



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N.38 del 15 gennaio 2020**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal RTP costituendo Studio Rosso Ingegneri Associati Srl – Affidamento del servizio di redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere di regimentazione delle acque meteoriche nell'area produttiva e commerciale in contrada Mezzocampo e sistemazione idraulica del canale Annunziatella fino all'immissione del torrente Acquicella – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 76.403,75 – S.A.: CUC Comuni di Paternò, Adrano, Biancavilla, Misterbianco.

**PREC 204/19/S**

***Considerato in fatto***

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 0085521 del 28.10.2019, lo Studio Rosso Ingegneri Associati Srl (mandataria), in nome e per conto del costituendo RTP Ing. Andrea Nicolas Rapisarda/Ing. Filippo Alberto Rapisarda/Ing. Maria Angela Russo/Archeologo Francesco Giuseppe Ardito (mandanti), contesta la legittimità dell'aggiudicazione poiché la Commissione giudicatrice avrebbe applicato erroneamente la *lex specialis* di gara e sarebbe incorsa nei seguenti errori di valutazione delle offerte tecnica ed economica presentate dal RTP Alecci (aggiudicatario):

- 1) erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica del RTP Alecci in relazione al criterio di valutazione B1) dell'Allegato A alla lettera d'invito (il criterio B1 prevede l'attribuzione di 0,50 punti per ogni milione di euro di lavori appartenenti alla classe e categoria di quelli oggetto della presente gara (D.02) in relazione ai quali il concorrente abbia espletato negli ultimi dieci anni servizi di ingegneria e di architettura): non è applicabile in via automatica a tutte le categorie di lavori il principio in base al quale la qualificazione relativa a una destinazione funzionale per servizi di complessità superiore si estende anche alle destinazioni funzionali di livello inferiore all'interno della medesima categoria di lavori (art. 8 del DM 17 giugno 2016); il principio suddetto «è sempre applicabile alle opere inquadrabili nelle attuali categorie "edilizia", "strutture", "infrastrutture per la mobilità; per le opere inquadrabili nelle altre categorie appare necessaria una valutazione specifica, in quanto nell'ambito della medesima categoria convivono destinazioni funzionali caratterizzate da diverse specificità» (così le Linee Guida Anac n. 1, aggiornate alla delibera del Consiglio dell'Autorità n. 4167 del 15 maggio 2019, par. V, pagina 17); nel caso di specie, la CUC non avrebbe compiuto tale valutazione, non verificando l'omogeneità sostanziale tra le prestazioni delle diverse sottocategorie delle opere idrauliche;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

- 2) il criterio B3) dell'Allegato A alla lettera d'invito prevede la possibilità di attribuire punteggio solo al progetto di fattibilità tecnico-economica (come definita dall'art. 23 del D. Lgs. 50/2016) o alla progettazione preliminare (ai sensi del D. Lgs. 163/2006), oltre che alla progettazione definitiva ed esecutiva e non allo studio di fattibilità. Pertanto tale criterio non premia attività diverse e/o ulteriori rispetto alle predette; sarebbe quindi errata l'attribuzione di punti agli studi di fattibilità indicati alle schede 1 e 5 allegate all'offerta tecnica del RTP Alecci;
- 3) Con il criterio B4) dell'Allegato A alla lettera d'invito, la CUC ha chiesto *“l'individuazione da parte del concorrente di specifiche e individuate figure professionali interne ad un costituendo raggruppamento di professionisti, che sarà valutata secondo i seguenti criteri: punti 3 per ogni figura individuata con riferimento allo specifico settore di interesse”*: tale previsione potrebbe essere interpretata soltanto come richiesta di indicazione di una o più persone fisiche che incarnano le professionalità necessarie per l'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto; diversamente opinando, ossia ritenendo sufficiente indicare le persone giuridiche, la richiesta avrebbe avuto soltanto il fine di indicare i componenti del RTP, senza poter verificare la qualifica professionale messa a disposizione in concreto.

