



CNA
PPC



CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI ARCHITETTI
PIANIFICATORI
PAESAGGISTI
E CONSERVATORI

Dipartimento Lavori Pubblici e Concorsi
Presidente: Arch. Salvatore La Mendola

PARERI CNAPPC IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI

*Pareri espressi
dal Dipartimento Lavori Pubblici e Concorsi
del Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori
in risposta a quesiti pervenuti da Ordini, Federazioni
o stazioni appaltanti, ecc.*

CNAPPC - Dipartimento Lavori Pubblici e Concorsi

lavoripubblici.cnappc@archiworld.it

concorsi.cnappc@archiworld.it

consulenzalavoripubblici.cnappc@archiworld.it

*Presidente: **Rino La Mendola***

*Consulenza Tecnica: **Accursio Pippo Oliveri***

*Consulenza Legale: **Marco Antonucci***

*Segreteria: **Raffaele Greco***

N.B. - per **Codice** si intende il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)

- per **Regolamento** si intende il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006)

- per **ANAC** si intende l'Autorità Nazionale Anticorruzione (fino al 2014 **AVCP**, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture)

QUESITO	PAROLA CHIAVE: ARGOMENTI	PARERE
---------	-----------------------------	--------

01/10/2015 Ordine Udine	■ Affidamento incarico	21/12/2015 – CNAPPC
<p>Si invia, allegata alla presente, la circolare della Regione Friuli Venezia Giulia, prot. n. 0022278/P del 7 agosto 2015, recante prescrizioni vincolanti per i lavori e gli affidamenti dei servizi tecnici attinenti all'architettura e all'ingegneria, finanziati con fondi regionali.</p>	<p>DM 143/2013</p> <p>ANAC, determinazione n. 4/2015</p> <p>Principio di trasparenza</p> <p>Principio di rotazione</p>	<p>Dall'esame del documento pervenuto, non può non evidenziarsi preliminarmente come la sua stesura sia il frutto della collaborazione con soggetti istituzionali (ANCE, CONFAPI, CONFARTIGIANATO, Organizzazioni sindacali, ANCI), apportatori dell'esperienza degli operatori economici direttamente coinvolti nel processo di realizzazione dei lavori pubblici.</p> <p>Considerato che il documento è espressamente riferito anche ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, non è comprensibile il mancato coinvolgimento degli Ordini professionali, che avrebbero potuto offrire sul tema un proficuo contributo.</p> <p>Entrando nel merito della circolare, pur ritenendo apprezzabili tutte le considerazioni riportate in premessa, non può non rilevarsi la violazione sia del principio di non discriminazione, che del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice e dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti (peraltro, in qualche modo, richiamate nel medesimo documento).</p> <p>Suscita perplessità, pertanto, quanto affermato circa il carattere di tali prescrizioni, da intendersi "come contenuti vincolanti ma minimi del rispetto dei principi e della disciplina della vigente normativa nazionale e regionale in materia".</p> <p>Limitando il presente esame ai soli contenuti riguardanti i servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, correttamente la circolare specifica che:</p> <ul style="list-style-type: none"> • la quantificazione dell'importo posto a base di gara deve essere compiuta con l'applicazione dei criteri fissati dal decreto del Ministero della Giustizia del 31 ottobre 2013, n. 143 (Regolamento recante determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria); • come precisato dall'ANAC, con la Determinazione n. 4 del 25 febbraio 2015, a garanzia della trasparenza, è obbligatorio riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara (art. 264, comma 1, lettera d, del Regolamento); • l'applicazione del decreto del Presidente della Regione 20 dicembre 2005, n. 0453/Pres. (Determinazione aliquote spese di progettazione, generali e di collaudo) non costituisce titolo per la quantificazione dei costi da porre a base di gara negli affidamenti di servizi tecnici, ma esclusivamente elemento di quantificazione delle spese tecniche ammissibili a contributo, ai sensi di quanto disposto dall'art. 56 della legge regionale 14/2002. <p>1. Affidamenti di incarichi fino a Euro 40.000 La circolare indica come obbligatorio, per le stazioni appaltanti, l'affidamento diretto "ad un unico operatore economico qualificato" quando l'importo stimato del corrispettivo sia inferiore a 40.000 euro. Si rappresenta che ciò collide con la disposizione del comma 10 dell'art. 267 del Regolamento, <u>che prevede l'incarico diretto come facoltà e non come obbligo</u>, rimanendo ferma la possibilità, per la stazione appaltante, di affidare il servizio con le procedure previste per importi stimati superiori.</p> <p>2. Affidamenti di incarichi per importi inferiori a Euro 100.000 La circolare indica come obbligatorio, per le stazioni appaltanti, l'affidamento previo esperimento di procedura negoziata per servizi di importo stimato inferiore a 100.000 euro. Anche in questo caso, la disposizione collide con il comma 2 dell'art. 91 del Codice, che prevede il ricorso a tale procedura come facoltà e non come obbligo, rimanendo ferma la possibilità, per la stazione appaltante, di affidare il servizio con le procedure previste per importi stimati superiori.</p> <p>Nessun rilievo può essere mosso al modello proposto per il rispetto del principio di trasparenza. La stazione appaltante, infatti, rispetta il <u>principio di trasparenza</u> allorché procede, all'inizio dell'anno, alla pubblicazione sulla GUCE dell'avviso di preinformazione, cumulativamente, per tutte le procedure della medesima fattispecie che intende compiere, oppure singolarmente, nel corso dell'anno, con un preavviso rispetto alla singola procedura, di almeno di 15 giorni.</p> <p>Presentano invece non pochi profili di illegittimità le indicazioni della circolare per il rispetto del <u>principio di</u></p>

	<p>AVCP, comunicato Presidente 20/10/2010</p> <p>Principio di proporzionalità</p>	<p><u>rotazione</u>. In particolare, sebbene, nel rispetto della normativa vigente, la circolare precisi che “il numero minimo di operatori economici da invitare non deve essere inferiore a 5”, non possono essere condivisi i criteri generali di selezione indicati nella circolare, nel caso in cui le richieste risultino di numero maggiore a 5. In tal caso, infatti, la stazione appaltante seleziona gli operatori economici da invitare secondo i seguenti criteri generali di scelta:</p> <ul style="list-style-type: none"> A. idoneità operativa rispetto al luogo di esecuzione dei lavori; B. precedenti esperienze contrattuali maturate in un congruo arco temporale con la stazione appaltante sulla base di elementi riferibili, a titolo esemplificativo, alla qualità della prestazione valutata nel tempo, al sistematico atteggiamento di collaborazione con la stazione appaltante, alla correttezza degli adempimenti contrattuali, alla valutazione dei contenziosi instaurati; C. manifestazioni di interesse e richieste di partecipazione alle procedure indette dalla stazione appaltante; D. specializzazione del professionista nella progettazione/direzione lavori/coordinamento della sicurezza di lavori analoghi a quelli in gara. <p>I criteri di cui alle lettere A., B. e C. non solo non appaiono in linea con le disposizioni dell’art. 267 del Regolamento, ma risultano in contrasto con i principi fondamentali del Codice, peraltro richiamati dal comma 2 del medesimo art. 267, comma 2.</p> <p>Si ricordi, in tal senso, il comunicato del Presidente dell’AVCP del 20 ottobre 2010, di cui si riporta un estratto: <i>“... In particolare, si è potuto constatare l’inserimento in detti bandi, di clausole contemplanti condizioni di partecipazione alle gare, modalità di valutazione dell’offerta e di esecuzione dei relativi contratti, volte a riconoscere preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento (es. richiesta della sede legale nel territorio quale requisito di accesso, svolgimento di servizi/esperienze nel territorio stesso ai fini della valutazione dell’offerta con assegnazione di maggior punteggio). Tale prassi è stata più volte censurata da questa Autorità (ex multis deliberazioni n. 45/2010, n. 43/2009, n. 245/2007, n. 314/2007, parere n. 83/2008), ad avviso della quale i bandi di gara non possono stabilire limitazioni di carattere territoriale ai fini della partecipazione a gare pubbliche e dell’esecuzione dei relativi contratti, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio (è evidentemente, infatti, che anche imprese aventi sede ed organizzazione al di fuori del territorio interessato ben possono avere i requisiti tecnico-organizzativi necessari per assicurare un’efficiente esecuzione degli appalti). Quanto sopra, anche nel caso in cui le clausole in argomento trovino conferma in disposizioni normative regionali le quali, ove contemplanti previsioni discriminatorie nel senso indicato, devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro (cfr. Corte Cost., sentenza 22 dicembre 2006 n. 440). Alla luce di quanto sopra, i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese. Simili clausole rappresentano, infatti, una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti ratione loci. Detti principi trovano applicazione sia per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia per quelli di valore inferiore, stante il rinvio dell’art. 121 del Codice alla Parte I del medesimo e, dunque, all’art. 2 sopra richiamato...”</i></p> <p>La circolare in esame contrasta peraltro con il <u>principio di proporzionalità</u>, di cui all’art. 5 del Trattato sull’Unione Europea, il quale costituisce un principio generale dell’ordinamento e implica che lo Stato membro debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minore sacrificio possibile per gli interessi compresenti; ... si risolve, dunque, nell’affermazione per cui l’autorità non può imporre, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, in misura superiore a quanto strettamente necessario nel pubblico interesse (cfr. ex multis Corte di Giustizia CE, sentenza Placanica, 6 marzo 2007, in cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04).</p> <p>La sovraordinazione del Trattato UE rispetto a una circolare regionale impone un preventivo giudizio fondato su tre criteri: idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta.</p> <p>L’idoneità esprime il rapporto tra i mezzi impiegati ed il fine che si vuole perseguire; sulla base di tale criterio vanno scartate tutte le misure che non sono in grado di realizzare il fine.</p> <p>La necessità rappresenta la conformità dell’azione amministrativa alla regola del mezzo più mite e cioè l’obbligo di mettere a confronto le misure ritenute idonee e orientare la scelta sulla soluzione comportante il raggiungimento dell’obiettivo, attraverso il minimo sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento.</p> <p>L’adeguatezza, invece, è strettamente collegata alla necessità e si pone come vincolo quantitativo della scelta e “misuratore” del grado di soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela, in particolare, degli interessi deboli per quanto riguarda l’aspetto del giusto equilibrio in sede di bilanciamento.</p> <p>Il 2° considerando della Direttiva 2004/18/CE, ed anche il 1° considerando della Direttiva 2014/24/CE, ancorché non recepito nell’ordinamento interno, richiamano il canone della proporzionalità, quale derivato della</p>
--	---	---

		<p>libertà di circolazione delle merci, dei servizi e della libertà di stabilimento, tra i principi presiedenti l'aggiudicazione degli appalti all'interno degli stati membri.</p> <p>Il canone della proporzionalità va dunque rispettato negli atti posti in essere all'interno degli stati membri al fine di garantire la libertà di circolazione delle merci, dei servizi e della libertà di stabilimento. Vanno dunque applicati, al caso in specie, i parametri della idoneità e della necessità, rispetto all'obiettivo di realizzazione del mercato interno e di tutela generale della concorrenza (cfr. Corte di Giustizia CE, 17 ottobre 1995, C-44/94, The Queen C. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, Racc., 1995, p. I-3115, punti 56-59).</p> <p>I sopra richiamati riferimenti normativi ed orientamenti dell'ANAC/AVCP, della normativa comunitaria e della giurisprudenza confermano che i criteri di selezione previsti dalla circolare in questione, per gli affidamenti dei S.A.I. di importo stimato inferiore a 100.000 euro, sono illegittimi in quanto, limitando l'accesso al mercato di professionisti di altre Regioni, violano i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità.</p> <p>3. Affidamenti di incarichi per importi superiori a Euro 100.000</p> <p>Nulla da osservare per tale tipologia di incarichi; essendosi limitato l'estensore della circolare a rinviare "a quanto chiarito dalla citata Determinazione n. 4/2015 da parte dell'ANAC in materia di:</p> <ul style="list-style-type: none">a) fatturato globale per servizi;b) avvenuto espletamento di servizi;c) avvenuto svolgimento dei servizi di punta;d) numero medio annuo del personale." <p>E' noto infatti che l'orientamento della citata Determinazione ANAC sia volto ad un deciso contenimento della richiesta di tali requisiti (si veda in proposito la circolare CNAPPC n. 46, prot. n. 1730 del 9 aprile 2015).</p> <p>Il presente parere viene redatto quale supporto ad una auspicabile interlocuzione degli Ordini in indirizzo con l'Amministrazione Regionale, affinché questa ritiri in autotutela la circolare in oggetto, al fine di una sua rielaborazione che superi le anomalie riscontrate.</p>
--	--	---