

Clausola escludente: termini di impugnazione in caso di chiarimenti resi dalla stazione appaltante

(Consiglio di Stato, sez. V, sent. 6 giugno 2019 – 11 giugno 2019, n. 3914)

Il termine per impugnare una clausola escludente relativa a un requisito di capacità tecnica-organizzativa può decorrere dalla pubblicazione del chiarimento reso dalla Stazione Appaltante nei casi in cui tale chiarimento sia necessario per consentire alle imprese la piena comprensione degli oneri relativi alla dichiarazione e alla dimostrazione dei requisiti necessari per partecipare alla gara. In tali ipotesi, il termine per l'impugnazione decorre dalla pubblicazione del chiarimento reso dalla stazione appaltante. Se è vero, infatti, che i chiarimenti forniti in corso di procedura non possono modificare il contenuto del disciplinare di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7248; V, 2 agosto 2018, n. 4782; V, 17 maggio 2018, n. 2952), è vero pure che tale regola generale non si applica se il chiarimento ha comportato una vera e propria rettifica del disciplinare per la correzione di un errore nel quale era incorsa la stazione appaltante nella sua redazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2075) e se l'errore impediva la piena comprensione degli oneri posti a carico delle imprese partecipanti quanto alla dichiarazione e alla dimostrazione del requisito di partecipazione di cui si discute.

Nel caso di specie, in effetti, solo a seguito della rettifica apportata con il chiarimento, gli operatori economici hanno avuto piena comprensione del requisito di partecipazione che la stazione appaltante riteneva non frazionabile e dunque di necessaria dimostrazione da almeno uno degli operatori componenti il raggruppamento temporaneo di imprese.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 593 del 2019, proposto da I.E.C. Industrial Engineering Consultants s.r.l., Gae Engineering s.r.l., Si.Me.Te. s.r.l., Studio Siniscalco, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Simona Rostagno e Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Sintel Engineering s.r.l. e Ing. Massimo Del Giudice, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Infra. To. Infrastrutture per la mobilità s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Sarzotti e Francesco Ioppoli, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Ioppoli in Roma, via Trionfale, 5697;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 00024/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Infra. To. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Simona Rostagno e Francesco Ioppoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana 25 giugno 2018, n. 73 Infra.To Infrastrutture per la mobilità s.r.l., concessionario della progettazione e realizzazione di infrastrutture (linee di metropolitana e tramvie) della città di Torino, e, per questo, stazione appaltante nei settori speciali, indicava una procedura di gara per *“l'affidamento dell'incarico di coordinamento in materia di sicurezza e salute durante la realizzazione dell'opera con riferimento all'esecuzione del primo lotto funzionale (Fermi – Collegno Centro) della tratta Collegno – Cascine Vica della linea 1 della metropolitana automatica di Torino e servizi complementari”*.

1.1. Il paragrafo 8.3.3. del disciplinare di gara, con riguardo ai requisiti di capacità tecnico – organizzativa, richiedeva che l'operatore economico dichiarasse e, dunque, dimostrasse l'*“avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'art. 3, lett. vvv) del d.lgs. 50/2016 di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore non inferiore a 0.40 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento...”*.

Il paragrafo 8.4. del disciplinare precisava, poi, che *“il requisito di cui al punto 8.2.c) non è frazionabile e dovrà essere prestato integralmente da uno qualsiasi dei soggetti raggruppati”*.

1.2. Partecipavano alla procedura di gara I.E.C. Industrial Engineering Consultants s.r.l. quale mandataria del raggruppamento temporaneo con Gae Engineering s.r.l., Si.Me.Te. s.r.l e Studio Siniscalco in qualità di mandanti, Sintel Engineering s.r.l. quale mandataria del raggruppamento temporaneo con Ing. Massimo Del Giudice in qualità di mandante e Goedata Engineering s.p.a. quale mandataria del raggruppamento temporaneo con Ing. Vania Abbinante come mandante.

1.3. Il 27 giugno 2018 I.E.C. s.r.l. rivolgeva alla stazione appaltante il seguente quesito: *“Con riferimento alla gara in oggetto e in particolare al punto 8.4. del disciplinare di gara, si chiede di: - precisare*

quale requisito di cui al punto 8.2.) può essere posseduto cumulativamente; - chiarire quale requisito non è frazionabile, quindi deve essere integralmente prestato da uno qualsiasi dei soggetti raggruppati in quanto non esiste il punto 8.2.c)”.
1.4. La stazione appaltante forniva, così, il chiarimento n. 1 del 3 luglio 2018: “Il paragrafo 8.4. riporta per un refuso un riferimento al paragrafo 8.2. anziché 8.3. e al paragrafo 8.2.c) anziché 8.3.3. Per cui il paragrafo stesso è così corretto. 8.4.) *Precisazioni:* 1) in caso di raggruppamento orizzontale i requisiti di cui ai punti sub 8.3) che precedono devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento; - il requisito di cui al punto 8.3.3.) non è frazionabile e dovrà essere stato integralmente prestato da uno qualsiasi dei soggetti raggruppati; - ai sensi dell’art. 48/4 d.lgs. 50/2016 devono essere specificate le parti del servizio/prestazione che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti; - ciascun componente del raggruppamento dovrà comunque possedere i requisiti di capacità riferiti alla prestazione che intende assumere e la mandataria dovrà però assumerne e dunque possederne in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti(ai sensi dell’art. 83/8 d.lgs. 50/2016 << La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria >>); 2) per i G.E.I.E. si applicano le condizioni previste per i raggruppamenti; 3) per i servizi necessari ai fini dell’ammissione si richiamano le linee guida ANAC n. 1 (delibera del Consiglio 14.9.2016 n. 973 aggiornata con delibera del Consiglio 21.2.2018, n. 138 par. <<2.2.2.. Requisiti di partecipazione>>)”.

1.5. Con nota 8 agosto 2018, la Commissione giudicatrice, ritenuta la documentazione prodotta dal R.t.i. Sintel inidonea a comprovare il possesso del requisito dei servizi analoghi, per essere stati indicati servizi svolti in parte della mandataria ed in parte dalla mandante, invitava il concorrente a fornire l’elenco dei servizi valutabili, rammentando la necessità che il requisito fosse posseduto integralmente da uno qualsiasi dei soggetti raggruppati.

1.6. Nella seduta del 30 agosto 2018, valutata la documentazione trasmessa dal R.t.i. Sintel, la Commissione giudicatrice disponeva la sua esclusione dalla procedura per aver documentato il possesso del requisito richiesto mediante alcuni servizi svolti dalla mandataria ed altri svolti dalla mandante, a fonte di requisito non frazionabile.

2. Il provvedimento di esclusione era impugnato dal R.t.i. Sintel al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte unitamente alla “lex di gara ed in particolare del disciplinare al paragrafo 8.3.3. ed al paragrafo 8.4. nella parte in cui si afferma che <<il requisito di cui al punto 8.2.c non è frazionabile e dovrà essere stato integralmente prestato da uno qualsiasi dei soggetti raggruppati>> per come è stato interpretato dalla Commissione di gara”, nonché alla “risposta al quesito n. 1 che riporta il paragrafo 8.4. del disciplinare corretto, per come è stato interpretato dalla Commissione di gara”.

2.1. Si costituivano in giudizio le società componenti il R.t.i. I.E.C. nonché Infra.To s.r.l.; le resistenti eccepivano l’inammissibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto. Entrambe le resistenti concludevano per il rigetto del ricorso.

2.2. Il giudizio era concluso dalla sentenza, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 24, di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento del bando di gara e del disciplinare nei limiti delle clausole impuginate, della risposta al quesito n. 1 fornita dalla stazione appaltante, del verbale del 30 agosto 2018 di esclusione del R.t.i. Sintel dalla procedura di gara. Le spese di lite erano integralmente compensate tra le parti.

3. Propongono appello a mezzo unico difensore I.E.C. Industrial Engineering Consultants s.r.l. quale mandataria del raggruppamento temporaneo e Gae Engineering s.r.l., Si.Me.Te. s.r.l e Studio

Siniscalco in qualità di mandanti; si è costituita in giudizio Infra. To infrastrutture per la mobilità s.r.l. che ha concluso per l'accoglimento dell'appello proposto; Sintel Engineering s.r.l. e l'Ing. Massimo Del Giudice, pur regolarmente citati, non si sono costituiti.

3.1. Le parti costituite hanno depositato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm., e Infra. To. s.r.l. anche memoria di replica. All'udienza del 6 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La sentenza di primo grado ha ritenuto illegittimo il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui, con riguardo al requisito del pregresso svolgimento di servizi (par. 8.3.3.), ne richiedevano la dichiarazione e dimostrazione integralmente da parte di (almeno) uno degli operatori partecipanti al raggruppamento (8.4. per come interpretato dalla stazione appaltante con il chiarimento n. 1).

1.1. La ragione era così spiegata:

a) per il principio, di matrice euro – unitaria, di massima concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, va favorita la massima partecipazione delle imprese alla selezione, perché attraverso la massima partecipazione è raggiungibile il miglior risultato per il mercato in sé e per la pubblica amministrazione;

b) i principi di massima partecipazione e tutela della concorrenza possono essere derogati, anche nell'ambito dei c.d. settori esclusi, mediante richiesta alle imprese di requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi, purché tali prescrizioni si rivelino necessarie e specificatamente adeguate alla particolarità dell'opera o del servizio da espletare e, comunque, rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza;

c) nel caso di specie la clausola del bando richiedente agli operatori la dimostrazione di aver espletato tutte le coppie di servizi per ciascuna classe e categoria tra quelle previste ai fini dell'affidamento non era proporzionata né ragionevole in quanto:

c1) l'incarico di "*coordinamento della sicurezza e salute*", pur rientrando nell'ambito dei c.d. settori esclusi e presentando indubbe peculiarità tecniche e, per questo, richiedente specifica competenza e professionalità ai soggetti partecipanti alla gara, non presentava particolarità o necessità tali da giustificare l'onere, pur a fronte di un raggruppamento di imprese, che fosse una sola di esse a dover dimostrare di aver espletato tutte le coppie di servizi indicate dalla *lex specialis*;

c2) in particolare, non era giustificata proprio l'imposizione per la quale il dato esperienziale richiesto dovesse essere posseduto necessariamente da uno dei partecipanti, potendo essere, invece, suddiviso tra i vari soggetti che, coordinandosi tra loro, potevano comunque svolgere compiutamente il servizio affidato.

2. Con un primo motivo di appello le società componenti il R.t.i. I.E.C. censurano la sentenza di primo grado per "*Violazione art. 100 cod. proc. civ. – Violazione art. 120 cod. proc. amm. in relazione al Capo 2 della sentenza*": il giudice, pur riconoscendo l'onere di immediata impugnazione della clausola del disciplinare per il suo carattere "*escludente*", avrebbe erroneamente respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per tardiva proposizione dello stesso per aver ritenuto che il *dies a quo* del termine di impugnazione decorresse dal giorno in cui erano stati resi i chiarimenti, vale a dire dal 3 luglio 2018, e che avesse la durata di sessanta giorni; il ricorso, notificato il 1° ottobre 2018 era, dunque, da reputarsi tempestivamente proposto.

2.1. Al ragionamento del giudice di primo grado, le appellanti muovono una duplice contestazione:

a) il *dies a quo* dell'impugnazione va fatto decorrere dal giorno di pubblicazione del disciplinare di gara e non dalla pubblicazione del chiarimento reso dalla stazione appaltante sul quesito che le era stato rivolto poiché la clausola era chiara nel prevedere un divieto di frazionamento tra le imprese raggruppate del requisito di partecipazione richiesto; con il chiarimento n. 1, dunque, la stazione appaltante non aveva scelto una delle diverse interpretazioni possibili della clausola del disciplinare, ma si era limitata a (ri)affermarne il contenuto tanto più che per giurisprudenza consolidata i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante non possono modificare la *lex specialis* ed hanno la sola funzione di illustrazione delle regole già poste;

b) in via subordinata, anche a voler ammettere che il *dies a quo* decorresse, nel caso di specie, dalla pubblicazione del chiarimento, come ritenuto dal giudice di primo grado, l'impugnazione sarebbe dovuta proporsi nel termine di trenta giorni e non di sessanta per espressa previsione dell'art. 120 Cod. proc. amm..

