

PARERE N. 158 DEL 27/9/2012

PREC 147/12/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Global Engineering srl, dalla Mediterranea Engineering srl, dalla Cancila Architetture srl e dal Comune di Alcamo – *“Procedura aperta per l’affidamento dei servizi di Direzione Lavori, misura e contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di realizzazione della Cittadella dei Giovani tramite il riuso degli immobili comunali di Via Ugo Foscolo”* – Data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.S.: 10 febbraio 2012 – Importo a base d’asta: euro 290.533,74 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Alcamo.

Appalto di servizi di ingegneria – Questioni di diritto intertemporale circa l’applicazione del disposto dell’art. 12 del D.L. n. 52 del 7 maggio 2012, convertito, con modificazioni, in legge 6 luglio 2012, n. 94 – Questioni relative alla presenza di un “giovane professionista” nei raggruppamenti temporanei – Irregolare composizione della Commissione giudicatrice dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In date 10, 17 e 29 maggio e 25 giugno 2012 sono pervenute le istanze di parere indicate in epigrafe con le quali le società Global Engineering S.r.l., Mediterranea Engineering S.r.l., Cancila Architetture S.r.l. e il Comune di Alcamo hanno chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura indetta dal Comune di Alcamo, per le differenti ragioni di seguito esposte.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 giugno 2012, sono pervenute memorie e documenti.

Considerato in diritto

Con le istanze in esame, le imprese e il Comune indicati in epigrafe hanno chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura adottata per *l’affidamento dei servizi di Direzione Lavori, misura e contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di realizzazione della Cittadella dei Giovani tramite il riuso degli immobili comunali di Via Ugo Foscolo.*

1. L’istanza di parere presentata dal Comune di Alcamo concerne propriamente questioni di diritto intertemporale circa l’applicazione del disposto dell’art. 12 del D.L. n. 52 del 7 maggio 2012, convertito, con modificazioni, in legge 6 luglio 2012, n. 94. La stazione appaltante chiede, inoltre, se nel caso di specie, vi sia stata violazione dell’art 266, comma 7 del D.P.R. n. 207/2010.

Più specificamente il Comune fa presente che nel corso della seduta pubblica del 17.5.2012, deputata alla lettura dei punteggi attribuiti in seduta riservata alle offerte tecniche e all'apertura delle offerte economiche, il legale rappresentante della Europa Progetti s.r.l. evidenziava che in asserita violazione dell'art. 266, comma 7, D.P.R. 207/2010, i verbali della commissione di gara riportanti le risultanze e i punteggi attribuiti in seduta riservata alle offerte economiche erano già stati pubblicati il giorno prima (16.5.2012) sul sito *web* e sull'Albo pretorio della stazione appaltante.

A questo punto, la stessa Commissione, sospesa la gara per effettuare le consultazioni del caso, veniva a conoscenza del D.L. n. 52 del 7 maggio 2012, convertito, con modificazioni, in legge 6 luglio 2012, n. 94, il cui art. 12 (*Aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*), attualmente così recita per quanto concerne i contratti pubblici relativi a servizi: *"Al comma 2 dell'articolo 283 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo: "La commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso, ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti" e dopo le parole: "In una o più sedute riservate, la commissione" le parole: ", costituita ai sensi dell'art. 84 del codice," sono soppresse"* (comma modificato dall'articolo 1, comma 1, della legge 6 luglio 2012, n. 94, in sede di conversione).

Alla luce quindi di quanto sopra riportato, il Comune di Alcamo chiede se l'avvenuta apertura delle offerte tecniche in seduta riservata, e non in seduta pubblica, costituisca vizio della procedura di gara tale da comportare l'annullamento della stessa in autotutela.

Ora, dall'esame della documentazione agli atti emerge che la Commissione giudicatrice ha proceduto all'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche proprio nella stessa data di entrata in vigore del sopracitato decreto legge (9.5.2012) e, pertanto, alla stregua del prefato dettato normativo, non si rinviene alcun vizio nella procedura, risultando la stessa non assoggettata alla novella apportata dal suddetto decreto.

Tuttavia, con riferimento all'ipotizzata violazione di legge ovvero alla pubblicazione anzitempo dei punteggi attribuiti in seduta riservata alle offerte tecniche, occorre fare specifico riferimento alle norme della parte III del Regolamento, concernenti propriamente i contratti pubblici relativi ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, il cui art. 266 (*Modalità di svolgimento della gara*), così dispone per quanto ne occupa: *"1. Nel caso di procedura aperta...l'offerta è racchiusa in un plico che contiene:...b) una busta contenente l'offerta tecnica...7....In tutte le procedure, la commissione, in una o più sedute riservate, valuta le offerte tecniche contenute nella busta di cui al comma 1, lettera b), e procede alla assegnazione dei relativi punteggi. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione da' lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste di cui al comma 1, lettera c), contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economica piu' vantaggiosa applicando i criteri e le formule di cui all'allegato M."*

Va da sé, pertanto, che il procedimento *de quo* risulti per tale aspetto viziato e, come tale, necessiti di essere annullato in autotutela.

2. Merita alcune considerazioni a parte l'istanza di parere presentata dal costituendo raggruppamento tra Global Engineering s.r.l., Arch. Concetta Staiti e Ing. Emanuele Benecchi, escluso dalla procedura di gara perché il "giovane professionista" – nella persona di quest'ultimo ingegnere, in detto raggruppamento presente – non avrebbe fatto parte di alcuna delle strutture del

raggruppamento, non ricoprendo alcun ruolo nelle prestazioni previste e partecipando allo stesso, quale mandante, in percentuale pari allo 0%.

Ora, in disparte ogni considerazione dell'istante circa la previsione di raggruppamenti anche di tipo verticale, sta di fatto che l'art. 90, comma 7, del Codice degli appalti demanda al regolamento di definire *“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”*; a norma del quinto comma dell'articolo 253 del D.P.R. 207 del 2010, pertanto: *“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”*.

Nella fattispecie all'esame – concernente l'affidamento di servizi di Direzione Lavori, misura e contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per i lavori citati in oggetto – si ritiene, quindi, che non sussistano i presupposti di fatto e di diritto per l'applicazione della disposizione normativa sopra citata, non trattandosi dell'affidamento di un incarico di progettazione e che, pertanto, non necessiti nemmeno l'osservanza della norma che impone la presenza di un progettista giovane professionista (laureato abilitato da meno di cinque anni rispetto alla data del bando) all'interno del raggruppamento.

Le disposizioni citate, e la norma primaria con nitida chiarezza, riferiscono, infatti, la necessaria presenza del c.d. “giovane professionista” alle sole gare aventi ad oggetto la progettazione delle opere; quindi, alle procedure per l'affidamento di incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e concorsi di idee e non già all'affidamento dei servizi in oggetto.

Giova, peraltro, evidenziare che, ai sensi dell'evocata disposizione asseritamente violata – in quanto il “giovane professionista” non avrebbe avuto una precisa attribuzione né in relazione al legame giuridico con gli altri soggetti partecipanti né in relazione alla attività allo stesso affidata – anche una semplice collaborazione soddisferebbe l'obbligo di legge (*ex multis*: Cons. Giust. Amm., 2 marzo 2009, n. 95; T.AR. Veneto, Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 492).

Inoltre, a ben vedere, per poter partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione in qualità di raggruppamento temporaneo non è necessario avere come associato un professionista abilitato da almeno cinque anni all'esercizio della professione, atteso che 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 associarlo al raggruppamento; pertanto, ai fini della valida partecipazione di un r.t.i. alle stesse procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione – diverse da quella in esame – è sufficiente che nella compagine del raggruppamento sia prevista la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da almeno cinque anni, ma senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali.

La giurisprudenza amministrativa, d'altronde, ha da tempo chiarito come la prescrizione di cui trattasi, relativa alla necessaria presenza nella compagine del raggruppamento di un “giovane professionista”, risponda ad evidenti finalità di carattere “promozionale”, onde garantire allo stesso la possibilità di svolgere un utile apprendistato e arricchire il proprio bagaglio curricolare, ma non comporti l'obbligo di associare il giovane professionista al raggruppamento (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6347). Oltretutto, il requisito che richiede nelle gare per servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria che i raggruppamenti temporanei garantiscano la presenza di un

professionista abilitato da meno di cinque anni, non viene interpretata letteralmente come un obbligo posto a pena di esclusione.

3. Infine, quanto alle istanze di parere formulate dai costituenti raggruppamenti Mediterranea Engineering s.r.l. & C e Cancila Architetture s.r.l. & C, concernenti l'asserita non conformità della composizione della Commissione giudicatrice a quanto previsto dall'art. 8 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12 – peraltro parzialmente identico, al riguardo, all'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 – secondo cui, per quanto ne occupa, *“La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, di cui uno esperto in materie giuridiche...La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante...”*, si esprime il seguente avviso.

Il disciplinare di gara, al riguardo recita: *“La migliore offerta – economicamente più vantaggiosa – sarà determinata da una commissione giudicatrice nominata ai sensi dell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii.”* e non ai sensi della L.R.12/11.

Al riguardo vale precisare che la Commissione di gara, tanto ai sensi dell'art. 84, comma 2 del Codice, quanto secondo l'art. 8 della legge regionale sopra richiamata deve essere costituita da un numero dispari di componenti. Nel caso di specie, il numero di commissari nominati per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è pari a quattro, con la conseguenza che la norma di legge, sia essa nazionale sia essa regionale è sul punto violata.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- 1) la procedura di gara sia illegittima in quanto i punteggi assegnati alle offerte tecniche avrebbero dovuto essere resi noti esclusivamente nella seduta pubblica a ciò deputata e non prima tramite pubblicazione sul sito web e sull'Albo pretorio;
- 2) la presenza del giovane professionista è richiesta esclusivamente in caso di raggruppamenti temporanei *“concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee”* (art. 90, comma 7 d.lgs. n. 163/2006);
- 3) la nomina della commissione di gara non sia conforme ai principi e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito

