



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

**Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura
all'ingegneria**

Relazione AIR

Sommario

<i>1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....</i>	<i>1</i>
<i>2. Le osservazioni del tavolo tecnico che non hanno trovato accoglimento.....</i>	<i>3</i>
<i>2.1. Esclusione automatica per gli appalti sopra 100.000 euro</i>	<i>3</i>
<i>2.2. Offerte in rialzo rispetto alla base d'asta</i>	<i>5</i>
<i>2.3. Sospensione per 5 anni dell'internalizzazione dei servizi</i>	<i>6</i>
<i>2.4. 1. Requisiti di capacità economico-finanziaria e fatturato</i>	<i>7</i>
<i>2.4.2. Requisiti di capacità tecnica, organico minimo ed accesso al mercato</i>	<i>11</i>
<i>2.4.3. Attività di supporto alla progettazione</i>	<i>14</i>
<i>2.5. Limite al ribasso di cui all'art. 266 del Regolamento.....</i>	<i>15</i>
<i>3. La forcilla nelle procedure ristrette.....</i>	<i>16</i>
<i>4. L'utilizzo dell'esperienza pregressa in fase di valutazione delle offerte.....</i>	<i>17</i>
<i>5. Affidamenti di importo inferiore a 100.000.....</i>	<i>19</i>

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

L'Autorità, a seguito di alcune importanti novità introdotte nel panorama normativo italiano concernenti gli affidamenti dei servizi di ingegneria ed architettura (nel seguito, anche "SIA"), ritiene di dover procedere alla revisione ed all'aggiornamento degli atti di cui all'oggetto della presente consultazione. La revisione era anche prevista nel documento conclusivo della consultazione relativa all'elaborazione dei bandi-tipo nel settore dei servizi e forniture, denominato "*I settori prioritari per l'elaborazione dei bandi-tipo nei contratti pubblici di servizi e forniture*", pubblicato sul sito web dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nel seguito, "AVCP") nel mese di luglio 2013, nel quale i servizi di ingegneria sono stati individuati tra quelli di intervento prioritario.

In particolare, è necessario aggiornare la determinazione dell'AVCP del 7 luglio 2010, n. 5, contenente le "*Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura all'ingegneria*" per tenere conto sia dell'entrata in vigore del d.P.R. del 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito, "Regolamento"), non ancora approvato in via definitiva al momento dell'adozione della citata determinazione, e dell'intervenuta modifica al sistema per la determinazione dei compensi da porre a base di gara per effetto del nuovo d.m. del 31 ottobre 2013, n. 143, "*Determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria*".¹

L'entrata in vigore del d.m. 143/2013 comporta, altresì, il superamento della deliberazione dell'AVCP del 3 maggio 2012, n. 49, "*Quesiti in merito ai servizi di architettura ed ingegneria a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27*" che, stante il vuoto normativo determinato dall'abrogazione delle sistema delle tariffe professionali, aveva fornito agli operatori del settore indicazioni circa le modalità di definizione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle more dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Al fine di procedere alla revisione degli atti citati, l'AVCP ha ritenuto opportuno avvalersi del medesimo tavolo tecnico costituito nel 2010, integrato con ulteriori categorie professionali. Nel corso delle riunioni svoltesi il 21 gennaio e l'11 marzo 2014, i rappresentanti delle categorie intervenute hanno formulato una serie di osservazioni e considerazioni utili ai fini dell'emanazione delle nuove linee guida. Tenuto conto anche dei vari quesiti e segnalazioni inviati all'AVCP da alcuni operatori del settore, le principali criticità del mercato possono essere così sintetizzate:

- la scarsa applicazione da parte delle stazioni appaltanti del nuovo d.m. 143/2013;

¹ Si ricorda che tale regolamento è stato emanato ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e successivamente modificato dall'art.5 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

- il persistere del fenomeno dei ribassi eccessivi, spesso collegato all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ed alla disapplicazione dell'art. 266 del Regolamento che imporrebbe alla stazione appaltante di fissare nel bando di gara il ribasso massimo consentito;
- la conseguente insufficiente qualità della progettazione e i possibili riflessi sulla fase esecutiva di realizzazione dell'opera;
- la scarsa apertura del sistema ai professionisti più giovani e agli studi professionali di minore dimensione, anche in relazione alle previsioni di cui all'art. 263 del Regolamento che indica requisiti di fatturato e di organico minimo penalizzanti per gran parte dei professionisti che svolgono l'attività professionale con strutture di dimensioni contenute;
- requisiti di accesso alla gara connessi al fatturato imposti dalle stazioni appaltanti senza essere espressamente motivati, come, invece, stabilito dalle vigenti disposizioni.

In applicazione del Regolamento “*Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)*” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), acquisite le osservazioni del tavolo tecnico, data la complessità e la specialità della materia ed al fine di favorire la massima partecipazione dei soggetti interessati, l’Autorità, con il presente documento, procede ad una consultazione pubblica delle presenti linee guida, al fine di conoscere le istanze e le valutazioni di tutti gli operatori del settore.

All’esito della consultazione, l’AVCP si riserva di emanare un atto a carattere generale volto a regolare l’affidamento dei servizi in esame, che sarà sottoposto a verifica di impatto della regolazione decorsi ventiquattro mesi dalla sua adozione, secondo quanto previsto dal suddetto Regolamento.

Lo scopo del presente documento, in linea con quanto previsto dall’art. 8 del suddetto Regolamento AIR e VIR è quello di dare evidenza delle ragioni che hanno guidato l’Autorità nell’adozione di alcune scelte ed, in particolare, di quelle connesse al mancato accoglimento di alcune proposte formulate dalle categorie professionali nell’ambito delle riunioni del Tavolo tecnico. Lo scopo del documento è, altresì, quello di approfondire il contenuto di alcune disposizioni normative controverse, ad esempio, l’art. 263 del Regolamento che prevede limite al ribasso che le stazioni appaltanti devono fissare nel bando di gara, ed ulteriori aspetti attinenti al settore in esame che si ritiene opportuno discutere in un documento separato anche al fine di preservare il carattere snello e operativo del documento contenente le linee guida.

Quanto di seguito riportato potrà essere aggiornato e rivisto in base alle osservazioni che perverranno nell’ambito della consultazione pubblica.

2. Le osservazioni del tavolo tecnico che non hanno trovato accoglimento

Nell'ambito del tavolo tecnico sono state formulate una serie di ipotesi e proposte concernenti l'affidamento dei SIA che meritano alcuni approfondimenti. Più in particolare, tali ipotesi e proposte fanno riferimento:

1. alla possibilità di disporre l'esclusione automatica delle offerte anomale anche per gli appalti di importo superiore 100.000 euro;
2. alla possibilità di presentare offerte in rialzo rispetto alla base d'asta, secondo il meccanismo del "minimo rialzo";
3. alla sospensione per 5 anni dell'internalizzazione dei servizi (ovvero obbligo di esternalizzazione degli stessi) in relazione a quanto previsto dall'art. 90 del Regolamento;
4. alla necessità di applicare l'art. 266 del Regolamento che impone alle stazioni appaltanti di fissare nel bando di gara un limite al ribasso sul prezzo.

2.1. Esclusione automatica per gli appalti sopra 100.000 euro

Per quanto riguarda il punto sub 1), si è proposto che le stazioni appaltanti abbiano la possibilità di escludere in modo automatico un'offerta quando è troppo bassa. Come noto, l'esclusione automatica delle offerte anomale, trattandosi di riserva che limita il confronto competitivo e potenzialmente incide sulla *par condicio* delle imprese partecipanti, è una eccezione alla regola generale dell'assoggettamento al contraddittorio delle offerte potenzialmente anomale.

La vigente normativa consente la sua applicazione solo in caso di utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e per gli appalti di importo pari o inferiore a 100.000 euro, ai sensi e con le modalità, per gli appalti di servizi, di cui all'art. 124, comma 8, del Codice. Occorre, altresì, richiamare la disposizione di cui all'art. 253, comma 20-bis, del Codice, introdotta dall'art. 26, comma 2, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, secondo la quale le stazioni appaltanti possono applicare, fino al 31 dicembre 2015, il meccanismo dell'esclusione automatica per tutti gli appalti di importo contenuto nelle soglie indicate dall'art. 28, in deroga alle soglie più ristrette previste, per i lavori, dall'art. 122 comma 9, del Codice e, per i servizi e forniture, dall'art. 124 comma 8 del medesimo. Si potrebbe, pertanto, astrattamente ritenere ammissibile l'utilizzo del meccanismo dell'esclusione automatica in relazione agli affidamenti di ingegneria, aggiudicati al prezzo più basso, compresi tra centomila euro e la soglia comunitaria (207.000 euro).

Tuttavia, in disparte ogni valutazione sulla compatibilità comunitaria del meccanismo dell'esclusione automatica, in quanto restrizione aprioristica della possibilità di partecipazione di un numero più elevato di operatori economici che lede le regole concorrenziali, si richiama l'ulteriore profilo dato dalla

capacità che un appalto possa presentare, in considerazione delle proprie caratteristiche, un “interesse transfrontaliero certo” e attrarre quindi operatori di altri Stati membri. A parere della Corte di giustizia il meccanismo dell’esclusione automatica potrebbe condurre a risultati incompatibili con il diritto comunitario ove applicato ad un appalto che rivesta un interesse transfrontaliero (sentenza del 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, Secap).

Ebbene, i servizi di ingegneria di importo compreso tra centomila euro e duecentosettemila euro già *ex se* possono rivestire un interesse transfrontaliero certo e concreto per gli operatori di altri Stati membri. Ed infatti, secondo la Corte Costituzionale (sentenze n. 401 del 2007; n. 160/2009; n. 114/2011) la distinzione tra contratti sotto soglia e contratti sopra soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini dell’individuazione dell’ambito materiale della tutela della concorrenza. Tale ambito ha, infatti, una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate.

Inoltre, pur in presenza di un appalto sotto-soglia, devono essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l’esercizio di un potere conforme, tra l’altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato.

Si deve poi rilevare che, ai sensi dell’art. 266, comma 4, del Regolamento, per gli affidamenti di importo superiore a centomila euro è previsto unicamente il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione al quale non è normativamente applicabile il meccanismo dell’esclusione automatica. Né sussistono margini per utilizzare, in tale fascia di importo, il prezzo più basso: la premessa al d.P.R. n. 207/2010, recita, tra l’altro, che *“Ritenuto che, in relazione all’articolo 266, comma 4, la disposizione che configura il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa come unico criterio di aggiudicazione applicabile per l’affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, sia necessaria in quanto trattasi di specifici servizi che richiedono una valutazione dell’offerta non limitata al solo elemento prezzo ma estesa anche ad elementi relativi all’aspetto tecnico dell’offerta e che la disposizione trova copertura normativa di rango primario nell’articolo 81, comma 1, del codice, attuativa degli articoli 55 e 53 rispettivamente della direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE, che fa salve disposizioni, anche regolamentari, relative alla remunerazione di servizi specifici.”*

Pertanto, la proposta formulata rappresenta un’innovazione che non solo richiede una modifica normativa ma si pone in contrasto con i principi comunitari.

Come emerso dal confronto svoltosi presso il Tavolo, l’aggiudicazione mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e la formula prevista nel regolamento (all’allegato M) per la componente di prezzo dovrebbero già limitare gli incentivi a proporre ribassi eccessivi. In ogni caso, la verifica della congruità dell’offerta dell’aggiudicatario, che sarebbe opportuno che la stazione appaltante effettuasse per ciascun affidamento, mira proprio a determinare, mediante le giustificazioni, i costi

minimi della prestazione (ivi compreso il costo del lavoro) al di sotto dei quali l'offerta non può risultare sostenibile.

2.2. *Offerte in rialzo rispetto alla base d'asta*

Una seconda proposta formulata nell'ambito del Tavolo (punto sub 2)) esplicita la possibilità di prevedere offerte al rialzo, definito "*minimo aumento*". La proposta, da leggersi in combinato con quella concernente la determinazione analitica dei costi di produzione del servizio, da porsi a base d'asta in luogo del corrispettivo, costituito, ai sensi dell'art. 1, del d.m. 31 ottobre 2013, n. 143, dal compenso e dalle spese ed oneri accessori, intende superare il principio dell'importo a base d'asta come limite inderogabile oltre il quale le offerte non possono essere accettate e, una volta analizzata *ex ante* la soglia discriminante tra costo e profitto, prevedere offerte in rialzo, *rectius* al minimo aumento.

Come rappresentato più volte dall'AVCP (da ultimo, con deliberazione n. 12/2013), la vigente normativa non prevede la possibilità di formulare offerte in aumento. Con riferimento al criterio del prezzo più basso, ai sensi del comma 1 dell'articolo 82, detto divieto è posto indirettamente con il chiaro intento di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione (sul punto cfr. parere AVCP del 12 febbraio 2009 AG3-09). A parere della giurisprudenza, TAR Lazio Roma sez. II 28/6/2010 n. 21596, il "*portato naturale del ricorso della stazione appaltante al criterio – per l'aggiudicazione di una gara – del prezzo più basso sia proprio quella della "irregolarità" logica prima ancora che strettamente giuridica di un'offerta al rialzo, quale è quella che ha inequivocamente presentato la ricorrente principale, poiché in contraddizione con la logica del ribasso che ispira il criterio del prezzo più basso*" (cfr. T.A.R. Catania, II Sezione, 29 gennaio 2002 n. 148 e T.A.R. Reggio Calabria, 21 gennaio 1997 n. 44, ma anche T.A.R. Liguria, 2 ottobre 1986 n. 440, che – con riguardo appunto ad offerta al rialzo in una gara bandita al ribasso – ha al riguardo parlato di "non – offerta")."

Con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'articolo 283, comma 3, del Regolamento esplicita "*il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284*".

Sul punto si veda la pronuncia del TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza 21 novembre 2013 n. 2588 "*A tal riguardo, il Collegio è, inoltre, dell'avviso che la disposizione di cui all'art. 82, comma 1, del D.lgs. 163/2006 – che espressamente prevede il divieto di offerte in aumento in caso di procedure regolate dal criterio del prezzo più basso – sia chiaramente ispirata dal fine di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione (cfr., sul punto, il parere AVCP del 12*

febbraio 2009). Nel perseguimento del medesimo obiettivo può, dunque, leggersi la disciplina di cui all'art. 283, comma 3, del DPR 207/2010, in cui è previsto che “il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284”: una disposizione nella quale l'AVCP di vigilanza ha individuato il fondamento per affermare che “il divieto per le stazioni appaltanti di aggiudicare ad offerte in aumento rispetto al prezzo indicato nella documentazione di gara deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso che in quello di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa” (cfr. determinazione n. 4 del 10.10.2012).”

L'AVCP ha, pertanto, concluso che “gli affidamenti di contratti avvenuti ad importi superiori ai valori posti a base di gara siano in contrasto con i principi generali di correttezza, trasparenza ed economicità sanciti dall'art. 2 del codice dei contratti” (cfr. deliberazioni n. 12/2013 e n.7/2011).

Infine, l'inammissibilità delle offerte in rialzo è confermata dalla Direttiva 2014/24/UE, che inserisce tra le ipotesi di non accettabilità delle offerte anche quella di un prezzo superiore al prezzo base previsto dall'amministrazione (cfr. art. 26).

2.3. Sospensione per 5 anni dell'internalizzazione dei servizi

Un'altra proposta formulata in sede di Tavolo tecnico riguarda l'ipotesi di sospendere per 5 anni l'internalizzazione dei servizi (punto sub 3)) di cui all'art. 90, comma 1, del Regolamento. L'operazione sarebbe finalizzata ad ottenere una maggiore qualità nella progettazione, favorendo la ripresa del settore. In merito si precisa che la realizzazione delle opere pubbliche è basata sui due pilastri della centralità del progetto, articolato nei tre livelli di progettazione, e della priorità dell'espletamento della progettazione all'interno delle pubbliche amministrazioni. Il *favor* normativo per la progettazione interna emerge nel comma 6, dell'art. 90, laddove il ricorso alla progettazione esterna è limitato all'accertata e certificata sussistenza, da parte del responsabile del procedimento, delle ipotesi tassative ivi previste (in carenza di organico oppure per ragioni di complessità ovvero di difficoltà a rispettare i tempi della programmazione). Pertanto, la regola generale, ai sensi dell'art. 90, comma 1, del Codice, prevede l'espletamento della progettazione all'interno dell'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione del principio secondo cui l'attività della pubblica amministrazione deve essere svolta dai propri uffici.

Dato il tenore letterale delle norme sopra richiamate, non è possibile rendere una interpretazione delle stesse volta ad una maggiore apertura degli affidamenti verso il mercato dei liberi professionisti, anche a voler prendere in considerazione il particolare momento di crisi economica che, peraltro, si riverbera anche nei confronti della disponibilità di risorse da parte delle amministrazioni pubbliche. Si richiama,

al riguardo, il consolidato orientamento della Corte dei conti, per il quale *“la facoltà di ricorrere ad altrui collaborazioni va collocata nel contesto normativo ordinamentale e deve conformarsi ai criteri di efficacia ed economicità dell’azione amministrativa il cui rispetto è incompatibile con incarichi ad estranei, ingiustificati e/o inutili e/o superflui: e ciò, anche nei casi in cui il conferimento dell’incarico stesso sia formalmente legittimo.”* (Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la Regione Trentino Alto Adige 19/2/2009 n. 6).

Che non possa prevedersi un obbligo di esternalizzazione dell’attività di progettazione si ricava anche dalla direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, che, nel considerando (5) recita *“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva.”*

2.4. 1. Requisiti di capacità economico-finanziaria e fatturato

In merito al punto sub 4), l’art. 263 del Regolamento indica i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi di partecipazione alle gare per l’affidamento dei servizi di cui all’art. 252, che devono essere definiti dalla stazione appaltante e chiaramente indicati nei documenti di gara. La disposizione regolamentare va coordinata con gli artt. 41 e 42 del Codice, i quali, in relazione agli appalti di servizi e di forniture, disciplinano le modalità di dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi da parte dei concorrenti.

Le disposizioni in commento riconoscono alla stazione appaltante ampia discrezionalità in ordine all’individuazione dei requisiti di partecipazione attestanti l’affidabilità professionale dei concorrenti. Tale discrezionalità, tuttavia, incontra il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza rispetto all’oggetto della gara, all’importo dello stesso, alle caratteristiche della prestazione oggetto d’affidamento. È quanto sottolineato (oltre che da costante giurisprudenza) dall’Autorità, la quale ha chiarito che con le disposizioni degli artt. 41 e 42 il Codice *“ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l’oggetto dell’appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro qualificazione e dei relativi mezzi di prova”*; tuttavia *“la clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o indistinti neanche con riferimento al periodo di attività documentabile in base alla quale è maturato il possesso di quel requisito”* (determinazione 21 maggio 2009, n. 5).

In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non restringere in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi.

Tali principi – già evidenziati nella direttiva 2004/18/CE – sono oggi confermati nella nuova direttiva appalti 2014/24/UE che, all’art. 58 (criteri di aggiudicazione), paragrafo 1, espressamente dispone: *“Le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l’appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto”*.

Sulla base di tali principi, dunque, la stazione appaltante è chiamata ad individuare i requisiti di partecipazione alla gara e, tra questi, i requisiti relativi al “fatturato globale d’impresa” (art. 41, comma 1, lett. c), del Codice).

In particolare, con riferimento a tale requisito, l’art. 263, comma 1, lett. a), del Regolamento, prevede che la stazione appaltante possa richiedere un fatturato globale per servizi di cui all’art. 252 dello stesso Regolamento, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, *“per un importo variabile tra 2 e 4 volte l’importo a base di gara”*.

L’individuazione dell’importo del fatturato globale, in relazione alla base d’asta, è dunque rimessa alla stazione appaltante, la quale è tenuta a darne – nella determina a contrarre e/o nel bando di gara – congrua motivazione in relazione all’entità, alla complessità ed alla specificità dell’appalto, nel rispetto del richiamato principio di proporzionalità e di quanto disposto dal citato l’art. 41, comma 2, ultimo periodo, del Codice, in base al quale sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

In linea generale, dunque, le stazioni appaltanti hanno l’obbligo di motivare adeguatamente, nei documenti di gara, eventuali limiti di accesso connessi al fatturato. Nel determinare tale requisito, inoltre, le stesse stazioni appaltanti sono tenute a porre particolare attenzione – in particolare – su due aspetti: l’individuazione dei *“servizi espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando”* e le modalità di determinazione della misura del fatturato globale che – come visto – è fissata dell’art. 263, comma 1, lett. a), in un importo variabile *“tra 2 e 4 volte l’importo a base d’asta”*.

In relazione al primo profilo, si sottolinea che secondo l’avviso dell’Autorità (cfr. deliberazione AVCP del 10 ottobre 2006, n. 74) il requisito in argomento non può essere inteso nel senso di limitare il fatturato ai soli servizi specificamente posti a base di gara (servizi identici). Infatti *“se è vero che la richiesta di un determinato fatturato pregresso per servizi identici a quello oggetto di gara va commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento, è vero anche che la previsione di detti requisiti di ammissione alla gara – rientrando nella sfera di discrezionalità dell’amministrazione – non deve però tradursi in un’indebita limitazione dell’accesso delle imprese interessate, presenti sul mercato”* (parere prec. n. 180/2013).

Con riferimento al secondo profilo, inoltre, la stessa AVCP ha sottolineato l'esigenza di fissare la misura del fatturato globale non astrattamente, ma in relazione al valore complessivo dell'appalto ed alle peculiarità dell'oggetto della gara (parere di prec. n.180/2013 cit.). Anche in relazione a tale requisito occorre che la stazione appaltante agisca quindi nel rispetto del principio di adeguatezza e di proporzionalità, fissando, per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, un requisito non superiore al doppio dell'importo a base di gara.

È quanto sottolineato sul tema anche dalla citata Direttiva appalti 2014/24/UE nel considerando 83, a tenore del quale *“Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Eventuali requisiti dovrebbero essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto; il requisito non dovrebbe di norma superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell'appalto. Tuttavia, in circostanze debitamente giustificate, dovrebbe essere possibile applicare requisiti più rigorosi. Tali circostanze potrebbero riguardare gli alti rischi connessi alla esecuzione dell'appalto o il fatto che la sua tempestiva e corretta realizzazione è di fondamentale importanza, ad esempio in quanto costituisce un presupposto necessario per l'esecuzione di altri appalti”*.

L'art. 58 della stessa direttiva 2014/24/UE dispone, inoltre, che *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. (...) Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto”*. Il paragrafo 3, dispone quindi che *“Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. (...) Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture. L'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84”*.

Dunque le disposizioni della nuova direttiva appalti, oltre a ribadire l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di indicare nei documenti di gara le motivazioni per le quali sono stati individuati i requisiti di partecipazione alla gara relativi al fatturato, statuisce nel contempo che tale fatturato minimo annuo non deve superare il doppio del valore stimato dell'appalto.

Rispetto a tale disposizione comunitaria, pertanto, l'art. 263, comma 1, lett. a), del Regolamento, il quale (come in precedenza sottolineato) fa riferimento ad un fatturato di *“importo variabile tra 2 e 4 volte l'importo a base di gara”*, consente alla stazione appaltante di individuare requisiti di partecipazione relativi al fatturato maggiori e quindi, contravvenendo principi e norme della nuova direttiva, è potenzialmente in grado di determinare effetti restrittivi della concorrenza.

La disposizione regolamentare in esame presenta, infatti, in parte qua, profili di contrasto con l'art. 58 della direttiva 2014/24/UE e, pertanto, occorre verificare, in ordine alla medesima, la sussistenza dei presupposti legittimanti la sua disapplicazione in sede di redazione dei documenti di gara da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

A tal fine sembra utile richiamare l'orientamento del giudice comunitario a tenore del quale il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima (CGE, causa C-198/01 del 09/09/2003). Inoltre, il primato del diritto comunitario su quello nazionale comporta che ogni disposizione di diritto interno contraria diviene inapplicabile nei confronti dei singoli e che questo vale sia quando le disposizioni di diritto interno sono legislative sia quando sono amministrative, laddove queste ultime non includono unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti (CGE, causa C-224/97, del 29/04/1999).

Il giudice comunitario chiarisce, altresì, che in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri e per tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni (CGE, causa C-103/88 del 22/06/1989).

L'obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe, dunque, non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (CGE, causa C-198/01 cit.).

Sulla base dei principi comunitari sopra enucleati, appare evidente che l'art. 263, comma 1, lett. a), del Regolamento, nella parte in cui fissa il valore del fatturato *“tra 2 e 4 volte l'importo a base d'asta”*, si pone in contrasto con le chiare disposizioni dell'art. 58 della direttiva appalti 2014/24/UE, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici di non fissare requisiti di fatturato minimo annuo superiore al doppio del valore stimato dell'appalto.

Posto che – come in precedenza sottolineato – le disposizioni del citato art. 58 appaiono, dal punto di vista sostanziale, *“incondizionate e sufficientemente precise”* nel dettare l'obbligo per le

amministrazioni aggiudicatrici di fissare nella *lex specialis* il requisito del fatturato in misura non superiore a quella sopra indicata, le stesse amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a disapplicare in parte qua il citato art. 263 del Regolamento e ad applicare le chiare disposizioni dettate in materia dalla direttiva appalti.

In aderenza alle nuove disposizioni dell'art. 58 della direttiva 2014/24/UE si raccomanda, dunque, alle stazioni appaltanti di prestare particolare attenzione nell'individuazione dei requisiti di accesso alla gara connessi al fatturato, i quali devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, affinché non abbiano l'effetto di restringere in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi.

2.4.2. Requisiti di capacità tecnica, organico minimo ed accesso al mercato

Uno degli aspetti segnalati dagli operatori nell'ambito del Tavolo tecnico attiene alle difficoltà di accesso al mercato da parte dei giovani professionisti, soprattutto a causa di alcune norme, quali quella sul c.d. "organico minimo", che impongono requisiti stringenti per la partecipazione alle gare. Tuttavia, recenti modifiche normative vanno nella direzione auspicata di consentire maggiori opportunità di partecipazione al mercato da parte di giovani professionisti e nuovi operatori.

La materia è disciplinata dall'art. 263 del Regolamento, che stabilisce i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare dei servizi di architettura e ingegneria. La norma, in particolare, prevede, alla lett. d), che il numero medio di personale tecnico utilizzato nei migliori tre anni dell'ultimo quinquennio sia superiore tra le 2 e le 3 volte la misura prevista dal bando per lo svolgimento dell'incarico. Come chiarito nel documento di consultazione, in base all'attuale formulazione dell'art. 253, comma 15-*bis*, del Codice, fino al 31 dicembre 2015, tale requisito viene calcolato su di un periodo più esteso ovvero nei migliori tre anni dell'ultimo quinquennio anziché negli ultimi tre anni. Si tratta certamente di una disposizione che, se pur in via transitoria, va nella direzione di fronteggiare lo stato attuale di crisi e di aprire il mercato dei contratti pubblici ad un maggior numero di operatori.

Nonostante tale previsione, tuttavia, l'insieme dei limiti connessi all'organico, come anche al fatturato poc'anzi discusso, possono non favorire appieno l'accesso al mercato da parte dei giovani professionisti e di tutti coloro che non sono titolari di uno studio di dimensioni imprenditoriali in grado di garantire – oltre a un adeguato fatturato ai sensi della lett. a) dell'art. 263 – anche un elevato numero di dipendenti. Soffermandosi, in particolare, su quest'ultimo requisito, l'AVCP ha sostenuto che il calcolo dell'organico minimo vada effettuato sul numero medio totale di dipendenti avuti nel triennio (cfr. determinazione AVCP n. 5/2010). L'interpretazione è di sicuro più favorevole ai professionisti in fase di

crescita e non dotati di strutture consolidate da tempo rispetto a quella avvalorata da una parte della giurisprudenza di considerare il requisito riferito ai singoli anni (vedi Cons. di Stato sez. V, n. 3840/2007). Inoltre, va precisato che il requisito dell'organico minimo di cui al predetto art. 263, comma 1, lett. d), sembra riferirsi alle società di professionisti – quindi alle persone giuridiche dotate di una struttura organizzativa in forma societaria e presumibilmente di una quantità di componenti che tra soci attivi, consulenti e dipendenti possono raggiungere un buon numero – e non anche alle persone fisiche abilitate a svolgere la professione che partecipano in proprio alle procedure selettive. In linea generale, infatti, i requisiti strutturali, economici e dimensionali vanno sempre valutati in un'ottica che permetta una più ampia partecipazione alla gara. Del resto, il singolo professionista può soddisfare tale requisito partecipando in raggruppamento temporaneo.

Nella direzione di una maggiore partecipazione alle gare di nuovi operatori e giovani professionisti muove anche la norma di cui all'art. 90, comma 7, del Codice, richiamata dall'art. 253, comma 5, del Regolamento, che prevede l'obbligo di indicare nei raggruppamenti un giovane professionista con meno di cinque anni di abilitazione professionale, che deve essere presente nella funzione di *progettista*. La norma rappresenta uno strumento dotato della potenzialità di incrementare occasioni di lavoro per i giovani professionisti. In generale, i raggruppamenti temporanei sono uno strumento idoneo ad aprire la dinamica concorrenziale consentendo la coalizione di imprese di minori dimensioni per favorire la crescita e l'accesso a mercati più estesi. Alla stessa *ratio* è da ricondurre la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 15, del Codice che detta una disciplina diretta ad attribuire un particolare regime di favore per le società di ingegneria, con la finalità di incentivarne e di promuoverne la costituzione; la norma testualmente recita: *“in relazione all'articolo 90, ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali”*. Le società di capitali di recente costituzione, per i primi tre anni di attività, ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi professionali, possono quindi ricorrere all'esperienza pregressa delle società o dei singoli soci o professionisti preesistenti (in merito alla corretta interpretazione di tale dettato normativo, vedi Parere AVCP AG 18/2009).

In tema di requisiti di partecipazione ed accesso alle gare occorre anche tenere conto delle disposizioni contenute nella direttiva appalti 2014/24/UE, la quale, ad esempio, al considerando 83, prevede che *“Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Eventuali requisiti dovrebbero essere attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto”*. L’art. 58 riferisce, poi, i requisiti di partecipazione alle procedure selettive al criterio di proporzionalità, e, per quanto attiene alle capacità tecniche e professionali afferma che (comma 4) *“le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con adeguato standard di qualità”*.

Tra l’altro, proprio al fine di valutare in sede di aggiudicazione la qualità del progettista, l’esperienza del personale incaricato dell’appalto può costituire, ai sensi dell’art. 67, comma 2, lett. b), della Direttiva 2014/24/UE, un criterio per la valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Circa le procedure sotto soglia, va segnalato che il Regolamento, nonostante l’art. 124, comma 7, del Codice lo preveda espressamente, non detta una disciplina semplificata dei requisiti nelle procedure di affidamento di servizi professionali sotto soglia. Il vuoto normativo, evidenziato da autorevole dottrina (cfr. Sanino *I contratti sotto soglia comunitaria in Trattato sui contratti pubblici a cura di Sandulli, De Nictolis, Garofoli Milano, 2008, 2441*) comporta che alle stazioni appaltanti sia lasciata la discrezionalità di determinare i requisiti economico finanziari e tecnico professionali necessari alla partecipazione alle procedure selettive di importo inferiore alla soglia comunitaria in ragione della natura e dell’importo del contratto. Le valutazioni per stabilire i requisiti quindi devono essere condotte dalle amministrazioni tenendo conto del criterio di proporzionalità sopra richiamato, in funzione della natura e dell’importo del contratto. L’unico elemento che il legislatore prevede in maniera esplicita per l’individuazione dei soggetti da includere nell’elenco di cui all’art. 267 del Regolamento sono i curricula dei professionisti. La considerazione delle esperienze pregresse però può essere penalizzante per l’accesso al mercato di giovani non dotati di precedenti esperienze professionali e, in un ambito come quello relativo alle procedure sotto soglia che dovrebbe rappresentare il miglior terreno per formare le nuove leve, la previsione appare ancor più inopportuna. Sul tema ci si limita ad evidenziare la necessità di un uso appropriato da parte delle amministrazioni della discrezionalità che il legislatore loro consente e l’indicazione alle stesse di agire nel rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Occorre inoltre segnalare l’opportunità di rilanciare gli strumenti come i concorsi di progettazione e i concorsi di idee (rispettivamente, artt. 99 e 108 del Regolamento). Nell’ambito di tali forme di

affidamento potrà essere favorita la capacità innovativa e le soluzioni più progredite e d'avanguardia in campi come per esempio l'efficienza energetica e l'architettura ecocompatibile.

Sia per i concorsi di progettazione che per i concorsi di idee è previsto l'affidamento delle fasi successive della progettazione allo stesso professionista vincitore del concorso, il quale, è tenuto a dimostrare i requisiti previsti dalle norme vigenti e dai bandi, ivi compreso il requisito della presenza nel raggruppamento di un giovane professionista ai sensi dell'art. 253, comma 5, sopra richiamato. In questo modo è più facile garantire prestazioni professionali di qualità, pur senza essere in possesso dei requisiti previsti dalle norme in vigore per l'accesso alle fasi successive della progettazione.

Nella Direttiva 2014/24/UE, all'art. 80, in ogni caso, si specifica che l'organizzazione di tali concorsi deve avvenire secondo "*criteri di selezione chiari e non discriminatori*". Il rispetto dei medesimi principi di non discriminazione parità di trattamento e trasparenza è richiesto dal Codice agli art. 101 e 110 per i concorsi sotto soglia. Il principio di proporzionalità richiede, inoltre, che le stazioni appaltanti, nel redigere i bandi di gara, abbiano cura di operare una differenziazione tra i requisiti minimi per la partecipazione che dovranno essere specifici e diversi nelle procedure di affidamento sotto soglia rispetto a quelli previsti dalla normativa per gli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria. Per dar seguito alle indicazioni contenute nell'art. 90, comma 7, e nell'art. 110 ultimo periodo, del Codice, nel caso dei concorsi sotto soglia (che demandano al Regolamento di stabilire le modalità con cui promuovere la presenza di giovani professionisti tra i concorrenti per incarichi affidati tramite concorsi di progettazione e di idee), l'art. 260, comma 6, del Regolamento, prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare in via prioritaria la presenza tra i firmatari della proposta di un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione.

2.4.3. Attività di supporto alla progettazione

Con riferimento alle attività di supporto alla progettazione, come indicato nel documento di consultazione, la "consulenza" di ausilio alla progettazione di opere pubbliche nel quadro normativo nazionale non è contemplata, in quanto derivante dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista. Si rileva, tuttavia, che la nuova Direttiva 24/2014/UE, all'art. 40 relativo alle consultazioni preliminari di mercato, prevede la possibilità per le amministrazioni di avvalersi di consulenze da parte di "esperti", "Autorità", o "partecipanti al mercato" in fase di pianificazione della procedura d'appalto. La norma, che facoltizza le amministrazioni a svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto, va nella direzione di consentire l'attività di ausilio proprio nella specifica fase di pianificazione nella quale non può non ricomprendersi anche la progettazione. In sede di recepimento

della Direttiva e nella prassi applicativa dovranno essere indicati il perimetro e le modalità applicative della norma in un settore, quale quello dei SIA, ove l'elemento della responsabilità del progettista è imprescindibile. Ciò anche al fine del rispetto di quanto previsto dall'art. 40 della Direttiva che stabilisce come l'utilizzo delle consulenze non può avere l'effetto di falsare la concorrenza o comportare la violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione.

2.5. Limite al ribasso di cui all'art. 266 del Regolamento

Altra problematica sottoposta all'attenzione dell'AVCP dagli operatori del settore, anche in sede di Tavolo tecnico, attiene al fenomeno dei ribassi eccessivi nelle procedure di aggiudicazione dei servizi di cui all'art. 252 del Regolamento; fenomeno, questo, spesso collegato all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ed alla disapplicazione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dell'art. 266 del Regolamento contemplante la fissazione nel bando di gara di un limite al ribasso percentuale.

L'argomento appare di preminente interesse nel mercato di riferimento.

L'art. 266, comma 1, lett. c), numero 1), del Regolamento dispone, infatti, che l'offerta del concorrente è costituita da un *“ribasso percentuale unico, definito con le modalità previste dall'art. 262, comma 3, in misura comunque non superiore alla percentuale che deve essere fissata nel bando in relazione alla tipologia dell'intervento”*.

La disposizione contempla, dunque, l'obbligo per la stazione appaltante di fissare nel bando di gara il ribasso massimo consentito, con la chiara finalità di limitare i possibili effetti negativi derivanti da una progettazione di scarsa qualità, quale diretta conseguenza della presentazione di ribassi molto elevati da parte dei concorrenti. È noto, infatti, che la redazione di elaborati progettuali di scarsa qualità può essere causa di notevoli criticità in fase di esecuzione dei lavori, rendendo necessario il ricorso a variazioni del progetto, con conseguente incremento dei costi di costruzione delle opere, e può favorire, altresì, l'insorgere di contenziosi tra imprese e stazioni appaltanti.

La previsione di un limite al ribasso percentuale, di cui all'art. 266 del Regolamento – peraltro non contemplata nel Codice, nemmeno all'art. 83 recante la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa – presenta sul piano applicativo alcune criticità.

In primo luogo, una simile previsione può determinare, in sede di gara, un allineamento delle offerte economiche, convergenti sul limite al ribasso fissato nella *lex specialis*, con conseguente annullamento del confronto concorrenziale sull'offerta nella parte relativa al prezzo. Sulla problematica si noti che, nel censurare delle formule di attribuzione del punteggio economico che hanno come effetto quello di

assegnare un differenziale di punti molto ridotto ad offerte di prezzo assai diverse, il Consiglio di Stato ha varie volte rilevato come tali metodi determinano un illogico appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica², con la conseguenza che il suo valore viene ridotto in modo tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica. Di fatto, la previsione di un tetto al ribasso che i concorrenti possono proporre in gara può determinare quello che può essere chiamato un "*focal point*", ovvero il punto focale del prezzo al quale tutti i concorrenti effettivamente convergono e per il quale si determina, in analogia a quanto rilevato dal Consiglio, un perfetto allineamento delle offerte economiche e il completo spostamento del confronto concorrenziale sull'elemento tecnico.

Si noti, tra l'altro, che il limite appare di scarsa utilità stante l'utilizzo della formula bilineare di cui all'allegato M del Regolamento, con la quale viene a determinarsi un punto di "*flessione*" significativa dei punteggi economici in corrispondenza di ribassi superiori alla media delle offerte (al netto del fattore correttivo X). Tale flessione, benché determinata "endogenamente" dal mercato e non "esogenamente" dalla stazione appaltante, è idonea a scoraggiare offerte eccessivamente basse, proprio nel senso voluto dal legislatore con la disposizione di cui all'art. 266 del Regolamento.

Connessa a tale problematica è poi la possibilità di fissare tale limite percentuale con metodologie e criteri differenti e, quindi, variabili di volta in volta in funzione di decisioni discrezionali della stazione appaltante.

Se da un lato, una simile previsione appare utile per limitare, come sopra evidenziato, le possibili conseguenze negative derivanti dalla formulazione di ribassi molto elevati dai parte dei concorrenti, la stessa può avere come effetto quello di "falsare" l'esito della gara sulla base dell'elemento prezzo. In conclusione, si ritiene che la norma debba essere disapplicata.

3. La forcilla nelle procedure ristrette

L'art. 62, comma 1, del Codice, prevede la possibilità di limitare il numero dei candidati idonei da invitare (c.d. "forcilla"), nel caso dei contratti pubblici di servizi e forniture, limitatamente alle procedure ristrette e negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo. L'art. 62 del Codice prevede, in questo caso, che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara i criteri, oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare per limitare il numero massimo di partecipanti ammessi.

² Cfr. ad esempio, Consiglio di Stato sez. V 18 ottobre 2011, n. 5583, nella quale è stata dichiarata illegittima una formula di valutazione del prezzo contenente un fattore "parabolico".

Nel riprendere la disposizione in proposito, l'art. 265, comma 1, del Regolamento, stabilisce che *“Per le procedure negoziate con pubblicazione di bando di gara e nel dialogo competitivo, nel caso in cui la stazione appaltante si avvale della facoltà di cui all'articolo 62, comma 1, del codice, qualora il numero dei candidati in possesso dei requisiti minimi previsti dal bando di gara risulta superiore a quello massimo fissato nel bando stesso, la scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta viene effettuata per una metà arrotondata per difetto, sulla base dei criteri di cui all'allegato L e per i restanti tramite sorteggio pubblico.”*

Nel disciplinare l'utilizzo della forcella per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, il suddetto comma 1 dell'art. 265 specifica che tale meccanismo può essere utilizzato nelle procedure negoziate con bando e nel dialogo competitivo, omettendo di citare anche le procedure ristrette, espressamente previste dall'art. 62, comma 1, del Codice. Si tratta, evidentemente, di un disallineamento normativo, avuto riguardo anche al fatto che non si rinvengono ragioni per le quali si possa vietare la possibilità di utilizzare la forcella nel caso specifico dei SIA affidati con procedure ristretta.

Si ritiene, pertanto, che il disallineamento normativo dovrebbe essere risolto nel senso di consentire l'applicazione della forcella a tutte le procedure ristrette, quindi anche a quelle eventualmente utilizzate per l'affidamento dei servizi tecnici, nel pieno rispetto dell'art. 62, comma 1, del Codice.

4. L'utilizzo dell'esperienza pregressa in fase di valutazione delle offerte

Come noto, il principio generale che presiede all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa esige la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai concorrenti per partecipare alla gara e criteri oggettivi applicati per la valutazione e la selezione dell'offerta. In altre parole, i requisiti soggettivi dell'offerente attengono ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, mentre l'offerta deve essere valutata alla stregua del proprio contenuto qualitativo, direttamente attinente all'oggetto dell'appalto (art. 83 del Codice) e con la netta esclusione, in questa fase, delle qualità soggettive dei concorrenti.

Occorre, peraltro, dare atto che il Consiglio di Stato, con diverse pronunce, pur ribadendo il principio di separazione di cui sopra, ne ha evidenziato alcuni limiti ed alcune ingiustificate rigidità, con argomentazioni particolarmente adatte agli affidamenti dei servizi di natura professionale.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza del 9 giugno 2008, n. 2770, invitando a non enfatizzare il rischio di commistione tra profili soggettivi ed oggettivi, ha ammesso che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente afferenti all'oggetto del contratto, possano essere valutate per la selezione dell'offerta. Nel caso di specie, relativo ad un appalto-concorso per la progettazione e fornitura di tre complessi edilizi, la previsione di un parametro relativo al “valore

qualitativo dell'impresa" è stata ritenuta inerente all'offerta tecnica e, in particolare, alla specifica attitudine dell'impresa – anche sulla base di esperienze pregresse - a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Tenere distinti profili soggettivi e dati oggettivi *“non significa ignorare che, trattandosi di organizzazioni aziendali, determinate caratteristiche dell'impresa – tanto più quando specifiche rispetto all'oggetto dell'appalto – possano proiettarsi sulla consistenza dell'offerta”* e non attengono, quindi, a *“generiche capacità tecniche del concorrente, già verificate ai fini dell'ammissione alla gara sulla base di criteri diversi”*. In senso analogo, il Consiglio di Stato, sezione V, con sentenza del 12 giugno 2009, n. 3716, nel ribadire che il rischio di commistione debba essere valutato in concreto e non enfatizzato sulla base di formulazioni astratte, ha dichiarato legittima, nel caso di specie, la valutazione della struttura aziendale del concorrente nell'ambito dell'offerta tecnica, in quanto tali caratteristiche dell'offerente si proiettavano inevitabilmente sulla consistenza dell'offerta stessa.

Da ultimo, la sentenza della sezione VI del 18 settembre 2009, n. 5626, ha dato conto dell'esistenza di due filoni giurisprudenziali: un primo che ritiene illegittima ogni commistione tra requisiti di capacità dell'offerente ed elementi propri dell'offerta, in base ad *“una rigida interpretazione lett.le dei principi enunciati in sede comunitaria”* ed un secondo, ritenuto più equilibrato, secondo cui *“purché non vengano menzionati elementi distonici rispetto all'oggetto dell'appalto, ben possono essere presi in considerazione – in sede valutativa del merito dell'offerta – elementi attinenti alle imprese concorrenti che si riverberano, senza incertezze (e purché ad essi non sia attribuito un peso, in termini di punteggio, preponderante) sulla qualità del servizio oggetto della procedura evidenziale”*.

Si ritiene che questa seconda opzione ermeneutica sia particolarmente adatta agli appalti dei servizi di progettazione nei quali il “valore qualitativo del concorrente” e le esperienze pregresse si riverberano inevitabilmente sul contenuto e l'affidabilità dell'offerta progettuale.

La giurisprudenza citata evidenzia, altresì, che la previsione nei bandi di gara di parametri soggettivi dei concorrenti strettamente attinenti al merito valutativo dell'offerta non lede affatto la *ratio* del principio di separazione enunciato, che risiede nell'intento di evitare possibili discriminazioni all'accesso alle gare (ciò avverrebbe, viceversa, nel caso in cui fosse attribuito un punteggio all'offerta tecnica in base al mero dato quantitativo del fatturato pregresso). Al contrario, la previsione di tali parametri valutativi rafforzerebbe il citato principio comunitario, non andando ad incidere sui requisiti di accesso alle gare ed evitando, così, una *“ingiustificabile moltiplicazione dei requisiti qualificativi idonea a restringere la platea dei possibili concorrenti”* (Consiglio di Stato, sezione VI, 18 settembre 2009, n. 5626).

In tal senso si esprime anche la nuova direttiva appalti 2014/24 che, al considerando 94, ammette espressamente tale possibilità, riconoscendo che in taluni casi l'esperienza pregressa ha una diretta influenza sull'offerta. L'orientamento è poi confermato dall'art. 67, comma 2, lett. b), della medesima direttiva che prevede tra i criteri da utilizzare l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale

incaricato di eseguire l'appalto, *“qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”*.

In sostanza, si deve concludere che eventuali criteri di valutazione tecnica connessi all'esperienza, nel caso dei SIA, sono di regola ammissibili, purché abbiano un'influenza diretta sull'offerta e siano connessi all'oggetto della prestazione.

5. Affidamenti di importo inferiore a 100.000

Con riferimento ai contratti di importo inferiore a 100.000, l'art. 267, comma 8, prevede che *“per l'affidamento del servizio specifico, la selezione, dall'elenco o tramite indagine di mercato, tra gli operatori economici in possesso dei requisiti, dei cinque o più soggetti cui rivolgere l'invito, può essere effettuata dalle stazioni appaltanti attraverso modalità di scelta, quali ad esempio il sorteggio.”*

Sul punto, tuttavia, si evidenzia che il criterio del sorteggio, proprio per l'alea della decisione, non premia la selezione dei migliori progettisti e porrebbe non rispettare pienamente quanto previsto dal considerando 93 della Direttiva 2014/24, che suggerisce di evitare il sorteggio per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Si dovrebbero quindi individuare criteri oggettivi, alternativi al sorteggio, comunque rispettosi dei principi del Trattato, ed in particolare non discriminatori, trasparenti e proporzionali.

In relazione al sorteggio è, inoltre, da rilevare come siano pervenute segnalazioni che, ai fini della trasparenza, hanno evidenziato l'esigenza di sorteggio “pubblico”. Tuttavia un sorteggio pubblico dei nominativi dei soggetti interessati contrasterebbe con il principio di tutelare l'elenco degli invitati alla procedura negoziata fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (art. 13, commi 2, 3 e 4 del Codice). Al riguardo, ove si operi con il sorteggio, le esigenze di trasparenza e di tutela dei nominativi possono essere temperate mediante un sorteggio pubblico con riferimenti anonimi, quali i protocolli di acquisizione della richiesta di partecipazione, ma successivamente verificabili con un eventuale accesso agli atti da parte dei soggetti interessati una volta scaduto il termine di ricezione delle offerte.