3. Il motivo è fondato e va accolto.

3.1. La natura escludente della clausola del disciplinare di gara relativa al requisito di capacità tecnica – organizzativa richiesto per la partecipazione alla procedura di gara non è in contestazione, come pure l'onere di immediata impugnazione della stessa, senza attendere gli ulteriori provvedimenti della commissione giudicatrice in ordine all'ammissione e/o esclusione degli operatori economici.

Si discute, pertanto, sul *dies a quo* del termine di impugnazione, se decorrente dalla pubblicazione del disciplinare di gara ovvero del chiarimento reso dalla stazione appaltante al quesito n. 1.

3.2. Il Collegio condivide la ricostruzione del giudice di primo grado nel senso della decorrenza del termine di impugnazione dalla pubblicazione del chiarimento reso dalla stazione appaltante sul quesito n. 1 formulato dal R.t.i. I.E.C.: vero che i chiarimenti forniti in corso di procedura non possono modificare il contenuto del disciplinare di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7248; V, 2 agosto 2018, n. 4782; V, 17 maggio 2018, n. 2952), ma è vero pure che, nel caso di specie, il chiarimento n. 1 ha comportato una vera e propria rettifica del disciplinare per la correzione di un errore nel quale era incorsa la stazione appaltante nella sua redazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2075); errore che impediva la piena comprensione degli oneri posti a carico delle imprese partecipanti quanto alla dichiarazione e alla dimostrazione del requisito di partecipazione di cui si discute.

Ed in effetti, solo a seguito della rettifica apportata con il chiarimento del 3 luglio 2018 gli operatori economici hanno avuto piena comprensione del requisito di partecipazione che la stazione appaltante riteneva non frazionabile e dunque di necessaria dimostrazione da almeno uno degli operatori componenti il raggruppamento temporaneo di imprese.

3.3. Non è condivisibile, invece, il successivo passaggio della sentenza impugnata per cui il ricorso poteva proporsi nel termine di sessanta giorni dalla pubblicazione del chiarimento, non scontando la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 120 Cod. proc. amm..

L'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. dispone, infatti, che *“Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi,*

dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto".

Il rinvio agli "atti di cui al presente articolo" va inteso come riferito agli "atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico – amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture" di cui al primo comma del medesimo articolo 120 Cod. proc. amm..

3.4. I chiarimenti resi dalla stazione appaltante il 3 luglio 2018 costituiscono, senza dubbio, "atti della procedura di affidamento"; essi, pertanto, vanno impugnati nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, prima parte (su tale nozione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2018, n. 6237; V, 24 maggio 2017, n. 2444; V, 27 febbraio 2018, n. 902: è "atto della procedura" l'escussione della cauzione; III, 20 aprile 2016, n. 1565: la revoca dell'aggiudicazione; V, 9 dicembre 2015, n. 5604: l'autorizzazione al subappalto).

3.5. Si aggiunga che, per quanto in precedenza detto, il chiarimento del 3 luglio 2018 costituiva, in realtà, vera e propria rettifica del contenuto del disciplinare in tal modo emendato, con la conseguenza che il termine di impugnazione andrebbe, più propriamente, individuato in quello previsto dalla seconda parte dell'art. 120, comma 5, citato per l'impugnazione del bando di gara.

3.6. Il ricorso introduttivo del giudizio, pertanto, notificato il 1 ottobre 2018 è irricevibile poiché tardivamente proposto venendo a scadenza il termine di impugnazione il 2 settembre 2018 (tenendo conto della sospensione feriale dei termini).

4. In conclusione, l'appello va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata con la declaratoria di irricevibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto. I restanti motivi di appello vanno assorbiti.

5. In mancanza di costituzione della parte appellata, non v'è pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte n. 24/2019, dichiara irricevibile il ricorso di primo grado di Sintel Engineering s.r.l. e dell'Ing. Massimo del Giudice in quanto tardivamente proposto.

Compensa le spese del primo grado del giudizio; nulla sulle spese del presente grado d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Prospero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere