

Parere n.91 del 22/05/2013

PREC 191/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società SIPIE s.a.s.- *“Progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori per adeguamento funzionale e normativo dei locali ed impianti Palazzina n. 5 da adibire a cucina e refettorio”*. Importo a base d'asta € 1.287.719,72- S.A.: Ministero della Difesa VII Reparto Infrastrutture - Firenze.

Appalto integrato progettazione ed esecuzione. Avvalimento atecnico di professionisti esterni ex art. 53 co. 3 D.Lgs. n. 163/2006. Esclusione per omessa individuazione professionista laureato abilitato da meno di cinque anni esercizio professione.

Illegittimità per violazione art. 90 co. 7 D.Lgs. n. 163/2006, art. 253 co. 5 d.P.R. n. 207/2010.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 agosto 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società SIPIE s.a.s., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto per violazione del punto 3.2.2. del disciplinare di gara.

Il Ministero della Difesa VII Reparto Infrastrutture - Firenze indicava una gara per la *“Progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori per adeguamento funzionale e normativo dei locali ed impianti Palazzina n. 5 da adibire a cucina e refettorio”*, con importo a base d'asta € 1.287.719,72. Alla gara partecipava SIPIE s.a.s. che veniva esclusa nella seduta del 2.08.2012 per violazione del punto 3.2.2. del disciplinare di gara, in quanto dalla documentazione non risultava la dichiarazione del professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione.

La gara è stata aggiudicata in via provvisoria in data 23.08.2012.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 17 settembre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa in esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della società SIPIE s.a.s. per violazione della disposizione di gara che impone ai raggruppamenti temporanei di indicare il giovane professionista *“progettista”* laureato e abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione.

La Soc. SIPIE, priva dei requisiti prescritti per i progettisti, si è avvalsa di un progettista esterno per la partecipazione alla gara *de qua*, senza tuttavia indicare un giovane professionista abilitato, come richiesto dal disciplinare per il caso di partecipazione in RTI.

Ad avviso di questa Autorità, l'esclusione è illegittima in quanto disposta nei confronti di un raggruppamento temporaneo, ma di un concorrente che ha fatto ricorso all'avvalimento atecnico di professionisti ai sensi dell'art. 53 comma 3 del Codice dei contratti pubblici, fattispecie questa non assimilabile alla figura del raggruppamento temporaneo e, quindi, sottratta all'obbligo previsto dall'art. 253 co. 5 del d.P.R. n. 207/2010.

In altri termini, la stazione appaltante ha applicato nel caso di specie una limitazione (cfr. art. 253 co. 5 d.P.R. 207/2010, in attuazione dell'art. 90 co. 7 Codice) circoscritta ai soli casi di partecipazione in raggruppamento temporaneo per l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e non estensibile anche ai casi di avvalimento atecnico.

Quest'ultimo, estraneo alla fattispecie di avvalimento prevista dall'art. 49 del Codice, consiste nel ricorso a progettisti qualificati in tutti i casi in cui, trattandosi di appalto in cui è prevista anche la progettazione (come nel caso di appalto integrato qui all'esame), l'impresa che deve eseguire la prestazione sia priva dei requisiti prescritti per i progettisti e si avvalga di professionisti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione delle relative prestazioni di progettazione.

L'art. 3.2.2. del disciplinare di gara stabilisce che *“i raggruppamenti temporanei costituiti o costituendi dovranno, inoltre, dichiarare ...11) indicazione, sensi dell'art. 88 co. 5 del d.P.R.*

170/2005, del/i nominativo/i del professionista abilitato, alla data della presente lettera d'invito, da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro U.E. di residenza”.

L'illegittimità dell'esclusione si desume dalla disamina delle circostanze di fatto e delle questioni di diritto di seguito indicate.

L'art. 88 co. 5 del d.P.R. n. 170/2005, richiamato, stabilisce che *“5. Ai sensi dell'articolo 17, comma 8, della legge (L.109/94 all'epoca vigente), i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso >articolo 17, comma 1, lettera g), (ossia i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f) devono prevedere la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza .*

L'art. 17 co. 8 L. n. 109/94, al fine di promuovere l'attività di giovani professionisti, stabiliva che "8. *Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui ai commi 4 e 14, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi per l'aggiudicazione...*".

Il co. 4 del medesimo art. 17 stabiliva che "La redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, possono essere affidati ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g)".

Le lettere richiamate del comma 1 facevano riferimento a "d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; e) dalle società di professionisti di cui al comma 6, lettera a); f) dalle società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b); g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 in quanto compatibili".

Naturalmente le disposizioni del d.P.R. n. 170/2005, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli Appalti pubblici) e del relativo Regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 207/2010), sono da ritenersi abrogate se con questi incompatibili.

Pertanto, ad oggi, i dati normativi di riferimento vanno rinvenuti nell'art. 90 del D.Lgs. n. 163/2006 (*Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici*) e negli artt. 252 co. 2 (*Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*) e 253 co. 5 (*Limiti alla partecipazione alle gare*) del d.P.R. n. 207/2010.

