



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 84 del 22.01.2020

Fascicolo 4602/2019

Oggetto: Provincia dell'Aquila – Affidamento dei servizi di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, di progettazione definitiva ed esecutiva, per i lavori di demolizione e di fedele ricostruzione dell'ex complesso ITAS, importo a base d'asta: 358.247,03 euro (CIG: 7975091549); Affidamento dei servizi di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione per i lavori di riqualificazione del complesso IPSIASAR dell'Aquila e progettazione dell'intervento di demolizione del corpo inagibile sito in via monte S. Rocco 15, importo a base d'asta: 473.345,07 euro (CIG: 797521D41).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 22.01.2020

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Premesse

Con segnalazioni acquisite al prot. Anac con i numeri 84460 e 85817 rispettivamente in data 24.10.2019 e 29.10.2019 l'esponente rappresentava che le procedure in oggetto non sarebbero state pienamente rispettose delle prescrizioni di legge, essendo in esse ravvisabili diverse anomalie afferenti la sussistenza di requisiti di capacità tecnica e professionale particolarmente restrittivi

Preso atto del contenuto di tali esposti è stato quindi avviato, con comunicazione prot. n. 96039 del 29.11.2019, il relativo procedimento istruttorio, formulando all'amministrazione interessata la richiesta di chiarimenti ed osservazioni, relativamente alle anomalie riscontrate. Con riferimento alle contestazioni avanzate, l'Amministrazione provinciale dell'Aquila ha fatto pervenire le note numero 98857 e 99284 acquisite al protocollo Anac in data 9.12.2019, a firma dei R.U.P. delle procedure – Arch. G. O. e Ing. M. D.B., rappresentando le considerazioni di seguito riportate.

Considerato in fatto

Con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 113 del 25.09.2019, la Provincia dell'Aquila ha indetto una procedura aperta ex art. 60 D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di progettazione, di fattibilità tecnica ed economica, di progettazione definitiva ed esecutiva per i lavori di demolizione e di fedele ricostruzione dell'ex complesso ITAS, per destinarlo a nuova sede dell'Istituto Tecnico per Geometri "O. Colecchi" dell'Aquila, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari a € 358.247,03, oltre IVA e oneri, con indicazione del termine previsto per la ricezione delle offerte in data 11.11.2019.

Con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 118 del 07.10.2019, l'amministrazione provinciale indiceva ulteriore procedura aperta ex art. 60 D.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, di progettazione definitiva ed esecutiva, di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione per i lavori di riqualificazione del complesso IPSIASAR dell'Aquila e di progettazione esecutiva dell'intervento di demolizione del corpo inagibile, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari a € 473.345,07 oltre IVA e oneri, con indicazione del termine previsto per la ricezione delle offerte in data 20.11.2019.

L'anomalia riscontrabile in entrambe le procedure attiene alle previsioni contenute nei rispettivi disciplinari di gara allegati ai bandi inerenti alla sussistenza di determinati requisiti speciali di capacità tecnica e professionale funzionali a valutare l'idoneità dell'operatore ad effettuare il servizio posto ad oggetto dell'appalto.

Si fa riferimento, in particolare, al punto 7.3 di tale documento, in cui si prescrive l'avvenuto espletamento di un elenco di servizi di ingegneria e architettura espletati in ambito pubblico negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID, è almeno pari a 1,5 volte l'importo stimato dei lavori della rispettiva categoria e ID.

In merito alle criticità evidenziate, il Comune ha fatto pervenire le proprie considerazioni, a firma dei R.U.P. delle procedure – Arch. G. O. e Ing. M. D.B., evidenziando, preliminarmente, che "Per ambito pubblico la Stazione Appaltante ha inteso l'espletamento di servizi di progettazione relativi ad edifici destinati a servizi di interesse collettivo come esplicitato nella risposta al chiarimento n° 13, dalla quale si evince che l'ambito considerato è certamente più ampio".

A fronte della presentazione di quesiti ed istanze da parte degli operatori interessati alla partecipazione alla gara, l'amministrazione, con riferimento alla prima procedura di cui in oggetto (CIG: 7975091549), provvedeva in data 10.10.2019 alla pubblicazione sulla piattaforma telematica utilizzata per la gara della risposta al chiarimento n. 13 recante l'indicazione "Per Servizi in ambito pubblico la Stazione appaltante intende la progettazione di edifici destinati a servizi di interesse collettivo", ed in data 14.10.2019 alla pubblicazione della risposta al chiarimento n. 14, con l'ulteriore specificazione che "I servizi svolti in ambito pubblico che saranno ritenuti idonei a comprovare i requisiti, sono tutti i servizi analoghi a quelli da affidare che abbiano un grado di complessità almeno pari a quelli indicati nella tabella n. 6 al punto 7.3 del Disciplinare di gara per ciascuna categoria, secondo il D.M. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 17 giugno 2016". La medesima risposta è stata pubblicata anche in riferimento al chiarimento n. 1 del 14.10.2019 in merito alla seconda procedura (CIG: 7975217D41).

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame attiene alla previsione tra i requisiti di capacità tecnico e professionale, della limitazione all'ambito pubblico per l'avvenuto espletamento dei servizi di ingegneria e architettura, negli ultimi dieci anni alla data antecedente alla pubblicazione del bando relativi a lavori appartenenti a ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferiscono i servizi da affidare.

Ebbene, tale disposizione configura una violazione dell'art. 83 comma 6 D.lgs. 50/2016, il quale, negli appalti di servizi e forniture prevede in capo alla stazione appaltante la possibilità di richiedere la comprova dei requisiti di capacità tecnico professionale attraverso un elenco di servizi necessari a garantire *“l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*, senza alcuna distinzione tra appalti pubblici e privati.

In maniera più precisa si esprimeva la formulazione dell'art. 42 del vecchio codice – DLgs 163/2006, secondo cui negli appalti di servizi e forniture, la dimostrazione della capacità tecnico e professionale dei concorrenti poteva essere fornita previo elenco dei servizi negli ultimi tre anni in favore di destinatari pubblici o privati, con l'indicazione che, in tale ultimo caso, fosse necessaria l'effettiva effettuazione della prestazione; parimenti all'art. 263 del relativo Regolamento d'esecuzione che faceva espresso riferimento ai servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione.

Come rileva la giurisprudenza *“quanto disposto dall'articolo 263 comma 2 del dpr n. 207 del 2010 non è stato recepito nella nuova disciplina in materia di appalti pubblici (cfr. ora l'articolo 86 comma 5 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione ai mezzi di prova di cui all'allegato XVII parte II). L'articolo 263 cit. è stato immediatamente abrogato dall'articolo 217 del d.lgs. n. 50 del 2016, e del resto le linee guida (non vincolanti) adottate in materia dall'ANAC non hanno affrontato la questione. (...) Ne consegue che, nel caso di progettazioni per conto di privati che però non restano in ambito privato in quanto funzionali all'ammissione a una gara pubblica, il requisito della prova dell'avvenuta progettazione deve essere rinvenuto nell'ammissione alla gara del committente privato, che postula appunto una valutazione di idoneità della medesima progettazione in relazione all'oggetto della gara; valutazione che è appunto verificabile al pari di qualsiasi approvazione poiché resta agli atti di gara”*. (TAR Abruzzo, sezione prima, sentenza n. 259 del 5.09. 2018; in tal senso anche Parere Anac n. 179 del 21.10.2015).

Nonostante i dubbi interpretativi circa la comprova del possesso di tali requisiti per i servizi di progettazione svolti in favore dei committenti privati, appare indubbio, dunque, che i medesimi possano essere oggetto di valutazione nell'esperienza acquisita nella progettazione da parte del concorrente, con la conseguenza che la delimitazione al solo profilo pubblicistico costituisce una misura restrittiva della concorrenza.

In ossequio ad un principio di omogeneità, le Linee Guida Anac n. 1 recanti *“Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”*, approvate con delibera n. 973/2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 417/2019, parimenti al Bando tipo n. 3 recante lo *“Schema di disciplinare di gara per l'affidamento, con procedura aperta, di servizi di ingegneria e architettura di importo pari o superiore ad € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”*, non prevedono alcun riferimento all'ambito pubblico/privato in merito all'esperienza vantata dal concorrente da fare valere quale requisito di capacità tecnico professionale. L'intento del legislatore, dunque, appare chiaro, per il fondamentale principio *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, il mancato riferimento all'ambito sta a significare l'indifferenza nella prestazione del requisito esperienziale.

Sebbene la natura non vincolante delle Linee Guida in oggetto, aventi una funzione di atto di indirizzo generale, con lo scopo di delimitare la cornice della discrezionalità delle stazioni appaltanti consenta alle medesime di discostarsene, si ravvisa, comunque, la necessità di una motivazione puntuale, configurandosi, in caso contrario, l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere.

Stante, dunque, la possibilità in capo alle stazioni appaltanti di richiedere requisiti più rigorosi rispetto a quelli individuati nelle Linee guida essa deve essere valutata con riferimento alle previsioni dell'art. 83 del Codice, secondo cui i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e devono soddisfare l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.

L'Autorità, conformemente alla giurisprudenza, ribadisce che l'amministrazione aggiudicataria possa fissare, nell'alveo della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una procedura più rigorosi e restrittivi di quelli stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto. (ex multis: TAR Lazio Roma, Sez. II ter, n. 2115/2017; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 9/2017; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4440/2015; Parere di precontenzioso n. 340/2018, n. 102/2011, n.125/2014).

In particolare il requisito più restrittivo deve apparire *“preordinato ad assicurare l'idoneità degli operatori economici concorrenti allo svolgimento del servizio oggetto di gara, al fine di ottenere la necessaria garanzia qualitativa di esecuzione dell'instaurando rapporto contrattuale, e sia proporzionato all'oggetto dell'appalto”* (Parere di prec. n. 340 del 5.4.2018).

Ebbene, nel caso di specie si rileva che la limitazione della progettazione all'ambito pubblico, così come delineata dalla lex specialis, non costituisca requisito proporzionato alla natura dell'oggetto – ovvero servizi tecnici inerenti a edifici scolastici e non sia sorretto da specifiche esigenze, potendo precludere l'accesso ad una pluralità di operatori.

Sul punto si precisa *“in materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica Amministrazione, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche strutturate su concetti non tassativi, indeterminati, che implicano per la loro definizione da parte dell'interprete un rinvio alla realtà sociale (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 3448 del 4 giugno 2009). Conseguentemente, come già precisato anche da questa Autorità, rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio”* (Parere di prec. n. 102 del 9 giugno 2011).

Tale ottica di favor participationis viene, dunque, frustrata nel caso di specie, stante l'assenza di un'adeguata e puntuale motivazione idonea a giustificare tale limitazione.

Appare doveroso, in subordine, rendere atto del tentativo di ricondurre le procedure nell'alveo del rispetto della normativa codicistica, operato dalla stazione appaltante con la pubblicazione sulla piattaforma telematica delle risposte alle richieste di chiarimenti da parte dei fornitori, con cui ha chiarito che per ambito pubblico si intendesse l'espletamento di servizi di progettazione relativi ad edifici destinati a *“servizi di interesse collettivo”*. Tale locuzione, tuttavia afferente *“all'interesse comune ad un'intera e indeterminata categoria di soggetti o utenti”* (Cass. civ. Sez. III, Sent., 18-08-2011, n. 17351), ha una

portata sicuramente piuttosto ampia e non coincidente con l'ambito pubblico, per cui, al fine di non ingenerare ambiguità e dubbi in capo agli operatori, che dinanzi a tale requisito di partecipazione avrebbero potuto ritenere di non poter partecipare, la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare la portata dell'ambito cui riferire i servizi, già nel bando di gara.

Pur a fronte del tentativo di conformazione operato dalla stazione appaltante, tuttavia, la stessa non ha provveduto alla proroga dei termini per la ricezione delle offerte, così come prescritto dall'art. 79 comma 3 D.lgs. 50/2016 al fine di consentire agli operatori interessati di prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla presentazione delle offerte.

Circa la rettifica del bando operata tramite i chiarimenti, in particolare, il Supremo Consesso ha evidenziato che: *“Ogni rettifica riguardante il contenuto di un bando di gara, è priva di efficacia nei confronti delle imprese concorrenti, ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando”* (Consiglio di Stato, sent. sentenza n. 4916 del 23.11.2016).

La funzione dei chiarimenti, in particolare, veniva specificata alla pagina n. 3 dei Disciplinari di gara laddove si precisa che *“É possibile ottenere chiarimenti sulla presente procedura mediante la proposizione di quesiti scritti da inoltrare all'indirizzo urp@cert.provincia.laquila.it non oltre 10 giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Pag. 3 di 45 Le richieste di chiarimenti devono essere formulate esclusivamente in lingua italiana. Ai sensi dell'art. 74 comma 4 del Codice, le risposte a tutte le richieste presentate in tempo utile verranno fornite almeno sei giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, mediante pubblicazione in forma anonima all'indirizzo internet <http://www.provincialaquila.info>”*.

Da tale previsione non sarebbe dato intendere che i medesimi potessero integrare la *lex specialis*, bensì, solo, appunto, fornire delucidazioni in ordine alle clausole ivi presumibilmente legittimamente previste. In ogni caso si ritiene che la pubblicazione degli stessi, tantomeno con le modalità utilizzate nella fattispecie dalla stazione appaltante, non sia idonea ad integrare quel necessario criterio di pubblicità previsto dalla norma, avente lo scopo di garantire la partecipazione degli operatori.

Anche qualora si voglia accogliere la denegata ipotesi della garanzia di conoscibilità dalla pubblicazione dei chiarimenti, in ogni caso, come espresso dalla giurisprudenza amministrativa, devesi rilevare che *“laddove sussista un profilo che dia motivo all'ente appaltante di formulare un chiarimento tanto importante da rendere necessario che “tutti” i concorrenti ne prendano visione e lo accettino formalmente, allora l'ente appaltante – per rispettare la par condicio - dovrà congruamente prorogare il termine per la presentazione delle offerte e invitare coloro che l'avessero già presentata a ritirarla e ripresentarla”* (TAR Umbria, sent. n. 122 del 30.3.2009).

Si sottolinea, da ultimo, per completezza, che nella pagina internet della provincia, alla sezione Amministrazione trasparente - risposte quesiti bandi di gara - il cui link si riporta di seguito <http://62.110.177.83/cityportal/publicArea/FileSystemExplorer.jsf?baseDirId=3&directory=Bandidigarecontratti/rispostequesiti/rispostequesitibandigara>, non vi è traccia alcuna delle procedure in oggetto.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- la non conformità delle procedure in analisi ai disposti di cui agli articoli 83 comma 6, 79 comma 3 e 30 del D.lgs. 50/2016 in quanto lesive del divieto di limitazione al settore pubblico del requisito esperienziale dello svolgimento pregresso dei servizi di ingegneria e del dovere di proroga dei termini per la ricezione delle offerte, nonché dei principi generali di libera concorrenza e non discriminazione;
- di invitare la Provincia dell'Aquila a rivalutare in autotutela i provvedimenti adottati, anche tenuto conto dell'avanzamento del relativo procedimento.

Dà mandato al competente ufficio dell'Autorità di inviare la presente deliberazione alla Provincia dell'Aquila chiedendo alla medesima di informare l'Autorità entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2020

Il Segretario *Maria Esposito*