

TRADIZIONE E INNOVAZIONE NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

10 FEBBRAIO 2017

BRESCIA

AUDITORIUM DI SANTA GIULIA, VIA PIAMARTA 4

I Servizi di architettura e ingegneria

Relazione a cura di Battista Bosetti

Premessa. [1]

- 1. La qualificazione giuridica degli operatori affidatari dei servizi tecnici**
 - 2. Le tariffe (ovvero il balletto delle tariffe)**
 - 3. L'affidamento e il calcolo della soglia**
 - 3.1. Le modalità di affidamento e il calcolo della soglia
 - 3.2. L'affidamento di incarichi di importo da 40.000 euro a 100.000 euro
 - 3.3. L'affidamento di incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro
 - 3.4. I requisiti per le gare di importo pari o superiore a 100.000 euro
 - 3.5. Profili critici dei requisiti relativi ai servizi svolti
 - 3.6. Profili critici dei requisiti in caso di concorrente in raggruppamento
 - 4. Il criterio dell'offerta**
 - 4.1. Gli elementi di valutazione
 - 4.2. Profili critici dell'offerta tecnica
 - 5. Schema del flusso di gara con il criterio dell'offerta qualità/prezzo**
- Appendice. Ultim'ora: la proposta di primo decreto correttivo** [2]

¹ Si chiede scusa in anticipo di errori nel testo che, per ragioni di tempo, non è stato sottoposto al drafting.

² Immediatamente dopo la conclusione del seminario si è reso disponibile il testo provvisorio del primo decreto correttivo che in base alla legge delega dovrà essere approvato entro il 18 aprile 2017 (testo molto provvisorio, non essendo ancora transitato nel Consiglio di ministri e non avendo ottenuto alcuno dei pareri obbligatori). Si è preferito lasciare invariata questa relazione posta alla base dell'intervento orale, mentre il suo eventuale aggiornamento, in funzione delle possibili innovazioni che potrebbero essere introdotte con il primo decreto correttivo, è stato aggiunto in appendice con il titolo "Ultim'ora".

Premessa: Codice e linee guida tra grida manzoniane e pratica operativa

Pare utile sgombrare il campo da una prima questione: l'affidamento mediante concorso di idee o concorso di progettazione (articoli 152 e 156 del Codice) e l'affidamento mediante gara d'appalto dei servizi tecnici (articolo 157) delle attività di cui all'articolo 3, lettera vvvv). [3]

Rispetto al codice abrogato dove era espressa una preferenza, seppure accentuata, per i concorsi, il nuovo Codice, in modo molto più drastico, impone i concorsi (fatti salvi gli affidamenti interni) per tutti gli interventi «*di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico*», così l'articolo 23, comma 2. Solo per lavori che sfuggono a tali condizioni è possibile l'affidamento con gara di progettazione, così l'articolo 157, comma 1. [4]

In disparte l'elevata aleatorietà della definizione di "particolare rilevanza" che, ancorché rimessa alla valutazione tecnico-discrezionale della stazione appaltante, potrebbe essere censurata in caso di restrizione palesemente illogica del relativo perimetro, la questione "concorsi", non sembra meritare eccessivo spazio in questa sede. Da una parte perché nel 90% delle opere abbiamo a che fare con strade, scuole nuove o da ristrutturare, caserme, fognature, acquedotti, risanamenti del suolo o con le mitiche rotatorie; non tutte le opere sono Nuvole di Fuksas, ponti di Calatrava o interventi simili, dove peraltro il risultato finale è stato quantomeno problematico. Ma soprattutto perché l'esperienza storica dei concorsi è a dir poco deludente e non potrà che perpetuarsi fino a quando non sarà introdotto un qualche vincolo di *budget*: è inutile aggiudicare un concorso ad un progetto bellissimo se la sua realizzazione comporta risorse pari a un multiplo di quelle disponibili. Tanto che la stragrande maggioranza dei concorsi normalmente abortisce o, se ne viene attuato il risultato, diventano un'idrovora di risorse.

Il pregio che contraddistingue (che dovrebbe contraddistinguere) i concorsi, è la possibilità di acquisire idee innovative con la partecipazione di giovani che, in virtù dell'anonimato degli elaborati, possono emergere senza particolari ostacoli di organizzazione e senza soggezione rispetto a professionisti affermati. Ma le cause negative citate in precedenza ne frustrano l'utilizzo e pare pertanto utile, in questa sede, trattare solo degli affidamenti secondo le modalità ordinarie.

Non può essere tuttavia sottaciuta la novità che l'attivazione di una gara di progettazione ordinaria ai sensi dell'articolo 157 presuppone una motivazione, quantomeno sintetica, del perché l'intervento può essere sottratto alla procedura dei concorsi di cui agli articoli 152 e 156. Questa è solo la prima delle tante scelte che deve fare la Stazione appaltante, o meglio il RUP. Alla conclusione del presente lavoro, il RUP e gli altri operatori coinvolti potranno affidarsi a quella che il compianto Umberto Eco ha definito pilocatabasi.

³ *Prima o poi si accorgeranno che le lettere dell'alfabeto sono 26; conosciamo la buona tecnica normativa (peraltro violata sistematicamente dal legislatore in tante occasioni) secondo la quale la numerazione deve essere subordinata gerarchicamente all'elencazione in lettere; tuttavia non sembrava difficile organizzare in lettere i gruppi omogenei di definizioni e poi disporre le singole definizioni in elenchi numerici.*

⁴ *Che, nella migliore tradizione di disomogeneità tra rubrica e contenuto, è posto sotto il Capo IV "Concorsi di progettazione e di idee" anche se l'articolo 157 tratta degli incarichi alternativi ai predetti concorsi.*

1. La qualificazione giuridica degli operatori affidatari dei servizi tecnici

Tanto per non farci mancare niente, il primo aspetto problematico è relativo alla qualificazione giuridica degli operatori economici potenziali affidatari dei servizi tecnici, ovvero ciò che con una terminologia equivoca l'articolo 24, comma 2, del Codice e la relativa norma attuativa adottata con decreto del MIT 2 dicembre 2016, n. 263, [5] si definiscono «*i requisiti che devono possedere i soggetti affidatari dei servizi tecnici*», e che influisce anche sulle Linee guida n. 1 di ANAC.

Come noto l'articolo 46, comma 1, del Codice, seppure con una certa confusione espositiva, individua gli operatori economici affidatari dei servizi tecnici senza discostarsi dall'articolo 90, comma 1, del codice abrogato, come segue:

- a) professionisti singoli (comunemente studi individuali) e professionisti associati (comunemente studi associati), questi ultimi nella forma di cui alla legge n. 1815 del 1939 (legge abrogata dall'articolo 10, comma 11, della legge n. 183 del 2011, ma fatti salvi dal comma 9 della stessa norma);
- b) società di professionisti, costituite **esclusivamente** tra professionisti iscritti negli appositi, nelle forme delle società di persone o di società cooperativa;
- c) società di ingegneria, cioè società di capitali o società cooperative;
- d) prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i pertinenti codici CPV stabiliti in altri Stati membri;
- e) raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d); in realtà non si tratta di “operatori economici” in senso stretto, ma di “aggregazioni di operatori economici” che agiscono unitariamente in veste di candidato o offerente;
- f) consorzi stabili di società di cui alle lettere b) e c), anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati.

A proposito delle società, il decreto del MIT, con l'ormai usuale metodo del “copia e incolla” riproduce l'articolo 90, comma 2, lettere a) e b), del Codice abrogato e gli articoli 254 e 255 del Regolamento generale, che nell'occasione vengono abrogati. Non è fatto cenno al d.m. giustizia n. 34 del 2013 che, in attuazione dell'articolo 10, comma 10, della legge n. 183, del 2011, prevede forme societarie organizzate diversamente, solo in parte sovrapponibili con le prime.

A chi giustamente si annoia parlando di questa materia, le differenze tra le due fattispecie potranno sembrare risibili, ma così non è, basti pensare:

- alla diversa individuazione delle persone fisiche alle quali devono essere ricondotte (e verificate nei casi previsti) le cause di esclusione di cui all'articolo 80, comma 1 [6] o, in caso di aggiudicazione, di cui agli articoli 67, 84 e 85 del decreto legislativo n. 159 del 2012;
- alle diverse responsabilità di sottoscrizione del contratto e degli atti progettuali;
- all'individuazione delle persone fisiche che devono adempiere a prestazioni professionali personali non delegabili (il direttore dei lavori, il coordinatore per la sicurezza) o che comportano responsabilità riconducibili alle persone fisiche (il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo).

⁵ Ha ottenuto il parere del Consiglio di Stato il 3 novembre 2016, n. 2285.

⁶ A maggior ragione dopo che l'incomprensibile articolo 80, comma 3, del Codice, è stato interpretato da ANAC, con comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016, come riferito anche ai componenti del collegio sindacale, dell'organismo di vigilanza ex decreto legislativo n. 231 del 2001 e, ai fini dell'articolo 80, comma 2, anche ai loro conviventi, secondo lo schema classico della semplificazione “al contrario”.

Siamo solo alla fase iniziale del processo di scelta del contraente e il RUP, già depresso di suo, nell'impostare la gara deve scegliere se gli operatori ammissibili debbano restare nel perimetro del Codice (e del successivo decreto ministeriale) oppure possa, o debba, ricorrere al principio scolpito nel diritto comunitario, del divieto di discriminazione degli operatori economici sulla base della loro forma giuridica, ammettendo anche le società previste dal d.m. n. 34 del 2013, totalmente ignorate dal Codice, dal decreto del MIT e dalle linee guida n. 1 di ANAC. Che dire, cominciamo bene, il RUP è da subito chiamato ad una scelta per la quale potrebbe non essere sufficientemente attrezzato.

Tra piazzale di Porta Pia e via Arenula ci sono solo 40 minuti a piedi oppure 15 con la macchina di servizio senza sirena e senza lampeggiante, non parrebbe così difficile mettersi d'accordo.

Le differenze tra le due discipline possono essere così riepilogate (definite SDP e SDI le società previste dal Codice, rispettivamente di professionisti e di ingegneria):

	<i>Codice dei contratti e d.m. n. 263 del 2016</i>		<i>d.m. n. 34 del 2013</i>
	<i>SDP</i>	<i>SDI</i>	
Soci professionisti	100%	da 0 a 100%	=> 2/3
Soci non professionisti	vietati	da 0 a 100%	<= 1/3
Quota del capitale soci professionisti	---	da 0 a 100%	=> 2/3
Quota del capitale soci non professionisti	---	da 0 a 100%	<= 1/3
Direttore tecnico con 10 anni di iscrizione	NO	SI	NO
Scelta del professionista che esegue l'incarico	NO (i)		SI
Obbligo di iscrizione all'ANAC	SI		non previsto
Obbligo di iscrizione a CCIAA	SI		SI (ii)
Multidisciplinarietà	tollerata (iii)		SI
Obbligo di assicurazione professionale	in caso di aggiudicazione		SI
Divieto di partecipare a più società	non previsto (iv)		SI
Iscrizione della società agli Ordini	NO (v)		SI (vi)
Iscrizione della società alle Casse	NO	SI (vii)	SI

(i) *i professionisti utilizzati devono comunque essere indicati nominativamente*

(ii) *nella sezione speciale degli ... avvocati*

(iii) *nel senso che non è prevista ma nemmeno è vietata, quindi è ammissibile*

(iv) *fermo restando il divieto di partecipazione disgiunta di singoli soci alla medesima gara*

(v) *iscrizione dei singoli soci professionisti (come per le associazioni professionali)*

(vi) *all'Ordine di pertinenza dell'attività prevalente in caso di società multiprofessionale*

(vii) *ai fini del contributo integrativo (il contributo soggettivo è in capo ai singoli soci).*

2. Le tariffe (ovvero il balletto delle tariffe)

Non è bello parlare di corda in casa dell'impiccato, ma pare che non si riesca ad accettare l'avvenuta abrogazione dell'obbligatorietà delle tariffe minime, malgrado siano passati undici anni del cosiddetto decreto Bersani. È vero che periodicamente emerge qualcuno che ne invoca la reintroduzione, da ultimo l'attuale presidente della Commissione lavoro della Camera dei deputati, già non indimenticabile Ministro del lavoro, ma sembra inevitabilmente una battaglia di retroguardia. [7] Alla faccia della stabilità normativa oggi coesistono ben 5 tariffe ufficiali:

- la legge n. 143 del 1949 (tutt'ora applicabile ai privati ma che rileva pesantemente nei contratti pubblici per quanto riguarda i requisiti dei quali si dirà nel seguito);
- il d.m. 4 aprile 2001 (articolato come la legge n. 143/1949);
- il d.m. n. 140 del 2012 (per le liquidazioni in sede giudiziaria, che possiamo trascurare);
- il d.m. n. 143 del 2013 (attuativo del codice abrogato);
- il d.m. 17 giugno 2016 (o "decreto tariffe", attuativo dell'articolo 24, comma 8, del Codice, da aggiornare ex articolo 1, comma 4 dello stesso decreto).

Seppure nessuna delle tariffe previgenti è mai stata formalmente abrogata, si potrebbe sostenere che ogni provvedimento successivo abroga tacitamente quello precedente (almeno per le parti incompatibili) sennonché:

- la nomenclatura dell'art. 14 della legge n. 143 del 1949 è ancora oggi necessaria per individuare i requisiti relativi alle prestazioni anteriori al 21 dicembre 2013;
- le linee guida n. 1 di ANAC (Capo III, paragrafi 2.2 e 2.3) affermano che l'applicazione delle tariffe vigenti deve avvenire «... nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9, comma 2, penultimo e ultimo periodo, del decreto legge n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012, come ulteriormente modificato dall'art. 5 della legge n. 134/2012 ... Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo. Permette di accertare che il procedimento non produca tariffe superiori a quelle derivanti dal sistema precedente ...».

Ma quale sistema precedente? In primo luogo l'articolo 9, comma 2, penultimo e ultimo periodo, del decreto legge n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012, nonché il d.m. attuativo n. 143 del 2013 sono stati superati totalmente rispettivamente dall'articolo 24, comma 8, del nuovo Codice e dal d.m. attuativo 17 giugno 2016, per cui la norma non ha più alcun effetto pratico; tanto che la previsione secondo la quale «il corrispettivo non deve determinare un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto-legge» non è più riproposta in alcuna norma successiva. Ma anche se una simile disposizione fosse assunta a principio, la domanda si ripropone: quale sistema precedente e quale utilità si trae da un simile confronto tra tariffe?

Se il sistema precedente è quello del d.m. n. 143 del 2013, il confronto è inutile dal momento che le tariffe sono sostanzialmente uguali, se i sistemi sono quelli del 1949 o del 2001, il confronto è altrettanto inutile in quanto l'evidenza conduce ad un risultato costantemente

⁷ *Incidentalmente lo stesso che ebbe l'idea geniale di introdurre per ben due volte la norma di non assoggettare a ribasso il costo del personale nelle gare d'appalto; norma che il Consiglio di Stato, se ci è permesso tradurne le sentenze in linguaggio da bar, ha liquidato in questo modo «La norma è scritta così, ma non prendiamoci in giro, non c'è modo per applicarla così quindi lasciamo perdere, non dice nulla di nuoto, il costo del personale è verificato in sede di esame della congruità delle offerte».*

inferiore applicando le tariffe precedenti; ne consegue che tanto vale applicare queste ultime senza la defaticante prova dell'applicazione delle tariffe del 2016 sapendo che poi soccombono in ragione del loro maggior importo.

Le linee guida n. 1 dispongono anche che «*Per motivi di trasparenza e correttezza è obbligatorio riportare nei documenti di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi. Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo ... oltre a rappresentare una misura minima a presidio della qualità della prestazione resa*». Se la prima parte è condivisibile, essendo palese che i concorrenti (e prima ancora la stessa stazione appaltante) siano edotti dell'iter logico seguito nella determinazione della base di gara, l'ultima parte sembra un tentativo maldestro di far rientrare dalla finestra i minimi tariffari.

Dobbiamo rassegnarci, le tariffe minime obbligatorie sono soppresse dal 2006 (Legge Bersani), se non dal 1998 (Corte di Giustizia CE 18 giugno 1998, causa C-35/96); i tentativi di reintroduzione come basi di gara (e limiti ai ribassi) più volte fatti, con l'alternarsi nelle norme dei verbi «devono» e «possono» sono destinati a infrangersi. Allo stato, il verbo usato è «possono» essere utilizzati ove motivatamente ritenuti adeguati quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo dell'affidamento e il discorso per il momento pare chiuso.

Non pare inutile riportare ampi stralci di T.A.R. Molise, Campobasso, 28 settembre 2016, n. 370 (non appellata): «... *la censura si risolve nell'addebito alla stazione appaltante di aver determinato un corrispettivo ... inferiore a quanto previsto dal Decreto 143/2013 ... senonché l'abolizione del principio della inderogabilità dei minimi tariffari professionali porta naturalmente con sé la possibilità di una loro fissazione su livelli che potrebbero ben essere anche inferiori a tali soglie (omissis) le tariffe rimangono vigenti ed hanno un loro centrale valore parametrico e orientativo, pur non essendo più inderogabili, e il codice civile tuttora impone (art. 2233 c.c.) che la misura del compenso del professionista sia adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione. Ne discende [che è possibile] insorgere in giudizio per lamentare che il compenso previsto sia tanto basso da arrecare una lesione della dignità professionale. Un'evenienza del genere non può tuttavia essere riscontrata se non in veri e propri casi-limite, ed implica un onere probatorio particolarmente rigoroso (omissis) la circostanza del situarsi un compenso al di sotto della tariffa, lungi dal poter integrare ex se una dimostrazione della sua irrisorietà (che porterebbe ad una surrettizia reintroduzione di minimi vincolanti), configura solo un possibile punto di partenza della dimostrazione occorrente allo scopo (omissis) nel caso concreto il collegio non ritiene che sia stata fornita una sufficiente dimostrazione di manifesta inadeguatezza del compenso tenuto conto che lo scostamento tra il vigente regione tariffario e l'importo posto a base di gara oscillerebbe in una forbice tra il 10% e il 20%. Sul punto questo TAR si è anche già pronunciato con sentenza n. 71/2015 – che si richiama quale precedente conforme - con la quale è stato ritenuto congruo un compenso decurtato del 50% rispetto alle tariffe professionali. La tariffa stimata dalla stazione appaltante resiste dunque alle censure di parte ricorrente e non deve essere rideterminata, con l'effetto che anche la censura relativa al superamento della soglia comunitaria dev'essere disattesa*».

Si noti l'ultimo periodo: se il corrispettivo a base di gara non è irragionevole, non può essere invocata la circostanza di collocarsi sotto la soglia comunitaria anche quando l'applicazione della tariffa poteva condurre al superamento di tale soglia.

3. L'affidamento e il calcolo della soglia

3.1. Le modalità di affidamento e il calcolo della soglia

Le modalità di affidamento sono articolate in ragione dell'importo del corrispettivo posto a base di gara, come da tabella che segue:

<i>Soglie in euro</i>	<i>procedura</i>	<i>condizioni</i>	<i>criterio</i>
< 40.000	Affidamento diretto (*)	Un solo invitato (**)	Prezzo o Qualità/prezzo
< 100.000	Procedura negoziata	Almeno 5 invitati	Qualità/prezzo
< 209.000	Procedure aperta o	Pubblicazione GURI	
=> 209.000	Procedura ristretta (***)	Pubblicaz. GURI e GUUE	

(*) *in realtà «procedura negoziata con un solo offerente»*

(**) *le linee guida n. 1 di ANAC (Capo IV, paragrafo 1.3.1) suggeriscono l'acquisizione di due preventivi*

(***) *nella procedura ristretta è ammessa la riduzione del numero degli invitati a presentare offerta fino al numero minimo di 5.*

Tralasciando le modalità di calcolo del corrispettivo con riferimento ai decreti ministeriali che hanno introdotto le tariffe (non obbligatorie), assume rilievo il riferimento alle tipologie di prestazione e all'articolazione verticale ed orizzontale delle stesse prestazioni.

Ad esempio: le prestazioni del geologo, concorrono alla soglia? Le linee guida di ANAC si limitano a dire che il geologo deve essere individuato alternativamente:

- a) con rapporto diretto (Stazione appaltante – geologo) mediante una procedura autonoma finalizzata alla sua individuazione che preceda o accompagni l'avvio della procedura finalizzata all'individuazione degli altri progettisti;
- b) prevedendo la presenza del geologo all'interno della più complessa struttura di progettazione, quale componente di una associazione temporanea, oppure quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società, [oppure] che detenga con queste ultime un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata.

Non si risponde alla domanda: ma le prestazioni del geologo si cumulano con le altre ai fini del calcolo della soglia? Senz'altro sì nella soluzione b) (affidamento unitario ad una struttura complessa) ma ne caso a) (affidamento separato)? La risposta, che non è di scarso rilievo, in quanto la domanda potrebbe essere fatta anche per la suddivisione delle altre prestazioni, parrebbe questa:

- se l'affidamento distinto al geologo è contemporaneo o chiaramente strumentale all'affidamento della progettazione, il relativo importo si cumula ai fini della soglia anche in caso di affidamenti distinti;
- se tra i due affidamenti vi è una soluzione di continuità (ad esempio la relazione geologica è solo propedeutica a decidere o meno l'attivazione o la prosecuzione

dell'intervento), oppure l'attività del geologo non può prescindere da indagini geognostiche o esplorazioni del sottosuolo riconducibili ai lavori della categoria OS13, la risposta è no.

Quanto all'articolazione delle prestazioni, in senso verticale (edilizia civile, strutture, impianti ecc. come per gli interventi complessi) e in senso orizzontale (livelli di progettazione, direzione lavori, coordinamento sicurezza), anch'essa influisce sulla determinazione della soglia, per la quale non è revocabile in dubbio che alla stessa concorrano i corrispettivi di tutte le prestazioni, anche se affidate separatamente, fatte salve le eccezioni che si vedranno oltre.

La suddivisione verticale, per categorie di opere, come classificate dalla tabella Z-1 di cui al d.m. tariffe (E.10 / IA.3 / S.04 ecc.) è in astratto possibile applicando la definizione di lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), del Codice, ma non è mai auspicabile per evidenti ragioni di:

- coordinamento generale tra i diversi progettisti o direttori;
- difficoltà di imputazione delle responsabilità;
- nessun risparmio in termini di tempo e di sforzi organizzativi;
- impossibilità di conciliazione dei criteri di valutazione delle diverse offerte tecniche;
- necessità di far confluire i risultati in un progetto da appaltare unitariamente.

La suddivisione orizzontale, secondo i livelli di progettazione, la direzione dei lavori, il coordinamento per la sicurezza, le verifiche progetto e i collaudi, [8] deve tener conto che la normativa (e il buon senso) privilegia la continuità dei progettisti (articolo 23, comma 12) ma non più, com'era invece nel codice abrogato, la continuità tra progettista e direttore dei lavori. La continuità dei progettisti non significa libertà di affidare l'esecutivo al progettista del definitivo, ma che i diversi livelli progettuali sono affidati unitariamente nell'ambito di un unico procedimento.

La disciplina della direzione lavori si può dire come minimo equivoca:

- articolo 101, comma 2: il direttore dei lavori è individuato prima dell'avvio della procedura di affidamento dei lavori (quindi parrebbe disgiunto e autonomo dai progettisti);
- articolo 157, comma 1: se il valore di progettazione, direzione e coordinamento è pari o superiore complessivamente alla soglia di rilievo comunitario, l'affidamento diretto della direzione e del coordinamento al progettista è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni (?) e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

Ma se l'affidamento della direzione lavori è già previsto in origine dal bando della progettazione (sia con immediatezza che come opzione) le motivate ragioni sono già state superate; e poi che affidamento diretto sarebbe se era già previsto in origine?

E se la somma di tutte le prestazioni non raggiunge la soglia di rilievo comunitario? Forse gli affidamenti distinti tra fase progettuale e fase esecutiva sono autonomi e non si sommano ai fini della soglia, del procedimento e del criterio applicabili? O forse è vietato in assoluto l'affidamento della direzione lavori al progettista? Si dubita della sostenibilità di una simile conclusione, che traspare dalla lettera della norma ma che incorre nel divieto di frazionamento arbitrario frazionamento dell'appalto.

⁸ *Verifiche di progetto e collaudi non concorrono mai alla soglia in quanto incompatibili per legge con le altre prestazioni, quindi necessariamente oggetto di affidamenti autonomi per natura.*

3.2. *L'affidamento di incarichi di importo inferiore a 40.000 euro (art. 31, comma 8, lettera b) e comma 7, art. 157, comma 2)*

Qui abbiamo addirittura 2 linee guida, la n. 1 (servizi tecnici) e la n. 4 (procedure negoziate) ovviamente tra loro in parziale contraddizione. Le prime, non vincolanti, apparentemente prevalenti per il loro carattere di specialità (essendo dedicate ai servizi tecnici) ma derivate da una sorta di delega generica (articolo 213, comma 2); le seconde dedicate a tutto il perimetro dei contratti pubblici di importo minore, quindi aventi carattere generale, sempre non vincolanti ma derivate da delega specifica (articolo 36, comma 7). Proviamo a metterle a confronto:

<i>Linee Guida n. 1: Servizi Tecnici (art. 31, comma 8, compiti del RUP)</i>	<i>Linee Guida generali: affidamenti sottosoglia (art. 36, comma 2, lettera a), e comma 7)</i>
Affidamento diretto da parte del RUP	Adeguata motivazione sulla procedura scelta
Non è prevista una specifica motivazione (*)	Adeguata motivazione sull'affidatario scelto
si suggerisce l'acquisizione di due preventivi, ciò nell'ottica di consentire al RUP di avere un parametro di raffronto in ordine alla congruità dei prezzi offerti in negoziazione.	valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici; applicazione del principio di rotazione; libertà "assoluta" per affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro.

(*) *la motivazione appare necessaria in ottemperanza ai principi generali, anche se sintetica*

La motivazione sulla scelta della procedura, non è prevista dal Codice e se si richiamano doverosamente i principi generali sull'obbligo di motivazione di cui alla legge sul procedimento amministrativo, andrebbero temperati dagli equivalenti principi di ragionevolezza, efficienza e celerità, in ragione della modestia dell'importo. La motivazione appare superflua trattandosi di una procedura che secondo il codice dovrebbe essere una libera alternativa alle procedure ordinarie, ma così non la pensa ANAC ^[9]. Del resto sarebbe una motivazione pressoché tautologica quindi inesistente. Tutti sappiamo che una norma dice che col semaforo rosso si sta fermi e con il verde si passa; nessuno sano di mente chiederebbe una "adeguata motivazione" del perché si è passati col verde.

La motivazione sulla scelta dell'affidatario è necessaria ma deve essere esposta in relazione all'idoneità dello stesso allo svolgimento della prestazione, non in relazione a un non richiesto procedimento comparativo (che farebbe transitare la fattispecie dalla lettera a) alla lettera b) del comma 2 dell'art. 36), che nelle linee guida fortunatamente non è richiesto ma solo «suggerito». Si applicano comunque i principi generali di rotazione (sui quali torneremo più avanti) e non è necessario attingere ad elenchi o a indagini di mercato, che tuttavia sono sempre possibili.

In altri termini l'incaricato deve essere "capace e idoneo" ad espletare l'incarico affidato non necessariamente "il più capace" nella platea indistinta dei potenziali interessati.

Forse non è un caso che gli incarichi tecnici inferiori a 40.000 euro siano disciplinati tra i compiti del RUP all'articolo 31, comma 8, utilizzando l'espressione «*sono affidati in via diretta*» e non, come sarebbe stato più logico, all'interno dell'articolo 157.

⁹ *Il Consiglio di Stato nel suo parere si è limitato a chiedere la modifica dell'avverbio che accompagna la motivazione da «adeguatamente» a «sinteticamente».*

**3.2. L'affidamento di incarichi di importo da 40.000 euro a 100.000 euro
(art. 36, comma 2, lettera b) e comma 7, art. 157, comma 2)**

Le linee guida n. 1 prevedono due possibilità:

- 1) una preventiva indagine di mercato, con avviso pubblico pubblicato sul profilo di committente, puntuale per un intervento o cumulativo per più interventi distinti ^[10] con indicazione dei requisiti minimi per la candidatura; successivamente:
 - individuazione dei candidati ammessi e non ammessi tra quelli che hanno manifestato interesse e in possesso dei requisiti minimi prescritti;
 - invito a tutti i candidati ammessi o a un numero ridotto di candidati da invitare (con un minimo di 5); in caso di riduzione dei candidati da invitare, selezione tra quelli ammessi con metodi oggettivi (il sorteggio è il più oggettivo, possono essere usati altri metodi purché predeterminati e incardinati sui requisiti come è usuale nelle procedure ristrette con riduzione dei candidati);
- 2) attingere ad un elenco pubblico, formato previo avviso pubblicato sul profilo di committente, sempre aperto (con revisione periodica), diviso per categorie, per tipologia di prestazioni o per combinazioni tra le due fattispecie; attingere il numero di candidati da invitare (sempre con un minimo di 5) tra quelli iscritti per le categorie e/o le prestazioni oggetto dell'affidamento; per categorie si intendono le classificazioni delle opere in senso verticale; per prestazioni si intendono i segmenti orizzontali dei servizi tecnici, come descritto in precedenza.

In tutti i casi: rispetto dei principi di non discriminazione, di rotazione e di parità di condizioni e, ovviamente, assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice. I due sistemi hanno luci e ombre che possiamo riassumere come segue:

	<i>Avviso puntuale</i>	<i>Elenco preconstituito</i>
PRO	Apprezzabile certezza dell'idoneità dei candidati da invitare in quanto i requisiti sono dichiarati e hanno carattere di attualità Selezione semplificata	Celerità del procedimento, limitato all'invito spedito direttamente senza una prequalifica specifica
CONTRO	Procedura doppia: prima l'avviso pubblico per la selezione e poi l'invito a presentare offerta	Incertezza sull'idoneità dei soggetti da invitare Selezione opinabile dei soggetti da invitare

Se la «rotazione» è semplice negli incarichi puntuali (basta non invitare l'aggiudicatario precedente in un affidamento successivo per un certo periodo o una volta raggiunto un importo prossimo ai 40.000 euro), negli elenchi è complessa, potendo essere fatta per scorrimento temporale, per ordine alfabetico o di iscrizione, per possesso di requisiti combinati, ancora per

¹⁰ In questo caso con attenzione all'eventuale cumulo dei corrispettivi ai fini della soglia, che potrebbe essere obbligatorio se tra più interventi, anche distinti, vi sia un nesso logico o una continuità o comunque non vi sia una separazione motivata in grado di resistere a qualsiasi censura.

sorteggio tra gli aspiranti che non hanno ancora ricevuto incarichi ecc.; ma tutto dipende dalla consistenza numerica degli elenchi, dalla molteplicità degli elenchi disponibili in funzione della loro suddivisione in segmenti (orizzontali e verticali come detto in precedenza), del dettaglio della segmentazione degli stessi elenchi, dell'attrazione della stazione appaltante in relazione alla numerosità delle opere programmate ecc.; fattori che rendono le *chances* di partecipare eccessivamente probabili e ripetute (per elenchi brevi di categorie o prestazioni specifiche) o al contrario praticamente impossibili (per elenchi pletorici o troppo generici, dove un incaricato lascerà il proprio turno successivo in eredità ai pronipoti). Il principio di rotazione è inteso «*come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa azienda*» [11] e non semplicemente come divieto di invitare operatori invitati in precedenza e non rimasti aggiudicatari: rimane una lotteria ma non fino a questo punto. Senza contare che gli elenchi, in quanto ad aggiornamento periodico, non garantiscono la genuinità attuale delle condizioni dei candidati; tra l'iscrizione in elenco e l'invito potrebbero intervenire *medio tempore* condanne, perdita di iscrizione, fuoriuscita dei requisiti tecnici dal periodo utile computabile, mutazioni soggettive delle associazioni o delle società già in elenco ecc.

Se l'affidamento comprende più categorie di lavori e/o più prestazioni distinte, è difficile individuare in elenco soggetti in possesso di tutti i requisiti specifici o iscritti in sezioni multiple; sarebbe necessario invitare soggetti non idonei confidando che si presentino in raggruppamento o in avvalimento; col rischio tuttavia di trovarsi con alcuni o tutti offerenti non ammissibili.

3.3. L'affidamento di incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro (art. 157, comma 2)

Una volta raggiunta una base di gara di 100.000 euro, le linee guida n. 1 non fanno più distinzione significativa tra appalti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario e appalti di importo superiore alla stessa soglia, anche se dedicano due capitoli distinti, rispettivamente il 2.1 e il 2.2 alle due (apparentemente) diverse fattispecie. [12]

Tale impostazione era pressoché uguale anche nel codice abrogato. Resta fermo, ma questo è previsto in generale, il diverso livello di pubblicità, nazionale o comunitaria e i diversi termini a disposizione dei concorrenti per la partecipazione.

L'affidamento avviene mediante procedure ordinarie (aperta o ristretta) e la tipologia dei requisiti richiesti dalle linee guida è uguale. Tale conclusione non appare pienamente convincente, dal momento che la soglia di rilievo comunitario ha una sua natura oggettiva che non può non riflettersi sul procedimento. Anche considerando che l'articolo 35, comma 1, del Codice, seppure con portata necessariamente limitata pena la demolizione del sistema, recita «*Le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo ... è pari o superiore alle soglie seguenti [di rilievo comunitario]*». È vero che subito dopo l'articolo 36 contraddice tale affermazione perentoria con la rubrica «*Contratti sotto soglia*», a dimostrazione che il Codice è stato scritto in larga parte *ad mentulam canis*, ma la soglia

¹¹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 agosto 2016, n. 1594 e copiosi arresti in secondo grado citati in sentenza.

¹² Tale impostazione riproduce quella già prevista dal codice abrogato.

comunitaria non può non essere significativa almeno in termini di proporzionalità dei requisiti e degli adempimenti. Equiparare in tutto e per tutto procedimenti sottosoglia a quelli di rilievo comunitario non può pacificamente dirsi ragionevole. Quindi l'applicazione delle linee guida n. 1, già di per sé caratterizzate da problemi e difetti di non poco conto, per gli appalti sottosoglia non possono non trovare un'applicazione attenuata.

Nel caso di procedura ristretta con riduzione del numero dei candidati da invitare a presentare offerta, i criteri di selezione *«devono essere non solo di natura dimensionale ma riferiti, altresì, alla maggior omogeneità del fatturato specifico e dei servizi di punta rispetto ai servizi di cui all'art. 3, lett. vvvv) del Codice che si intendono affidare; ... il criterio del sorteggio pubblico si ritiene ammissibile solo in caso di parità di punteggi attribuiti con le precedenti categorie di criteri»*.

Per quanto detto in precedenza non si comprende perché, almeno per le gare sottosoglia, non si debba poter utilizzare il sorteggio pubblico; tanto più che altri criteri di selezione (come quelli degli allegati D ed F del vecchio d.P.R. n. 554 del 1999 e dell'allegato L del d.P.R. n. 207 del 2010 davano comunque risultati puramente casuali).

3.4. I requisiti per le gare di importo pari o superiore a 100.000 euro

Fermo quanto detto in precedenza per l'attenuazione dei requisiti nelle gare di importo nazionale, i requisiti previsti e i dettagli del criterio di valutazione delle offerte previsti dalle linee guida sono la fotocopia rispettivamente degli articoli 263 e 264 del regolamento che vengono abrogati (se così si può dire) in quanto superati dalle medesime linee guida ai sensi dell'articolo 217, comma 1, lettera u), numero 1), del Codice. Tutte le contraddizioni che caratterizzavano le precedenti norme regolamentari sono state trasposte esattamente nelle linee guida, senza il minimo adeguamento, nemmeno in relazione alle innovazioni normative diverse o all'evoluzione giurisprudenziale.

3.4.a. Requisiti di idoneità professionale

Parrebbe elementare: si tratta di richiedere la presenza di professionalità specifiche (intese come iscrizione ai pertinenti Ordini) dei professionisti competenti all'assunzione dell'incarico; in genere architetti o ingegneri (o solo architetti o solo ingegneri oppure sia gli uni che gli altri, a seconda della tipologia di lavoro) [13], in taluni casi agronomi, geologi, restauratori; per incarichi minori relativi a lavori rientranti nelle competenze professionali dei diplomati: geometri, periti e simili. Le professionalità possono essere "dirette" cioè imputabili ai liberi professionisti, singoli o associati, oppure soci attivi delle società o anche dipendenti degli stessi soggetti (sui dipendenti si tornerà più avanti). Le professionalità devono essere accompagnate dalla individuazione nominativa del professionista che le apporta in gara e le eserciterà nel contratto.

3.4.b. Requisiti di capacità economico-finanziaria: il fatturato

Il fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'articolo 3, lett. vvvv) del Codice, espletati **nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio ... per un importo**

¹³ Riserve legali sui beni tutelati da vincolo o altre riserve legali per particolari lavori.

massimo pari al doppio dell'importo a base di gara. Le stazioni appaltanti possono anche valutare, in alternativa al fatturato, di richiedere un "livello adeguato di copertura assicurativa" contro i rischi professionali per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare (e aggiungeremmo "o da dirigere o da collaudare").

L'art. 83, comma 5, primo periodo, del Codice prevede un fatturato **minimo annuo**, non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto; al secondo periodo dello stesso comma prevede che in caso di richiesta del fatturato la Stazione appaltante ne deve indicare le ragioni nei documenti di gara.

Il fatturato globale nel triennio è cosa diversa dal fatturato annuo, quindi limitarlo al doppio della base di gara, significa ridurre ad un terzo il fatturato che può essere richiesto in base alla norma. L'equivoco tra fatturato globale e fatturato annuo si trascina sin dalla determinazione di ANAC n. 4 del 25 febbraio 2015. Né appare pienamente legittima (anche se opportuna) l'estensione ai migliori tre anni dell'ultimo quinquennio a fronte dell'indicazione dell'allegato XVII, parte I, lettera c), al Codice, che lo limita «*al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili*».

Sarebbe più semplice (e possibile) non richiedere il requisito, così evitando anche l'obbligo di motivazione, oppure ammetterne la sostituzione con una adeguata polizza assicurativa. Peraltro (ma questo è un problema vecchio) in fase di comprova non è affatto semplice distinguere il fatturato in servizi tecnici dal fatturato complessivo, stante la struttura dei bilanci (per le società) e delle denunce fiscali (per i professionisti singoli o associati).

3.4.c. Requisiti di capacità tecniche e professionali: i servizi svolti

L'avvenuto espletamento negli ultimi **dieci anni** di servizi di ingegneria e di architettura, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie. Se è vero che l'allegato XVII, parte II, lettera a), sub. ii), al Codice, dopo aver limitato il requisito ai servizi effettuati negli ultimi tre anni, ammette la possibilità di estendere il periodo utile a più di tre anni prima, i 10 anni delle linee guida sembrano comunque eccessivi; un arco temporale più ampio certamente allarga la platea di potenziali interessati, tuttavia, questo non porta particolari benefici in presenza della limitazione del numero degli operatori da invitare (tipico delle procedure ristrette), ma soprattutto diluisce l'effettiva valenza del requisito, facendo accumulare servizi molto risalenti nel tempo, valorizzando impropriamente tecnologie, adempimenti, normative e *modus operandi* obsoleti e superati, tali da non avere più un efficace nesso con le prestazioni da affidare o comunque tali da affievolire le garanzie di un adeguato *background* professionale e, in definitiva di una attenuata idoneità relativamente alla prestazione in gara.

È forse più utile tenere basso il coefficiente moltiplicatore (1 in luogo di 2) ma ridurre il tempo utile da 10 a 5 anni.

3.4.d. Requisiti di capacità tecniche e professionali: i servizi "di punta"

L'avvenuto svolgimento negli ultimi **dieci anni** di due servizi di ingegneria e di architettura, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si

riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e **riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento.**

Per quanto riguarda il periodo utile (10 anni antecedenti) si è già detto in precedenza. Quanto alla condizione di «*tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento*», appare inapplicabile prima ancora che stravagante. Se per l'adeguatezza del requisito l'importo cumulato della coppia di lavori (relativa ai servizi di punta) è sufficiente che sia 0,40 volte i lavori oggetto delle prestazioni in gara, quindi ciascuno dei due lavori può legittimamente concorrere per 0,20 volte, non si comprende come ciascun lavoro possa essere **analogo per dimensioni e per caratteristiche tecniche a quello oggetto della gara**; ovvero come un lavoro da 500.000 euro possa essere analogo, per dimensioni e per caratteristiche tecniche, ad un lavoro da 2.500.000 euro; senza considerare l'incertezza del concetto di analogia sia in termini di dimensioni (che in termini di caratteristiche tecniche (indefinite e indefinibili anche con approssimazione); fino a quando la dimensione può essere considerata analoga? Fino a un 20% in più o in meno? O fino a un 50% in più o in meno? Oppure fino a una ridicola "consistente duplicazione"? [14] La condizione di irragionevolezza, incertezza e ambiguità di tale previsione impedisce in radice di attenersi alle linee guida (senza contare che un adeguato perimetro di analogia è già compiutamente circoscritto con l'individuazione delle categorie di cui alla tavola Z-1 allegata del d.m. 17 luglio 2016). Infine l'espressione "due servizi" ha dato luogo all'incertezza se debbano essere necessariamente due o se ne basti uno sufficiente al raggiungimento del requisito. La soluzione è la seconda [15], sarebbe irragionevole che in una progettazione di lavori per 1.000.000 di euro chi ha progettato l'aeroporto di Berlino debba presentare anche il progetto di un posto auto da 1.000 euro per dimostrare i "due servizi", mentre sarebbe idoneo il concorrente che presenta due servizi da 200.000 euro. In altri termini la richiesta del requisito deve essere letta nel senso che il requisito deve essere raggiunto «utilizzando non più due servizi».

Infine la norma previgente poneva il divieto di frazionamento di questo requisito; le linee guida riprendono tale concetto, confermato dalla giurisprudenza in vigore della pertinente norma regolamentare. Le linee guida adottano la medesima soluzione; ci si chiede tuttavia se non possa essere ammesso il frazionamento del requisito nel senso che il divieto colpisca il singolo servizio ma che i due servizi della coppia possano essere apportati anche da due operatori in raggruppamento.

3.4.e. Requisiti di capacità tecniche e professionali: il personale utilizzato

Si tratta del numero medio annuo del personale tecnico utilizzato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, in misura non superiore a 2 volte le unità stimate per lo svolgimento dell'incarico e indicate nel bando.

¹⁴ Per gli increduli: questa espressione si trova all'articolo 106, comma 1, lettera b), numero 2), del Codice.

¹⁵ L'esempio non è esaltante: a dimostrazione che i problemi non sono solo italiani, l'aeroporto di Berlino è costato quattro volte il preventivo, dopo sei anni di ritardo non è ancora finito e probabilmente dovrà essere demolito in quanto inidoneo alle sopravvenute esigenze della metropoli.

Le linee guida distinguono tra concorrenti organizzati in forma societaria e i professionisti singoli e associati.

Per i soggetti organizzati in forma societaria comprende i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA. Per i professionisti singoli e associati, il numero deve essere raggiunto anche mediante la costituzione di un raggruppamento temporaneo di professionisti, non si parla di dipendenti o collaboratori.

I profili critici sono più di uno, e non superati dalla formulazione delle linee guida:

- a) anche le società possono raggiungere il requisito mediante la costituzione di un raggruppamento;
- b) anche i professionisti singoli e associati possono avere dipendenti e collaboratori tecnici;
- c) i soci attivi e i dipendenti devono essere professionisti o comunque tecnici;
- d) i contratti di collaborazione coordinata e continuativa sono un'entità teorica visto che per esistere devono essere stati stipulati ai tempi di Adamo ed Eva, ai sensi dell'articolo 86, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, come parzialmente riformato da Corte Costituzionale, sentenza 1-5 dicembre 2008, n. 399; se si intendevano i contratti a progetto, siamo sempre in ritardo, per essere efficaci devono essere stati stipulati prima del 20 giugno 2015, ai sensi dell'articolo 55, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2015; peraltro si tratta sempre di contratti inapplicabili a personale iscritto agli albi professionali;
- e) se si intendono consulenti o collaboratori generici, il contratto su base "almeno annua" è problematico; che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori è una condizione futuribile, non si comprende come possa essere comprovata in gara; infine che abbiano fatturato nei confronti della società offerente (o meglio, dell'offerente *tout court* in ragione del già citato divieto comunitario di discriminare gli operatori economici) una quota superiore al 50% del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, non prova nulla oltre l'ultimo anno del triennio utile.

Sarebbe auspicabile, fero restando l'equiparazione di concorrenti a prescindere dal loro modello organizzativo, precisare il perimetro del personale tecnico computabile come requisito, magari espellendone forme che aggiungono poco alle capacità e affidabilità dell'operatore, riducendo nel contempo la dimensione quantitativa del requisito. Anche perché la fase di verifica è tutt'altro che semplice: oltre al libro del lavoro, andrebbe fatto un calcolo proporzionale in base ai tempi impiegati dalle varie forme contrattuali oggi vigenti (tempo determinato, parziale, intermittente ecc.) ma è evidente che così operando si dovrebbero dedicare tempo e risorse sproporzionate rispetto all'obiettivo senza nemmeno la certezza di raggiungere un risultato utile.

3.5. *Profili critici dei requisiti relativi ai servizi svolti*

Le linee guida estendono la possibilità di apportare i requisiti a tutti i servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'articolo 3, lettera vvvv) del Codice. Ma tale definizione, indicata come «servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici: i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE» è del tutto generica e rinvia alla direttiva cioè al carattere oggettivo delle professioni regolamentate ma non definisce né individua i servizi tecnici in termini di "servizi" o "prestazioni". Di per sé non pare autorizzare a considerare requisiti utili meri servizi di consulenza tecnica o di fattibilità generica. Pare più corretto che i servizi computabili siano quelli indicati all'articolo 157, commi 1 e 2, del Codice. Già questi costituiscono una notevole estensione e varietà delle prestazioni utilizzabili, rendendo il requisito facilmente raggiungibile da operatori presenti sul mercato con una storia curriculare modesta. Certamente si concorda con la giurisprudenza univoca e costante sul divieto di richiedere requisiti per servizi svolti identici a quelli da affidare, [16] ma questo non può comportare la possibilità di ritenere utile qualunque prestazione di natura tecnica facendola concorrere al requisito. In particolare appare ambiguo e fuorviante ammettere, secondo le linee guida, «ogni altro servizio propedeutico alla progettazione» che potrebbe classificare come requisito prestazioni insignificanti per contenuto e responsabilità, solo perché aventi ad oggetto un lavoro di importo rilevante. Infatti i requisiti, per ragioni che qui non si tralasciano, sono incardinati sui "lavori analoghi per i quali sono stati svolti i servizi" e non sui "servizi svolti analoghi ai servizi da affidare", per cui una prestazione completa (progettazione di tre livelli più la direzione dei lavori) di un'opera da 10 milioni di euro in termini di requisiti finisce per equivalere al rilievo o all'ideazione o al solo collaudo della stessa opera di 10 milioni di euro. Se questo disallineamento tra capacità effettiva e calcolo del requisito appare immanente al sistema (così è da almeno dal d.P.R. n. 554 del 1999) non è un buon motivo per esasperarlo ancora di più.

Ma il vero problema nasce dalla classificazione dei lavori svolti al fine di individuare i requisiti e la ripartizione di questi ultimi in caso di raggruppamento temporaneo. Le linee guida affrontano parzialmente la questione al Capo V, esemplificando alcune deroghe (ragionevoli) alla corrispondenza tra le classificazioni di cui alla tabella Z-1 allegata del decreto tariffe e quelli di cui all'articolo 14 della legge n. 143 del 1949 nonché all'equiparazione tra categorie con pari grado di complessità. In primo luogo l'articolo 8 del decreto tariffe non prevede l'equiparabilità del pari grado di complessità, ma una condizione più restrittiva ovvero che solo il grado di complessità maggiore qualifica anche per le categorie con grado di complessità minore. In secondo luogo le deroghe necessarie sono innumerevoli, sia per la gerarchia non omogenea delle categorie del 2016 che per la scarsissima compatibilità tra le declaratorie della norma del 2016 e quella del 1949, alla quale si deve fare riferimento per i servizi svolti prima del 21 dicembre 2013, data di entrata in vigore della classificazione introdotta dal d.m. n. 143 del 2013, ripresa in modo identico nel decreto del 2016.

Seguendo alla lettera l'articolo 8 del d.m. del 2016, al netto di categorie oggi presenti e che nel 1949 non erano contemplate, la cosa appare semplice: «La classificazione delle prestazioni

¹⁶ Anche se si può dubitare della capacità progettuale di un professionista che ha fatto solo collaudi o della capacità di dirigere i lavori di un professionista che ha fatto solo verifiche di progetto.

professionali relative ai servizi di cui al presente decreto è stabilita nella tavola Z-1 allegata, tenendo conto della categoria d'opera e del grado di complessità, fermo restando che gradi di complessità maggiore qualificano anche per opere di complessità inferiore all'interno della stessa categoria d'opera» e si tradurrebbe nello schema che segue:

<i>ID opere - prima del 21 dicembre 2013</i>	<i>Classi categorie - dal 21 dicembre 2013</i>
V.02	II/a
P.02 (Opere a verde)	(inesistente)
T.02 (reti cablate, wifi, videosorveglianza)	(inesistente)
S.04	IX/b
E.08	I/c
D.04 (teleriscaldamento?)	VIII (in realtà inesistente)
E.21	I/d

Chi ha un minimo di dimestichezza con i contenuti progettuali delle opere pubbliche comprende immediatamente la non adeguatezza di un simile approccio semplicemente “meccanico”, con la conseguente necessità di operare scelte tecnico-discrezionali che si discostano, anche notevolmente, dalla disciplina introdotta dai decreti ministeriali, ancorché necessariamente parzialmente affievolita dalle linee guida. Come suggerito, seppure timidamente, dalle stesse linee guida al paragrafo 3 del Capo V: «*Il criterio enunciato al punto 2 [in pratica, una ragionevole elasticità nell'attribuzione delle categorie - n.d.r.] deve ritenersi esteso, ai fini della valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione, anche ad altre categorie di opere, evidenziando come, in caso di incertezze nella comparazione, deve in ogni caso prevalere, in relazione alla identificazione delle opere, il contenuto oggettivo della prestazione professionale svolta*»; in altri termini deve essere privilegiata la realtà oggettiva e sostanziale delle caratteristiche del lavoro più che la forma di equiparazione operata dal decreto tariffe.

Ne consegue che per limitare le contestazioni (e i quesiti in fase di gara, ai quali sarebbe problematico rispondere puntualmente), potrebbe essere necessaria l'indicazione delle categorie, ai fini del requisito, nel modo molto più complesso e articolato, come nell'esempio che segue:

- a partire dal 21 dicembre 2013:

<i>ID opere</i>	<i>Lavori analoghi utilizzabili</i>	<i>Lavori non utilizzabili</i>
V.02	V.03	V.01
P.02	P.01 – P.03 – E.19 (esclusi arredamenti)	P.04 – P.05 – P.06 – E.19 (arredamenti)
T.02	T.01 – T.03	
S.04	S.03 – S.05 – S.06	S.01 – S.02
E.08	E.02 – E.03 – E.04 – dalla E.06 alla E.13 - dalla E.19 alla E.21	E.01 – E.05 – E.14 – E.17
D.04	D.05	D.01 – D.02 – D.03
E.21	E.22	dalla E.01 alla E.20

--- prima del 21 dicembre 2013:

<i>ID opere</i>	<i>Lavori analoghi utilizzabili</i>	<i>Lavori non utilizzabili</i>
V.02	VI/a – VI/b	
P.02	I/d (limitatamente alla parola “giardini”) (*)	I/d (fatta salva la parola “giardini”)
T.02	III/c – IV/c	III/a – III/b – IV/a – IV/b
S.04	IX/b – I/g	IX/a – IX/c – dalla I/a alla I/f
E.08	I/c – I/d	I/a – I/b – I/e – I/f – I/g
D.04	VIII – Reti teleriscaldamento non classificate	
E.21	I/d (limitatamente a “Palazzi e case signorili, ... palazzi pubblici importanti, teatri, cinema, chiese, banche, alberghi, ... tutti gli edifici di rilevante importanza tecnica ed architettonica. ... Restauri artistici”) I/e (limitatamente a “Costruzioni a carattere prettamente artistico e monumentale”)	I/d (limitatamente a “... ville e villini signorili, giardini, ... edifici provvisori di carattere decorativo, serre ornamentali. Costruzioni industriali con caratteristiche speciali e di peculiare importanza tecnica. ... piani regolatori parziali”) I/e (limitatamente a “... Chioschi, padiglioni, fontane, altari, monumenti commemorativi, costruzioni funerarie. Decorazione esterna o interna ed arredamento di edifici e di ambienti. Disegno di mobili, opere artistiche in metallo, in vetro, ecc.,”)
(*)	<p><i>Inoltre, lavori oggetto delle seguenti prestazioni:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - di cui all'articolo 103, Gruppo II, del d.m. n. 232 del 1991; - di cui all'articolo 16, comma 3, lettera a), del d.P.R. n. 328 del 2001; - di cui all'articolo 2, comma 1, lettera v), della legge n. 3 del 1976, come sostituito dall'articolo 2, comma 1, della legge n. 152 del 1992; - di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), della legge n. 434 del 1968. 	

Adesso qualcuno ci dica se si può vivere così. Questa non è più un'istruzione per la determinazione dei requisiti ma è una specie di gioco alla battaglia navale.

Ma non è finita, il bello deve ancora arrivare.

3.6. Profili critici dei requisiti in caso di concorrente in raggruppamento

3.6.a. L'individuazione dell'imputazione e ripartizione dei requisiti

In caso di Raggruppamento temporaneo la misura del requisito minimo della mandataria, maggioritario rispetto a ciascuna delle mandanti, deve necessariamente essere limitato ai lavori della classificazione prevalente per importo; tale condizione nella pratica operativa (seppure nel silenzio delle linee guida sul punto) non può estesa alle altre classificazioni, diversamente si finirebbe per introdurre un elevatissimo grado di limitazione delle concorrenze; diversamente opinando si dovrebbe individuare una mandataria per forza di cose multidisciplinare, in possesso di un quota maggioritaria di requisiti per tutte le categorie presenti, con inammissibile e arbitraria preclusione agli operatori medio-piccoli e a quelli che, seppure di grandi dimensioni, sono fortemente specializzati in un numero limitato di categorie, che non potrebbero partecipare neppure raggruppandosi se non con un operatore mandatario con esperienza multidisciplinare.

Detto questo, che riguarda l'organizzazione del concorrente ai fini della gara, è necessario dire qualcosa sui requisiti apportati dai singoli operatori raggruppati, sui quali anche in questo caso le linee guida non offrono suggerimenti.

È noto che praticamente tutti i servizi svolti per lavori negli anni precedenti sono stati effettuati da raggruppamenti di più operatori economici, che mutano radicalmente nella loro composizione da una gara all'altra. Ebbene come si riflette l'imputazione del requisito delle prestazioni pregresse nella gara successiva?

Se alla gara partecipa il raggruppamento di A, B, C, e D, ed A ha svolto la progettazione definitiva per un lavoro precedente in raggruppamento con E ed F; magari F partecipa anch'egli singolarmente alla gara odierna, avendo svolto la direzione dei lavori per lo stesso lavoro, chi potrà godere e in quale misura, del requisito? È solo un esempio, l'esperienza insegna (ma è intuibile anche senza esperienza) che le combinazioni sono infinite, le sovrapposizioni e il frazionamento dei requisiti incontra difficoltà di quantificazione insormontabili, sia in fase di gara (dove ci si accontenta di dichiarazioni approssimative) che in fase di verifica (che diventa una sorta di *probatio diabolica*).

Fino ad oggi si è optato per un'attribuzione percentuale, in base alla partecipazione al servizio precedente, ma è evidente che si tratta di un metodo non realistico; il requisito pregresso è computato in termini di importo dei lavori, mentre la prestazione professionale svolta è incardinata prima nel segmento orizzontale (le prestazioni, che possono avere un'incidenza radicalmente diversa le une dalle altre), poi nel segmento verticale (le diverse categorie dei lavori sui quali si è inciso) e infine in misura percentuale in ciascuno dei due segmenti. In pratica accade sistematicamente, si ribadisce, sistematicamente, che i requisiti siano in parte arbitrariamente duplicati o compressi, comunque non riflettano correttamente le capacità tecniche e, in fase di comprova, siano praticamente impossibili da dimostrare.

Come se non bastasse esiste anche la mobilità dei professionisti interna ai singoli operatori economici a livello societario. Un servizio svolto dalla società X, dove la responsabilità progettuale e la sottoscrizione del progetto era del direttore tecnico A o dei soci operativi B, C e D, a chi è imputabile in una gara successiva dove A non è più direttore tecnico ma si presenta come professionista singolo o dove B è receduto dalla società entrando in una società concorrente Y, oppure C e D con uno *spin off* hanno costituito una terza società Z?

Non è il caso di spingersi a dire che le gare di progettazione in maggior parte, sotto questo profilo, sfiorano la finzione giuridica, ma ci siamo vicini. Fortunatamente un ricorso da parte di un controinteressato sarebbe probabilmente controproducente, dal momento che la debolezza delle prove sul possesso dei requisiti, come descritti, colpirebbe anche il ricorrente nella catena dei ricorsi accelerati contro le ammissioni [17] e dei ricorsi incidentali ove questi siano possibili. Ci sarà da divertirsi a far confluire tali requisiti nelle Banche Dati.

3.6.b. Il giovane professionista nei raggruppamenti temporanei

La presenza dei giovani professionisti è affrontata dalle linee guida con l'incremento premiale ai fini della riduzione del numero dei concorrenti nelle procedure ristrette, ai sensi dell'articolo 91 del Codice, dove ANAC senza un valido motivo non pare tollerare la selezione mediante sorteggio. Ne è fatto cenno poi al paragrafo 1.3 del Capo VI: «*Al fine di agevolare la partecipazione dei giovani professionisti si suggerisce alle stazioni appaltanti di prevedere, in ogni caso, criteri di valutazione che valorizzino gli elementi di innovatività delle offerte presentate*».

Ma sia il problematico elemento della «*professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi ...*» svolti che l'elemento «*caratteristiche metodologiche dell'offerta*» sono difficilmente compatibili con una innovatività attribuibile al giovane professionista, appunto perché giovane e con ridotta storia professionale.

Quanto invece alla presenza del giovane professionista come requisito aggiuntivo per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, l'argomento è affrontato dall'articolo 4 del d.m. n. 263 del 2016, come segue: «*I raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione ... **quale progettista ... I requisiti del giovane non concorrono alla formazione dei requisiti di partecipazione** richiesti dai committenti. Ferma restando l'iscrizione al relativo albo professionale, il progettista presente nel raggruppamento può essere:*

- a) un libero professionista singolo o associato;*
- b) con riferimento alle società di cui agli articoli 2 e 3, un amministratore, un socio, un dipendente o un consulente su base annua che abbia fatturato nei confronti della società una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA;*
- c) (omissis)».*

Tre osservazioni. Prevedere il giovane “quale progettista”? Quindi coinvolto nella progettazione, la disposizione parrebbe dunque non applicabile alle gare per servizi tecnici diversi dalla progettazione. I requisiti del giovane (professionista) non concorrono alla formazione dei requisiti di partecipazione? Ma perché, il giovane professionista non è figlio di un dio minore. Forse si voleva dire che al giovane professionista non possono essere richiesti requisiti, ma se fosse in possesso di una parte dei requisiti (cosa ammissibile se è un mandante libero professionista e interni ai cinque anni di anzianità professionale, e comunque costituisce almeno una unità di personale), non si comprende perché i suoi requisiti, per quanto modesti, non possano contribuire alla qualificazione.

Infine, e la questione è già stata affrontata in precedenza commentando i requisiti di partecipazione relativi alle unità di personale, perché può essere un dipendente o un

¹⁷ Magari mantenuti in vita anche dopo l'aggiudicazione: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 8 febbraio 2017, n. 2118.

collaboratore della società raggruppate e non può essere un dipendente o un collaboratore di un libero professionista o di una associazione professionale partecipante al raggruppamento?

Ancora una volta, dovremo dare prevalenza alla norma regolamentare o al ridetto principio comunitario che vieta la discriminazione tra offerenti in base alla loro organizzazione giuridica? [18]

Non è l'unica imprecisione del decreto ministeriale: sempre all'articolo 4, comma 2, la disposizione «... per i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, lettera e) del codice i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 devono essere posseduti dai partecipanti al raggruppamento» omette il rinvio all'articolo 1: i partecipanti al raggruppamento, se non organizzati in forma societaria, devono comunque essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1, trattandosi di liberi professionisti, singoli o associati.

Infine, all'articolo 8, si ripropone l'equivoco del DURC. Come noto le società senza dipendenti e i cui soci sono tutti iscritti alle Casse previdenziali privatizzate, non possono chiedere né avere una posizione INPS, non può essere attribuita loro una matricola INPS, né può essere attribuita loro una posizione INAIL, pertanto non possono essere titolari di DURC. [19]

¹⁸ T.A.R. Umbria, Perugia, 2 maggio 2002, n. 242.

¹⁹ Articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335; nota n. 2 del 24 gennaio 2013 o, come interpretato dall'articolo 18, comma 12, della legge 15 luglio 2011; Ministero del Lavoro nota n. 2 del 24 gennaio 2013.

4. Il criterio dell'offerta

È inutile criticare la scelta (a mio avviso scellerata) di imporre in via generale l'applicazione del criterio dell'offerta del miglior rapporto qualità/prezzo. Così stanno le cose. Il ricorso all'offerta con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è inderogabile. Tale obbligo, sancito dall'articolo 95, comma 3, del Codice, per i servizi intellettuali di importo superiore a 40.000 euro, rende irrilevante stabilire se l'appalto sia, nelle concrete modalità prefigurate dalla stazione appaltante, standardizzato o ripetitivo. Il Codice, infatti, non consente in alcun modo l'utilizzo del criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei servizi di natura intellettuale, quand'anche questi presentino uno dei caratteri alternativamente indicati dal comma 4 dello stesso articolo. [20]

Pertanto per i servizi intellettuali, a partire da 40.000 euro, non potranno mai essere invocate le caratteristiche standardizzate o l'elevata ripetitività, che negli altri servizi possono costituire condizione per applicare il criterio del solo prezzo.

Ancora una volta le linee guida per poco o nulla si discostano dalla disciplina regolamentare del 2010 ora abrogata, la quale peraltro a sua volta non si discostava da quella del 1999. Tutti questi sforzi di cambiamento sembrano approdare sempre ai vecchi lidi della confusione. [21]

Se vi è un cambiamento è di natura diversa: la concezione tolemaica delle funzioni e dei compiti di ANAC (che nella scaletta del presente seminario, forse non a caso, sono definiti "poteri") che per ragioni note che in questa sede è inutile richiamare, frenano e rendono timorosi i funzionari pubblici nelle attività di scelta del contraente. Incidentalmente mi si permetta di dire che non aiutano certi atteggiamenti di ANAC, e la soluzione non pare quella suggerita dal suo Presidente nell'intervista alla trasmissione "Otto e mezzo" del 31 gennaio che in sintesi, appare così riassumibile «*non bisogna avere paura degli avvisi di garanzia ... Specificamente per gli appalti c'è un codice che funziona benissimo ... Basta applicarlo*».

4.1. Gli elementi di valutazione

Le linee guida ne suggeriscono cinque, quattro esattamente identici al passato e un quinto introdotto in applicazione dei criteri ambientali minimi di cui all'allegato 1 al d.m. (ambiente) 24 dicembre 2015 come modificato dal d.m. 24 maggio 2016, di cui si dirà in seguito. Non pare condivisibile che le linee guida già fissino in modo rigido il punteggio minimo e massimo da attribuirsi ai singoli elementi (sempre riproducendo i punteggi previsti dal regolamento abrogato), vanificando non tanto il principio di autonomia della stazione appaltante, e già non è poco, ma anche il principio dell'attribuzione dei punteggi in base alla loro rilevanza specifica e attuale nella singola gara, ignorando quel metodo, per individuare i punteggi massimi, che nessuna legge prevede ma che è l'unico ragionevole, ovvero la preventiva "analisi di sensibilità dei singoli elementi" che impattano sul giudizio finale.

Per affrontare l'argomento è opportuno partire da una premessa: la particolarità dei servizi tecnici come servizi intermedi e non fine a sé stessi.

²⁰ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2016, n. 1186.

²¹ Nel parere sul vecchio regolamento n. 554 del 1999 il Consiglio di Stato utilizzò l'espressione «*ipertrofia normativa*»; cosa si dovrebbe dire ora che la complessità si è ampliata in modo esponenziale.

L'affermazione merita una spiegazione. Le gare per l'affidamento di lavori, di forniture e di servizi in generale (diversi da quelli tecnici) sono fatte per ottenere le migliori condizioni di lavori, forniture e servizi di immediata fruizione, il cui processo di realizzazione inizia e finisce con la disponibilità dell'oggetto dell'aggiudicazione. Il servizio tecnico e in particolare il servizio di progettazione, al contrario, una volta aggiudicato è uno strumento per poter successivamente affidare e realizzare il lavoro.

In altri termini se nelle gare, di norma, l'oggetto dell'offerta riguarda il prodotto offerto (lavoro, fornitura, servizio generico [22]) nelle gare per i servizi di progettazione l'oggetto dell'offerta riguarda invece il metodo con il quale è predisposto il successivo prodotto, riguarda le modalità di formazione di un progetto (uno sforzo intellettuale e la sua rappresentazione grafica) la cui attuazione è rimessa ad altri (la gara per l'esecuzione dei lavori). Se oggetto della gara fosse il progetto in quanto prodotto, non saremmo più nella gara d'appalto dei servizi tecnici ma nel diverso ambito del concorso di progettazione.

Fatta questa premessa si possono affrontare gli elementi e i criteri di aggiudicazione.

4.1.a. Professionalità e adeguatezza dell'offerta

È il primo criterio, che si trascina immutato dal regolamento del 1999 alle linee guida. È desunta da un numero massimo di tre servizi (ma per i non masochisti è senz'altro meglio un numero inferiore) relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili come affini a quelli oggetto dell'affidamento, secondo quanto stabilito nel decreto tariffe. E qui si ripropongono tutte le problematiche nell'individuazione delle classificazioni affrontate in precedenza a proposito dei requisiti in fase di qualificazione. Naturalmente è opportuno suddividere l'elemento in sub-elementi, come per tutti gli elementi a valutazione tecnico-discrezionale in quanto, come noto, secondo gli insegnamenti giurisprudenziali ormai consolidati, più gli elementi e sub-elementi di valutazione sono frazionati e dettagliati e più hanno ciascuno un peso o un sub-peso singolarmente limitato, più viene meno l'obbligo di motivazione fino a rendere sufficiente l'attribuzione di punteggi numerici.

Fermi restando i profili critici che si diranno oltre, questo è un elemento di valutazione intrinsecamente anomalo: gli elementi dell'offerta tecnica, semplificando al massimo, possono essere riassunti come *«quello che il concorrente farà/offrirà/metterà a disposizione, a favore della stazione appaltante e del risultato perseguito, di più e meglio rispetto a quanto previsto dagli atti posti a base di gara»*. Ebbene, i progetti fatti, per quanto apprezzabili, nulla dicono né possono dire in proposito; al massimo possono dirci quanto è bravo il concorrente, per quanto questo sia credibile con qualche foglio formato A.3, [23] ma questo non è materia tipica dell'offerta, bensì dell'offerente e non è certo la stessa cosa. Inoltre il progetto pregresso presentato in offerta, quale nesso può o deve avere con il concorrente, in tema di valutazione della professionalità, se il raggruppamento concorrente è diverso dal raggruppamento titolare del progetto, oppure se le professionalità essenziali che hanno partecipato al progetto precedente non sono più presenti nel concorrente o non sono impiegate dall'aggiudicatario? Si ripropongono tutti i dubbi e le difficoltà già visti in materia di requisiti di ammissione. Del resto

²² Servizio mensa, di igiene urbana, di vigilanza, di manutenzione, di gestione di un'infrastruttura ecc.

²³ O da confrontare tra diversi concorrenti su uno schermo di 20 pollici nelle gare telematiche.

questo elemento, per quanto ci si possa arrampicare sui vetri per dimostrare il contrario, ha almeno qualcosa in comune con i requisiti. Né si comprende infine che dimostrazione di professionalità può dare la sintesi grafica di un progetto pregresso in una gara per l'affidamento della direzione dei lavori.

Sul merito del contenuto di questo elemento dell'offerta si rinvia alle linee guida che sono condivisibili per mancanza di alternative.

4.1.b. Caratteristiche metodologiche dell'offerta

È il secondo, anch'esso si trascina immutato dal passato. È desunto dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico. Qui troppo spesso si vedono nelle gare delle relazioni che hanno un valore poco più alto di una sbobba indigeribile di banalità e descrizioni irrilevanti o non pertinenti. Deve essere ribadito, anche se dovrebbe essere superfluo, che è inutile spendere pagine con la mera ripetizione della disciplina già dettagliata dalla normativa o la mera reiterazione di provvedimenti di ANAC o di altre autorità a contenuto più o meno vincolante, ivi compresi i decreti ministeriali di settore, senza che l'esposizione abbia alcun apprezzabile carattere di autonomia o di novità. Utilizzando una frase da serie TV poliziesca, caro offerente «*dimmi qualcosa che non so*».

Si comprende come questo non sia facile quando la disciplina secondaria, oggi costituita in via transitoria dagli articoli da 14 a 43 del d.P.R. n. 207 del 2010, è talmente dettagliata da ridurre enormemente gli spazi per metodologie progettuali originali. Sarà ancora peggio con la nuova disciplina che sarà introdotta in attuazione del Codice. [24]

Allo stesso modo è inutile occupare spazio con la descrizione di condizioni che non hanno riferimento ad alcuno degli elementi o dei sub-elementi di valutazione, a prescindere dal valore intrinseco delle condizioni offerte. È un po' come tornare a scuola: se il tema è la poesia nel rinascimento, puoi anche essere Manzoni e scrivere i Promessi sposi, ma non eviti la bocciatura.

Un cenno alla *vexata quaestio* del numero limitato delle pagine, che ha portato frequentemente davanti al giudice amministrativo (non credo capiti in nessun'altra parte delle terre emerse), con alterne vicende e fortune, le situazioni più fantasiose in caso di relazioni con un numero di pagine superiore a quello raccomandato o peggio ancora prescritto: dall'esclusione dell'offerente, al punteggio zero alla relazione, al sorteggio delle pagine da esaminare, all'accontamento delle pagine eccedenti e via discorrendo.

Personalmente mi piace pensare all'introduzione di un sub-elemento del tipo «*miglior rapporto tra sintesi, chiarezza e completezza della relazione*» oppure una clausola del seguente tenore «*le rappresentazioni descrittive prolisse, o inutilmente ripetitive di concetti, la cui lunghezza sia idonea a intralciare o rallentare i lavori della Commissione giudicatrice senza contribuire a chiarire aspetti effettivamente meritevoli di trattazione, possono influire [influiscono] sulla riduzione o l'affievolimento della eventuale valutazione positiva dell'elemento dell'offerta tecnica coinvolto*». [25]

²⁴ Né la proposta di decreto ministeriale ex articolo 23, comma 3, del Codice (in materia di contenuti della progettazione), sulla quale il Consiglio di Stato, con parere 22 gennaio 2017, n. 22, si è espresso negativamente, né la proposta di linee guida di ANAC (in materia di direzione dei lavori, oggi in consultazione) modificheranno tale questione.

²⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 21 novembre 2014, n. 5752; Sez. V 14 ottobre 2014, n. 5123.

4.1.c. Ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica

Giustamente dimenticati i limiti percentuali all'offerta di prezzo, è senz'altro opportuno l'uso dei coefficienti di attenuazione dei ribassi (per capirci il coefficiente X degli allegati M e P del d.P.R. n. 207 del 2010, o l'elevazione a potenza mediante il coefficiente *alfa* inferiore a 1 e superiore a zero, o metodi analoghi), che disincentivano i ribassi eccessivi, purché ovviamente il punteggio maggiore sia sempre attribuito al ribasso migliore e vi sia una qualche forma di ragionevole proporzionalità nei rapporti con gli altri ribassi. [26]

Ho detto ovviamente, ma per qualcuno non sembra sia così ovvio, visto che in questa sala c'è qualcuno che ha visto l'attribuzione del punteggio maggiore al prezzo meno conveniente; risultato strenuamente e vanamente difeso dalla stazione appaltante, tutt'altro che sprovveduta essendo la più grande della regione, sia in primo che in secondo grado. [27]

4.1.d. Riduzione percentuale del tempo, indicata nell'offerta economica

Va da sé che questo elemento è applicabile solo alle prestazioni che hanno un tempo di esecuzione imposto a base di gara, come le progettazioni; non è ammissibile per la direzione dei lavori dove il tempo non è predeterminabile in anticipo e dipende da fattori che determinati solo nella successiva gara di affidamento dei lavori e da condizioni esecutive non riconducibili al progettista. Le linee guida dispongono che negli atti di gara si "dovrà" limitare la riduzione percentuale alla percentuale massima del 20 per cento. A parte ogni considerazione circa la limitazione alla libertà di scelta degli operatori economici, direi che "dovrà" andrebbe mutato in "potrà", e che un simile limite porta inevitabilmente all'appiattimento generalizzato delle offerte in relazione all'elemento tempo, rendendolo inutile. Si ritiene più corretto lasciare libertà nella riduzione sul tempo, disincentivando tempi poco credibili mediante l'attribuzione del punteggio all'elemento tempo con i sistemi collaudati di correzione dei punteggi, ovvero la cosiddetta preferenza per il tempo medio in luogo del tempo massimo, che nel passato ha dato e ancora oggi sta dando risultati abbastanza soddisfacenti.

Anche l'indicazione della riduzione del tempo nell'offerta economica, condivisibile in ragione della storica separazione tra gli elementi a valutazione discrezionale e quelli a valutazione meccanica, negli ultimi tempi è sembrata prima vacillare e poi non essere più così rigida. [28]

4.1.e. Criteri ambientali

È l'unico elemento di novità rispetto alla regolamentazione abrogata. Sono richiamati dalle linee guida in relazione alla determinazione dei punteggi premianti; in realtà i decreti ministeriali che le adottano trattano anche di requisiti di partecipazione; la differenza ontologica tra i due aspetti non emerge affatto dagli stessi decreti, dove la descrizione è a dir poco confusa e contraddittoria.

In omaggio al principio della stabilità delle norme nel tempo, il d.m. del dicembre 2015 (che riguardava i criteri ambientali per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la

²⁶ Di vedano le linee guida n. 2 di ANAC (sull'offerta economicamente più vantaggiosa, al Capo IV), senza scomodare le dieci o quindici formule proposte da alcuni soggetti aggregatori.

²⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 febbraio 2016, n. 325, confermata da Consiglio di Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595.

²⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2017, n. 169; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2510.

nuova costruzione ma anche le forniture di ausili per l'incontinenza; non è una battuta, si veda la Gazzetta ufficiale n. 16 del 21 gennaio 2016 per credere), malgrado la giovane età, è già stato sostituito dal d.m. 11 gennaio 2017.

L'implementazione del decreto del ministero dell'ambiente nelle clausole di gara, sia per quanto riguarda specifici requisiti supplementari di partecipazione che per quanto riguarda gli elementi dell'offerta richiede il ricorso alla stele di Rosetta. [29]

Questo perché il servizio tecnico oggetto della gara, come detto in precedenza, non è fine a sé stesso ma è una intermediazione rispetto alla quale il prodotto finale (il lavoro o l'opera, cioè il vero destinatario dei criteri ambientali), è soggetto a condizioni e limitazioni estranee alla disponibilità del concorrente alla progettazione. In parole povere, se i criteri ambientali (e in primo luogo il ciclo di vita e le esternalità ambientali) non hanno un particolare rilievo diretto sul servizio di progettazione ma un rilievo determinante sull'opera, già da subito l'offerta tecnica progettuale in materia ambientale potrebbe non trovare possibile applicazione in fase attuativa, per incompatibilità dei costi o di altre condizioni non note in origine. Già il fatto che i criteri ambientali del d.m. di gennaio siano destinati sia ai servizi di progettazione che ai lavori, senza indicare la naturale distinzione, li rende cervellotici, con alcune banalità inconcludenti. È utile ricordarne alcune:

- l'amministrazione indicare esplicitamente *«nel bando di gara o nei documenti di affidamento che sono ammesse solo varianti migliorative rispetto al progetto oggetto dell'affidamento ...»* ma veramente? Non c'avevamo pensato;
- *«... la stazione appaltante deve assicurarsi che la progettazione degli interventi sia affidata a professionisti abilitati e iscritti in albi o registri professionali ...»* ma veramente? Anche a questo non avevamo pensato.

Senza contare che alcuni criteri ambientali sono richiesti dai criteri ambientali come requisito, mentre per le linee guida n. 2 possono esseri richiesti (si spera alternativamente) come elemento premiante nell'ambito dell'offerta tecnica. Non ultimi alcuni aspetti di natura aritmetica o vincolante, quale il ciclo di vita utile, l'etichettatura e anche la registrazione EMAS o la certificazione ISO 14001, che si trascinano la problematica di dove collocarli: nell'offerta tecnica o nell'offerta economica, [30] specialmente quando l'elemento prezzo è articolato secondo il criterio del costo/efficacia di cui agli articoli 95, comma 2 e 96 del Codice.

4.2. Profili critici dell'offerta tecnica

Oltre a quanto già previsto nei paragrafi che precedono, vale la pena di citare alcuni profili critici sottovalutati che riguardano l'offerta tecnica, con particolare riferimento all'elemento descritto al paragrafo 4.1.b (Caratteristiche metodologiche dell'offerta, ovvero l'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico) e al paragrafo 4.1.e (Criteri ambientali).

Ne citiamo almeno tre, due che si verificano immediatamente in fase di gara e uno che consegue in fase di svolgimento del servizio. Si tratta peraltro di profili critici che sotto altre forme

²⁹ *Un amico arguto sosterebbe che è più facile interpretare «Il problema della recensionalità del codice B alla luce del Papiro Bodmer XIV» - Roma, Pontificio istituto Biblico, 1966»*

³⁰ *T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 1 luglio 2016, n. 905 a proposito della certificazione OHSAS 18000.*

e con altre conseguenze, si presentano anche nei settori diversi dai servizi tecnici (comprese le gare di lavori indette sulla base del progetto esecutivo).

La prima criticità che caratterizza l'offerta tecnica è costituita dalla cosiddetta "emulazione".

Emulazione "esterna", quando i concorrenti non aggiudicatari prendono visione dell'offerta tecnica del vincitore, allo scopo di trarne quei contenuti che a loro giudizio, hanno ottenuto valutazioni tanto elevate da conseguire l'aggiudicazione, Nelle gare successive i concorrenti cercheranno di adeguare la propria offerta tecnica a tali condizioni; così in sequenza gara dopo gara, sempre con maggior affinamento fino a raggiungere l'acme insuperabile.

Emulazione "interna", quando è la stazione appaltante ad attingere a quei contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario che hanno ottenuto valutazioni tanto elevate. Nelle gare successive la Stazione appaltante implementerà tali condizioni per essa vantaggiose o ottimali già nella documentazione a base di gara, togliendo progressivamente, gara dopo gara, ogni spazio di espressione e di manovra alle offerte tecniche da presentare. Creando cioè un capitolato e uno schema di contratto praticamente non migliorabili o altrimenti modificabili dai concorrenti.

In ambedue i casi si verificherà, come già si sta verificando, un inopportuno ma inevitabile appiattimento delle offerte tecniche che non consente più una genuina attribuzione dei punteggi con la formazione di una seria graduatoria dei meritevoli. L'appiattimento dei punteggi, accompagnato dal noto appiattimento delle offerte economiche fa transitare le gare da una vera competizione a una lotteria.

La seconda criticità è la potenziale sovrapposizione degli elementi dell'offerta tecnica (o degli elementi del costo/efficacia se in tal modo è determinato il prezzo) con i requisiti di ammissione, ovvero tra requisiti soggettivi di qualificazione quali condizioni di accesso alla gara e criteri di valutazione dell'offerta, quali aspetti di preferenza. È noto come questi due ambiti siano stati sempre storicamente distinti e separati da una barriera invalicabile, pena la censura in sede giurisdizionale. Infatti il principio pacifico era la divisione drastica tra:

- i requisiti di qualificazione erano riferiti al "soggetto operatore economico" e costituiti dal *background* (requisiti statici: esperienze, certificazioni, organizzazione, ovvero il "passato"), con soglie minime uguali per tutti i concorrenti; nessun privilegio per il più grande, il più bravo o il più esperto; superata la soglia minima il concorrente è ammesso senza altre discriminazioni o graduatorie;
- gli elementi e i criteri di valutazione riferiti allo "oggetto dell'offerta" e costituiti dallo *outlook* (requisiti dinamici: la proposta dell'offerente, cioè quello che può fare, fornire, prestare, in caso di aggiudicazione, ovvero il "futuro") che si conclude con una graduatoria di merito.

In tempi recenti i giudici amministrativi hanno in parte rimosso tale barriera e, sull'onda della nuova direttiva, ^[31] hanno lasciato spazio alla previsione, nell'offerta, di elementi una volta tipici dei requisiti di ammissione o analoghi a questi ultimi, fermo restando il divieto insuperabile di utilizzare lo stesso elemento sia tra i requisiti di ammissione che tra i criteri dell'offerta. Tipico di questo mutato sistema è il criterio di valutazione circa «*l'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato*» accompagnato dalla inevitabile foglia di fico «*qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa*

³¹ Considerando (94) e articolo 67, paragrafo 2, lettera b), recepito dall'articolo 95, comma 6, lettera e), del Codice e ripreso nelle Linee guida ANAC.

sul livello dell'esecuzione», utilizzato ormai a man bassa nelle gare per l'affidamento di servizi professionali [32], suggerito anche dalle linee guida e breccia suscettibile di allargarsi a dismisura. Per quanto datate e superate, rammentiamo le argomentazioni contrarie che hanno preceduto questa parziale inversione di tendenza, rinvenibili:

- nella circolare del MIT n. 2473 del 16 novembre 2007 che raccomandava la disapplicazione della norma regolamentare del 1999, riproposta nel regolamento del 2010 e che oggi rivive nelle linee guida, in modo da omettere la valutazione del progetto pregresso e del curriculum dell'offerente;
- nella circolare del Ministero per le politiche europee del 1° marzo 2007 di analogo contenuto;
- nella vicenda, risalente nel tempo, dell'abrogazione del d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116 (cosiddetto decreto *Karrer*) in seguito ad infrazione comunitaria, rimediata nel 2002.

Si tratta di atti antecedenti l'ultima direttiva, quindi inefficaci, ma esprimono concetti ancora in parte attuali che inducono alla cautela nella definizione degli elementi di valutazione tecnica che possono intersecare i requisiti di partecipazione, anche se l'elemento in discussione è ormai entrato di diritto nell'ordinamento.

Il terzo aspetto critico è costituito dalle modalità di verifica dell'effettiva applicazione, nello svolgimento del servizio, di tutte le condizioni offerte dall'aggiudicatario in fase di gara. È immanente al sistema la difficoltà degli organi della stazione appaltante, per mille ragioni che oltre all'indisponibilità di tempo e di competenze è inutile richiamare, di porre in atto attività veramente efficaci di controllo, vigilanza e penalizzazione degli inadempimenti. È altrettanto o ancora più difficile rimediare ad un operatore che ha conseguito l'aggiudicazione sulla base di condizioni che, se non rispettate in fase esecutiva, perdono qualunque pregio facendolo regredire in una ipotetica (e ovviamente irrecoverabile) graduatoria; quindi il contratto prosegue nella consapevolezza che non è eseguito dall'operatore "più bravo e più meritevole" tra quelli che hanno partecipato.

L'articolazione di penalità (economiche e reputazionali) per gli operatori che si discostano negativamente dalle obbligazioni contrattuali offerte in fase di gara, deve trovare collocazione nel capitolato d'onere e nello schema di contratto iniziali ma non sono di facile individuazione in via preventiva.

³² Corte di giustizia della UE, quinta sezione, 26 marzo 2015, causa C-601/13 (*Ambisig vs. Nersant*).

APPENDICE. Ultim'ora: la proposta di primo decreto correttivo

Rinvio al paragrafo 1

La qualificazione giuridica degli operatori economici affidatari dei servizi tecnici

Il decreto correttivo nulla prevede ai fini della risoluzione delle contraddizioni tra le diverse fattispecie di operatori economici elencati all'articolo 46 del Codice e quelli disciplinati dal d.m. del MIT 2 dicembre 2016, n. 263, adottato in attuazione dell'articolo 24, comma 2, del Codice, pubblicato in G.U. n. 35 del 13 febbraio 2017, in vigore da 28 dello stesso mese.

Diversamente dai decreti precedenti e dalle linee guida ANAC, è l'unico provvedimento che, in ottemperanza all'articolo 217, comma 1, lettera u), numero 1), del Codice, indica le norme regolamentari che vengono abrogate. Nel caso specifico la cosa non fa grande differenza visto che il decreto ripropone quasi esattamente le norme previgenti, pregi e difetti compresi.

Rinvio al paragrafo 1, secondo capoverso, lettere e) ed f)

Il Codice, all'articolo 48, commi 17 e 18, dopo aver riprodotto l'articolo 37, commi 18 e 19 del codice abrogato, in relazione ai casi nei quali è ammessa la modifica ai raggruppamenti temporanei dopo la presentazione dell'offerta e aver introdotto il recesso "indolore" di una mandante [33] parrebbe integrato dal decreto correttivo con un comma 19-ter che ammette tali fattispecie anche in fase di gara. [34] Il decreto correttivo, con un nuovo comma 19-bis potrebbe estendere tali fattispecie, riservate ora ai raggruppamenti temporanei, anche ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e). [35] Di fronte a questi aspetti positivi lo stesso comma rinvia appunto all'articolo 45 che individua gli operatori economici in generale, e potrebbe interpretarsi come inspiegabilmente inapplicabile agli operatori tecnici elencati invece all'articolo 46. Il legislatore delegato è in tempo eliminare ogni equivoco aggiungendo, dopo le parole «... trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)» le parole «e all'articolo 46, comma 1, lettere e) ed f)».

La stessa imprecisione si perpetua all'articolo 5 del d.m. n. 263 del 2016, in materia di consorzi e di GEIE, con il rinvio al solo articolo 45 e non anche all'articolo 46 del Codice.

Rinvio al paragrafo 1, quarto capoverso, e nota a piè di pagina n. 5

Dopo 10 mesi dall'entrata in vigore del Codice finalmente si sono accorti che un mafioso conclamato, amministratore o direttore tecnico di un'impresa, poteva partecipare alle gare pubbliche in quanto l'articolo 80, comma 3, nell'individuare confusamente le persone fisiche rilevanti ai fini delle cause di esclusione aveva limitato il rinvio al comma 1 (motivi di natura penale) ha tralasciato il rinvio al comma 2 (motivi di natura antimafia). In via di supplenza aveva cercato di rimediare ANAC con comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016. Il decreto correttivo sembra operare una sorta di legificazione del comunicato ANAC e rimediare

³³ *Quando l'offerente anche dopo il recesso resta autosufficiente in termini di requisiti e il recesso non sia strumentale ad evitare l'esclusione per la presenza di una causa di esclusione di cui all'articolo 80, in recepimento di un indirizzo giurisprudenziale pressoché univoco.*

³⁴ *In questo caso risolvendo in senso ragionevole un contrasto giurisprudenziale sul punto.*

³⁵ *Dimenticando i contratti di rete ex lettera f), forse recuperabili indirettamente al comma 14.*

integrando il comma 2 con il riferimento al comma 3 e integrando il comma 3 con il rinvio ai commi 1 e 2. [36] Includerà tra i soggetti coinvolti gli institori e i procuratori generali [37] ma, diversamente dal comunicato ANAC che rinviava semplicemente all'articolo 85 del codice antimafia coinvolgendo nella gara anche i conviventi maggiorenni, lascia questi ultimi in capo al solo contraente. Resta l'antinomia tra l'offerente e il contraente: il primo potrebbe avere motivi ostativi antimafia riferiti a un convivente o a un quarto socio, superare legittimamente indenne la gara, risultare aggiudicatario e poi non poter firmare il contratto in ragione del più ampio ambito considerato dagli articoli 68 e 85, comma 3, del Codice antimafia). [38]

Rinvio al paragrafo 2

Le tariffe (ovvero il balletto delle tariffe)

Nessuna novità circa la ormai acquisita soppressione dei minimi inderogabili.

Nel balletto delle tariffe, il decreto correttivo interviene sull'articolo 24, comma 8, con la sostituzione per l'ennesima volta del verbo «possono» con il verbo «devono» e sopprimendo la possibilità di una loro disapplicazione motivata. Quindi le tariffe introdotte con il d.m. 17 giugno 2016, secondo il decreto correttivo, dovranno essere obbligatoriamente utilizzate per il calcolo del corrispettivo da porre a base di gara.

Sul piano economico non c'è molto da gioire, nelle gare forse si tornerà ai ribassi del 60 e 70 per cento, usuali nei periodi di obbligatorietà del riferimento alle tariffe, in luogo dei più modesti 25 o 30 per cento che caratterizzavano le gare più recenti.

Rinvio al paragrafo 2, capoversi dal secondo al sesto

Una conseguenza pratica dell'obbligatorietà delle tariffe per determinare la base di gara sarà la decadenza di tutto l'inutile castello di carte costruito dalle linee guida n. 1 e dal confronto tra le tariffe previgenti più economiche: l'obbligo di applicare il decreto del 2016 non sarà più connesso in alcun modo al presunto obbligo secondo il quale il corrispettivo che ne deriva non deve determinare un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti in precedenza, ammesso che questo obbligo esista attualmente.

Rinvio al paragrafo 2, nota a piè di pagina n. 6

Incidentalmente la disposizione ivi criticata, sarà ripresa dal decreto correttivo all'articolo 23, comma 16, con l'aggiunta dell'ultimo periodo «*Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta*»; trattandosi di una norma inapplicabile causerà il medesimo contenzioso sorto nei due periodi (fortunatamente brevi) nei quali una norma analoga è rimasta in vigore. [39]

³⁶ *Troppa grazia sant'Antonio: da nessun riferimento a un doppio riferimento incrociato.*

³⁷ *Anche in questo caso risolvendo un contrasto tra orientamenti giurisprudenziali non univoci.*

³⁸ *Confermando l'incomunicabilità tra ministeri che hanno difficoltà a contare sulle dita di una mano: nel codice dei contratti l'impedimento colpisce le società con meno di quattro soci, nel codice antimafia colpisce anche le società con quattro soci.*

³⁹ *Prima il comma 3-bis introdotto all'articolo 81, poi il comma 3-bis introdotto all'articolo 82 del codice abrogato (noti come "emendamenti Damiano").*

Rinvio al paragrafo 2, capoversi settimo e ottavo, compreso TAR Molise

Una seconda conseguenza pratica sarà la traslazione in alto delle soglie di riferimento per l'affidamento, in termini di procedura applicabile, di pubblicità e di tempistiche per la partecipazione. È palese che applicando meccanicamente il decreto tariffe, con un risultato pressoché vincolato, le soglie di 40.000, 100.000 e 209.000 euro, che rilevano ai fini della normativa applicabile, non potranno essere evitate né arbitrariamente né con una loro ragionevole riduzione. Resteranno possibili alcuni scostamenti marginali causati da incertezze sull'applicazione del decreto tariffe e da imprecisioni, sovrapposizioni o carenze nella classificazione delle categorie di opere nella tabella Z-1 e nell'individuazione delle prestazioni specifiche nella tabella Z-2, allegate del citato decreto.

Cesserà comunque ogni attualità e riferimento utile in relazione alla sentenza di T.A.R. Molise, Campobasso, 28 settembre 2016, n. 370, citata nel testo originario.

Rinvio al paragrafo 3.1, secondo capoverso

Quanto esposto nel testo originario circa le modalità di calcolo del corrispettivo deve essere letto alla luce delle considerazioni che precedono.

Rinvio al paragrafo 3.1, capoversi nono e decimo

Gli equivoci evocati nel testo originario pare saranno risolti dal decreto correttivo dove saranno integrati gli articoli 23, comma 11 e 111, comma 1, nel senso che la direzione dei lavori concorrerà (come ragionevolmente concorre tutt'ora) al calcolo della soglia dei corrispettivi, a meno che tale prestazione sia sottratta al mercato mediante l'affidamento interno alla stazione appaltante o ad altre amministrazioni pubbliche.

Rinvio al paragrafo 3.3, terzo capoverso

Rimediando a una svista incredibile del Codice, il decreto correttivo sopprime l'alinnea del comma 1 dell'articolo 35 che disponeva «*Le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti:*» espellendo curiosamente dal codice tutti i contratti sottosoglia (poi ripresi contraddittoriamente con l'articolo 36), e la sostituisce con l'espressione corretta «*Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:*».

Il commento originario sul punto non è più giustificabile con il riferimento alla stravagante versione originaria del comma 1 dell'articolo 35; può tuttavia mantenere la sua efficacia in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza con l'attenuazione delle rigidità delle linee guida in caso di affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria che, per loro natura, non hanno ragione di essere equiparati ad affidamenti di rilievo superiore.

Rinvio al paragrafo 3.6, capoversi quarto, quinto e sesto

Che la mandataria debba concorrere in misura maggioritaria rispetto a ciascuna delle mandanti è sempre stata una condizione ineludibile, seppure con alterne vicende in materia di confusione tra quote di partecipazione, quote di requisiti e quote di esecuzione, sin dall'articolo

13 della legge Merloni, poi dall'articolo 37 del codice abrogato e dagli articoli 92 (oggi ancora in vigore), 261 e 275 (abrogati) del Regolamento generale. [40]

Nel nuovo codice tale condizione si ricava in via indiretta dall'articolo 48, comma 2, e direttamente dalle linee guida (Box di sintesi dopo il paragrafo 2.2.3.4 della parte IV). È comunque assistita da una ragionevole giustificazione se richiesta dal bando. Ora il decreto correttivo sembra la imponga integrando l'articolo 3, comma 8, del Codice, seppure con un generico riferimento ai soggetti dell'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), con un equivoco circa l'applicabilità agli operatori tecnici elencati all'articolo 46. A meno di poter considerare che gli operatori tecnici di cui all'articolo 46, siano comunque riconducibili alla più ampia famiglia degli operatori economici in generale di cui all'articolo 45.

Rinvio al paragrafo 4.1

Il decreto correttivo, intervenendo sull'articolo 95, comma 10, del Codice, che afferma *«Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi [oneri] aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro»*, sempre in tema di omogeneità per materia, quindi del tutto fuori luogo, aggiunge il periodo *«La stazione appaltante stabilisce il tetto massimo per punteggio economico in modo da evitare che tale elemento sia talmente prevalente sugli altri da determinare, in concreto, l'applicazione del criterio del minor prezzo»*. La finalità, comprensibile, è quella di evitare che prevedendo un peso esorbitante all'elemento prezzo si finisca per annullare il criterio dell'offerta secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Questo non significa, parrebbe, che l'elemento prezzo debba essere per forza di cose minoritario (inferiore a 50), specialmente quando è espresso secondo la complessa formula del costo/efficacia ma che dovrà essere ragionevole; un peso nel *range* da zero a 20 come suggerito dalle linee guida non appare affatto ragionevole, salvo i casi di particolare complessità dell'oggetto della gara e di rilevanza dell'offerta tecnica per la Stazione appaltante (circostanza che per come è organizzata l'offerta non si verifica che raramente).

⁴⁰ Da ultimo, sui servizi di progettazione, T.A.R. Basilicata, Potenza, 12 gennaio 2017, n. 1.