

Parere n. 232 del 23/10/2008

PREC 198/08/S

Oggetto: istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006, presentata dalla Comunità montana Valceresio (VA) - Formazione elenco soggetti qualificati ad assumere incarichi ex art. 91 D.Lgs. n. 163/06, nonché di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici relativi a prestazioni di importo superiore a euro 20.000 ed inferiore a euro 100.000,00 - S.A. Comunità montana Valceresio (VA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12/03/2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale la Comunità Montana Valceresio ha rappresentato che l'OICE (Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica) ha contestato la procedura, indetta dalla S.A. con avviso pubblicato in data 19.02.2008, finalizzata alla costituzione di un elenco di soggetti qualificati ad assumere incarichi ex art. 91 D. Lgs. n. 163/06, nonché incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici relativi a prestazioni di importo superiore a euro 20.000 ed inferiore a euro 100.000,00.

Nello specifico l'OICE (con nota AM/prot. n. 61 del 03/03/2008) ha ritenuto le scelte procedurali adottate nell'avviso contestato non idonee a garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici ed ha chiesto alla S.A. di modificare l'avviso medesimo, nel senso di adeguarlo alla normativa, anche regolamentare, vigente, tra cui la circolare del 16.11.2007, n. 24734 del Ministero delle infrastrutture, recante in oggetto "Affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura".

In particolare, la citata Associazione di categoria ha evidenziato i seguenti profili di non conformità dell'avviso:

1. la mancata previsione di un principio di rotazione tra i soggetti da invitare a formulare l'offerta;
2. la prescrizione che la qualificazione avvenga in relazione al numero degli incarichi espletati, senza alcun riferimento agli importi delle prestazioni effettuate;
3. la mancata previsione di fasce di importo in cui suddividere l'elenco, nonché la mancata richiesta dei "curricula" agli operatori economici interessati, predisposti con riferimento alle classi, alle categorie e agli importi indicati nell'avviso;
4. il riferimento, quale periodo utile per l'avvenuto svolgimento di incarichi ai fini della qualificazione, al triennio antecedente alla data di pubblicazione dell'avviso anziché al quinquennio, come indicato nella circolare ministeriale citata;
5. la prescrizione relativa all'integrale assolvimento nel quinquennio degli incarichi da computare.

La S.A., pertanto, con l'istanza di parere in oggetto ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi "in merito alla legittimità dell'avviso, mettendo tra l'altro in evidenza se i contenuti della citata circolare ministeriale siano precettivi per le stazioni appaltanti non dipendenti dal medesimo dicastero".

In sede di istruttoria procedimentale l'OICE (con nota AM/prot. n. 148 del 07/05/2008) ha precisato che i richiami alla citata circolare del Ministero delle Infrastrutture miravano a richiamare l'attenzione della S.A. sull'adeguatezza delle scelte operate, evidenziando che la circolare in questione, se certamente non può che indirizzarsi alle amministrazioni dipendenti dal dicastero stesso, comunque deve essere considerata come un'autorevole indicazione su "modelli operativi" cui tutte le stazioni appaltanti sarebbe utile che si ispirassero.

L'Associazione di categoria, inoltre, ha ribadito che le scelte compiute dalla S.A. sono in ogni caso sindacabili dal punto di vista del rispetto dei principi richiamati dall'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti, e quindi del rispetto della normativa di rango primario, non essendo stato adeguatamente perseguito il principio della non discriminazione fra i concorrenti ed ha, infine, evidenziato la difformità della procedura di selezione in questione con le indicazioni fornite nella determinazione 19 gennaio 2006, n.1 di questa Autorità.

Ritenuto in diritto

La fattispecie rappresentata sottende un duplice ordine di problematiche giuridiche.

La prima questione consiste nella valutazione di legittimità dell'avviso per la costituzione dell'elenco di soggetti qualificati ad assumere incarichi ex art. 91 D.Lgs. n. 163/06, nonché incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici relativi a prestazioni di importo superiore a euro 20.000 ed inferiore a euro 100.000,00.

Al riguardo è opportuno preliminarmente richiamare il quadro normativo di riferimento, costituito dal combinato disposto dell'art. 91, comma 2, e dell'art. 57, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.

La prima disposizione riguarda in modo specifico l'affidamento degli incarichi di progettazione di importo inferiore a euro 100.000 e stabilisce che detti incarichi possono essere affidati "nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei".

L'art. 57, comma 6, invece, ha carattere generale e stabilisce che "ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei".

Occorre peraltro evidenziare che, già prima dell'entrata in vigore delle citate disposizioni normative di rango primario, questa Autorità, con specifico riguardo all'ipotesi in cui l'Amministrazione compia la scelta di istituire un elenco di professionisti, ha fornito, con propria determinazione n. 1 del 19 gennaio 2006, una serie di indicazioni operative che, in quanto volte ad assicurare la corretta applicazione degli stessi principi comunitari richiamati nelle disposizioni normative attualmente in vigore, già recepiti dalla disciplina legislativa allora vigente (art. 17, comma 12, legge n. 109/1994 come modificata dalla legge n. 62/2005) sono da ritenersi tuttora un valido riferimento operativo per le Stazioni Appaltanti.

In particolare, nella citata determinazione l'Autorità ha esplicitato i suddetti principi, prevedendo criteri e requisiti per la formazione dell'elenco dei professionisti, quali, a titolo esemplificativo:

1. adozione di idonei meccanismi riguardanti l'aggiornamento periodico dell'elenco, anche semestrale;
2. divieto di partecipazione del professionista singolarmente e come componente di un raggruppamento di professionisti, nonché divieto di contemporanea partecipazione a più di un raggruppamento;
3. principio della rotazione nella scelta dei nominativi inseriti nell'albo ai quali rivolgere la richiesta di offerta;
4. divieto del cumulo di incarichi, che può concretizzarsi nell'affidamento di non più di un incarico all'anno allo stesso professionista;
5. correlazione effettiva dell'esperienza pregressa richiesta al professionista alle tipologie progettuali delle quali necessita l'Amministrazione, così che le professionalità richieste rispondano concretamente alle classi e categorie cui si riferiscono i servizi da affidare.

Passando all'esame dei singoli punti dell'avviso contestato, alla luce delle indicazioni operative contenute nella determinazione richiamata e nelle more dell'adozione del nuovo regolamento di esecuzione e di attuazione ex art. 5 del D.Lgs. n. 163/06 si osserva, in particolare in ordine al principio di rotazione degli incarichi, che l'aleatorietà tipica dell'operazione di sorteggio e l'imprevedibilità degli esiti dello stesso potrebbero non garantire in maniera adeguata la rotazione prescritta dall'art. 57, comma 6, del Codice.

Quanto alla previsione relativa ai requisiti di capacità tecnica e professionale (Capo II - Clausole e specificazioni sui servizi e sulle modalità di partecipazione delle selezioni- punto C3), -"aver espletato nei tre anni antecedenti al momento in cui si chiede l'iscrizione in elenco almeno n. 4 incarichi di ciascuna categoria di cui si chiede l'iscrizione"- la stessa non risulta conforme:

1. ai criteri quantitativi che debbono informare l'accertamento degli incarichi espletati, in quanto non viene operato alcun riferimento all'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, laddove il tuttora vigente art. 63, comma 1, lett. o) del D.P.R. n. 554/99 - per l'affidamento di servizi di importo inferiore a 200.000 DSP- prescrive che tali importi devono essere stabiliti tra tre e cinque volte l'importo globale stimato dell'intervento;
2. ad un criterio di ragionevolezza in ordine all'indicazione del periodo utile per l'avvenuto svolgimento degli incarichi, stante la vigente previsione regolamentare di dieci e cinque anni, nonché l'indicazione contenuta nella circolare ministeriale di cinque anni.

Inoltre, si ritiene non conforme l'avviso di selezione in esame con riferimento alla mancata previsione della presentazione dei singoli *curricula* degli offerenti in ordine alla valutazione dei requisiti minimi di professionalità, così come previsto dalla citata determinazione n. 1/2006.

In merito alla seconda questione sollevata dall'istante, concernente la "precettività" delle disposizioni della circolare del Ministero delle infrastrutture, n. 24734 del 16/11/2007, anche nei confronti di stazioni appaltanti diverse dai Provveditorati regionali ed interregionali alle opere pubbliche, strutture periferiche del predetto Dicastero, si osserva che, come rilevato dalla stessa Associazione di categoria controinteressata, la stessa non può che costituire un modello operativo di riferimento di "*best practises*".

Si ritiene, infine, opportuno distinguere le attività di progettazione, di cui all'art. 91 del D.Lgs. n. 163/06, dalle attività di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento, previste nel medesimo avviso; in merito, si rinvia ai principi fissati dalla determinazione n. 3/2004, su "Appalti di progettazione e di supporto alla progettazione".

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'avviso relativo alla procedura di selezione per la costituzione di un elenco di soggetti qualificati ad assumere incarichi ex art. 91 D. Lgs. n. 163/06, nonché di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici relativi a prestazioni di importo superiore a euro 20.000 ed inferiore a euro 100.000,00 non è conforme alla normativa vigente.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 31/10/2008