

Parere n.23 del 5/08/2014

PREC 47/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla E.R.I.C.A. soc. coop. - Affidamento di incarico professionale per la "Elaborazione del piano di intervento e del nuovo progetto esecutivo del servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani, dei servizi connessi e dei conseguenti atti per la relativa gara d'appalto" - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: Euro 75.000,00 - S.A.: Comune di Ragusa

Artt. 90 e 94, d.lgs. n. 163/2006. Art. 279, d.P.R. n. 207/2010. Progettazione di servizi.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 25 febbraio 2014 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la E.R.I.C.A. soc. coop. chiede un parere in merito alla procedura indetta dal Comune di Ragusa per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'incarico professionale avente ad oggetto l'"Elaborazione del piano di intervento e del nuovo progetto esecutivo del servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani, dei servizi connessi e dei conseguenti atti per la relativa gara d'appalto", di importo pari ad euro 75.000,00.

Più specificamente, l'istante contesta la legittimità della previsione di *lex specialis* relativa ai "requisiti di partecipazione", nella parte in cui circoscrive la partecipazione alla procedura ai soli soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f- *bis*), g) ed h) del Codice dei contratti pubblici, iscritti alla C.C.I.A.A. ovvero ai competenti ordini professionali, evidenziando che il servizio di progettazione in questione non rientrerebbe nei "servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria".

L'istante ritiene che la suddetta previsione sia restrittiva della concorrenza, precludendo illegittimamente la partecipazione a soggetti - come la stessa E.R.I.C.A. soc. coop., appartenente alla categoria dei soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006 - che, pur non rivestendo la natura giuridica richiesta dall'art. 90 succitato, possiedono tutti gli altri requisiti, di ordine generale e speciale, previsti dall'avviso pubblico.

Nella richiesta di parere si specifica pure che la E.R.I.C.A. soc. coop. risulta iscritta al Registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. di Cuneo per attività nelle quali rientrano anche quelle oggetto della procedura in parola e che la stessa ben potrebbe introdurre, nel gruppo di lavoro, uno o più professionisti iscritti al competente Ordine professionale.

La società istante ed il Comune di Ragusa sono stati formalmente avvisati dell'avvio del procedimento in data 19 marzo 2014.

Con nota del 28 marzo 2014, il Comune di Ragusa ha dedotto quanto segue.

La progettazione oggetto dell'incarico professionale da affidare prevede attività di competenza esclusiva di professionisti tecnico-scientifici specialisti in gestione dei rifiuti; il servizio in oggetto è riconducibile alla categoria 12 dell'Allegato II A Codice dei contratti che riguarda "Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi"; il requisito di partecipazione in questione è conforme alla tipologia dell'oggetto dell'incarico da affidare, che richiede necessarie e specifiche competenze tecnico-scientifiche, come peraltro è stato richiesto da altri bandi inerenti la progettazione del servizio di igiene ambientale; è comunque facoltà dell'Amministrazione, per espressa previsione contenuta nell'art. 279, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, richiedere nel bando ulteriori requisiti in ragione della natura dei servizi da affidare all'esterno; nel caso di specie si è previsto il requisito dell'iscrizione ad un albo professionale, al fine di una adeguata garanzia in ordine alla preparazione tecnico-scientifica dei partecipanti; la E.R.I.C.A. soc. coop. non ha peraltro presentato la propria offerta, limitandosi a chiedere il parere circa la legittimità della previsione del bando in contestazione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa in esame concerne la legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dal Comune di Ragusa per l'affidamento dell'incarico professionale in oggetto, nella parte in cui limita la partecipazione alla procedura ai soli soggetti indicati all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f- *bis*), g) ed h) del codice.

Preliminarmente, in ordine alla mancata partecipazione dell'impresa istante alla gara in questione, occorre precisare che nel caso di specie opera il principio per cui, laddove si sia in presenza di clausole c.d. escludenti - cioè di clausole che precludono la partecipazione alla gara, impedendo l'ammissione alla stessa, e di quelle che non consentono di effettuare un'offerta concorrenziale - l'onere di presentare la domanda di partecipazione costituisce un inutile aggravio a carico dell'impresa (*Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; parere di precontenzioso n. 129/2010*) Passando ora al merito della questione, si rileva che il quadro normativo di riferimento è chiaramente richiamato nella determinazione AVCP n. 5 del 6 novembre 2013, recante "Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture". In detta Determinazione si chiarisce che "La progettazione di servizi e forniture è disciplinata dagli artt. 279 e 280 del Regolamento, in attuazione alla delega contenuta negli artt. 5, comma 5, lett. d) e

94 del Codice; quest'ultimo, in particolare, prevede che il Regolamento stabilisca «i livelli e i requisiti dei progetti nella materia degli appalti di servizi e forniture, nonché i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, in armonia con le disposizioni del presente codice». Ai sensi dell'art. 279 del Regolamento, la progettazione di servizi e forniture è articolata, di regola, in un unico livello e si propone di identificare, nel maggior dettaglio possibile, l'oggetto della prestazione del servizio o della fornitura».

Con particolare riferimento, poi, ai **soggetti incaricati della progettazione, si osserva che "al fine di contenere i relativi costi, la progettazione di servizi e forniture è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante dipendenti in servizio. L'esternalizzazione è consentita soltanto per i contratti di cui all'art. 300, comma 2, lettera b) del Regolamento, aventi cioè ad oggetto prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità. Soltanto in tali ipotesi, la progettazione di servizi o di forniture può essere affidata a soggetti esterni mediante un appalto di progettazione o un concorso di progettazione. In tale ultimo caso:**

- la stazione appaltante può prevedere che la progettazione sia suddivisa in due o più livelli di approfondimento, individuandone requisiti e caratteristiche;
- il concorso di progettazione si articola in due gradi secondo le modalità previste dall'articolo 109 del Codice, intendendosi per progettazione preliminare il primo livello di progettazione individuato dal bando di concorso e per progettazione definitiva o esecutiva il restante o i restanti livelli di progettazione individuati dal predetto bando di concorso;
- in virtù di quanto disposto dall'art. 99, comma 2, del Codice, le modalità di svolgimento del concorso sono quelle dettate dagli articoli 99-110 del Codice.
- si applica, in quanto compatibile, l'articolo 260, comma 1, che disciplina l'ammontare del premio da assegnare al vincitore del concorso di progettazione.

Al fine di determinare i requisiti di partecipazione dei concorrenti, salva la facoltà di individuarne ulteriori in ragione della natura dei servizi e delle forniture prestate (che possono richiedere specifiche competenze professionali, come ad es. negli appalti informatici), si applicano gli articoli 38, 39, 41, 42 del Codice: non vale, dunque, la limitazione ai soggetti individuati dall'art. 101, comma 2, del Codice con riguardo ai concorsi di progettazione per i lavori...».

L'art. 101 del codice che detta disposizioni generali sulla partecipazione ai concorsi di progettazione, al comma 2 individua, richiamando espressamente le lettere d), e), f), f bis), g) e h), dell'art. 90, comma 1, l'elenco tassativo dei soggetti che possono partecipare ai concorsi di progettazione per i lavori.

Come, quindi, chiarito nella citata determinazione, non è possibile, per la progettazione di servizi e forniture, limitare la partecipazione ai soggetti di cui al citato art. 90, c. 1 del d.lgs. n. 163/2006, richiamati espressamente all'art. 101, comma 2, con riferimento ai concorsi di progettazione per lavori.

Inoltre, tenuto conto che requisiti ulteriori e più restrittivi di partecipazione devono essere fissati "tenendo conto della natura del contratto e in modo proporzionato al valore dello stesso;..."(cfr determinazione AVCP n. 4/2012), il requisito di ammissione in contestazione non sembra trovare ragione né nel valore dell'appalto, di 75.000,00 euro, né tantomeno nella peculiarità dell'oggetto della gara, apparendo, piuttosto, lesivo della concorrenza, sproporzionato e irrazionale.

Ne consegue che il Comune di Ragusa ha illegittimamente limitato la partecipazione alla gara *de qua* ai soggetti di cui all'art. 90 comma 1, lettere d), e), f), f- *bis*), g) ed h) del codice.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia illegittima la previsione del bando di gara che limita la partecipazione ai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettera d), e), f), f- *bis*), g) ed h) del d.lgs. n. 163/2006.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 2 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito