

## Parere n.48 del 10/04/2013

### PREC 40/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Porcia (PN) – “Affidamento incarico di progettazione, direzione lavori, assistenza misura e contabilità, coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, per l’opera denominata “Realizzazione asse ciclopedonale sopra il canale Brentella messa in sicurezza del corso d’acqua e sistemazione in via Gabelli”-. Importo a base di gara €99.693,13 – S.A. Comune di Porcia (PN).

**Fase esplorativa e fase di gara a procedura negoziata. Riagggregazione in RTI di concorrente prequalificato non estratto a sorteggio. Ammissibilità. Artt. 37 co. 9 e 12 D.lgs 163/2006.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 8 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Porcia (PN) ha chiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione dalla gara in oggetto disposta nei confronti di due raggruppamenti di professionisti che, ai fini dell’affidamento degli incarichi indicati in oggetto e prima della presentazione delle offerte, hanno modificato entrambi la composizione del raggruppamento.

Dall’esame della documentazione agli atti risulta che il Comune di Porcia (PN) ha pubblicato, sui siti informatici di cui all’art. 66 co. 7 D.Lgs. n. 163/2006, un avviso pubblico per una indagine di mercato al fine di individuare gli operatori economici per l’affidamento, mediante procedura negoziata senza bando (ai sensi dell’art. 91 co. 2 e dell’art. 57 co. 6 D.Lgs. 163/2006), di servizi di progettazione, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza.

Nell’avviso (prot. N. 22584 del 07.09.2012) si premetteva che “*con il presente avviso non è posta in essere alcuna procedura concorsuale, para concorsuale, di gara d’appalto e di procedura negoziata; non sono previste graduatorie, attribuzione di punteggi o altre classificazioni in merito, ma semplicemente un’indagine di mercato conoscitiva finalizzata all’individuazione di operatori economici da consultare nel rispetto dei principi di libera concorrenza, di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e rotazione nonché quello di pubblicità per il conferimento di incarichi*”. L’avviso disciplinava anche le modalità per la scelta degli operatori economici da invitare stabilendo che “*la stazione appaltante provvederà ad individuare, fra coloro che avranno presentato istanza di partecipazione e che dimostrino di possedere i requisiti minimi richiesti per la partecipazione, almeno 5 soggetti da invitare a ciascuna delle procedure negoziate sopra citate, utilizzando il sistema dell’estrazione a sorte*”. Inoltre, dettagliatamente stabiliva che “*alla scadenza del termine previsto dal presente avviso, la stazione appaltante redigerà un elenco di aspiranti candidati che hanno manifestato l’interesse a partecipare sulla base delle istanze pervenute nei termini; procederà, mediante sorteggio pubblico con le modalità e in data che saranno comunicate tramite il sito informatico del comune agli aspiranti... procederà successivamente alla verifica dei requisiti minimi di partecipazione dei soli soggetti estratti e, qualora uno dei candidati risultasse inidoneo, verrà escluso e sostituito da altro concorrente mediante nuova estrazione del RUP... infine la stazione appaltante provvederà ad inviare simultaneamente per iscritto, ai soggetti così individuati, lettera di invito per la partecipazione alle procedure negoziate assegnando un termine non inferiore a 10 giorni dalla data di trasmissione dell’invito per la presentazione delle rispettive offerte*”.

Lo studio Cappella, in raggruppamento temporaneo con il Geologo Dott. Federico Pizzin e l’Arch. Giacomo Pantanali, manifestava interesse alla competizione.

Analogamente manifestava interesse alla competizione il raggruppamento Arch. Alberto Gri,

capogruppo, Arch. Gianluca Fantuzzi, Ing. Carlo Gri, Arch. Sara Cosarini, Arch. Bruno Minichini e Geol. Marco Loleo, mandanti.

In data 11.10.2012 si procedeva al sorteggio pubblico di 10 candidati (tra cui i due raggruppamenti sopra citati), che venivano successivamente invitati a partecipare alla gara e in data 20 e 21 novembre e 4 dicembre 2012, la Commissione giudicatrice procedeva nello svolgimento dei lavori.

In data 05.12.2012 il Presidente della Commissione di gara comunicava (nota prot. N. 31540) l'esclusione del Raggruppamento con capogruppo lo studio Cappella s.r.l., in quanto composto da un ulteriore mandante (arch. Massimo Redigonda) - aggiunto in seguito all'invito - che: *“per la medesima procedura aveva manifestato il proprio interesse alla partecipazione in qualità di capogruppo per altro raggruppamento”*.

Analogamente, sempre in data 05.12.2012, il Presidente della Commissione di gara comunicava (nota prot. N. 31538) l'esclusione del RTP rappresentato dall'Arch. Alberto Gri, in quanto composto da *“un professionista (l'ing. Roberto Egidi) non facente parte del raggruppamento temporaneo sorteggiato e si rileva che mancano le attestazioni in merito alla modifica del raggruppamento, lo stesso si è avvalso della possibilità di cui alla nota del 07.11.2012. Si riscontra, inoltre, che il nominativo indicato corrisponde a un professionista che per la medesima procedura aveva manifestato il proprio interesse alla partecipazione di libero professionista”*.

In merito alla prima esclusione - secondo la stazione appaltante - poiché l'allegato 01) alla domanda di partecipazione resa in sede di manifestazione di interesse prevedeva alla lett. j) la dichiarazione di non partecipare per l'affidamento dei servizi in altri raggruppamenti temporanei, il costituendo raggruppamento Studio Cappella /Pizzin/Pantanali non avrebbe potuto presentare l'offerta associando anche l'ulteriore mandante arch. Massimo Redigonda il quale, a sua volta, in sede esplorativa, aveva manifestato il proprio interesse come capogruppo di altro raggruppamento - configurandosi la violazione dell'art. 253 D.P.R. 207/2010. Inoltre, secondo la stazione appaltante, consentire all'operatore economico che non sia stato estratto nella fase di prequalifica, la partecipazione alla gara, riaggregandosi con altri concorrenti estratti, vulnererebbe la *par condicio* tra i concorrenti, consentendo a soggetti non sorteggiati di partecipare comunque alla procedura negoziata.

Analogamente, secondo la stazione appaltante, l'offerta presentata dal raggruppamento capeggiato dallo Studio Gri, composto, oltre che dai professionisti indicati in sede di manifestazione di interesse, anche dall'ulteriore mandante - nella persona dell'ing. Roberto Egidi, aggiunto in sede di gara -si porrebbe in contrasto con i principi di parità della concorrenza e di legalità. Ciò, in particolare, in considerazione del fatto che quest'ultimo professionista aveva partecipato *uti singuli* in sede di prequalifica e non era stato sorteggiato.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 6 marzo 2013, i raggruppamenti esclusi ribadiscono quanto riportato in atti, facendo presente che l'allargamento del raggruppamento con un professionista che aveva manifestato interesse, ma non era stato sorteggiato, non va a ledere in alcun modo la *par condicio* fra i concorrenti (che tali non sono in fase di indagine di mercato, non presentando offerta), in quanto con la conclusione dell'indagine di mercato i soggetti che avevano manifestato il loro interesse dovevano considerarsi liberi da vincoli nei confronti della procedura negoziata cui non erano stati invitati. Ammettendo tale allargamento, proseguono, non si fa altro che consentire alla stazione appaltante di disporre delle migliori competenze necessarie allo svolgimento dell'incarico, competenze facilmente individuabili proprio fra coloro che avevano manifestato interesse.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di due raggruppamenti di professionisti per le ragioni riportate in fatto. Vale preliminarmente considerare che l'indagine di mercato, propedeutica allo svolgimento della selezione comparativa della procedura negoziata, non trova una compiuta disciplina nel Codice dei

contratti e pertanto le modalità di svolgimento che la presiedono devono essere disciplinate direttamente dalla stazione appaltante nell'avviso con la quale tale indagine viene indetta. Per quanto qui interessa, ai sensi dell'art. 57, comma 6 del Codice, la stazione appaltante è tenuta, ove possibile, ad individuare gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, e ciò nel rispetto di alcuni principi di trasparenza, concorrenza e rotazione. Fatta tale necessaria premessa, occorre evidenziare che la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione - o di gara ancorché con procedura negoziata - devono essere tenute nettamente distinte. Infatti, la circostanza che in sede esplorativa, ed ai soli fini del sorteggio, il concorrente non potesse partecipare aderendo a diversi raggruppamenti temporanei trova la sua giustificazione nell'interesse a che il sorteggio si svolga in condizioni di parità. Per contro, una volta esauritasi la preselezione, ai candidati sorteggiati non può non riconoscersi la facoltà di associarsi in raggruppamento temporaneo di professionisti, secondo il libero apprezzamento di convenienza imprenditoriale, non rinvenendosi limitazione alcuna a che un concorrente non estratto si riaggreghi in una compagine associativa sorteggiata. Né a questa possibilità osta alcuna disposizione normativa. Infatti, l'art. 37 comma 12 stabilisce che *"12. In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"*, senza limitazioni ulteriori che non è possibile trarre in alcun modo dalla disposizione di legge.

Del resto anche per T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 14-01-2009, n. 82 *"E' ammissibile, nel caso di procedura ristretta, la riunione in A.T.I. di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto normativo in tal senso. L'art. 37, 12° comma, del codice dei contratti pubblici dispone infatti che l'impresa prequalificatasi e perciò invitata individualmente, «ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti».*

D'altro canto, la possibilità di modificare la composizione dei raggruppamenti era stata espressamente riconosciuta dalla stazione appaltante che, al quesito posto dai concorrenti, aveva risposto *"è facoltà di presentare offerte anche in nome e per conto di ulteriori mandanti rispetto a quelli già indicati in sede di manifestazione di interesse, purché in possesso dei requisiti (da attestarsi con dichiarazione sostitutiva ex art. 37 e 38 D.Lgs. 163/2006)"*. Ne deriva che l'ampliamento del raggruppamento sorteggiato ad altri professionisti è ammissibile a condizione che questi ultimi siano in possesso dei requisiti richiesti e partecipino in qualità di mandanti al raggruppamento stesso, a nulla rilevando l'eventuale loro partecipazione al sorteggio che ha preceduto l'invito alla procedura negoziata. Il comma 12 dell'art. 37 cit. legittima l'operatore economico invitato individualmente, a presentare offerta o a trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

Inoltre, il comma 9 del medesimo articolo stabilisce che *"... Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta"*. Ne deriva che prima dell'offerta i concorrenti possono liberamente modificare il raggruppamento.

Non da ultimo, si ritiene che nessuna violazione dell'art. 253 d.P.R. 207/2010 possa evidenziarsi, posto che tutti i concorrenti hanno correttamente fornito la dichiarazione, in sede di gara esplorativa, di non partecipare in altri raggruppamenti temporanei. Detta dichiarazione è stata ripetuta in sede di offerta in forma riaggregata. Pertanto, correttamente tutti i concorrenti qui in esame come singoli e come partecipanti ai nuovi RTP, hanno dichiarato, in ciascuna fase (esplorativa e di gara) di non partecipare per l'affidamento dei servizi in altri raggruppamenti temporanei.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del RTP composto dal capogruppo Studio Cappella s.r.l. e del RTP composto dal capogruppo Gri & Gri Associati sia stata illegittimamente disposta per violazione degli artt. 37 commi 9 e 12 D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 aprile 2013*

Il Segretario Maria Esposito