Delibera n. 324 del 29 marzo 2017

PREC 95/16/S

Oggetto: riesame di parere di precontenzioso 95/16/S - istanza prot. n. 155547 del 21.10.2016 e 155709 del 21.10.2016 presentata da SAICO srl - Procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e costruzione dell'edificio scolastico n.4 della nuova facoltà di ingegneria ed architettura dell'università degli studi di enna "kore", destinato ad aule didattiche, aule studio allievi e studi docenti - Importo a base di gara € 2.030.000,00 - Criterio di aggiudicazione offerta economicamente più vantaggiosa – Aggiudicatario Gresy appalti Srl – S.A. Libera Università degli studi di Enna Kore

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 17633 del 02.02.2017 è pervenuta l'istanza in oggetto, con allegata memoria e documenti, presentata per il riesame della deliberazione n. 1383 del 21.12.2016 (PREC 95/16/S). L'istanza è, pertanto, istruita ai fini di cui all'art. 11 del Regolamento del 05 ottobre 2016 di precontenzioso, per la valutazione di ammissibilità. Al fine di stabilire se la predetta istanza di annullamento possa trovare accoglimento, si premette in fatto quanto segue.

La contestata delibera aveva ad oggetto la procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e costruzione dell'edificio scolastico n.4 della nuova facoltà di ingegneria ed architettura dell'università degli studi di enna "kore", destinato ad aule didattiche, aule studio allievi e studi docenti.

La questione sottoposta era stata sollevata in riscontro alle doglianze della richiedente Gresy appalti srl, il quale lamentava di essere stato escluso *"in quanto (…) nella propria offerta economica, non (aveva) ottemperato a quanto previsto dal paragrafo 19, punto 5, lettera "g" del disciplinare di gara" ed in concreto perché, nella tesi dell'UREGA il progettista indicato (quindi non concorrente) avrebbe dovuto sottoscrivere l'offerta economica*" (istanza di precontenzioso prot. 165713 del 9.11.2016).

All'esito del procedimento, l'Autorità ha espresso il proprio parere con deliberazione n. 1383 del 21.12.2016 riferita al PREC 95/16/S, richiamando il proprio orientamento a tenore del quale "*considerando quanto disposto dall'art. 53, comma 3, del D. Lgs. n. 163/2006, relativamente ai requisiti dei progettisti nell'appalto integrato, nel caso in cui il bando di gara utilizzi l'espressione "progettista concorrente", si vuole far riferimento a quei soggetti che, essendo al tempo stesso in possesso dei requisiti per la progettazione e per l'esecuzione dell'opera, partecipano alla gara e sottoscrivono l'offerta. In tale categoria non rientrano i c.d. progettisti esterni, i quali essendo meri collaboratori esterni di uno dei concorrenti, non assumono né la qualifica di concorrenti né, in caso di aggiudicazione, la titolarità dell'appalto (cfr. AVCP, parere di precontenzioso, n. 196 del 10.7.2008, n. 79 del 5.5.2011 n. 79)*" (Parere di Precontenzioso n. 40 del 27/03/2013), fermo restando l'obbligo di sottoscrizione della sola offerta progettuale, in relazione alla pacifica responsabilità professionale.

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

L'Autorità giungeva a pronunciarsi affermando che "*i progettisti esterni, essendo meri collaboratori esterni di uno dei concorrenti, non assumono né la qualifica di concorrenti né, in caso di aggiudicazione, la titolarità dell'appalto*" e inoltre che "*i progettisti esterni non sono tenuti a sottoscrivere l'offerta, nonostante ogni disposizione contraria negli atti di gara*".

A seguito della pronuncia, la Saico srl propone l'odierno riesame della richiamata vicenda, evidenziando l'originaria improcedibilità del procedimento di precontenzioso in quanto sussisteva, al tempo, la pendenza di un ricorso giurisdizionale sulla medesima questione controversa e asserendo che "*l'unico soggetto abilitato ad esprimersi è l'Autorità giurisdizionale adita, con conseguente obbligo di dichiarazione di inammissibilità/improcedibilità dell'istanza di parere, o di riesame del parere ove già rilasciato per l'archiviazione dell'istanza, e ciò anche in ragione della natura non vincolante del parere (Art. 3 del regolamento), in quanto tale non impugnabile dinanzi gli organi di Giustizia amministrativa, che priva la SAICO di idonei mezzi di tutela*" (prot. 15044 del 30.01.2017).
La Saico adduce inoltre, che sussiste altresì una sopravvenienza fattuale, perché essa sarebbe entrata in possesso - soltanto a seguito della costituzione in giudizio innanzi al Tar - di documenti che dimostrano la legittimità delle clausole del bando e del provvedimento di esclusione di Gresy appalti. Nella memoria di Saico si osserva infatti che nella nota tramessa a mezzo PEC dalla Gresy Appalti alla Stazione appaltante in data 25 ottobre 2016, si legge che i progettisti indicati "*sono stati anche titolari degli elaborati tecnici contenuti nella busta offerta economica e temporale, come si può desumere dalla copertina degli stessi dove vi è apposto il loro timbro di iscrizione all'Ordine di competenza con il relativo numero*". Tale circostanza, la cui conoscenza sarebbe sopravvenuta, attesterebbe la pacifica ammissione della mancata sottoscrizione degli elaborati tecnici da parte dei progettisti, causa dell'esclusione della Gresy Appalti.
L'Università degli studi di Enna Kore fa presente con propria nota che prima dell'istanza di precontenzioso "*l'istante Gresy appalti srl ha inoltre proposto ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo alla istanza di parere, innanzi al Tar Sicilia Catania, tuttora pendente*", significando che tale ricorso, non comunicato all'Autorità, potrebbe aver reso l'istanza di parere improcedibile. A tal riguardo, considerato che "*la circostanza che il parere derivi da un procedimento astrattamente improcedibile potrebbe incidere sulla sollecita realizzazione dell'opera*" ritiene indispensabile acquisire le indicazioni dell'Autorità in merito all'adeguamento al parere Prec 95/16/S Adeguamento del 18.01.2017.

Alla luce di quanto premesso, si considera in diritto

Con riferimento alla suindicata istanza sembra opportuno sottolineare, in primo luogo, che il Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016), vigente al momento della presentazione dell'istanza di parere da parte dell'impresa Gresy appalti s.r.l. (istanza di precontenzioso prot. 165713 del 9.11.2016), contempla espressamente, tra le cause di improcedibilità dell'istanza stessa, l'esistenza o la sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo a quello oggetto di precontenzioso (art. 3, co. 3); il relativo modulo per la presentazione dell'istanza prevedeva l'obbligo di comunicare la pendenza di un ricorso o un giudizio innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria o amministrativa o la sussistenza di provvedimenti giurisdizionali.

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

Si sottolinea al riguardo che la sopravvenuta proposizione del ricorso innanzi al TAR (effettuata in data 26.01.2017, data di notifica del ricorso) non è stata comunicata all'Autorità né dall'istante, né dalla stazione appaltante (Università degli studi di Catania Kore), anch'essa intervenuta nel procedimento di precontenzioso.

Appare evidente, tuttavia, che sia l'impresa sia la stazione appaltante avrebbero dovuto notiziare l'Autorità di tale circostanza, se non altro sotto un profilo di correttezza, trasparenza e leale collaborazione tra le parti.

Nel merito, non paiono sussistere sopravvenute ragioni di fatto, tali da giustificare un riesame della questione affrontata dal parere, nella misura in cui è stato ritenuto che, nel caso di progettista esterno, che "*i progettisti esterni non sono tenuti a sottoscrivere l'offerta, nonostante ogni disposizione contraria negli atti di gara*", fermo restando l'obbligo di sottoscrizione della sola offerta progettuale, in relazione alla pacifica responsabilità professionale.

Preso atto di tali valutazioni, come precisate per effetto della istanza di riesame, occorre evidenziare che in base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che non può essere ritenuto ammissibile il riesame della 1383 del 21.12.2016 (PREC 95/16/S), per mancanza dei presupposti di fatto e di diritto, essendo l'Autorità venuta a conoscenza della pendenza di un ricorso giurisdizionale solo dopo l'approvazione del parere di precontenzioso da parte del Consiglio dell'Autorità.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017

Il Segretario Maria Esposito