PARERE N. 176 DEL 24/10/2012

PREC 166/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 163/2006 presentate da ing. G. Donzella - Procedura aperta per l'affidamento dell'incarico di direzione lavori, misura e contabilità, assistenza e sorveglianza continua in cantiere, coordinamento della sicurezza ed attività connesse per le opere di realizzazione dell'impianto di depurazione dell'Isola di Procida - Importo a base d'asta € 130.674,84 - S.A.: Comune di Procida

Artt. 263 e 266 DPR 207/2010: requisiti di partecipazione per l'affidamento dei contratti di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria e criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 maggio 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con cui l'ing. G. Donzella ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla *lex specialis*, predisposta dal Comune di Procida per l'affidamento dell'incarico di direzione lavori, misura e contabilità, assistenza e sorveglianza continua in cantiere, coordinamento della sicurezza ed attività connesse per la realizzazione dell'impianto di depurazione nell'Isola di Procida, e ritenuta dallo stesso illegittima sotto diversi profili.

In primo luogo l'istante ha osservato che la stazione appaltante nel determinare i requisiti di partecipazione ha erroneamente fatto riferimento alla prescrizione dell'art. 66 DPR 554/1999, anziché a quella dettata dall'art. 263 DPR 207/2010, e così ha finito per richiedere dei requisiti speciali sproporzionati rispetto all'entità dell'appalto e non rispettosi dei limiti legislativi. Ad esempio, il disciplinare di gara (art. 8) recita: " *aver espletato negli ultimi dieci anni servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria (...) relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi cui dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare (...) per un importo totale complessivo dei lavori per ogni singola classe non inferiore a tre volte l'importo dei lavori oggetto dei servizi in gara* ", laddove il vigente Regolamento del Codice dei Contratti Pubblici, richiede per tale voce di aver espletato negli ultimi dieci anni servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori a cui si riferisce la prestazione. L'istante, inoltre, ha osservato che, quand'anche si applicasse il DPR 554/1999, i requisiti *de quibus* sarebbero comunque sproporzionati, in quanto l'art. 66 DPR 554/1999 si applica solo agli affidamenti il cui corrispettivo stimato è superiore ad euro 200.000,00, mentre nel caso di specie il valore dell'affidamento è inferiore a tale soglia.

In secondo luogo, l'istante eccepisce che il punteggio paria a 60 attribuito alle voci "Caratteristiche qualitative e metodologiche" viola la disposizione dell'art. 266 DPR 207/2010, ove viene previsto che il punteggio per tale voce può variare da 20 a 40 punti. Il bando di gara, inoltre, contempla come criterio di valutazione la voce "Organizzazione del servizio ed impegno del gruppo di lavoro", che non compare nella predetta norma.

Da ultimo, l'istante censura la formula utilizzata per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, in quanto la *lex specialis* richiama quella dell'Allegato A al DPR 554/1999, anziché quella dell'Allegato M al DPR 207/2010.

A riscontro dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, la stazione appaltante ha confermato il proprio operato, ritenendo infondate le doglianze dell'istante.

Più precisamente il Comune di Procida ha rappresentato che, attraverso la richiesta dei requisiti censurati ha inteso reperire sul mercato operatori particolarmente esperti, capaci di garantire, tramite il possesso di adeguati requisiti, la migliore riuscita dell'opera. Per tale ragione il disciplinare di gara ha richiamato i requisiti di cui all'art. 66 DPR 554/1999, che " *pur se per affidamenti pari o superiori al controvalore di euro 200.000 DPS sono gli unici dettati dalla normativa sui lavori pubblici* " e, quindi, " *consolidati* ". La stazione appaltante, inoltre, ha evidenziato che l'art. 263 DPR 207/2010 fissa i requisiti di partecipazione in termini generali anche per affidamenti il cui corrispettivo stimato è inferiore a 200.000 euro. Conseguentemente, nell'ottica della stazione appaltante, i requisiti censurati, compreso quello relativo ai servizi analoghi " *fissato poco superiore al DPR 207 e conforme a quanto fissato dal DPR 554/99* " sono giustificati.

