

Parere n.62 del 28-30/4/2015

PREC 29/15/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 163/2006 presentata dal costituendo RTP ing. Fabio Mastellone di Castelvete (capogruppo)-Groma S.r.l.-Centenni Restauri s.n.c.-ing. Mario Hübler-ing. Michele Marciano-ing. Pierluca Mastellone di Castelvete (mandanti) - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo nonché coordinamento sicurezza in fase di esecuzione inerente l'intervento "Le Porte dei Parchi" Comuni di Francolise, Alife, Rocca d'Evandro, Calvi Risorta (CE) - Importo a base di gara: euro € 505.010,80 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Francolise (CE)

Affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria - Requisito relativo al personale tecnico

L'esclusione di un raggruppamento temporaneo di professionisti è illegittima ove si fondi su un'applicazione dell'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 che non tenga conto dell'art. 90, co. 1, lett. d), d.lgs. 163/2006 e della possibilità di computare come unità di personale tecnico anche i liberi professionisti mandanti nel raggruppamento.

Art. 90, comma 1, lett. d), d.lgs. 163/2006 – Art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 – Determinazione 25 febbraio 2015, n. 4

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza del 4.12.2014, il costituendo RTP con capogruppo l'ing. Fabio Mastellone di Castelvete ha domandato un parere all'ANAC in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione comunicato con nota del 5.11.2014 e adottato nei suoi confronti dalla commissione di gara nell'ambito della procedura indetta dal Comune di Francolise per l'affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo nonché coordinamento sicurezza in fase di esecuzione inerente l'intervento "Le Porte dei Parchi" Comuni di Francolise, Alife, Rocca d'Evandro, Calvi Risorta (CE).

Il provvedimento di esclusione del costituendo RTP contiene la seguente motivazione: «la costituenda ATI ing. Mastellone ha ommesso di produrre documentazione attestante il possesso del requisito di ammissione di cui al punto 9.II lett. d) del disciplinare di gara con riferimento a tutti i soggetti mandanti. La predetta mancata comprova del possesso dei requisiti minimi di partecipazione in sede di domanda di ammissione, ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs. 163/2006, impone alla Commissione di gara di disporre l'esclusione dell'ATI ...». Il punto 9.II, lett. d) del disciplinare di gara, richiamato nel provvedimento di esclusione e conforme all'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010, indica come requisito di partecipazione: «... avere utilizzato nei migliori tre anni (anche non consecutivi) del quinquennio calendariale precedente la data di pubblicazione del bando di gara (2009, 2010, 2011, 2012, 2013) un numero medio annuo di personale tecnico (comprendente i soci attivi, i propri dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali ove esistenti e muniti di partita IVA e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al 50% del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA e i propri collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) non inferiore a 6 unità corrispondenti al numero delle unità stimate per lo svolgimento dell'incarico in oggetto».

L'amministrazione aggiudicatrice avrebbe ritenuto di non computare, nel numero medio annuo di personale tecnico, anche i liberi professionisti che facevano parte del raggruppamento concorrente in qualità di mandanti, secondo un'erronea e restrittiva interpretazione dell'art. 263, comma 1, lett.

d), d.p.r. 207/2010. La *ratio* dell'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 sarebbe, al contrario, quella di includere nel novero del personale tecnico, oltre alle varie figure professionali di cui all'art. 90, d.lgs. 163/2006 che assumono la veste di concorrente, in qualità di componenti e di firmatari dell'offerta tecnica, anche le altre figure professionali indicate all'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 (dipendenti, soci attivi e consulenti) che, però, a differenza dei mandanti non firmano l'offerta tecnica in gara. Il costituendo raggruppamento escluso ritiene di avere dimostrato di possedere il requisito del numero medio annuo del personale tecnico richiesto dal disciplinare di gara, tale requisito dovendosi ritenere ricoperto, in via maggioritaria, dal mandatario ing. Fabio Mastellone di Castelvetero e, in via cumulativa, dai mandanti e liberi professionisti ing. Mario Hubler e ing. Michele Marciano, ciascuno dei due titolare di uno studio professionale, e ing. Pierluca Mastellone di Castelvetero e, infine, dalla società di ingegneria Groma S.r.l. L'istante sostiene anche l'illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. 163/2006 in quanto alcuna disposizione normativa imporrebbe il requisito del personale tecnico a pena di esclusione e per violazione dell'art. 6-*bis*, d.lgs. 163/2006 in quanto l'amministrazione avrebbe dovuto acquisire la documentazione tramite la Banca Dati dei Contratti Pubblici piuttosto che richiederla al concorrente.

Con nota del 3.2.2015 è stata avviata l'istruttoria ai fini del rilascio del parere richiesto. Il Comune di Francolise è intervenuto con memorie del 6.02.2015 e del 25.2.2015 sostenendo, nel merito, la legittimità del provvedimento di esclusione, ritenendo erronea la tesi dell'istante che vorrebbe conteggiare, nel numero medio annuo dei dipendenti tecnici, oltre ai veri e propri dipendenti, anche i liberi professionisti titolari dell'impresa, e non invece, come previsto dalla norma regolamentare, i soci, dipendenti e consulenti della ditta stessa. L'amministrazione osserva, altresì, che, rispetto alla società Groma S.r.l. non sarebbe stato comprovato il rapporto di dipendenza in relazione ai tre anni e, in generale, l'istante non avrebbe dato un principio di prova del possesso del personale richiesto per ognuno dei tre anni indicati né sarebbe stato specificato l'andamento del personale nel triennio preso in considerazione.

In data 11.2.2015 perveniva ulteriore memoria dell'istante.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere sottoposta all'attenzione dell'ANAC nell'ambito dell'affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo nonché coordinamento sicurezza in fase di esecuzione inerente l'intervento "Le Porte dei Parchi", è stato richiesto sostanzialmente di valutare se il requisito di partecipazione riguardante il personale tecnico *ex art.* 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 possa ritenersi integrato computando anche le figure libero-professionali di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), d.lgs. 163/2006 e che assumono la veste di concorrente, in qualità di componenti e di firmatari dell'offerta tecnica, oltre alle specifiche figure richiamate dalla norma, vale a dire dipendenti, soci attivi e consulenti.

L'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 sembrerebbe, infatti, indicare un personale "tecnico" operante alle dipendenze o con rapporto di collaborazione o libero-professionale con il concorrente laddove prescrive quale requisito di partecipazione: «1. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo: ... d) al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partiva IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico». Il punto 9.II, lett. d), del disciplinare di gara, richiamato nella motivazione del provvedimento di esclusione, appare in linea con la previsione regolamentare

prevedendo che i concorrenti dichiarino: « .. d) di avere utilizzato nei migliori tre anni (anche non consecutivi) del quinquennio calendariale precedente la data di pubblicazione del bando di gara (2009, 2010, 2011, 2012, 2013) un numero medio annuo di personale tecnico (comprendente i soci attivi, i propri dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali ove esistenti e muniti di partita IVA e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al 50% del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA e i propri collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) non inferiore a 6 unità corrispondenti al numero delle unità stimate per lo svolgimento dell'incarico in oggetto».

In relazione al quesito sollevato e inerente il requisito previsto all'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010, valga richiamare le indicazioni offerte dall'ANAC nella **Determinazione del 25 febbraio 2015, n. 4 intitolata** "Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" ove si legge: «Per quanto riguarda le unità facenti parte dell'organico medio annuo, da fissarsi in misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando di gara, la norma deve essere interpretata alla luce di quanto previsto dall'art. 90, co. 1, lett. d), del Codice, ai sensi del quale è ammessa la partecipazione alle gare di liberi professionisti (singoli o associati), i quali, proprio in virtù loro natura giuridica, non dispongono di un organico di personale/tecnici. Al citato requisito dell'organico deve, pertanto, essere necessariamente data una lettura in ragione della diversa tipologia di soggetti partecipanti alla gara. Il requisito va dunque inteso come organico medio annuo negli ultimi tre anni per i soggetti organizzati in forma societaria (società di professionisti e società di ingegneria) e come possesso delle unità minime stimate nel bando per i liberi professionisti. Questi ultimi potranno raggiungere il numero di unità fissate nel bando di gara mediante la costituzione di un raggruppamento temporaneo di professionisti. Si evidenzia alle stazioni appaltanti la necessità di effettuare un'attenta valutazione in ordine alle unità minime richieste ai concorrenti. Tale analisi deve essere volta a bilanciare opportunamente l'esigenza di avere un organico idoneo per l'espletamento dell'incarico con la necessità di garantire la più ampia partecipazione alla gara». Quindi, alla luce delle indicazioni fornite nella Determinazione n. 4/2015, l'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 deve trovare applicazione tenendo conto delle previsioni contenute all'art. 90, comma 1, lett. d), d.lgs. 163/2006 secondo cui le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo sono espletate, tra gli altri, da liberi professionisti singoli o associati nelle forme di cui alla L. 23 novembre 1939 n. 1815.

Ne consegue che la norma regolamentare e il disciplinare di gara che la richiama debbono applicarsi in modo da non determinare un'ingiustificata estromissione dalla procedura di gara di liberi professionisti individualmente intesi che non possono disporre di "personale tecnico" alle proprie dipendenze o in rapporto di collaborazione, il requisito potendo essere garantito attraverso una partecipazione alla procedura di gara nella forma del raggruppamento tra professionisti. Nè rispetto a tali professionisti è condivisibile il rilievo sollevato dal Comune di Francolise ove indica a fondamento dell'esclusione la circostanza che il RTP non avrebbe specificato quale sia stato l'andamento del personale nel triennio preso in considerazione.

Non si ritengono, invece, fondati gli ulteriori profili di illegittimità contestati dall'istante e concernenti la violazione della normativa sulle cause di esclusione (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006) e della normativa sull'obbligo dell'amministrazione di acquisire la documentazione tramite la Banca Dati dei contratti pubblici (art. 6-bis, d.lgs. 163/2006). Infatti, la clausola del bando di gara integra un requisito sostanziale di partecipazione alla procedura espressamente previsto dalla normativa regolamentare e la cui carenza non può che comportare l'esclusione dalla procedura; quanto all'applicazione dell'art. 6-bis, d.lgs. 163/2006, il mancato riscontro del possesso dei requisiti richiesti tramite Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, considerato anche che l'operatore ha comunque corrisposto alla stazione appaltante trasmettendo la documentazione richiesta, non determina, ad avviso di questa Autorità, un vizio di legittimità del provvedimento di esclusione che si basi sulla documentazione comunque acquisita dal concorrente.

Appare, invece, non contraddetta in atti l'eccezione sollevata dell'amministrazione aggiudicatrice

al fine di dimostrare la mancata comprova del requisito relativo alle unità minime di personale richieste dal bando di gara complessivamente considerate, cosicché anche tenendo conto dei liberi professionisti, mandanti nel raggruppamento istante, sembrerebbe comunque non raggiunto il numero minimo di personale tecnico previsto dalla legge di gara
Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e ferme restando le valutazioni dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine alla comprova del requisito con riferimento alle risorse complessivamente indicate dal RTP ai fini del raggiungimento delle unità minime di personale tecnico fissate dal bando di gara, che l'esclusione del RTP istante sia illegittima ove si fondi su un'applicazione dell'art. 263, comma 1, lett. d), d.p.r. 207/2010 che non tenga conto dell'art. 90, co. 1, lett. d), d.lgs. 163/2006 e della possibilità di computare come unità di personale tecnico anche i liberi professionisti mandanti nel RTP.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2015

Il Segretario Maria Esposito