

Determinazione n. 1/2006 del 19 gennaio 2006

GE1023/04

Affidamento dei servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro.

Considerato in fatto

A seguito dei rilievi formulati dalla Commissione europea, il legislatore nazionale, con la legge 18 aprile 2005, n. 62, ha proceduto alla modifica dell'Art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sostituendo integralmente il comma 12 del citato articolo e stabilendo che per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero di direzione dei lavori, il cui importo stimato è inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g) dello stesso Art. 17, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Prima della modifica introdotta dalla citata legge n. 62/2005, l'affidamento degli incarichi relativi a servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro poteva essere effettuato attraverso la scelta di un libero professionista di fiducia, previa verifica della relativa esperienza e capacità professionale in relazione al progetto da affidare. La norma non dettava disposizioni concernenti le regole dell'affidamento né l'obbligo della pubblicità preventiva e successiva.

Con particolare riferimento a quest'ultimo obbligo, tuttavia, l'articolo 62, commi 1 e 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, già prima della richiamata modifica alla legge quadro prevedeva a carico delle stazioni appaltanti, relativamente ai servizi di progettazione di importo inferiore a 40.000 euro (oggi 100.000 euro a seguito della modifica apportata dall'Art. 7, comma 1, lett. i) della legge 1 agosto 2002, n. 166), l'onere della preventiva adeguata pubblicità, nonché di quella successiva all'affidamento. La mancata previsione nell'allora vigente norma primaria di alcun riferimento all'onere della pubblicità e la formulazione della previsione di cui all'articolo 62 del regolamento di attuazione hanno generato un dibattito sulla effettiva obbligatorietà della pubblicità nell'affidamento degli incarichi di progettazione cd. fiduciari.

Sulla problematica generale degli affidamenti cosiddetti fiduciari, peraltro, l'Autorità, con le determinazioni n. 27/2002 e n. 30/2002, aveva richiamato l'attenzione degli operatori sulla necessità che detti affidamenti non comportassero un effetto negativo sul mercato dei servizi di ingegneria, cristallizzandolo negli ambiti locali delle varie amministrazioni e di fatto privandolo di una concreta dinamica concorrenziale.

Alla luce degli orientamenti sopra riferiti ed in seguito all'entrata in vigore della citata legge n. 62/2005, si ritiene opportuno integrare gli indirizzi finora emanati in materia da questa Autorità, nel rispetto del dettato comunitario e dell'evoluzione giurisprudenziale nel frattempo intervenuta.

Stante il rilievo che riveste la questione ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale ogni valutazione delle problematiche emergenti e della prassi va condotta in base agli apporti delle Amministrazioni ed Associazioni rappresentative di operatori del settore dei lavori pubblici, è stata convocata un'audizione, tenutasi in data 28 settembre 2005, alla quale hanno partecipato rappresentanti del Ministero della giustizia, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, del Consiglio Nazionale degli Architetti, del Consiglio Nazionale dei Geologi, del Consiglio Nazionale dei Geometri, dell'ANCI e dell'UPI.

Sulla base di tutti questi elementi il Consiglio ha deliberato il seguente atto.

Considerato in diritto

La disposizione dell'attuale comma 12, dell'articolo 17, della legge n. 109/1994, nasce dal pronunciamento della Commissione europea che ha censurato la mancata previsione di alcun onere minimo di messa in concorrenza e l'assenza di alcuna forma di pubblicità, atta a consentire un confronto concorrenziale fra i soggetti potenzialmente interessati alla prestazione del servizio.

In osservanza a detti rilievi, il legislatore nazionale ha eliminato la possibilità dell'affidamento diretto su base fiduciaria degli incarichi per importo inferiore a 100.000 euro, facendo espresso richiamo all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Detti principi costituiscono, secondo le specificazioni che seguono, corollari del generale principio della tutela della libera concorrenza, in base al quale si intende garantire a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa. Affinché sia assicurata una concreta concorrenza, occorre pertanto garantire il rispetto della *par condicio* nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti e verificare l'assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all'accesso dei potenziali concorrenti all'appalto.

a) Il principio di non discriminazione comporta, in particolare, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

Peraltro, in ordine alla possibilità di istituire un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, l'Autorità, confermando quanto precedentemente espresso, rileva come lo stesso possa ritenersi ammissibile nei limiti in cui vengano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, anche semestrale, adottando in ogni caso le forme di pubblicità previste dall'articolo 62 del D.P.R. 554/1999 e s.m., in modo che risulti garantito ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'albo stesso, senza limitazioni temporali.

Si ritiene inoltre necessario che laddove l'amministrazione intenda effettuare la scelta di istituire l'albo di professionisti, debba preventivamente stabilire, dandone adeguata pubblicità, criteri e requisiti per la formazione dell'albo stesso, quali a titolo esemplificativo:

- il richiamo a quanto dettato dall'articolo 51, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m. che vieta la partecipazione del professionista singolarmente e come componente di un raggruppamento di professionisti, nonché la contemporanea partecipazione a più di un raggruppamento;

il principio della rotazione nella scelta dei nominativi inseriti nell'albo, ai quali rivolgere la richiesta di offerta;

il divieto di cumulo degli incarichi, che può concretizzarsi nell'affidamento di non più di un incarico all'anno allo stesso professionista;

la correlazione dell'esperienza pregressa richiesta al professionista alle tipologie progettuali delle quali necessita l'amministrazione, così come individuate in sede di programmazione, di modo che le professionalità richieste rispondano concretamente alle classi e categorie cui si riferiscono i servizi da affidare.

b) Relativamente al principio della parità di trattamento, occorre evidenziare che la Corte di Giustizia europea ha ritenuto che lo stesso vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze (sentenza 3.6.1992, causa C 360/89) e che detto principio ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, imponendo che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori (sentenza 29.4.2004, causa C 496/99).

Ciò si traduce, per quanto rileva in questa sede, nell'obbligo di instaurare apposita procedura negoziata, in analogia a quanto prescritto dall'articolo 78 del D.P.R. 554/1999 e s.m., nella quale si procede alla comparazione dei requisiti posseduti da tutti i concorrenti, con applicazione, per ciascuno di essi, dei medesimi criteri selettivi.

c) In base al principio di proporzionalità, la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo dell'incarico, in quanto la richiesta di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza. Ne discende l'impossibilità di utilizzare i requisiti previsti dalla normativa per gli affidamenti di progettazione di importo superiore a 100.000 euro per quelli di importo inferiore.

Analogamente dovranno essere fissati i criteri di valutazione delle offerte rapportati alla tipologia e all'importo dell'incarico, non potendosi applicare le previsioni formulate al riguardo per gli incarichi di maggior importo.

Pertanto, nell'avviso di selezione dovranno essere indicati i requisiti minimi richiesti dalla S.A. che consentano al professionista – tramite il *curriculum* - la dimostrazione del possesso di una esperienza adeguata rapportata alla tipologia e all'importo dell'incarico. In relazione a detto profilo, l'Autorità è intervenuta con le determinazioni n. 9/1999, n. 10/1999 e n. 17/2000, sottolineando come il merito tecnico che viene esaminato nella fase di ammissione alla selezione, ha ad oggetto elementi che necessitano alla stazione appaltante per effettuare una valutazione circa l'idoneità del progettista a concorrere per l'affidamento, anche sulla base dell'esperienza professionale pregressa. Detta valutazione viene effettuata sulla base di elementi meramente quantitativi consistenti nell'accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando.

Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.

d) Per quanto riguarda, infine, il principio di trasparenza si evidenzia che la Corte di giustizia con la sentenza 7.12.2000, C 324/98 ha ritenuto che l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Il principio della trasparenza trova quindi attuazione, anteriormente all'inizio del procedimento di selezione, nella effettuazione di una corretta ed adeguata pubblicità sia dell'oggetto della selezione che si intende esperire sia dei criteri obiettivi che si intende utilizzare per la valutazione delle offerte; al termine del procedimento negoziato, invece, il principio stesso troverà la propria effettiva applicazione nel corrispondente obbligo da parte della stazione appaltante di motivare la scelta effettuata sulla base degli stessi criteri inizialmente adottati.

Dalle considerazioni sopra riportate emerge, dunque, che l'articolo 17, comma 12, della legge 109/1994, così come modificato dalla legge n. 62/2005, impone alle stazioni appaltanti l'esperimento di una procedura di tipo competitivo e comparativo per l'individuazione del professionista, che dovrà essere preceduta dalla pubblicità di cui all'Art. 62, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m.. Il tenore letterale di detta norma, laddove utilizza la locuzione "adeguata pubblicità", ha comportato l'intervento interpretativo della giustizia amministrativa, che ha ritenuto necessario chiarirne il significato sia sotto il profilo temporale che sotto quello del mezzo idoneo a garantire l'assolvimento di detto obbligo. Occorre, pertanto, individuare tempi per la presentazione delle domande di partecipazione alla selezione idonei a consentire un'effettiva partecipazione all'iniziativa e utilizzare mezzi di pubblicazione che garantiscano una adeguata penetrazione della notizia nel mercato.

Al riguardo, come espresso da questa Autorità con determinazioni n. 18/2001 e n. 30/2002, per "adeguata pubblicità" deve intendersi quindi quella pubblicità che, seppure semplificata, risulta funzionale allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico.

Si rileva al riguardo che questa Autorità ha più volte evidenziato che la carenza di pubblicità è apparsa spesso rilevante in relazione all'esiguo tempo di pubblicazione, limitato in alcuni casi a soli 10 giorni, ed ai mezzi utilizzati, pubblicazione presso il solo Albo pretorio.

Per quanto attiene, quindi, all'affidamento degli incarichi sotto l'importo di 100.000 euro, le S.A. dovranno individuare forme di pubblicità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano. A titolo esemplificativo e non esaustivo, può ritenersi adeguata la pubblicità effettuata attraverso la pubblicazione dell'avviso di selezione sull'Albo pretorio, sul sito internet (ove disponibile), ovvero sull'Albo della stazione appaltante, nonché con la diffusione presso i rispettivi Ordini professionali.

Per quanto attiene al procedimento di selezione, nel richiamare l'attenzione sulla circostanza che la richiesta di una presentazione plurima di offerte dà luogo *ipso facto* ad una procedura concorsuale negoziata, si precisa che la stazione appaltante dovrà indicare negli avvisi di conferimento gli elementi essenziali della prestazione ed il relativo importo presunto, il tempo

massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte, non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso, ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che utilizzerà per l'affidamento.

È, infatti, necessario che le regole disciplinatrici del confronto siano oggettivamente verificabili e, sebbene la procedura sia caratterizzata dal carattere dell'informalità, le modalità di formulazione e di trasmissione delle offerte devono sostanzialmente rispettare i principi di trasparenza e *par condicio* fra gli offerenti; principi cui è necessaria conformarsi ogni qual volta si procede ad una valutazione comparativa delle offerte, ancorché ciò avvenga attraverso gara informale (cfr. Cons. Stato Sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5633).

"Inoltre, tenuto conto delle disposizioni sulla semplificazione amministrativa, l'amministrazione dovrà prevedere in capo all'affidatario l'obbligo di comprovare i requisiti professionali dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

Sulla base di quanto sopra, l'Autorità ritiene che:

- i servizi di ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro devono essere affidati dalle stazioni appaltanti previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, che dovrà essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso, divulgato con modalità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano le stazioni appaltanti, quali ad esempio l'Albo pretorio, il sito internet (ove disponibile), ovvero l'Albo della stazione appaltante e diffuso ai rispettivi Ordini professionali, al fine di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento;

- gli avvisi per l'affidamento dei servizi di ingegneria devono contenere gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che verranno utilizzati per l'affidamento

- i requisiti richiesti ai partecipanti alla selezione dovranno essere proporzionali all'incarico da affidare, con ciò escludendosi la possibilità di richiedere i requisiti previsti per incarichi appartenenti a fasce superiori di importo;

- il merito tecnico da esaminare nella fase di valutazione dell'offerta dovrà intendersi non con riferimento ad aspetti quantitativi, bensì con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Guido Moutier

IL PRESIDENTE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 febbraio 2006