Quanto alla seconda censura, il Comune di Procida ha ritenuto che il disciplinare di gara per il profilo in esame, sia conforme ai commi, 4, 5 e 6 dell'art. 266 DPR 207/2010.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse attengono alla corretta fissazione dei requisiti di partecipazione per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria ed al corretto utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al riguardo è opportuno considerare che l'Autorità è intervenuta più volte sul tema dell'affidamento dei servizi in esame (cfr. determinazioni n.1/2006 e n.4/2007), cercando di chiarire gli aspetti controversi e di fornire indicazioni operative al riguardo. Da ultimo ha approvato con determinazione

n.5 del 27.7.2010 le “ *Linee guida per l’affidamento dei servizi attinenti all’architettura ed all’ingegneria* ”, ove ha affrontato entrambe le problematiche qui in esame.

In particolare, sulla prima questione, l’Autorità ha precisato che l’affidamento di tali servizi è regolato dagli art. 90 e ss del Codice dei Contratti Pubblici, che detta per essi una disciplina speciale. In particolare, per quanto qui rileva, l’art. 91 DLgs 163/2006 prevede un regime differente a seconda dell’importo dell’affidamento: inferiore a 100.000 euro ovvero pari o superiore a tale ammontare. Per questi ultimi, tra cui rientra quello in esame, fino all’entrata in vigore del DPR 207/2010, i requisiti economico e finanziari e tecnico organizzativi sono stati regolati dall’art. 66 DPR 554/1999, dall’entrata in vigore del DPR 207/2010, gli stessi sono disciplinati dall’art. 263 DPR 207/2010, che qui si richiama.

Sulla seconda questione, l’Autorità ha chiarito che i criteri di valutazione delle offerte sono fissati dall’art. 266, comma 4, DPR 207/2010 con riferimento alla:

- a) adeguatezza dell’offerta;
- b) caratteristiche metodologiche dell’offerta desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell’incarico;
- c) ribasso percentuale unico indicato nell’offerta economica;
- d) riduzione percentuale indicata nell’offerta economica con riferimento al tempo.

La norma in esame prosegue (articolo 266, comma 5) disponendo, come peraltro già il precedente regolamento, che ai criteri di valutazione vanno attribuiti i seguenti fattori ponderali:

- 1) per il criterio professionalità o adeguatezza dell’offerta: da 20 a 40;
- 2) per il criterio caratteristiche qualitative e metodologiche dell’offerta o caratteristiche metodologiche dell’offerta: da 20 a 40;
- 3) per il criterio ribasso percentuale: da 10 a 30;
- 4) per il criterio riduzione percentuale: da 0 a 10.

Ciò posto in punto di diritto, venendo al caso di specie, si osserva che le censure dell’istante risultano fondate.

Con riferimento al primo rilievo, si rileva che il bando di gara, secondo quanto riportato nell’istanza, è stato pubblicato in data 30.3.2012, quindi, successivamente all’entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici. Ne consegue che in virtù del principio *tempus regit actum* i requisiti di ammissione alla gara dovevano essere regolati dalla stazione appaltante tenendo presente la normativa in vigore al momento della pubblicazione del bando di gara, ossia il DPR 207/2010 ed in particolare il suo art. 263. Se si confronta il contenuto di quest’ultima norma con quella del previgente art. 66 DPR 554/1999, si ricava che la nuova disciplina, al fine di garantire una maggiore concorrenza, ha introdotto un regime più favorevole per gli operatori economici, dettando requisiti di partecipazione meno stringenti e riconoscendo alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di fissare requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi solo entro i limiti fissati dalla norma stessa.

