

Parere n. 7 del 12/01/2011

PREC 175/10/L-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'impresa Erriquez Mario, in qualità di capogruppo del R.T.I. con l'impresa Urbano Giuseppe Pietro –Affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di un asilo nido in Via delle Betulle in Canosa di Puglia – Importo a base d'asta: €660.611,28 – S.A.: Comune di Canosa di Puglia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il concorrente Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito dall'impresa Erriquez Mario (capogruppo mandataria) e dall'impresa Urbano Giuseppe Pietro (mandante) ha lamentato l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto integrato in oggetto, disposta nei suoi confronti dalla Commissione di gara in sede di verifica del possesso dei requisiti, avviata ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 in capo al concorrente medesimo scelto a seguito di sorteggio pubblico.

Nel merito l'istante R.T.I. ha rappresentato che la documentazione prodotta per comprovare le dichiarazioni rese dai progettisti individuati non è stata ritenuta idonea *“in quanto i servizi di progettazione indicati sono relativi a lavori commessi da soggetti privati e non rilasciati e vistati da committente pubblico come previsto agli articoli 4 e 6 del disciplinare di gara”*. Invece, nei suddetti articoli del citato disciplinare di gara non è mai detto che i servizi di progettazione dovessero essere solo quelli affidati da committente pubblico, ma è stabilito che il concorrente debba essere in possesso di *“servizi di progettazione di cui all'art. 50 del suddetto D.P.R. n. 554/1999 riguardanti lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e delle categorie dei lavori da progettare, di importo pari a tre volte gli importi di ognuna delle suddette classi e categorie da progettare”* (art. 4 del disciplinare di gara).

Al riguardo, l'istante ha evidenziato, altresì, che la normativa vigente di settore non contiene alcuna disposizione che preclude la partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici in caso di possesso di requisiti tecnici maturati attraverso l'espletamento di lavori progettati per committenza privata né la *lex specialis* di cui trattasi richiedeva a pena di esclusione che i servizi di progettazione pregressi dovessero essere solo quelli affidati da committente pubblico.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, avviata in data 27 luglio 2010, il Comune di Canosa di Puglia, con nota del 5 agosto 2010, ha dedotto quanto segue.

Per l'affidamento dell'appalto integrato in oggetto è stato richiesto ai partecipanti, ai sensi dell'art. 4 del disciplinare di gara, di essere in possesso di attestazione SOA, di cui al D.P.R. n. 34/2000, documentante la qualificazione per progettazione e costruzione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da realizzare, ai sensi dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999, oltre all'indicazione del personale individuato per lo svolgimento delle prestazioni di progettazione, in possesso dei titoli professionali abilitanti e del seguente ulteriore requisito: *“avere svolto – nel decennio anteriore alla data di pubblicazione del bando – servizi di progettazione di cui all'art. 50 del suddetto D.P.R. n. 554/1999 riguardanti lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e delle categorie dei lavori da progettare, di*

importo pari a tre volte gli importi di ognuna delle suddette classi e categorie da progettare"; ovvero – alternativamente – di essere in possesso dell'attestazione SOA di cui sopra, documentante la qualificazione per la (sola) costruzione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da realizzare, e di indicare i progettisti, di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), f), f-bis), g) ed h) del D.Lgs. n. 163/2006, associati o indicati, in possesso dei titoli professionali abilitanti e del medesimo requisito aggiuntivo concernente la pregressa esperienza sopra riportato in corsivo.

Inoltre, al fine di garantire una qualificazione professionale maggiormente adeguata alla tipologia di opera pubblica da realizzare, è stato previsto dall'art. 8 del disciplinare di gara – con riferimento all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 – che i sorteggiati documentassero l'avvenuto espletamento di servizi di progettazione di cui all'art. 50 del suddetto D.P.R. n. 554/1999 riguardanti lavori, appartenenti ad ognuna delle categorie e delle classi dei lavori da progettare, di importo pari a tre volte gli importi di ognuna delle suddette classi e categorie, attraverso certificati rilasciati e vistati (esclusivamente) da committenza pubblica.

Il Raggruppamento Temporaneo istante, partecipante alla gara in oggetto, non essendo in possesso di attestazione SOA per progettazione e costruzione ma per la sola costruzione, ha designato come progettista un costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti e nella procedura di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, attivata nei suoi confronti a seguito di sorteggio pubblico, ha fatto pervenire alla stazione appaltante la documentazione ritenuta utile alla dimostrazione del possesso dei requisiti, in base alla quale, però, non ha raggiunto i limiti previsti per la qualificazione, in quanto non sono stati ritenuti utili al riguardo – conformemente a quanto previsto dal richiamato art. 8 del disciplinare di gara – gli interventi realizzati per committenza privata. Sicché, la Commissione ha disposto l'esclusione del medesimo raggruppamento dalla procedura di gara in questione.

Ritenuto in diritto

E' utile premettere che nell'appalto integrato i requisiti richiesti al progettista (e quindi all'impresa oppure ai progettisti indicati o associati) sono quelli previsti dalla normativa in materia di gare di progettazione e, in particolare, dal titolo IV del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (artt. 50 e ss.) e che la regola generale, emergente dal complesso normativo tuttora in vigore, è che l'indicazione dei progettisti costituisce una circostanza alternativa al possesso, in capo alla stessa impresa concorrente, delle capacità tecniche in materia. Pertanto, i soggetti in possesso della qualificazione come appaltatori integrati, proprio perché hanno già dato prova di possedere le richieste capacità progettuali, non devono ulteriormente indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici ed i loro requisiti di qualificazione, onere che invece permane unicamente in capo a quelle imprese qualificate per la sola costruzione dell'opera che partecipino ad una gara di appalto integrato (T.A.R. Lazio, sez. III, 8 luglio 2003, n. 6078).

Passando all'esame della questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame, concernente la scelta della stazione appaltante di valutare, ai fini della comprova del possesso dei requisiti tecnici richiesti ai concorrenti, solo servizi attinenti a lavori svolti in favore di Pubbliche Amministrazioni, si deve rilevare, innanzitutto che – come correttamente evidenziato dal R.T.I. istante, negli artt. 4 e 6 del disciplinare di gara, impropriamente richiamati dalla Commissione a fondamento della disposta esclusione, non è prescritto che i pregressi servizi di progettazione, di cui il concorrente deve essere in possesso, debbano essere solo quelli commissionati da un committente pubblico, ma è stabilito, invece, che il concorrente debba essere in possesso di *“servizi di progettazione di cui all'art. 50 del suddetto D.P.R. n. 554/1999 riguardanti lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e delle categorie dei lavori da progettare, di importo pari a tre volte gli importi di ognuna delle suddette classi e categorie da progettare”* (art. 4 del disciplinare di gara).

Tale imprescindibile necessità, tuttavia, emerge, ancorché indirettamente, dal disposto dell'art. 8 del disciplinare di gara, concernente la verifica del possesso dei requisiti di capacità economico

finanziaria e tecnico organizzativa, il quale stabilisce che i sorteggiati devono documentare l'avvenuto espletamento dei suddetti servizi di progettazione di cui all'art. 50 del D.P.R. n. 554/1999 esclusivamente attraverso *“certificati rilasciati e vistati dal Committente Pubblico dei servizi effettuati”*.

Si tratta, quindi, di stabilire se il provvedimento di esclusione, adottato dal Comune di Canosa di Puglia nei confronti del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito dall'impresa Erriquez Mario (capogruppo mandataria) e dall'impresa Urbano Giuseppe Pietro (mandante), sia stato adottato sulla base di una disposizione della *lex specialis* (art. 8 del disciplinare di gara) indebitamente limitativa dell'accesso dei concorrenti alla procedura di gara di cui trattasi.

L'esame della congruità e della ragionevolezza della restrizione operata dalla stazione appaltante con la previsione di cui al citato art. 8 del disciplinare di gara 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 contestato profilo della valutazione da parte della stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, dei soli pregressi servizi svolti in favore di Pubbliche Amministrazioni e non anche dei servizi svolti in favore di privati, 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 vistati 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 logicità 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 la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di un asilo nido.

Ebbene, valutando tale aspetto alla luce della disciplina legislativa richiamata non appare ragionevole giustificare la scelta del Comune appaltante di non valutare i servizi eseguiti in relazione a lavori espletati in favore di privati, 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 (progettazione esecutiva e realizzazione di un asilo nido), considerato che la prestazione richiesta 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”*.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla gara del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito dall'impresa Erriquez Mario (capogruppo mandataria) e dall'impresa Urbano Giuseppe Pietro (mandante), assunto dal Comune di Canosa di Puglia, sia stato adottato sulla base di una disposizione della *lex specialis* indebitamente limitativa dell'accesso alla procedura di gara, 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