

## **Parere n.193 del 20/11/2013**

### **PREC 48/13/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Cagliari – “Procedura aperta per il conferimento di Servizio tecnico di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, relativo all'intervento di: 1) Schema n. 1 “Casteldoria-Pefugas” – Diramazioni per Sedini, Bulzi, Perfugas e Laerru”; 2) Schema n. 1 Vignola-Casteldoria-Perfugas-Diramazione per Castelsardo e Aglientu” – Importo a base d'asta: € 53.155,00 ed € 56.464,00 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – S.A.: Società ABBANOVA S.p.A. Cagliari.

**Affidamento di servizi tecnici – divieto di partecipazione RTI – illegittimità.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 11 febbraio 2013 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale il Consiglio dell'Ordine degli Ingegneri, dopo aver premesso che la Società ABBANOVA S.p.A. Cagliari (Società a totale capitale pubblico) ha avviato le due procedure di cui in epigrafe, che presentano bandi di gara sostanzialmente identici, solleva plurimi rilievi attinenti, in particolare, al divieto di partecipazione alla gara in R.T.P., e conseguente violazione del principio di parità di trattamento e contrazione della concorrenza; al divieto di avvalimento (art. 49 del D.Lgs. 163/2006); al requisito dell'esperienza richiesta nel coordinamento per la sicurezza riferita al decennio nella sola cl. VIII, e ascrivibile a una persona fisica facente parte del concorrente; alla richiesta di cauzione provvisoria e definitiva.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 6 marzo 2013, la S.A., ha fatto presente che per entrambe le procedure, in data 21.02.2013, è stato emesso provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Anche la Exeitalia S.r.l., nella veste di aggiudicataria provvisoria, ha fatto pervenire memoria con la quale, oltre ad eccepire la tardività e la mancata indicazione, a pena di inammissibilità dell'istanza di parere, del nominativo della ditta aggiudicataria provvisoria, pur essendone l'istante a conoscenza, controdeduce alle lamentele sollevate evidenziando il carattere soggettivo del requisito di Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione, la tempestività dei chiarimenti in ordine alla esperienza riferita alla sola classe VIII e alla lamentata illegittimità della richiesta di cauzione provvisoria e definitiva.

#### **Ritenuto in diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità delle procedure indette dalla Società ABBANOVA S.p.a, e indicate in epigrafe, per le ragioni evidenziate in fatto.

In particolare, l'istante contesta la legittimità del punto 1.6 del Disciplinare di gara, laddove “è fatto divieto di partecipare alla presente gara sotto forma di raggruppamenti temporanei di professionisti (R.T.P.)”. Tale divieto, espressamente motivato in seno alla stessa disposizione testè richiamata “per la natura stessa del servizio oggetto dell'affidamento” che “non può essere suddiviso in più parti” è contestato dall'istante diffusamente argomentando alla luce di quanto affermato da questa stessa Autorità (Determinazione n. 5 del 27/7/2010) nel senso che la facoltà dei raggruppamenti temporanei di partecipare alle selezioni non soffrirebbe alcuna limitazione. L'istante soggiunge che non sarebbe prescritto da alcuna fonte normativa che il coordinamento per l'esecuzione sia svolto da una singola persona fisica e comunque vi sarebbe una ingiustificata

disparità di trattamento rispetto agli altri partecipanti “plurisoggettivi” (studi associati, società, consorzi e simili), che invece sono ammessi alla selezione.

Ai fini della soluzione del quesito posto dall’istante si deve segnalare che l’Autorità, con la Determinazione n. 5 del 27 luglio 2010, ha evidenziato la portata generale dell’istituto del Raggruppamento Temporaneo di Imprese, trovando esso applicazione anche nelle procedure per l’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, e ciò sia nel caso in cui il bando indichi la prestazione principale e le altre prestazioni secondarie (parti, quindi autonome del servizio da espletare) sia nel caso in cui la prestazione non sia suddivisibile in parti, dovendosi in tal caso intendere che i concorrenti non possono che eseguire la prestazione congiuntamente nella forma dell’associazione orizzontale. Orbene, a fronte dell’indefinito ambito applicativo dell’art. 37 del d.lgs. n. 163/06, in tema di raggruppamenti temporanei, non è dato rinvenire un preciso dato normativo che osti alla sua applicazione nel caso specifico di affidamento dell’incarico di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione. In caso di affidamento di incarico di progettazione è del tutto pacifico che possano partecipare alla gara anche i soggetti raggruppati (v. Determinazione n. 5 cit. paragrafo 2.3), pur essendo anche tale prestazione dedotta nel novero di quelle riconducibili ai servizi *ex art.* 252, comma 2.

Deve quindi ritenersi che il contestato divieto di partecipazione a carico dei R.T.P. non è suffragato da alcuna previsione normativa disciplinante le procedure di affidamento, confliggendo anzi con la generale portata applicativa dell’art. 37 Codice dei contratti pubblici. Tanto più che l’art. 91, comma 2, prevede espressamente che gli incarichi di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 (“pari o superiore a 100.000,00 euro”) “possono essere affidati dalle stazioni appaltanti ai soggetti di cui al comma 1, lett. d), e), f), f-bis), g) e h) dell’articolo 90”, norma che comprende, appunto, i raggruppamenti temporanei (lett. g).

Il divieto sancito dalla disciplina di gara non può trovare autonoma giustificazione nella pretesa materiale impossibilità di suddivisione della prestazione “in più parti”, come evidenziato nello stesso Disciplinare di gara, in quanto questa circostanza, come detto, al più comporta la necessità di esecuzione congiunta della prestazione da parte di concorrenti riuniti in senso orizzontale.

Nemmeno può assumere rilievo ostativo la definizione normativa di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori (d.lgs. n. 81/2008, art. 89, comma 1, lett. e) ed f), utilizzando il legislatore la generica locuzione “soggetto incaricato dal committente”, che ben può essere sia individuale che collettivo. Ad opinare diversamente, come condivisibilmente rappresentato dall’istante, si addiverrebbe inoltre ad una ingiustificata disparità di trattamento in favore delle associazioni di professionisti, invece espressamente ammesse alla selezione pur presentando anch’esse una compagine di soggetti riuniti. Le obiezioni sollevate dall’istante vanno, per tali ragioni, condivise.

2. L’istante lamenta, altresì, la violazione dell’art. 49 d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui (art. 3 del Disciplinare di gara) prevede che “Non è ammesso l’avvalimento dei requisiti di idoneità professionale di cui al precedente paragrafo 2.1”. La perplessità sollevata, ancora una volta argomentata sulla base della portata generale dell’istituto coinvolto, non è questa volta convincente, in quanto il divieto riguarda esclusivamente i requisiti di idoneità professionale di cui all’art. 2.1 del disciplinare stesso, ovvero “dei requisiti di idoneità prescritti dal D.lgs. 81/2008 e s.m.i., per l’espletamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori”. Trattasi, quindi, di requisiti soggettivi, i quali, come affermato dall’Autorità con la Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012, “attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all’avvalimento”.

3. L’istante muove ulteriore rilievo nei riguardi della previsione di cui al paragrafo 2.1 del Disciplinare di gara, laddove prescrive quanto segue: “Esperienza maturata nell’ultimo decennio in

prestazioni di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e/o esecuzione per un importo non inferiore a una volta il corrispondente importo stimato dei lavori di cui al precedente paragrafo 1.3 (classe VIII), ossia € 3.002.000,00. L'esperienza maturata, così come richiesta nel precedente capoverso, deve essere riportata nel curriculum da allegare, a pena di esclusione, all'istanza di partecipazione alla gara". L'istante esprime le proprie perplessità con riguardo sia alla prevista concentrazione del requisito in capo ad una sola persona fisica sia al riferimento alla Cl. VIII di Tariffa, in quanto per i requisiti di coordinatore per la sicurezza non sarebbe prevista la distinzione per classi e categorie come nella Tariffa professionale.

La previsione del disciplinare in realtà appare coerente con i criteri delineati dall'Autorità con la Determinazione n. 5/2010, laddove si osserva che "nell'avviso di selezione dovranno essere indicati i requisiti minimi richiesti dalla S.A. che consentano al professionista – tramite un elenco delle prestazioni effettuate negli anni precedenti – la dimostrazione del possesso di una esperienza professionale adeguata alla tipologia e all'importo dell'incarico". Per stabilire ciò non può che farsi capo all'importo stimato dei lavori da realizzarsi che, nel caso di specie, è appunto commisurato in un importo inquadabile nella categoria VIII.

Risulta, invece, convincente quanto lamentato dall'istante a proposito della previsione del Disciplinare recante il divieto di partecipazione a carico dei R.T.P., che, per le ragioni anzidette, non è da ritenere legittimo. Nemmeno il requisito richiesto può essere considerato non frazionabile, secondo quanto osservato da questa Autorità con la Determinazione n. 2/2012, non potendosi ricondurre la previsione di gara alla lett. c) dell'art. 263 d.P.R. n. 207/2010 (servizi di punta) bensì alla lett. b) dello stesso comma, relativo ai servizi identici. Ancora una volta alla luce dei criteri stabiliti dall'Autorità, deve essere apprezzato favorevolmente il rilievo ulteriormente sollevato dall'istante, con la memoria integrativa del 19 marzo 2013, a proposito della lamentata omessa considerazione di attività che presentano aspetti affini o attinenti "nell'ottica di individuare requisiti adeguati e proporzionati alla prestazione e di consentire la più ampia partecipazione di professionisti" (cfr. Determinazione n. 2 cit.).

4. L'istante lamenta, infine, la illegittimità della lett. A4) dell'art. 5 del Disciplinare di gara, ove è previsto che per partecipare alla gara debba presentarsi "Cauzione provvisoria di € 1.129,28 pari al 2% (due per cento) dell'importo complessivo del servizio (art. 75 D.Lgs. 163/2006)" nonché dell'art. 8, che impone la cauzione definitiva.

Ritiene l'istante che la richiesta di cauzione per i servizi sarebbe illegittima e contraria alla normativa vigente.

Le censure manifestate vanno invece disattese, avuto riguardo, come peraltro lo stesso istante ammette, alla formula dell'art. 268 del D.P.R. n. 207/2010, che espressamente prevede l'applicazione ai servizi di cui all'art. 252, fra i quali è compreso quello di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, delle "disposizioni previste dagli articoli 75 e 113 del Codice". Accedere ad una interpretazione di segno contrario della disciplina vigente, come auspicato dall'istante, sulla base dell'orientamento (C. Stato, sez. V, 13 marzo 2007, n. 1231) affermatosi in epoca antecedente all'intervento della norma regolamentare si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans* della disciplina sopra richiamata, in quanto tale inammissibile.

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore per quanto attiene alle seguenti previsioni:

- divieto di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di professionisti;

- divieto di frazionamento del requisito esperienziale di cui al paragrafo 2.1 del Disciplinare di gara e mancata considerazione a tale scopo di altre esperienze affini.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2013

Il Segretario Maria Esposito