

Parere n.98 del 27/06/2012

PREC 44/11/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 Italia Engineering Enterprise s.c. – “*Affidamento del servizio di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza per i lavori di realizzazione di un sistema di accosto e ormeggio e di prolungamento e consolidamento moli nel porto commerciale di Salerno*” – euro 1.531.161,34 – offerta economicamente più vantaggiosa- S.A.: Autorità Portuale di Salerno.

Servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria – valutazione offerte tecniche

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 gennaio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la Italia Engineering Enterprise s.c. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dalla Autorità Portuale di Salerno per l’affidamento del servizio in oggetto, richiamando il parere n. 97 del 13 maggio 2010 di questa Autorità, reso in relazione ad analoga procedura, anch’essa avente ad oggetto l’affidamento della direzione lavori e del coordinamento della sicurezza per i lavori di consolidamento dei moli del porto commerciale di Salerno.

In sintesi, la società istante contesta:

- 1) i paragrafi 3.2 e 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono l’assegnazione di un punteggio (fino al massimo di 40/100) per l’elemento “*Adeguatezza dell’offerta e valore della struttura tecnico-organizzativa*”, ed in particolare per l’esperienza maturata dal concorrente “*nel settore della direzione lavori e del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per interventi affini a quelli oggetto dell’affidamento (strutture in zona sismica strettamente connesse al settore delle opere marittime per la classe Ig ed opere di fondazioni speciali in zona sismica strettamente connesse al settore delle opere marittime per la classe IXc)*”;
- 2) il paragrafo 3.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l’assegnazione dei punteggi relativi alle esperienze professionali maturate nell’ultimo decennio (incarichi di direzione dei lavori, progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza, in misura decrescente così definita: per opere completate e collaudate, per opere completate ma non ancora collaudate e per opere in corso di esecuzione), senza tuttavia predeterminare i sub-pesi ed i sub-punteggi per ciascuna voce;
- 3) il paragrafo 3.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui stabilisce che “*si riterranno preferibili, in termini di assegnazione di punteggio, le prestazioni svolte per enti pubblici in conformità alle prescrizioni delle leggi e dei regolamenti sui LL.PP.*”;
- 4) il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui dispone che l’assegnazione dei punteggi relativi al valore della struttura tecnico-organizzativa tenga conto, tra l’altro: del numero di

unità di personale, delle qualifiche professionali e delle funzioni dei soggetti che compongono il gruppo di lavoro, delle attrezzature tecniche e logistiche, delle apparecchiature, dei *software* e degli strumenti disponibili;

5) il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui richiede che vengano indicate, nella relazione illustrativa dell'offerta tecnica, le *“ore uomo poste a disposizione della stazione appaltante degli altri soggetti che compongono il gruppo di lavoro candidato dal concorrente”*, che rappresenterebbero un'indebita anticipazione di elementi dell'offerta economica;

6) il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede la valutazione, ai fini dell'attribuzione dei punteggi, di strumenti e procedure utilizzati ai fini del controllo della qualità del servizio;

7) il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui dispone che ciascun concorrente possa indicare, nella relazione illustrativa dell'offerta tecnica, i documenti coperti da riservatezza ai fini dell'accesso da parte di terzi;

8) il paragrafo 8 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede la possibilità di verificare l'anomalia dell'offerta economica;

9) il paragrafo 11.3 del disciplinare di gara, nella parte in cui stabilisce, senza puntuale motivazione, che *“ai sensi dell'art. 261, comma 7, del D.P.R. 207/2010 e ss.mm.ii., nel caso di raggruppamento temporaneo i requisiti economico-finanziari devono essere posseduti in misura non inferiore al 60% dal capogruppo; la restante percentuale del 40% deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti anche se il capogruppo possiede requisiti superiori al 60%”*;

10) il paragrafo 11.5 del disciplinare di gara, nella parte in cui ammette a far parte dell'ufficio di direzione dei lavori i soli professionisti che abbiano conseguito la laurea quinquennale in ingegneria civile;

11) il paragrafo 14 del disciplinare di gara, ai cui sensi l'Amministrazione conserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione fino alla conferma del finanziamento dell'opera, ovvero di revocare l'incarico qualora venga meno il finanziamento.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 29 febbraio 2012, l'Autorità Portuale di Salerno ha ribadito la legittimità della *lex specialis* facendo pervenire le proprie osservazioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara pubblicato dall'Autorità Portuale di Salerno, in data 26 ottobre 2011, per l'affidamento della *direzione lavori e del coordinamento della sicurezza per la realizzazione del nuovo sistema di accosto ed ormeggio e del prolungamento e consolidamento dei moli, nel porto commerciale di Salerno*.

Seguendo l'ordine di esposizione dell'istanza, l'avviso di questa Autorità è nei termini che seguono:

1) I paragrafi 3.2 e 7.2.2 del disciplinare di gara prevedono, nell'ambito della valutazione delle offerte tecniche, l'assegnazione di un massimo di 40 punti su 100 per l'elemento qualitativo denominato "Adeguatezza dell'offerta e valore della struttura tecnico-organizzativa", da giudicarsi in relazione all'esperienza maturata dal concorrente "nel settore della direzione lavori e del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per interventi affini a quelli oggetto dell'affidamento (strutture in zona sismica strettamente connesse al settore delle opere marittime per la classe Ig ed opere di fondazioni speciali in zona sismica strettamente connesse al settore delle opere marittime per la classe IXc)".

Secondo la società istante, il disciplinare violerebbe il principio generale secondo cui, nelle gare da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione previsti dal bando devono essere costruiti con riferimento al contenuto oggettivo dell'offerta, e non agli aspetti soggettivi dell'azienda in quanto tale.

Al riguardo, però, va rilevato che secondo il più recente orientamento della giurisprudenza, il principio richiamato dall'istante trova alcuni temperamenti (cfr. A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n. 7 e le pronunce ivi citate), secondo i quali il collegamento all'oggetto dell'appalto può legittimare, a determinate condizioni, il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico, di stampo soggettivo, e l'utilizzo di detti criteri appare viepiù ragionevole quando consente di rispondere, in concreto, alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici possono presentare, come nel caso di una procedura che abbia ad oggetto non un progetto o un prodotto, ma un fare.

Con particolare riferimento ai servizi di ingegneria, tale deroga trova oggi positiva conferma nell'art. 266, comma 1, lett. b), del Regolamento sui contratti pubblici, secondo cui l'offerta tecnica deve essere corredata anche dalla documentazione di un numero massimo di tre servizi, 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' dunque legittimo che il bando di gara preveda l'attribuzione di specifici punteggi in relazione all'esperienza ed alla qualificazione professionale dei raggruppamenti concorrenti, poiché l'aver espletato in passato servizi di direzione lavori e coordinamento della sicurezza può essere valutato quale indice di affidabilità e, di conseguenza, di buona qualità della stessa offerta tecnica, direttamente riconducibile alle caratteristiche oggettive dell'appalto, purché naturalmente tali aspetti non risultino quantitativamente preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta.

La possibilità di valutare le pregresse esperienze dei concorrenti, in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, incontra infatti il limite del peso concretamente attribuibile in termini di punteggio a tali elementi: l'apprezzamento del merito tecnico deducibile dai *curricula* dei professionisti riuniti è soltanto uno degli elementi valutabili e non può assumere un rilievo eccessivo (cfr. in tal senso A.V.C.P., parere 13 maggio 2010 n. 97; in giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009 n. 6002; Id., sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626; Id., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2770). Pertanto, la percentuale minima e massima di rilevanza delle esperienze professionali, per le gare aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di ingegneria, è stata determinata dall'art. 266, comma 5, del citato Regolamento (da 20 a 40 punti su 100).

Ne consegue che nel caso di specie può ritenersi legittimo il disciplinare di gara predisposto dall'Autorità Portuale di Salerno, nella parte in cui prevede l'assegnazione di un massimo di 40 punti su 100 rispetto al "valore della struttura tecnico-organizzativa".

2) Il paragrafo 3.2 del disciplinare di gara regola, inoltre, l'assegnazione dei punteggi relativi alle esperienze professionali (direzione dei lavori, progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza) maturate dai concorrenti nell'ultimo decennio, in misura decrescente per le opere completate e collaudate, per le opere completate ma non ancora collaudate e per le opere in corso di esecuzione.

Secondo la società istante, la clausola sarebbe illegittima in quanto non predeterminerebbe in modo dettagliato i sub-pesi ed i sub-punteggi per ciascuna voce.

In contrario, deve osservarsi che il Codice prevede, all'art. 83, secondo comma, che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi; il successivo quarto comma dispone che la stazione appaltante "*ove necessario*" determini il coefficiente da applicare al peso o punteggio massimo di un determinato criterio di valutazione, procedendo tramite valutazioni di aspetti di dettaglio che caratterizzano quel criterio di valutazione e stabilendo, a tal fine, sub-criteri e sub-pesi connessi alla disaggregazione del criterio nei suoi più essenziali aspetti.

La norma indica chiaramente che i sub-criteri e i sub-pesi costituiscono soltanto uno strumento operativo per esprimere correttamente la valutazione dell'offerta nei riguardi del criterio in esame e che la loro individuazione, da un lato, è ormai preclusa alle commissioni giudicatrici nella fase di avvio delle operazioni valutative e, dall'altro, è obbligatoria nell'ambito della *lex specialis* di gara soltanto ove ciò, ad avviso della stazione appaltante, risulti necessario, e cioè quando i criteri di valutazione si presentino generici e suscettibili di più puntuale articolazione rispetto all'appalto da aggiudicare (così A.V.C.P., *determinazione 24 novembre 2011 n. 7*).

La facoltatività della scomposizione in sub-criteri e sub-pesi è oggi espressamente confermata, per i servizi di ingegneria, dall'art. 264, primo comma – lett. p), del Regolamento.

Nella fattispecie, il disciplinare contiene già un'adeguata ponderazione (tradotta in sub-punteggi) delle diverse tipologie di esperienze professionali suscettibili di essere favorevolmente valutate, cosicché l'ulteriore graduazione dei punteggi al loro interno, per ciascun concorrente, competerà al motivato giudizio della commissione di gara, nel rispetto dell'ordine decrescente di importanza fissato dallo stesso disciplinare.

3) E' viceversa fondata la censura avanzata dalla società istante avverso il paragrafo 3.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui stabilisce che "*si riterranno preferibili, in termini di assegnazione di punteggio, le prestazioni svolte per enti pubblici in conformità alle prescrizioni delle leggi e dei regolamenti sui LL.PP.*".

In tema di requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per la partecipazione alle gare di affidamento dei servizi di ingegneria, l'art. 263, comma 2, del Regolamento stabilisce che sono valutabili anche le prestazioni svolte per committenti privati, documentabili attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti ovvero dichiarazioni dall'operatore economico che è tenuto a fornire, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi, il certificato di collaudo, copia del contratto o copia delle fatture.

L'equiparazione tra servizi resi ad Amministrazioni pubbliche e servizi resi a committenti privati deve coerentemente essere applicata anche alla fase della valutazione delle offerte tecniche, qualora i *curricula* professionali dei concorrenti assumano rilevanza (entro i limiti di cui si è detto) per l'assegnazione dei punteggi.

Ne discende l'illegittimità, per irragionevolezza e disparità di trattamento, delle clausole dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria che prevedano l'attribuzione di un maggior punteggio per gli incarichi svolti a favore di Amministrazioni pubbliche.

