



UPREC-PRE-732-2023-S-PREC DIR

DEL 13 Ottobre 2023

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso presentata da OICE - Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara "R.A. 05. 'Scalo Sicignano – Potenza - Corridoio stradale Salerno-Potenza-Bari con estensione direttrice Basentana: R.A. 05 e SS 407 - Lavori di riqualificazione dell'itinerario - 1° stralcio - R.A. 05 – Servizi per l'esecuzione del Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione – Importo a base di gara: euro 174.115,00 - S.A.: ANAS S.p.A. - Struttura Territoriale Basilicata

Parere di precontenzioso reso con procedura semplificata e motivazione sintetica

Riferimenti normativi

Articolo 108, comma 2, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

appalto pubblico – servizi – servizi di ingegneria e architettura – importo superiore a 140.000,00 euro - criterio di aggiudicazione – offerta economicamente più vantaggiosa – obbligatorietà – sussiste

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 77131 del 20 settembre 2023, con cui OICE, Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica, ha contestato gli atti della procedura di gara in oggetto nella parte in cui prevedono il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

RILEVATO che, secondo l'istante, tale previsione si porrebbe in contrasto con l'art. 108, comma 2 del D.lgs. n. 36/2023, a mente del quale i servizi di ingegneria e architettura di importo superiore a 140.000 euro – quale quello di specie, di importo pari a euro 174.115,00 - devono obbligatoriamente essere aggiudicati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né potrebbe assumere rilevanza quanto affermato dalla stazione appaltante, nella risposta alla richiesta di chiarimenti avanzata dall'istante, secondo cui l'applicazione del minor prezzo sarebbe giustificata dalle caratteristiche standardizzate dell'appalto e dunque in applicazione del comma 3 del citato art. 108. Tale disposizione, infatti, costituisce una norma generale destinata a cedere di fronte alla norma di carattere speciale dettata con specifico riferimento ai servizi di ingegneria e architettura;



VISTA la nota prot. n. 82653 del 29 settembre 2023 con cui si chiedevano chiarimenti all'istante circa la sua legittimazione alla presentazione dell'istanza di precontenzioso ai sensi dell'art. 3, comma 2, del Regolamento di precontenzioso approvato con delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e il riscontro dell'OICE acquisito al prot. n. 84773 del 4 ottobre 2023;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 86932 del 9 ottobre 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 89022 dell'11 ottobre 2022 con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che la procedura di gara in oggetto è giunta all'apertura delle offerte economiche e alla formazione della graduatoria, in applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale. Nel merito della questione sollevata dall'OICE, l'ANAS Basilicata ha insistito sulla standardizzazione del servizio oggetto di gara e, dunque, sull'applicabilità del criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 108, comma 3, del Codice;

RITENUTO che sulla questione possa decidersi ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2 del Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 267 del 20 giugno 2023;

RITENUTO, in via preliminare, di dover svolgere talune brevi considerazioni sulla legittimazione dell'OICE a contestare il criterio di aggiudicazione prescelto dalla Stazione appaltante per l'affidamento del servizio in oggetto. Nessun dubbio, infatti, è stato mai sollevato con riferimento alle istanze di precontenzioso presentate dall'OICE e dirette a contestare l'iter logico giuridico condotto dalla Stazione appaltante per la determinazione della base d'asta (in particolare in caso di prezzo inferiore alle tariffe ministeriali), trattandosi di questione sulla quale l'interesse della categoria è sicuramente omogeneo. Diversamente, occorre dare atto che, almeno *prima facie*, l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione in luogo di un altro non sembra costituire questione d'interesse comune agli appartenenti alla categoria. Sul punto si richiama il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 677/2013 (Numero affare 3932/2011) in cui è stata rilevata l'assenza della legittimazione dell'Associazione Nazionale Società di Emissione Buoni Pasto - A.N.S.E.B. a contestare le previsioni regolamentari (artt. 285 e 358 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) nella misura in cui premierebbero, in maniera ritenuta sproporzionata ed eccessiva, l'aspetto economico rispetto ad altri possibili criteri di valutazione. *Si legge nel citato parere che "È evidente, infatti, che la disciplina regolamentare contestata, proprio nella misura in cui attribuisce un peso particolare all'aspetto economico (il prezzo dei buoni pasto) possa, da un lato, pregiudicare gli interessi di alcune imprese (quelle che non puntano sul prezzo ma su altri elementi competitivi), ma, al tempo stesso, senz'altro avvantaggiare quelle imprese, che, invece, puntano sul prezzo e che, proprio grazie alla nuova disciplina introdotta dal regolamento impugnato, potrebbero aggiudicarsi gare che altrimenti non avrebbero possibilità di vincere...manca, in definitiva, il requisito dell'omogeneità dell'interesse fatto valere, perché le disposizioni regolamentari impuginate non creano una lesione omogenea e indifferenziata, ma ledono alcuni a vantaggio di altri, il che esclude ogni legittimazione dell'ente esponenziale".* Nonostante il pronunciamento richiamato farebbe propendere per la inammissibilità dell'istanza di precontenzioso, la legittimazione dell'OICE alla contestazione del criterio di aggiudicazione prescelto dall'ANAS è stata ravvisata nella circostanza che l'art. 6 dello Statuto dell'Associazione stabilisce che "Possono aderire all'OICE, come Associati effettivi, le organizzazioni italiane di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica, o analoghe organizzazioni straniere che svolgano attività in Italia, aventi capacità operativa autonoma, dotate di mezzi e strutture adeguati e di competenze professionali e tecniche idonee a rendere a terzi, in forma indipendente ed a condizioni economiche riconosciute come remunerative dalle condizioni di mercato, servizi tecnici e professionali



resi anche in forma integrata con altre attività di **produzione di beni e servizi**", dunque **organizzazioni**, di medie e grandi dimensioni, aventi una specifica competenza ed esperienza professionale nello svolgimento di servizi di ingegneria e architettura e, per tale motivo, interessate alla valorizzazione e alla competizione su aspetti qualitativi e non meramente **quantitativi dell'offerta**;

CONSIDERATO, nel merito della questione sollevata con l'istanza, che risulta condivisibile la ricostruzione operata dall'istante in merito ai rapporti tra l'art. 108, comma 2 e l'art. 108, comma 3 del d.lgs. 36/2023. Invero, l'art. 108, comma 2, lett. b) del Codice stabilisce che sono aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro. **E' stato, quindi, previsto dal legislatore un vincolo nel criterio di aggiudicazione da adottare per gli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura superiori a certe soglie.** L'art. 108, comma 3, del Codice riconosce, invece, alle Stazioni appaltanti la facoltà di utilizzare il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1.:

CONSIDERATO, peraltro, che non appare possibile riconoscere ai servizi di ingegneria ed, in particolare, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, la natura di servizio standardizzato. Nelle Linee guida n. 2, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 aggiornate al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, è stato chiarito che "per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali... In sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi, in termini di qualità, sono ridotti, in quanto la stazione appaltante predispose il progetto esecutivo per i lavori (e non necessita di un rilancio competitivo su aspetti e caratteristiche che vengono compiutamente definiti ex ante nel progetto posto a base di gara) o la stessa ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi";**

CONSIDERATO che la ripetitività e standardizzazione costituiscono attributi che mal si conciliano con le prestazioni di servizi di ingegneria e architettura atteso che, come rilevato dalla giurisprudenza, la loro ingegnerizzazione "comprende attività che richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate" (cfr. TAR Lombardia – Milano, 26 agosto 2019, n. 1919; TAR Bari, 21 novembre 2020, n. 1482). Peraltro, occorre constatare che, contrariamente a quanto affermato dalla Stazione appaltante, anche in relazione **all'affidamento del servizio di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione** appaiono certamente individuabili criteri di valutazione (ad es. le caratteristiche e modalità di espletamento del servizio, i tempi



e la frequenza di presenza del coordinatore sul cantiere, i rapporti con la Stazione appaltante e la Direzione Lavori ecc.) Idonei a rendere un'offerta preferibile ad un'altra;

Si ritiene, per le ragioni sopra esposte, che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per l'affidamento del servizio in oggetto non sia conforme alla normativa di settore.

*Il Dirigente
Dell'Ufficio*

Adolfo Candia