

Parere n.195 del 20/11/2013

PREC 76/13/S.O.L.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 Cagliari – Procedura aperta per l’ “Appalto integrato – Sistema coordinato di parcheggi di scambio nel Centro Storico” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: €1.898.448,28 – S.A.: Comune di Cagliari.

Artt. 34, comma 1, lett. d), 53, comma 3 e 90, comma 1 del D.lgs. n. 163/2006; Art. 92, comma 6 del D.P.R. n. 207/2010 – Raggruppamento temporaneo formato da un raggruppamento temporaneo d’impresa e da un raggruppamento temporaneo di professionisti – Appalto integrato complesso - Compatibilità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20.03.2013, è pervenuta l’istanza di parere indicata in oggetto, con la quale il Comune di Cagliari ha rappresentato di avere indetto diverse procedure, ancora in corso, di selezione pubblica per l’affidamento di appalti integrati complessi, nella cui disciplina di gara ha introdotto la seguente previsione: “nel caso in cui l’operatore economico sia un raggruppamento temporaneo di concorrenti (art. 34, c. 1 lett. d) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.) non può associare professionisti anch’essi costituiti in raggruppamento come da art. 90, comma 1, lett. g) del D.Lgs. n. 163/06”. Orbene, il Comune di Cagliari ha chiesto lumi a questa Autorità in ordine alla legittimità di tale clausola, avendo ricevuto contestazioni da parte del Consiglio dell’Ordine degli Ingegneri, come da nota allegata all’istanza di parere, nel senso della possibile violazione dell’art. 92, comma 6, del D.P.R. n. 207/10.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota prot. n. 38033 del 17.04.2013, non ha fatto seguito alcuna ulteriore deduzione di parte.

Ritenuto in diritto

Le perplessità sollevate dalla SA investono il novero dei soggetti che possono partecipare alla gara, al fine di stabilire se tra questi vi siano anche le cosiddette associazioni temporanee di secondo grado, ovvero quelle costituite da professionisti “anch’essi costituiti in raggruppamento”.

Il Comune di Cagliari si è orientato, coniando una precisa clausola di *lex specialis*, nel senso di escludere tale particolare categoria di soggetti costituiti in forma associativa, sulla base della disciplina dedicata dal Codice dei Contratti Pubblici al tema specifico delle gare di progettazione. L’art. 90 del d.lgs. n. 163/2006 prevede, infatti, che “Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate... g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) , f), f-bis) e h) ai quali si applicano le disposizioni di cui all’articolo 37 in quanto compatibili”.

Ora, tale ultima norma richiama ripetutamente l’art. 34, comma 1, lett. d) che, a sua volta, nel definire il concetto stesso di “raggruppamenti temporanei di concorrenti”, stabilisce che questi possono essere costituiti dai soggetti di cui alle lettere a) (imprenditori individuali, anche artigiani,

società commerciali e cooperative), b) (consorzi) e c) (consorzi stabili), senza quindi annoverare i soggetti già a loro volta raggruppati. Da tale mancanza non è però dato inferire un vero e proprio divieto di partecipazione alle gare dei RTI di secondo grado, dovendosi intendere l'elencazione dell'art.34 del Codice non tassativa (C. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

Sulla non tassatività dell'art. 34 si è di recente espresso il TAR- Bari, con sentenza n. 467/2013, che riconosce, “in ossequio al principio comunitario della massima apertura al fine di creare un mercato concorrenziale, una lettura estensiva della norma con riferimento alla possibilità di partecipazione in R.T.I. di soggetti, quali consorzi ordinari, che non presentino alcun rischio di falsare la concorrenza in ragione di possibili finanziamenti pubblici, anche se gli stessi, pur espressamente contemplati in quanto tali, non siano indicati tra quelli che possono partecipare in R.T.I.”

Pertanto, una lettura formalistica e restrittiva del Codice dei contratti pubblici finirebbe per rilevarsi contraria alla normativa comunitaria, caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità e particolarmente preoccupata di non limitare in alcun modo la concorrenza, estendendo al massimo il concetto di operatore economico.

Ma la normativa di carattere generale deve in ogni caso cedere il passo a quella specialmente riferita alle prestazioni dei progettisti, trattandosi nel caso di specie del conferimento di un appalto integrato complesso, nel quale cioè la stazione appaltante (o ente aggiudicatore) si limita a predisporre il progetto preliminare, mentre ciascun concorrente propone un progetto definitivo e l'appaltatore, selezionato anche sulla base del progetto proposto, predispone il progetto esecutivo. L'offerta di gara contempla, pertanto, la necessità di espletare un'attività progettuale propedeutica alla stessa partecipazione alla gara, di guisa che si impone che la stessa sia affidata ad un soggetto tecnicamente qualificato. Trova quindi applicazione il combinato disposto degli artt. 53, comma 3 del Codice e 92, comma 6, del Regolamento. Infatti, la norma del Codice (secondo cui: “Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”) contempla esattamente l'ipotesi in cui alla gara per l'affidamento di un appalto integrato (ipotesi contemplata dal comma 2, lett. c, dell'art. 53) si partecipi in forma raggruppata, tacendo sulla ventilata possibilità da parte di un soggetto a sua volta raggruppato di assumere la veste di progettista.

Ad esprimersi in tal senso è, invece, proprio la norma regolamentare di cui all'art. 92, comma 6, del D.P.R. n. 207/2010, secondo cui “I requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti dalle imprese attestata per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice”. La norma soggiunge che “Le imprese attestata per prestazioni di progettazione e costruzione devono possedere i requisiti di cui alla lettera a) ovvero alla lettera b) attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), del codice, laddove i predetti requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione”.

La lettura combinata delle norme di rango legislativo e regolamentare consente di addivenire alla conclusione che anche i soggetti che partecipano alla gara per il conferimento di appalto integrato possano avvalersi della facoltà di designare come progettista un soggetto a sua volta raggruppato, non configurandosi alcun divieto normativo in tal senso. Del resto la disciplina *in subiecta materia* si presta ad una lettura estensiva, costituendo la partecipazione a pubbliche gare in forma associata espressione di una facoltà che cospira ad una più ampia partecipazione nell'obiettivo di allargare la platea dei concorrenti.

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.

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