

## **Parere n. 35 del 24 febbraio 2011**

### **PREC 241/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Masellis S.u.r.l. – Lavori di realizzazione di un asilo nido con annesse sezioni primavera su area standard del quartiere Madonna delle Grazie – Importo a base d'asta: €663.000,00 – S.A.: Comune di Grumo Appula (BA).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 30 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Masellis S.u.r.l. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta nei propri confronti dal Comune di Grumo Appula in quanto gli elaborati progettuali sono stati firmati da un tecnico abilitato (arch. Paolo Carucci) che risulta essere dipendente della società Finepro s.r.l., affidataria dell'incarico di progettazione dell'opera oggetto di gara, come espressamente dichiarato nel documento "Struttura organizzativa" allegato alla domanda di partecipazione alla gara di progettazione in atti presso l'Ufficio Tecnico Comunale.

Di contro, l'impresa istante ha chiesto la riammissione in gara, sostenendo che, pur essendo stato il predetto architetto dipendente della Finepro s.r.l. nell'anno 2008, lo stesso non avrebbe mai collaborato alla redazione del progetto dell'opera oggetto di gara, in quanto nel periodo in cui il progetto veniva materialmente redatto si trovava assente per congedo matrimoniale e alla data di pubblicazione del bando di cui trattasi aveva cessato il rapporto di dipendenza.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità il Comune di Grumo Appula ha confermato la necessità della disposta esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, che fa espresso divieto di partecipazione agli appalti di lavori pubblici agli affidatari di incarichi di progettazione, esteso anche ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico stesso, a tutela della *par condicio* tra i concorrenti e del principio dell'imparzialità.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione, disposto nei confronti dell'impresa istante Masellis S.u.r.l. dal Comune di Grumo Appula in applicazione del disposto normativo di cui all'art. 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto gli elaborati progettuali dell'istante sono firmati da un tecnico abilitato (arch. Paolo Carucci) che risulta essere stato dipendente della società Finepro s.r.l., affidataria dell'incarico di progettazione dell'opera oggetto di gara.

L'esclusione in questione non appare censurabile.

In merito, si deve rilevare che il citato art. 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 testualmente dispone che: "*Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano*

*svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti”.*

L'Autorità, al pari della giurisprudenza, ha già avuto modo di evidenziare la *ratio* e la portata della disposizione applicata nel caso di specie dalla stazione appaltante, ricordando (cfr. ad es. parere n. 161 del 20 dicembre 2007) che incorre nel divieto in essa sancito il partecipante alla procedura di affidamento di lavori che abbia predisposto o abbia avuto modo di conoscere, anche indirettamente, la progettazione preliminare, in quanto è sufficiente il solo sospetto della possibile lesione della trasparenza nella circolazione delle informazioni legate all'intervento, a costituire un *vulnus* al principio della *par condicio*. Ciò rileva soprattutto in considerazione del criterio di aggiudicazione prescelto per l'affidamento dei lavori di cui trattasi, che è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito del quale sono previsti specifici punteggi per le soluzioni progettuali migliorative proposte in sede di offerta tecnica.

Nel caso di specie, se per un verso è pacifico il pregresso rapporto di dipendenza del progettista dell'impresa istante con la società che ha progettato l'opera oggetto di gara, per un altro verso la mera assenza per congedo matrimoniale nel periodo in cui venne materialmente redatto l'originario progetto non pare in grado di superare un evidente sospetto qualificabile nei predetti paventati termini di una posizione di vantaggio competitivo: sia in quanto non è ragionevolmente ipotizzabile che un progetto possa essere predisposto e presentato in un termine breve quale quello del congedo matrimoniale, sia in quanto il permanere del rapporto di dipendenza sia prima che dopo tale periodo di congedo rende parimenti evidente la possibilità che il soggetto in questione abbia potuto prendere cognizione specifica del progetto e delle relative caratteristiche, in termini assolutamente diversi, molto meglio circostanziati rispetto agli altri possibili partecipanti alla gara in questione, concernente l'appalto dei lavori di realizzazione di quel progetto. Ne conseguono rischi di lesione della *par condicio* tra concorrenti, tali da giustificare pienamente l'applicazione della disposizione normativa di cui al più volte citato art. 90, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi di cui la stessa è espressione, fatti propri dalla stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla procedura di gara in oggetto dell'impresa Masellis S.u.r.l. disposta dal Comune di Grumo Appula sia conforme all'art. 90, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 e ai principi vigenti in materia di procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 marzo 2011*

Il Segretario: Maria Esposito