

Tar Sardegna, sezione seconda, sentenza n. 355 del 23 giugno 2020

Procedura negoziata – Modifica RTI – Limiti - Legittimità

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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2020, proposto dain proprio e Mandatario del Costituendo Rtp con Ing. e Ing., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Cagliari, via

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza della, non costituiti in giudizio;

nei confronti

....., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

A. della determinazione dirigenziale dellan. 1 del 13.1.2020, conosciuta solo per estremi, recante l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del costituendo R.t.p.;

B. della comunicazione di aggiudicazione della gara ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. 50/2016, in data 22 gennaio 2020;

C. della nota di riscontro 13.2.2020, mediante la quale laha respinto l'istanza di annullamento presentata dall'ing.in data 3.2.2020;

D. del parere 11.2.2020, allegato alla predetta nota di rigetto, reso dal Responsabile del Procedimento in servizio nell'ufficio LL.PP. del Servizio Tecnico del

E. del verbale n. 1 del 29.10.2019, nella parte in cui ha ammesso alle fasi successive il R.t.p.;

F. ove occorra:

- della lex specialis nella parte in cui dispongono una nuova fase di qualificazione successiva a quella già svolta alla stregua dell'avviso di pre-informazione del 5 marzo 2019;

- del parere espresso dal dr.in data 10.2.2020, anch'esso conosciuto solo per estremi, richiamato nel predetto parere del Responsabile del Procedimento in servizio nel

- dei verbali di gara successivi al primo, con particolare riferimento alla valutazione tecnica dell'offerta del RTP aggiudicatario;

G. di ogni atto presupposto, conseguente o, comunque, collegato, con riserva di motivi aggiunti,

Nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, eventualmente medio tempore stipulato tra lae il R.t.p., con declaratoria del diritto del Raggruppamento ricorrente a conseguire l'aggiudicazione in forma specifica dell'appalto di cui sopra;

nonché (in subordine)

qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dellae di

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2020 il dott.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'avviso di pre-informazione del 5 marzo 2019 lainvitava i soggetti interessati a presentare "domanda di partecipazione per la selezione" volta all'individuazione degli operatori da invitare a presentare offerta -nell'ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando- ai fini dell'aggiudicazione dei servizi di ingegneria e architettura relativi all'intervento di riqualificazione degli impianti sportivi del

A fronte di tale avviso venivano presentate 69 domande di partecipazione, tra le quali figuravano:

- a) quella del R.t.p. che indicava precisamente l'intenzione di partecipare in Raggruppamento temporaneo;
- b) quella dell'ing., che dichiarava di concorrere in proprio;
- c) quella dell'ing., che dichiarava di concorrere in proprio.

L'ing.non presentava alcuna domanda.

All'esito di tale indagine di mercato, la stazione appaltante adottava la determinazione dirigenziale n. 159 del 18.9.2019, mediante la quale veniva approvato

l'elenco di operatori da invitare a formulare offerta e veniva indetta la procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Sia la lettera sia l'allegato disciplinare invitavano nuovamente i soggetti individuati a presentare domanda di partecipazione, fissavano i criteri di valutazione delle offerte e fissavano, altresì, quale termine ultimo per la presentazione della domanda di partecipazione e della propria offerta al 29 ottobre 2019.

In virtù di tale invito, l'ing. (tra i 69 professionisti "interessati" e tra i 5 invitati a presentare offerta) presentava una (nuova) domanda di partecipazione in qualità di capogruppo di un costituendo R.t.p. formato con l'ing. (che figurava tra i 69 professionisti interessati ma non tra i 5 invitati a presentare offerta) e con l'ing.(il quale non figurava tra i professionisti interessati).

All'esito dell'ammissione di tutti gli offerenti e della successiva valutazione delle offerte il R.t.i., così come sopra descritto, risultava aggiudicatario, precedendo in graduatoria il R.t.p.

Avverso i provvedimenti indicati in epigrafe è insorto il ricorrente deducendo le seguenti censure:

1) violazione dei principi di par condicio, di trasparenza, di buon andamento, di correttezza e di buona fede, violazione dell'art. 28 della dir. UE 24/2014, violazione degli artt. 61 e 48, commi 9 e 11, del d.lgs. 50/2016, violazione dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà tra atti, difetto di istruttoria;

2) violazione principi di concorrenzialità, imparzialità e par condicio, violazione art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. 50/2016, violazione principi di correttezza e buona fede, eccesso di potere per violazione dell'art. 4 dell'avviso di pre-informazione, violazione lex specialis, eccesso di potere per contraddittorietà tra atti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta;

3) violazione art. 31 d.lgs. 50/2016; violazione art. 83 d.lgs. 50/2016, violazione art. 7.4. del disciplinare.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituivano l'amministrazione intimata e il controinteressato Ing. chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla udienza pubblica del 13 maggio 2020 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

E' necessaria una sintesi delle censure che il ricorrente muove agli atti impugnati.

Con il primo motivo argomenta come segue.

E' la Direttiva U.E. 24/2014 a disporre che le procedure ristrette sono strutturate in due sotto-fasi:

- una prima fase in cui vengono individuati, dopo aver fornito all'Amministrazione le informazioni richieste ai fini della selezione qualitativa, gli operatori economici da invitare a presentare offerta;

- una seconda fase in cui gli operatori economici pre-selezionati e invitati presentano le proprie offerte, che vengono poi valutate dalla stazione appaltante e in virtù delle quali verrà poi redatta la graduatoria definitiva alla base del provvedimento di aggiudicazione.

La prima è la fase c.d. di pre-qualifica; la seconda è quella di valutazione delle offerte. Secondo il ricorrente le predette sotto-fasi non possono essere considerate separatamente, essendo avvinte da un innegabile nesso funzionale.

Ogni modifica del raggruppamento invitato a partecipare alla gara in esito alla fase di pre-qualifica, difatti, si pone in frontale contrasto con i principi di unitarietà della procedura, della par condicio e del principio di buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità.

Nel caso di specie è avvenuto che due concorrenti (ing. e ing.) i quali, in virtù dell'impegno assunto nella c.d. fase di pre-qualifica, ambivano ad essere selezionati individualmente e -ovviamente- in concorrenza l'uno con l'altro, hanno presentato -successivamente- una nuova domanda di partecipazione in costituendo raggruppamento.

Secondo il ricorrente la modifica soggettiva integrata dai predetti progettisti dopo essersi già in precedenza qualificati, e già impegnati formalmente, nei confronti della stazione appaltante, a concorrere singolarmente, viola apertamente i predetti principi, sanciti dalla Direttiva UE e dal Codice dei Contratti Pubblici, di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti, di par condicio, di concorrenza, nonché quelli di buon andamento, imparzialità, economicità e ragionevolezza e merita pertanto di essere sanzionata con l'esclusione.

Con il secondo motivo il ricorrente argomenta come segue.

Per questioni di pura statistica, e di calcolo delle probabilità, è innegabile che la scelta di presentarsi distintamente -a monte- nella fase di pre-qualifica, per poi associarsi -a valle- nella fase delle offerte, da un lato ha permesso di moltiplicare le proprie chance nella fase di pre-selezione e, dall'altro, ha costituito una violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice degli Appalti.

Con il terzo motivo il ricorrente afferma quanto segue.

Nella relazione sulle caratteristiche metodologiche dell'offerta, il Raggruppamento aggiudicatario ha affermato che con riferimento all'ufficio di direzione lavori "si prevede l'assunzione part-time di un RTP locale", con ciò ammettendo palesemente l'intenzione di ricorrere al sub-appalto in relazione a prestazioni rientranti all'interno dei servizi di ingegneria in relazione ai quali vige il divieto di subappalto ed integrando pertanto una violazione dell'art. 31 del Codice dei Contratti Pubblici.

Sotto altro profilo, e in particolare con riferimento ai Raggruppamenti temporanei, la *lex specialis* della procedura negoziata in contestazione prevede la possibilità di partecipazione unicamente per quanto riguarda i raggruppamenti orizzontali.

Tanto risulta dal tenore del disciplinare di gara, ai sensi del quale “la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria ai sensi dell’art. 83, comma 8 del Codice”, richiamando a tal fine anche le Linee Guida ANAC n. 1, Cap. IV, par. 2.2.3.1.

Difatti, una simile precisazione è logicamente compatibile unicamente con l’ammissione della partecipazione in R.t.p. orizzontale, ossia quel tipo di raggruppamento in cui tutti i progettisti svolgono tutte le prestazioni, ciascuno in misura diversa e purché la mandataria svolga le prestazioni e possieda i requisiti – appunto- in misura superiore.

Sembra doversi escludere, afferma il ricorrente, con riferimento alla gara de qua, la partecipazione in R.t.p. verticale che può configurarsi soltanto allorquando la mandataria svolge la prestazione principale e le mandanti svolgono unicamente, o in sub- associazione orizzontale (e allora si ha il R.t.i. misto) le prestazioni secondarie scorporabili.

Sicché, la mancata esclusione del R.t.p. si rivela illegittima anche sotto detto profilo in quanto, secondo quanto risulta da una piana lettura della domanda di partecipazione, il raggruppamento ha partecipato -illegittimamente- in R.t.p. verticale.

Le censure possono a questo punto essere esaminate.

I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente.

Essi sono infondati.

Un rilievo, su tutti, è decisivo.

Il ricorrente, pur con abili argomentazioni, assimila procedura ristretta e procedura negoziata.

Mette sullo stesso piano la fase di prequalifica nella procedura ristretta e l'indagine di mercato volta a reperire soggetti da invitare alla procedura negoziata.

Così non è, come correttamente è stato osservato nel parere del R.U.P. di cui alla nota datata 11 febbraio 2020 (documento 4 produzioni del ricorrente).

Chiariamo subito che l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato e, dunque, quali sono i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, alla stregua di una semplice prefase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto.

Chiariamo anche che, non si può dimenticare la definizione di procedura negoziata contenuta nell'art. 3 lettera uuu) del Codice: *“«procedure negoziate», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto”*.

Né si può prescindere dalla definizione di procedura ristretta contenuta nell'art. 3 lett. tt) del codice: *“«procedure ristrette», le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice”*.

E' dalla presentazione dell'offerta che opera il divieto di modificazioni soggettive del raggruppamento. Di conseguenza non è preclusa la possibilità in sede di presentazione di offerta di una modificazione della composizione del raggruppamento rispetto a quella indicata in sede di “prequalifica” in una indagine di mercato.

La disposizione che il ricorrente vorrebbe vedere applicata alla fattispecie qui in esame, e cioè l'art. 61 comma 3 del Codice dei contratti, non è conferente.

Essa così recita: *“A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta”*.

La disposizione è in perfetta armonia con la definizione di procedura ristretta sopra riportata.

E si capisce, se si tiene presente che nella procedura ristretta la fase di prequalifica fa parte della procedura di gara.

Non così invece nella procedura negoziata dove il momento della ricerca dei soggetti da invitare precede la gara vera e propria.

Deve quindi ritenersi ammissibile, nel caso di procedure negoziate, la costituzione di un raggruppamento temporaneo tra due o più imprese prequalificatesi separatamente nella fase di indagine di mercato, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso.

Va peraltro ricordato che l'a.t.i. non estingue la soggettività delle imprese già qualificate (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588).

