



DELIBERA N. 463

16 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Engie Servizi S.p.A. – Gara ex articolo 61 del D.Lgs. n. 50/2016 - Avviso pubblico per manifestazione di interesse finalizzato alla individuazione di operatori, qualificati EScO (Energy Service Company), da invitare alla gara per affidare in concessione, mediante un contratto di E.P.C. (Energy Performance Contract), utilizzando mezzi finanziari propri o con Finanziamento Tramite Terzi, gli interventi di messa in sicurezza, adeguamento, efficientamento, gestione e predisposizione ai servizi di Smart City, compreso la fornitura di energia elettrica, dell'impianto di pubblica illuminazione del Comune di Putignano, secondo la procedura di cui all'art. 183, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm. e ii. di cui al D. Lgs. 19 aprile 2017 n. 56 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 5.225.000 € - S.A.: Comune di Putignano

PREC 118/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 34 d.lgs. n. 50/2016
Articolo 59, comma 1, d.lgs. n. 50/2016
Articolo 71 d.lgs. n. 50/2016
Articoli 79, comma 7 e 92, comma 6, d.P.R. n 207/2010

Parole chiave

Criteri ambientali minimi - Progettista indicato

Massima

Criteri ambientali minimi - Criteri di selezione del progettista – Affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione – Progettista indicato

In caso di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la stazione appaltante deve consentire la partecipazione agli operatori economici che dimostrano il possesso dei requisiti di progettazione fissati in conformità ai criteri ambientali minimi attraverso un progettista esterno all'organizzazione, indicato in sede di offerta, cui viene conferito un incarico su base contrattuale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 16 giugno 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 35635 del 30 aprile 2021, con la quale Engie Servizi S.p.A. ha rappresentato di non essere stata ammessa alla fase successiva della gara per l'affidamento in concessione, mediante un contratto di E.P.C. (Energy Performance Contract), con utilizzo di mezzi finanziari propri o con Finanziamento Tramite Terzi, degli interventi di messa in sicurezza, adeguamento, efficientamento, gestione e predisposizione ai servizi di Smart City, compreso la fornitura di energia elettrica, dell'impianto di pubblica illuminazione, bandita ai sensi dell'art. 61 d.lgs. n. 50/2016 dal Comune di Putignano, per non avere soddisfatto



il requisito del «*personale dipendente dedicato alla progettazione in conformità al disposto di cui al paragrafo 4.3.2.1. dei CAM di cui al Decreto MATTM del 27/07/2017*», avendo l'impresa indicato un progettista esterno alla propria organizzazione. Ad avviso dell'istante, il mancato invito a presentare offerta sarebbe illegittimo perché: *i)* la clausola (art. 6) dell'avviso pubblico di manifestazione di interesse che richiede, tra i requisiti per la partecipazione, la presentazione de «*l'elenco del personale dipendente dedicato alla progettazione*», prevede il requisito "*in conformità al Decreto MATTM del 27/07/2017*", il quale, a sua volta, chiarisce che il progettista può essere sia interno che esterno, con la conseguenza che l'indicazione di un progettista esterno sarebbe del tutto conforme al citato Decreto MATTM; *ii)* la formulazione della richiamata clausola è comunque ambigua e, nel dubbio, avrebbe dovuto essere interpretata dalla stazione appaltante nel senso di ammettere l'impresa alla successiva fase di gara; *iii)* se interpretata nel senso restrittivo inteso dalla stazione appaltante, la clausola *de qua* introdurrebbe un requisito di partecipazione più stringente rispetto a quanto previsto dal Decreto MATTM, senza alcuna motivazione circa le ragioni di un simile inasprimento, e ciò senza considerare che i c.d. criteri ambientali minimi non possono costituire un requisito di partecipazione;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 13 maggio 2021 con nota prot. n. 38740;

Vista la memoria acquisita al prot. n. 39244 del 14 maggio 2021, con cui la stazione appaltante ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto diretta a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile – una clausola escludente – per il quale sono decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale (art. 7, comma 1, lett. c, Regolamento precontenzioso). Nel merito, la stazione appaltante ha rappresentato di avere inteso precisare la necessità che il "*personale dedicato alla progettazione dell'impianto*", cui il Decreto fa riferimento, sia "dipendente" proprio per evitare fraintendimenti e ambiguità e, nel fare ciò, di avere esercitato la discrezionalità riservata pacificamente alla stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di partecipazione alle procedure selettive. Secondo l'amministrazione comunale, solo il personale "dipendente" garantirebbe un rapporto continuativo ed effettivo che esalta i livelli di professionalità che la normativa di settore intende tutelare; inoltre, ad escludere la violazione del principio di concorrenza, tale requisito avrebbe potuto essere soddisfatto anche tramite il ricorso all'istituto dell'avvalimento;

Vista la successiva memoria, acquisita al prot. n. 40542 del 19 maggio 2021, con cui Engie Servizi S.p.A. ha eccepito l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità, in quanto la clausola in questione non avrebbe previsto un requisito escludente, ma al più ambiguo, la cui lesività si è manifestata solo con l'esclusione dalla procedura; nel merito, l'impresa ha sostenuto che l'intenzione della stazione appaltante, peraltro non chiaramente formulata, di restringere la richiesta del possesso dei requisiti di progettazione al personale dipendente s'ingerirebbe illegittimamente nella organizzazione aziendale, senza una reale esigenza tecnica, con effetti discriminatori, in violazione del limite della proporzionalità e della ragionevolezza;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato, con riferimento all'eccezione preliminare di tardività, che l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto, secondo il più recente insegnamento dell'Adunanza plenaria (n. 4 del 26 aprile 2018), alle clausole escludenti "*dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza (...) precludano l'utile partecipazione*", così che "*non si ravvisano ragioni per rivisitare il consolidato principio secondo il quale le clausole del bando che non rivestono certa portata escludente devono essere impugunate dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura di gara*", mentre il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l'effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività e ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni (Cons. Stato, Sez. V, n. 2387/2019; TAR Abruzzo. L'Aquila, I, n. 402/2014);



Ritenuto che, nel caso in esame, la clausola dell'avviso pubblico di manifestazione di interesse che prevede, con riferimento al personale dedicato alla progettazione - qualificato come dipendente - la conformità al disposto di cui al paragrafo 4.3.2.1. del Decreto MATTM del 27/07/2017, non è esente da ambiguità, stante l'esplicito riconoscimento nel Decreto della possibilità di avvalersi di personale esterno, con la conseguenza che l'effetto preclusivo alla partecipazione non è immediatamente percepibile e, pertanto, l'istanza di precontenzioso formulata entro i termini di impugnazione in sede giurisdizionale dell'atto applicativo che ha reso manifesta la lesività della clausola stessa non incorre nella causa di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. c, Regolamento precontenzioso;

Considerato, con riferimento al merito della censura, che l'art. 71 d.lgs. n. 50/2016 prevede che i bandi di gara contengono i criteri ambientali minimi di cui all'art. 34 del codice, il quale a sua volta stabilisce, al comma 1, che l'obbligo di inserimento nella documentazione di gara riguarda almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM e, al comma 2, che i criteri premianti sono tenuti in considerazione anche in sede di definizione dei criteri di valutazione delle offerte in caso di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. I criteri di selezione dei concorrenti non sono obbligatori ma, al pari dei criteri premianti suggeriti per la valutazione delle offerte, rappresentano una chiara indicazione (rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante) al fine del conseguimento degli obiettivi ambientali del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione (PAN GPP), dal quale i CAM prendono le mosse. Il Decreto MATTM del 27/07/2017, che definisce i CAM da utilizzare nell'ambito delle procedure d'acquisto di sorgenti di illuminazione e di apparecchi d'illuminazione per illuminazione pubblica e di affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica, per ogni tipologia di affidamento, individua: *i*) i requisiti dei candidati (criteri di base), atti a provare la capacità tecnica del candidato ad eseguire il contratto in modo da ridurre gli impatti ambientali; *ii*) le specifiche tecniche (criteri di base), che definiscono il livello minimo da raggiungere in relazione ai più significativi impatti ambientali dei prodotti/servizio; *iii*) le clausole contrattuali (criteri di base), ovvero i criteri di sostenibilità che l'appaltatore si impegna a rispettare durante lo svolgimento del contratto; *iv*) i criteri premianti (criteri di aggiudicazione), ovvero i criteri di valutazione dell'offerta cui debbono essere attribuiti, nei documenti della procedura d'acquisto, specifici punteggi. Per la verifica del rispetto dei singoli criteri, la definizione di ognuno di questi è completata dall'indicazione, sotto la voce "verifica", dei mezzi di prova del rispetto del criterio stesso. In conformità al Codice, il Decreto prevede che le Amministrazioni sono tenute ad utilizzare almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali ed a tener conto dei criteri ambientali premianti, come elementi per la valutazione e l'aggiudicazione delle offerte, confermando che i requisiti di partecipazione non sono obbligatori. In ogni caso il Decreto evidenzia che i CAM indicati rappresentano il livello minimo delle prestazioni ambientali da raggiungere, per cui le Amministrazioni che hanno obiettivi più ambiziosi di rispetto e protezione dell'ambiente possono decidere di utilizzare, per tutti o per alcuni criteri, livelli più restrittivi;

Considerato che, nel paragrafo 4.3.2.1, il Decreto MATTM del 27/07/2017 indica i criteri di selezione dei progettisti dell'impianto di illuminazione e prevede che l'offerente dimostri il soddisfacimento del criterio richiesto mediante idonea documentazione attestante le qualificazioni richieste (certificazioni, attestazioni, ecc.) e/o l'esistenza di contratti di collaborazione con progettisti in possesso di tali qualificazioni;

Considerato che, nel caso di specie, il Comune di Putignano, nel legittimo esercizio della discrezionalità propria della stazione appaltante, ha applicato i criteri di selezione dei progettisti ma ha anche inteso limitare la possibilità di dimostrazione di tali requisiti imponendo che il personale dedicato alla progettazione sia personale dipendente dell'impresa partecipante;

Ritenuto che la legittimità della clausola che, nell'intenzione dell'amministrazione, avrebbe dovuto introdurre detta restrizione appare messa in dubbio, in primo luogo, dalla considerazione che essa non si sostanzia in una richiesta di requisiti più rigorosi di quelli fissati dal Decreto, finalizzata ad ottenere una riduzione più



significativa dell'impatto ambientale dell'impianto, ma in una limitazione delle modalità di comprova dei medesimi requisiti, in aperto contrasto con le disposizioni del Decreto stesso;

Ritenuto che la non conformità alla normativa di settore della clausola (per come interpretata dalla stazione appaltante) appare confermata dalla ulteriore considerazione che la procedura in esame prevede l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, come espressamente consentito nei casi di finanza di progetto e di affidamento in concessione dall'art. 59, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, secondo uno schema assimilabile a quello dell'appalto integrato, e che in forza del combinato disposto degli articoli 79, comma 7 e 92, comma 6, d.P.R. n. 207/2010, in tale caso, i requisiti per i progettisti devono essere posseduti dalle imprese attestata per prestazioni di sola esecuzione attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta. Ovvero, i requisiti di progettazione non posseduti in proprio dall'operatore economico partecipante, tramite lo staff di progettazione assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, possono essere dimostrati, oltre che mediante un progettista mandante associato in un raggruppamento temporaneo "eterogeneo" con gli operatori economici che partecipano all'appalto o alla concessione, anche tramite un progettista indicato ma estraneo all'offerente, cosiddetto ausiliario che presta un «avvalimento atipico», a cui viene conferito un incarico su base contrattuale (cfr. CGARS, n. 276/2021). Il progettista indicato dall'impresa che ha formulato l'offerta è un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera (Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 13/2020);

Ritenuto che, sulla base delle norme sopra richiamate, in un affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la stazione appaltante deve consentire la partecipazione agli operatori economici in possesso dei requisiti di progettazione anche attraverso un progettista esterno all'organizzazione dell'offerente, indicato in sede di offerta, in grado di dimostrare i requisiti previsti dalla normativa di settore e dalla *lex specialis* di gara, cui viene conferito un incarico su base contrattuale (cfr. anche Parere di precontenzioso delibera n. 1015/2020);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore la mancata ammissione alla fase successiva della procedura di Engie Servizi S.p.A. per non avere soddisfatto il requisito di personale dipendente dedicato alla progettazione in conformità al disposto di cui al paragrafo 4.3.2.1. dei CAM di cui al Decreto MATTM del 27/07/2017.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente