

TAR CALABRIA, sezione di Reggio Calabria, sentenza n. 268 dell'8 maggio 2013

RTP – Partecipazione del giovane professionista associato anche senza i requisiti- Limite di partecipazione alla mandataria valido solo per i rtp orizzontali

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 716 del 2012, proposto da:
Acquatecno S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto
presso Avv. in Reggio Calabria, via

contro

Autorità Portuale di Gioia Tauro, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato, domiciliata in Reggio Calabria, via

nei confronti di

Seacon Srl - Acale Studio Associato - Interprogetti Srl - Ing. Lucio Abbadessa -
Ing. Alessandro Vecchi, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio
eletto presso Avv. in Reggio Calabria, via

per l'annullamento

- del decreto presidenziale n. 92/2012 del 26.10.2012, contenente l'aggiudicazione
definitiva della gara per l'appalto del servizio di "direzione lavori e coordinamento
sicurezza in fase di esecuzione dei lavori 'adeguamento strutturale banchine e
realizzazione terza via di corsa tratto `13' banchina di
levante", di contenuto ignoto, e della nota di comunicazione in data 31.10.2012;
- dei verbali di gara e segnatamente del verbale n. 4 in data 16.7.2012, nonché della
aggiudicazione

provvisoria;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il contratto se già stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Gioia Tauro e di Seacon Srl - Acale Studio Associato - Interprogetti Srl - Ing. Lucio Abbadessa - Ing. Alessandro Vecchi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2013 il dott. Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 29 novembre 2012 e depositato l'11 dicembre 2012 la Acquatecno s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, deducendo che l'aggiudicazione dell'appalto di servizio meglio in epigrafe descritto, disposta in favore del raggruppamento controinteressato, sarebbe illegittima in quanto:

I. risultano dichiarate solo le percentuali indicanti la ripartizione delle attività, ma non anche le quote di partecipazione al raggruppamento e se pure le quote di partecipazione si volessero ricavare con la formula proporzionale dagli importi delle attività dichiarate per ciascun componente del raggruppamento si avrebbero delle quote inferiori a quelle richieste dal bando;

II. del giovane professionista indicato *ex art.* 90, benché designato come mandante, non risulta né la quota di partecipazione al raggruppamento, né quella di esecuzione;

III. in subordine rispetto ai predetti motivi, i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbero del tutto generici, sicché l'attribuzione dei punteggi avrebbe dovuto essere accompagnata da esplicita motivazione.

Con atto notificato il 27 dicembre 2012 e depositato il 3 gennaio 2013 il raggruppamento controinteressato ha proposto ricorso incidentale, col quale ha dedotto che l'offerta della ricorrente era mancante di alcuni documenti prescritti a pena di esclusione. In particolare Acquatecno avrebbe omesso di produrre, con la fideiussione bancaria, il documento di riconoscimento ed inoltre non avrebbe concretamente presentato "le soluzioni migliorative per l'alta sorveglianza dei lavori", sebbene vi sia, nell'offerta tecnica, un documento così denominato.

Con controricorso del 12 gennaio 2013 si è costituita l'Autorità portuale di Gioia Tauro, producendo relazione del Segretario generale dell'Ente e documentazione.

Depositata memoria difensiva, all'udienza pubblica del 27 febbraio 2013 la causa è stata chiamata e posta in decisione.

2. In ossequio a quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n.4/11, deve essere esaminato preliminarmente il ricorso incidentale, in quanto diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua illegittima ammissione alla procedura di gara.

Il ricorso incidentale è infondato.

2.1. Il disciplinare di gara, in ordine alla cauzione provvisoria, stabilisce che "tutte le fidejussioni devono essere accompagnate, a pena di esclusione, da una dichiarazione del sottoscrittore (corredata da documento di riconoscimento in corso di validità) dalla quale risulti l'identità, ..."

L'Acquatecno ha fornito una garanzia fideiussoria sottoscritta da due Quadri direttivi di Intesa San Paolo, i quali hanno espressamente sottoscritto "nella qualità" in forza di procura notarile, i cui estremi di repertorio e di registrazione sono riportati nella dichiarazione stessa. Ha allegato anche una dichiarazione nella

quale specifica che i documenti di identità dei garanti risultano acquisiti all'atto notarile contenente la procura.

La registrazione dell'atto di procura conferisce prova legale della giuridica esistenza e provenienza dal garante e la produzione del documento di identità nulla aggiungerebbe qui al valore della garanzia.

Peraltro, prima del d.l. n.70/2011, con la quale è stato introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, la prevalente giurisprudenza (così fra tante, Cons. St., V, 12 giugno 2009, n. 3746) riteneva che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisse parte integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara; successivamente alla novella del 2011 la giurisprudenza (vd. Cons. St., III, 1 febbraio 2012, n. 493; Tar Lazio, II, 3 gennaio 2013, n. 16) ha chiarito che la disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici impone una diversa interpretazione dell'art. 75, che valorizza la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rende evidente "l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara".

Ne consegue che *a fortiori* la mancata produzione, non già della cauzione provvisoria, ma del documento d'identità, non avrebbe potuto dar luogo all'esclusione, ma solo eventualmente al c.d. soccorso istruttorio.

2.2. Anche la questione dell'omessa presentazione de "le soluzioni migliorative per l'alta sorveglianza dei lavori", richieste dal disciplinare di gara "a pena di esclusione", risulta smentita dall'esame degli atti. L'offerta tecnica, nella parte in cui contiene "elenco del personale costituente l'ufficio DLL e soluzioni migliorative per l'alta sorveglianza", ed in particolare i capp. da 2 in poi,

comprende delle soluzioni che già *prima facie* appaiono confacenti alle esigenze dell'appalto, sicché la sanzione dell'esclusione non sarebbe stata in ogni caso legittima.

Il ricorso incidentale è, pertanto, da respingere.

3. Col primo motivo del ricorso principale la Soc. Acquatecno contesta la violazione dell'art. 37, co. 4 e 13, d.lgs. n. 163/06, da parte del raggruppamento aggiudicatario, che partecipa ai sensi dell'art. 90, lett. g). In base alla citata disposizione, nel testo vigente al tempo dell'indizione della gara e presentazione delle domande, "nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti" (art. 37, co. 4), ed i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (co. 13).

3.1. È utile, preliminarmente, dar conto della natura del raggruppamento Seacon.

Considerata la tipologia di prestazioni indicate nel bando, nell'atto di impegno alla costituzione del raggruppamento il rti Seacon ha dichiarato le seguenti percentuali: "prestazioni principali: attività di cui alla classe VII c - Seacon (capogruppo) 65% - Interprogetti (mandante) 35%; prestazioni secondarie: attività di cui alla classe IX c - Abbadessa (mandante) 100%; attività di cui alla classe Ig - Acale Studio (mandante) 100%, attività di cui alla classe IIIa - Acale Studio (mandante) 100%".

Ne discende che il costituendo raggruppamento Seacon, così come dallo stesso, peraltro, dichiarato, rientra nella tipologia dei raggruppamenti misti, con una compagine orizzontale, formata dalla mandataria e da una mandante, che collabora per la realizzazione della prestazione principale, e le altre mandanti che intervengono per svolgere le (altrettante) prestazioni secondarie.

I raggruppamenti misti - riconosciuti espressamente dal legislatore nel settore dei lavori (per la prima volta con la l. 1 agosto 2002, n. 166 e ora dall'art. 37, co. 6), ma ritenuti ammissibili anche negli appalti di servizi e forniture - sono, infatti, quei

raggruppamenti nei quali la prestazione principale e/o quelle secondarie sono oggetto di un *sub* raggruppamento orizzontale.

3.2. Fatta questa precisazione e premesso che il contenuto della dichiarazione è quello e solo quello sopra rappresentato, si può passare a vagliare la censura prospettata dalla concorrente Acquatecno, tenendo conto appunto che si verte in materia di appalti di servizi e di raggruppamenti misti.

Va detto, intanto, che le decisioni dell'Ad.Plen. nn. 22 e 26 del 2012, più volte richiamate dalle parti nei rispettivi atti difensivi e che riguardavano proprio un appalto di servizi, si occupano solo dell'applicabilità del co. 2. dell'art. 11 D.lgs. n. 157/1995 e del successivo e omologo co. 4 dell'art. 37 alle ati orizzontali, ma non si occupano della questione dell'ambito oggettivo di applicabilità (quanto a tipologia di appalti, se cioè solo ai lavori o anche ai servizi) del criterio della corrispondenza tra quota di qualificazione delle imprese associate o associande, quota di partecipazione all'ati e quota di esecuzione, sancito dall'art. 37, co. 13, D.lgs. n. 163/06, norma peraltro ormai modificata, con d.l. n. 95/12, nel senso della sua specifica applicabilità ai soli lavori pubblici.

La Plenaria, sulla questione se nell'offerta di ati orizzontali, costituite o costituende, devono o meno essere specificate "le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti" (art. 37, co. 4), ha optato per la tesi positiva, affermando la necessità di previa specificazione delle parti di servizio che saranno svolte dalle singole imprese, ritenendo che detta soluzione consente di evitare che la forma del raggruppamento sia utilizzata "non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare", e quindi con effetti di distorsione su un corretto assetto concorrenziale.

Nel caso in esame le "parti" delle prestazioni da ciascuna impresa raggruppata sono state senz'altro indicate, anche per il segmento orizzontale riguardante la prestazione principale, utilizzando, fra l'altro, il modulo all'uopo predisposto dalla stazione appaltante.

Il dubbio è allora se fosse necessario anche dar espressamente conto della quota di partecipazione.

Orbene, il dubbio è mal posto, perché – proprio in base a quanto sopra chiarito – l'esigenza è quella di avere, già in sede di partecipazione alla gara, l'indicazione delle "quote" o "parti" che le singole associate eseguiranno; quando questa indicazione ricorre, come nel caso di specie, il problema sostanzialmente non sussiste, in quanto è ovvio che alle parti indicate deve corrispondere almeno analoga qualificazione.

Il problema sussisterebbe solo nel caso inverso, quando cioè vi sia la qualificazione, ma non è indicata la quota di partecipazione e/o di esecuzione del servizio, perché - come si è appena ricordato – potrebbe darsi il caso che è associata nel rti un'impresa che ha la necessaria qualificazione, che poi però di fatto non la spende nella fase esecutiva, di realizzazione del servizio, che viene coperto dalle altre imprese partecipanti che non hanno la qualificazione sufficiente.

Ora nel caso in esame i partecipanti, che hanno – si ribadisce – indicato attività e percentuali di esecuzione del servizio - hanno tutti – e il dato non è contestato - la qualificazione corrispondente alla parte di prestazione del servizio che si sono impegnate a svolgere.

3.3. Ciò chiarito, va aggiunto che la ricorrente pone un'ulteriore questione e cioè che la mandataria non avrebbe il possesso dei requisiti nella misura del 40%, così come invece prescritto espressamente dal bando.

Anche tale rilievo non coglie nel segno.

Come si evince dall'art. 92, comma secondo e terzo del regolamento di attuazione del codice dei contratti, il rispetto della quota minima di possesso dei requisiti del 40% da parte della mandataria è imposto unicamente in relazione alla ipotesi di raggruppamento orizzontale.

In tal caso, infatti, posto che i componenti dell'ati eseguono tutti la medesima prestazione, giustamente il legislatore ha inteso salvaguardare la stazione appaltante, assicurando che ciascun associato partecipi effettivamente alla esecuzione della commessa e che la mandataria mantenga il ruolo principale.

Nel raggruppamento verticale, invece, le esigenze che giustificano i suindicati precetti sono soddisfatte dalla distinzione delle opere da eseguire, siano essi lavori siano essi servizi, tra categoria prevalente o principale e categoria scorporabile o secondaria.

Ora, ciò premesso, è logico che, nel caso come quello in esame di ati miste, il limite del 40% - che nella buona sostanza, vuol dire, comunque partecipazione maggioritaria della mandataria (vd. art. 261, co. 7, Reg. esec.) - va verificato non con riguardo all'intero appalto (che, peraltro, seguendo il calcolo fatto dalla difesa di Seacon nella memoria del 15 febbraio 2013 - pag. 10 - sarebbe ugualmente raggiunto), ma rispetto al *sub* raggruppamento orizzontale per la prestazione principale al quale la mandataria partecipa.

Rispetto a detto segmento la Seacon esegue il 65% della prestazione principale concernente opere di navigazione interna e portuali, ed ha, comunque, - profilo anche questo non contestato - una qualificazione che copre il 100% della relativa categoria.

Anche tale profilo della censura risulta, dunque, infondato.

4. Col secondo motivo la concorrente Acquatecno lamenta la mancata indicazione della quota di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione del "giovane professionista" indicato come mandante.

4.1. È utile riportare il quadro normativo di riferimento.

Il co. 7 dell'art. 90 del codice dei contratti stabilisce che “Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi Il regolamento definisce 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”.

Il regolamento, all'art. 253, co. 5, prevede che “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. Ferma restando l'iscrizione al relativo albo professionale il progettista presente nel raggruppamento può essere:

- a) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettera d), del codice, un libero professionista singolo o associato;
- b) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere e) e f), del codice, un amministratore, un socio, un dipendente, un consulente su base annua che abbia fatturato nei confronti della società una quota superiore al 50 per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA.
- c) con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettera f-bis), del codice, un soggetto avente caratteristiche equivalenti, conformemente alla legislazione vigente nello Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito il soggetto di cui all'articolo 90, comma 1, lettera f-bis), del codice, ai soggetti indicati alla lettera a), se libero professionista singolo o associato, ovvero alla lettera b), se costituito in forma societaria”.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito il significato, l'ambito di operatività e le finalità della normativa in rassegna.

È stato, infatti, evidenziato che “per poter partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione in qualità di raggruppamento temporaneo non è necessario avere come associato un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione, e ciò in quanto 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 "associare" il giovane professionista al raggruppamento.

Pertanto, ai fini della valida partecipazione di un R.T.I. a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione, è sufficiente che nella compagine del raggruppamento sia contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali. (cfr. V sez. n. 6347 del 2006).

Ciò che conta, in definitiva, è che il giovane professionista - pur senza assurgere a responsabilità sociali probabilmente non proporzionate alla sua ridotta formazione professionale - partecipi al servizio di progettazione oggetto di affidamento maturando esperienze professionali e lavorative.

È questa la finalità promozionale della previsione, che viene radicalmente disattesa ove il giovane professionista - pur figurando sulla carta come componente del gruppo di lavoro - non è in realtà investito della benché minima incombenza collaborativa e non può quindi acquisire alcuna utile esperienza formativa” (C.G.A., 30 marzo 2011, n. 293).

4.2. Si tratta allora di accertare se una volta acclarato che l'obbligo normativo è limitato alla mera indicazione di tale figura, senza che ne venga imposta anche la qualità di associato al raggruppamento, una volta, tuttavia, che il giovane

professionista venga indicato come associato, se debbano ritenersi operanti anche nei suoi confronti gli obblighi di qualificazione.

Il Tribunale ritiene di dover dare al quesito risposta negativa (in termini T.A.R. Reggio Calabria, 19 dicembre 2012, n. 744).

Nel caso di specie, risultano assolte tutte le prescrizioni imposte dalla legge e dal bando: è stato indicato il giovane professionista coinvolto nella progettazione, ne è stata attestata l'iscrizione all'Albo da meno di cinque anni, è stato precisato il tipo di impegno e di collaborazione che gli verrà richiesto (vd. “elenco personale” e “relazione descrittiva”) funzionale a garantirgli l'acquisizione di un'utile esperienza formativa.

Il fatto che sia stato qualificato come “mandante”, in assenza di una specifica previsione di quota partecipativa, non può assurgere a causa di esclusione del raggruppamento, vista la finalità della previsione normativa e considerato che i requisiti di partecipazione previsti dal bando erano interamente assolti dagli altri professionisti.

5. Col terzo motivo del ricorso principale l'Acquatecno ha eccepito la mancanza di motivazione nell'assegnazione dei punteggi all'offerta tecnica, effettuata dalla commissione di gara.

In base al disciplinare di gara l'assegnazione dei punteggi è avvenuta con il metodo aggregativo compensatore di cui all'all. G del Reg. esec..

Si conviene, intanto, con la difesa della controinteressata in ordine alla genericità della contestazione, con la quale non si adduce poi in concreto alcun vizio logico della valutazione operata dalla commissione.

In ogni caso, il disciplinare di gara, al punto 4.2., aveva indicato in maniera specifica i criteri di aggiudicazione, con gli appositi *sub* criteri di aggiudicazione e relativi parametri di ponderazione.

Inoltre i commissari, al momento della valutazione delle offerte tecniche, hanno descritto il processo valutativo che avrebbero seguito in ottemperanza alle prescrizioni del disciplinare di gara, correttamente applicando il metodo del confronto a coppie (vd. in particolare verbali nn. 3 e 4 e schede allegate).

Anche detto motivo è, pertanto, infondato.

6. Per tutte le ragioni che precedono il ricorso principale deve essere respinto.

Si ritiene di poter disporre la compensazione integrale delle spese della lite, avuto riguardo alla complessa e recente evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha interessato le questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso incidentale ed il ricorso principale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)