Con riferimento, infine, all'offerta presentata dal RTP C&C (secondo classificato), l'istante ritiene che la sua ammissione alla gara in oggetto *«è illegittima poiché il concorrente non possiede né direttamente, né tramite avalimento il possesso del requisito di partecipazione previsto dall'articolo 8, lettera e) della lettera d'invito alla procedura in oggetto, ossia avere espletato negli ultimi dieci anni servizi analoghi (progettazione o direzione lavori) a quello oggetto della gara (categoria D.02) per Euro 13.000.000,00»*.

Per tale motivo ne chiede l'esclusione.

Al fascicolo istruttorio sono state acquisite le memorie difensive del RTP aggiudicatario, il quale si oppone motivatamente e controdeduce puntualmente in ordine alle contestazioni addotte dall'istante.

Non risultano pervenute le memorie della Stazione appaltante, né quelle del RTP secondo classificato.

#### ***Ritenuto in diritto***

In relazione alla contestazione di cui al punto 1) più sopra riportato, si ritiene che le doglianze dell'istante non siano fondate.

Il d.m. 17 giugno 2016 (recante *“Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016”*), all'art. 8 prevede testualmente che *«La classificazione delle prestazioni professionali relative ai servizi di cui al presente decreto è stabilita nella tavola Z-1 allegata, tenendo conto della categoria d'opera e del grado di complessità, fermo restando che gradi di complessità maggiore qualificano anche per opere di complessità inferiore all'interno della stessa categoria d'opera»*. Tale formulazione dell'art. 8 e la citata *“Tavola Z-1”* non sembrano lasciare margini di dubbio in ordine al fatto che, all'interno della medesima categoria di lavori, la qualificazione relativa a una destinazione funzionale per servizi di complessità superiore si estende anche alle destinazioni funzionali di livello



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

inferiore, senza che tale regola conosca particolari eccezioni a seconda delle diverse categorie catalogate nella suddetta Tavola.

L'istante, tuttavia, motiva la contestazione del punteggio attribuito dalla Commissione di gara in relazione al criterio di valutazione B1) dell'Allegato A alla lettera d'invito, ricordando che l'ANAC, nelle Linee Guida n. 1 (recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"), ha precisato che «Le considerazioni di cui sopra sono sempre applicabili alle opere inquadrabili nelle attuali categorie "edilizia", "strutture", "infrastrutture per la mobilità"; per le opere inquadrabili nelle altre categorie appare necessaria una valutazione specifica, in quanto nell'ambito della medesima categoria convivono destinazioni funzionali caratterizzate da diverse specificità; a titolo esemplificativo, l'aver espletato servizi per la realizzazione di impianti elettrici non appare idoneo a qualificare il progettista per la realizzazione di impianti termoelettrici, sebbene questi ultimi siano caratterizzati da minore grado di complessità nella tabella Z-1, come dimostrano i riferimenti, nella stessa tabella, alle classi e categorie di cui alla l.143/1949» e sostenendo, conseguentemente, che non risulta dalla documentazione di gara che l'Amministrazione precedente abbia mai compiuto, ai fini dell'attribuzione del punteggio, la valutazione comparativa prevista dalle menzionate Linee Guida.

Tuttavia, si deve osservare che le suddette Linee Guida non rientrano tra quelle c.d. 'vincolanti'; nel caso di specie è chiarito nella premessa che «...l'intervento dell'Autorità, con proprie linee guida, adottate ex art. 213, comma 2 del nuovo codice, ha lo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi, favorendo, altresì, lo sviluppo delle migliori pratiche, anche al fine di garantire la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (in conformità a quanto prevede l'art. 23, comma 1, lett. h) del nuovo codice)». Poiché, dunque, la funzione di tali Linee Guida è solo orientativa del mercato e sostanzialmente volta a favorire l'instaurarsi di *best practice* presso le amministrazioni pubbliche, senza la pretesa che quanto in esse previsto costituisca una prescrizione cogente, qualora la stazione appaltante non ne facesse un'applicazione pedissequa non le si potrebbe muovere alcuna censura.

Sulla questione in parola, peraltro, è più volte intervenuto il giudice amministrativo, secondo il quale «La formulazione dell'art. 8 e la Tavola Z-1 sopra richiamate non lasciano margini di dubbio in ordine al fatto che – all'interno della medesima categoria di lavori (nel caso di specie quella "Idraulica") – la qualificazione relativa a una destinazione funzionale per servizi di complessità superiore si estende anche alle destinazioni funzionali di livello inferiore. Come osservato in giurisprudenza, "Né, in tale quadro normativo, assume rilievo decisivo la deliberazione A.N.A.C., 25 febbraio 2015, n. 4, che ha messo in discussione l'applicabilità alla categoria "Idraulica" del principio secondo cui la qualificazione in una destinazione funzionale più complessa si estende a quelle di livello inferiore. Difatti, a prescindere dalla correttezza intrinseca di tale interpretazione del superiore dato normativo, nella stessa deliberazione A.N.A.C. si precisa che anche nell'ambito della Categoria "Idraulica" sono, comunque, da evitare esclusioni legate a motivi di pura forma e resta perciò necessario verificare l'esistenza di una "omogeneità sostanziale" tra le pregresse prestazioni svolte dal concorrente e quelle oggetto di gara" (T.A.R. Sardegna, sez. I, sent. n. 94 del 7.02.2017). Il fatto



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*che l'Anac con Linee Guida n. 1 approvate il 14.09.2016 abbia ribadito quanto già affermato nella deliberazione n. 4/2015 non vale, comunque a superare il dato normativo di cui al D.M. 143/2013» (così TAR Puglia, sez. III, sent. n. 340 del 5.4.2017).*

Tutto ciò considerato, si ritiene che l'attribuzione del punteggio relativo al criterio di valutazione B1) dell'Allegato A alla lettera d'invito sia conforme alle summenzionate disposizioni normative e che, anche diversamente opinando, l'istante non ha comunque fornito prova certa relativamente alla mancata "valutazione specifica" delle diverse destinazioni funzionali nell'ambito della medesima categoria di opere ai sensi delle citate Linee Guida o, come dallo stesso sostenuto, alla omessa "valutazione di omogeneità sostanziale" tra le prestazioni delle diverse sottocategorie delle opere idrauliche che, in ipotesi, avrebbe dovuto effettuare la Commissione di gara.

In relazione alla contestazione di cui al punto **2)**, si ritiene che le doglianze dell'istante sia fondate.

Innanzitutto, vale la pena ricordare che sulla base del combinato disposto dell'art. 93 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 14 del d.P.R. n. 207/2010 il legislatore aveva individuato 4 livelli di progettazione: 1) lo studio di fattibilità; 2) il progetto preliminare; 3) il progetto definitivo; 4) il progetto esecutivo.

Il d.lgs. n. 50/2016 ha rimodulato siffatti livelli di progettazione, giungendo a individuarne solo 3, in quanto lo studio di fattibilità e il progetto preliminare sono stati "fusi" nell'odierno progetto di fattibilità tecnica ed economica (v. art. 23).

Ora, considerati i differenti contenuti tecnici di approfondimento di ogni livello descritti dal legislatore, si può fondatamente sostenere che il progetto di fattibilità sicuramente assorbe lo studio di fattibilità ma non lo sostituisce, dovendo esso contenere – come detto – anche l'ulteriore livello che nell'abrogato Codice appalti veniva qualificato come 'progetto preliminare' (v. art. 93, comma 3 e artt. 17 e ss. del d.P.R. n. 207/2010).

Il sub-criterio B3) dell'Allegato A alla lettera d'invito, nell'ambito più generale dei criteri per la valutazione tecnica delle offerte, prevede una serie di coefficienti, per l'attribuzione del punteggio ai servizi di ingegneria e architettura relativi a lavori appartenenti alla classe e categoria cui si riferisce il servizio da affidare, con peso differenziato a seconda del livello di progettazione; in questo ambito il coefficiente minimo (0,50) viene attribuito, testualmente, per la "progettazione di fattibilità tecnica ed economica/preliminare". Appare evidente, dunque, che la volontà dell'Amministrazione procedente, riversata nella disposizione della *lex specialis* appena menzionata, è stata quella di considerare, come primo livello di progettazione ai fini del calcolo per l'attribuzione del punteggio in questione, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, declinato secondo i principi e le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, ovvero il progetto preliminare, in relazione agli anni antecedenti al 2016 (ossia sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006), attesa la sua sostanziale equiparazione con il progetto di fattibilità e considerato che ai fini del sub-criterio in discussione sarebbero stati considerati utili per la valutazione i servizi di architettura e ingegneria espletati nei dieci anni precedenti all'appalto in oggetto.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Conseguentemente, la valorizzazione e l'attribuzione di punteggio anche allo/agli studio/i di fattibilità, così qualificati ai sensi del summenzionato d.P.R. n. 207/2010, laddove – come indirettamente emerge dalla documentazione prodotta dall'istante – risulti essere stata effettuata dalla Commissione di gara, sarebbe illegittima.

Non vale a confutare tale censura la considerazione espressa nelle memorie di replica dal RTP aggiudicatario secondo cui l'attribuzione del punteggio sarebbe pienamente legittima sia in quanto *«gli studi di fattibilità sono attività di progettazione, come dimostra la circostanza che essi sono disciplinati dall'art. 14 del DPR 207/2010, che fa parte del capo I, rubricato “Progettazione” del titolo II, rubricato “Progettazione e verifica del progetto” del predetto DPR 207/2010»*, sia perché le stesse Linee Guida n. 1, già più sopra citate, al punto 2.2.2.3 del paragrafo 2.2.2 (“Requisiti di partecipazione”), prevedono che *«Ai fini della dimostrazione dei requisiti si ritiene che, tra i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura e gli altri servizi tecnici, siano ricompresi anche gli studi di fattibilità effettuati, anche per opere pubbliche da realizzarsi tramite finanza di progetto, e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione effettuato nei confronti di committenti pubblici o privati»*; ciò perché, pur non essendo in dubbio l'attinenza, quantomeno sostanziale, dello studio di fattibilità alla più generale attività di progettazione, è altrettanto indubbio che la Stazione appaltante, pur potendo scegliere di valorizzare anche gli studi di fattibilità, si è tuttavia autovincolata, nella *lex specialis* di gara, a limitare la valutazione ai soli progetti di fattibilità/preliminari (oltre che, naturalmente, ai progetti definitivi ed esecutivi).

Con riferimento alla contestazione di cui al punto **3)**, si ritiene che le doglianze dell'istante siano fondate. Il criterio B4) dell'Allegato A alla lettera d'invito prevede *«l'individuazione da parte del concorrente di specifiche e individuate figure professionali interne ad un costituendo raggruppamento di professionisti, che sarà valutata secondo i seguenti criteri: punti 3 per ogni figura individuata con riferimento allo specifico settore di interesse»*.

La lettura testuale della disposizione non consente interpretazioni alternative: la Stazione appaltante ha sollecitato i concorrenti ad indicare *“specifiche e individuate”* figure professionali interne al RTP, prevedendo la correlativa attribuzione di punti 3 *“per ogni figura”*. E' evidente che se il riferimento fosse stato anche alle persone giuridiche (così intendendosi, ad esempio, studi professionali a loro volta partecipanti al costituendo RTP) il tenore della disposizione sarebbe stato totalmente diverso. Anche in questo caso a nulla vale osservare che la legge non è così restrittiva e che quindi devono essere prese necessariamente in considerazione tutte le forme giuridiche in cui gli operatori economici possono partecipare alle gare: ciò che rileva, nel caso di specie, è che la Stazione appaltante abbia ristretto, nell'ambito dell'esercizio legittimo del proprio potere discrezionale, la valutazione alle persone fisiche (eventualmente facenti parte delle società di professionisti raggruppati) e non a quelle giuridiche. Neppure, per altro verso, può considerarsi fondata l'eccezione, mossa sempre dal RTP aggiudicatario, secondo cui *«nel caso delle società i certificati dei servizi prestati sono rilasciati in capo alle società e non in capo ai professionisti che le compongono»*: la valutazione (verosimilmente) richiesta alla Commissione di gara per l'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio in esame prescinde dalle certificazioni rilasciate alle società poiché riguarda la valutazione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

dei “*curricula*” dei professionisti singoli, i quali, a dimostrazione di quanto dichiarato, possono eventualmente addurre tanto i certificati dei servizi prestati per conto della società, quanto le certificazioni acquisite nell’eventuale esperienza professionale antecedente alla loro partecipazione ad una società.

Infine, si passa ad esaminare il quarto motivo di doglianza dell’istante, che concerne l’asserita mancanza da parte del RTP secondo classificato del requisito di aver espletato, negli ultimi dieci anni, servizi analoghi (progettazione o direzione lavori) a quello oggetto della gara (categoria D.02) per Euro 13.000.000,00 (art. 8, lett. e) della lettera di invito).

L’art. 89, comma 1 del Codice stabilisce che *«L’operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all’articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all’articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all’indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste [...] A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria».*

In proposito vale rammentare, in termini generali, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato (v., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216) ha elaborato e maturato, avuto riguardo alle caratteristiche ed alle modalità dell’ausilio, una distinzione tipologica tra:

b) *avvalimento c.d. di garanzia*, che ricorre nel caso in cui l’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d’appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057): tale è l’avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di carattere economico – finanziario* e, in particolare, il fatturato globale o specifico;

b) *avvalimento c.d. tecnico od operativo*, che ricorre, per contro, nel caso in cui l’ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell’ausiliata le proprie risorse tecnico – organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto: tale è l’avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di capacità tecnico – professionale* tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

La rilevanza della distinzione va rinvenuta in ciò, che nel primo caso (in cui l’impresa ausiliaria si limita a “mettere a disposizione” il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell’impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l’impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Id., sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; Id., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Per contro, nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

Ciò chiarito, si ritiene, nel caso di specie, che in relazione al requisito di partecipazione in esame l'avvalimento sia prevalentemente di carattere operativo, atteso che viene di fatto richiesta la messa a disposizione dell'esperienza professionale, nella specie, per giunta, correlata a servizi di natura intellettuale, come tali ad esecuzione necessariamente personale, quali la progettazione o la direzione dei lavori.

In relazione a questi ultimi sarebbe stato necessario, dunque, che nel contratto fossero puntualmente indicati (e messi quindi, come tali, effettivamente e concretamente a disposizione del RTP ausiliato) i mezzi, gli strumenti e le competenze adeguati; e ciò anche al fine di consentire alla Stazione appaltante la puntuale ed obiettiva verifica della effettività ed utilità dell'impegno promesso.

Poiché nel contratto di avvalimento in questione risulta omessa l'indicazione del/dei professionista/i che avevano maturato l'esperienza di progettazione o direzione dei lavori nei settori analoghi a quello oggetto di gara e che avrebbero fatto parte del gruppo di professionisti incaricati di svolgere le prestazioni oggetto di appalto, si ritiene che tale contratto sia nullo e per l'effetto illegittima l'ammissione del RTP C&C alla gara.

Per tali motivi la doglianza dell'istante appare fondata.

### **Il Consiglio**

pertanto, sulla base delle motivazioni che precedono, ritiene:

- fondate le doglianze dell'istante relativamente alle modalità di calcolo e di conseguente attribuzione dei punteggi di cui ai sub-criteri B3 e B4 dell'Allegato A alla lettera d'invito al RTP risultato aggiudicatario definitivo della gara;
- fondate le doglianze dell'istante in ordine alla mancata dimostrazione del requisito di partecipazione di cui all'art. 8, lett. e) della lettera d'invito da parte del RTP risultato secondo classificato nella graduatoria definitiva di gara;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

- che la Stazione appaltante debba quindi procedere, in via di autotutela, a riformulare la graduatoria finale di gara in conformità alle disposizioni normative, come integrate dalla *lex specialis* di gara, nei limiti di quanto espresso nella parte motiva del presente parere.

Il Presidente f.f.

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 gennaio 2020

Il Segretario, *Rosetta Greco*