

Spett.le OICE

PEC: oice.associazione@pec.it

E p.c. Spett.le Azienda Speciale Terme di Giunone

PEC: termedigiunone@pec.it

Fasc. Anac n. 3217/2022

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da OICE – Associazione delle organizzazioni di ingegneria di architettura e di consulenza tecnico-economica – Affidamento in forma integrata della progettazione esecutiva nonché della realizzazione di un nuovo impianto di acquascivoli all'interno del parco delle Terme di Giunone – Importo a base di gara: 3.674.509,80 euro – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Azienda Speciale Terme di Giunone

Inammissibilità ex art. 7, comma 1, lett. g), del Regolamento di precontenzioso

Con riferimento all'istanza in oggetto acquisita al prot. n. 57588 del 13 luglio 2022, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 27/7/2022 ha deliberato che la stessa è inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g) del *'Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50'*; approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 del 9 gennaio 2019, in quanto manifestamente mancante dell'interesse concreto al conseguimento del parere.

Con l'istanza in oggetto, OICE ha eccepito la presunta illegittimità del disciplinare che *"sembra escludere la possibilità per l'operatore economico di ricorrere al progettista indicato al fine di avvalersi delle competenze e dei requisiti di quest'ultimo (...)".*

Preliminarmente, si evidenzia che l'istanza presenta, in primo luogo, profili di indeterminatezza (cfr. art. 7, comma 1, lett. e), Regolamento), perché si limita a tratteggiare sinteticamente un quesito rinviando al Disciplinare allegato, senza peraltro specificare quale sia la parte del documento oggetto di censura.

In secondo luogo, l'istanza è stata presentata da una associazione di categoria, la cui legittimazione a proporre istanza di precontenzioso è ammessa, come chiarito nella delibera n. 195 del 13 marzo 2019, nei limiti della legittimazione della associazione medesima a impugnare atti concernenti i singoli associati, ovvero solo ove gli stessi concretizzino anche una lesione dell'interesse collettivo tutelato da tale associazione, nel senso che l'interesse tutelato con l'intervento deve essere comune a tutti gli



associati e non finalizzato alla tutela delle posizioni soggettive solo di una parte degli stessi, perché ciò implicherebbe automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo dell'istanza.

Nel caso in esame, ammesso che la parte della *lex specialis* di gara disciplinante il possesso dei requisiti di progettazione - che da una rapida disamina del documento non sembra invero porre limiti alla possibilità di ricorrere ad un progettista indicato per la comprova di tali requisiti - sia interpretabile come preclusiva di tale facoltà, non pare così pacifico che si tratti di clausola avente effetto lesivo dell'interesse collettivo tutelato dall'associazione, perché non si può escludere che una parte dei professionisti possa avere scelto autonomamente di partecipare come componente di un'ATI e che dunque non risulti leso dalla presunta illegittimità del disciplinare.

Infine, ciò che appare dirimente ai fini della valutazione dell'inammissibilità dell'istanza, è il fatto che la stessa non riguarda una clausola preclusiva della partecipazione o tale da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta. Queste ipotesi sono le uniche eccezioni alla regola della non immediata impugnabilità del bando (Consiglio di Stato, sez. V, n. 284/2021), e in quanto tali sono di stretta interpretazione. Nel caso di specie la parte del disciplinare che non menziona la possibilità di ricorrere al progettista indicato non ha una tale portata immediatamente escludente. Ciò impatta sull'istanza nel senso che evidenzia la mancanza di un concreto interesse, ossia dell'utilità giuridica derivante dalla presentazione dell'istanza, che implica la concretezza e l'attualità del danno rispetto alla posizione giuridica che si dichiara lesa (Cfr. Consiglio di Stato, III, n. 6697/2020, in un caso di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso presentato da una associazione di categoria avente ad oggetto una clausola non immediatamente escludente).

Fermo restando quanto sopra, a beneficio delle parti in indirizzo, si rimettono tuttavia alcune considerazioni sviluppate in un recente Parere di precontenzioso riguardante l'interpretazione da attribuire alla *voluntas* del legislatore espressa nell'art. 59, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 50/2016.

Nell'occasione l'Autorità ha evidenziato che l'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui «quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione»), prevede che l'operatore economico sprovvisto di SOA per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati, **non discendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avalimento** per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione. Dunque, la citata disposizione, con manifesto intento di applicazione del principio di **favor participationis**, non fa altro che **ampliare lo spettro delle possibili soluzioni organizzative percorribili, ponendo una triplice alternativa**: 1) autonomo possesso anche dei requisiti di partecipazione per l'attività di progettazione da parte del concorrente che sia esecutore dei lavori; 2) costituzione di un'associazione temporanea di tipo misto con soggetti



qualificati, i quali assumono, in quanto associati, la qualità di concorrenti; 3) **possibilità di una semplice indicazione in sede di offerta di progettisti qualificati** (v., in tal senso, Tar Campania, Salerno, sez. I, 11.7.2019, n. 1273). In quella circostanza, l'Autorità ha ritenuto che la previsione della *lex specialis* di gara secondo cui il rapporto tra progettista "indicato" e impresa partecipante qualificata per la sola costruzione debba essere necessariamente formalizzato in un contratto di avvalimento costituisce un obbligo *ultra legem*, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara di una impresa che ha prodotto un contratto di avvalimento nullo è illegittima (Delibera n. 210 del 27 aprile 2002).

Mutatis mutandis, applicando il richiamato principio al caso in esame, si ha che il disciplinare, se interpretato come impediente la facoltà di ricorrere a progettisti qualificati indicati nell'offerta, sarebbe contrario alla normativa di settore.

*Il Dirigente
dell'Ufficio*

Adolfo Candia



UFFICIO PRECONTENZIOSO E PARERI

T +39 06 36 72 3561

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma