

Parere n. 33 del 13 febbraio 2014

PREC 267/13/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Comune di Castel di Iudica e dallo Studio Associato Architetti Santamaria e Funciello – “Affidamento dell’incarico professionale per la redazione del progetto esecutivo, lo studio geologico ed indagini geognostiche, coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, direzione e contabilità dei lavori, in relazione all’intervento di consolidamento, recupero ed adeguamento funzionale dell’asilo nido per la realizzazione di un centro ludico sperimentale con sistemi di efficientazione energetica attiva e passiva e recupero delle aree a verde con sistemi bioclimatici” – importo a base di gara euro 198.273,55 – S.A.: Comune di Castel di Iudica.

Art. 263, primo comma, lett. c), del D.P.R. n. 207 del 2010 – Modalità di valutazione dei cd. servizi di punta.

Art. 90, ottavo comma, del Codice – Incompatibilità tra l’incarico di redazione del progetto preliminare e l’incarico di redazione del progetto esecutivo – Non sussiste.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 ottobre 2013 e 12 novembre 2013 sono rispettivamente pervenute le istanze di parere dello Studio Associato Architetti Santamaria e Funciello e del Comune di Castel di Iudica, aventi ad oggetto il procedimento di gara che di seguito si riassume.

Con bando del 9 agosto 2013, il Comune di Castel di Iudica ha indetto una procedura aperta per l’affidamento della progettazione esecutiva, dello studio geologico e delle indagini geognostiche, del coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, della direzione e contabilità dei lavori, in relazione all’intervento di consolidamento, recupero ed adeguamento funzionale dell’asilo nido per la realizzazione di un centro ludico sperimentale, di importo a base d’asta pari ad euro 198.273,55.

Il raggruppamento temporaneo composto dallo Studio Associato Architetti Santamaria e Funciello (capogruppo), da Politecnica soc. coop. e da Muving s.r.l. (mandanti) ha presentato offerta ed è stato escluso, nella seduta di gara dell’11 ottobre 2013, per la seguente motivazione: “La Commissione, in ordine alla dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine speciale relativi alla capacità tecnica (servizi di punta di cui alla lettera b, punto III 2.3. del bando di gara) constata che i due servizi di punta indicati dallo studio associato ... fanno rispettivamente riferimento ad un livello di progettazione preliminare e ad un livello di progettazione definitiva in contrasto con l’oggetto del disciplinare di gara – ‘Affidamento dell’incarico professionale per la redazione del progetto esecutivo’. Ritenuti i servizi di punta elemento essenziale di comparazione con la redazione del progetto esecutivo di cui al suddetto disciplinare, la Commissione all’unanimità decide di escludere dal prosieguo delle operazioni di gara l’a.t.i. con capogruppo lo Studio Associato Santamaria e Funciello”.

Nella successiva seduta del 4 novembre 2013, la commissione di gara ha riesaminato la posizione del raggruppamento istante, con riferimento ai servizi di punta indicati dal capogruppo ai fini della qualificazione, riammettendolo con riserva nell’attesa del pronunciamento dell’Autorità sull’istanza di precontenzioso; nella stessa seduta, la commissione ha poi rilevato un ulteriore ed autonomo motivo di esclusione, per il fatto che lo Studio Associato Santamaria e Funciello ha redatto nel 2009 il progetto preliminare dei lavori di consolidamento e recupero dell’asilo nido comunale, così incorrendo nella situazione di incompatibilità prevista dall’art. 10, sesto comma, del D.P.R. n. 207

del 2010.

In sintesi, le parti pongono congiuntamente all'Autorità i seguenti quesiti:

1) se siano valutabili, ai sensi dell'art. 263, primo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010 ed ai sensi del paragrafo III.2.3) del bando di gara, i due servizi di punta dichiarati dallo Studio Associato Santamaria e Funciello (mandatario del costituendo r.t.p.), aventi ad oggetto la redazione di progetti preliminari e definitivi di lavori analoghi;

2) se debba disporsi l'esclusione del costituendo r.t.p., in quanto lo Studio Associato Santamaria e Funciello (mandatario) ha già curato la redazione del progetto preliminare dell'intervento cui si riferisce la gara.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata inviata agli interessati con nota dell'Autorità del 26 novembre 2013.

Ritenuto in diritto

I quesiti all'esame dell'Autorità riguardano l'esclusione del r.t.p. Studio Associato Santamaria e Funciello dalla procedura aperta indetta dal Comune di Iudica per l'affidamento della progettazione esecutiva, della relazione geologica, del coordinamento per la sicurezza e della direzione dei lavori di consolidamento e recupero dell'asilo nido.

1) Il primo profilo controverso riguarda la possibilità per il raggruppamento istante di far valere lo svolgimento nell'ultimo decennio, ai sensi dell'art. 263, primo comma – lett. c), del D.P.R. n. 207 del 2010, di due servizi di punta aventi ad oggetto la progettazione preliminare e definitiva di lavori analoghi. La commissione giudicatrice ha inizialmente espresso avviso contrario, poiché la gara riguarderebbe l'affidamento della progettazione esecutiva e di altri servizi connessi e quindi, ai fini della qualificazione, sarebbe necessario dimostrare un'esperienza pregressa su identico livello di progettazione.

L'affermazione non può essere condivisa.

L'art. 263 del Regolamento, al quale fa rinvio il bando, stabilisce al primo comma che "I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo: ... c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'art. 252, relativi ai 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 totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento". L'art. 252, a sua volta, fa riferimento a tutti i servizi di architettura ed ingegneria "... concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e di coordinamento nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione".

In senso conforme, il paragrafo 2.3.c.1) del disciplinare di gara (che richiama la lettera b, punto III 2.3. del bando di gara) stabilisce che sono valutabili e concorrono al raggiungimento del requisito, anche quali servizi di punta "relativamente alle competenze ingegneristiche: progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, direzione lavori, coordinamento per la salute e sicurezza nei cantieri, in fase di progettazione e/o esecuzione".

Non vi è dubbio, pertanto, che, per espressa previsione di *lex specialis*, i servizi di punta da indicare a comprova del requisito di qualificazione possano essere quelli attinenti a ciascuno dei tre livelli di progettazione, nonché alla direzione lavori ed al coordinamento per la sicurezza. Già nella vigenza del D.P.R. n. 554 del 1999, l'Autorità aveva chiarito che tutte le attività di progettazione di opere pubbliche, preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché l'attività di direzione lavori e quelle di tipo accessorio, sono pienamente utilizzabili ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i servizi di punta, in relazione ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare: si deve infatti considerare che la logica sottesa alla richiesta del requisito del servizio di punta è quella di aver svolto singoli servizi di una certa entità

complessivamente considerati, e non di aver svolto servizi identici a quelli da affidare (cfr. A.V.C.P., determinazione 27 luglio 2010 n. 5; Id., parere 12 aprile 2011 n. 73; Id., parere 19 luglio 2012 n. 112; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2006 n. 2464).

Ne consegue che i servizi dichiarati dallo Studio Associato Santamaria e Funicello sono senz'altro valutabili ai fini della dimostrazione del requisito di partecipazione individuato dal paragrafo III.2.3) del bando di gara.

2) Con il secondo quesito, la commissione giudicatrice chiede se lo Studio Associato Santamaria e Funicello si trovi nella situazione di incompatibilità prevista dall'art. 10, sesto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010 per aver eseguito, nel 2009, la progettazione preliminare dell'intervento di ristrutturazione e recupero dell'asilo nido comunale.

La norma dispone che gli affidatari dei servizi di supporto al responsabile unico del procedimento non possono assumere incarichi di progettazione ovvero appalti e subappalti di lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato tali propri compiti, direttamente o per il tramite di altro soggetto controllato, controllante o collegato.

Tuttavia, il divieto non può estendersi analogicamente ai casi nei quali un concorrente abbia redatto il progetto preliminare. L'Autorità ha più volte evidenziato la distinzione tra l'incarico di progettazione in senso proprio e quello di mero supporto tecnico-amministrativo alle attività del r.u.p., anche in termini di disciplina di affidamento e di responsabilità dei professionisti interessati (cfr. A.V.C.P., deliberazione 19 dicembre 2012 n. 109 ed i precedenti ivi richiamati).

Né può ipotizzarsi che l'incompatibilità tra la redazione del progetto preliminare e l'affidamento dei successivi livelli di progettazione discenda dalla previsione contenuta nell'art. 90, ottavo comma, del Codice dei contratti pubblici, in base al quale "gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione".

La disposizione richiamata, che riguarda non la gara per l'affidamento della progettazione ma esclusivamente il successivo appalto dei lavori, non prevede alcuna incompatibilità per i professionisti che abbiano curato i precedenti livelli di progettazione per il medesimo intervento ed è di stretta interpretazione, in quanto limitativa della libertà d'iniziativa economica dei soggetti operanti nel mercato dei pubblici appalti. L'affidatario dell'incarico della progettazione preliminare può legittimamente partecipare alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, dovendo anzi ritenersi, alla luce degli artt. 90-ss. del Codice, che il legislatore abbia privilegiato un criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, prevedendo il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori (cfr. A.V.C.P., parere 21 dicembre 2011 n. 228; A.V.C.P., parere 20 luglio 2011 n. 137).

In questo senso si è sempre orientata, già in relazione alla normativa anteriore al Codice, la giurisprudenza amministrativa prevalente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2001 n. 4968; Id., sez. V, 7 novembre 2003 n. 7130; Id., sez. VI, 13 febbraio 2004 n. 561; da ultimo Id., sez. V, 21 giugno 2012 n. 3656). Si segnala altresì la tesi minoritaria, secondo la quale l'art. 90 del Codice detterebbe un principio applicabile analogicamente anche agli appalti dei servizi di progettazione, con conseguente divieto di aggiudicazione dell'incarico di progettazione definitiva ai professionisti che abbiano elaborato o concorso ad elaborare la progettazione preliminare, quando da ciò possa derivare in capo agli stessi una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 marzo 2012 n. 890). Con riferimento a tale ultimo orientamento, che comunque si ispira ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, l'Autorità ha però specificato che, non potendosi mai ammettere posizioni di vantaggio ovvero disomogeneità di trattamento e di rapporti tali da compromettere la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., il divieto di aggiudicazione deve trovare fondamento in una oggettiva posizione di vantaggio del concorrente, non ravvisabile nel caso in cui difettino indizi seri, precisi e concordanti sulla circostanza che il partecipante alla gara abbia rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza (cfr. Deliberazione n. 58 del 30 maggio 2012).

Pertanto, anche a voler esaminare il caso di specie alla luce di quanto appena rappresentato, non si ravvisano margini per una legittima esclusione del concorrente dalla gara, non essendo ravvisabile in capo allo stesso, per i motivi sopra esposti, una posizione soggettiva di vantaggio tale da alterare la concorrenza e la par condicio.

Per quanto detto, lo Studio Associato Santamaria e Funicello non può essere escluso dalla gara in epigrafe, per aver redatto il progetto preliminare dell'intervento posto in gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il r.t.p. Studio Associato Santamaria e Funicello non possa essere legittimamente escluso dalla gara in epigrafe, sia per quanto attiene alla comprova dei due servizi di punta svolti nell'ultimo decennio sia per quanto attiene alla pregressa redazione del progetto preliminare dell'opera.

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2014
Il Segretario Maria Esposito