Non è superfluo osservare, per completezza, che il rinvio operato dall'art. 157 del codice dei contratti all'art. 36 comma 2 lettera b) è, a seguito delle modifiche apportate a quest'ultima disposizione ad opera della legge n. 55/2019 (c.d. legge di conversione del decreto "sblocca cantieri"), un rinvio ad una procedura che ora è molto semplificata e di certo non è neanche lontanamente assimilabile ad una procedura ristretta.

Del resto, la stessa Anac che, impropriamente definisce la procedura di cui alla lettera b) dell'art. 36 "procedura negoziata" (paragrafo 5 delle Linee guida n. 4) e che, in verità, procedura negoziata in senso stretto non è (la disposizione, non a caso, si riferisce a un "affidamento diretto" previa valutazione di 5 operatori economici), del tutto correttamente rammenta poi che *"l'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura"* (paragrafo 5.1.2.).

Occorre ancora ricordare che, ad essere rigorosi, la procedura prevista dall'art. 36 lettera b) del codice dei contratti è diversa dalla procedura negoziata senza previa

pubblicazione di bando che, invece, viene prevista dallo stesso art. 36 per le diverse fattispecie disciplinate dalle lettere c) e c bis) del medesimo articolo.

E si tratta, lo si ribadisce, di una procedura semplificata ben distante dalle formalità che la difesa del ricorrente, pur con sapienti argomentazioni, vorrebbe attribuirle.

Sapienti argomentazioni che, data la novità della particolare questione sottoposta al Collegio, meritano ulteriori considerazioni e approfondimenti.

Il paragrafo 2 dell'art. 19 della direttiva 2014/24/UE relativa ai settori ordinari contiene alcune previsioni in parte innovative rispetto al precedente quadro che scaturiva dalle direttive del 2004.

Una previsione innovativa, che va nel senso del principio di neutralità delle forme giuridiche dell'operatore economico partecipante alla procedura ad evidenza pubblica, riguarda la collocazione delle associazioni temporanee di impresa nell'ambito dei raggruppamenti di operatori economici.

L'art. 19 della direttiva 2014/24/UE usa la locuzione raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, quali soggetti autorizzati a partecipare a procedure di appalto e a cui non può essere imposta una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

Quindi, i raggruppamenti di operatori economici rappresentano un più ampio genere delle forme aggregative di impresa, che possono riferirsi a fattispecie eterogenee, quali gruppi, consorzi, joint ventures, contratti di rete, gruppi europei di interesse economico.

Tutta la disciplina della direttiva ha una funzione di incentivo a supporto delle forme di cooperazione tra imprese. E si comprende se si pensa alla ratio cui è ispirata l'intera disciplina di derivazione europea in materia di appalti pubblici, tesa all'affermazione piena dei principi del Trattato, quali la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e dei principi che ne

derivano e cioè parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, trasparenza.

Disciplina che peraltro soddisfa in via neanche troppo riflessa, l'interesse dell'amministrazione all'incremento della potenziale platea concorrenziale e, quindi, all'accresciuta capacità di scelta fra un numero più elevato di potenziali contraenti.

Nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (procedure ristrette, negoziate, dialogo competitivo) la dottrina è praticamente unanime nel ritenere la praticabilità delle modificazioni soggettive dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta.

In verità, anche la giurisprudenza aveva da tempo risolto la questione affermando che è possibile operare, nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte, modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempreché le stesse non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e quindi sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619).

Ma, come già si è osservato, lo stesso art. 48 del Codice vieta le modificazioni soggettive del RTI rispetto all'impegno "presentato in sede di offerta".

E' pertanto pacifico che la sottoscrizione di impegni negoziali è il momento effettivamente preclusivo per la individuazione dell'offerente, quello in cui si cristallizza la compagine associativa partecipante alla procedura di gara.

In sostanza, quel che importa è che le modificazioni soggettive successive alla "blanda" pre-qualificazione effettuata in sede di indagine di mercato, e antecedente alla presentazione dell'offerta siano sottoposte al vaglio della stazione appaltante che dovrà operare una nuova verifica dei requisiti prima della valutazione delle offerte, come, del resto, è puntualmente avvenuto nel caso che qui occupa il Collegio.

In definitiva, il bilanciamento tra contrapposti interessi (parità di trattamento e concorrenza) trova il suo punto di equilibrio nel momento della presentazione dell'offerta.

Il primo motivo di ricorso, su cui si fonda in sostanza l'intera controversia è, in definitiva, infondato.

Ne segue, per stretta connessione logica, l'infondatezza del secondo motivo di ricorso posto che, come è noto, gli indici rivelatori di un collegamento sostanziale tra imprese devono rilevare un unico centro decisionale nella formazione delle offerte. Si tratta di situazioni che qui non vengono in alcun modo in rilievo; ciò in quanto il collegamento è anzitutto un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna in una logica di gruppo e non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi, poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia.

Anche il terzo motivo di ricorso è infondato.

La domanda di partecipazione non prevede alcun subappalto in realtà.

Si tratta dell'assunzione di un assistente di cantiere che, pacificamente, non concretizza alcuna forma di subappalto. La questione è talmente cristallina da non necessitare particolare approfondimento. Basta solo rammentare che l'attività svolta da un assistente di cantiere è direttamente imputata al direttore dei lavori e che esso risponde della sua attività direttamente al direttore dei lavori.

Nessun subappalto, si ribadisce, è rinvenibile nella relazione sulle caratteristiche metodologiche dell'offerta presentata dal raggruppamento controinteressato.

Il terzo motivo di ricorso contiene anche una contestazione circa il tipo di raggruppamento ammesso alla gara che sarebbe, secondo il ricorrente, solo quello orizzontale.

In realtà c'è un equivoco di fondo.

L'appalto per cui è causa è l'affidamento dei servizi di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento in materia di sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, misura, contabilità ed emissione del certificato di regolare esecuzione dei lavori, per l'intervento da attuarsi nel che riguarda l'appalto dei lavori di Riqualficazione degli impianti sportivi - Creazione di un centro sportivo di valenza territoriale per il calcio e l'atletica.

E' ovvio che il bando non abbia provveduto ad una scomposizione del servizio. Il servizio è uno e non sono rinvenibili prestazioni tra loro differenziabili.

Ciò non vuol dire che non sia ammesso presentarsi alla gara nella forma del raggruppamento.

A maggior ragione in una gara bandita in Sardegna dove, in realtà, è incentivata la partecipazione di giovani professionisti ai sensi degli artt. 2 e 31 della L.R. 8 del 13 marzo 2018.

L'unica questione che doveva verificare la stazione appaltante è la seguente.

Com'è noto, tranne che per i servizi di punta, i requisiti devono essere posseduti cumulativamente tra mandanti e mandataria. Quest'ultima deve possedere i requisiti necessari per la partecipazione in misura maggioritaria. Ed è quello che puntualmente è avvenuto in questa gara dove il capogruppo mandatario possiede una quota del 47% e i mandanti, rispettivamente il 45% e l'8%.

Va comunque rammentato che la mera indicazione delle parti della prestazione che ogni operatore si incarica di eseguire all'interno della compagine imprenditoriale associativa non implica, come tale, la prefigurazione di un raggruppamento verticale, ma evoca esclusivamente la ripartizione interna, tra i concorrenti raggruppati, della esecuzione della prestazione unitariamente considerata.

Nel caso di specie, come già osservato, oggetto dell'appalto era un servizio unitario: per l'effetto, a tutto voler concedere, in casi come questo, l'indicazione separata e la specificazione delle parti di servizio che sarebbero eseguite dai singoli operatori

economici non può ritenersi equivalente ad una ripartizione di tipo verticale ed ad una arbitraria scomposizione della prestazione da parte della associazione concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2020, n. 2183).

Il ricorso è, in definitiva, infondato e deve essere rigettato.

Le spese, vista la novità delle questioni sottoposte al Collegio, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO