile all'attualità documentare o inferire che l'incarico di progettazione relativo a dette opere abbia dato buona prova e sia stato quindi svolto in modo soddisfacente.

5.1. Ma con il motivo in scrutinio i r.t.i. esponente contesta anche il requisito prescritto con riguardo alla capacità economica e, in particolare, la richiesta del "fatturato globale al netto degli oneri fiscali", che sostiene contrastare con l'art. 41 del Codice che consente di richiedere unicamente il fatturato globale di impresa, nonché con l'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999 che per le gare di progettazione richiede solo il fatturato globale per servizi.

5.2. La censura è fondata. Intanto, va detto che risponde al vero che la legge di gara recava la contestata richiesta: il punto III.2.2. del Bando di gara (doc. 1, ricorrenti) prescrive "fatturato globale al netto degli oneri fiscali per servizi di architettura e ingegneria".

Ritiene il Collegio che siffatta ultima precisazione, ovvero sia la richiesta ai concorrenti di attestare il fatturato globale "al netto degli oneri fiscali" non trova supporto nel dettato di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006, come sostituito dal terzo correttivo recato con il d.lgs. n. 152/2008.

La norma stabilisce, infatti, che la prova della capacità economico – finanziaria può esser fornita mediante uno o più dei documenti menzionati nelle lettere di cui si compone la disposizione e alla lettera c) figura una "dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28

dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi”.

Rimarca il Collegio che non è menzione nell'articolo in analisi della necessità, ovvero alla possibilità per la P.A., di richiedere che il fatturato globale o l'importo relativo ai servizi a forniture oggetto della gara, debba essere anche indicato “al netto degli oneri fiscali”.

5.3. Una simile puntualizzazione si risolverebbe, invero, in un onere aggiuntivo che, in disparte la facilità o difficoltà del suo assolvimento, indubbiamente non agevola la partecipazione alla gara, costringendo i concorrenti ad risalire al quantum del prelievo fiscale che ha colpito il fatturato negli anni di riferimento utili per la competizione ed anche anno per anno.

E', pertanto, illegittima la richiesta a prova della capacità economica, dell'indicazione del fatturato globale epurato del carico fiscale.

6.1. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente rubrica, per quanto qui interessa, violazione dell'art. 1, comma 2 della L. n. 241/90 e dell'art. 153 c.p.c. e dei principi fondamentali in materia di computo dei termini, nonché eccesso di potere per aggravamento del procedimento, lamentando che il termine di dieci giorni di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 per la comprova dei requisiti dichiarati è stato dalla legge di gara, in parte qua impugnata, qualificato come decorrente dal giorno iniziale di invio della comunicazione, in deroga a quanto stabilito dall'art. 2963 c.c.

Detta censurata previsione comporta per parte ricorrente un aggravamento ingiustificato del procedimento, in contrasto con l'art. 1, comma 2 della L. n. 241/1990. Rappresenta al riguardo che la brevità del concesso termine l'ha costretta a limitarsi nell'acquisizione delle certificazioni dei lavori svolti, non essendo stata in grado di procurarsene di ulteriori.

6.2.1. La doglianza si presta a positiva valutazione e va quindi accolta.

La disposizione censurata è presente a pag. 9 del disciplinare, che dispone che “in deroga quanto previsto dall’art. 2963 del c.c. nel calcolo dei giorni sarà computato anche quello iniziale di invio della comunicazione”.

6.2.2. Ritiene al riguardo la Sezione che il principio fissato dal legislatore all’art. 2963, secondo il quale nel computo di un termine si calcola il dies ad quem ma non quello a quo, abbia valenza di principio generale recato da una norma imperativa e non dispositiva, ossia non derogabile dalle parti, o quanto meno non mediante un’imposizione unilaterale quale quella che si esprime attraverso le determinazioni stabilite in un disciplinare di gara, alla definizione del cui contenuto non concorre la volontà dei partecipanti alla gara.

La delineata esegesi deve essere espressa anche nella doverosa considerazione della natura perentoria del termine di cui all’art. 48 del Codice dei contratti, opportunamente valorizzata nella linea difensiva dei legali del r.t.i ricorrente.

A fronte, infatti, di un termine così esiguo concesso dalla legge ai partecipanti ad una gara pubblica al fine di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, non può ragionevolmente legittimarsi anche un’ulteriore “giro di vite” costituito dalla previsione del computo anche del termine iniziale di invio della comunicazione.

6.3. Osserva in proposito il Collegio, a ulteriore suffragio della tesi della vessatorietà di siffatta illegittima inclusione nel computo dei termini anche di quello iniziale, che nell’ipotesi in cui, correttamente escludendo, invece, come per legge (art. 2963.c.c.) il termine iniziale, quello finale dovesse coincidere con un giorno festivo, l’impresa onerata della comprova dei requisiti potrebbe godere della proroga del termine al primo giorno non festivo successivo (ex art. 2963, comma 3, c.c.), secondo un principio ritenuto di carattere generale (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214).

Ebbene, di tale facoltà, a stare all'illegittima delineata inclusione del termine iniziale, l'impresa partecipante alla gara sarebbe invece privata.

Segnala in proposito il Collegio che in argomento si è pronunciato anche il Giudice amministrativo d'appello che ha avuto modo di puntualizzare che “in mancanza di una specifica normativa, i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo sono quelli che si rinvencono nella disciplina generale dettata dagli art. 155 e ss. c.p.c. e 2963 c.c.. Regola cardine è che nel calcolo dei termini a giorni dies a quo non computatur, dies ad quem computatur.” (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 824

Dalle brevi considerazioni svolte sul punto emerge la fondatezza del primo motivo, che va pertanto accolto.

7.1. Può ora, seguendosi l'impostazione espositiva anticipata in apertura, procedersi alla disamina del quarto motivo di ricorso, di cui con l'Ordinanza n. 224/2010 la Sezione aveva anticipato una delibazione di sostanziale fondatezza.

Con tale mozzo i deducenti denunciano violazione ed errata applicazione dell'art. 48 del Codice e dell'art. 65 del D.P.R. n. 554/1999 nonché eccesso di potere per aggravamento e sviamento del procedimento, irrazionalità ed ingiustizia manifesta.

Si dolgono al riguardo che con la nota con cui ad avvenuto sorteggio, il r.t.i. ricorrente è stato richiesto di comprovare il possesso dei requisiti dichiarati, nonché con la nota di comunicazione della sua esclusione, era stato domandato a ciascun componente il raggruppamento di depositare tutta la documentazione comprovante i requisiti di partecipazione. Siffatta richiesta per i deducenti è palesemente illegittima per contrasto con l'art. 65 del D.P.R. n. 554/1999 in ossequio al quale non può, invece, richiedersi ai mandanti di un raggruppamento di professionisti per l'affidamento di servizi di progettazione di possedere una percentuale minima di requisiti.

7.2. La censura, già deliberata fondata con l'Ordinanza cautelare, evidenzia tratti di scura fondatezza e va, conseguentemente, accolta.

Riscontra, intanto, il Collegio, la fondatezza in fatto della doglianza, acclarando la veridicità dell'assunto che con la nota di richiesta della documentazione a comprova dei requisiti in data 15.2.2010 prot. 5613 (doc. 5 produz. ricorr.) opportunamente impugnata, il Comune richiedeva i documenti ivi indicati, ossia, per quanto qui di interesse, “ con riferimento al fatturato globale al netto degli oneri fiscali per servizi di architettura ed ingegneri (...) idonea documentazione contabile, se trattasi di altri soggetti” non tenuti alla redazione di bilanci, la relativa produzione “per ciascun componente il raggruppamento” (nota cit., primo capoverso, ad finem).

Con l'impugnata nota di esclusione del 8.3.2010 (doc. 8 ricorr.) l'Ente precisava poi che “relativamente al fatturato globale (...) non è stata prodotta alcuna documentazione riguardante l'ing. Marzio Ricorrente due e il Dott. Sergio Ricorrente tre, a titolo di comprova degli importi dichiarati”.

La richiesta fondava sulla disposizione di cui a pag. 2, par. Raggruppamenti temporanei o consorzi, del disciplinare agli atti, secondo cui in caso di A.T.I. orizzontale fra i soggetti di cui all'art. 90 del codice dei contratti (tra i quali i professionisti incaricati della progettazione, direzione lavori e affini), al capogruppo è richiesto il possesso dei requisiti economici e tecnici in una percentuale tra il 40 e il 60%, “fermo restando che la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti costituenti il raggruppamento”. La norma imponeva poi che in caso di r.t.i. verticale ciascun componente possedesse i requisiti riferiti al servizio che si impegnava ad eseguire.

Con i motivi aggiunti depositati il 16.4.2010 i ricorrenti estendono l'impugnazione al disciplinare di gara, precisando all'uopo che “deve considerarsi illegittimo lo stesso disciplinare di gara nella parte in cui, in caso di raggruppamento verticale di

concorrenti, richiedeva ad ogni singolo soggetto il possesso dei requisiti (...) riferiti al servizio che si impegnava ad eseguire” (m.a. cit., pagg. 12-13)

Precisa ancora parte ricorrente che la configurazione del raggruppamento effettivamente emergente dagli atti di gara, ad onta dell’autoqualificazione come verticale operata nella domanda di partecipazione, è di tipologia orizzontale, come si desume sia dalla specificazione delle percentuali di partecipazione all’ A.T.I., adempimento riferibile normalmente ad un’A.T.I. orizzontale, sia dalla tipologia dei servizi che ciascun componente dichiarava che di assumere nella “dichiarazione di partecipazione in raggruppamento” (doc. 4 ricorr.) e da cui risulta che tutti i professionisti avrebbero svolto attività di progettazione, tranne gli arch. V. Ricorrente e A.M. Rchetta i cui requisiti non sono stati contestati.

Riscontra il Collegio la veridicità di quest’affermazione, dall’esame della tabella esposta nel predetto doc. 4 e condivide l’assunto circa la sostanziale natura orizzontale del raggruppamento ricorrente, posto che lo stesso ha dichiarato che ogni suo componente avrebbe svolto attività riconducibili alla progettazione, con le uniche due predette eccezioni, non oggetto di contestazione in punto di requisiti.

7.3. Ciò precisato in termini fattuali, ritiene la Sezione che la ricostruita richiesta rivolta ad un raggruppamento temporaneo di progettisti di comprovare il possesso in capo a ciascun mandante di una percentuale di requisiti minimi di partecipazione in caso di raggruppamento orizzontale, ovvero riferiti, in caso di r.t.i. verticale, al servizio che si impegna ad eseguire, confligge con l’art. 65, comma 4 del D.P.R. n. 544/1999 recante il Regolamento per l’esecuzione dei lavori pubblici, tuttora in vigore in via transitoria in attesa del varo del nuovo regolamento di cui al Codice dei contratti.

Ebbene, detta norma disciplina la partecipazione alle gara per servizi afferenti all’architettura e all’ingegneri, dei raggruppamenti temporanei di professionisti e

stabilisce che “La stazione appaltante può chiedere, nel caso di raggruppamenti temporanei di cui all'art. 17, comma 1, lettera g) della legge che i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 66, comma 1, lettere a), b) e d) siano posseduti in misura non superiore al 60% dal capogruppo; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi”.

L'ambito applicativo della disposizione, precisa il Collegio, non è circoscritto ai soli raggruppamenti verticali, od orizzontali, poiché la norma della Legge quadro cui essa rinvia, ossia l'art. 17, comma 1, lettera g) contempla i raggruppamenti temporanei in generale, a prescindere dalla loro tipologia.

7.4. L'inciso finale dell'art. 65, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 costituisce il parametro normativo di riferimento sul quale il Collegio è investito di misurare la legittimità o meno della riportata norma del disciplinare e delle correlative disposizioni della nota 15.2.2010 di richiesta di comprova dei requisiti nonché della nota di esclusione del 3.3.2010 entrambe impugnate.

Ebbene detta disposizione del Regolamento sui lavori pubblici prescrive che ai mandanti di un r.t.i, sia esso verticale od orizzontale, “non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi” fermo restando che essi devono possedere cumulativamente la percentuale dei requisiti che, in aggiunta a quella richiesta al capogruppo, riguarda il 100% dei requisiti stessi.

Fermo il delineato coacervo, tuttavia, ai mandanti non può essere imposto di possedere una percentuale di possesso dei requisiti minimi.

7.5. Orbene, dalla rilevata impossibilità di percentualizzare in capo al singolo mandante il possesso dei requisiti minimi della quota non posseduta dal capogruppo, discende pianamente l'illegittimità della denunciata percentualizzazione dei requisiti di capacità economica in capo ai singoli professionisti mandanti del costituendo R.T.I e imposta dall'impugnata nota citata,

nonché elevata a motivo di esclusione nella nota di esclusione del 3.3.2010 e contemplata dal disciplinare di gara, che oltretutto risulta specificamente impugnato relativamente alla disciplina del r.t.i. verticale - con i motivi aggiunti del 16.4.2010 come più sopra precisato – in maniera assonante con la qualificazione che il costituendo r.t.i si era data come verticale con la dichiarazione di partecipazione come raggruppamento (doc. 4 ricorrente, cit.).

Ciò che rileva, invero, è il dato che le censurate norme della *lex specialis* che hanno colorato di illegittimità i conseguenti atti di richiesta di comprova e di esclusione, imponevano a ciascun componente mandante del raggruppamento di comprovare il possesso o di una quota parte di requisiti, ovvero dei requisiti riferiti al servizio che ciascun professionista avrebbe assunto.

7.6. Ritiene conclusivamente la Sezione che è illegittima, per contrasto con la disposizione di cui all'art. 65, comma 4, ultima alinea del D.P.R. n. 554/99 in forza del quale ai mandanti “non possono essere richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi”, la determinazione di esclusione da una gara per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria, di un raggruppamento di professionisti per non avere ciascuno dei mandanti, comprovato di possedere una data percentuale dei requisiti minimi, essendo, a monte, illegittime quelle prescrizioni della legge di gara che impongano, come nella specie, a ciascuno di essi il possesso di una percentuale di requisiti minimi.

Ne discende l'illegittimità dell'esclusione del r.t.i. ricorrente poiché, come si legge nell'impugnata nota di esclusione del 3.3.2010, due di essi (Ricorrente due e Ricorrente tre) non avevano comprovato il possesso del fatturato globale per la quota parte indicata nella domanda di partecipazione.

Anche il motivo appena scrutinato è, dunque, fondato e va conseguentemente accolto.

In definitiva, alla luce delle argomentazioni finora illustrate il gravame si prospetta fondato e va per l'effetto accolto, potendosi assorbire le residue meno sostanziali censure.

Le spese debbono seguire il principio della soccombenza e, liquidate in dispositivo, vanno poste a carico della resistente Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e sui relativi motivi aggiunti, li Accoglie entrambi e, per l'effetto, Annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Pinerolo a pagare ai ricorrenti le spese di lite che liquida in € 4.000,00 oltre IVA e CNAP di legge.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 6 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

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

IL SEGRETARIO