La stazione appaltante, facendo riferimento all’art. 66 DPR 554/1999, abrogato dal DPR 207/2010, da un lato, ha violato tali limiti, chiedendo, al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti, l’aver svolto lavori per importi superiori a quelli fissati dal Regolamento di attuazione al Codice, e, dall’altro, ha richiamato una disciplina non più in vigore al momento della pubblicazione del bando. Il disciplinare di gara, inoltre, sul punto in esame viola la prescrizione dell’art. 253, comma 15 bis, D.Lgs. 163/2006, introdotta dal terzo decreto correttivo del Codice, la quale prevede un meccanismo transitorio (fino al 31 dicembre 2013) teso a consentire una più agevole partecipazione alle gare per i progettisti attraverso la presa in considerazione di un arco temporale più ampio rispetto a quello indicato dall’art. 66.

Come ha già sottolineato l’Autorità al riguardo “ *la novella ha la funzione di consentire la partecipazione alle gare di progettazione ad un maggior numero di soggetti, permettendo a questi ultimi di ampliare l’arco temporale di riferimento all’interno del quale recuperare le referenze necessarie a gareggiare. Pertanto, la volontà del legislatore, applicata alle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione per incarichi di progettazione atri servizi tecnici ad essa commessi, è tale per cui: a) quando la normativa vigente prevede un requisito di cinque anni (è il caso della lettera a) del comma 1 dell’articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999, sul fatturato globale per servizi di ingegneria), l’applicazione della norma del terzo correttivo determina la richiesta dei “migliori cinque anni del decennio precedente” (in sostanza si consente di individuare su dieci anni il requisito quinquennale); b) allo stesso modo si opera per la richiesta di requisiti triennali (lettera d) del citato comma dell’articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999 in tema di organico medio annuo): si dovrà fare riferimento ai “tre migliori anni del quinquennio precedente” (cfr. AVCP determinazione 5/2010).*

Il disciplinare di gara, invece, sia con riferimento al fatturato globale sia con riferimento al numero medio annuo del personale impiegato considera l’arco temporale, più breve, indicato dall’abrogato art. 66 DPR 554/1999, senza tener conto della novella legislativa sopra indicata. Ne consegue che anche sotto tale profilo la *lex specialis* viola la disciplina legislativa vigente in materia.

Con riferimento alla seconda censura, in virtù di quanto sopra detto, si rileva che la stazione appaltante avrebbe dovuto utilizzare i criteri di valutazione indicati all’art. 266, comma 4, DPR 207/2011, ed avrebbe dovuto assegnare a questi ultimi un peso ponderale rispettoso dei limiti indicati dal comma 5 della predetta disposizione, ma ciò non si riscontra nel caso di specie.

Il bando di gara, infatti, al punto IV.2.1, elenca i seguenti criteri di valutazione:

- A. caratteristiche qualitative e metodologiche dell’offerta desunte dall’illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell’incarico;
- B. organizzazione del servizio e impegno del gruppo di lavoro;

C. ribasso percentuale indicato nell'offerta economica.

Questi ultimi non corrispondono a quelli fissati dal predetto art. 266, in quanto, da un parte, la voce A sembra raggruppare due criteri, che, invece, sono distinti nel DPR 207/2010 (cfr. art. 266, comma 4, lett. a e lett. b) ossia "Adeguatezza dell'offerta" e "Caratteristiche metodologiche" e, dall'altra parte, la voce B introduce un autonomo criterio di valutazione per degli elementi che, secondo la lettera del citato art. 266 e l'interpretazione che di esso ha fornito l'Autorità nella determinazione n.5/2010 a cui si rinvia (cfr. in particolare il paragrafo 4.2), appare più corretto ricondurre come sub criterio alle "Caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico".

L'erronea indicazione dei criteri di valutazione ha finito per viziare anche la determinazione dei rispettivi fattori ponderali: quest'ultima, infatti, viola la disposizione dell'art. 266, comma 5, DPR 207/2010, non rispettando i limiti ivi fissati alla discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nel fissare il peso di ciascun criterio.

Quanto alla terza censura, si osserva che per l'attribuzione dei punteggi alle offerte dei singoli concorrenti erroneamente il disciplinare di gara richiama l'Allegato A al regolamento 554/1999, la materia in esame è, infatti, espressamente regolata dall'Allegato M al DPR 207/2010, le cui formule la stazione appaltante avrebbe dovuto utilizzare.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le censure dell'istante siano fondate.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito