

Parere n. 97 del 13/05/2010

Protocollo PREC 14/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Italia Engineering Enterprise s.c. - Affidamento dell'incarico di Direzione dei Lavori e di Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di consolidamento del Molo Trapezio Levante e della testata del Molo Manfredi del porto commerciale di Salerno - Importo a base d'asta € 1.289.529,15 - S.A.: Autorità Portuale di Salerno

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 gennaio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Italia Engineering Enterprise s.c. ha sollevato censure al bando di gara indicato in oggetto, chiedendo se sussistono i presupposti per l'annullamento della suddetta procedura.

La prima questione sottoposta a questa Autorità attiene alla presunta illegittimità del criterio di valutazione delle offerte relativamente al merito tecnico, in considerazione del fatto che, secondo quanto rappresentato dalla società istante, gli elementi considerati ai fini dell'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica (composizione, qualità, presenza, attrezzature ed organizzazione del gruppo di lavoro e *curricula* professionali) poiché attinenti alla capacità tecnica del prestatore dovrebbero rilevare solo come requisiti di partecipazione e non dovrebbero essere presi in considerazione nel momento della valutazione dell'offerta.

Diversamente, secondo le argomentazioni dell'istante, si verrebbe a determinare una illecita commistione tra criteri di valutazione dell'offerta e requisiti di partecipazione, in contrasto con quanto stabilito dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture del 16 novembre 2007 n. 2473 e con la previsione normativa di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 che dispone che il Bando di gara stabilisca "criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto".

Il secondo profilo oggetto di contestazione riguarda la presunta violazione dell'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, in quanto il disciplinare di gara, al punto 10.4, richiede di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica attraverso l'avvenuto espletamento di "due servizi di direzione lavori" e "due servizi di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione" in contrasto con quanto stabilito dall'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, in base al quale tali requisiti andrebbero rapportati a tutte le attività previste dall'art. 50 del medesimo decreto e, quindi, sarebbero dimostrabili attraverso l'espletamento pregresso di incarichi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori ed attività connesse.

Infine, in relazione alle classi e categorie richieste a dimostrazione dell'avvenuto svolgimento di lavori simili negli ultimi dieci anni, la società istante ha rilevato come l'aver scelto di circoscrivere la valutazione ai soli lavori riferiti a "strutture in zona sismica nel settore delle opere marittime" non troverebbe riscontro in alcuna disposizione normativa, poiché la tariffa degli Ingegneri per la classe Ig prevede "Strutture o parti di strutture in cemento armato richiedenti speciale studio tecnico, ivi comprese le strutture antisismiche".

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'Autorità Portuale di Salerno ha risposto con nota del 22 febbraio 2010 sostenendo che, in relazione al primo profilo di contestazione, la scelta di considerare quale elemento di valutazione dell'offerta tecnica anche la professionalità dei soggetti responsabili dell'espletamento del servizio di direzione lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, si è resa necessaria in ragione della particolare natura delle attività da affidare e delle responsabilità connesse.

L'opportunità di richiedere la presentazione dei *curricula* professionali, lungi dal potersi ritenere una scelta discriminatoria e limitativa della concorrenza, risponderebbe all'esigenza della stazione appaltante di assumere le necessarie garanzie che il gruppo di lavoro cui affidare la direzione delle opere portuali sia idoneo ad assicurare una prestazione qualitativamente elevata, ciò che può essere garantito solo da professionisti che abbiano maturato un'esperienza nel campo specifico oggetto dei lavori. A sostegno delle proprie argomentazioni la stazione appaltante ha citato una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 12 giugno 2009, n. 3716).

Con riferimento alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica, di cui al punto 10.4 del disciplinare di gara, l'Autorità Portuale di Salerno ha sostenuto che la richiesta di dimostrare il

possesso di detti requisiti solo attraverso l'avvenuto svolgimento di servizi di direzione lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione è giustificata dalla complessità dei lavori di consolidamento in questione e dalla specificità delle prestazioni oggetto dell'appalto che, "solo astrattamente" possono essere equiparate alle altre prestazioni rientranti nell'ampia categoria dei servizi di architettura e di ingegneria .

Da ultimo la stazione appaltante ha precisato che la dicitura "struttura in zona sismica nel settore delle opere marittime" mira a richiedere una specifica competenza tanto nel campo delle strutture in zona sismica, quanto nel campo delle opere marittime.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la prima questione controversa sottoposta con l'istanza di parere in oggetto, concernente l'asserita illegittimità del criterio di valutazione relativo al merito tecnico prescelto dalla stazione appaltante, in quanto attraverso l'attribuzione di un punteggio in relazione alla "professionalità" si verrebbe a realizzare una commistione tra elementi di valutazione dell'offerta e requisiti soggettivi di partecipazione, si rileva che sulla questione l'Autorità si è più volte pronunciata (cfr. Deliberazione 27 giugno 2007 n. 209; Deliberazione n. 30/2007,) sostenendo che "la Stazione Appaltante nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come anche di recente evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale".

Nel confermare il principio testé enunciato, si ritiene tuttavia che lo stesso non possa essere disgiunto da una valutazione specifica del caso concreto.

Occorre evidenziare, infatti, che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, conosce un'applicazione per così dire "attenuata" nel settore dei servizi, in quanto si ritiene, come sostenuto anche da un recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale, che, laddove l'offerta tecnica non consista in un progetto o in un prodotto ma si sostanzia invece in una attività, un facere, la stessa ben potrà essere valutata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità così come emergenti dai curricula professionali dei componenti il gruppo di lavoro (in tal senso cfr. anche il recente parere di questa Autorità n. 5/2010).

E' legittimo dunque che la stazione appaltante preveda l'attribuzione di specifici punteggi in relazione all'esperienza e alla qualifica professionale, e che l'aver espletato in passato servizi analoghi a quello oggetto della gara possa essere valutato quale indice di affidabilità e dunque della qualità stessa dell'offerta tecnica. In un caso, quale quello che ci occupa, di affidamento di incarichi di Direzione Lavori e Coordinamento delle sicurezza in fase di esecuzione, elementi quali la composizione e l'organizzazione del gruppo di lavoro nonché le esperienze pregresse dei singoli professionisti risultano indubbiamente indici significativi della qualità della prestazione, direttamente riconducibili a caratteristiche oggettive dell'offerta stessa e dunque adatti a porsi quali parametri di valutazione relativi al merito tecnico, purché tali aspetti non risultino preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta.

La possibilità di valutare, in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le pregresse esperienze professionali, incontra infatti il limite del peso concretamente attribuibile in termini di punteggio a tali elementi; l'apprezzamento del merito tecnico che è deducibile dalla valutazione dei curricula professionali è infatti solo uno degli elementi valutabili e pertanto non può assumere un rilievo eccessivo (in tal senso cfr.: Cons. di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n.6002; Cons. di Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n.5626; Cons. di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n.3716; Cons di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n.2770).

Nel caso di specie, il Disciplinare di gara predisposto dalla stazione appaltante prevedeva l'assegnazione di un massimo di venticinque punti in relazione alla "professionalità" così articolati: fino ad un massimo di cinque punti in relazione ai "requisiti dell'affidatario"; fino ad un massimo di cinque punti in relazione ai "requisiti del Coordinatore della Sicurezza"; fino ad un massimo di quindici punti in relazione alla "specificità competenza del Direttore dei Lavori nel campo delle strutture in zona sismica nel settore delle opere marittime e nella direzione lavori di interventi analoghi".

Sulla base delle considerazioni svolte, deve pertanto ritenersi che nel caso sottoposto all'esame di questa Autorità, il requisito della pregressa esperienza dei concorrenti, suscettibile di essere valutata in base ai richiamati criteri, sia potenzialmente in grado di incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (100) stabilito per gli altri profili dell'offerta.

Tutto ciò premesso, pur considerando che nel caso in esame, l'oggetto dell'appalto è tale da legittimare il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo "soggettivo", e che pertanto,

secondo un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza e già condiviso da questa Autorità, la valutazione dell'offerta non può prescindere dalla considerazione dell'esperienza maturata dal concorrente nell'ambito di interventi "affini", il peso in termini di punteggi assegnabili al requisito della pregressa esperienza appare tale da alterare la concorrenza e il principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Il secondo profilo oggetto di contestazione da parte dell'istante investe la problematica delle modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnicoorganizzativa secondo l'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999.

Secondo il citato articolo i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi sono individuati, tra l'altro, con riguardo: 1) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di cui all'articolo 50, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 2 e 4 volte l'importo stimato dei lavori da progettare; 2) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'articolo 50, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori da progettare.

Sul punto l'Autorità si è già espressa (cfr. Deliberazione n. 385/2001, parere n. 16/2008) sostenendo, in accordo con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato n. 2464/2006), che i requisiti di cui all'art. 66 D.P.R. n. 554/1999 possono essere dimostrati con riferimento a tutte quelle attività che sono previste dall'art. 50 del medesimo decreto, che la norma espressamente richiama, e che pertanto ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i cosiddetti "servizi di punta", non è richiesto che si attesti l'avvenuto espletamento di servizi identici a quelli da affidare ma, di aver svolto due servizi, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie cui si riferiscono i lavori da affidare, per un valore proporzionalmente rapportato all'importo stimato dei suddetti lavori. (in questo senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2006, n. 2464).

Il legislatore, infatti, nell'individuare quali indici di riferimento per la dimostrazione dei requisiti economicofinanziari e tecnicoorganizzativi, i "servizi di cui all'art. 50", ha inteso riferirsi alla totalità dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria espletati in precedenza, in quanto obiettivo della norma non era dettare un criterio di valutazione del concorrente circa la sua minore o maggiore capacità rispetto allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto (ciò avverrà in un momento successivo e distinto rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione alla gara). Inoltre, nel dettare la disciplina in materia di servizi di architettura e di ingegneria, stante il carattere omogeneo di tali servizi, il legislatore li ha sempre trattati in maniera unitaria, riferendosi ai servizi in questione in modo omnicomprendivo. (Cfr. Deliberazione 10 ottobre 2006 n. 74).

Una diversa interpretazione della normativa richiamata, che portasse a considerare solo i servizi aventi natura identica a quello oggetto della gara si porrebbe del resto in netto contrasto con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione dei concorrenti alle gare, limitando oltre il ragionevole l'entrata nel mercato di nuovi imprenditori.

Quanto previsto dall'Autorità Portuale di Salerno al punto 10.4 del disciplinare di gara (l'attestazione dell'avvenuto svolgimento di "due servizi di direzione dei lavori" e "due servizi di Coordinamento della sicurezza") si pone, pertanto, in netto contrasto con la richiamata interpretazione dell'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, finendo per determinare una eccessiva compressione della concorrenza e contrastando con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una apertura del mercato che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.

Si deve, pertanto, concludere che nel caso di specie la stazione appaltante doveva considerare sufficiente la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale attraverso l'avvenuto svolgimento di due servizi di cui all'art. 50 D.P.R. n. 554/1999.

Infine, con riferimento alla contestazione delle classi e categorie richieste a dimostrazione dell'avvenuto svolgimento di lavori similari negli ultimi dieci anni, la stazione appaltante ha precisato nel Disciplinare di gara che "i servizi di Direzione lavori valutabili per la classe I categoria g sono esclusivamente quelli riferiti a strutture in zona sismica nel settore delle opere marittime".

Sul punto, come correttamente sostenuto dall'impresa istante, occorre evidenziare che la Tariffa degli Ingegneri alla categoria I classe g prevede "Strutture o parti di strutture in cemento armato richiedenti speciale studio tecnico, ivi comprese le strutture antisismiche", senza che si faccia alcun riferimento al settore delle opere marittime.

Appare, pertanto, evidente che la specifica competenza che la stazione appaltante legittimamente avrebbe potuto richiedere era relativa alla realizzazione di opere in zone a rischio sismico; l'aver voluto limitare, invece, tale specifica competenza al settore delle opere marittime, oltre a non trovare

un riscontro nella normativa di settore, finisce sostanzialmente per limitare i servizi valutabili ai soli servizi identici a quello oggetto dell'appalto, mentre la richiesta del requisito del servizio svolto non può, come già evidenziato, che riferirsi a servizi di una certa entità complessivamente considerati.

La possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente requisiti ulteriori di partecipazione, incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza. Nel caso di specie, quindi, l'obiettivo dell'Autorità Portuale di Salerno doveva essere quello di garantire la partecipazione alla gara a tutti quei concorrenti che avessero l'esperienza e la competenza per gestire servizi analoghi, risultando a tal fine sufficiente la richiesta di competenza specifica relativa alla realizzazione di strutture in zona sismica secondo quanto previsto dalla classe I categoria g in cui rientra l'opera da realizzare.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la documentazione di gara predisposta dalla stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2010