

Parere n. 73 del 21 aprile 2011

PREC 227/10/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 incarichi professionali di "direzione lavori, misura e contabilità" e "Coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione" dei lavori di ampliamento della residenza "B. Colombo" di Padova, via L. Einaudi n. 10 - Importo a base d'asta € 347.402,66 - S.A.: ESU di Padova.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Italia Engineering Enterprise S.c. ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità della procedura di gara per l'affidamento degli incarichi professionali in oggetto, contestando il mancato rispetto, sotto molteplici profili, della normativa di settore da parte della stazione appaltante ESU di Padova - Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario. In particolare, la società istante ha rappresentato che: - il bando di gara è stato inviato alla GUCE il 15/7/2010 e pubblicato sulla GURI il 21/7/2010, mentre il termine di presentazione delle offerte è stato fissato al 27/08/2010 senza tener conto che l'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006 fissa in 52 giorni dall'inizio del bando il termine utile per presentare le offerte; - sono stati erroneamente ritenuti validi, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità concernenti il "servizio simile e servizio di punta", esclusivamente servizi di direzione lavori, specificando nel disciplinare che non sarebbero stati presi in considerazione i servizi attinenti alle attività di progettazione e di coordinamento per la sicurezza nella fase di progettazione; - la stazione appaltante ha individuato un numero di quattro tecnici come composizione minima dell'Ufficio di Direzione lavori ma, erroneamente, ha chiesto ai partecipanti di dimostrare di avere avuto a disposizione nei tre anni antecedenti la data del bando di gara un numero medio annuo di personale non inferiore a due unità complessive, peraltro, senza tenere conto che l'articolo 253, comma 15 bis, del Regolamento, in tema di organico medio annuo impone di fare riferimento ai tre migliori anni del quinquennio precedente; - nella sezione 4 del disciplinare è specificato che, nel caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo, il requisito deve essere posseduto nella misura minima del 60% dal capogruppo, ossia dal soggetto a cui fa capo il direttore dei lavori, e minima del 40% da parte del mandante, ossia dal soggetto a cui fa capo il coordinatore per la sicurezza, ma tale richiesta è in contrasto con il comma 4 dell'art. 65 del D.P.R. n. 554/1999, che riserva alla stazione appaltante la facoltà di richiedere, in caso di raggruppamenti temporanei dei concorrenti, requisiti del capogruppo non superiori al 60% e non (come da prescrizione del disciplinare) "in misura minima"; - la stazione appaltante ha erroneamente previsto di assegnare per la professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva e dai curricula un punteggio pari a 70 punti su un totale di 80; - il comma 4 dell'art. 4 della convenzione, con il quale la stazione appaltante si è riservata di chiedere l'approvazione dell'Ordine degli Ingegneri sul compenso offerto in sede di gara, ponendo a carico dell'aggiudicatario la spesa, costituisce una clausola vessatoria ed in contrasto con la normativa vigente in tema di appalti pubblici; - nella sezione 11 del disciplinare di gara è posto illegittimamente a carico dei soli concorrenti con studio avente sede legale a oltre 100 km dal cantiere dove devono eseguirsi i lavori l'obbligo di presentare, a giustificazione dell'offerta, una ulteriore relazione ove indicare l'organizzazione logistica (ed i conseguenti costi da sostenere) di cui intendono dotarsi per garantire l'esecuzione del servizio con la massima efficienza rispetto a quanto previsto nello schema di convenzione di incarico.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 13 ottobre 2010, la ESU di Padova - Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario ha rilevato che: - in merito ai termini di ricezione delle offerte, nel determinare detto termine si è tenuto conto delle riduzioni previste dai commi 8 e 9 dell'art. 70 del D.Lgs. n. 163/2006; - circa i requisiti di partecipazione alla gara, trattandosi di una gara per l'affidamento di soli incarichi di Direzione lavori e Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, ai fini della dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 66, comma 1, lett. b) e c), del D.P.R. n. 554/1999, si è ritenuto di non poter prescindere dall'attinenza dei servizi prestati con quelli oggetto della gara; - riguardo al numero medio annuo di personale, cui fare riferimento per la dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 66, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 554/1999, il bando è stato redatto tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 125 del citato regolamento, prevedendo una composizione massima di 4 persone per l'ufficio di direzione lavori; - i fattori ponderali assegnati ai vari elementi di valutazione dell'offerta sono stati stabiliti nel bando in linea con quanto previsto dall'art. 64, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999. La stazione appaltante ha fatto altresì presente che in merito alla procedura di gara in oggetto non è stato presentato ricorso all'autorità giudiziaria, che la Italia Engineering Enterprise S.c. non risulta aver presentato offerta e che le operazioni di gara si sono concluse il 5 ottobre 2010 con l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore del

Raggruppamento temporaneo composto dall'arch. Zuin Piero Andrea, dall'ing. Muzzolon Antonio, dalla Sinerga Planning s.a.s. e dalla PLCAD s.a.s. di Griggio F. & C.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame si deve, in primo luogo, considerare che nel determinare il termine di ricezione delle offerte la stazione appaltante ha tenuto conto delle riduzioni previste dai commi 8 e 9 dell'art. 70 del Codice dei contratti pubblici, come espressamente chiarito dal disciplinare di gara (cfr. pagina 19). Pertanto, il riferimento fatto dall'istante Italia Engineering Enterprise S.c. al termine di 52 giorni dall'invio del bando, fissato dal comma 2 del predetto art. 70, è da ritenersi, nel caso di specie, inconferente.

Riguardo ai requisiti di capacità, la stazione appaltante ha previsto l'obbligo dei partecipanti di dimostrare *"l'a vvenuto espletamento dei servizi, iniziati ed ultimati, nei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando di gara (15.07.2000 - 15.07.2010), ovvero la parte di essi ultimata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente, di Direzione lavori e di Coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione"* relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie oggetto della procedura e per gli importi minimi indicati nel disciplinare di gara (cfr. Req. 4 del disciplinare di gara).

Sul punto, come precisato da questa Autorità con Determinazione n. 5 del 27 luglio 2010 (recante Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria), si deve considerare che per quanto attiene agli appalti di importo superiore a centomila euro (quale quello di specie) in attesa dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti, ai sensi dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999, dalle stazioni appaltanti con riguardo ai seguenti elementi: a) fatturato globale per servizi espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 3 e 6 volte l'importo a base di gara; b) avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi, 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; c) avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi, 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; d) numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

Tuttavia, il decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo del Codice) ha introdotto all'articolo 253 il comma 15- *bis*, prevedendo un meccanismo transitorio (fino al 31 dicembre 2010) teso a consentire una più agevole partecipazione alle gare per i progettisti attraverso la presa in considerazione di un arco temporale più ampio rispetto a quello previsto dalla normativa vigente di cui all'articolo 66. La novella ha la funzione di consentire la partecipazione alle gare di progettazione ad un maggior numero di soggetti, permettendo a questi ultimi di ampliare l'arco temporale di riferimento all'interno del quale recuperare le referenze necessarie a gareggiare. Pertanto, la volontà del legislatore, applicata alle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione per incarichi di progettazione e altri servizi tecnici connessi, è tale per cui: a) quando la normativa vigente prevede un requisito di cinque anni (è il caso della lettera a) del comma 1 dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999, sul fatturato globale per servizi di ingegneria), l'applicazione della norma del terzo correttivo determina la richiesta dei *"migliori cinque anni del decennio precedente"* (in sostanza si consente di individuare su dieci anni il requisito quinquennale); b) allo stesso modo si opera per la richiesta di requisiti triennali (lettera d) del citato comma dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999 in tema di organico medio annuo): si dovrà fare riferimento ai *"tre migliori anni del quinquennio precedente"*; c) per gli altri due requisiti su base decennale (lettera b) e lettera c) del comma 1 dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999) invece, la norma non risulta applicabile, pena una sua interpretazione restrittiva, contraria alla *ratio* della novella. Il legislatore ha, infatti, ritenuto sufficiente, per questi due requisiti, l'arco temporale decennale e, quindi, non ha previsto (né poteva prevedere, per simmetria con la norma dedicata alle imprese di costruzioni) una estensione del periodo documentabile per provare i requisiti.

La disposizione incide, quindi, sui requisiti indicati alle lett. a) e d) dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999, consentendo di valutare il fatturato globale per servizi espletati, per un importo variabile tra tre e sei volte l'importo a base di gara, in un arco temporale decennale (nei migliori 5 anni del decennio precedente), in luogo del periodo quinquennale previsto dal regolamento, nonché di considerare l'organico medio annuo del personale tecnico utilizzato, in misura variabile da due a tre volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico, su base quinquennale (nei migliori tre anni del quinquennio precedente), in luogo del periodo triennale previsto dal regolamento (cfr., sul punto, circolare Ministero infrastrutture e trasporti 12 novembre 2009, n. 4649).

Il d.P.R. n. 554/1999, pur richiamandosi, al fine della dimostrazione dei requisiti, ad importi dei lavori di entità in genere superiore (ad esempio, complessivamente da 2 a 4 volte l'importo dei lavori cui riferisce l'affidamento), si riferisce genericamente a servizi di cui all'articolo 50, ovvero a *"servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici"*

concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo ed esecutivo nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione”.

Al riguardo, occorre richiamare l'interpretazione che l'Autorità ha fornito con deliberazione n. 74/2006, del contenuto del requisito relativo al fatturato globale di cui alla lett. a) del comma 1 dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999: “ *Altra ragione per cui si propende per un'interpretazione letterale rispetto a quella restrittiva che porta a considerare solo i servizi aventi identica natura di quello posto in gara, ai fini della determinazione del fatturato globale, deriva dall'esigenza di uniformità interpretativa delle norme in materia di affidamento di servizi attinenti l'ingegneria e l'architettura. In questa materia, infatti, il legislatore (v. art. 17 legge 109/94), in considerazione del carattere essenzialmente omogeneo di tali servizi (progettazione e altri servizi tecnici connessi alla progettazione, nonché attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione), ogniqualvolta ha dettato la disciplina di riferimento lo ha fatto in maniera unitaria, riferendosi ai servizi in modo onnicomprensivo”.*

In sostanza, il requisito in argomento non può essere inteso nel senso di limitare il fatturato ai soli servizi specificamente posti a base di gara come, invece, ha fatto nella fattispecie la stazione appaltante.

Infatti, come specificato con deliberazione dell'Autorità di Vigilanza n. 385/2001, “ *rientrano nell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 50 del Regolamento attuativo, tutte le attività di progettazione di opere e lavori pubblici finalizzate alla redazione dei progetti, consistenti nel tipo e numero di elaborati individuati per i singoli livelli di progettazione - preliminare, definitivo ed esecutivo - dagli articoli da 18 a 45 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e s.m., nonché l'attività di direzione lavori e quelle di tipo accessorio connesse alla predetta attività di progettazione elencate nell'articolo 17, commi 1 e 14 quinquies della legge quadro*” (oggi, articolo 90, comma 1 ed articolo 91, comma 3, del Codice). Ne deriva che, ad esempio, nell'ipotesi di affidamento della progettazione e della direzione lavori, ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i servizi cd. di punta, in relazione ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, detti requisiti possono essere dimostrati con l'espletamento pregresso di incarichi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori. La logica sottesa alla richiesta del requisito del “servizio di punta”, infatti, è quella di aver svolto singoli servizi di una certa entità complessivamente considerati e non di aver svolto servizi identici a quelli da affidare (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 3 maggio 2006, n. 2464).

Appare errata anche la scelta della stazione appaltante di prevedere, da una parte, un numero di quattro tecnici come composizione minima dell'Ufficio di Direzione lavori e chiedere, dall'altra, quale requisito di capacità, di dimostrare di avere avuto a disposizione nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara un numero medio annuo di personale non inferiore a due unità complessive, senza tenere conto che l'articolo 253, comma 15 bis, del D.P.R. n. 554/1999, in tema di organico medio annuo, impone di fare riferimento ai tre migliori anni del quinquennio precedente.

Inoltre, considerando che il comma 4 dell'art. 65 del citato regolamento riserva alla stazione appaltante la facoltà di richiedere, in caso di raggruppamenti temporanei dei concorrenti, requisiti del capogruppo non superiori al 60% e non (come da prescrizione del disciplinare) “*in misura minima*” pari al 60%, anche quest'ultima previsione della *lex specialis* risulta erronea (cfr. sezione 4, Req. 5, del disciplinare, ove è specificato, peraltro, che nel caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo, il requisito deve essere posseduto nella misura minima del 60% dal capogruppo, ossia dal soggetto a cui fa capo il direttore dei lavori, e minima del 40% da parte del mandante, ossia dal soggetto a cui fa capo il coordinatore per la sicurezza).

Va considerata altresì illogica la scelta di assegnare per la professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva e dai curricula un punteggio pari a 70 punti su un totale di 80.

Infatti, circa gli elementi di valutazione ed i criteri motivazionali, il D.P.R. n. 554/1999 prevede che, nel caso di aggiudicazione di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nel caso di specie), vanno presi in considerazione i seguenti criteri di valutazione (articolo 64, comma, 2 del d.P.R. n. 554/1999): a) professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva; b) caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico e dai curriculum dei professionisti che svolgeranno il servizio di cui al comma 1, lettera b), punti 2 e 3; c) ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica; d) riduzione percentuale indicata nell'offerta economica con riferimento al tempo.

Il predetto Regolamento del 1999 stabilisce, inoltre, che ai criteri di valutazione vanno attribuiti i seguenti fattori ponderali: 1) per il criterio a) (professionalità o adeguatezza dell'offerta): da 20 a 40; 2) per il criterio b) (caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta o caratteristiche metodologiche dell'offerta): da 20 a 40; 3) per il criterio c) (ribasso percentuale): da 10 a 30; 4) per il criterio d) (riduzione percentuale): da 0 a 10. Come rilevato nella determinazione n. 4/2009, la determinazione della scala delle valutazioni in riferimento sia al criterio di valutazione a)

(professionalità o adeguatezza dell'offerta) sia al criterio di valutazione b) (caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta o caratteristiche metodologiche dell'offerta) impone che il disciplinare di gara stabilisca i cosiddetti criteri motivazionali che consentono di ritenere una offerta migliore di un'altra. Pertanto, la documentazione che deve corredare l'offerta dei concorrenti ed i criteri motivazionali che devono essere previsti nei documenti di gara devono, per entrambi i criteri di valutazione, essere differenti a seconda che i servizi da affidare riguardino la sola prestazione di

progettazione, la sola prestazione di direzione dei lavori o entrambe le prestazioni (cfr. Det. AVCP n. 5/2010).

A ciò va aggiunto che è vero che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente conosce un'applicazione "attenuata" nel settore dei servizi, in quanto si ritiene 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 può essere valutata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità emergenti da curricula professionali. Ma è anche vero che la possibilità di valutare, in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le pregresse esperienze professionali, incontra il limite del peso concretamente attribuibile in termini di punteggio a tali elementi (cfr. parere AVCP n. 97/2010).

In sostanza, l'apprezzamento del merito tecnico che è deducibile dalla specifica professionalità e dalla valutazione dei curricula professionali è solo uno degli elementi valutabili e, pertanto, non può assumere un rilievo eccessivo (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), come, invece, nel caso in questione nel quale si è previsto di assegnare 70 punti degli 80 disponibili, riservandone solo 10 alla valutazione delle caratteristiche dell'offerta metodologica.

Infine, sulla base della documentazione prodotta e delle deduzioni dell'istante, non vi sono elementi per affermare l'irragionevolezza delle altre clausole contestate, considerato che la Italia Engineering Enterprise S.c. ha mosso contro le stesse rilievi generici omettendo di specificare le disposizioni normative con le quali esse sarebbero in contrasto.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che siano illegittime le clausole del disciplinare di gara contenute nella Sezione 4 (Req. 5 e 6) e nella Sezione 5 del disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito