



Spett.le Comune di Cremona
c.a. Direttore del Settore
Progettazione e Manutenzione e
del Responsabile Unico del Procedimento
Arch. GIOVANNI DONADIO

PEC: protocollo@comunedicremona.legalmail.it

p.c.

Spett.le OICE
Associazione delle organizzazioni di ingegneria,
di architettura e di consulenza tecnico-economica

PEC: oice.associazione@pec.it

Fasc. Anac n. 4596/2021 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

OGGETTO: Affidamento dei servizi di architettura e ingegneria di progettista per la stesura del progetto definitivo, del progetto esecutivo e per la direzione lavori relativi agli interventi di adeguamento sismico presso le scuole "Anna Frank" e "Virgilio" - C.I.G.: 8913108168 - S.A.: Comune di Cremona - Nota di definizione del procedimento istruttorio ex art. 21 del Regolamento di vigilanza.

Con comunicazione acquisita al prot. n. 79465 del 04.11.2021, indirizzata anche a codesta stazione appaltante, l'Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica (OICE), in riferimento al bando in oggetto, ha formulato alcune osservazioni in merito ai requisiti di capacità tecnica e professionale.

In particolare, si fa riferimento al punto 7.3, lettera f) e g) del disciplinare di gara il quale, riguardo alla dimostrazione dei "servizi di punta" negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, prevede espressamente che *"l'operatore economico deve aver eseguito due servizi di progettazione strutturale definitiva ed esecutiva per l'adeguamento/miglioramento sismico di edifici civili pubblici ad uso scolastico, di importo complessivo almeno pari a 0,50 volte il valore della categoria ID di riferimento. In luogo dei due servizi, è possibile dimostrare il possesso del requisito anche mediante un unico servizio purché di importo almeno pari al minimo richiesto nella relativa categoria e ID"*, nonché che *"l'operatore economico deve aver eseguito due servizi di direzione lavori relativa alla esecuzione di opere pubbliche, di importo complessivo almeno pari a 0,25 volte il valore della categoria ID di riferimento. In luogo dei due servizi, è possibile dimostrare il possesso del requisito anche mediante un unico servizio purché di importo almeno pari al minimo richiesto nella relativa categoria e ID"*.

Nella segnalazione viene in sostanza evidenziato che tali clausole, contenute nel disciplinare di gara, sono volte a richiedere la dimostrazione dell'espletamento di due servizi di progettazione strutturale definitiva ed esecutiva e di due servizi di direzione lavori, ovvero, in alternativa, un unico servizio di progettazione e un unico servizio di direzione lavori *"in contrasto con le vigenti disposizioni Anac"*. Accanto a tali considerazioni si tenga altresì presente che nel disciplinare si richiede di *".....aver eseguito due servizi di*

progettazione strutturale definitiva ed esecutiva per l'adeguamento/miglioramento sismico di edifici civili pubblici ad uso scolastico,....", richiamando lo svolgimento di prestazioni su edifici ad uso scolastico pressoché coincidenti con la progettazione oggetto di gara.

A tale riguardo, si evidenzia infatti che nelle Linee Guida n. 1 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, concernenti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", richiamate espressamente nel disciplinare di gara di codesta Stazione appaltante, l'Autorità - nel rilevare che "il quadro normativo vigente non fornisce più indicazioni in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in modo specifico per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura e gli altri servizi tecnici. Tuttavia, in base alle disposizioni sopra richiamate, genericamente riferite agli appalti di servizi e di forniture è possibile individuare – tenuto conto della specificità dei servizi di ingegneria e di architettura, proprio in ossequio ai principi di adeguatezza e attinenza e nel rispetto di quello di proporzionalità, (cfr. art. 83 del codice che discende dall'art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE) – i seguenti requisiti ..." - ha disciplinato i cosiddetti "servizi di punta", facendo riferimento "c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, 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".

Nelle medesime Linee Guida viene, altresì, precisato al punto 2.2.2.5. che "Il requisito dei servizi svolti non può essere inteso nel senso di limitare il fatturato ai soli servizi specificamente posti a base di gara. Ne discende che, ad esempio, nell'ipotesi di affidamento della progettazione e della direzione lavori, ai fini della dimostrazione della specifica esperienza pregressa, anche per i servizi c.d. "di punta", in relazione ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, detti requisiti sono dimostrati con l'espletamento pregresso di incarichi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori. Si deve, infatti, considerare che, per consolidata giurisprudenza, 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. Pertanto, a titolo esemplificativo, nel caso di affidamento della progettazione e della direzione lavori è necessario e sufficiente che il concorrente dimostri di aver espletato, in relazione ad ognuna delle classi e categorie e per gli importi dei lavori indicati, o incarichi di progettazione e direzione lavori, o solo incarichi di progettazione ovvero solo incarichi di direzione lavori".

Alla luce di tali indicazioni, fornite dall'Autorità con lo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi, favorendo, altresì, lo sviluppo delle migliori pratiche, si rileva che le prescrizioni del disciplinare comportano un aggravamento nell'ambito dei requisiti richiesti, in contrasto con il principio generale ".....della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea,....", che ".....è ulteriormente ribadito dall'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) «sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione" (cfr. Consiglio di Stato, Sent. n. 607/2020).

L'Autorità, a tale riguardo, ha altresì avuto modo di chiarire che "benché la stazione appaltante possa fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto, «Tuttavia, la ratio alla base delle specifiche previsioni del Codice e delle linee guida [Linee guida n. 1] preclude la possibilità di richiedere esclusivamente servizi identici a quelli oggetto dell'affidamento" (Comunicato del Presidente del 14 Dicembre 2016 recante alcune indicazioni interpretative sulle Linee guida n. 1 «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria») (cfr. Delibera 43/2018); sul punto si richiama altresì il Comunicato del Presidente del 14 dicembre 2016, risultando precisato, tra l'altro, che "Tuttavia, la ratio alla base delle specifiche previsioni del Codice e

delle linee guida preclude la possibilità di richiedere esclusivamente servizi identici a quelli oggetto dell'affidamento", potendo tali indicazioni valere anche nei riguardi della richiesta formulata nel disciplinare di gara in esame, che si palesa pertanto in contrasto con il sopra richiamato principio del *favor participationis*.

Si osserva poi l'ulteriore prescrizione contenuta nel disciplinare di gara in relazione alla valutazione dell'offerta tecnica, laddove viene previsto, come criterio per l'attribuzione dei punteggi con riferimento alla "professionalità e adeguatezza dell'offerta" indicata al punto 18.1 lett. A del disciplinare di gara, che "il concorrente dovrà predisporre una "Relazione" costituita dalla documentazione di seguito descritta" e che "La professionalità ed adeguatezza dell'offerta sarà desunta da massimo numero 3 servizi che contemplino tutti i livelli di progettazione richiesti (Progetto Definitivo e Progetto Esecutivo). Tali servizi devono essere relativi ad interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico/funzionale, scelti tra quelli che abbiano avuto effettiva realizzazione o che siano stati avviati negli ultimi dieci anni, riconducibili alla categoria di opere STRUTTURE S.03 – relativi a adeguamento/ miglioramento sismico di edifici civili pubblici, con particolare riferimento ad edifici ad uso scolastico - con grado di complessità non inferiore a quello riportato nella tabella di cui all'art. 2 del Capitolato Prestazionale".

In riferimento al limite temporale riferibile all'ultimo decennio, si richiamano i contenuti del bando tipo n. 3 in tema di "Disciplinare di gara per l'affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore a € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", il quale, con riguardo al criterio della "professionalità e adeguatezza dell'offerta", ha esteso all'intera vita professionale il periodo di riferimento per i servizi significativi da indicare in sede di offerta, come ai punti 16, lett. a) e 18.1, lett. A del disciplinare di gara di cui al bando-tipo.

In riferimento al medesimo bando tipo, l'Autorità precisava che avrebbe provveduto ad adeguare in tal senso la Parte VI, punto 1.1, lett. a), delle Linee guida n. 1, laddove si limitava a dieci anni il periodo da prendere in considerazione, dando evidenza che nelle more dell'adeguamento era da ritenersi prevalente l'indicazione di cui al Bando-tipo.

A tale riguardo, si osserva che nella Relazione illustrativa delle Linee Guida n. 1, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", aggiornate con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 417 del 15 maggio 2019, risulta precisato che "Al fine di garantire il necessario coordinamento degli atti, è stata, quindi, modificata la Parte VI, punto 1.1, lett. a), delle Linee guida n. 1, nel senso già indicato dal Bando tipo n. 3. Ne consegue che i candidati possono illustrare in sede di offerta tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento svolti lungo tutto l'arco della sua vita professionale".

Alla luce di tali considerazioni, va osservato che il richiamo ai servizi "... scelti tra quelli che abbiano avuto effettiva realizzazione o che siano stati avviati negli ultimi dieci anni" parrebbe configurare il venire in rilievo di una non conformità alle indicazioni contenute nel bando tipo e nelle citate linee guida n. 1 fornite dall'ANAC.

Con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute nel bando tipo, si rileva che l'art. 71 del d.lgs. 50/2016 prevede che "Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. ... Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo", non rinvenendosi nel caso di specie una specifica motivazione nell'ambito della determinazione dirigenziale n. 1676/2021 del 24/09/2021 e relativo allegato, afferente ai parametri e criteri di valutazione delle offerte.

Ne consegue, pertanto, che anche sotto tale profilo la disciplina di gara, non conformandosi al bando tipo ed alle linee guida n. 1, non risulta orientata a garantire, pure nell'ambito della valutazione delle offerte, la massima concorrenza tra gli operatori, valendo la dimostrazione di tali requisiti esperienziali un punteggio pari a 35, che risulterebbe determinante ai fini della valutazione dell'offerta tecnica che pesa complessivamente 70 punti.

Accanto a tali considerazioni, si osserva ulteriormente che codesta stazione appaltante ha bandito un'unica gara avente ad oggetto servizi di architettura e ingegneria di progettista per la stesura del progetto

definitivo, del progetto esecutivo e per la direzione lavori, relativi a due distinte unità immobiliari scolastiche "Anna Frank" e "Virgilio", ubicate in diverse zone della città.

A tale riguardo, si richiama l'art. 51 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede, in materia di suddivisione in lotti, che "1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture" e che "Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese".

In riferimento al caso di specie, nel disciplinare di gara codesta stazione appaltante motiva la mancata suddivisione in lotti "per ragioni tecnico-funzionali", non specificamente individuate.

Nel merito, il Consiglio di Stato (cfr. Sent. 2044/2018) ha avuto modo di precisare che "La scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria: non può sottacersi infatti, sotto altro concorrente profilo, che le attività prestazionali oggetto dei suddetti servizi non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti".

Alla luce di tali considerazioni, ne consegue che nel caso di specie, al di là della generica motivazione adottata da codesta stazione appaltante, deve ritenersi che le eventuali esigenze di garantire unitarietà degli standard progettuali in relazione all'edilizia scolastica all'interno del territorio comunale non possano comunque non considerare l'indipendenza degli edifici e delle prestazioni connesse, in uno alla possibilità di garantire l'ampliamento della concorrenza; ciò tenuto conto che la scelta di adottare un'unica procedura ha comportato un'unificazione dei requisiti di partecipazione che potrebbe aver compromesso l'accesso alla gara da parte degli operatori economici che non soddisfano i requisiti cumulativi richiesti nel bando. Sul punto, si tenga presente che, come si evince dal calcolo delle parcelle desumibili dalla determinazione dei corrispettivi dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria (ex d.m. 17/06/2016), laddove risultano quantificati separatamente i compensi riferibili alle due distinte scuole in oggetto, codesta amministrazione avrebbe potuto procedere con affidamenti distinti, eventualmente anche per lotti, garantendo la massima concorrenza nel rispetto del favor participationis.

Da quanto considerato consegue che le previsioni del disciplinare di gara oggetto di analisi, non risultando del tutto coerenti con le indicazioni contenute nelle Linee guida dell'ANAC n. 1 e nel bando-tipo n.3 nonché con riferimento al principio della suddivisione in lotti di cui all'art. 51 del codice, non garantiscono l'attuazione dei principi generali, come enunciati nell'art. 30 del medesimo d.lgs. 50/2016, laddove risulta precisato, tra l'altro, che "nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità.....".

In base a quanto sopra esposto ed in attuazione del relativo deliberato consiliare in data 1° dicembre 2021, si comunica la definizione della presente istruttoria, con invito nei riguardi di codesta stazione appaltante a voler tener conto, per il successivo sviluppo della procedura, di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione e a voler comunicare le valutazioni condotte e le iniziative eventualmente attivate.

Per il riscontro, si assegna il termine di 30 giorni dal ricevimento della presente ai sensi dell'art. 213, comma 13 del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia