

## **Parere n. 54 del 23 marzo 2011**

### **PREC 261/10/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'ordine degli Architetti di Salerno e dall'arch. Maria Grazia Alfano – Procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l'affidamento dell'incarico professionale per adeguamento e modificazioni di alcuni articoli delle Norme Tecniche di attuazione del P.R.G. vigente – Importo a base d'asta €17.120,65 – S.A.: Comune di Vibonati (SA).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 28 ottobre 2010 e 29 ottobre 2010 sono pervenute le istanze in oggetto indicate, con le quali viene chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura concorsuale posta in essere dal Comune di Vibonati per l'affidamento dell'incarico professionale di adeguamento e modificazione delle norme tecniche di attuazione al PRG.

Dalla documentazione in atti risulta che la stazione appaltante, a seguito della deliberazione della Giunta Comunale n. 14 del 21.01.2010, dava avvio alla procedura, volta all'affidamento del predetto incarico mediante la pubblicazione all'albo pretorio Comunale, sul sito internet del Comune e presso gli ordini professionali degli ingegneri e degli architetti della Provincia di Salerno dell'avviso pubblico n. 4752 del 7.6.2010.

Quest'ultimo rendeva nota la volontà dell'Amministrazione di procedere al citato affidamento per un importo inferiore a 100.000 euro, ai sensi dell'art. 91 D.Lgs. n. 163/2006, manifestava la necessità "*che occorre procedere alla pubblicazione di avviso pubblico e alla successiva redazione di apposito elenco di professionisti idonei abilitati*" e, conseguentemente, invitava i liberi professionisti interessati, ingegneri ed architetti, iscritti regolarmente ai rispettivi albi professionali, a presentare entro e non oltre il giorno 5.7.2010 formale richiesta e allegato *curriculum vitae*. Entro il termine stabilito pervenivano undici richieste. Con determinazione n. 5 del 10.8.2010 veniva indetta la procedura negoziata ex art. 91, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e venivano invitati a partecipare cinque degli undici soggetti che avevano presentato richiesta.

L'Arch. Alfano, odierna istante, presentava la propria offerta, ma veniva esclusa per mancanza sia della dichiarazione relativa al fatturato globale effettuato nei cinque anni antecedenti alla data della lettera di invito sia dell'impegno di un istituto bancario o assicurativo a rilasciare, in caso di aggiudicazione, polizza assicurativa fideiussoria. All'esito delle operazioni della Commissione di gara veniva riconosciuto aggiudicatario l'Arch. Antonio D'Amico.

L'ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Salerno rileva diversi profili di illegittimità della su descritta procedura.

In primo luogo l'Ordine censura la procedura di affidamento scelta dalla stazione appaltante, in base alla considerazione che l'oggetto del contratto non rientra tra i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria di cui agli artt. 91 e ss. D.Lgs. n. 163/2006, bensì tra i servizi di urbanistica compresi nell'elenco dell'Allegato II A del codice dei contratti pubblici e disciplinati dall'art. 20 D.Lgs n. 163/2006.

In secondo luogo l'Ordine censura le norme del bando che regolano i requisiti di ammissione alla procedura, in quanto assunte in applicazioni delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici relative agli appalti sopra soglia, mentre nel caso in esame avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, dato che il valore della prestazione da affidare è di circa 17.000,00 euro.

In terzo luogo l'Ordine censura l'operato della stazione appaltante, che prima ha pubblicato l'avviso n. 4752 del 7.6.2010, chiedendo ai professionisti interessati la disponibilità a partecipare alla procedura e la presentazione del proprio *curriculum vitae*, e, successivamente, dopo aver preso visione delle specifiche competenze di ogni potenziale concorrente, nella lettera di invito ha specificato ulteriori e diversi requisiti di selezione, violando in tal modo i principi di imparzialità e *par condicio*.

L'Ordine, infine, lamenta le modalità di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per quel che riguarda le voci della "professionalità" e delle "caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta".

