



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 890 DEL 2 ottobre 2019**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal costituendo RTI In.ge.na – Ing. Thaler S.r.l. – Affidamento del servizio di progettazione, coordinatore della sicurezza in fase di progettazione e direttore dei lavori dei lavori di ampliamento della CP S. Antonio nel Comune di Renon (BZ) – Importo a base di gara: euro 212.529,12 - S.A.: Edyna s.r.l.

### **PREC 135/19/S**

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 56950 del 13 luglio 2019 con cui il costituendo RTI In.ge.na – Ing. Thaler S.r.l. ha contestato la legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto disposta dalla Stazione appaltante in ragione della mancata indicazione, in sede di offerta, del nominativo del professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della libera professione;

VISTO che l'istante sottopone all'Autorità tre quesiti, afferenti, il primo, alla legittimità dell'operato della stazione appaltante che ha dapprima attivato il soccorso istruttorio e poi escluso il concorrente senza l'adozione di un atto di cd. secondo grado e/o di ritiro e/o di autotutela, con motivazione cd. "rinforzata"; con il secondo quesito l'istante domanda se sia possibile regolarizzare in sede di soccorso istruttorio la mancata indicazione del giovane professionista ovvero se sia una causa di esclusione dalla gara; infine, chiede di sapere se, in assenza di una esplicita clausola di esclusione prevista dalla *lex specialis* e tenuto conto dell'assenza di chiarezza della stessa, acuita dalla mancata coincidenza del testo in lingua italiana con quello in lingua tedesca, sia configurabile un errore scusabile da parte dell'operatore economico, sanabile attraverso il ricorso al cd. soccorso istruttorio;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 71589 del 13 settembre 2019;

CONSIDERATO che l'art. 24, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nella versione *ratione temporis* vigente, demanda ad un decreto ministeriale la definizione dei requisiti che devono possedere i soggetti di cui all'art. 46, comma 1, del Codice – tra i quali i raggruppamenti temporanei di professionisti - per l'affidamento e lo svolgimento dei servizi tecnici di cui al comma 1, e che il successivo comma 5 del menzionato art. 24 del Codice prevede che *"Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta ... Il decreto di cui al comma 2 individua*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*anche i criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, di cui le stazioni appaltanti tengono conto ai fini dell'aggiudicazione....”;*

VISTO l'art. 4, comma 1, del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 dicembre 2016, n. 263, adottato in attuazione della delega contenuta nel prefato art. 24 del Codice, che, in tema di requisiti dei raggruppamenti temporanei, prevede che “...I raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista”;

CONSIDERATO che detta norma regolamentare, rivestente finalità promozionale per consentire la maturazione di una significativa ed adeguata esperienza professionale al giovane professionista, è stata interpretata ed applicata in termini rigorosi in ordine all'attività partecipativa del giovane professionista, nel senso che tale partecipazione deve essere assicurata mediante sottoscrizione del progetto (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 2 maggio 2016 n. 1680; sez. IV, 23 aprile 2015 n. 2048) o comunque fornendo contributo specifico al servizio di progettazione (Tar Calabria Reggio Calabria 8.5.2013 n. 268), non potendosi invece ammettere che il rispetto della norma regolamentare possa essere garantito dalla partecipazione del giovane professionista alla diversa attività di direzione lavori, misura e contabilità, (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 578);

RILEVATO che il meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, per costante indirizzo giurisprudenziale e dell'Autorità, può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste, ma non può consentire il recupero di requisiti di partecipazione non posseduti alla data di presentazione dell'offerta, pena la violazione della *par condicio*;

RITENUTO, pertanto, che nell'ipotesi di affidamenti di servizi tecnici, la mancata indicazione del nominativo del giovane professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della libera professione non possa essere sanata attraverso il procedimento di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, in quanto si consentirebbe al concorrente di dotarsi di requisiti di partecipazione non posseduti *ab origine*, con conseguente *vulnus* al principio della parità di trattamento; appare, in tal senso, rilevante una recente pronuncia del giudice amministrativo che ha escluso che l'aggiudicataria, in sede di giustificazione dell'anomalia, potesse attribuire ai già indicati giovani professionisti il compito di “assistenti alla progettazione” “*posto che con tale successiva dichiarazione verrebbe ad essere inammissibilmente*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*modificata l'offerta in ordine ad un requisito richiesto per la partecipazione alla gara*" (TAR Trento, 2 novembre 2018, n. 242);

RILEVATO, con riferimento alla gara in oggetto ed in ordine alle prime due questioni sollevate, che l'offerta del raggruppamento temporaneo RTI In.ge.na – Ing. Thaler S.r.l. istante non recava l'indicazione del nominativo del giovane professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della libera professione e che a fronte di tale mancanza, afferente un requisito di partecipazione, la Stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione del concorrente senza attivare il subprocedimento del soccorso istruttorio; il comportamento dell'Amministrazione – che dapprima ha ammesso il concorrente a sanare detta mancanza e poi lo ha escluso nonostante l'avvenuta produzione di quanto richiesto - appare contraddittorio ed ambiguo e sarebbe stato quantomeno opportuno che nel provvedimento di esclusione dalla gara, legittimamente adottato, fosse fornita dettagliata spiegazione in ordine a tale ripensamento, nel rispetto del generale principio della buona fede di cui all'art. 1337 c.c. nonché di leale collaborazione tra p.a. e privato;

RITENUTO, in merito alla terza doglianza sollevata, che non appare profilarsi un errore scusabile dell'operatore economico a fronte di un chiaro dettato normativo e regolamentare sui requisiti di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese/professionisti alle procedure per l'affidamento dei servizi tecnici; peraltro, il documento di gara denominato "Valutazione attività professionali", allegato alla lettera d'invito, alla voce Requisiti di partecipazione, prescrive che "*Le prestazioni oggetto dell'incarico dovranno essere eseguite da professionisti indicati in sede di offerta, iscritti negli appositi albi e personalmente responsabili. I raggruppamenti temporanei di professionisti dovranno prevedere la presenza di almeno un professionista abilitato all'esercizio della professione da meno di cinque anni*"; infine, si tenga presente quanto ribadito dalla costante giurisprudenza amministrativa circa la cd. etero-integrazione del bando di gara, da intendersi nel senso che, pur in assenza di qualsivoglia richiamo alle disposizioni di legge, le cause di esclusione, se esistenti, devono trovare applicazione, con conseguente contemperamento di detto meccanismo con il principio, di derivazione comunitaria, dell'affidamento (cfr. anche il novellato art. 1, comma 1, della L. n. 241/90; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959; T.A.R. Sicilia, III, 11 gennaio 2010, n. 232; T.A.R. Abruzzo, sez. I, 3 giugno 2008, n. 537); ne discende che, limitatamente alla verifica dei requisiti di partecipazione, il principio di esclusività del bando di gara subisce una rilevante attenuazione, "non potendo [il bando] essere considerato l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva e non potendo esso prescindere dalle fonti esterne che, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge, devono considerarsi prevalenti o, comunque, integrative" (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 27/07/2017, n. 3699);

**Il Consiglio**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che la mancata indicazione, all'atto della presentazione dell'offerta, del nominativo del professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della libera professione costituisca causa di esclusione dalla gara e che la Stazione appaltante avrebbe dovuto fornire, nel corpo del provvedimento di esclusione, una dettagliata spiegazione circa le ragioni che l'avevano precedentemente indotta a ritenere sanabile, tramite il procedimento del soccorso istruttorio, detta originale mancanza.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2019  
Il segretario Maria Esposito