



Procuratura Distrettuale dello Stato

Via C. De. Mille n. 221 n. 65

Messina

C.F. 800003600836

Università degli Studi di Messina
Prot. N. 14214
Del 05/03/2014
TL/CI. V, 1 PEC

05/03/2014-5288 P
Messina
POSTA CERTIFICATA

*Salma Abu co
fly*

Registri

Padenza N.....

CS. 250/14 Avv. Di Gesu

Risposta a nota
Del 17/02/2014
Prot. 9731

Allegati

Oggetto: Appalto integrato per la realizzazione del laboratorio sismico del Centro di Eccellenza ricerca e innovazione strutture ed infrastrutture di grandi opere (C.E.R.I.S.I.) situato in Messina località S. Agata C. da Papardo.

**ALL'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI
MESSINA**

Con la nota in riscontro, codesto Ateneo ha posto il quesito se in un caso di appalto integrato possa ritenersi consentito al RTI, "indicato" dall'aggiudicatrice per la progettazione, di avvalersi, a sua volta, di altro soggetto economico per la dimostrazione dei requisiti necessari.

In punto di fatto l'Ateneo ha precisato che alla gara in oggetto ha partecipato soltanto il RTI, costituendo, formato dalla società Bosch Rexroth s.p.a., mandataria, - Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, mandante; che il requisito di capacità tecnica, economica e finanziaria, in ordine alla progettazione, è portato da un costituendo RTI "indicato" e non "associato" né "raggruppato", il quale, a sua volta, ai fini del

possesso di taluni dei requisiti di capacità richiesti, ha dichiarato di avvalersi di un altro operatore economico (professionista).

L'Ateneo ha anche fatto presente che trattasi di un progetto di ricerca strategico (realizzazione di un laboratorio sismico), che va a costituire un elemento qualificante per la futura attività di ricerca dell'Università di Messina e deve essere concluso e rendicontato entro il 31-12-2014, sottolineando la circostanza che l'esclusione dell'unico concorrente partecipante porterebbe di fatto all'impossibilità di riproporre la gara e, pertanto, alla mancata realizzazione del progetto, perché verrebbero a mancare i tempi occorrenti per la sua realizzazione (tra i 250 e i 300 gg: v. pag. 22 del bando – voce: Valutazione offerta tempo), subordinata al finanziamento concesso ¹.

Per quanto riguarda la questione giuridica, l'Ateneo ha rappresentato che l'Autorità di Vigilanza con determinazione n. 2 del 1° agosto 2012, premesso che i requisiti occorrenti per la partecipazione ad una gara vanno distinti in due macro categorie: requisiti "general" o "soggettivi", i quali attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, per cui non è possibile ricorrere all'avvalimento, e requisiti "speciali" o "oggettivi" per i quali invece questo è consentito, giunge alla conclusione che, alla luce della formulazione letterale dell'art. 49 del Codice dei Contratti, l'impresa "indicata" per la progettazione non possa, a sua volta, far ricorso all'istituto in questione; l'Ateneo non sottace come la Giurisprudenza del Consiglio di Stato, in atto prevalente, è dello stesso avviso dell'Autorità di Vigilanza, laddove quella dei TAR più recenti appare orientata in senso opposto.

¹ Infatti, riguardo al finanziamento, il punto 16 precisa che l'appalto è inserito nel Programma Operativo Nazionale Ricerca e Competitività 2007/2013 e grava sulle disponibilità del Progetto PON a3_00422 CERISI.

Nella sua relazione al Direttore Generale il RUP, richiamando la Giurisprudenza amministrativa di segno favorevole, mette in evidenza – con riguardo, appunto, alla figura del progettista “indicato” – come appaia distinta la figura del progettista “indicato”, il quale, incaricandosi di eseguire la progettazione di determinati lavori, sottoscrivendo l’offerta tecnica presentata ai fini della partecipazione alla gara e rendendo le dichiarazioni dei requisiti generali di cui all’art. 38 del Codice, diviene responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante, rispetto alla figura dell’ausiliario, previsto dall’art. 49 del Codice dei Contratti.

Nello specifico, il TAR Puglia – Lecce - Sez. II con la sentenza n. 26/2012 – peraltro poi riformata dal Consiglio di Stato – si è occupato della questione in sede di esame del ricorso incidentale, con il quale la società aggiudicataria di un appalto integrato (Edilcostruzioni s.r.l.) aveva tentato di paralizzare il ricorso principale proposto da Conscoop, deducendo (con il terzo motivo) che erroneamente il ricorrente principale era stato ammesso alla gara, laddove avrebbe dovuto esserne escluso, atteso che il raggruppamento temporaneo “indicato” per la progettazione si era avvalso, in ordine al possesso dei requisiti, di altro soggetto, con la conseguenza che si era in presenza di un soggetto “ausiliario”, ai sensi dell’art. 49 del Codice dei Contratti, che, a sua volta, aveva fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento.

Il TAR, premesso che nella specie potevano nutrirsi serie perplessità *“in merito alla sussistenza di valide ragioni giuridiche per denegare, nel caso di specie la qualità di concorrente al raggruppamento di professionisti indicato dal Consorzio per l’esecuzione dell’attività di progettazione, in considerazione del fatto che i progettisti hanno sottoscritto l’offerta tecnica presentata ai fini della partecipazione alla gara e si sono, quindi, impegnati nei confronti della stazione appaltante, già nella fase che precede l’aggiudicazione dell’appalto, ad eseguire l’attività di progettazione alle condizioni e*

secondo le modalità ivi indicate”, ha disatteso la censura proposta con il ricorso incidentale, rilevando, in buona sostanza che l’ammissione espressa dell’avvalimento per il “concorrente” dall’art. 49 (v. art. 53 per il progettista) non comportava necessariamente che tale possibilità fosse da ritenersi esclusa per il progettista “indicato” nel caso peculiare di appalto integrato, dovendo ritenersi l’avvalimento un istituto di carattere generale, per la sua finalità che è quella di consentire a soggetti ce ne sono privi di ricorrere agli altrui requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo.

Per come appena scritto, questa decisione è stata riformata dal Consiglio di Stato - Sezione III - (sentenza n. 5161/2012) con il rilievo testuale che l’art. 49 consente l’avvalimento al “concorrente”, così escludendo tale possibilità ad altre figure che, in qualche modo, collaborano alla realizzazione dell’opera.

La preoccupazione del Consiglio di Stato appare quella di evitare che, mediante un ricorso “a cascata” all’istituto dell’avvalimento da parte delle imprese “ausiliarie” finisca per venir meno *“un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti”*.

È interessante, a questo punto, rilevare come la preoccupazione che ha indotto il Consiglio di Stato a ripiegare su una interpretazione formale e rigorosa della disposizione contenuta nell’art. 49 citato, non è apparsa pienamente convincente, posto che, successivamente, il TAR Friuli - Sezione Prima - con sentenza n. 18 del 2013 è tornato sulla *vexata questio*, e, in consapevole dissenso dall’appena citata sentenza n. 5161/2012, ha riconosciuto la possibilità per il progettista “indicato” di ricorrere all’istituto dell’avvalimento, attesa la peculiarità dell’ appalto integrato.

Il TAR, rilevato in primo luogo che le norme nel dubbio vanno interpretate tenendo presente il principio del *“favor participationis”*, ha rigettato il ricorso (*con il primo motivo il ricorrente aveva, appunto,*

contestato la possibilità per il progettista "indicato" dall'impresa aggiudicataria di fare ricorso, per il possesso di taluni requisiti, all'istituto dell'avvalimento), con la considerazione che, applicando i principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell'art. 49 del Codice dei Contratti e degli artt. 47 e 48 della Direttiva 31-3-2004, n. 2004/18/CE, i progettisti "indicati", in quanto rientrano tra i soggetti che eseguono le prestazioni poste in gara, possano avvalersi dell'istituto in questione.

La sentenza è stata impugnata con istanza di sospensione, rigettata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 816/2013, avuto, peraltro, riguardo al *fumus boni iuris* di una censura sollevata dall'aggiudicatario con il ricorso incidentale, senza quindi che sia stato preso in esame il motivo del ricorso principale concernente la questione che qui interessa.

** **

Orbene.

Va considerato in primo luogo che il tentennamento della giurisprudenza in ordine alla possibilità per il progettista "indicato" per la redazione del progetto di avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del Codice dei Contratti, per taluni requisiti, di altro progettista, sta a indicare chiaramente come sia tutt'altro che pacifica una interpretazione restrittiva e rigorista dell'art. 49, nella parte in cui fa espressamente riferimento al "concorrente" come soggetto che possa soddisfare taluni requisiti dell'appalto, mediante l'avvalimento, avuto riguardo alla peculiarità dell'appalto integrato.

Sul punto si rileva come per l'appalto integrato, l'indicazione del progettista, che può assumere varie figure di inserimento nel contesto dei lavori è previsto da un'apposita norma (l'art. 53), senza riferimento al precedente l'art. 49.

Nella prassi (e ciò si rileva emblematicamente con le carte inviate), il progettista "indicato" assume una figura particolare e ben

più pregnante, nell'economia dell'appalto, rispetto al mero "ausiliario" di cui all'art. 49.

Ciò si evince chiaramente, in relazione alla gara indetta dall'Ateneo, dalla diversità sostanziale tra le dichiarazioni rese dal progettista "indicato", società Planir s.r.l., e quelle rese dal soggetto ausiliario della stessa, e cioè dall'arch. Mancuso.

E infatti, mentre con le sue dichiarazioni la società "indicata" Planir assume su di se tutti gli obblighi relativi all'intera progettazione per molti aspetti analoghi a quelli delle imprese che costituiscono il RTI partecipante alla gara, obblighi che la vincolano direttamente nei confronti della stazione appaltante con riguardo a tutta la progettazione (v. *domanda-dichiarazione diretta all'Università, resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000, che richiama integralmente le disposizioni contenute nell'art. 90, comma 1, lett. a) e b), con la quale la società Planir dichiara di partecipare alla gara in qualità di progettista*), le dichiarazioni rese dal soggetto ausiliario, arch. Mancuso, sono limitate a quelle dell'avalso ex art. 49 del Codice dei Contratti, lettere c), d) ed e).

Ciò sta a significare che il progettista "indicato" per l'intera progettazione, e cioè per quella parte dell'appalto che lo qualifica, appunto, come "integrato", nella specie, ha assunto tutta una serie di obblighi direttamente nei confronti della stazione appaltante, che da un lato lo avvicinano di parecchio alle imprese titolari dell'appalto stesso, mentre lo diversificano di molto dal soggetto indicato come ausiliario ai sensi dell'art. 49; ed è, al riguardo emblematico - per come già visto - che mentre nella sua dichiarazione sostitutiva, il soggetto "indicato" per l'intera progettazione ha richiamato le lettere a) e b) dell'art. 49 (che si riferiscono al concorrente), il soggetto ausiliario nella sua dichiarazione ha, invece, richiamato le lettere c), d), e), che si riferiscono, appunto, all'impresa ausiliaria, per non dire che il contratto di avvalimento prodotto riguarda i rapporti tra società Planir

e l'arch. Mancuso, laddove per la società "indicata" per la progettazione si è in presenza dell'indicazione contenuta nella domanda di partecipazione da parte della mandataria Bosch Rexroth s.p.a. e della dichiarazione da parte di Planir di partecipazione alla gara quale progettista "indicato" diretta all'Università.

Ed è proprio questa diversità di dichiarazioni e di responsabilità piena nei confronti dell'Università da parte di Planir, rispetto alle dichiarazioni rese dall'arch. Mancuso, avvalso, limitate a quanto previsto dal contratto di avvalimento ex art. 49, lettere c), d), e) del Codice degli appalti, che legittima, a sommosso avviso di quest'Avvocatura, una diversa disciplina delle due fattispecie, nel senso che sia consentito al progettista "indicato", responsabile di tutta la progettazione, di fare ricorso ad altro soggetto, quale ausiliario per una parte dei requisiti, nella specie, classi e categorie Ic - IIIb - IIIc.

Per completezza si aggiunge che la preoccupazione - circa un ricorso generalizzato ad un avvalimento "a cascata" da un progettista ad altro - la quale ha indotto il Consiglio di Stato con la citata sentenza del 2012 ad assumere una posizione rigorista circa l'interpretazione dell'articolo 49 del Codice dei Contratti, non ha ragion d'essere, ove si ritenga che soltanto il progettista "indicato" dall'impresa per tutta la progettazione - *attesa la peculiarità della sua figura nell'appalto integrato, che lo assimila parecchio all'impresa concorrente riguardo agli obblighi assunti ed alla responsabilità diretta nei confronti della stazione appaltante* - possa ricorrere all'avvalimento e non il progettista "ausiliario" di cui quello "indicato" dall'impresa si sia avvalso.

Questa soluzione, certamente consentita dalla peculiarità della figura del progettista "indicato", esclude quel fenomeno di avvalimento "a cascata", giustamente paventato dal Consiglio di Stato e garantisce un pieno controllo da parte della stazione appaltante.

** **

In conclusione, considerato che, nella specie, si è in presenza di un progetto, elemento qualificante per la futura attività di ricerca dell'Università di Messina, di fatto, irrealizzabile, in relazione ai tempi per la sua conclusione, nel caso dovesse farsi ricorso a una nuova gara (che non è detto che andrebbe a buon fine, ove si consideri che alla presente gara ha partecipato un solo RTI); considerato altresì che le disposizioni da applicare ben possono essere interpretate nel senso che al progettista "indicato", e solo ad esso, sia da ritenersi consentito di avvalersi di altro progettista, per taluni requisiti, ai sensi dell'art. 49 del Codice dei Contratti, giusta quanto già ritenuto da una parte della Giurisprudenza amministrativa e sulla base delle argomentazioni sopra svolte, ad avviso della Scrivente può procedersi all'aggiudicazione definitiva.

Si resta, comunque, a disposizione per ulteriori chiarimenti.

L' Avvocato Distrettuale dello Stato

Giuseppe Di Gesu



Posta elettronica : messina@avvocaturastato.it
P E C : messina@mailcert.avvocaturastato.it
Tel 090710252 /
Fax 090674168