Quanto al primo elemento, l'istante sottolinea che la *lex specialis* richiede al riguardo la presentazione di "*documentazione grafica, descrittiva o fotografica*" di un intervento ritenuto significativo della propria capacità professionale, scelto tra interventi affini a quelli oggetto dell'intervento, sebbene l'oggetto del contratto non sia l'affidamento di un incarico di progettazione o di connesse attività tecniche, bensì la redazione di norme tecniche di attuazione del PRG. Quanto al secondo elemento, l'istante censura l'illogicità e l'iniquità della previsione che attribuisce 40 punti su 100 alle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta che la stazione appaltante intende desumere da una relazione contenente "*l'illustrazione delle modalità con cui saranno svolte le prestazioni e i criteri metodologici, scientifici, organizzativi, prestazionali, le forme di controllo ed autocontrollo sulle prestazioni da espletare*".

Anche l'architetto Alfano con autonoma istanza censura la procedura di selezione posta in essere dalla stazione appaltante (in particolare la determinazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, la presentazione delle polizze fideiussorie, le modalità di formulazione dell'offerta), in quanto non proporzionata all'oggetto dell'affidamento ed al valore dell'appalto. L'istante, inoltre, contesta, la documentazione richiesta per valutare la capacità professionale, in quanto, da un lato, priva di qualsiasi attinenza all'oggetto del contratto e, dall'altro, inutile, dato che a ciascun concorrente era stata già richiesta la presentazione del proprio *curriculum vitae*. L'architetto Alfano rileva, infine, che la *lex specialis* è lesiva dei principi di libera concorrenza, di parità di trattamento,

di non discriminazione, di trasparenza e proporzionalità e che la procedura di affidamento posta in essere dall'Amministrazione appare ben diversa di quella prefigurata dall'avviso pubblico prot. 4752 del 7.6.2010.

In riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato, evidenziando che il servizio da affidare rientra tra quelli elencati nell'Allegato II A, cat. 12, al Codice dei contratti pubblici e, conseguentemente, ha posto in essere una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, invitando cinque soggetti ritenuti idonei, scelti tra coloro che avevano risposto all'avviso prot. 4752 del 7.6.2010. Secondo la stazione appaltante, inoltre, non ci sarebbe stata nel caso in esame alcuna violazione dei principi di trasparenza e correttezza, in quanto tutti i concorrenti invitati sarebbero stati posti nelle condizioni di poter liberamente formulare la propria offerta e dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando. Quanto poi alla polizza fideiussoria, quest'ultima sarebbe conforme alle disposizioni degli artt. 75 e 113 D. Lgs. n. 163/2006 *"riferendosi alle garanzie degli esecutori di lavori pubblici oppure di contratti di forniture o servizi, diversi da quelli di ingegneria attinenti ai lavori pubblici, disciplinati unicamente dal suddetto art. 111"*.

Ha partecipato al contraddittorio documentale anche l'architetto A. D'Amico, aggiudicatario definitivo, il quale, dopo aver riassunto le operazioni di gara, ha ritenuto di non entrare nel merito delle doglianze presentate dal Consiglio dell'Ordine e di esprimere il proprio dispiacere e disappunto per la questione sorta in merito alla procedura in esame, sottolineando che, se fosse *"stato convinto di partecipare ad un bando non trasparente e/o non genuino, sicuramente per deontologia professionale ed onestà personale (...) non avrebbe mai partecipato"*.

#### *Ritenuto in diritto*

E' controverso l'operato della stazione appaltante relativamente alla procedura di selezione scelta per l'affidamento del servizio indicato in oggetto, ai requisiti di partecipazione, nonché ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Carattere dirimente delle predette questioni, sottoposte al vaglio dell'Autorità, assume la possibilità di ricondurre - come fa la stazione appaltante - l'attività di adeguamento e revisione delle norme tecniche di attuazione di un PRG ai servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria.

Per l'affidamento di questi ultimi, infatti, il legislatore detta agli artt. 90 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006 una disciplina specifica, completata, anche per quel che concerne i requisiti di partecipazione, dagli artt. 50 e ss del DPR 554/1999, che li modula secondo il valore dell'affidamento.

In particolare l'art. 91 del D.Lgs. n.163/2006 delimita l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame con riferimento ai soli incarichi *"di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo"*. Il D.P.R. 554/1999 precisa che *"quando ricorre una delle situazioni previste dall'articolo 17, comma 4, della Legge, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti di cui all'articolo 17, comma 1, lettere d), e), f), g) della Legge i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ivi compresa la direzione lavori, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni del presente titolo"* (art. 50).

L'Autorità con deliberazione n.385/2001, richiamata dalla successiva determinazione n. 5/2010, Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, 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)"*.

Venendo al caso in esame si osserva che il servizio oggetto dell'affidamento concerne la redazione e la revisione delle norme tecniche di attuazione ad un PRG, tale servizio non rientra tra quelli elencati dagli artt. 91 D.Lgs. n. 163/2006 e 50 D.P.R. 554/99, conseguentemente la stazione appaltante ha errato nel predisporre la *lex specialis* in conformità alle disposizioni degli artt. 91 e ss. del codice degli appalti, che non possono trovare applicazione in relazione a fattispecie diverse da quelle ivi contemplate.

In base alle prestazioni richieste dalla stazione appaltante appare più corretto ricondurre l'affidamento in esame nell'ambito dei servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica, atteso che l'urbanistica comprende la totalità degli aspetti dell'uso del territorio (cfr. Cass. n. 22514 del 20.10.2006). Tali servizi sono ricompresi dal legislatore nell'Allegato II A al codice dei contratti pubblici e, quindi, in conformità a quanto disposto dall'art. 20 D.Lgs. 163/2006, sono soggetti integralmente al codice stesso. In particolare quest'ultimo disciplina l'affidamento dei servizi in economia all'art. 125, prevedendo che: (a) quando il valore delle prestazione è inferiore ai 20.000,00 euro – come nel caso in esame - la stazione appaltante può procedere ad un affidamento diretto del servizio da parte del responsabile del procedimento, temperando, le esigenze di efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici; (b) quando il valore della prestazione è superiore ai 20.000 euro e fino alle soglie ivi indicate, l'affidamento avviene mediante cottimo fiduciario (comma 11). In entrambi i casi l'affidatario deve avere i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritti per le prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente (comma 12).

Nel caso di specie, considerato l'oggetto dell'appalto ed il suo valore, la stazione appaltante avrebbe dovuto dare applicazione alle disposizioni su citate ed, invece, non lo ha fatto ed ha applicato la specifica disciplina dettata per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria.

Tale errore ha poi viziato anche la determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara: questi ultimi non solo non corrispondono alla previsione dell'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, ma rispecchiano la disciplina dettata dal legislatore per l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria sopra soglia comunitaria. La lettera di invito, infatti, pur richiamando espressamente l'art. 41 D.lgs. 163/2006, dispone che i concorrenti debbono avere i seguenti requisiti attinenti alla capacità economico-finanziaria: *"fatturato globale del professionista o della società espletato negli ultimi cinque esercizi antecedenti alla data della presente lettera di invito, non inferiore a 6 volte l'importo del servizio da affidare"* (punto 11). In realtà, però, l'art. 41 citato richiede una dichiarazione concernente il semplice *"fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi"*. Probabilmente la stazione appaltante ha preso a riferimento l'art. 66 del D.P.R. 554/1999, in virtù del quale: *"i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo: a) al fatturato globale per servizi di cui all'articolo*

50, *espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti alla pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 3 e 6 volte l'importo a base d'asta*", ma tale disposizione si applica all'affidamento di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria di importo pari o superiore al controvalore in euro di 200.000 DSP. Ne consegue che la disposizione della lettera di invito in esame risulta irragionevole, in quanto richiede un requisito economico sproporzionato rispetto all'incarico da affidare, e restrittiva della concorrenza, limitando di fatto l'accesso alla gara, senza che alcun pubblico interesse giustifichi tale limitazione.

Sotto altro profilo - fermo restando il carattere assorbente delle sopra esposte argomentazioni, per cui si ribadisce che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare nel caso di specie la disciplina generale, di cui

l'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, e non quella specifica, dettata per i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria dagli artt. 90 e ss. del D.Lgs. n. 163/2006 – appare, comunque, opportuno, fornire con riferimento a quest'ultima disciplina speciale, alcune precisazioni, utili per eventuali future procedure selettive.

Con determinazione n. 5/2010 l'Autorità ha ricordato che il codice impone in caso di utilizzo della procedura negoziata ex art 91, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 *"l'obbligo di rispettare i principi generali richiamati, quali il principio di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, viene infatti indirizzato allo svolgimento di una procedura, ancorché negoziata (cfr. articolo 57, comma 6), da svolgere tra soggetti scelti sulla base di informazioni desunte dal mercato, relative alle loro caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e invitando almeno cinque concorrenti (salva la facoltà della stazione appaltante di utilizzare le ordinarie procedure aperte o ristrette). Si fa presente che, ai sensi dell'articolo 57, comma 6, la selezione degli operatori economici deve avvenire, oltre che nel rispetto dei principi suindicati, anche nel rispetto dei principi di concorrenza e rotazione"*.

L'Autorità ha poi precisato che: - *"il principio di non discriminazione implica, in particolare, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nell'ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni; -in base al principio di proporzionalità, la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo dell'incarico, in quanto la richiesta di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza. Ne discende l'impossibilità di utilizzare, per gli appalti di importo pari o inferiore centomila euro, i requisiti previsti dalla normativa per gli affidamenti di progettazione di importo superiore a centomila euro ed in particolare i requisiti economico-finanziari. Per quanto riguarda l'istituzione di un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, devono essere previsti idonei meccanismi di aggiornamento periodico, adottando, in ogni caso, forme di pubblicità adeguate, in modo che risulti garantito ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'elenco stesso, senza limitazioni temporali. Si ritiene, inoltre, necessario che - laddove l'amministrazione intenda effettuare la scelta di istituire l'elenco di operatori economici - la stessa debba darne adeguata pubblicità mediante un avviso contenente criteri e requisiti per la formazione dell'elenco stesso (...). Nell'avviso per la costituzione dell'elenco (cui va data adeguata pubblicità, attraverso la Gazzetta ufficiale, i siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, del Codice ed il profilo del committente) le stazioni appaltanti indicano l'articolazione dell'elenco sulla base delle classi e categorie dei lavori da progettare, così come definite dall'articolo 14 della legge n. 143/1949 citata, nonché le fasce di importo in cui si intende suddividere l'elenco; nell'avviso è richiesto anche un requisito minimo relativo alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie in cui si intende suddividere l'elenco"*.

Nel caso di specie la stazione appaltante nell'applicare erroneamente la procedura negoziata di cui all'art. 91, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 ha violato anche i principi su elencati: - di non discriminazione, in quanto ha privilegiato gli architetti ed ingegneri della Provincia di Salerno, facendo pubblicare l'avviso *de quo* solo presso il loro Ordine; - di proporzionalità, in quanto ha richiesto requisiti di partecipazione non connessi all'importo del servizio da affidare ed ha previsto criteri di valutazione dell'offerta, come la professionalità del concorrente "*desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva*", non inerenti all'oggetto del contratto, intendendo, infatti, desumere la professionalità del concorrente necessaria per redigere norme tecniche di attuazione di un PRG da documentazione grafica, fotografica e descrittiva, che all'evidenza non è idonea a provare la predetta professionalità né a darne evidenza; - di trasparenza, in quanto non ha dato la dovuta pubblicità all'avviso *de quo*.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura di selezione posta in essere dal Comune di Vibonati non sia conforme alla disciplina per l'affidamento dei servizi sotto soglia comunitaria dettata dall'art. 125 del Codice dei contratti pubblici e violi i principi di non discriminazione, proporzionalità, trasparenza e concorrenza.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito