

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 24 ottobre 2006, n. 6347

La presenza del "giovane professionista" nei raggruppamenti temporanei concorrenti alle gare di progettazione non ne presuppone l'associazione o la corresponsabilità contrattuale, né il possesso di una quota di requisiti tecnico-organizzativi, essendo sufficiente la sua presenza come dipendente o collaboratore contrattualizzato di uno dei concorrenti raggruppati.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Quinta Sezione Quarta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 922 del 2006 proposto dalla N.I. S.p.A. ...

contro

l'AZIENDA U.L.S.S. N. 17 DELLA REGIONE VENETO, costituitasi in persona del Direttore generale l.r. p.t., rappresentata e difesa dall'avv. M.T. elettivamente domiciliata in ...

per la riforma della sentenza n. 105 del 18.1.2006/20.12006, pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale del Veneto, sez. I; visto il ricorso con i relativi allegati; visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale interposto dall'A.s.l. n. 17, d'ora innanzi denominata "Asl" o "Azienda"; viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese; visti gli atti tutti della causa; designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti; uditi alla pubblica udienza del 12.5.2006 gli avv.ti ...

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Gli appellanti, componenti di un costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I.), impugnano la sentenza "immediata", specificata in epigrafe, con cui il T.a.r. per il Veneto ebbe a respingere il ricorso, dagli stessi proposto in prime cure, onde ottenere l'annullamento del verbale della Commissione di gara n. 1 del 1.12.2005, con il quale la parte ricorrente fu esclusa dalla gara d'appalto indetta dall'Azienda sanitaria per l'affidamento, tra l'altro, dei servizi di progettazione definitiva relativi alla realizzazione del nuovo polo ospedaliero unico per acuti.
2. Nel secondo grado del giudizio, così instaurato, si è costituita l'Asl intimata contrastando tutte le argomentazioni difensive avversarie e proponendo a sua volta appello incidentale.
3. All'udienza del 12.6.2006 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
4. Per una migliore intelligenza delle questioni devolute alla cognizione del Collegio, giova ulteriormente riferire che la Commissione giudicatrice della gara della quale si controverte esclude il R.t.i. costituendo per due ragioni: in primo luogo, rilevò che, nell'istanza di partecipazione presentata dal mandante Arch. G.A., quest'ultimo – "giovane professionista" ai sensi dell'[art. 51, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999](#) - aveva dichiarato una quota di partecipazione alla realizzazione del servizio pari allo 0,5 per cento. Tale misura percentuale fu considerata in contrasto con quanto stabilito dal Disciplinare di gara, nella parte in cui si stabiliva che il valore della prestazione eseguita da ogni singolo componente del raggruppamento non dovesse essere in ogni caso superiore al valore dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi documentati dallo stesso componente, incrementati di un quinto. Più in particolare, l'Organo di gara opinò che il sunnominato Arch. G.A., avendo dichiarato di non possedere alcuno dei suddetti requisiti, a mente della lex specialis non avrebbe potuto assumere alcuna quota del servizio. Sul punto il T.a.r. disattese le determinazioni della Commissione, divisando che la circostanza del mancato requisito economico-finanziario e tecnico-organizzativo in capo all'Arch. G.A. – al lume della ratio sottesa all'art. 51, comma 5, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 – non fosse di ostacolo all'effettuazione

da parte di un giovane professionista di almeno una quota, seppur minima, del servizio bandito. Per contro, il Tribunale veneto valutò immune dalle censure formulate da parte ricorrente l'assunto, contenuto nel medesimo processo verbale della Commissione di gara n. 1 del 1°/12/2005, secondo il quale il raggruppamento di imprese dovesse comunque essere escluso dalla selezione comparativa per aver dichiarato una quota complessiva di partecipazione alla realizzazione del servizio inferiore al 100 per cento ed, esattamente, pari al 99,75% (misura risultante dalla sommatoria del 41,24 %, del 25,00 %, del 33,00 % e dello 0,5%) Sul punto, il T.a.r. espresse l'avviso che la mancata indicazione di un 0,25 per cento della quota di servizio non giustificasse una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante ai sensi dell'art. 16 del D.lgs. n. 157 del 1995, pena altrimenti l'illegittima integrazione della domanda di partecipazione.

5. Così inquadrati i termini della vicenda contenziosa, occorre soggiungere che le difese degli appellanti in via principale si dirigono contro le riferite motivazioni della decisione, denunciandone l'erroneità; in dettaglio, si deduce l'assenza nella normativa di gara di un'espressa e specifica clausola di esclusione, di natura espulsiva, relativamente al contestato profilo d'inammissibilità dell'offerta. Oltre alla descritta insufficienza testuale della *lex specialis*, gli impugnanti in via principale obiettano, sotto altro aspetto e con articolate argomentazioni, che un'esclusione motivata dalla mancata indicazione - dovuta ad un mero errore materiale di redazione - di una minima parte del servizio nemmeno fosse ammissibile alla stregua di un'esegesi di natura teleologica del precetto recato dal Disciplinare. Al riguardo, si è stigmatizzata la carenza di un significativo interesse pubblico alla formalistica osservanza della regola della completa determinazione preventiva delle quote di partecipazione dei componenti, stante l'assenza di negativi riflessi sulla par condicio tra i concorrenti e considerata, nella fattispecie, l'assoluta mancanza di interferenze con la garanzia della perfetta esecuzione dell'incarico di progettazione esitato, in ragione dell'ampia capienza dei requisiti posseduti dagli altri soggetti facenti parte del R.t.i.

6. L'Azienda, dal canto suo, contesta tutte le deduzioni avversarie chiedendo la conferma della sentenza gravata ed, al contempo, con autonomo appello incidentale, censura la medesima decisione nella parte relativa all'interpretazione applicativa del quinto comma dell'art. 51 del regolamento della legge n. 109/1994, con particolare riferimento alla prescrizione di gara relativa alla necessaria correlazione tra i requisiti posseduti e la quota di partecipazione al servizio. Ad avviso dell'Asl, la norma in questione rispondeva ad uno specifico interesse della stazione appaltante, ossia che chiunque intendesse svolgere una parte del servizio, ivi incluso il giovane professionista, fosse provvisto requisiti adeguati alla quota dichiarata. In ordine a questo aspetto, l'Azienda rileva che la scelta di ammettere tra i componenti del R.t.i. un architetto del tutto dei requisiti suddetti non fosse affatto obbligata e, comunque, suscettibile di essere resa conforme al Disciplinare, attraverso l'indicazione, se del caso, di una quota di partecipazione pari a zero (via percorsa da altri concorrenti).

7. Il Collegio è dell'avviso che il dispositivo della sentenza impugnata meriti conferma, sebbene con motivazioni differenti e, per un verso, antitetiche a quelle spiegate dal primo decidente.

7.1. Non convince, in effetti, l'esclusione disposta a fronte dell'imperfetta suddivisione delle quote di partecipazione, risoltasi nel mancato computo di uno 0,5 per cento. Di tutte le argomentazioni offerte dagli appellanti in via principale va condivisa quella imperniata sull'esigenza di prediligere un approccio sostanzialistico nell'interpretazione delle istanze di partecipazione alla gara. Siffatte domande, ancorché inserite in un contesto procedimentale, non perdono, invero, la loro natura di atti privati, il cui regime giuridico soggiace ai principi fondamentali del diritto civile; al novero di questi ultimi sicuramente appartiene quello, direttamente promanante dal canone di buona fede, che sancisce l'irrelevanza degli errori materiali, qualora immediatamente percepibili come tali dal destinatario di una dichiarazione (in questo senso è emblematica la disciplina dell'errore di calcolo, recata dall'[art. 1430 c.c.](#)). Orbene, una volta calato l'argomento nella specifica fattispecie al centro del contendere, non v'è dubbio che la stazione appaltante non avrebbe dovuto tener conto, tanto meno per disporre una sanzione espulsiva non espressamente contemplata dalla normativa di

gara, di una difformità, evidentemente dettata da un involontario abbaglio. A ben vedere, neanche vi era materia per una richiesta integrazione, giacché la manifesta erroneità del riparto delle quote avrebbe potuto esser superata mediante un'operazione ermeneutica illuminata, appunto, dalla buona fede. Le precedenti affermazioni vanno ovviamente calibrate sul caso sottoposto allo scrutinio del Collegio, non intendendosi sovvertire gli approdi dei ben noti orientamenti giurisprudenziali che, invece, riconoscono rilevanza preclusiva agli errori commessi dai partecipanti alle gare. Non è tuttavia revocabile in dubbio che, in materia, il governo delle regole giuridiche sia affidato alla prudente valutazione dell'autorità giurisdizionale cui è istituzionalmente affidato il delicato compito di intermediare, rispetto alle singole fattispecie concrete, le clausole generali disperse nell'ordinamento positivo. Tanto premesso, è indiscutibile che le circostanze della vicenda pervenuta alla cognizione del Collegio consentissero agevolmente di riconoscere come tale l'errore commesso; pertanto l'Organo di gara avrebbe dovuto adottare soluzioni consequenziali, non avendo offerto congrue motivazioni in ordine alla pretesa rilevanza essenziale della difformità riscontrata. D'altronde, anche il principio della tutela del pari trattamento tra i partecipanti si sottrae a rigorosi automatismi interpretativi ed esige piuttosto un'applicazione ragionevole, ponderata sulla base degli altri interessi in conflitto e, soprattutto, sempre coerente con il parallelo ed equiordinato canone di proporzionalità.

7.2. In questo senso l'appello principale va accolto. Sennonché tale accoglimento non conduce, come già anticipato, ad una riforma della sentenza impugnata nel suo contenuto dispositivo. Ed invero, altrettanto fondato si palesa anche il mezzo di gravame che sorregge l'impugnativa proposta in via incidentale. A torto, difatti, il T.a.r. – muovendo da una distorta lettura del dato positivo - ha giudicato non sufficiente la seconda ragione dell'esclusione. Contrariamente a quanto opinato dal primo giudice il comma 5 dell'art. 51 del D.P.R. n. 554/1999 non prescrive affatto come obbligatoria la partecipazione ai R.t.i. di «un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione». La norma, in realtà, parla soltanto di «presenza». Detto altrimenti, la previsione sulla necessaria presenza di un giovane professionista (scolpita dagli art. 17, comma 8, della L. n. 109/1994, e del succitato art. 51, comma 5, del regolamento) ha evidenti finalità di carattere «promozionale», ma non può essere intesa come prescrizione di un vero e proprio obbligo di "associare" il giovane professionista al raggruppamento.

Militano contro questa opzione esegetica una pluralità di argomentazioni. Innanzitutto, la ratio della regola è unicamente quella, tutto sommato modesta, di garantire al ridetto professionista la possibilità di svolgere un utile apprendistato, indispensabile per conoscere la complessa realtà dei lavori pubblici e di fare esperienza accanto a colleghi più esperti, arricchendo in cotal guisa il proprio bagaglio curricolare ed affinando le capacità tecniche, senza dover assumere le più gravi responsabilità connesse alla posizione di associato. D'altronde, se la volontà del Legislatore fosse stata nel senso di ritenere indispensabile l'associazione, la stessa norma primaria dalla quale promana l'art. 51 avrebbe dovuto contenere una previsione espressa in tal senso, mentre anche l'art. 17, comma 8, della legge quadro si limita, di converso, a promuovere la presenza di giovani professionisti. Ne consegue che, ai fini della valida partecipazione di un R.t.i. a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione, è sufficiente che nella compagine del raggruppamento sia contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali. Orbene l'associazione - diversamente dalla «presenza» imposta dal dato positivo - rimonta sempre ad una scelta consapevole e volontaria riservata agli altri componenti del R.t.i. e, dunque, non sono trapiantabili i principi, poco sopra enunciati, riguardo all'irrelevanza di errori materiali di minima entità: laddove la difformità consegua ad un atto di volontà, consapevolmente posto in essere, non vengono in rilievo l'entità né la misura dell'intenzionale scostamento di un'offerta dalla normativa di gara. Né, d'altronde, è seriamente contestabile che, al cospetto della specifica inosservanza della quale si controverte, la *lex specialis* comminasse esplicitamente la misura espulsiva, posto che la previsione dell'esclusione emergeva chiaramente dalla lettura combinata della cennata disposizione del Disciplinare e dal

successivo obbligo di rilasciare, a pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso di tutti i requisiti indicati nella domanda di partecipazione (ivi inclusa, dunque, l'eventuale quota di servizio assunta). Le superiori considerazioni portano a concludere nel senso della piena legittimità dell'esclusione disposta dal raggruppamento appellante in via principale.

8. Il congiunto accoglimento delle impugnazioni, principale ed incidentale, sebbene per motivazioni diverse da quelle spiegate dal T.a.r. del Veneto, conduce alla conferma della parte dispositiva della sentenza appellata.

9. Nella novità delle questioni trattate s'intravedono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale ed incidentale e, per l'effetto, respinge il ricorso di I grado, con diversa motivazione. Compensa integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 15.5.2006, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro – Presidente

Giuseppe Farina - Consigliere

Cesare Lamberti – Consigliere

Marzio Branca - Consigliere

Gabriele Carlotti - Consigliere estensore