Per quanto qui di interesse, l'art. 90 co. 7 del D.lgs. n. 163/2006 prevede che "(...)

*Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. **Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee.**"*

In attuazione di quanto disposto dall'ultimo alinea di tale disposizione, l'art. 253 co. 5 del d.P.R. n. 207/2010 prevede, in caso di raggruppamenti temporanei, l'obbligo di promozione di giovani professionisti. È infatti previsto che "5. *Ai sensi dell'articolo 90, comma 7, del codice, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 90, comma 1, lettera g), del codice devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza (...)*".

L'art. 252 del d.P.R. n. 207/2010, infine, individua la disciplina applicabile nelle procedure di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, ivi comprese le procedure di affidamento di appalti integrati (*...servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria **anche integrata** ...*).

Sostiene SIPIE s.a.s. che le disposizioni sopra citate non siano applicabili alla fattispecie in esame poiché non si tratta di una gara di servizi tecnici. Sostiene poi che le disposizioni sopra richiamate che promuovono la partecipazione di giovani professionisti, debbano essere applicate solo in ipotesi di raggruppamenti di imprese e non alla fattispecie qui in esame ove SIPIE s.a.s. si è avvalsa di professionisti esterni per la carenza del requisito della progettazione. Infatti, secondo l'istante, i professionisti esterni non assumerebbero la figura di concorrente né di contraente, una volta aggiudicata la gara, ma resterebbero estranei al rapporto contrattuale con la P.A.

Per contro, sostiene l'amministrazione che le norme sopra richiamate trovino piena applicazione, soprattutto alla luce del disposto di cui agli artt. 252 co. 2 e 253 co. 5 del d.P.R. n. 207/2010.

Ritiene questa Autorità che la figura dell'appalto integrato - qui ricorrente - ove la stazione appaltante affida sia la progettazione esecutiva che l'esecuzione di lavori, rientri, in primo luogo, nella sfera di applicazione dell'art. 53 del D.Lgs. n. 163/2006.

L'art. 53 co. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, sotto la rubrica "Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" stabilisce che "2. *Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, motivando, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche, se il contratto ha ad oggetto: ...b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice*". Prosegue la norma stabilendo che "3. *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" .

La norma prevede, quindi, che nel così detto appalto integrato, ove oggetto dell'affidamento sono sia la progettazione esecutiva che l'esecuzione di lavori (come nella fattispecie qui all'esame) possano concorrere, in alternativa, operatori economici in possesso dei requisiti prescritti per i progettisti, ovvero operatori economici che si avvalgono di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o raggruppamenti con soggetti qualificati per la progettazione.

L'ipotesi in esame, rientra nella fattispecie degli operatori economici che si avvalgono di progettisti qualificati (cosiddetto avvalimento atecnico di professionisti esterni). Peraltro, non si tratta di avvalimento *strictu sensu* inteso, ma dell'impiego di personale specializzato esterno all'impresa che fornirà alla stessa un servizio qualificato, rimanendo estraneo al rapporto contrattuale stipulato con la P.A..

Soccorre a tal proposito il T.A.R. Venezia, Sez. I, 9 luglio 2010 n. 2900, secondo cui *"In tema di gare di appalto di lavori pubblici, allorché un concorrente dichiara di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento per acquisire la capacità tecnica e l'esperienza in ordine all'attività di progettazione, ricorrendo all'ausilio di una costituenda a.t.i. fra uno studio di ingegneria ed architettura ed una società, non si configura l'ipotesi normativa disciplinata dall'art. 49 c. contr. pubbl.: in realtà, il concetto di avvalimento viene in taluni casi richiamato senza riferimento all'istituto disciplinato dall'art. 49, bensì in termini più generali e sostanziali, individuanti la volontà di "utilizzare-impiegare" l'opera e le capacità professionali e di esperienza di altri soggetti, così come previsto dall'art. 53 dello stesso codice dei contratti, che espressamente prevede la possibilità per gli operatori economici di avvalersi (inteso il termine in senso generico) di progettisti qualificati mediante semplice indicazione"*.

Ne deriva che, non trattandosi di un raggruppamento temporaneo - ipotesi contemplata dalla norma sopra citata come alternativa a quella qui prescelta dell'avvalimento di professionisti esterni - non può trovare applicazione, in primo luogo, la clausola del disciplinare di cui all'art. 3.2.2. secondo cui *"i raggruppamenti temporanei costituiti o costituendi dovranno, inoltre, dichiarare ...11) indicazione, ai sensi dell'art. 88 co. 5 del d.P.R. 170/2005, del/i nominativo/i del professionista abilitato, alla data della presente lettera d'invito, da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro U.E. di residenza"*. Né, ovviamente, può applicarsi l'art. 88 co. 5 del d.P.R. 170/2005, che postula l'esistenza di un raggruppamento temporaneo, non sussistente nella fattispecie.

Non è nemmeno possibile fare riferimento all'art. 90 co. 7 del D.Lgs. n. 163/2006, come invece sostenuto dalla stazione appaltante. Infatti, la norma, nella parte in cui stabilisce che *"Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee"* fa esclusivo riferimento alle figure organizzative elencate nel medesimo articolo, tra cui non è contemplata l'ipotesi - che qui ricorre - dell'avvalimento di professionisti esterni e rimette al regolamento il potere di specificare a quali gruppi di concorrenti applicare tale onere. A conferma di ciò, l'art. 253 del d.P.R. n. 207/2010, al comma 5, stabilisce che *"5. Ai sensi dell'articolo 90, comma 7, del codice, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 90, comma 1, lettera g), del codice devono prevedere quale progettista la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza"*. La norma regolamentare, in attuazione dell'art. 90 del D.Lgs. n. 163/2006, si limita a prevedere l'obbligo di promozione di giovani professionisti solo in ipotesi di raggruppamenti.

Non ha poi alcun pregio il richiamo operato dalla stazione appaltante al co. 7 dell'art. 90 cit., che, nella prima parte, stabilisce che *"Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche"*. Infatti, la norma deve essere letta unitariamente e con esclusivo riguardo alle tipologie di operatori economici nonché alle figure organizzative in essa previsti, tra cui non compare quella qui prescelta.

Ad abundantiam, secondo il T.A.R. Potenza, Basilicata, Sez. I, 21 luglio 2011 n. 420 *"Nell'appalto integrato di cui all'art. 53 comma 1 lett. b), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, cioè nell'appalto avente ad oggetto sia la redazione del progetto esecutivo che l'esecuzione di lavori, diversamente dalle gare per l'affidamento degli incarichi di progettazione, i progettisti non assumono la qualità di concorrenti e, in caso di eventuale aggiudicazione, di titolari del rapporto contrattuale con l'Amministrazione appaltante, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara, in possesso dell'attestazione s.o.a. per le prestazioni di sola costruzione"*. Il principio è stato più volte ribadito anche da questa Autorità (pareri Prec. n. 24/11/L n. 79 del 05.05.2011; Prec. n. 181/08/L e n. 190 del 10.07.2008; Prec. n. 366/07 n. 54 del 23.10.2007; deliberazione n. 39 del 22.04.2009).

L'amministrazione fa, poi, riferimento - nella memoria difensiva - alla decisione del Consiglio Stato, Sez. V, 24 ottobre 2006 n. 6347, secondo cui *"Ai sensi dell'art. 51, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, per poter partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione in qualità di raggruppamento temporaneo non è necessario avere come associato un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione, e ciò in quanto la norma parla soltanto di presenza di un giovane"*

professionista, con evidenti finalità di carattere promozionale, non potendo essere intesa come prescrizione di un vero e proprio obbligo di associare il giovane professionista al raggruppamento; pertanto, ai fini della valida partecipazione di un r.t.i. a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione, è sufficiente che nella compagine del raggruppamento sia contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali". Evidentemente la sentenza si riferisce ad una diversa ipotesi organizzativa rispetto a quella prescelta da SIPIE s.a.s e consistente, appunto, in un raggruppamento di imprese, al quale avrebbero senz'altro trovato applicazione le disposizioni di legge richiamate.

Deve conseguentemente ritenersi che la fattispecie in esame si configuri come appalto integrato di progettazione ed esecuzione (cd. puro), rientrando nella sfera di disciplina di cui all'art. 53 co. 3 del D.Lgs. n. 163/2006. La figura organizzativa prescelta da SIPIE s.a.s., consistente nell'avvalimento atecnico di professionisti esterni, è una figura comunque non prevista dall'art. 90 co. 7 del D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 253 co. 5 del d.P.R. n. 207/2010. Inoltre, dette disposizioni non possono comunque trovare applicazione, all'ipotesi in esame, prevedendo l'obbligo, per i soli raggruppamenti - tra cui non si colloca la fattispecie in esame - di individuare la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza.

L'esclusione è, quindi, illegittima perché è stata disposta nei confronti, non di un raggruppamento temporaneo, ma di un concorrente che ha fatto ricorso all'avvalimento atecnico di professionisti ai sensi dell'art. 53 comma 3 del Codice.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti di SIPIE s.a.s. sia illegittima per violazione e falsa applicazione dell'art. 53 co. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 90 co. 7 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 253 co. 5 del d.P.R. 207/2010. Infatti, la figura organizzativa dell'avvalimento atecnico di professionisti esterni nell'ambito dell'appalto integrato, prescelta da SIPIE s.a.s., e prevista dall'art. 53 co. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, non è soggetta alla limitazione di cui all'art. 90 co. 7 del D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 253 co. 5 del d.P.R. 207/2010 consistente nell'obbligo, per i soli raggruppamenti - tra cui non si colloca la fattispecie in esame - di prevedere la presenza di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito