



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 493

DEL 10 GIUGNO 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Arch. _____ OMISSIS _____ – Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dell'incarico per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, la redazione del progetto definitivo ed esecutivo in unica fase (art. 23, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016), per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, redazione del piano di sicurezza e coordinamento dell'opera denominata "*Consolidamento strutturale e adeguamento alla normativa di prevenzione incendi dei musei civici di Como. Palazzo Glorio, Palazzo Lucini, Palazzo Olginati?*" - Importo a base d'asta: euro 92.889,71 oltre Iva e oneri – S.A.: Comune di Como.

PREC 92/2020/S-PB

Raggruppamenti temporanei di professionisti – Divieto di modificazione soggettiva – Modifica tra la fase esplorativa e l'invito alla procedura negoziata.

In caso di procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice preceduta da una fase esplorativa di manifestazione di interesse, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese o di professionisti viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta, non con la manifestazione di interesse.

Art. 48, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 21945 del 17 marzo 2020, con la quale l'Arch. _____ OMISSIS _____, in qualità di mandatario di un RTP costituendo, ha contestato l'esclusione dalla procedura negoziata in epigrafe disposta dal Comune di Como a causa della modifica nella composizione del RTP rispetto alla fase della manifestazione di interesse ed in particolare per l'integrazione di una nuova figura professionale (restauratore) inizialmente non prevista. L'istante ha dedotto che è illegittima l'esclusione nel caso in cui intervenga una modifica nella composizione del RTP tra la fase della manifestazione di interesse e quella dell'invito, considerato che, nella specie, il restauratore di beni culturali doveva essere indicato nel gruppo di lavoro del RTP e che – a proprio dire – si trattava anche di una prestazione subappaltabile;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 26623 del 7 aprile 2020;

VISTA la documentazione in atti, mentre le parti non hanno prodotto memorie;

RITENUTO che l'istanza può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all'art. 11, comma 5, del nuovo 'Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50', pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO l'avviso pubblico per la manifestazione di interesse (reperito sul sito internet della SA), con il quale il Comune di Como ha inteso svolgere *“un'indagine esplorativa di mercato al fine di individuare soggetti economici da invitare ad una successiva procedura negoziata”* ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016; visti, in particolare: l'art. 1, ove è precisato che *“il presente avviso è finalizzato esclusivamente a ricevere manifestazioni di interesse per favorire la partecipazione e la consultazione di operatori economici in modo non vincolante per l'Ente che potrà sospendere, modificare, annullare il procedimento senza che i soggetti richiedenti possano vantare alcuna pretesa”*; l'art. 6 che precisa che *“i requisiti dovranno essere dichiarati nella fase successiva di offerta”*; l'art. 7.1 che richiede come requisito di idoneità professionale (lett. c4) la presenza, all'interno del gruppo di lavoro, di un restauratore di beni culturali ex art. 182 e 29 del D.Lgs. n. 42/2004; l'art. 12 secondo cui *“gli operatori economici che saranno invitati alla successiva fase di offerta non possono rispetto a quanto dichiarato nella manifestazione di interesse: A) prevedere la costituzione di ATI o consorzi (non prevista in sede di manifestazione d'interesse); B) partecipare in forma giuridica diversa da quella ammessa all'esito della manifestazione d'interesse a presentare l'offerta; C) ricorrere all'istituto dell'avalimento (se non l'hanno già fatto in sede di manifestazione d'interesse)”*;

CONSIDERATO che l'Autorità, nelle Linee Guida n. 4, ha precisato che *“5.1.2 L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura. 5.1.3 Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, [...] 5.1.5 L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante”*. Le modalità di svolgimento che presidono la fase della manifestazione di interesse, propedeutica allo svolgimento di una procedura negoziata, devono, dunque, essere disciplinate direttamente dalla stazione appaltante nell'avviso con il quale viene indetta l'indagine di mercato rivolto ad acquisire la disponibilità degli operatori a partecipare alla successiva procedura. In questa fase la SA gode di ampia discrezionalità (da esercitarsi nel rispetto dei principi previsti dall'art. 36 del Codice e delle coordinate tracciate dalle citate Linee Guida), potendo sia richiedere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali e speciali sin dalla manifestazione di interesse (prevedendo la presentazione di una dichiarazione di conferma in sede di invito), sia limitarsi a richiedere la sola manifestazione di interesse senza la produzione delle autocertificazioni sul possesso dei requisiti (richieste nella successiva fase di gara), sia prevedere alcune dichiarazioni sul possesso dei requisiti solo per la fase esplorativa e altre per la fase di gara;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 48, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, *“salvo quanto disposto ai commi 17 e 18 [ovvero in caso di fallimento o altre procedure concorsuali, morte, interdizione, perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in corso di esecuzione, recesso per esigenze organizzative di una o più imprese raggruppate], è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, sulla possibilità di modificare la composizione di un RTI o di un RTP tra la fase esplorativa e/o di prequalifica e quella di gara (nel caso di procedure negoziate o ristrette), sussistono in giurisprudenza due orientamenti contrapposti. Vi è, infatti, un orientamento secondo il quale il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo solo dopo la presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedenti e propedeutiche; tale indirizzo valorizza la circostanza che non sussiste un espresso e chiaro divieto legislativo di modificazione del raggruppamento sin dalla fase di prequalifica, evidenziando che (nel caso di procedura negoziata preceduta da una indagine di mercato) *“la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione – o di gara ancorché con procedura negoziata – devono essere tenute nettamente distinte”* dal momento che nell'avviso pubblico di manifestazione di interesse *“non vi è ancora alcuna selezione tra i partecipanti e l'interesse perseguito è solo di tipo esplorativo”* (TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 luglio 2018, n. 259; in termini, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 14 marzo 2019, n. 1431; Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2896; Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; TAR Toscana, sez. I, 20 luglio 2011 n. 1254). Un contrapposto e più rigoroso orientamento, invece, consente il mutamento della compagine soggettiva dell'offerente tra la fase esplorativa e/o di prequalifica e quella della gara solo in presenza delle eccezionali condizioni previste dai commi 18 e 19 dell'art. 48 del Codice, facendo leva sia su un'interpretazione estensiva dell'inciso *“in fase di offerta”* di cui al comma 9 dell'art. 48 sia sul principio di unitarietà della procedura, evidenziando l'esigenza di non vanificare il controllo preliminare sul possesso dei requisiti di qualificazione già effettuato dalla SA in sede di prequalifica, finalizzato ad assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse e a consentire un controllo preliminare dei requisiti di idoneità, nonché di quelli tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dei concorrenti (cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 28 gennaio 2019, n. 156, TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 23 maggio 2019 n. 6352);

CONSIDERATO che, in più occasioni, l'Autorità ha aderito al primo indirizzo giurisprudenziale sopra riportato. In un caso analogo al presente, con il Parere n. 48 del 10 aprile 2013 (reso in vigore dell'art. 37, comma 9, del D.Lg. n. 163/2006 il cui contenuto è stato trasposto nell'art. 48, comma 9, del vigente Codice), l'Autorità ha evidenziato che *“la fase esplorativa e la fase di vera e propria competizione - o di gara ancorché con procedura negoziata - devono essere tenute nettamente distinte”* [...] *Ne deriva che l'ampliamento del raggruppamento sorteggiato ad altri professionisti è ammissibile a condizione che questi ultimi siano in possesso dei requisiti richiesti e partecipino in qualità di mandanti al raggruppamento stesso, a nulla rilevando l'eventuale loro partecipazione al sorteggio che ha preceduto l'invito alla procedura negoziata”* (cfr. anche Delibera n. 413 dell'8 maggio 2019, nonché Delibera n. 1150 del 12 dicembre 2018). Sicché, va ribadito anche in questa sede che il principio di immodificabilità soggettiva di un raggruppamento opera solo all'indomani della presentazione dell'offerta, senza che possa assumere rilievo il carattere dell'unitarietà della procedura invocato dall'indirizzo giurisprudenziale opposto;

RITENUTO che tale principio sia *a fortiori* applicabile nel caso in cui, nella fase esplorativa, la SA non abbia richiesto le dichiarazioni sul possesso dei requisiti speciali e non abbia effettuato alcun controllo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

preventivo sul possesso dei requisiti in capo ai candidati, controllo che (secondo l'indirizzo giurisprudenziale più severo) giustificherebbe l'applicazione del divieto di modificazione soggettiva degli RTI rispetto alla fase di "prequalifica", al fine di non renderla *inutiliter data*. Nel caso di specie, invece, nell'avviso pubblico era richiesto ai concorrenti di presentare solo la manifestazione di interesse, nella quale doveva essere dichiarata la forma di partecipazione alla gara (Allegato A) e l'accettazione del patto di integrità (Allegato B), mentre tutti i requisiti di partecipazione (ivi compreso quelli di idoneità professionale, tra cui rientra la presenza di un restauratore di beni culturali) "*dovranno essere dichiarati nella fase successiva di offerta*";

CONSIDERATO, d'altra parte, che la finalità della fase preliminare della manifestazione di interesse è quella di individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio. Anche il Consiglio di Stato ha precisato che: "*mentre la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare i potenziali soggetti da invitare come concorrenti, la fase di presentazione delle offerte, invece, ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, e a tal fine impone di comprovare i requisiti richiesti per l'ammissione alla procedura. Se, dunque, la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, ne consegue che la concreta e definitiva dimostrazione della qualificazione del concorrente debba correttamente intervenire dopo l'espletamento della fase esplorativa preordinata ad una prima selezione dei soggetti potenzialmente idonei a concorrere (c.d. fase di prequalifica), ossia nella successiva fase di presentazione delle offerte vere e proprie, quando il candidato sia divenuto effettivamente un concorrente*" (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409; Id., 13 marzo 2014, n. 1224);

TENUTO CONTO che, nel caso di specie, il RTP istante è stato escluso dalla procedura negoziata con la seguente motivazione: "*in sede di verifica dei documenti amministrativi è stato riscontrato che in sede di offerta non è stata confermata la composizione del RTP indicato in sede di manifestazione di interesse, in quanto è stato inserito un nuovo soggetto in qualità di restauratore. Pertanto, la variazione della composizione del RTP in questa fase comporta non ammissione dell'operatore economico alle fasi successive*";

RITENUTO che tale motivazione (basata sulla sola variazione della composizione del RTP in fase di gara) sia illegittima per violazione dell'art. 48, comma 9, del Codice, in quanto il suddetto divieto opera per le modifiche effettuate dopo la presentazione dell'offerta; tanto più che l'art. 48, comma 11, del Codice, nelle procedure negoziate o ristrette, consente espressamente all'operatore invitato individualmente di presentare un'offerta nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, a dimostrazione del fatto che solo con la formulazione dell'offerta si instaura una relazione giuridicamente rilevante tra l'operatore e la stazione appaltante ed il primo assume un concreto ed effettivo impegno (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 luglio 2018, n. 259);

RITENUTO altresì che la clausola di cui all'art. 12 dell'avviso (invocata dalla SA nella nota di conferma dell'esclusione del RTP) non possa legittimare l'esclusione dell'istante, in quanto quest'ultimo non ha partecipato alla procedura negoziata "*in una forma giuridica*" diversa rispetto a quella indicata in sede di manifestazione di interesse, essendosi presentato sempre in forma aggregata come raggruppamento tra



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

professionisti. Peraltro, tale disposizione, laddove interpretata come divieto di modifica della composizione del RTP, sarebbe nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del Codice (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785 sulla nullità della clausola della *lex specialis* che vieta la partecipazione a RTI orizzontali o misti; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834; Cons. Stato, III, 21 settembre 2018, n. 5492);

CONSIDERATO, peraltro, che, poiché l'avviso pubblico precisava espressamente che “*i requisiti dovranno essere dichiarati nella fase successiva di offerta*” (anche con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, tra cui rientra la previsione di un restauratore dei beni culturali all'interno del gruppo di lavoro), l'istante è stato ragionevolmente indotto a pensare che non fosse necessario inserire un professionista *ad hoc*, in possesso di tale qualifica, sin dalla fase della manifestazione di interesse; non dovendo neppure presentare in tale fase le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice;

TENUTO CONTO, infine, che, avendo la SA rivolto all'istante l'invito a presentare l'offerta, lo ha evidentemente ritenuto candidato idoneo a concorrere alla procedura competitiva.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto, in caso di procedura negoziata preceduta da una fase esplorativa di manifestazione di interesse, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese o di professionisti viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta, non con la presentazione della manifestazione di interesse.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente