AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Presidente

Al Responsabile Unico del Procedimento
[Omissis]

Al Dirigente
[Omissis]

c/o Libero Consorzio Comunale di Ragusa
[Omissis]

Fasc. Anac n. 1763/2022 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Libero Consorzio Comunale di Ragusa: Avviso di indagine di mercato l'affidamento di servizi di ingegneria relativi ad interventi di messa in sicurezza di n. 10 edifici scolastici (suddivisi in n. 6 lotti funzionali, ciascuno dei primi tre lotti è "Finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU") e i rimanenti con finanziamento (C.883 ART.1 L.145/2019). Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 27052 del 11.04.2022 la Fondazione degli architetti e ingegneri liberi professionisti iscritti a INARCASSA segnalava l'erroneità del calcolo della parcella spettante ai professionisti per lo svolgimento dei servizi tecnici degli edifici dei diversi lotti, peraltro tutti recanti le medesime classi e categorie, ovvero l'omissione di alcune voci del c.d. DM parametri 17.06.2016, con conseguente diminuzione dell'importo posto a base di gara di circa il 45%.
Nello specifico si segnalava che in riferimento al lotto n. 2 riguardante "Adeguamento sismico dell' I.I.S.G. Carducci sito in Comiso (RG)", nella progettazione definitiva non sarebbero state calcolate diverse prestazioni ovvero: QbII.02 (Rilievi dei manufatti), QbII.03 (Disciplinare descrittivo e prestazionale), QbII.05 (Elenco prezzi unitari ed eventuali analisi, Computo metrico estimativo, Quadro economico), QbII.07 (Rilievi planoaltimetrici), QbII.08 (Schema di contratto, Capitolato speciale d'appalto), con conseguente ricalcolo della parcella che sarebbe ammontata a 114.886 euro in luogo di 36.487,04 euro previsti dalla stazione appaltante e conseguente modifica dell'importo a base d'asta.
La Fondazione, ritenendo dunque il corrispettivo dell'appalto esiguo ed insufficiente rispetto ai servizi professionali richiesti, riteneva per l'annullamento del bando di gara a causa dell'impossibilità di remunerazione degli operatori.

L'Ufficio, preso atto del contenuto dell'esposto, con nota prot. n. 41583 del 31.05.2022 ha comunicato l'avvio del procedimento istruttorio contestando la violazione del principio dell'equo compenso sancito dall'articolo 19-quaterdecies del d.l. n.148/2017 secondo cui la determinazione del corrispettivo da porre a base d'asta deve essere proporzionata alla qualità e quantità della prestazione resa.
Al riguardo le Linee Guida n. 1 recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" approvate con delibera n. 973 del 14.09.2016 e aggiornate da ultimo con delibera n. 417 del 15.05.2019, dispongono specificamente che "*Al fine di garantire il principio dell'equo compenso, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di*

gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara" (paragrafo 2.2.3).

Con ulteriore nota prot. n. 25991 del 07/04/2022 l'Ordine Regionale dei Geologi di Sicilia segnalava altre anomalie, contestando il punto n. 4 dell'avviso, riportante "*Requisiti speciali di capacità economica e finanziaria o tecnico-professionale*", laddove si prevedeva che nella presente procedura era ammesso il subappalto secondo le disposizioni di cui all'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., precisando ancora che *"Qualora si rendesse necessario acquisire prestazioni geologiche, l'operatore economico può provvedere in proprio se al suo interno possiede la figura del geologo, ovvero potrà subappaltare tale prestazione a professionista in possesso della qualifica di geologo iscritto al relativo albo professionale".*
Secondo l'Ordine dei Geologi, perciò, non essendo stato previsto un apposito avviso per la redazione della relazione geologica e delle relative indagini, tale disposizione lascerebbe intendere che sia possibile subappaltare anche l'incarico per la redazione della relazione geologica, in palese violazione dell'art. 31, comma 8, D.Lgs. 50/2016, secondo cui "*L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali*".
L'istante, inoltre, rilevava che dall'esame della composizione dei lotti fosse evidente che per gli interventi da effettuare sugli immobili, riguardanti il Miglioramento e/o l'adeguamento sismico degli stessi, fosse imprescindibile la presenza della figura del geologo per l'esecuzione di specifiche indagini già nella fase iniziale dell'incarico, essendo queste propedeutiche ad una progettazione eseguita secondo la regola dell'arte.
Con nota acquisita al protocollo ANAC n. 36852 del 12.05.2022, la stazione appaltante provvedeva a dare riscontro all'istante in merito alle presunte criticità sopra riportate, assicurando che avrebbe dato risalto, nella lettera d'invito/disciplinare e in tutti gli elaborati di gara, a quanto disposto dall'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, inserendo al punto 5 della lettera di invito e al punto 9.1 del Disciplinare di gara la seguente formulazione: *"Nella presente procedura sarà ammesso il subappalto secondo le disposizioni di cui all'art. 105 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i. Si precisa che, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, l'affidatario del servizio di ciascun lotto in gara, non potrà avvalersi del subappalto per le relazioni geologiche, fermo restando la possibilità di farlo per le altre prestazioni consentite ed elencate al suddetto art. 31 comma 8. L'operatore economico potrà avere all'interno del suo organico la figura del Geologo, ovvero potrà associarsi in RTI con un professionista geologo."*
Tuttavia, dall'esame dei documenti di gara presenti sul sito della Stazione Appaltante – sezione Amministrazione trasparente, Bandi di gara e contratti, Bandi di gara, Servizi, Procedure negoziate – non risultava che la lettera di invito ed il disciplinare fossero stati integrati con la dicitura sopra riportata.
Risultava pubblicato soltanto un chiarimento in data 07/04/2022, nell'apposita scheda relativa all'avviso di indagine di mercato del sistema di intermediazione telematica "TUTTOGARE" in dotazione all'Ente, nel quale si precisava che "*per mero errore di copia incolla (lapsus calami), la "bozza" di disciplinare distribuita con la manifestazione di interesse, contiene al punto 9.1 la possibilità di sub-appaltare le prestazioni geologiche, non facendo cenno al divieto imposto dall'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 riguardo alla relazione geologica*", per cui "*ai sensi dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, l'affidatario del servizio di ciascun lotto in gara, non potrà avvalersi del subappalto, per le relazioni geologiche, fermo restando la possibilità di farlo per le altre prestazioni consentite ed elencate al suddetto art. 31 comma 8*" (Chiarimenti-2).

A seguito di questa seconda segnalazione, con nota prot. n. 46893 del 16/06/2022, l'ufficio ha provveduto ad inviare alla Stazione Appaltante un'integrazione di avvio del procedimento finalizzata ad approfondire i profili di criticità venuti in rilievo nella stessa ed aventi riguardo, con più precisione, alla violazione del principio di pubblicità e trasparenza degli atti di gara, i quali dovrebbero trovare applicazione già nella fase prodromica dell'avviso di indagine di mercato.

Con le note acquisite al protocollo Anac con il n. 43262 del 07.06.2022 e con il n. 55246 del 05.07.2022 il Libero Consorzio di Ragusa – nella persona del Dirigente *[Omissis]* - ha fornito il riscontro richiesto, rispettivamente, per l'avvio del procedimento e per l'integrazione dello stesso.
In relazione alla prima criticità rilevata nella nota di avvio al procedimento, la Stazione Appaltante ha sostenuto la piena legittimità della procedura di calcolo dei compensi spettanti ai professionisti. In particolare nello specificare che gli interventi oggetto dell'indagine riguardassero tutti l'adeguamento sismico degli edifici scolastici, con la conseguente previsione di un'unica classe e categoria (S.03), rilevava che per ragioni di urgenza era stato omesso il livello di progettazione definitiva ma che "*ai fini della salvaguardia della qualità della progettazione, il livello esecutivo dovrà contenere tutti gli elementi previsti per il livello omesso, come ritenuti sufficienti dal RUP prevedendo le singole prestazioni*".
In merito al contestato svolgimento da parte dell'operatore di prestazioni ulteriori rispetto a quelle remunerate, nel riscontro si rilevava che "*le prestazioni richieste sono quelle previste nel Capitolato d'oneri e nell'elaborato Corrispettivi, pubblicati sul sito istituzionale dell'ente*", e che, pertanto "*nel calcolo della parcella sono state omesse quelle voci relative a prestazioni già acquisite e nella disponibilità dell'ente, senza alcuna violazione del principio dell'equo compenso".*
Orbene, nel prendere atto delle considerazioni svolte dalla stazione appaltante in merito all'effettività delle prestazioni richieste, si ritiene che sarebbe apparso maggiormente rispettoso dei principi di trasparenza e pubblicità indicare nell'avviso di indagine di mercato la scelta dell'amministrazione di omissione del livello di progettazione definitiva con la specificazione che le prestazioni attinenti a tale fase progettuale fossero state ricomprese nel successivo livello esecutivo.
Al riguardo preme riportare il Comunicato del Presidente Anac dell'11 maggio 2022 recante "Indicazioni in merito al calcolo dell'importo a base di gara per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria, nel caso di omissione dei livelli di progettazione ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del codice dei contratti pubblici", in cui è stato chiarito che "*quando la stazione appaltante omette livelli di progettazione, non sopprime gli stessi, ma li unifica al livello successivo che, come espressamente prescritto dal comma 4 dell'articolo 23, deve contenere tutti gli elementi previsti per il livello omesso, al fine di salvaguardare la qualità della progettazione*", con l'ulteriore precisazione che "*ai fini del calcolo del compenso da riconoscere al progettista, la stazione appaltante deve tenere conto di tutte le prestazioni richieste per l'espletamento dell'incarico oggetto dell'affidamento, anche se propriamente riconducibili ai livelli di progettazione omessi"* in quanto *"Diversamente opinando, si incorrerebbe nella violazione del principio dell'equo compenso, volto a garantire una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità della prestazione, in ottemperanza all'articolo 36 della Costituzione*", dandosi ulteriormente evidenza che "*la fusione dei livelli progettuali, infatti, non comporta il riassorbimento della remunerazione della prestazione riconducibile ai livelli omessi in quella della corrispondente prestazione svolta a livello esecutivo. Ciò, in quanto le voci di parcella computate al livello esecutivo tengono conto delle prestazioni già svolte nelle precedenti fasi progettuali e, pertanto, non sono idonee, da sole, a remunerare tutte le prestazioni occorrenti per una compiuta definizione progettuale*" (in tal senso Nota del Presidente n. 61626 del 28.07.2022).

Conclusivamente, in merito allo stato d'avanzamento della procedura, nel riscontro si comunicava che all'avviso pubblico di indagine di mercato avessero manifestato interesse n. 61 operatori, e che per ciascun lotto fossero stati invitati n. 5 operatori selezionati tramite sorteggio all'interno della piattaforma telematica, ed infine che mentre per i primi tre lotti si era già giunti all'aggiudicazione definitiva, per i restanti 3 le procedure di gara risultavano ancora in corso.

In riferimento al secondo profilo di criticità venuto in rilievo e esplicitato nella nota di integrazione di avvio del procedimento, la Stazione Appaltante ha affermato che il chiarimento pubblicato nell'apposita sezione trasparenza del sito istituzionale del Libero Consorzio Comunale di Ragusa, messa a disposizione degli operatori economici interessati, spiegava che "*la lettera di invito e il disciplinare di gara di ogni singolo lotto avrebbe contenuto il chiarimento, che "ai sensi dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, l'affidatario del servizio di ciascun lotto in gara, non potrà avvalersi del subappalto, per le relazioni geologiche, fermo restando la possibilità di farlo per le altre prestazioni consentite ed elencate al suddetto art. 31 comma 8*" e che "*tale documentazione non è mai stata sostituita nel rispetto della tracciabilità degli atti*".
Precisava, inoltre, di aver dato risalto a tale specifica quando - sulla scorta delle manifestazioni di interesse pervenute - ha completato gli inviti per il singolo lotto, inserendo al punto 5.2, pag. 3, ultimo paragrafo di tutte le lettere di invito e al punto 9, sub 9.1 del disciplinare di gara inviati ai candidati sorteggiati (30 in tutto, 5 per ciascun lotto), la seguente dicitura: *"(...) Si precisa che, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, l'affidatario del servizio di ciascun lotto in gara, non potrà avvalersi del subappalto per le relazioni geologiche fermo restando la possibilità di farlo per le altre prestazioni consentite ed elencate al suddetto art. 31 comma 8. L'operatore economico potrà avere all'interno del suo organico la figura del Geologo, ovvero potrà associarsi in RTI con un professionista geologo".*
Infine, Codesta Stazione Appaltante rappresentava che "*tale circostanza nella documentazione di manifestazione di interesse era palese e conosciuto agli operatori economici operanti nel settore della progettazione*", per cui "*una riapertura dei termini, non avrebbe ampliato la platea dei candidati che hanno manifestato interesse*".

Sul punto Questa Autorità ritiene di dover dissentire. Nell'avviso di manifestazione di interesse, infatti, non viene esplicitata la necessità di acquisire la relazione geologica, ma si fa riferimento più genericamente all'eventualità che sia necessario acquisire prestazioni geologiche, per le quali "*l'operatore economico può provvedere in proprio se al suo interno possiede la figura del geologo, ovvero potrà subappaltare tale prestazione a professionista in possesso della qualifica di geologo iscritto al relativo albo professionale".*
L'esigenza di dover acquisire anche la relazione geologica, con la conseguenza per l'operatore economico di dover inserire nella propria compagine la figura del geologo - dato che per la stessa non è possibile procedere tramite subappalto - non è scontata. Le Stazioni Appaltanti, infatti, possono scegliere di acquisire la relazione geologica anche autonomamente, ad esempio per mezzo di altra procedura di gara. A tal proposito, occorre sottolineare che l'art. 31, comma 8, nel vietare il subappalto per determinati incarichi, mira ad evitare che prestazioni richiedenti specifiche professionalità e competenze tecniche, vengano svolte da soggetti non qualificati. Con particolare riferimento alle prestazioni geologiche, le Linee Guida ANAC n. 1 chiariscono che tale previsione deriva "*dalla necessità di garantire la indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione e di prevenire quindi eventuali subappalti*

indiretti della relazione geologica, oltre che dall'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista".

Conseguentemente, la Stazione Appaltante potrà assicurare la presenza del geologo in due modi:

- instaurando un rapporto diretto con il geologo mediante l'avvio di una procedura finalizzata alla sua individuazione, che preceda o accompagni l'avvio della procedura finalizzata all'individuazione degli altri progettisti;
- richiedendo la presenza del geologo all'interno della più complessa struttura di progettazione, quale componente di una associazione temporanea, associato di una associazione tra professionisti quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata, quale dipendente oppure quale consulente con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua, iscritto all'albo professionale e munito di partiva IVA, che abbia fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, nei casi indicati dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263 (Linee Guida ANAC n. 1).

  La relazione geologica deve essere, quindi, redatta esclusivamente da professionista geologo, presente nella struttura di progettazione e nominativamente individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta.

Quanto alla natura giuridica del rapporto che deve sussistere tra il geologo e l'affidatario delle prestazioni afferenti alla progettazione, la giurisprudenza ha chiarito che ciò che rileva non è tanto la qualificazione formale del rapporto, quanto l'effettiva riconducibilità della relazione geologica ad un professionista legato all'affidatario da un rapporto di collaborazione non occasionale, in difetto del quale sarebbe sostanzialmente eluso il divieto del subappalto. In questo senso si è chiarito che la forma giuridica del rapporto tra il geologo e l'affidatario non sia vincolata ad un modello tassativo, purché esso assicuri la esecuzione della prestazione e la responsabilità dello specialista (Cons. Stato, parere n. 1767/2016).

In conclusione, qualora per la natura delle prestazioni affidate all'appaltatore sia necessario procedere anche all'acquisizione di una relazione geologica, la determinazione di tali obblighi progettuali e documentali devono essere chiaramente definiti nei documenti di gara già dalla fase preliminare delle indagini di mercato, al fine di consentire agli operatori economici di autodeterminarsi in relazione alla procedura di gara.

In tal senso, non può ritenersi sufficiente il chiarimento pubblicato sul sito della Stazione Appaltante pochi giorni prima della scadenza per la presentazione delle manifestazioni di interesse, le quali sarebbero dovute pervenire entro e non oltre le ore 10.00 del 12/04/2022.

Una più rigorosa applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza, infatti, avrebbe imposto di integrare direttamente l'avviso di indagine di mercato con il divieto di subappalto previsto ex art. 31, comma 8, D.Lgs. 50/2016, concedendo una proroga del termine per la presentazione delle manifestazioni di interesse, in modo che gli eventuali operatori economici interessati fossero in grado di valutare la convenienza alla partecipazione alla gara, alla luce di quanto richiesto in merito alla necessità di includere un geologo tra i soggetti che svolgeranno il servizio oggetto della gara.

Come precisato da questa Autorità nelle Linee Guida n. 4, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve indicare almeno "*il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante*". Di conseguenza, qualora la Stazione Appaltante ritenga che per la corretta esecuzione dell'incarico oggetto dell'appalto sia necessario corredare l'offerta tecnica con la relazione

geologica, l'obbligo di indicare un geologo tra i professionisti necessari per l'espletamento dell'incarico rientra sicuramente tra gli elementi essenziali del contratto da indicare in sede di indagine di mercato.

In base a quanto sopra esposto, tenuto conto del parziale accoglimento delle considerazioni svolte dalla stazione appaltante si comunica la definizione del presente procedimento, ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente