

Parere n.84 del 05/05/2011

PREC 274/10/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 Comune di Gesico (affidamento incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione lavori, misura e contabilità, rilievi, valutazione incidenza ambientale e paesaggistica, collaudo, lavori di manutenzione straordinaria della viabilità e posa della cartellonistica indicativa nell'area S.I.C. "Monte San Mauro") - Importo a base d'asta: €37.970,17 - S.A.: Comune di Gesico.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 5 ottobre 2010, il Comune di Gesico ha formulato a questa Autorità richiesta di parere (ex art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163 del 2006), per la risoluzione di una controversia concernente i limiti di partecipazione alle gare, fissati dall'art. 51, comma 5, del DPR n. 554 del 1999.

In particolare, è stato formulato un quesito circa la necessità o meno della presenza di un "giovane professionista" nel raggruppamento che partecipa alla gara.

In proposito, è stato rappresentato che:

- con Determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 192 del 15 giugno 2010 era stato dato avvio alla procedura negoziata in oggetto relativa all'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento sicurezza, direzione lavori, misura e contabilità, rilievi, valutazione incidenza ambientale e paesaggistica, collaudo, lavori di manutenzione straordinaria della viabilità e posa della cartellonistica indicativa dell'area S.I.C. "Monte San Mauro";
- all'esito della procedura, la Commissione aggiudicatrice aveva provveduto, in data 30 luglio 2010, a redigere il "Verbale di aggiudicazione provvisoria", con il quale era stato dichiarato provvisoriamente aggiudicatario il Raggruppamento temporaneo "R.T.P. dott. Paolo Callioni - dott. Fausto Pani";
- con determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 259 del 4 agosto 2010, era stato approvato il verbale di gara e affidato provvisoriamente l'incarico professionale al predetto RTP Callioni – Pani;
- con nota 10 settembre 2010, il RTP Callioni – Pani aveva dichiarato che il giovane professionista, dott. Federico Corona, si era associato al gruppo di lavoro.

A seguito dell'avvio del procedimento presso questa Autorità, la controinteressata, ing. Melissa Garau, ha rappresentato – ex adverso – quanto segue:

- di aver partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori come Raggruppamento Temporaneo tra Professionisti, con il geol. Marco Pisano e l'ing. Maura Gessa (quest'ultima partecipante

come giovane professionista, in quanto iscritta all'Ordine degli Ingegneri di Cagliari da meno di 5 anni), indicando chiaramente l'organigramma del R.T.P. nei moduli di partecipazione al bando;

- di aver ricevuto comunicazione, in data 19/08/2010, da parte del Comune di Gesico in cui si attestava di essere arrivati secondi classificati e che il primo gruppo classificato era il R.T.P. tra il dott. Callioni ed il dott. Pani;
- di aver comunicato al Comune di Gesico, in data 24/08/2010, alcune perplessità circa l'applicazione dell'art. 51 comma 5, del DPR n. 554/1999 e dell'art. 90, comma 7 D.Lgs. n. 163/2006, in quanto nel Raggruppamento Temporaneo di Professionisti primo classificato non era compreso un giovane professionista, chiedendo chiarimenti in merito.

La stazione appaltante aveva replicato in data 03.09.2010 ribadendo l'avvenuto rispetto della normativa, in quanto la presenza del giovane professionista, abilitato da meno di 5 anni, non era prevista come elemento valutabile al fine del punteggio per l'aggiudicazione, ma che tale requisito avrebbe dovuto essere dimostrato prima dell'aggiudicazione definitiva.

A tale impostazione si era opposta l'ing. Melissa Garau, osservando che la presenza nel R.T.P. del giovane professionista non costituisce elemento di valutazione finalizzato al punteggio, bensì elemento essenziale per la partecipazione.

Ritenuto in diritto

In primo luogo occorre procedere alla disamina delle fonti normative che disciplinano la materia.

L'articolo 90 del Decreto Legislativo 12/4/2006 n. 163, al comma 7, prevede che "Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee".

Si tratta di una disciplina che attiene al tema della "Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici" e che si ricollega espressamente alle disposizioni di cui agli artt. 17 e 18 della legge n. 109 del 1994, che recavano l'identica disciplina.

Il Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici dell'11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, all'art. 51, comma 5, nel fissare i limiti alla partecipazione alle gare dispone che "ai sensi dell'articolo 17, comma 8, della Legge, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 17, comma 1, lettera g) devono prevedere la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello stato membro dell'Unione Europea di residenza".

Con riguardo allo specifico tema in esame, esistono alcuni precedenti da cui è possibile trarre spunti risolutivi.

La questione, se sussista o meno un obbligo di partecipazione ai R.T.P. di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione, è stata affrontata espressamente dalla giurisprudenza amministrativa.

Il Consiglio di Stato (sez. V, n. 6347 del 24 ottobre 2006), in proposito, ha affermato che "il comma 5 dell'art. 51 del D.P.R. n. 554/1999 non prescrive affatto come obbligatoria la partecipazione ai R.T.P. di «un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione».

Il Supremo Consesso ha riconosciuto che “La norma, in realtà, parla soltanto di “presenza” e che “la previsione sulla necessaria presenza di un giovane professionista (scopita 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”.

Tale opzione esegetica è stata suffragata da una pluralità di argomentazioni.

Così è stato rilevato: “ la ratio della regola è unicamente quella, tutto sommato modesta, di garantire al ridotto 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”.

La conseguenza di tale impostazione è 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 (CdS, sez. V, n. 6347 del 24 ottobre 2006).

Tale ricostruzione del plesso normativo espressamente ha rigettato la previsione della sussistenza dell'obbligo di partecipazione configurata, in primo grado, dal TAR Veneto, con sentenza n. 105 del 18 gennaio 2006, sulla base della sola disposizione contenuta nell'art. 51 del d.P.R. n. 554 del 1999.

In precedenza, la tematica della natura giuridica della partecipazione del giovane professionista ai Raggruppamenti Temporanei di Professionisti aveva formato oggetto di considerazione da parte del TAR Liguria, secondo il quale, ai fini dell'attuazione del disposto di cui all'art. 51 del d.P.R. n. 554 del 1999, è sufficiente che tra i collaboratori della società che partecipa alla gara figurino un giovane professionista, atteso che “l'obbligo di presenza di un giovane professionista non equivale ad obbligo di associazione nel raggruppamento”(TAR Liguria, sez. II, 22 giugno 2002, n. 705; nonché, idem, sentenze nn. 837, 838, 873 del 2001).

Anche questa Autorità ha espresso il proprio avviso in relazione ad una analoga vicenda; il tema controverso atteneva alla specifica questione dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 51, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, anche nel caso in cui tale norma non fosse stata espressamente citata nel bando di gara.

Nel caso di specie, l'ATP interessata lamentava di essere stata esclusa dalla gara, in quanto dalla documentazione presentata non risultavano i requisiti richiesti dal comma 5, dell'art. 51 del D.P.R. n. 554/1999, sebbene tale causa di esclusione non fosse stata espressamente prevista dal bando.

In quella circostanza, questa Autorità espresse l'avviso che la menzionata disposizione del Regolamento di attuazione della legge quadro possedesse efficacia erga omnes e che non necessitasse di un esplicito richiamo nel bando per essere osservata.

In particolare, affermò il principio che “le disposizioni contenute nei bandi di gara devono ritenersi integrate con le norme di leggi aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, in virtù del principio di etero integrazione, con la conseguenza, pena l’esclusione, che gli offerenti sono obbligati ad adempiere a tutte le prescrizioni previste dalla norma”(AVCP, parere n. 134 dell’8 maggio 2008).

In tal modo, riconobbe implicitamente l’obbligatorietà della presenza del giovane professionista nei Raggruppamenti Temporanei di Professionisti che intendano partecipare alle gare d’appalto.

Nel caso in esame, il R.T.P. Callioni – Pani, risultato provvisoriamente aggiudicatario, non prevedeva la presenza di un giovane professionista.

Tale circostanza risulta per tabulas, atteso che lo stesso aggiudicatario, successivamente allo svolgimento della gara - avvenuta in data 30 luglio 2010 - ha dichiarato, con nota 10 settembre 2010, di voler integrare il gruppo di lavoro con il giovane professionista, dott. Federico Corona, che avrebbe pertanto fatto parte dell’Associazione Temporanea di Professionisti .

Dalla precedente disamina del quadro normativo e della giurisprudenza è emerso che, anche se ai limitati fini descritti nella motivazione della sentenza del Consiglio di Stato, la presenza del giovane professionista costituisce una condizione di ammissibilità dell’istanza di partecipazione alla gara.

La legge non richiede che questa presenza assuma la connotazione di una partecipazione in veste di socio del R.T.P.; al contrario, è sufficiente che essa si manifesti in un mero rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza.

Nondimeno, tale presenza “minima” costituisce condizione necessaria per consentire la partecipazione alle gare.

Di tale necessità, invero, ha mostrato di avere acquisito consapevolezza lo stesso R.T.P. aggiudicatario, allorquando ha successivamente associato al gruppo un giovane professionista.

Tuttavia, tale operazione risulta comunque tardiva ai fini della partecipazione alla procedura in esame.

Infatti, lo stesso Bando di Gara nelle Disposizioni di carattere generale, al punto 10 dell’art. 11 prevedeva quanto segue: "E' vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quello risultante dall’impegno presentato in sede di offerta".

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- il comma 5, dell’art. 51 del D.P.R. n. 554/1999 non prescrive come obbligatoria la partecipazione ai Raggruppamenti Temporanei di “un professionista abilitato da meno di cinque anni all’esercizio della professione”, ma ne richiede almeno la presenza con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza;

- non è conforme alla disposizione di cui all'art. 51 D.P.R. n. 554 del 1999 l'aggiudicazione della gara d'appalto ai Raggruppamenti Temporanei di Professionisti, in cui non sia assicurata la presenza di un giovane professionista.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito