

DELIBERA N. 210

27 aprile 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società [OMISSIONE] Srl – Appalto integrato-Investimenti per Strutture Infanzia-Ristrutturazione di immobile da adibire a Micro Nido Comunale presso la Scuola dell'Infanzia Palazzo Saya – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 370.280,41 – S.A.: [OMISSIONE].

PREC 51/2022/L

Riferimenti normativi

Artt. 59, comma 1-bis, 83, comma 9 e 89 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto integrato – Imprese attestate per prestazioni di sola costruzione – Modalità di qualificazione per la progettazione – Indicazione del progettista – Avvalimento – Soccorso istruttorio.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice – Requisiti di partecipazione – Imprese attestate per prestazioni di sola costruzione – Requisiti di partecipazione per la progettazione – Modalità di partecipazione del progettista – Indicazione del progettista nella domanda di partecipazione – Obbligo di avvalimento tra progettista e impresa partecipante – Previsione *ultra legem* – Soccorso istruttorio – Esclusione - Illegittimità.

L'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, prevede che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella

associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati, non descendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione.

La previsione della lex specialis di gara secondo cui il rapporto tra progettista "indicato" e impresa partecipante qualificata per la sola costruzione debba essere necessariamente formalizzato in un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice costituisce un obbligo ultra legem, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara di tale impresa, disposta a seguito della produzione di un contratto di avvalimento nullo, nell'ambito del soccorso istruttorio all'uopo attivato, è illegittima.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 aprile 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0017982 del 11.3.2022, con la quale la società [OMISSIS] Srl contesta il provvedimento di esclusione dalla gara, disposto dalla Stazione appaltante per la mancata trasmissione, nell'ambito del soccorso istruttorio, della documentazione inerente al contratto di avvalimento tra la medesima società e il professionista "indicato" in sede di offerta in qualità di progettista per l'esecuzione delle attività di progettazione dell'appalto integrato oggetto di affidamento;

CONSIDERATO, più specificamente, che l'impresa istante chiede all'Autorità di pronunciarsi, innanzitutto, in ordine alla legittimità della clausola di cui al punto 9 del Disciplinare di gara nella parte in cui prevede che per l'appalto integrato, in caso di impresa qualificata per la sola costruzione, la stessa possa partecipare alla gara esclusivamente mediante stipula di un contratto di avvalimento con il progettista esterno, indicato ai sensi dell'art. 59, comma 1-bis del Codice appalti (o mediante costituzione di apposito RTI), escludendo quindi la possibilità per tale impresa di partecipare con la sola indicazione del progettista esterno in possesso dei requisiti di qualificazione per la progettazione richiesti dal bando di gara; in secondo luogo, in merito alla legittimità dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante e, infine, in relazione alla legittimità della definitiva esclusione all'esito di tale soccorso;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, in via preliminare, eccepisce l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso in oggetto ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso poiché l'impresa istante avrebbe dovuto immediatamente impugnare le clausole del bando ritenute illegittime in quanto, sostiene, *"immediatamente lesive della propria partecipazione"*; che, in ogni caso, ritiene infondate le contestazioni avanzate dalla società istante, atteso che il bando di gara esplicitava chiaramente le condizioni di partecipazione nel caso di operatore economico qualificato solo per l'attività di costruzione e non di progettazione e che non avendo contestato la legittimità della richiesta di soccorso istruttorio ed avendo quest'ultima avuto esito negativo, in quanto il contratto di avvalimento prodotto è risultato avere data successiva a quella di presentazione della domanda di partecipazione, la sanzione espulsiva comminata risulta pienamente legittima;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24.3.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, di respingere l'eccepita inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso sollevata dalla Stazione appaltante, in quanto – come noto (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4) – sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta e poiché queste ultime sono le uniche eccezioni alla regola della non immediata impugnabilità del bando in quanto tali sono di stretta interpretazione e nel caso di specie non si può ritenere che la previsione di cui al punto 9.b del Disciplinare di gara possa essere annoverata tra queste, sicché la sua attuale contestazione mediante l'istanza in discussione non può essere considerata tardiva e quindi inammissibile;

CONSIDERATO, passando alla disamina del merito della questione, che il contestato punto 9 ("Progettazione") del Disciplinare stabilisce che: «*Il concorrente dovrà disporre di soggetti abilitati alla progettazione in possesso dei requisiti di cui ai successivi paragrafi mediante una delle seguenti modalità:*

a) un proprio staff tecnico qualora si tratti di impresa in possesso di attestazione SOA in corso di validità che documenti la qualificazione per progettazione e costruzione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere (rif. art 79 del DPR 207/2010);

b) indicazione esplicita, quale incaricato della progettazione, di un operatore economico di cui all'articolo 46, comma 1, del Codice, o più operatori economici progettisti tra loro riuniti in sub-raggruppamento di cui alla lettera e) del citato art. 46, del quale il concorrente intende "avvalersi". In questo caso trova applicazione l'art.89 del Codice e nello specifico il comma 1 secondo periodo in base al quale "per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste". Il progettista ausiliario dovrà eseguire direttamente i servizi di progettazione;

c) associazione in raggruppamento temporaneo, in qualità di mandante ai soli fini della progettazione, di un operatore economico progettista di cui all'articolo 46, comma 1, lett a), b), c), d) ed f) del Codice;

d) associazione in raggruppamento temporaneo in qualità di mandante ai soli fini della progettazione, di uno o più operatori economici di cui all'art 46, comma 1, del Codice tra loro riuniti in sub-raggruppamento temporaneo di cui all'art 46 lett. C) del Codice. In questo caso per il sub-raggruppamento relativo alla sola progettazione è condizione di partecipazione la presenza, quale progettista, di almeno un giovane professionista ai sensi dell'art. 4 del D.M.263/2016;

Il sub-raggruppamento temporaneo relativo al servizio di progettazione dovrà inoltre precisare di che tipo di raggruppamento si tratti (verticale, orizzontale, misto), le prestazioni progettuali assunte da ciascun operatore economico partecipante al sub-raggruppamento, l'impegno ad uniformarsi alla disciplina sui raggruppamenti e l'impegno a conferire mandato collettivo al capogruppo del sub-raggruppamento e tramite esso mandato collettivo alla mandataria del concorrente (impresa di costruzioni).

Ai sensi dell'art. 31, comma 8, del D.lgs. 50/2016, per l'attività di progettazione non è consentito il ricorso al subappalto.»;

CONSIDERATO che il caso oggetto di odierna controversia è quello di cui al punto b) e che l'art. 59, comma 1-bis del Codice prevede che quando le stazioni appaltanti ricorrono al c.d. appalto integrato (ovvero all'affidamento congiunto di progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice), «*lerequisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto [...] sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione»;*

RITENUTO che la questione centrale da dirimere attiene all'interpretazione da attribuire alla *voluntas legislatoris* quando nell'art. 59, comma 1-bis si prevede, "nel caso di imprese attestate per prestazioni di sola costruzione", che i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto possano essere posseduti anche attraverso un progettista "indicato in sede di offerta", ovverosia se tale indicazione celi, di fatto, un obbligo giuridico di stipulare un contratto di avvalimento tra l'impresa suddetta e il progettista, oppure – seguendo il canone interpretativo *in claris non fit interpretatio* – si possa ritenere sufficiente la letterale e semplice "indicazione" di tale progettista senza necessità di irreggimentare tale azione dandole forma e sostanza per mezzo di un particolare istituto giuridico previsto dall'ordinamento;

RILEVATO che la Stazione appaltante, con la previsione di cui al punto 9.b del Disciplinare di gara più sopra integralmente riportato e la decisione di attivare il soccorso istruttorio a favore dell'impresa istante, ha dimostrato di interpretare la previsione normativa in discussione nel senso di ritenere necessario che il progettista "indicato" dall'impresa in sede di offerta debba essere ad essa vincolato attraverso un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, del Codice (infatti, tra l'altro, la *lex specialis* prescrive: «*Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste»;*

RITENUTO che tale interpretazione non possa essere accolta perché contrastante con il dato normativo oggettivo, cosicché la disposizione contenuta nel Disciplinare di gara oggetto di contestazione, lungi dall'assumere una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito della norma di legge, come sostiene l'Amministrazione committente, finisce, al contrario, per introdurre un elemento additivo che modifica la portata del requisito di partecipazione, restringendo la platea dei potenziali concorrenti; l'effetto ottenuto, dunque, non è stato quello di esplicitare il significato (in ipotesi ambiguo od oscuro) della legge, bensì di modificare inammissibilmente l'oggetto della prescrizione, mutandone strutturalmente il contenuto ed il senso, così integrando in termini restrittivi il requisito normativamente previsto;

CONSIDERATO che l'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui «*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»*), prevede che l'operatore economico sprovvisto di SOA per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati,

non discendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione;

RITENUTO, dunque, che la citata disposizione, in presenza di una diversificazione tipologica delle prestazioni costitutive del contratto oggetto di affidamento, con manifesto intento di applicazione del principio di *favor participationis*, non fa altro che ampliare lo spettro delle possibili soluzioni organizzative percorribili, ponendo una triplice alternativa: 1) autonomo possesso anche dei requisiti di partecipazione per l'attività di progettazione da parte del concorrente che sia esecutore dei lavori; 2) costituzione di un'associazione temporanea di tipo misto con soggetti qualificati, i quali assumono, in quanto associati, la qualità di concorrenti; 3) possibilità di una semplice indicazione in sede di offerta di progettisti qualificati (v., in tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 11.7.2019, n. 1273);

RITENUTO, altresì, che tale esegezi normativa è tra l'altro avvalorata dal fatto che se il legislatore avesse inteso modificare, sul punto in questione, le regole eliminando del tutto la possibilità di qualificarsi tramite la semplice "indicazione" del progettista o prevedendo, come alternativa alla costituzione di un RTI misto, la necessità di ricorrere all'avvalimento ex art. 89 del Codice, avrebbe avuto ben due occasioni per farlo: nel primo correttivo al Codice, con il quale ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 59, reintroducendo, in un caso specifico, la possibilità di ricorrere al c.d. appalto integrato (*«Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori»* - art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 56/2017) e soprattutto con l'art. 1, comma 20, lett. m) della l. n. 55/2019, con il quale è stata introdotta la seconda parte del comma 1-bis dell'art. 59 che, ricalcando la disposizione dell'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 sopra riportata, non solo ha confermato l'impostazione precedente, ma ha di fatto inserito un elemento chiarificatorio di una facoltà degli operatori economici comunque preesistente, in assenza di un divieto espresso nella precedente formulazione del comma in questione;

CONSIDERATO che secondo la giurisprudenza amministrativa formatasi nel vigore dell'art. 53, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006 (il quale – come visto – utilizza l'espressione "avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta"), *«quando un concorrente avesse dichiarato 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 costituendo raggruppamento di professionisti, non si sarebbe configurato l'ipotesi normativa disciplinata dall'art. 49 c. contr. pubbl.: in realtà, il concetto di avvalimento era 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 prevedeva la possibilità per gli operatori economici di avvalersi (inteso il termine in senso generico) di progettisti qualificati mediante semplice indicazione; ancora più specificatamente per quanto riguarda le attività di progettazione, l'istituto dell'avvalimento così come previsto dall'art. 49 cit. non era applicabile all'ipotesi di cui all'art. 53, comma 3 cit., secondo cui era viceversa consentita l'indicazione dei soggetti qualificati da un punto di vista professionale in materia di progettazione e dei quali l'impresa concorrente poteva avvalersi in caso di appalti aventi per oggetto anche l'attività di progettazione»* (così Tar Campania, Salerno, cit., ma in tal senso v. anche, *ex multis*, Parere precontenzioso n. 79 del 5.5.2011);

cosicché a maggior ragione si può ritenere che non possa venire in rilievo l’istituto dell’avalimento nel vigore dell’attuale formulazione dell’art. 59, comma 1-bis, in cui il legislatore, decidendo, più opportunamente, di non utilizzare termini che potessero dar luogo a dubbi interpretativi, ha eliminato il verbo “avvalersi” e riformulato il comma in modo da espungere ogni riferimento, ancorché solo semantico, al suddetto istituto;

RITENUTO che l’esigenza di incardinare la c.d. “indicazione” del progettista in un formale contratto di avvalimento ai sensi dell’art. 89 del Codice non pare giustificata neanche sotto l’aspetto dell’eventuale maggiore garanzia, che assicurerebbe tale vincolo giuridico, della piena disponibilità del professionista anche nella fase di esecuzione; sul punto, infatti, si può osservare che una tale disponibilità potrebbe essere assicurata anche mediante l’introduzione nel contratto con il progettista esterno incaricato di specifiche clausole contrattuali che rispecchino quanto disposto dalla legge di gara, così radicando un obbligo del professionista incaricato di fornire la prestazione effettivamente voluta dall’Amministrazione, pervenendo, in tal modo, alla creazione di un vincolo analogo a quello sussistente nel caso di rapporto di lavoro strutturato, di partecipazione diretta del professionista al RTI o di avvalimento; d’altra parte, anche nel caso di sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato, di associazione al raggruppamento partecipante ovvero di contratto di avvalimento, il professionista potrebbe dimettersi ovvero recedere (v., in tal senso, anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 11 febbraio 2020, n. 661);

RITENUTO, tutto ciò considerato, che non sussistevano i presupposti formali e sostanziali per applicare l’istituto del soccorso istruttorio ai fini dell’acquisizione del contratto di avvalimento tra l’impresa istante e il progettista da questa indicato in fase di offerta, atteso che la disposizione del Disciplinare di gara di cui al punto 9.b in questione finisce per costituire a carico dei concorrenti – come detto – un obbligo *ultra legem* e, pertanto, illegittimo e ritenuto – conseguentemente – che non può essere attribuito alcun valore legittimante la sanzione espulsiva alla produzione, effettivamente effettuata dall’impresa istante, di un contratto di avvalimento con data di sottoscrizione successiva al termine di presentazione dell’offerta;

RITENUTO di rigettare la diversa conclusione cui perviene la Stazione appaltante, anche basata sulla circostanza che l’impresa istante avrebbe comunque aderito al soccorso istruttorio, senza presentare alcuna formale contestazione, modificando parte della domanda di partecipazione in senso conformativo alle richieste dell’Amministrazione (in particolare dichiarando di partecipare non come concorrente singolo, secondo quanto affermato nella originaria domanda di partecipazione, bensì come concorrente che si avvale dei requisiti del progettista indicato e quindi producendo il relativo contratto di avvalimento), rinunciando, in tal modo, ad ogni possibile contestazione, la quale – un’ volta sollevata – sarebbe da considerare in ogni caso tardiva, atteso che la decisione della società istante di adeguarsi, per lo meno in un primo momento, alle richieste dell’Amministrazione, al solo fine di evitare l’esclusione e ogni eventuale contenzioso, non può essere equiparata ad una forma di acquiescenza impeditiva di ogni sorta di contestazione;

CONSIDERATO, infatti, che la giurisprudenza amministrativa ha precisato che non tutti i comportamenti adesivi integrano acquiescenza, occorrendo che: a) l’atto suscettibile di impugnazione sia giuridicamente esistente; b) tale atto sia fonte di una lesione attuale in danno del soggetto acquiescente; c) quest’ultimo abbia piena conoscenza del provvedimento contro cui potrebbe esperire impugnazione; d) malgrado le circostanze di cui sopra il soggetto adotti liberamente un comportamento che denota la sua chiara e univoca volontà di accettare gli effetti del provvedimento, anche se pregiudizievoli. E’, quindi, indispensabile che l’atto suscettibile di impugnazione sia già stato adottato dall’Amministrazione

procedente e che sia fonte di un pregiudizio concreto e attuale, non essendo concepibile una rinuncia alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo prima che questo sia stato effettivamente leso;

RITENUTO, nel caso di specie, che l'acquiescenza sarebbe intervenuta – semmai – solo relativamente all'attivazione del soccorso istruttorio, ma non con riferimento al suo successivo esito negativo, ovvero l'esclusione definitiva dalla gara, che costituisce l'atto effettivamente lesivo dell'interesse legittimo dell'odierno istante che questi intende contestare;

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in materia di qualificazione in gara in relazione alla progettazione per le imprese attestate per prestazioni di sola costruzione nel caso delle procedure di affidamento di cui all'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, nonché in materia di soccorso istruttorio e di avvalimento nei limiti precisati in motivazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente