

## **Parere n.190 del 20/10/2011**

### **PREC 222/10/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'Ing. Giulio Viparelli, Presidente del CdA della Italia Engineering Enterprise s.c. – *“Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di ingegneria consistenti nella progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione esecutiva, ufficio di direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, assistenza al collaudo, relativi alla realizzazione di un impianto di affinamento per il riutilizzo in agricoltura delle acque reflue del depuratore cittadino – Servizi riguardanti un intervento di importo stimato pari ad euro 3.588.000,00, di cui euro 2.388.000,00 appartenente alla classe e categoria VIII ed euro 1.200.000,00 appartenente alla classe e categoria III A secondo l'elencazione di cui all'art. 14 della legge 143/1949”* – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Mattinata (FG).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 14 settembre 2010 è pervenuta la prefata istanza di parere, contenente alcuni rilievi, con i quali si contesta alla S.A. il mancato rispetto della normativa di settore sui seguenti punti del Bando e del Disciplinare di gara:

*“1. i lavori validi ai fini della partecipazione sono soltanto quelli svolti nell'ambito della Comunità Europea (punto III.2.1.3 del Bando e punto 7 del Disciplinare di gara);*

*2. i requisiti tecnici richiesti ai concorrenti ammontano ad euro 12.000.000 per la classe III A ed euro 23.880.000 per la classe VIII, pari a 9,33 volte l'importo stimato delle opere da progettare;*

*3. il numero medio annuo del personale impiegato nei tre anni (e non nei migliori tre anni negli ultimi cinque anni) anteriori alla data del bando, non può essere inferiore a 10 unità;*

*4. Punteggio massimo previsto per la valutazione della professionalità: 30 punti su 100”.*

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 4 ottobre 2010, hanno fatto seguito, in pari data, la memoria della S.A., che ha chiarito che il bando di gara, pubblicato nel luglio del 2010, fissava come termine di scadenza per la presentazione delle offerte la data del 28.8.2010 e la richiesta di sospensione della procedura di gara, da parte della Italia Engineering Enterprise dell'Ing. Viparelli, veniva ricevuta in data 16.8.2010. Alla stessa veniva data risposta il giorno successivo, invitando la suddetta società a presentare la propria offerta nel termine stabilito dal bando, demandando alla commissione giudicatrice l'esame delle contestazioni da valutare, anche alla luce della sopravvenuta determinazione di questa Autorità n. 5 del 27 luglio 2010, alla quale l'istante faceva riferimento.

*Ritenuto in diritto*

Va premesso che, ai fini del parere richiesto, è del tutto inconferente la circostanza che la prefata determinazione n.5/2010 – contenente le linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria – sia stata pubblicata in data successiva alla pubblicazione del bando di gara.

1. Ciò premesso, al fine di definire la prima questione controversa sottoposta con l'istanza di parere in oggetto, concernente l'asserita illegittimità della limitazione dei lavori validi, ai fini della partecipazione, a quelli svolti nell'ambito della Comunità Europea (punto III.2.1.3 del Bando di gara e punto 7 del Disciplinare di gara), è utile richiamare la Determinazione di questa Autorità n. 5 del 27 Luglio 2010 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 192 del 18 agosto 2010 – Supplemento ordinario), laddove puntualizza che *“ogni limitazione territoriale nella individuazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento, così come nella valutazione delle pregresse esperienze in fase di valutazione delle offerte, deve essere considerata illegittima”*.

Sul punto, infatti, già con determinazione n. 3/2000, questa Autorità aveva ritenuto, in una fattispecie relativa ad un concorso di progettazione, del tutto illegittima la limitazione territoriale in quanto essa *“contrasta con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione ed è preclusa dalla normativa comunitaria in materia di appalti di servizi laddove si impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori (articolo 3, comma 2 della direttiva 92/50 CEE)”*.

Analoghe considerazioni possono essere riferite anche alla fase di valutazione delle offerte per la quale il Consiglio di Stato (sezione V, sentenza n. 4338 del 10 settembre 2008) si è pronunciato affermando che, nella valutazione delle offerte, è illegittima la valorizzazione dell'esperienza maturata in un determinato ambito territoriale. In particolare, i giudici hanno asserito che in una gara di appalto *“non può essere attribuita natura di requisito professionale ad un periodo della propria attività lavorativa svolto in una determinata località o su un determinato territorio (nella specie, nel campo della 'progettazione di modelli di sviluppo locale')”*.

Deve, peraltro, essere considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 (ex 59) del Trattato CE, norma applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano.

2. Quanto alla seconda questione concernente i requisiti tecnici richiesti, asseritamente pari, per i servizi di ingegneria, a 9,33 volte e per i due servizi di punta a 3,31 volte l'importo stimato dei lavori, essa vien fatta derivare dal punto 7.III. del disciplinare di gara secondo cui *“il possesso dei requisiti tecnici sopra specificati deve riguardare ogni singola prestazione professionale costituente l'oggetto della gara”*.

Al riguardo, è utile richiamare il parere di precontenzioso n. 97 del 13.5.2010, laddove, ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i cosiddetti *“servizi di punta”*, afferma che si attesti l'avvenuto espletamento di due servizi, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie cui si riferiscono i lavori da affidare, per un valore proporzionalmente rapportato all'importo stimato dei suddetti lavori (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2006, n. 2464).

Una diversa interpretazione della normativa di riferimento si porrebbe, del resto, in netto contrasto con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione dei concorrenti alle gare, finendo per determinare una eccessiva compressione della concorrenza e contrastando con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.

Invero, la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione, incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza.

3. Per quanto concerne la terza questione relativa al numero medio annuo del personale impiegato nei tre anni (e non i migliori tre anni negli ultimi cinque anni) anteriori alla data del bando, si precisa che – quanto agli appalti di importo superiore a centomila euro – in attesa dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, l'applicazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare avveniva con riferimento all'articolo 66 del d.P.R. n. 554/1999, tenendo tuttavia 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 dall'articolo 66.

La novella ha avuto 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 ed altri servizi tecnici ad essa connessi, incide 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, la citata Determinazione di questa Autorità n. 5 del 27 luglio 2010).

4. Quanto alla distribuzione del punteggio per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (professionalità: punti 30; metodologia: punti 40; offerta economica: punti 20; tempo: punti 10), si osserva quanto segue.

La griglia di cui sopra ricalca quella degli elementi considerati dal comma 2 dell'art. 64 del D.P.R. n.554/1999.

Con riferimento all'attribuzione del punteggio relativo al merito tecnico della professionalità prescelto dalla stazione appaltante, si rileva che questa Autorità si è pronunciata in numerose occasioni sostenendo che la Stazione Appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi di valutazione dell'offerta, ritenendo tuttavia che detto principio non potesse essere disgiunto da una valutazione specifica del caso concreto.

In tali occasioni è stato evidenziato, infatti, che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, conosce un'applicazione per così dire "attenuata" nel settore dei servizi, in quanto si ritiene, come sostenuto anche da un recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale, che, laddove l'offerta tecnica non consista in un progetto o in un prodotto, ma si sostanzia invece in una attività, un *facere*, la stessa ben potrà essere valutata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità così come emergenti dai *curricula* professionali dei componenti il gruppo di lavoro (in tal senso cfr. anche il citato parere di questa Autorità n. 5/2010).

Lo stesso Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza del 9 giugno 2008, n. 2770, invitando a non enfatizzare il rischio di commistione tra profili soggettivi ed oggettivi, ha ammesso che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente afferenti all'oggetto del contratto, possano essere valutate per la selezione dell'offerta.

Da ultimo, 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 da questa 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.

Con particolare riferimento ai servizi di ingegneria, tale interpretazione trova conferma nella previsione contenuta nel regolamento di attuazione del Codice di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (articolo 266, comma 1, lett.b), n.1), secondo cui 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 (...)”*.

E' legittimo, dunque, che la stazione appaltante preveda l'attribuzione di specifici punteggi in relazione all'esperienza e alla qualifica professionale, e che l'aver espletato in passato servizi analoghi a quello oggetto della gara possa essere valutato quale indice di affidabilità e dunque della qualità stessa dell'offerta tecnica.

In un caso, quale quello che ne occupa, l'elemento della professionalità risulta indubbiamente significativo della qualità della prestazione, direttamente riconducibile a caratteristiche oggettive dell'offerta stessa e dunque adatto a porsi quale parametro di valutazione relativo al merito tecnico, purché tale aspetto non risulti oltremodo incisivo nella valutazione complessiva dell'offerta.

La possibilità di valutare, in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le pregresse esperienze professionali, incontra, infatti, il limite del peso concretamente attribuibile in termini di punteggio a tale elemento; l'apprezzamento del merito tecnico che è deducibile dalla valutazione dei *curricula* professionali è, infatti, solo uno degli elementi valutabili e pertanto non può assumere un rilievo eccessivo (in tal senso cfr.: Cons. di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n.6002; Cons. di Stato, sez.VI, 18 settembre 2009, n.5626; Cons. di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n.3716; Cons di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n.2770).

Sulla base di tali considerazioni, deve pertanto ritenersi che, nel caso sottoposto all'esame di questa Autorità, il requisito della professionalità, suscettibile di essere valutata in base al richiamato criterio, sia "*potenzialmente*" in grado di incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (100) stabilito per gli altri profili dell'offerta, tenendo altresì conto del fatto che, con riguardo all'elemento prezzo, il Consiglio di Stato, sezione VI, 3 giugno 2009, n. 3404, ha avuto modo di precisare che, mentre la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta consente margini di apprezzamento rimessi alla stazione appaltante, la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicché al prezzo più basso deve corrispondere necessariamente un relativo punteggio più alto.

Non di meno, per ragioni di completezza sul punto, si richiama, ancora una volta, il contenuto della Determinazione n. 5 del 2010, secondo cui la determinazione della scala delle valutazioni, in riferimento sia al criterio di valutazione a) (professionalità) sia al criterio di valutazione b) (caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta), impone che il disciplinare di gara stabilisca i cosiddetti "*criteri motivazionali*" che consentono di ritenere una offerta migliore di un'altra.

Peraltro, la documentazione che deve corredare l'offerta dei concorrenti ed i "*criteri motivazionali*" che vanno previsti nei documenti di gara, devono, per entrambi i criteri di valutazione, essere differenti a seconda che i servizi da affidare riguardino la sola prestazione di progettazione, la sola prestazione di direzione dei lavori o entrambe le prestazioni.

Il regolamento stabilisce in modo chiaro ed esaustivo quale contenuto deve avere la documentazione a corredo dell'offerta. Non contiene, invece, alcuna indicazione sui possibili contenuti dei criteri motivazionali da impiegare nella fase valutativa delle offerte.

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Piero Calandra

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011*

Il segretario: Maria Esposito