4) Per la censura mossa al paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara (laddove dispone che l'assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche tenga conto, tra l'altro, del numero di unità di personale, delle qualifiche professionali e delle funzioni dei soggetti compongono il gruppo di lavoro, delle attrezzature tecniche e logistiche, delle apparecchiature, dei *software* e degli strumenti disponibili) valgono le considerazioni già espresse.

L'art. 266 del Regolamento, ai commi 1, e 4, prevede esplicitamente che il giudizio sulle offerte tecniche abbia ad oggetto, tra l'altro, le caratteristiche metodologiche dell'offerta, desumibili dalle *“modalità con cui saranno svolte le prestazioni oggetto dell'incarico con riferimento, a titolo esemplificativo, ai profili di carattere organizzativo-funzionale, morfologico, strutturale e impiantistico, nonché a quelli relativi alla sicurezza e alla cantierabilità dei lavori”*.

Anche sotto tale profilo, dunque, l'Autorità Portuale di Salerno ha legittimamente previsto la valutazione di aspetti tecnico-organizzativi riferiti ai raggruppamenti concorrenti, che presentano una stretta correlazione con la qualità della prestazione professionale e non eccedono i limiti percentuali di incidenza stabiliti dall'art. 266, comma 5, del Regolamento stesso.

5) Il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, che richiede ai concorrenti l'indicazione *“delle ore uomo poste a disposizione della stazione appaltante degli altri soggetti che compongono il gruppo di lavoro candidato dal concorrente”*, non dà luogo ad un'indebita anticipazione nell'offerta tecnica di elementi dell'offerta economica, come viceversa sostenuto dalla società istante.

La commissione giudicatrice, infatti, non essendo a conoscenza dell'inquadramento contrattuale dei professionisti che compongono il gruppo di lavoro, non potrebbe essere in grado di desumere da tale aspetto dell'offerta tecnica l'entità del ribasso offerto dai concorrenti.

6) E' altresì legittimo il paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'attribuzione dei punteggi in relazione agli strumenti ed alle procedure utilizzati ai fini del controllo della qualità del servizio.

La clausola, correttamente interpretata, non ha il significato di richiedere il possesso di certificazioni di qualità aziendale, bensì attiene alle specifiche misure organizzative e di controllo che i concorrenti dovranno individuare per lo svolgimento dell'incarico ed è legittima, alla luce di quanto disposto dal richiamato art. 266 del Regolamento.

7) Viene contestata, poi, la previsione del paragrafo 7.2.2 del disciplinare di gara, che autorizza ciascun concorrente ad indicare, nella relazione illustrativa dell'offerta tecnica, i documenti coperti da riservatezza ai fini dell'accesso da parte di terzi.

Prescindendo dal rilievo che non è dato ravvisare al riguardo un interesse attuale e concreto della società istante, la clausola appare in sé legittima, in quanto si limita (con evidente finalità acceleratoria) a consentire ai concorrenti l'anticipazione della propria eventuale opposizione all'accesso ai dati costituenti segreto tecnico o commerciale, ai sensi dell'art. 13, comma 5, del Codice.

8) Anche il paragrafo 8 del disciplinare di gara, che prevede la possibilità per la stazione appaltante di verificare l'anomalia dell'offerta, è legittimo.

Al riguardo, infatti, non può dubitarsi che nelle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria, anche ove il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione possa chiedere ai concorrenti di giustificare la congruità del ribasso sulle tariffe professionali (cfr. sul punto A.V.C.P., determinazione 27 luglio 2010 n. 5, alla cui ampia motivazione si rinvia).

9) La società istante dubita, inoltre, della legittimità del paragrafo 11.3 del disciplinare di gara, laddove stabilisce, senza puntuale motivazione, che *“ai sensi dell’art. 261, comma 7, del D.P.R. 207/2010 e ss.mm.ii., nel caso di raggruppamento temporaneo i requisiti economico-finanziari devono essere posseduti in misura non inferiore al 60% dal capogruppo; la restante percentuale del 40% deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti anche se il capogruppo possiede requisiti superiori al 60%”*.

La doglianza è fondata.

L'art. 261, settimo comma, del vigente Regolamento (con previsione innovativa rispetto all'abrogato art. 65 del D.P.R. n. 554 del 1999) stabilisce che il bando di gara può prescrivere *“con opportuna motivazione”* che, nelle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria, la mandataria dimostri di possedere una percentuale minima dei requisiti tecnici e finanziari, comunque non superiore al 60%.

La stazione appaltante è tenuta a corredare il bando di una motivazione puntuale, che dia conto delle ragioni che l'hanno indotta, per l'affidamento del servizio, ad esigere una maggiore qualificazione della capogruppo.

Nella fattispecie, non si rinviene nella *lex specialis* di gara alcuna specifica giustificazione della decisione di richiedere alle mandatarie dei raggruppamenti temporanei il raggiungimento della soglia del 60% di capacità tecnico-economica, ossia la misura percentuale massima consentita dal Regolamento. Il disciplinare di gara è dunque, per tale parte, illegittimo.

10) Quanto alla contestata previsione del paragrafo 11.5 del disciplinare di gara, in relazione al diploma di laurea necessario per far parte dell'ufficio di direzione dei lavori, l'Autorità Portuale di Salerno ha opportunamente chiarito, nelle proprie controdeduzioni, che saranno ammessi sia i professionisti in possesso di laurea quinquennale (vecchio ordinamento), che i professionisti in possesso di laurea specialistica biennale (nuovo ordinamento) la quale presuppone, come è noto, il previo conseguimento della laurea triennale.

In ogni caso, la scelta di non ammettere i professionisti con laurea triennale è finalizzata ad assicurare la qualità delle relative prestazioni e risulta del tutto legittima, avuto riguardo all'importanza ed alla complessità dei servizi da affidare.

11) Non sussiste, infine, l'affermata violazione dell'art. 92 del Codice, ai cui sensi le Amministrazioni aggiudicatrici non possono subordinare il pagamento del compenso per la progettazione delle opere pubbliche al conseguimento dei relativi finanziamenti.

Il paragrafo 14 del disciplinare di gara riserva, infatti, all'Autorità Portuale la facoltà di non procedere all'aggiudicazione fino alla conferma del finanziamento dell'opera, ovvero di revocare l'incarico qualora venga meno il finanziamento.

L'esercizio dell'autotutela, che sia anteriore all'aggiudicazione dell'appalto ed alla stipula del contratto (cfr. art. 11, nono comma, del Codice), ovvero che segua a questa, rientra negli ordinari poteri dell'Amministrazione, anche in assenza di apposita previsione della *lex specialis* di gara.

L'art. 92 del Codice, che vieta di subordinare all'effettivo finanziamento dei lavori il pagamento del corrispettivo ai progettisti, ha altro oggetto e non è applicabile alla fattispecie in esame, relativa alla procedura di gara per l'affidamento del servizio *di direzione lavori e coordinamento della sicurezza*.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura indicata in epigrafe, che:

- è illegittimo il paragrafo 3.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui stabilisce che *“si riterranno preferibili, in termini di assegnazione di punteggio, le prestazioni svolte per enti pubblici in conformità alle prescrizioni delle leggi e dei regolamenti sui LL.PP.”*;

- è illegittimo il paragrafo 11.3 del disciplinare di gara, laddove stabilisce, senza puntuale motivazione, che *“ai sensi dell'art. 261, comma 7, del D.P.R. 207/2010 e ss.mm.ii., nel caso di raggruppamento temporaneo i requisiti economico-finanziari devono essere posseduti in misura non inferiore al 60% dal capogruppo; la restante percentuale del 40% deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti anche se il capogruppo possiede requisiti superiori al 60%”*.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito