

Parere n. 177 del 20/10/2010

PREC 159/10/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'ordine degli Architetti, Pianificatori, paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bari – Procedura aperta per “l'affidamento dell'incarico di direzione lavori, misura e contabilità, liquidazione, assistenza al collaudo e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per la realizzazione di alloggi per utenze differenziate con relative urbanizzazioni e sistemazione aree a verde e arredo urbano dell'importo complessivo di €5.000.000,00 all'interno del programma innovativo e sperimentale in ambito urbano denominato Contratto di Quartiere II “a settentrione”, nonché di un servizio di assistenza specialistica alle attività connesse all'attuazione del programma di sperimentazione e di realizzazione di tutti gli adempimenti/atti necessari per l'attuazione del programma” – Importo a base d'asta €268.086,05 – S.A.: Comune di Acquaviva delle Fonti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'ordine degli architetti della Provincia di Bari ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito al bando ed al disciplinare redatti dal Comune di Acquaviva delle Fonti per regolare la procedura indicata in epigrafe.

Più precisamente l'istante lamenta che, sebbene il bando di gara descriva nel dettaglio i servizi oggetto della gara, individuando nella direzione lavori l'attività principale dell'appalto, il disciplinare, nella parte in cui indica i requisiti professionali che i membri del gruppo di lavoro, indicato nell'offerta tecnica, debbono possedere, non reca alcuna specificazione in merito alla figura del direttore dei lavori. Nella nota prot. 36151/2010 l'Ordine chiarisce meglio la censura sopra indicata, sottolineando che *“a fronte dell'individuazione dettagliata delle attività da espletare e quindi dei compiti, l'art. 5 fissa la composizione del gruppo di lavoro non attenendosi a quanto indicato al punto 2.2. sulle attività, in quanto manca qualsiasi specificazione in merito alla figura del direttore dei lavori (peraltro attività principale come è dato leggere dal bando) che sembrerebbe coincidere con la prima figura elencata all'art. 5 del disciplinare, ed i cui requisiti professionali, oltre ad essere laureato da dieci anni, attengono più al secondo dei due servizi posti in gara. Più attinente risulta invece il requisito richiesto ai due esperti che dovrebbero svolgere le ultime due attività dell'articolazione dell'incarico”*.

In secondo luogo l'istante censura la previsione dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara nella parte in cui la *lex specialis*, oltre al fatturato globale per servizi di cui all'art. 50 DPR 554/99 espletati negli ultimi cinque esercizi pari a quattro volte l'importo a base di gara, richiede anche un fatturato specifico relativo a servizi di assistenza specialistica per il triennio 2007-2008-2009 pari a quattro volte il corrispettivo stimato per tali servizi.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale ha presentato osservazioni il Comune di Acquaviva delle Fonti, il quale difende la legittimità del proprio operato con diverse argomentazioni.

Quanto al primo motivo di contestazione, la stazione appaltante sostiene di avere indicato in più punti del bando e del disciplinare di gara la *“specificazione relativa alla figura del direttore dei lavori”*. In particolare, nel bando di gara tale figura sarebbe individuata nei seguenti passi: a) al

punto II.1.3, Tipo di appalto di servizi, ove il servizio viene individuato come appartenente alla categoria 12 e individuato con gli specifici codici CPV; b) al punto III.1, Condizioni relative all'appalto, ove si fa riferimento, nella determinazione del corrispettivo relativo alla direzione lavori misura e contabilità al Decreto del Ministero Giustizia del 4 aprile 2001; c) al punto III 2.1.3, Capacità tecnica, ove si fa riferimento all'avvenuto espletamento di servizi di cui all'art. 50 del DPR 554/1999; d) al punto III.3.1, Condizioni relative all'appalto di servizi, ove viene specificato che la prestazione del servizio è riservata ai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. d, e, f, g e h del D.Lgs 163/06; e nel disciplinare di gara all'art. 6, Soggetti ammessi alla gara, ove viene specificato che sono ammessi alla gara i soli soggetti di cui all'art. 90, comma 1, del D.Lgs 163/06, iscritti ai rispettivi albi professionali; all'art. 9.1., La busta A documentazione amministrativa, ove viene chiesto l'impegno a fornire un gruppo di lavoro costituito, al minimo ed a pena di esclusione, da tre unità di cui un esperto senior laureato da almeno dieci anni in ingegneria o architettura.

Quanto al secondo motivo di contestazione, la stazione appaltante osserva che il requisito di capacità economica richiesto in riferimento ai servizi di assistenza specialistica è stato fissato in un fatturato, riferito al triennio precedente, non inferiore a 268.000,00 euro pari a quattro volte il corrispettivo per le attività di cui ai punti 2.2.2 e 2.2.3. e che tale requisito non risulta affatto spropositato in relazione alle previsioni di cui all'art. 66, comma 1, lett. a) del DPR 554/1999.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità inerisce al tema dell'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria.

Tale argomento è stato più volte affrontato dall'Autorità (cfr. determinazioni n.1/2006 e n.4/2007) per chiarire le questioni controverse e fornire indicazioni operative. Da ultimo l'Autorità è tornata sul tema con la determinazione n. 5 del 27 luglio 2010, ove ha osservato – tra le altre cose - che, fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, alla disciplina relativa agli incarichi dei servizi di ingegneria e architettura continuano ad applicarsi, nei limiti di compatibilità, le disposizioni contenute nel Titolo IV del D.P.R. n. 554/1999, secondo quanto disposto dall'articolo 253, comma 3, DLgs 163/2006 del Codice.

In particolare, l'Autorità ha precisato che per quanto attiene agli appalti di importo superiore a centomila euro, 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.

Venendo al caso di specie, al fine di meglio comprendere e contestualizzare le censure mosse dall'istante, si ritiene opportuno chiarire l'oggetto della procedura in esame.

Il punto 2 del disciplinare di gara individua i servizi oggetto della gara in: (a) servizi di direzione lavori, misura e contabilità, liquidazione, assistenza al collaudo e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per la realizzazione di alloggi per utenze differenziate con relative

urbanizzazioni e sistemazione aree a verde e arredo urbano; (b) servizio di assistenza specialistica alle attività connesse all'attuazione del programma di sperimentazione e di realizzazione di tutti gli adempimenti/atti necessari per l'attuazione del programma.

Il successivo punto 2.2. specifica le attività da espletare per la realizzazione dei predetti servizi come segue: a) attività di direzione dei lavori, misura e contabilità, liquidazione, assistenza al collaudo e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione; b) attività di assistenza specialistica alle attività connesse all'attuazione del programma di sperimentazione; c) attività di assistenza tecnica ed affiancamento per la realizzazione di tutti gli adempimenti/atti necessari per la definizione ed esecuzione di tutte le procedure necessarie per l'attuazione del Contratto di Quartiere II.

Ciò posto, si osserva che la prescrizione censurata è inserita nel bando di gara al punto III.2.1.3., relativo alla capacità tecnica, dove al primo periodo viene chiaramente prescritto che *“i concorrenti debbono essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 66 DPR 554/1999”*, e al successivo periodo viene precisato che *“i requisiti di cui all'art. 66 del DPR 554/199 sono costituiti da (... ..) d) fatturato specifico relativo a servizi di assistenza specialistica nell'ambito di programmi complessi quali: PRUSST, Contratti di Quartiere, Programmi di Recupero Urbano svolti nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (2007-2008-2009), non inferiore a € 268.000,00, pari a quattro volte il corrispettivo stimato per le attività di cui ai punti 2 e 3 del capo III.1.1”* (analoga disposizione è contenuta all'art. 7 del disciplinare di gara).

A ben vedere i due periodi appena citati sono tra loro in contrasto, in considerazione del fatto che il requisito censurato, diversamente da quanto indicato, non è tra quelli indicati al citato art.66, conseguentemente delle due l'una: o la stazione appaltante nella fissazione dei requisiti speciali ha inteso effettivamente rifarsi all'art. 66 ed allora non avrebbe dovuto indicare quello contestato, non essendo previsto dalla suddetta norma, oppure ha inteso fissare requisiti diversi ed ulteriori da quelli dell'art. 66, ma ciò, da un lato, contrasta con quanto disposto al primo periodo del punto III.2.1.3. e dell'art. 7 del disciplinare di gara e, dall'altro, determina una falsa applicazione dell'art. 66, per la ragione sopra evidenziata, nonché degli artt. 41 e 42 Dlgs 163/2006.

Non può farsi a meno di osservare al riguardo che l'art. 42 D.Lgs 163/2006 relativo alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizio, nel riprodurre il contenuto dell'art. 48 Direttiva 18/2004 CEE, dispone al comma 2 che la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera di invito quali dei documenti e dei requisiti indicati al comma 1 debbono essere presentati e dimostrati dai concorrenti. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello dell'art. 42, è stato considerato tassativo, tanto è vero che la Corte di giustizia europea, ha già da tempo affermato l'illegittimità della prescrizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di mezzi di prova di capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria (Corte giust. com. eu. 17.11.1993 causa C-71/92). Nel caso in esame la stazione appaltante, pur avendo inserito il requisito censurato fra quelli volti a dimostrare la capacità tecnica, non si è attenuta all'elenco del citato art. 42, ma ha richiesto la prova di un elemento ivi non previsto e ciò di per sé basterebbe a rendere illegittima la prescrizione censurata in virtù dell'insegnamento della Corte di giustizia, ma vi è di più.

Volendo attribuire al requisito censurato la sua corretta connotazione, quest'ultimo, in virtù di ciò che la stessa stazione appaltante chiede, dovrebbe semmai essere annoverato fra quelli attestanti la capacità economica dei concorrenti e disciplinati dall'art. 41 D.Lgs 163/2006. Conseguentemente lo stesso risulterebbe legittimo, se conforme alla citata previsione normativa ed ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, che rappresentano il limite riconosciuto alla discrezionalità dell'amministrazione di individuare requisiti economico-finanziari ulteriori e più stringenti rispetto a quelli legali (cfr. AVCP pareri n. 64 del 20 maggio 2009; n. 2 del 15 gennaio 2009; n. 178 del 5 giugno 2008; n. 188 del 14 giugno 2008 e n. 33 del 31 gennaio 2008 e Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525 e Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Nel caso di specie, però, non si riscontra né l'una né l'altra circostanza: la disposizione contestata, infatti, non è conforme all'art. 41, comma 1, lettera c) perché richiede che il fatturato specifico sia pari a quattro volte il corrispettivo stimato, mentre per il legislatore è sufficiente la mera dichiarazione concernente il fatturato specifico realizzato; né è conforme ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto si richiede per le attività relative ai servizi di assistenza specialistica, che pesano il 25% sul valore della commessa da affidare, un fatturato pari a quattro volte l'importo a base di gara, così come per le attività relative al servizio di direzione lavori, che per ammissione della stessa stazione appaltante hanno, invece, un peso del 75% sul valore della commessa da affidare.

Prive di pregio sono le argomentazioni presentate al riguardo dalla stazione appaltante, secondo cui il requisito in esame *“non risulta affatto spropositato in relazione alle previsioni di cui all'art. 66, comma 1, lett. a) del DPR 554/1999”*, in quanto la lettera dell'articolo invocata regola il fatturato globale e non quello specifico. Conseguentemente il riferimento alla citata disposizione è erroneo e, se la stazione appaltante avesse voluto regolare il caso concreto mediante ricorso all'analogia, avrebbe dovuto far riferimento all'art. 41, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 163/2006, cosa che non si riscontra.

A ciò si aggiunga che con riferimento ai requisiti speciali il bando ed il disciplinare di gara non sembrano prendere in considerazione le novità introdotte sul punto dal terzo decreto correttivo e puntualmente richiamate dall'Autorità, che nella determinazione su richiamata ha sottolineato come e *“occorre però tenere presente che 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 servizi tecnici ad essa commessi, 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)”*.

Ne consegue che per tutte le ragioni sopra esposte le disposizioni relative ai requisiti speciali risultano illegittime per violazione e falsa applicazione dell'art. 66 DPR 554/1999 ed, in

particolare, la disposizione censurata risulta illegittima anche per violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 47 Direttiva 18/2004 CEE e degli artt. 41 e 42 D.Lgs 163/2006.

Sotto altro profilo, si osserva che l'erronea applicazione delle citate norme determina un'illegittima contrazione della concorrenza, in quanto ha come conseguenza quella di introdurre requisiti di partecipazione alla gara più stringenti di quelli che sarebbero consentiti in virtù delle disposizioni legislative su richiamate, come interpretate da questa Autorità e dal giudice amministrativo.

Quanto alla censura, con cui l'istante lamenta la mancanza "*di qualsiasi specificazione in merito alla figura del direttore dei lavori*", la stessa appare infondata.

L'art. 6 del disciplinare di gara, comma 2, dispone che "*indipendentemente dalla natura giuridica del concorrente, l'incarico oggetto di appalto dovrà essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. In particolare il concorrente dovrà indicare all'interno del gruppo di lavoro: - il soggetto responsabile della Direzione lavori e del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione che dovrà essere in possesso dei requisiti ex art. 98 del D.Lgs. n.81/2008; - il soggetto responsabile delle attività di assistenza specialistica alle attività connesse all'attuazione del programma di sperimentazione. Nel caso in cui il Direttore Lavori non è in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.Lgs. n.81/2008 si potrà prevedere la presenza di un terzo soggetto responsabile del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione*". Sulla base della disposizione in esame, quindi, il Direttore dei lavori deve necessariamente essere iscritto in un albo professionale e può, eventualmente, essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 Dlgs. 81/2008.

Dall'art. 5 del disciplinare di gara, si apprende inoltre che: "*per lo svolgimento dell'incarico in oggetto il gruppo di lavoro deve essere costituito al minimo da: - un esperto senior laureato da almeno 10 anni in Ingegneria o in Architettura con specifica esperienza in attività di coordinamento relative alle procedure di attuazione di programmi Complessi, in progettazione e realizzazione, elaborazione, valutazione o gestione di Programmi Complessi (PRUSST, Programmi integrati, programmi di recupero urbano, Contratti di quartiere, Programmi di riqualificazione, ecc.); - un esperto senior laureato da almeno 10 anni in Ingegneria o in Architettura con specifica esperienza in Programmi Complessi in particolare in programmi di sperimentazione relativi ad interventi di ERP; - un esperto senior laureato da almeno 5 anni in Ingegneria o in Architettura con specifica predisposizione nell'attuazione di progetti, programmi complessi ed a valenza territoriale*".

Dalla lettura in combinato disposto degli art. 2 e 5 del disciplinare di gara si può ricavare in via interpretativa che il direttore dei lavori, oltre a quanto già detto, deve avere i requisiti professionali indicati al primo punto dell'art. 5, in quanto le attività di progettazione, realizzazione, elaborazione, valutazione o gestione di programmi ivi indicate afferiscono ai compiti generalmente svolti da un direttore dei lavori.

Chiarito quanto sopra, corre, comunque, l'obbligo di osservare che, in un'ottica deflattiva del contenzioso, la disposizione dell'art. 5 sarebbe stata di più agevole comprensione, se la stazione appaltante avesse sancito in maniera più chiara che dei tre profili professionali ivi indicati il primo è quello che deve possedere il soggetto che verrà a svolgere le funzioni di direttore dei lavori, e ciò anche in considerazione del fatto che in virtù dell'art. 9.1, lett. o), la composizione del gruppo di lavoro come disposta dall'art. 5, è richiesta a pena di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* non sia conforme alla specifica normativa di settore e risulta lesiva della concorrenza.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010