

Parere n.127 del 07/07/2011

PREC 11/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da R.T.P. Cidiemme Engineering srl – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva, direzione dei lavori relativi all'intervento di realizzazione di n.10 alloggi di edilizia residenziale sociale e canone sostenibile e relative infrastrutture – Importo a base d'asta: euro 99.500,00 – S.A.: Comune di Foiano di Val Fortore

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21.12.2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con la quale il R.T.P. Cidiemme Engineering srl ha presentato diverse doglianze avverso gli atti di gara relativi all'affidamento dei servizi in oggetto indicati.

Più precisamente l'istante ha lamentato: a) la non conformità del progetto preliminare rispetto alla specifica normativa di settore, per non aver predisposto la stazione appaltante tutta la documentazione prevista al riguardo dal DPR n.554/1999; b) la non conformità degli atti di gara all'art. 42 D.Lgs. n. 163/2006 ed all'art. 64, comma 1, lett. b) punto n.1) DPR n. 554/99, per non aver la stazione appaltante richiesto ai concorrenti di fornire la documentazione che attesti la loro professionalità con testimonianze sui servizi prestati in passato; c) la non conformità degli atti di gara ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 64, comma 3, DPR n. 554/1999, per non aver la stazione appaltante valutato la professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva di cui all'art. 64, comma 2, lett. a).

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato e l'istante ha insistito nelle doglianze già presentate all'Autorità, come sopra sinteticamente riportate.

Quanto alla prima censura, la stazione appaltante ha precisato che tutta la documentazione tecnica messa a disposizione degli operatori economici risulta conforme al combinato disposto degli artt. 93 D.lgs. n. 163/2006 e 18 DPR n. 554/1999. Quanto alla seconda censura, la stazione appaltante ha rappresentato che nelle more dell'approvazione e dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione al Codice dei Contratti Pubblici, ha ritenuto di non dover applicare la disposizione dell'art. 64, comma 2, lett. a) DPR 554/1999, in considerazione della normativa comunitaria, delle indicazioni fornite dalle circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1.1.2007 e del Ministero delle Infrastrutture n. 2473 del 16.11.2007 e della prassi amministrativa, al fine di evitare la commistione tra requisiti di partecipazione alla gara ed elementi di valutazione dell'offerta. La stazione appaltante, inoltre, ha fatto presente che la relazione tecnica richiesta ai concorrenti ex art. 64, comma 2, lett. b) DPR n.554/1999 assorbe in virtù della sua articolazione, anche gli elementi di professionalità richiamati dal comma 2, lett. a) art. 64 DPR n. 554/1999, di cui l'istante lamenta la mancata valutazione. Quanto alla terza censura, l'Amministrazione

comunale ha rilevato che gli elementi qualitativi di valutazione dell'offerta tecnica appaiono conformi a quanto disposto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con determinazione n. 5/2010.

Ha presentato proprie osservazioni in merito ai rilievi formulati dall'istante anche il concorrente RTP arch. E. Salerno - ing. G. Quadraro. In particolare quest'ultimo ha riconosciuto la completezza del progetto preliminare predisposto dalla stazione appaltante, essendo possibile desumere dallo stesso le caratteristiche più significative dei lavori da realizzare, e la correttezza della *lex specialis* in relazione alle modalità di valutazione delle offerte, essendo conforme a quanto osservato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a tal riguardo.

Ritenuto in diritto

La prima questione controversa concerne la conformità alle disposizioni normative della documentazione redatta dalla stazione appaltante e costituente il progetto preliminare. Al riguardo si osserva preliminarmente che l'art. 93 D.Lgs. n.163/2006, nel definire i diversi livelli di progettazione, individua il contenuto e le finalità di ognuno di essi, e l'art. 18 DPR n.554/1999 disciplina specificatamente il progetto preliminare, stabilendo, da un lato, gli elaborati di cui lo stesso è composto, e, dall'altro, facendo salva al riguardo la diversa determinazione del responsabile del procedimento. Conseguentemente dal combinato disposto delle norme su richiamate si ricava che la facoltà riconosciuta al RUP – e invocata dalla stazione appaltante - di modificare i contenuti dei singoli livelli di progettazione non può compromettere la funzione assegnata ad ognuno di essi e, quindi, la documentazione di gara deve, comunque, essere sufficiente ed idonea a rappresentare quanto indicato dall'art. 93 D.Lgs. n.163/2006. La correttezza del progetto assume infatti nell'ordinamento dei lavori pubblici un'importanza ed una centralità assolutamente primaria: il progetto “*comporta elevati riflessi sotto molteplici profili: influenza il contenuto del bando di gara, la qualificazione dei concorrenti, i soggetti affidatari dei servizi di ingegneria, i sistemi di realizzazione dei lavori pubblici, i sistemi di scelta del contraente, i criteri di aggiudicazione, la composizione dei seggi di gara e delle commissioni giudicatrici, le varianti, il contenzioso nella fase esecutiva, i piani di sicurezza, il subappalto. Dal progetto redatto correttamente dipende in gran parte l'esito positivo della realizzazione degli interventi programmati*” (AVCP determinazione n. 9 del 23.11.2005).

Venendo al caso in esame, a fronte della censura di incompletezza della progettazione preliminare avallata dal mero confronto formale tra l'elenco della documentazione di gara riportato nell'istanza di parere con quello dell'art. 18 DPR n. 554/1999, la stazione appaltante non ha presentato elementi probatori sufficienti a dirimere la questione, comprovando la corrispondenza della documentazione di gara al contenuto sostanziale del citato art. 93. Né può assumere rilievo a tal fine il riferimento alla normativa regionale esplicitato nella memoria inviata dalla stazione appaltante all'Autorità, se non espressamente richiamata anche nella *lex specialis*. Conseguentemente, si ritiene opportuno che la stazione appaltante proceda a verificare puntualmente l'effettiva corrispondenza della documentazione di gara al dettato dell'art. 93 D.Lgs. n.163/2006.

Quanto alle ulteriori censure, si osserva che queste ultime ineriscono alla valutazione delle offerte in caso di affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria. Tale tematica è stata affrontata dall'Autorità con le determinazioni n. 30/2002, n. 1/2006, n. 4/2007 e, da ultimo, con la determinazione n. 5/2010, la quale ha sottolineato che la corretta applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa esige la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai fini della partecipazione alla gara, e criteri oggettivi, applicati per la valutazione e la

selezione della migliore offerta: i primi attengono alla capacità economica, finanziaria e tecnica del concorrente, i secondi si riferiscono al contenuto qualitativo dell'offerta.

Nel caso in esame la stazione appaltante ha erroneamente interpretato il principio di separazione di cui sopra, ritenendo in attuazione dello stesso e delle circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1.1.2007 e del Ministero delle Infrastrutture n. 2473 del 16.11.2007 di non dover richiedere ai concorrenti, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, la documentazione grafica, fotografica e descrittiva di cui all'art. 64, comma 2 lett. a) DPR n. 554/1999 in grado di rappresentare la professionalità dei concorrenti.

Sul punto l'Autorità ha osservato che *“la sentenza della sezione VI del 18 settembre 2009, n. 5626, ha dato conto dell'esistenza di due filoni giurisprudenziali: un primo che ritiene illegittima ogni commistione tra requisiti di capacità dell'offerente ed elementi propri dell'offerta, in base ad “una rigida interpretazione letterale dei principi enunciati in sede comunitaria” ed un secondo, ritenuto più equilibrato, secondo cui “purché non vengano menzionati elementi distonici rispetto all'oggetto dell'appalto, ben possono essere presi in considerazione – in sede valutativa del merito dell'offerta – elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano, senza incertezze (e purché ad essi non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante) sulla qualità del servizio oggetto della procedura evidenziale”. Si ritiene che questa seconda opzione ermeneutica sia particolarmente adatta agli appalti dei servizi di progettazione nei quali il “valore qualitativo del concorrente” e le esperienze pregresse si riverberano inevitabilmente sul contenuto e l'affidabilità dell'offerta progettuale. In relazione a detto profilo, la giurisprudenza sembra riprendere quanto affermato dall'Autorità con le determinazioni n. 9/1999, n. 10/1999 e n. 17/2000, nel sottolineare come il merito tecnico, che viene esaminato nella fase di ammissione alla selezione, ha ad oggetto elementi di cui la stazione appaltante necessita per effettuare una valutazione circa l'idoneità del progettista a concorrere per l'affidamento, anche sulla base dell'esperienza professionale pregressa. Detta valutazione viene effettuata sulla base di elementi meramente quantitativi consistenti nell'accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando. Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative del progettista desunte dai progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale ed affini all'opera da progettare per tipologia ed importo (...). La giurisprudenza citata evidenzia, altresì, che la previsione nei bandi di gara di parametri soggettivi dei concorrenti strettamente attinenti al merito valutativo dell'offerta non lede affatto l'articolato principio di separazione enunciato, che risiede nell'intento di evitare possibili discriminazioni all'accesso alle gare (ciò avverrebbe, viceversa, nel caso in cui fosse attribuito un punteggio all'offerta tecnica in base al mero dato quantitativo del fatturato pregresso). Al contrario, la previsione di tali parametri valutativi rafforzerebbe il citato principio comunitario, non andando ad incidere sui requisiti di accesso alle gare ed evitando, così, una “ingiustificabile moltiplicazione dei requisiti qualificativi idonea a restringere la platea dei possibili concorrenti” (Consiglio di Stato, sezione VI, 18 settembre 2009, n.5626)”.*

L'indirizzo interpretativo espresso dall'Autorità è stato confermato anche dal Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti pubblici, il quale all'art. 266, comma 1, lett. b), n.1) dispone con specifico riferimento ai servizi di ingegneria che l'offerta tecnica deve essere documentata da *“... un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento ...”*

Ne deriva che nei limiti sopra illustrati la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare la disposizione dell'art. 64, comma 2, lett. a) DPR n. 554/1999 e, conseguentemente, osservare la successiva disposizione del comma 3 quanto ai fattori ponderali da assegnare agli elementi di valutazione indicati nel comma 2. Né è possibile condividere la tesi della stazione appaltante, secondo cui la relazione tecnica richiesta ai concorrenti assorbirebbe, in virtù della sua articolazione, anche gli elementi di professionalità richiamati dal combinato disposto dei commi 2, lett. a) e 3 dell'art. 64 DPR n. 554/1999, stante la disposizione del citato art. 64 che distingue l'elemento della professionalità (lett. a, comma 2) dalla relazione tecnica (lett. b, comma 2).

Si osserva, infine, che l'Autorità con determinazione n.5/2010 ha precisato anche che il disciplinare di gara deve stabilire i criteri motivazionali, in virtù dei quali è possibile ritenere un'offerta migliore di un'altra. Nel caso in esame non si riscontra che la stazione appaltante abbia fissato tali criteri.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che: - la stazione appaltante debba verificare la corrispondenza della documentazione di gara al dettato dell'art. 93, comma 3, D.Lgs. n. 165/2006; - la *lex specialis* non sia conforme alla normativa di settore di cui all'art. 64, commi 1, lett.b) punto1), 2, lett a, e 3, DPR 554/1999

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito