

Parere n. 149 del 27/9/2012

PREC 29/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da SCARAVILLI IVAN – Gara per l’affidamento del servizio per prove di laboratorio ed indagini geognostiche in ordine ai lavori di costruzione del 1° stralcio funzionale “Variante di Caltagirone dal Km 3+700 (riferimento al lotto unico), comprensivo dello svincolo di S. Bartolomeo, al Km 12+470 (riferimento al lotto unico), compreso l’innesto con la S.P. n. 37 al Km 11+400” - Importo a base d’asta €632.991,59 - S.A.: ANAS SPA.

Autorizzazioni ministeriali per servizi geologici e di laboratorio – art. 20 legge n. 1086/1971 - circolare ministeriale n. 7618 del 08/09/2010 – circolare ministeriale n. 7619 del 08/09/2010- legittimità del bando.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 dicembre 2011 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe con la quale il geologo Ivan Scaravilli contesta la legittimità del bando di gara indetto da ANAS S.p.a per l’affidamento del servizio in oggetto, “poiché viziato dalla falsa applicazione di norme e leggi in materia di affidamento di servizi pubblici e appalti, quali gli artt. 39 e 42 del D.lgs 163/2006 riguardanti, rispettivamente, i requisiti di idoneità professionale e quelli relativi alla capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi”. L’istante contesta inoltre la “disapplicazione dell’art. 252 e segg. del DPR 207/2010 nonché la falsa applicazione dell’art. 34 del Codice, in ordine al mancato affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria (indagini e prove in oggetto) ai soggetti di cui all’art. 90 D.lgs 163/2006 in combinato disposto con gli artt. 3 L. 112/63 e 41 DPR 328/2001 (ossia professionisti geologi iscritti all’albo professionale)”.

L’istante, sostanzialmente, contesta la *lex specialis* di gara, nella parte in cui richiede, per l’esecuzione di servizi geologici e di laboratorio, il possesso di specifiche autorizzazioni rilasciate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Presidenza del Consiglio dei Lavori Pubblici. In tal modo, prosegue l’istante, la stazione appaltante ha impedito ai geologi iscritti all’albo professionale e, quindi, in possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui all’art. 42 del D.lgs. n. 163/2006, la partecipazione alla gara in oggetto.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 febbraio 2012, la società ANAS S.p.a ha ribadito la legittimità del bando di gara in ragione della tipologia dei servizi oggetto di affidamento (esecuzione di prove, esami ed analisi *in situ* e di laboratorio sui materiali da impiegare ed impiegati nell’esecuzione dei lavori – indagini conoscitive sui terreni affidate direttamente al geologo dell’ANAS), che rientrerebbe nella categoria 12 dell’elenco di cui all’allegato II A del D.Lgs. n. 163/2006.

Pertanto, tenuto conto delle specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto, la stazione appaltante ribadisce la necessità che le prove oggetto del presente affidamento vengano eseguite da laboratori ufficiali in possesso delle autorizzazioni ministeriali previste dalla legge n. 1086/1971 e dalle circolari ministeriali nn. 7618 e 7619.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara in oggetto per le ragioni evidenziate in fatto.

Il tipo di appalto, disciplinato dal bando di gara in contestazione, viene classificato, nel punto II.1.2, come: “ *Categoria di servizi n. 12: Servizi attinenti all'architettura ed all'Ingegneria, anche integrata, servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica ; servizi di sperimentazione tecnica ed analisi.*”

Il computo metrico estimativo allegato al bando suddetto, nello stabilire la quantità e gli importi delle voci che concorrono alla determinazione del corrispettivo posto a base d'asta, chiarisce senza possibilità di dubbio che le prestazioni in questione hanno ad oggetto servizi di prospezione geologica, geofisica ed altri servizi di prospezione scientifica nonché servizi di laboratorio ma, nonostante ciò, in più parti il bando (cfr. II.1.4 del bando) qualifica l'ambito dell'appalto solo quale relativo a servizi di ingegneria geotecnica.

Ciò posto, si pone all'attenzione di questa Autorità quella percentuale di servizi geologici e di laboratorio pari al 64,13%, che costituisce oggetto dell'attività professionale dei geologi iscritti all'ordine professionale di cui all'art. 39 D.lgs 163/2006, specificando che il bando e il disciplinare richiedendo il possesso di specifiche autorizzazioni ministeriali, precludono ai dottori geologi la partecipazione alla gara in oggetto.

In particolare, il bando, nello stabilire i requisiti di “*capacità economica*” e “*capacità tecnica*”, dispone il possesso di “*Idonee referenze bancarie attestate da almeno due istituti...*” il fatturato, conseguito negli ultimi *tre esercizi*, per un importo complessivo “*non inferiore a quello posto a base d'appalto*” la “*disponibilità di adeguati mezzi*” nonché il possesso di “*autorizzazioni ministeriali*” relative a “*Esecuzione e certificazione di prove sui materiali da costruzione, ai sensi dell'art. 20 L. 1086/1971*”, “*Esecuzione e certificazione di indagini geognostiche, prelievo di campioni e prove in sito, ai sensi della Circolare Ministeriale 8/9/2010 n° 7619*” ed “*Esecuzione e certificazione di prove su terre e rocce, ai sensi della Circolare Ministeriale 8/9/2010 n° 7618*”. Disposizioni, queste, comportanti – nel caso di mancato rispetto o di mancata produzione - l'esclusione dalla partecipazione alla procedura.

La questione, al di là delle argomentazioni espresse dall'eponente, si sviluppa intorno alla domanda principale relativa alla necessità o meno delle suindicate autorizzazioni ministeriali, che finirebbero per limitare fortemente la partecipazione di quei soggetti in possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 163 del 2006, necessari per essere ammessi alle gare per l'affidamento di un pubblico servizio.

La questione è stata già esaminata, anche se in un contesto diverso (legittimità della circolare ministeriale n. 7618 dell'8 settembre 2010), dal TAR per il Lazio, sez. III, con sentenza n. 3757 del 26 aprile 2012.

In tale ambito il giudice amministrativo ha altresì affrontato il problema della possibilità della suddetta circolare di sottoporre alcune attività di indagine e certificative ad una preventiva autorizzazione ministeriale con possibile limitazione alla libera attività professionale di chi fosse già in possesso di un titolo di studio e di una connessa iscrizione all'albo di per sé idonei a fornire la giusta legittimazione.

Afferma il giudice adito che la suddetta circolare trova la sua fonte nella norma dell'art. 59 del D.p.r. n. 380 del 2001 che, non solo, al comma 2 attribuisce espressamente al Ministero delle Infrastrutture il potere di autorizzare con proprio decreto altri laboratori ad effettuare prove su materiali da costruzione, comprese quelle geotecniche su terreni e rocce, ma al terzo comma afferma anche che l'attività di laboratorio è considerata servizio di pubblica utilità.

Viene, altresì, posto in evidenza che la disciplina dettata dalla circolare in esame non si pone in contrasto - e non ha nessuna funzione limitativa - con le prerogative professionali assegnate dalla legge ai liberi professionisti che svolgono l'attività di geologi. I citati laboratori devono assicurare l'indispensabile affidabilità nell'esecuzione delle prove stesse e nel certificare i risultati. Infatti, attesa la delicatezza della funzione ad essi demandata, è stato istituito con il D.M. 14 gennaio 2008 un sistema organico di qualificazione e di controllo, di modo che i progetti strutturali interagenti con il terreno siano basati su modelli geotecnici dedotti da specifiche indagini e prove, costituenti parti integranti del progetto e caratterizzate da sicura autorevolezza ed affidabilità proprio in quanto condotte e certificate dai laboratori autorizzati secondo la disciplina che fa comunque capo all'art. 59 del D.P.R. n. 380 del 2001.

Sul punto la stazione appaltante ha ribadito che le specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto hanno imposto la necessità di far eseguire le prove, gli esami e le analisi *in situ* e di laboratorio, nonché sui materiali impiegati e da impiegare nell'esecuzione dei lavori, a laboratori ufficiali, cioè in possesso di specifiche autorizzazioni (concessioni in corso di validità) rilasciate specificamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Tale ricostruzione normativa ed esegetica induce a superare ogni sforzo argomentativo del soggetto esponente, teso a discriminare, nell'ambito delle singole voci che concorrono alla determinazione della base d'asta, quello che doveva essere oggetto di esame da parte di laboratori (circa il 25,66%) da quello che poteva essere demandato all'attività di geologi appositamente iscritti all'albo.

Infatti, nel caso che ci occupa, non è necessario stabilire se tutto o parte dei servizi appaltati potessero essere svolti da soggetti iscritti all'albo dei geologi, ma semmai se è logico e coerente richiedere un'attività di certificazione da parte di appositi laboratori appositamente a ciò autorizzati senza che questo comporti un'inedebita limitazione di ammissione alla gara *de qua*.

Al riguardo, è sufficiente sottolineare che, per costante giurisprudenza, la Pubblica amministrazione può introdurre nella *lex specialis* della gara d'appalto disposizioni che limitano la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione di soggetti particolarmente qualificati, specialmente per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, se tale scelta non sia eccessivamente o irragionevolmente limitativa della concorrenza, scelta che può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009 n. 525 e 23 luglio 2008 n. 3655).

Allo stesso modo, pur in presenza del disposto dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici, in tema di appalto di servizi, si è ritenuto che la lettura sistematica della citata norma faccia emergere che l'Amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad

una gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge e di pretendere il possesso di requisiti di capacità diversi e ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, salvo che la scelta non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria (Cfr. TAR Puglia, sezione Staccata di Lecce, 6 ottobre 2008 n. 2787).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le prescrizioni del bando in tema di requisiti di capacità tecnica siano del tutto legittime e coerenti con la natura, la tipologia e l'importanza del servizio oggetto di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito