

Parere n.87 del 12/11/2014

PREC 171/14/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Comune di Montorio al Vomano (TE) - Procedura negoziata senza pubblicazione di bando per “Progettazione Piani di Ricostruzione ex decreto n. 3 del 9.03.2010 del Commissario Delegato per la ricostruzione a seguito degli eventi sismici del 6.04.2009 – Ambito 1 e 2” – Importo a base di gara: 138.690,86 euro – S.A. Comune di Montorio al Vomano (TE).

Raggruppamento temporaneo di professionisti – Incompatibilità del professore universitario a tempo pieno in qualità di mandante.

L'accertata incompatibilità di una determinata figura professionale a far parte del raggruppamento temporaneo di professionisti determina l'esclusione del raggruppamento stesso dalla partecipazione alla gara.

Art. 90, comma 1, lettera d) d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Ritenuto in fatto

In data 3 giugno 2014 è pervenuta istanza di parere da parte del Comune di Montorio al Vomano (TE) relativamente alla procedura negoziata per “Progettazione Piani di Ricostruzione ex decreto n. 3 del 9.03.2010 del Commissario Delegato per la ricostruzione a seguito degli eventi sismici del 6.04.2009 – Ambito 1 e 2”.

La stazione appaltante chiede di stabilire se l'accertata incompatibilità di una determinata figura professionale a far parte del raggruppamento temporaneo di professionisti determini l'esclusione del raggruppamento stesso dalla partecipazione alla gara, ovvero consenta la sola decadenza della figura professionale.

In particolare, riferisce che all'interno del R.T.P. Ing. Mario Sacchini (Capogruppo), vi sia la presenza come mandante, di un professore universitario (architetto prof. Mascarucci) a tempo pieno, incompatibile con il ruolo di libero professionista ex art. 90, comma 1, lettera d) d.lgs. 163/2006.

A seguito dell'avvio del procedimento comunicato con nota del 13.6.2014 è pervenuta memoria da parte del sopracitato R.T.P. con la quale viene precisato che il ruolo svolto dall'architetto/professore all'interno del raggruppamento è quello di consulente scientifico e non anche quello di professionista che svolge attività di progettazione riservata ai liberi professionisti.

Più precisamente, il R.T.P. afferma che impropriamente l'arch. Mascarucci è stato indicato quale mandante all'interno del raggruppamento, ribadendo che la funzione di quest'ultimo sarà esclusivamente quella avente natura consulenziale, così come esplicitato sia nella dichiarazione resa in sede di domanda di partecipazione alla gara sia nel documento relativo alla offerta tecnica presentata dal raggruppamento.

Inoltre, afferma il R.T.P. che la stazione appaltante, nel caso di specie, non sta procedendo ad una gara per selezionare dei progettisti che dovranno svolgere attività di progettazione nell'ambito della realizzazione di lavori pubblici, trattandosi invece di attività comparabile a quella inerente l'attività di programmazione del territorio, con particolare riferimento ai servizi attinenti l'urbanistica.

E comunque il R.T.P. sostiene di avere i necessari requisiti tecnico professionali anche a prescindere dall'apporto dell'architetto professore Mascarucci, in quanto gli altri componenti indicati quali mandanti hanno nel complesso tutti gli specifici profili di qualificazione tecnico-economica-professionale richiesti dalla stazione appaltante.

Infine, fa osservare che la stessa lettera di invito prevede la possibilità di subappaltare attività accessorie, quali «rilievi e indagini, supporto informatico, supporto amministrativo», ritenendo così

possibile che nell'ambito delle prestazioni richieste dall'ente vi siano attività non anche ricomprese o classificabili come attività libero professionali. Ritiene perciò abnorme ipotizzare l'esclusione dalla procedura del R.T.P. in questione, in possesso comunque dei requisiti richiesti, che abbia indicato tra i mandanti un soggetto che in ogni caso potrebbe essere indicato tra i subappaltatori di attività accessorie tra le quali può annoverarsi l'attività di consulenza.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla necessità o meno dell'esclusione dell'intero raggruppamento temporaneo di professionisti per la presenza, all'interno del R.T.P., in qualità di mandante, di un professore universitario a tempo pieno, incompatibile con il ruolo di libero professionista di cui all'art. 90, comma 1, lettera d) d.lgs. 163/2006.

Per rispondere al quesito è necessario tenere presente il quadro normativo di riferimento nonché la *lex specialis* di gara.

Preliminarmente, appare opportuno verificare se l'architetto/professore universitario a tempo pieno potesse comunque far parte del raggruppamento temporaneo di professionisti in qualità di mandante.

Giova, infatti, ricordare in generale che per raggruppamento temporaneo di concorrenti si intende quell'insieme di imprenditori o fornitori o prestatori di servizi costituito allo scopo di partecipare a una procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di un'unica offerta.

Tale offerta potrà essere presentata, in nome e per conto proprio e dei mandanti, da parte di quel concorrente facente parte del raggruppamento a cui sia stato conferito apposito mandato collettivo speciale di rappresentanza, qualificato quale mandatario.

Nel caso di specie, risulta essere stato indicato quale capogruppo - mandatario del R.T.P. - l'Ing. Mario Sacchini che contestualmente ha indicato i mandanti del suddetto raggruppamento quali soggetti persone fisiche che eseguiranno personalmente la prestazione, in quota parte uguale tra tutti i professionisti incaricati.

Tra questi soggetti viene indicato anche il professore universitario a tempo pieno, architetto Roberto Mascarucci.

Si precisa che, in base a quanto disposto dalla legge n. 240/2010 "Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario", in particolare dall'art. 6 - *Stato giuridico dei professori e dei ricercatori di ruolo – al comma 9, si evince che* «La posizione di professore e ricercatore è incompatibile con l'esercizio del commercio e dell'industria fatta salva la possibilità di costituire società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, anche assumendo in tale ambito responsabilità formali, nei limiti temporali e secondo la disciplina in materia dell'ateneo di appartenenza, nel rispetto dei criteri definiti con regolamento adottato con decreto del Ministro ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. L'esercizio di attività libero-professionale è incompatibile con il regime di tempo pieno. Resta fermo quanto disposto dagli articoli 13, 14 e 15 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382, fatto salvo quanto stabilito dalle convenzioni adottate ai sensi del comma 13 del presente articolo».

Al successivo comma 10, è comunque previsto, tra l'altro, che « i professori e i ricercatori a tempo pieno, fatto salvo il rispetto dei loro obblighi istituzionali, possono svolgere liberamente, anche con retribuzione, attività di valutazione e di referaggio, lezioni e seminari di carattere occasionale, attività di collaborazione scientifica e di consulenza, attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale, nonché attività pubblicistiche ed editoriali ... ».

Tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 53, comma 7 del decreto legislativo del 30 marzo 200, n. 165, viene demandato alle Università il compito di disciplinare con propri regolamenti i criteri e le procedure per il rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento di incarichi non compresi nei compiti e doveri d'ufficio dei professori e dei ricercatori che abbiano optato per il regime d'impegno a tempo

pieno. Un docente universitario potrà quindi essere inserito, ad esempio, in un raggruppamento temporaneo di professionisti se ingegnere o architetto iscritto al rispettivo Ordine professionale e nel rispetto, comunque, della normativa sullo svolgimento di attività libero professionale applicata ai docenti universitari, quale l'autorizzazione dell'Università di appartenenza a svolgere lo specifico incarico.

In caso contrario residua per il professionista la possibilità di svolgere esclusivamente attività di consulenza.

Nel caso di specie, appare evidente, in assenza di una espressa autorizzazione da parte dell'università di appartenenza, l'impossibilità per il professore universitario architetto Mascarucci di poter far parte di un raggruppamento temporaneo di professionisti, in qualità di mandante, al fine di esercitare l'attività della libera professione.

L'aver circoscritto alla sola attività di consulenza l'apporto fornito dal suddetto professionista nell'ambito del raggruppamento conferma, di fatto, la "incompatibilità" di quest'ultimo a ricoprire il ruolo di mandante all'interno del R.T.P., quale libero professionista. Tanto più che, come peraltro affermato nella propria memoria dallo stesso raggruppamento, i requisiti richiesti risultavano comunque posseduti a prescindere dalla partecipazione del sopra citato professionista.

In generale, si ricorda che l'essere inserito e incardinato nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di professionisti presuppone per ciascun componente del R.T.P. l'obbligo allo svolgimento dell'incarico per la realizzazione dell'intervento, all'esecuzione corretta delle proprie prestazioni, con una responsabilità che ricade sull'intero raggruppamento.

Non si può affermare che "impropriamente" sia stato indicato quale mandante di un R.T.P. un soggetto che non poteva ricoprire tale ruolo, considerando anche che ben avrebbe potuto il raggruppamento, eventualmente, usufruire dell'esperienza e della consulenza del professionista mediante ricorso all'istituto del subappalto, così come previsto dalla disciplina di gara relativamente ad attività accessorie.

Orbene, in base a quanto sopra considerato sembra potersi confermare la incompatibilità dell'architetto professore Mascarucci quale mandante all'interno del R.T.P., così come evidenziata dalla stazione appaltante.

Passando ora ad analizzare le conseguenze legate a tale circostanza, se cioè l'incompatibilità sopra delineata comporti l'esclusione del R.T.P. dalla partecipazione alla procedura ovvero consenta al raggruppamento in parola di rimanere in gara senza la figura professionale in questione, è necessario precisare quanto segue anche alla luce del più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa in materia di modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei d'impresa.

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, che mira a garantire conoscenza piena da parte dell'Amministrazione delle imprese che intendono contrarre, consentendole una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria delle concorrenti, non preclude il recesso di una o più imprese dell'A.T.I. qualora le rimanenti imprese siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto.

Si ritiene, infatti, che il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno (Cons. St., Sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101).

La modificazione in riduzione del raggruppamento temporaneo, pertanto, non dà luogo a violazione della *par condicio* dei concorrenti, poiché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corso di procedura, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti.

Ma la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo deve avvenire per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Con. St., Sez. VI, 16

febbraio 2010, n. 842).

Con riferimento al caso di specie, consentire la permanenza in gara del raggruppamento senza la figura professionale dell'architetto professore Mascarucci, non appare conforme all'orientamento consolidato, nella misura in cui con l'eventuale "recesso" del professionista dal raggruppamento in corso di gara si intenda sanare *ex post* una situazione di preclusione alla partecipazione sussistente al momento della presentazione della domanda.

Tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'incompatibilità dell'architetto professore Mascarucci, quale mandante all'interno del R.T.P, sia causa di esclusione del raggruppamento dalla partecipazione alla gara *de qua*.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014

Il Segretario Maria Esposito