

Parere n.212 del 24/11/2011

PREC 256/10/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dal RTI Studio Architetti Benevolo - Land Milano srl – Procedura aperta per l'affidamento del servizio concernente la redazione del P.U.A. di cui alla L.R. n. 5/2005 finalizzato alla costituzione di una zona di riqualificazione paesistico-ambientale intorno alla Città di Velia - Importo a base d'asta €350.000,00 - S.A.: Comune di Ascea

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Lo Studio Architetti Benevolo, mandataria del costituendo raggruppamento Studio Architetti Benevolo – Land Milano srl, con l'istanza in oggetto indicata ha chiesto il parere dell'Autorità in merito all'operato del Comune di Ascea nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento del servizio di redazione del piano urbanistico attuativo (P.U.A.) di cui alla L.R. n. 5/2005, finalizzato alla riqualificazione paesistico-ambientale della zona intorno all'antica Città di Velia.

Con la prima censura l'istante lamenta il mancato accesso agli atti di gara a seguito di apposita domanda. Al riguardo riferisce che la stazione appaltante, in un primo momento, lo ha invitato ad estrarre copia dei verbali di gara, precisando che la documentazione relativa alle offerte delle imprese classificatesi al 1° e al 2° posto in graduatoria non sarebbe stata visionabile in attesa dell'eventuale opposizione delle interessate e, in un secondo momento, ha affermato che l'accesso sarebbe stato consentito solo dopo l'aggiudicazione definitiva.

Con la seconda censura l'istante lamenta l'ammissione alla gara del costituendo RTI Isolarchitetti srl, risultato poi aggiudicatario, ritenendo che in realtà quest'ultimo dovesse essere escluso per inosservanza della disciplina relativa alla presentazione dell'offerta.

Secondo il bando di gara, infatti, il plico recante l'offerta doveva contenere tre buste, idoneamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, con all'esterno l'intestazione del mittente, l'oggetto della gara e, rispettivamente, le diciture Busta "A Documentazione amministrativa", Busta "B Documentazione tecnica Offerta", Busta "C Offerta economica" (punto 5.3). Di contro il plico presentato dal RTI Isolarchitetti srl conteneva tre buste sulle quali erano semplicemente riportate le lettere A, B e C, senza le ulteriori specifiche previste dal bando. In sede di gara il concorrente è stato in un primo momento escluso per poi essere riammesso nella seconda seduta, in base al principio del *favor participationis*. Secondo l'istante tale principio non sarebbe applicabile al caso di specie in presenza di una espressa comminatoria di esclusione prevista dalla *lex specialis*, essendosi l'Amministrazione autovincolata ad escludere il concorrente in presenza della causa individuata nel bando di gara, in caso contrario, infatti, sarebbe violato il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Con la terza censura l'istante rileva che sia il costituendo RTP Isolarchitetti srl che la costituenda ATI Ferrara Associati, seconda classificata, dovevano essere esclusi per carenza dei requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis*, in quanto i rispettivi mandanti non hanno dimostrato il possesso del requisito minimo del 10% della capacità economica e/o tecnico-professionale. Sul punto l'istante ha sottolineato, richiamando il parere n. 41 del 14/02/2008 dell'Autorità, che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni dell'appalto nella percentuale corrispondente alla rispettiva quota di partecipazione al raggruppamento e, quindi, ciascun soggetto raggruppato deve dimostrare il possesso dei requisiti richiesti in rapporto alla prestazione di servizi cui è deputato.

Con la quarta censura l'istante lamenta che i componenti dell'ATI Ferrara Associati non hanno dimostrato il possesso della specifica capacità tecnica e professionale di cui al punto 4.3 del bando di gara. Tale disposizione richiedeva – a pena di esclusione - di aver redatto negli ultimi tre anni piani e/o programmi urbanistici esecutivi di recupero e/o di riqualificazione urbana e/o ambientale, con prestazioni già espletate per un importo della prestazione fatturata almeno pari a euro 350.000,00. Di contro, secondo l'istante, l'ATI Ferrara Associati ha presentato un preliminare di piano attuativo che non è conforme a quello richiesto dal bando, in quanto trattasi di “*preliminare di piano*” e non di piano o programma con carattere di completezza e le aree oggetto del detto studio urbanistico non sono urbanizzate e dunque non rientrano nella caratteristica richiesta di “*recupero e/o riqualificazione*” trattandosi di piano urbanistico attuativo di “*espansione*” e non di “*recupero e/o riqualificazione*”.

Con la quinta censura l'istante rileva che la costituenda ATI Ferrara Associati, contrariamente a quanto disposto dal DPR 554/1999 e richiamato nelle premesse del bando di gara, ha ommesso di indicare in sede di gara il nominativo del “giovane professionista” abilitato alla professione da meno di cinque anni. Al riguardo l'istante richiama le indicazioni fornite dall'Autorità con deliberazione n. 196/2002.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato.

Con riferimento alla prima doglianza, il Comune ha fatto presente che a seguito dell'aggiudicazione definitiva ha consentito all'istante di prendere visione ed estrarre copia della documentazione di gara.

Con riferimento alla seconda doglianza, il Comune ha riferito che il RTI Isolarchitetti srl è stato prima escluso dalla gara per inosservanza dei requisiti formali di presentazione dell'offerta, poi riammesso, a seguito di apposito atto di invito e diffida, in quanto la Commissione di gara ha ritenuto che le modalità di presentazione dell'offerta *de qua* e dei relativi allegati garantivano comunque la paternità della documentazione e la segretezza dell'offerta.

Circa la terza doglianza, il Comune ha osservato che i concorrenti ammessi hanno dimostrato il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando di gara. In particolare, per quel che concerne la “capacità tecnico-professionale” il RTI Isolarchitetti srl ha fatto riferimento per il 100% al requisito della mandataria. Secondo la stazione appaltante ciò sarebbe conforme alla *lex specialis*, in quanto quest'ultima imporrebbe il possesso dei requisiti di partecipazione nella misura minima del 10% solo nel caso di frazionamento dei requisiti tra i membri di un raggruppamento, mentre tale previsione non si applicherebbe nel caso in cui i requisiti siano posseduti dalla mandataria nella loro interezza. “*Infatti, il Raggruppamento, soprattutto quello di tipo verticale, come quello oggetto della fattispecie in questione - non muta la natura dei singoli componenti, ma rappresenta un modulo organizzativo che consente ai partecipanti di sommare i requisiti tecnici e/o di esperienza,*

ossia di qualificazione, necessari a termini di bando". Il Comune ha sottolineato, inoltre, che il bando di gara, a differenza della fattispecie oggetto del parere dell'Autorità n. 41 del 14.2.2008, non prevede l'osservanza di alcun criterio di proporzionalità tra i requisiti dimostrati e la prestazione dei servizi da rendere, richiedendo solo il generico possesso di comprovate capacità tecnico-professionali.

Con riferimento alla quarta doglianza, la stazione appaltante ha evidenziato la completezza della documentazione prodotta dalla concorrente ATI Ferrara Associati.

Con riferimento alla quinta doglianza, la stazione appaltante ha osservato che la presenza di un "giovane professionista" abilitato alla professione da meno di cinque anni, da un lato, non era esplicitamente prevista nel bando di gara e, dall'altro, che la relativa disciplina contenuta nel DPR 554/1999 non ha natura vincolante, attesa la finalità di carattere meramente "promozionale" della stessa.

Anche l'ATI Ferrara Associati ha confutato le censure dell'istante con argomentazioni del tutto simili a quella della stazione appaltante.

In particolare, relativamente al possesso del requisito minimo del 10% della capacità economica e/o tecnico professionale in capo a ciascun componente dell'ATI, il concorrente ha rappresentato che il punto 4.2 del bando di gara prevedeva la possibilità, una volta esaurito il requisito, di associare altri professionisti anche non in possesso dei requisiti. Conseguentemente l'ATI Ferrara Associati ha riferito di aver dichiarato nella domanda di partecipazione del 2.2.2010 che gli architetti e urbanisti Ferrara Associati, Sebastiano Conte, Massimo D'Ambrosio e Pica Ciamarra Associati erano in possesso dei requisiti, in quanto soggetti che avrebbero svolto le specifiche attività di progettazione urbanistica, e di aver poi inserito nel gruppo di lavoro gli altri soggetti (archeologo, geologo e agronomo) richiesti dal bando (punto 4.3 ultima frase), per i quali, tuttavia, quest'ultimo non fissava una quota di partecipazione. L'ATI Ferrara Associati, infine, ha ritenuto non pertinente con il caso in esame la fattispecie decisa dall'Autorità con parere n. 41 del 14/02/2008.

Circa il requisito di capacità tecnica e professionale, l'ATI Ferrara Associati ha precisato che il piano attuativo redatto dal mandante, Studio Pca Int. Pica Ciamarra Associati, per il Comune di Casoria è stato adottato il 21 gennaio 2009 con delibera della Giunta Comunale n. 18 e, quindi, in epoca anteriore alla data di pubblicazione del bando e la successiva approvazione avvenuta il 5 agosto 2010 con delibera n. 161 conferma che non si tratta di preliminare di piano, come erroneamente assunto dall'odierno istante, ma di un vero piano attuativo, sebbene riferito ad area non urbanizzata.

Riguardo alla mancata indicazione di un "giovane professionista", l'ATI Ferrara Associati ha indicato che si è trattato di un mero errore scusabile, atteso che il bando di gara non richiedeva espressamente tale onere, e, comunque, nella nota inviata alla stazione appaltante in data 3.6.2010 ha colmato la predetta lacuna.

L'ATI, infine, richiamato il contenuto della clausola di cui punto 4.2 del bando di gara, ha richiesto che *"venga attivato un procedimento nei confronti di RTP Isola Architetti (già aggiudicatario provvisorio e dal 07.12.2010 aggiudicatario definitivo) al fine di accertare la carenza dei requisiti per la partecipazione al bando"*.

Ritenuto in diritto

Con riferimento alla prima doglianza, si osserva che l'interesse dell'istante di accedere alla documentazione di gara risulta essere stato soddisfatto dalla stazione appaltante. Quest'ultima, infatti, ha rappresentato: a) di aver approvato i verbali di gara ed affidato definitivamente il servizio al RTI Isolarchitetti S.r.l. con determina n. 180 del 25/11/2010; b) di aver comunicato all'istante l'avvenuta aggiudicazione definitiva e la possibilità di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti relativi alla gara in oggetto con nota prot. n. 13918 del 7/12/2010; c) di aver consegnato all'istante in data 9/12/2010 copia della determina n. 180/2010 e di tutti i verbali di gara; d) di aver predisposto il rilascio anche di tutta la documentazione completa relativa al primo e secondo classificato.

Con riferimento alla seconda doglianza, inosservanza della *lex specialis* in tema di presentazione dell'offerta, occorre preliminarmente considerare la clausola del bando che viene qui in rilievo. Quest'ultimo al punto 5.3 recita: “*Contenuto del plico: La busta deve contenere, a pena di esclusione, tre buste, idoneamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti all'esterno l'intestazione del mittente, l'oggetto della gara e, rispettivamente, le diciture: Busta “A – Documentazione amministrativa” Busta “B – Documentazione tecnica - Offerta” Busta “C – Offerta economica”*”. La *ratio* della norma è all'evidenza quella di tutelare interessi di carattere procedimentale ed organizzativo della stazione appaltante, consentendole di identificare immediatamente il concorrente, e di salvaguardare il comune interesse degli operatori economici a partecipare a gare che si svolgono nel rispetto dei principi di segretezza delle offerte e *par condicio* dei concorrenti.

Ciò posto, si ritiene conforme alla tutela dei predetti interessi non tanto una lettura formalistica della prescrizione in esame – che sacrificherebbe il *favor participationis* – bensì un'interpretazione finalistica della stessa, capace di coniugare tutti i principi sopra ricordati.

Conseguentemente l'operato della stazione appaltante, che ha ammesso il costituendo RTI Isolambiente srl a partecipare, può considerarsi corretto nella misura in cui risulti dai verbali di gara - non trasmessi all'Autorità - che la Commissione abbia rigorosamente accertato che: a) il plico esterno, contenente l'offerta dell'aggiudicatario, riportasse tutti i dati necessari ad identificare con certezza il concorrente; b) tale plico fosse sigillato in maniera idonea a garantire la segretezza dell'offerta *de qua* e contenesse le buste di cui alla norma in esame sigillate e contrassegnate in modo tale da garantire la loro apertura nel rispetto della sequenza procedimentale stabilita dalla *lex specialis* e dal Codice dei contratti pubblici. In presenza di tale accertamento l'ammissione del raggruppamento ispirata al *favor participationis* non lede alcun specifico interesse sostanziale della stazione appaltante e degli operatori economici, dal momento che la segretezza dell'offerta, la relativa imputabilità al concorrente, il rispetto della sequenza procedimentale sono stati preservati e salvaguardati, e, quindi, la violazione degli oneri formali prescritti dalla disposizione in esame non ha comportato un pregiudizio agli interessi che la stessa intendeva garantire.

Con riferimento alla terza censura, mancanza del requisito minimo del 10% della capacità economica e/o tecnico professionale in capo ai mandanti del RTI Isolarchitetti srl e dell'ATI Ferrara Associati, occorre considerare che il Codice dei contratti pubblici disciplina, ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, i raggruppamenti temporanei all'art. 37 e precisa: “*nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicate come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione*” (comma 2), conseguentemente la predetta norma impone alle stazioni appaltanti di indicare nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie. Il successivo comma 4, art. 37, D.Lgs. 163/2006 richiede che nell'offerta siano specificate le parti del servizio o della fornitura

che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, ed il comma 13, art. 37, D.Lgs. 163/2006 chiarisce che: *“i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”*. Dalla lettura della predetta normativa deriva il principio già riconosciuto dall’Autorità, secondo cui in materia di requisiti di partecipazione dei raggruppamenti temporanei esiste una sostanziale coincidenza tra le quote di qualificazione, le quote di partecipazione al raggruppamento e la percentuale di ripartizione nell’esecuzione delle prestazioni oggetto dell’appalto.

Nel caso in esame il bando di gara richiama al punto 3.4. l’art. 37 D.Lgs. 163/2006 e nel disciplinare i requisiti di partecipazione dispone che in caso di raggruppamenti temporanei di professionisti il requisito di capacità economico e finanziaria e quello di capacità tecnica professionale *“deve essere posseduto e soddisfatto per il 40% del coordinatore capogruppo e per la restante parte dai mandanti per una percentuale non inferiore al 10% cadauno. Esaurito il requisito possono essere associati altri professionisti anche non in possesso di detto requisito”* (punti 4.2. e 4.3.).

Dalla lettura delle predette disposizioni si ricava che la stazione appaltante – contrariamente a quanto afferma nella nota inviata all’Autorità – ha disciplinato un raggruppamento di tipo orizzontale e non verticale, tanto è vero che ha utilizzato le medesime espressioni verbali impiegate dall’art. 95 comma 2, DPR 554/1999, che regola proprio i raggruppamenti di tipo orizzontale. Ne consegue allora che ciascun partecipante al raggruppamento avrebbe dovuto dimostrare il possesso dei requisiti nella misura corrispondente alla percentuale delle prestazioni che avrebbe posto in essere e, comunque, nella misura non inferiore al 10%, pena l’esclusione.

Quanto alla quarta censura relativa alla carenza del requisito di capacità tecnico-professionale – fermo restando i rilievi precedentemente svolti – la stazione appaltante riferisce che la documentazione integrativa prodotta dall’ATI Ferrara Associati è stata giudicata esaustiva da parte della Commissione di gara, ma il Comune non ha trasmesso copia dei relativi verbali della Commissione, pertanto non è possibile svolgere alcuna considerazione in relazione alla correttezza e ragionevolezza dell’*iter* logico seguito dalla Commissione per motivare l’avvenuto accertamento del possesso del requisito in esame.

Sulla base della documentazione trasmessa è possibile comunque rilevare che, mentre il punto 4.2, del bando di gara chiedeva a pena di esclusione, *“di aver redatto, negli ultimi tre anni a far data dal presente bando, Piani e/o Programmi Urbanistici Esecutivi di recupero e/o di riqualificazione urbana e/o ambientale, con prestazioni già espletate per un importo della prestazione fatturata almeno pari a quello oggetto del presente bando (euro 350.000,00)”*, l’ATI Ferrara Associati ha presentato copia della scrittura privata stipulata dallo Studio Pca Int. Pica Ciamarra Associati – mandante dell’ATI Ferrara Associati – da cui risulta che lo Studio ha assunto l’obbligazione di definire il progetto di massima del complesso immobiliare da realizzare nell’area denominata “Ovulo di Casoria”, sita nel Comune di Casoria, e di elaborare il progetto costituente il piano urbanistico esecutivo, per un importo complessivo di 400.000,00 euro oltre iva ed Inarcassa. Dal documento in questione, quindi, non si evince se la prestazione fatturata dallo Studio sia pari almeno a 350.000,00.

Quanto alla carenza del requisito in esame in capo all’aggiudicatario lamentata dall’ATI Ferrara Associati, si osserva che quest’ultima risulta generica e non motivata né comprovata da qualsivoglia documentazione trasmessa dall’ATI Ferrara Associati.

Quanto alla quinta censura, omessa indicazione da parte dell'ATI Ferrara Associati del nominativo del "giovane professionista" abilitato alla professione da meno di cinque anni, si ritiene che quest'ultima sia priva di fondamento, in quanto dal combinato disposto dell'art. 90, comma 7, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 51, comma 5, DPR 554/1999 risulta che la presenza di tale professionista sia richiesta dal legislatore esclusivamente nell'ambito dei servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura, e tale non è il servizio oggetto dell'affidamento in esame (cf. AVCP parere n.54 del 23.3.2011). L'art. 91 del D.Lgs. n.163/2006, infatti, delimita l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame con riferimento ai soli incarichi "*di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo*". Il D.P.R. 554/1999 precisa che "*quando ricorre una delle situazioni previste dall'articolo 17, comma 4, della Legge, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti di cui all'articolo 17, comma 1, lettere d), e), f), g) della Legge i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ivi compresa la direzione lavori, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni del presente titolo*" (art. 50).

L'Autorità con deliberazione n.385/2001, richiamata dalla successiva determinazione n. 5/2010, Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, ha chiarito che "*rientrano nell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 50 del Regolamento attuativo, tutte le attività di progettazione di opere e lavori pubblici finalizzate alla redazione dei progetti, consistenti nel tipo e numero di elaborati individuati per i singoli livelli di progettazione - preliminare, definitivo ed esecutivo - dagli articoli da 18 a 45 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e s.m., nonché l'attività di direzione lavori e quelle di tipo accessorio connesse alla predetta attività di progettazione elencate nell'articolo 17, commi 1 e 14 quinquies della legge quadro (oggi, articolo 90, comma 1 ed articolo 91, comma 3, del Codice)*".

Nel caso in esame, invece, il servizio oggetto dell'affidamento concerne la redazione del piano urbanistico attuativo di cui alla L. R. n.5 del 8.2.2005. Si tratta, quindi, di un servizio distinto rispetto a quelli elencati dagli artt. 91 D.Lgs. n. 163/2006 e 50 D.P.R. 554/99, conseguentemente non trova applicazione nei suoi confronti la disciplina speciale dettata dal legislatore per i servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura. Né assume rilievo a tal fine il riferimento al D.P.R. 554/1999 che compare a pag. 1 del bando di gara e disciplinare, perché contenuto tra i "Visto" e non nella parte dispositiva del documento, che regola i requisiti di partecipazione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Commissione di gara in merito all'accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del primo e secondo classificato in graduatoria non sia conforme alla *lex specialis* e alla disciplina di cui all'art. 37 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito