



Presidente

Al Responsabile Unico del procedimento
Geom. [omissis]

c/o Assessorato regionale delle Infrastrutture e della Mobilità
Dipartimento regionale delle infrastrutture, della Mobilità e dei Trasporti
Servizio 8 - Infrastrutture Marittime e Portuali
via Leonardo da Vinci 161 – 90145 PALERMO
Pec: [omissis]

e p.c. Spett. OICE
Associazione delle organizzazioni di ingegneria,
di architettura e di consulenza tecnico-economica
Pec: [omissis]

Fasc. Anac n. 1507/2022 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori di potenziamento delle opere marittime esistenti per la messa in sicurezza e prolungamento diga Foranea del porto di Castellamare del Golfo (TP) (CIG: 897243606C; Importo a base di gara: 8.835.403,19 €).

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

In data 04/03/2022 perveniva per conoscenza a questa Autorità una segnalazione - acquisita al protocollo ANAC con il numero 16240 - con cui l'OICE (Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica) lamentava la previsione nell'allegato 6 del disciplinare di gara della procedura in oggetto, di una clausola limitativa per la valutazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, in apparente contrasto con le linee guida ANAC n. 1 riportanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*" e chiedeva alla stazione appaltante di conformarsi alle stesse.

In particolare, l'istante contestava la richiesta nell'allegato 6 – Dichiarazioni integrative del progettista, lett. e), tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, dell'ulteriore requisito "*di aver svolto nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio i seguenti servizi di punta riferiti alle categorie e ID come da elenco sotto riportato, per un valore complessivo opere non inferiore a quanto indicato nel disciplinare di gara*".

Secondo l'OICE, infatti, la Stazione Appaltante avrebbe compiuto un'illegittima commistione tra i requisiti di partecipazione previsti al paragrafo 2.2.2.1 delle linee guida Anac n. 1, laddove vengono indicati alla lettera a) "*il fatturato globale per i servizi di ingegneria e di architettura (...) espletati nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio*" e alla lett. c) "*lo svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3 lett. vvvv) del codice, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare*".

UFFICIO

T +39 06 367231

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma

L'Amministrazione, dunque, avrebbe impropriamente combinato i diversi requisiti previsti alle lett. a) e c), richiedendo di avere riguardo per i c.d. "servizi di punta" ai migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio e non, come espressamente stabilito alla lett. c), agli ultimi dieci anni.

A parere dell'istante, tale clausola, indicando un limite temporale stringente per la scelta dei servizi di punta, comporterebbe un'inaccettabile restrizione della concorrenza e una violazione del favor participationis, oltre a porsi in contrasto con le linee guida Anac n. 1 ed il bando-tipo n. 3 che, riguardo alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, richiede al paragrafo 7.3 lett. j) di indicare *"servizi "di punta" di ingegneria e architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, con le seguenti caratteristiche: l'operatore economico deve aver eseguito, per ciascuna delle categorie e ID della successiva tabella, due servizi per lavori analoghi, per dimensione e caratteristiche tecniche, a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a.....[inserire un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione] volte il valore della medesima"*.

L'istante rilevava, inoltre, che in merito a quanto sopra riportato è stato proposto apposito quesito alla Stazione Appaltante, la quale ha negato che si trattasse di un refuso e ha precisato, al contrario, che il modello integrativo costituisce parte integrante e sostanziale del disciplinare di gara.

Con nota acquisita al prot. 16802 del 07/03/2022, perveniva da parte dell'OICE un'altra segnalazione, con la quale si evidenziavano ulteriori profili di criticità relativamente alla procedura in oggetto, con particolare riguardo alla previsione di cui al paragrafo XII.3 del disciplinare di gara, contenente le indicazioni relative al possesso dei requisiti per i servizi di progettazione.

In tale paragrafo, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti progettuali da parte delle imprese di costruzioni, si prescrive che nel caso di concorrenti che individuino i progettisti mediante indicazione esplicita di un operatore economico di cui all'art. 46 del Codice, si possono riscontrare le seguenti ipotesi: il concorrente indica un singolo operatore economico "ausiliario", oppure un raggruppamento temporaneo di cui all'art 46 comma 1 lettera e) del Codice, o ancora indica più soggetti professionali (cosiddetto avvalimento frazionato), precisando che *"in ogni caso i soggetti indicati devono essere in possesso dei requisiti generali e dovrà essere presentata tutta la documentazione richiesta per l'avvalimento"*.

A parere dell'istante, facendo riferimento alla stipula di un vero e proprio contratto di avvalimento, si effettuava un'impropria equiparazione tra "indicazione" del progettista ed avvalimento che non corrisponde al dettato e alla ratio dell'art. 59, comma 1-bis, del d.lgs. 50/2016, a mente del quale *"I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione"*.

Secondo l'OICE, dalla norma non si desumerebbe in alcun modo la necessità per il progettista indicato di produrre un contratto di avvalimento e, a riprova di ciò, citava alcuni arresti giurisprudenziali, secondo i quali quando l'operatore economico decide di avvalersi di un progettista qualificato, non deve intendersi il progettista con il quale lo stesso abbia concluso un contratto di avvalimento, ma semplicemente il professionista indicato dall'offerente al fine di utilizzare le sue referenze.

In riferimento alla prima criticità rappresentata dall'esponente, merita rilevare preliminarmente che l'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nel delineare le funzioni e i poteri attribuiti a questa Autorità, dispone che *"L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche"* mentre, con particolare riferimento all'adozione da parte della stessa dei c.d. bandi-tipo, l'art. 71 del citato decreto legislativo precisa che *"Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi"* e che *"Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe"*

al bando-tipo". Dall'analisi di tali disposizioni emerge chiaramente il ruolo di fondamentale importanza che vengono ad assumere le linee guida e i bandi-tipo nel definire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti, a tutela della concorrenza e dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa ha sempre affermato che, pur non avendo natura vincolante, le linee guida ANAC assumono un ruolo di regolazione fondamentale nel nostro ordinamento, in quanto forniscono ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa sui contratti pubblici, per cui potranno essere disattese dall'amministrazione soltanto dandone adeguata motivazione. Se dunque è vero che la normativa consente un minimo di flessibilità, permettendo alle Stazioni appaltanti, in applicazione della loro discrezionalità valutativa, di derogare a singole disposizioni delle linee guida, è purtuttavia necessario che le stesse, oltre a non potersene discostare in modo irragionevole e abnorme, motivino attraverso l'adozione di un apposito atto le ragioni di opportunità sottese a tale deroga.

Anche il Consiglio di Stato, infatti, nell'esercizio delle proprie funzioni consultive, relativamente alle linee guida ANAC n. 1 e n. 2, ha chiarito che *"In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, questa Commissione speciale rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida – anche se esse dovessero apparire "prescrittive", magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo – se, come in molti casi previsto da queste ultime, la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa"* e ancora *"Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari"* (parere numero 1767 del 2016).

Un'attenta applicazione delle linee guida e dei bandi-tipo, quindi, consente un più sicuro rispetto dei principi cardine di derivazione europea in materia di contratti pubblici, quali il principio di trasparenza, di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione, di non discriminazione e di tutela della concorrenza.

Nel caso di specie, ridurre la scelta dei servizi di punta ai migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio, piuttosto che agli ultimi dieci anni, comporta un'effettiva limitazione del favor participationis e un conseguente restringimento della concorrenza. Se è pur vero che l'inserimento di tale clausola prevista dal Bando-tipo n. 3 sia meramente facoltativa, per cui la Stazione appaltante può scegliere secondo la sua discrezionalità amministrativa se inserirla o meno, è altrettanto vero che una volta che si è optato per l'inserimento della clausola, la stessa non può essere utilizzata, senza alcuna apparente valida ragione, per addivenire ad un restringimento della concorrenza.

A tal proposito l'art. 83 del codice dei contratti pubblici, dopo aver elencato i criteri di selezione delle offerte, al secondo comma precisa che *"I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"*.

Un eventuale restringimento della concorrenza, quindi, potrebbe trovare ragion d'essere solo se correlato ad uno specifico interesse pubblico, quale l'esigenza di individuare un operatore maggiormente specializzato che consenta una più efficiente ed efficace prestazione del servizio, anche in relazione alle caratteristiche concrete dell'oggetto dell'appalto. In caso contrario, una tale clausola limitativa dovrebbe ritenersi irragionevole, anche alla luce della prioritaria posizione che il principio di concorrenza ricopre nel nostro ordinamento.

In merito alla seconda questione rilevata dall'OICE - e dunque, alla possibilità per l'operatore economico di limitarsi ad indicare come progettista, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti progettuali, un professionista ai sensi dell'art. 46 del codice, anche in assenza di un contratto di avvalimento - preme sottolineare che l'art. 59, comma 1-bis, nel disciplinare l'ipotesi di appalto integrato con prevalente componente tecnologica o innovativa, richiama la formulazione normativa già prevista nell'art. 53, comma 3, del d.lgs. 163/2006, a mente del quale *"quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*.

Ai sensi del codice previgente, perciò, l'operatore economico che non aveva i requisiti prescritti per i progettisti, poteva acquisirli secondo due modalità: partecipando in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, oppure avvalendosi di progettisti qualificati da indicare in sede di offerta. In riferimento a questa seconda ipotesi, la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta per chiarire il significato del termine "avvalersi", ritenendo che lo stesso debba intendersi in senso tecnico col significato di "utilizzare – impiegare" l'opera e le capacità professionali e di esperienza di altri soggetti e precisando che è rimessa all'operatore economico un'ampia libertà nell'individuazione della forma di collaborazione professionale che intende effettuare con il professionista, essendo lo stesso *"qualificabile come mero "collaboratore dell'offerente", pur essendo tenuto a dimostrare i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando, in base al citato art. 53, comma 3"* (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, n. 4982 del 30/10/2017, Cons. di Stato, Sez. IV, n. 1425 del 19/03/2015, Cons. Stato, sez. V, n. 1757 del 27/03/2013).

Più precisamente, secondo il Consiglio di Stato, *"dall'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 si evince che la norma solo statuisce che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'A.T.I., va solo indicato, senza prescrivere che debbano anche prodursi le dichiarazioni dell'art. 49 per l'avvalimento, e imposte all'impresa ausiliaria avvalente (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo ex art. 34, comma 2 con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, ecc.) o all'impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente). Da quanto sopra sembra discendere che, nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato, il progettista prescelto dall'impresa partecipante e indicato alla stazione appaltante non assume la qualità di concorrente: questa spetta solo all'impresa concorrente, e il primo resta solo un collaboratore esterno, la cui posizione non ha diretto rilievo con l'Amministrazione appaltante"* (Cons. Stato, Sez. V, n. 4982 del 30/10/2017).

Sul punto è intervenuta anche una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, nell'analizzare la possibilità per il progettista indicato di ricorrere a sua volta all'avvalimento (c.d. avvalimento a cascata) ha rilevato che *"solamente nell'ipotesi in cui il progettista originariamente indicato dal costituendo raggruppamento sia da qualificare come ausiliario in senso tecnico, ossia come l'effetto del meccanismo proprio dell'avvalimento, si pone l'ulteriore questione se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti"* precisando che dagli *"atti di gara emerge pacificamente come la nomina del progettista sia stata semplicemente indicata dal raggruppamento aggiudicatario, senza che sia stato prodotto un contratto di avvalimento con il professionista originario"* e che *"questo è avvenuto del tutto legittimamente, in quanto la normativa generale e la "legge" della procedura consentivano di utilizzare un professionista esterno, senza la necessità di stipulare con lo stesso un formale contratto di avvalimento"*. Secondo la Plenaria, perciò, la posizione giuridica del progettista indicato dall'offerente è *"quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta"* (Ad. Plen. n. 13 del 09/07/2020).

In materia si è già espressa anche questa Autorità con il parere numero 149 del 9 settembre 2015, chiarendo che *"la previsione che consente di "avvalersi" di progettisti qualificati nulla ha a che vedere con l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49, tant'è che tale possibilità era già ammessa dall'art. 19, comma 1 ter, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la quale non disciplinava affatto l'avvalimento benché consentisse, in caso di appalto integrato, alle imprese prive di qualificazione per la progettazione, di "avvalersi" di progettisti qualificati senza dover ricorrere ad un raggruppamento temporaneo di operatori economici"*, per cui un'eventuale previsione del bando di gara che equipara l'indicazione del progettista prevista all'art. 53, comma 3, d.lgs. 163/2006 con l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del Codice *"è da intendersi come non apposta"*.

Alla luce di quanto detto sinora, pare ragionevole sostenere che anche nell'assetto del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, in un appalto di progettazione ed esecuzione dei lavori, l'impresa qualificata per la sola esecuzione dei lavori potrà indicare il progettista senza alcun obbligo di avvalimento ai sensi dell'art. 89 dello stesso codice. Ciò è ancora più evidente se si considera che l'art. 59, comma 1-bis, nel richiamare la formulazione del previgente codice, ha eliminato il termine "avvalersi" a favore di un'espressione più generica, limitandosi a stabilire che i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto, qualora non siano posseduti direttamente dall'offerente per mezzo del suo staff di progettazione, *"sono posseduti dalle*

imprese attestata per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1°.

Il progettista, quindi, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, può essere individuato e coinvolto in tre modi: a) per mezzo di un raggruppamento temporaneo con gli operatori economici che partecipano per l'appalto dei lavori, assumendo in tal caso anche la qualifica di offerente; b) attraverso l'indicazione di un professionista qualificato, il quale non assume la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione in caso di aggiudicazione, trattandosi di semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara; c) semplicemente come appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori e a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo.

Il progettista indicato, in ogni caso, dovrà essere in possesso "dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, oltreché di quelli speciali richiesti, dovendo escludersi che il soggetto designato per l'esecuzione delle attività progettuali a beneficio dell'amministrazione possa svolgerle anche se privo delle condizioni di moralità prescritte dalla legge in materia di affidamento di commesse pubbliche" (Cons. Stato, sez. V, n. 5563 del 27/07/2021).

Ne deriva che deve ritenersi non conforme alla normativa di settore, in quanto restrittiva della concorrenza, una clausola del disciplinare di gara che imponga agli operatori economici di concludere un contratto di avvalimento, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti progettuali in caso di affidamenti di progettazione e costruzione.

In base a quanto sopra esposto, il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 14 settembre 2022 ha disposto la comunicazione della definizione del presente procedimento, ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito nei riguardi di codesta Stazione Appaltante a voler tener conto di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione, in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 16 settembre 2022