

## **Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 20/7/2011 n. 137**

**Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006**

**PREC 4/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla SIGECO ENGINEERING srl – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi tecnici di architettura ed ingegneria– Importo a base di gara: euro 145.000,00 – S.A.: Comune di Acri

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

*Considerato in fatto*

La società di ingegneria SIGECO ENGINEERING srl ha chiesto il parere di questa Autorità in merito alla procedura di gara bandita dal Comune di Acri per l'affidamento dei servizi tecnici di architettura ed ingegneria relativi alla progettazione definitiva ed esecutiva, alla direzione lavori, contabilità e misure, al coordinamento della sicurezza in fase progettuale ed esecutiva, nonché all'effettuazione di prestazioni accessorie per l'intervento di ristrutturazione, recupero funzionale e valorizzazione di Palazzo Sprovieri.

Secondo l'istante la predetta procedura sarebbe viziata sotto quattro distinti profili: a) violazione dell'art. 8, comma 6, DPR n. 554/1999 e dell'art. 90, comma 8, D.Lgs. n. 163/2006, in quanto l'aggiudicatario non poteva partecipare alla gara, avendo la stessa redatto il progetto preliminare, sulla cui base i concorrenti erano chiamati a redigere il progetto definitivo ed esecutivo; b) violazione dell'art. 17, comma 14-*quinquies*, L. n.109/1994, in quanto nel raggruppamento del primo e del secondo classificato non è stato inserito un geologo incaricato di redigere la relazione richiesta dall'art. 25 DPR 554/1999; c) erronea valutazione delle offerte conseguente alla mancata previsione nella *lex specialis* di un criterio prestabilito mediante il quale assegnare i punteggi fissati dall'art. 7 del bando alle voci di cui si compone l'offerta; d) violazione della disposizione dell'art. 9, punto c) ed e) del bando di gara, per non avere la commissione di gara acquisito agli atti le dichiarazioni ivi contemplate in relazione all'offerta presentata dal concorrente Wehdorm.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha riconosciuto la fondatezza della censura presentata dall'istante in relazione alla documentazione prodotta dal concorrente Wehdorm, e, a seguito di un'ulteriore verifica eseguita dalla commissione di gara, si è determinata ad escluderlo dalla gara in esame.

Per quanto concerne le altre censure, la stazione appaltante le ha ritenute infondate. Più precisamente, circa l'asserita impossibilità di partecipare alla gara per l'aggiudicatario, la stazione appaltante ha osservato che l'art. 8, comma 6, DPR n. 554/1999, invocato dalla SIGECO ENGINEERING srl, fa riferimento alle incompatibilità del responsabile del procedimento e non a quelle del soggetto che ha redatto il progetto preliminare. Circa la necessità della figura di un geologo, la stazione appaltante ha osservato che le indagini geologiche sono subappaltabili e che, qualora fosse emersa la necessità di acquisire la relazione geologica, la stazione appaltante avrebbe provveduto "*con successivo affidamento, non essendo richiesta dal bando tale prestazione*". Circa la modalità di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha ritenuto che i giudizi espressi dalla commissione di gara sono pienamente rispettosi dei criteri predeterminati dall'art. 7 del bando di gara.

*Ritenuto in diritto*

La prima questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità concerne la possibilità per il soggetto che ha redatto il progetto preliminare di partecipare alla gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria concernenti, tra l'altro, la progettazione di secondo e terzo livello.

Al riguardo è privo di pregio il richiamo dell'istante all'art. 8, comma 6, del DPR n.554/1999, in quanto la predetta norma pone il divieto di partecipare agli affidamenti degli incarichi di progettazione per i soli

affidatari dei servizi di supporto all'attività del RUP, e tale non è, nello specifico caso in esame, l'aggiudicatario.

E' opportuno, inoltre, considerare che l'unico divieto posto dal legislatore per gli affidatari degli incarichi di progettazione è quello fissato dall'art. 90, comma 8, D.Lgs. n. 163/2006, che impone a questi ultimi di non partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori dagli stessi progettati. Tale disposizione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alle gare e, quindi, sulla libertà di impresa va interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che possono comportare una incompatibilità, e, conseguentemente, l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. VI 13.2.2004 n.561, TAR Piemonte, Sez. I, 28.2.2007 n. 882). In base all'analisi delle disposizioni su richiamate si può, quindi, evincere che il legislatore ha inteso privilegiare un criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione (TAR Piemonte, Sez. I, 5.7.2008 n. 1510; Cons. Stato Sez. VI, 13.2.2004 n.561), consentendo al soggetto che ha redatto il progetto preliminare di concorrere all'affidamento degli ulteriori livelli di progettazione. Non sussiste, quindi, nel caso di specie l'incompatibilità affermata dall'istante.

La seconda questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità concerne la violazione dell'art. 17, comma 14-*quinquies*, L. n.109/1994, oggi trasfuso nell'art. 91, comma 3, D.Lgs. n.163/2006, ad opera del primo e secondo classificato, che non hanno incluso nel raggruppamento la figura professionale del geologo.

Al riguardo è opportuno chiarire che nel caso di specie il problema non è tanto quello di accertare se nei raggruppamenti partecipanti alla gara fosse presente obbligatoriamente un geologo, ma se fra gli elaborati progettuali che i concorrenti si impegnavano a redigere in caso di aggiudicazione vi fosse o meno anche la relazione geologica. Come già osservato dall'Autorità, infatti, *“la relazione geologica deve obbligatoriamente essere prevista fra la documentazione progettuale in tutti i casi in cui vi sia espressa previsione normativa in tal senso; per i restanti interventi, la relazione geologica è da considerarsi indispensabile elemento di progetto, ai sensi dell'articolo 25 del DPR 554/99, fatto salvo un contrario avviso del responsabile del procedimento, debitamente motivato; il bando di gara per l'affidamento della progettazione dovrà, di conseguenza, riportare l'indicazione della necessità o meno della relazione geologica per la realizzazione dell'intervento di che trattasi (...). Tale relazione, qualora prevista secondo quanto indicato precedentemente, deve essere redatta esclusivamente da professionista geologo presente nella struttura di progettazione nominativamente individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta”* (Avcp determinazione n. 3 del 27.2.2002).

Venendo al caso in esame, si osserva che contrariamente a quanto affermato dalla stazione appaltante nella nota inviata all'Autorità, il bando di gara in realtà richiede la redazione della predetta relazione. Quest'ultimo, infatti, per quanto qui rileva, dispone all'art. 3 che la gara ha ad oggetto l'affidamento del progetto definitivo *“redatto con le modalità e gli elaborati previsti alla Sezione II dell'All. XXI al D.Lgs. 163/2006”*, e l'art. 10 del predetto Allegato recita come segue: *“a completamento di quanto contenuto nella relazione generale, il progetto definitivo deve comprendere almeno le seguenti relazioni tecniche (...): a) relazione geologica e geoidrologica (...).”*

Si osserva, inoltre, che non è possibile condividere la posizione della stazione appaltante quando afferma che *“qualora emerga la necessità della redazione della relazione geologica la stazione appaltante provvederà con successivo affidamento”*, in quanto *“il conferimento di un incarico di progettazione che non comprenda la relazione geologica deve essere necessariamente accompagnato dal conferimento dell'incarico attinente alla relazione geologica o comunque subordinato alla esecuzione di quest'ultimo, dato che la responsabilità dei lavori incombe sul progettista (come ricorda l'ultima proposizione dell'art. 17 comma 14 *quinquies* della L. n. 109/1994), sicché questi non è in condizione di progettare alcunché se non conosce le condizioni del terreno sul quale dovranno essere eseguiti i lavori. (...) In conclusione un bando, come quello di specie, che non sia preceduto o accompagnato dal conferimento dell'incarico attinente alla relazione geologica, non può che comprendere quest'ultima”* (TAR Puglia Lecce, Sez. II, 21 6.2007 n.2483). Ne consegue la fondatezza della censura in esame.

La terza questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità concerne l'erronea valutazione delle offerte, conseguente alla mancata previsione nella *lex specialis* di un criterio prestabilito mediante il quale assegnare i punteggi fissati dall'art. 7. del bando di gara.

Al riguardo si richiama quanto già affermato dall'Autorità con determinazione n. 5 del 27.7.2010 *“Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria”*, la quale ha precisato che *“la determinazione della scala delle valutazioni in riferimento sia al criterio di valutazione a) (professionalità o*

*adeguatezza dell'offerta) sia al criterio di valutazione b) (caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta o caratteristiche metodologiche dell'offerta) impone che il disciplinare di gara stabilisca i cosiddetti criteri motivazionali che consentono di ritenere una offerta migliore di un'altra". L'Autorità, inoltre, ha constatato che "il regolamento stabilisce in modo chiaro ed esaustivo quale contenuto deve avere la documentazione a corredo dell'offerta. Non contiene, invece, alcuna indicazione sui possibili contenuti dei criteri motivazionali da impiegare nella fase valutativa delle offerte", e, quindi, ha fornito alcune specifiche indicazioni al riguardo, che sono disattese nel caso in esame.*

Dall'esame della documentazione trasmessa dalle parti risulta, infatti, che la stazione appaltante non ha tenuto conto dei criteri di valutazione e, di conseguenza, dei relativi fattori ponderali prescritti dall'art. 64, comma 2, DPR n.554/1999. Tale disposizione fa riferimento: a) alla professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva; b) alle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico; c) al ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica; d) alla riduzione percentuale indicata nell'offerta economica con riferimento al tempo; mentre il bando di gara (art. 7) fa riferimento: a) alle modalità di svolgimento delle prestazioni; b) all'esperienza professionale del responsabile del progetto e coordinatore dell'integrazione delle varie prestazioni specialistiche; c) alle modalità di coordinamento e gestione dei rapporti con la stazione appaltante e gli altri enti; d) all'importo complessivo offerto.

Si osserva, inoltre, che come rilevato dall'istante, quest'ultima disposizione indica soltanto i punteggi massimi attribuibili ad ognuna delle predette voci, senza indicare i relativi criteri motivazionali che consentano di ritenere una offerta migliore di un'altra. Ne consegue la fondatezza della censura in esame.

In relazione alla quarta questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità si riscontra la sopravvenuta carenza di interesse dell'istante ad ottenere sul punto il parere dell'Autorità, avendo la stazione appaltante condiviso ed accolto le doglianze della SIGECO ENGINEERING srl.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che: - la partecipazione dell'aggiudicataria alla gara sia conforme alla specifica disciplina di settore; - la stazione appaltante non abbia correttamente applicato la disposizione dell'art. 3 del bando di gara; - la previsione di cui all'art. 7 del bando di gara non sia conforme alla disciplina dettata dall'art. 64, comma 2, DPR n. 554/1999.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito