

Parere n. 2 del 12/01/2011

PREC 144/10/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dall'Arch. Gerardina Amabile e dall'Arch. Giancarlo Battista - Incarico di direzione dei lavori di restauro, valorizzazione e consolidamento del complesso monumentale di S. Maria a Vico - Importo a base d'asta € 148.907,17 - S.A.: Comune di Giffoni Valle Piana (SA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In date 6 maggio e 21 giugno 2010 sono pervenute le istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali, rispettivamente, l'Arch. Gerardina Amabile e l'Arch. Giancarlo Battista hanno chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità di alcune previsioni della *lex specialis*, in applicazione delle quali il Comune di Giffoni Valle Piana ha disposto l'esclusione dalla gara degli istanti medesimi, concorrenti alla procedura di gara in oggetto in distinti raggruppamenti temporanei di professionisti.

Nel merito, l'Arch. Gerardina Amabile ha rappresentato l'illegittimità dell'art. 1, lett. c) del bando di gara in forza del quale, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, sarebbero stati presi in considerazione solo i servizi di direzione lavori svolti nel decennio anteriore alla data di pubblicazione del bando espletati e conclusi per conto di Pubbliche Amministrazioni, e non anche i servizi di cui all'art. 50 svolti in favore di privati e nemmeno quelli svolti per conto di soggetti comunque tenuti al rispetto di procedure e regole proprie dei contratti pubblici, al di là della formale qualificazione soggettiva di pubblica amministrazione. Al riguardo, l'istante ha lamentato la violazione di quanto disposto dall'art. 42, lett. a), del Codice dei contratti pubblici nonché degli artt. 50 e 63, lettera o), del D.P.R. n. 554/1999, come emerge anche dalla deliberazione di questa Autorità n. 385/2001, e le doglianze espresse dall'Arch. Amabile sono state condivise, con nota pervenuta il 31 maggio 2010, anche dall'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Salerno.

L'altro istante, Arch. Giancarlo Battista, ha riferito, invece, che la stazione appaltante ha pubblicato il bando di gara per l'affidamento dell'incarico in oggetto in data 24 marzo 2010, chiedendo alcuni requisiti tecnici e professionali minimi per la partecipazione, mentre in data 13 aprile 2010 ha rettificato e sostituito detto bando senza differire il termine di consegna dell'offerta e modificando immotivatamente solo i requisiti tecnici richiesti ai concorrenti. Nello specifico, la rettifica è consistita nel chiedere ai concorrenti di dimostrare di aver espletato e concluso con buon esito (collaudo), negli ultimi dieci anni, servizi di direzione lavori il cui importo dei lavori fosse almeno pari a cinque volte quello oggetto d'appalto, contravvenendo alle indicazioni di cui all'art. 66, comma 1, lettera b), del D.P.R. n. 554/1999. Comunque, la Commissione di gara, nella seduta pubblica del 12 maggio 2010, ha disposto l'esclusione del R.T.P. di cui faceva parte l'Arch. Giancarlo Battista poiché un certificato rilasciato dalla Regione Piemonte riportava che il servizio di direzione lavori era ancora in corso. Al riguardo un rappresentante del medesimo R.T.P., presente alla seduta, ha specificato, invano, che parte del lavoro aveva avuto il collaudo provvisorio e che l'importo dei lavori diretti era rilevante ai fini della gara, essendo pari a € 12.230.283,61 in relazione alla Classe I Categoria d). Inoltre, è stato rappresentato che la Commissione di gara, ai fini del raggiungimento dell'importo minimo previsto dal bando, non ha considerato la parte del servizio di direzione lavori svolti e collaudati per il restauro del Teatro Carignano di Torino, certificata dal R.U.P. nella Classe I Categoria e) della Tariffa Professionale, osservando che il bando di gara prevedeva la Classe I Categoria d), omettendo di valutare che la categoria superiore dovrebbe comprendere quella inferiore e che trattavasi di lavori analoghi (Restauro di edifici sottoposti a vincolo di tutela ex D.Lgs. n. 42/2004) a quelli oggetto di gara.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con note pervenute il 30 giugno ed il 27 luglio 2010, il Comune di Giffoni Valle Piana ha contestato le deduzioni degli architetti istanti.

Con particolare riferimento a quanto affermato nell'istanza di parere dell'Arch. Gerardina Amabile, l'Amministrazione comunale ha rilevato di aver redatto il bando tenendo conto della particolare tipologia dell'opera, afferente il restauro di un complesso monumentale vincolato destinato al culto, e su tali presupposti ha chiesto ai concorrenti di dimostrare il possesso dei requisiti minimi di accesso alla gara, dando atto di aver svolto e concluso lavori in favore di Pubbliche Amministrazioni. Ciò - ad avviso della stazione appaltante - non viola la *par condicio*, in quanto il requisito richiesto nella fattispecie è volto ad assicurare al Comune la necessaria competenza dei partecipanti nel comparto oggetto della procedura, considerato che l'iter che regola lo svolgimento di un'opera pubblica è ben diverso da quello che può regolare il rapporto tra un professionista ed un privato, perché comporta un complesso insieme di adempimenti non soltanto di natura tecnica ma anche di

natura giuridico-procedimentale. Altrettanto legittimo e non in contrasto con l'art. 63, lett. o), del D.P.R. n. 554/1999 e con la delibera n. 385/2001 di questa Autorità – sempre secondo il Comune appaltante – è il riferimento al solo specifico servizio di “direzione lavori”, in quanto vi è una sostanziale differenza formativa, prestazionale ed organizzativa tra i profili necessari per la progettazione e quelli necessari per la direzione dei lavori e per gli aspetti del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed in fase di esecuzione; perciò il Comune di Giffoni Valle Piana ha richiesto specificamente il requisito dell'esperienza nel campo della direzione dei lavori, assistenza e contabilizzazione, nel settore dei lavori pubblici, allo scopo di soddisfare una specifica esigenza e assicurare il miglior risultato possibile.

Riguardo a quanto affermato nell'istanza di parere dell'Arch. Giancarlo Battista, la stazione appaltante ha rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dall'istante, nell'avviso di rettifica del bando di gara, datato 13 aprile 2010, è stato previsto il differimento del termine per la consegna delle offerte (alle ore 14.00 del giorno 5 maggio 2010) e che la Commissione di gara ha correttamente rilevato che il concorrente R.T.P. costituito dall'arch. Giancarlo Battista (capogruppo), dall'arch. Giuseppe Taccogni e dall'arch. Alessandra De Angelis (mandanti) ha prodotto documentazione attestante requisiti minimi di partecipazione insufficienti per quanto attiene all'art. 1, lett. c), del bando di gara, perché i lavori riguardanti la Reggia di Venaria Reale risultavano ancora in corso al momento della presentazione dell'offerta, mentre il bando di gara prevedeva espressamente, quale requisito minimo di partecipazione, che i lavori dovessero essere conclusi e collaudati. Altrettanto correttamente, infine, la Commissione di gara non ha considerato i lavori indicati dal predetto R.T.P. rientranti nella classe I categoria e), perché il bando dava rilevanza esclusivamente ai lavori rientranti nella classe I categoria d) e non è facoltà della Commissione valutare categorie di lavori diverse da quelle previste nella *lex specialis* procedendo per equivalenza.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame si deve, preliminarmente, osservare che nel bando di gara rettificato (in data 13 aprile 2010), che ha sostituito l'originario bando (pubblicato in data 24 marzo 2010), il termine per la consegna delle offerte è stato fissato alle ore 14.00 del giorno 5 maggio 2010, mentre nel bando originario era prevista la scadenza per il giorno 30 aprile 2010.

Quindi, risulta destituita di fondamento la prima delle doglianze avanzate dall'Arch. Giancarlo Battista.

Per quanto concerne i requisiti di capacità tecnica e professionale, occorre rilevare che il bando rettificato ha previsto all'art. 1, quanto segue: “ *I requisiti minimi di accesso dei candidati alla selezione sono i seguenti: c) avere espletato e concluso con buon esito (con certificato di collaudo/regolare esecuzione), per conto di Pubbliche Amministrazioni, negli ultimi dieci anni, servizi di direzione lavori appartenenti alla stessa classe e categoria di quella da affidare il cui importo dei lavori sia almeno pari a cinque volte l'importo globale stimato dell'intervento da realizzare. d) avere espletato e concluso con buon esito (con certificato di collaudo), per conto di Pubbliche Amministrazioni, negli ultimi dieci anni almeno tre servizi di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per lavori appartenenti alla stessa classe di quella da affidare. Si specifica che la data utile per la valutazione dei servizi è quella del certificato di ultimazione. ...* ” Pertanto, appaiono corrette le scelte operate dalla Commissione di gara aventi ad oggetto l'offerta presentata dal R.T.P. costituito dall'arch. Giancarlo Battista (capogruppo), dall'arch. Giuseppe Taccogni e dall'arch. Alessandra De Angelis (mandanti).

Pur in assenza di tutta la documentazione di gara, dalle note dell'Amministrazione, in relazione a circostanze non contestate dall'istante, risulta che la Commissione di gara ha rilevato che il concorrente ha prodotto documentazione attestante requisiti minimi di partecipazione insufficienti per quanto attiene all'art. 1, lett. c), del bando, perché dall'esame della documentazione amministrativa è risultato che il lavoro di cui al punto 1) dell'elenco presentato dal concorrente (Reggia di Venaria Reale) era in corso al momento della presentazione dell'offerta.

Come visto, il bando di gara prevedeva espressamente quale requisito minimo di partecipazione, che i lavori dovessero essere conclusi e collaudati e che la data utile ai fini della valutazione dei servizi dovesse essere quella del certificato di ultimazione dei lavori. Pertanto, non è stato possibile computare l'importo relativo al restauro della Reggia di Venaria Reale ai fini del raggiungimento dei requisiti minimi richiesti.

L'Amministrazione ammette che il rappresentante del R.T.P. (Arch. Taccogni, presente alla seduta di gara) ha fatto rilevare che il lavoro era stato parzialmente collaudato, ma correttamente la Commissione di gara si è basata sull'esame della documentazione presentata e non sulle affermazioni del rappresentante del Raggruppamento concorrente.

Risulta altrettanto destituita di fondamento la doglianza avanzata dal medesimo R.T.P. circa la possibilità di far valere lavori eseguiti rientranti nella categoria I) classe e), perché, ai fini del raggiungimento dell'importo necessario per la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici e professionali, il bando di gara prevedeva espressamente che lavori dovessero appartenere alla stessa classe e categoria di quelli da affidare.

E poiché i lavori da affidare rientravano nella categoria I) classe d) (cfr. pag. 1 del bando), nel rispetto del principio di *par condicio* la Commissione non ha preso in considerazione i lavori rientranti nella categoria I classe e) indicati dal Raggruppamento concorrente, non rientrando,

peraltro, nelle sue facoltà valutare categorie di lavori diverse da quelle previste dalla *lex specialis* procedendo per equivalenza.

Passando ad esaminare l'istanza di parere avanzata dall'Arch. Amabile, si deve considerare che l'istante lamenta l'eccessiva restrizione dei requisiti tecnici e professionali, in quanto la stazione appaltante ha previsto, da una parte, di prendere in considerazione solo servizi attinenti a lavori svolti in favore di Pubbliche Amministrazioni e, dall'altra, di valutare esclusivamente l'attività professionale di "direzione lavori" svolta dall'offerente.

L'esame della congruità e della ragionevolezza delle contestate restrizioni operate dalla stazione appaltante alla lett. c) dell'art. 1 del bando di gara (riportata nella premessa in diritto) deve essere condotta tenendo presente che, fino all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel Titolo IV del D.P.R. n. 554/1999, secondo quanto disposto e precisato dall'art. 253, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, ossia *"nei limiti di compatibilità"* con il Codice dei contratti pubblici.

Conseguentemente, sotto il primo profilo contestato, vale a dire la valutazione da parte della stazione appaltante, quali requisiti tecnici e professionali minimi di accesso dei candidati, dei soli servizi svolti in favore di Pubbliche Amministrazioni, e non anche dei servizi svolti in favore di privati e nemmeno di quelli svolti per conto di soggetti comunque tenuti al rispetto di procedure e regole proprie dei contratti pubblici, al di là della formale qualificazione soggettiva di pubblica amministrazione, si deve innanzitutto richiamare la pertinente disposizione di cui all'art. 66, lett. b) del D.P.R. n. 554/1999. Dal dettato della norma regolamentare in questione emerge che la stessa si limita a fare riferimento *"b) 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"*, senza nulla aggiungere sulla natura pubblica o privata dei committenti dei servizi medesimi.

Viene in rilievo, quindi, ai fini dell'applicazione di tale disposizione, il criterio dettato dall'art. 253, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, per cui la norma regolamentare in questione deve essere necessariamente interpretata e applicata *"nei limiti di compatibilità"* con il Codice dei contratti pubblici e, precisamente, per la fattispecie in esame, nei limiti di compatibilità con l'art. 42, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, tra l'altro, può essere fornita attraverso *"la presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi"* (lettera a, primo periodo), attribuendo, dunque, eguale valore alle prestazioni pregresse eseguite nei confronti di soggetti pubblici e di soggetti privati e prevedendo solo una diversa modalità probatoria del requisito: *"se trattasi di servizi e forniture prestati a favore delle amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e visti dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o in mancanza dal concorrente"* (lettera a, secondo periodo).

Certamente la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655). Quindi, come già affermato dall'Autorità con parere 31 gennaio 2008 n. 33, sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logica e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139).

In relazione al caso di specie, quindi, l'esame dell'operato dell'Amministrazione deve essere condotto tenendo conto del particolare oggetto dell'appalto da affidare afferente il restauro di un complesso monumentale vincolato destinato al culto.

Ebbene, valutando tale aspetto alla luce della disciplina legislativa richiamata non appare ragionevole giustificare la scelta del Comune appaltante di non considerare i servizi eseguiti in relazione a lavori espletati in favore di privati e nemmeno quelli svolti per conto di soggetti comunque tenuti al rispetto di procedure e regole proprie dei contratti pubblici, al di là della formale qualificazione soggettiva di pubblica amministrazione, perché anche la corretta esecuzione di interventi del genere può garantire alla stazione appaltante la necessaria competenza dei concorrenti in relazione all'oggetto della gara (restauro monumentale di edifici vincolati, strutture speciali in zona sismica spingenti, edifici di rilevante importanza tecnica e architettonica, ecc.), considerato che, sotto questi aspetti, la prestazione non si differenzia, sostanzialmente, sotto il profilo tecnico-professionale, dagli interventi eseguiti in favore di privati.

A conferma della correttezza dell'interpretazione proposta si evidenzia che nel nuovo Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. n. 163/2006, recentemente pubblicato (G.U. 10 dicembre 2010, n. 288), l'art. 263 (che riproduce con modifiche l'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999) al comma 2,

quarto periodo opportunamente precisa che *“Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall’operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell’avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima”*.

Passando all’esame della seconda censura mossa dall’Arch. Amabile, vale a dire la valutazione da parte del Comune di Giffoni Valle Piana, nell’ambito dei requisiti tecnici e professionali minimi di accesso dei candidati, della sola pregressa attività professionale di “direzione lavori” svolta dall’offerente occorre considerare che, per quanto attiene agli appalti di servizi di ingegneria e architettura di importo superiore ai centomila euro - come quello in esame - i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti in conformità al sopra richiamato art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, il quale si riferisce genericamente ai servizi di cui all’articolo 50 del D.P.R. n. 554/1999, 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”*.

Con deliberazione n. 385/2001 questa Autorità ha chiarito che *“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 discende, come precisato successivamente nella determinazione n. 5/2010 dell’Autorità, 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 sono dimostrati con l’espletamento pregresso di incarichi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori. Si deve, infatti, considerare che la logica sottesa alla richiesta del requisito del “servizio di punta” è quella di aver svolto singoli servizi di una certa entità complessivamente considerati e non di aver svolto servizi identici a quelli da affidare”* (in tal senso, cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2006, n. 2464).

Nel caso in esame, pertanto, l’istante Arch. Amabile ha correttamente rilevato una limitazione della partecipazione alla gara contraria al principio della massima concorrenza, per aver la stazione appaltante fissato i requisiti tecnici e professionali minimi di accesso dei candidati in maniera difforme rispetto al citato art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, ed, in particolare, in modo più restrittivo. Infatti, mentre tale norma, ai fini della dimostrazione della capacità tecnico-organizzativa, ritiene utile l’esperienza pregressa acquisita nello svolgimento di tutti i servizi di ingegneria di cui al citato art. 50, il bando di gara di cui trattasi, alla lett. c) dell’art. 1, prende in considerazione i soli servizi di “direzione dei lavori”. Conseguentemente anche sotto questo ulteriore profilo il bando in esame risulta essere stato formulato in violazione dell’art. 66 del D.P.R. n. 554/1999.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la richiesta dei requisiti di cui alla lettera c) dell’art. 1 del bando di gara sia in contrasto con l’art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006 e con l’art. 66 del D.P.R. n. 554/1999.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2011

Il Segretario: Maria Esposito