



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 443 DEL 9 maggio 2018**

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da \_\_\_\_\_ OMISSIS \_\_\_\_\_ /Regione Sicilia – Servizio 25 Polo regionale di Gela e Caltanissetta e per i siti culturali – Gara per l’affidamento di indagini geognostiche, strutturali e di laboratorio per la progettazione definitiva/esecutiva dei “Lavori per l’ampliamento, adeguamento ed ammodernamento del Museo Archeologico Regionale di Gela” – Importo a base di gara: euro 93.029,50 - S.A.: Regione Sicilia – Servizio 25 Polo regionale di Gela e Caltanissetta e per i siti culturali

**PREC 98/18/S**

### **Considerato in fatto**

Con istanza acquisita al prot. n. 14204 del 14 febbraio 2018, l’operatore economico \_\_\_\_\_ OMISSIS \_\_\_\_\_ ha lamentato le seguenti presunte illegittimità afferenti la gara in oggetto:

1. classificazione dell’appalto come appalto di servizi “a corpo” nonostante la presenza di documentazione tipica di un appalto “a misura” (relazioni denominate “programma delle indagini geognostiche, prospezioni geofisiche, analisi e prove geotecniche di laboratorio” e “relazione tecnico-descrittiva campagna di indagini strutturali” corredate di ulteriori relazioni denominate “elaborati fotografici, ubicazione delle indagini, vista satellitare, elenco prezzi, computo metrico estimativo”);
2. mancata richiesta di requisiti di partecipazione nonostante le lavorazioni oggetto della gara ricadano nell’ambito della SOA OS20/b e nell’ambito dei servizi geologici;
3. previsione di un criterio di valutazione dell’offerta in forza del quale il punteggio (max 30 punti) è assegnato in funzione della minore distanza della sede legale dell’impresa dal luogo di espletamento del servizio/lavoro con attribuzione di un punteggio pari a zero al concorrente la cui sede legale dista più di 15 km dal Museo archeologico di Gela;
4. previsione (nell’art. 14 del Capitolato speciale di appalto per la campagna di indagini strutturali) di un Archeologo, alla cui presenza sono eseguiti le “indagini strutturali – pozzetti ispettivi di ispezione”, selezionato dalla stazione appaltante ma a carico dell’appaltatore.

Con nota acquisita al prot. n. 14990 del 16 febbraio 2018, la stazione appaltante ha dichiarato, e con nota prot. 25181 del 20 marzo 2018 ha ribadito, di aderire all’istanza di precontenzioso ai sensi del Regolamento del 5 ottobre 2016, contestando tuttavia, al contempo, la legittimazione alla presentazione di istanza di precontenzioso dell’operatore economico \_\_\_\_\_ OMISSIS \_\_\_\_\_ in quanto lo stesso non ha partecipato alla gara.

Nel merito, la Regione Sicilia – Servizio 25 Polo regionale di Gela e Caltanissetta e per i siti culturali ha controdedotto evidenziando che: l’appalto va visto nella sua interezza e che il livello



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

di conoscenza di secondo grado (LC2) garantito dalle misura indicate nelle relazioni redatte dai progettisti incaricati è un livello minimo che i partecipanti possono superare offrendo prestazioni superiori a quella richiesta; per quanto riguarda il parametro “distanza”, la priorità è quella di assicurare, visto l’ingente valore dei reperti, che le operazioni da effettuare in situ vengano svolte alla presenza del personale di custodia che negli ultimi anni si è ridotto drasticamente a causa dei pensionamenti; per ciò che concerne l’incarico da archeologo, poiché non esiste nessun Albo professionale, gli incarichi devono essere affidati a soggetti iscritti all’ “Albo Unico Regionale”, istituito con L.R. 12 luglio 2011 n. 12 da cui le amministrazioni attingono effettuando una selezione comparativa tra i soggetti iscritti.

Avviata l’istruttoria con nota prot. n. 31833 dell’11 aprile 2018, l’istante, con nota prot. n. 32969 del 16 aprile 2018, ha argomentato in ordine alla propria legittimazione a presentare istanza di precontenzioso richiamando il principio della immediata impugnabilità dei bandi in presenza di clausole che richiedono determinati requisiti di qualificazione la cui mancanza inibisce o rende vana la partecipazione. Nel merito ha ribadito le proprie censure, specificando, in particolare, con riferimento alla figura dell’archeologo, che dall’Albo unico attingono le amministrazioni ma non i privati e che, nel caso in esame, la stazione appaltante non si è limitata ad evidenziare che l’aggiudicatario avrebbe dovuto incaricare un professionista iscritto al suddetto elenco ma ha imposto un professionista di sua scelta.

#### **Ritenuto in diritto**

In via preliminare, si osserva che eventuali perplessità in ordine alla legittimazione dell’operatore economico \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ a presentare istanza di precontenzioso devo ritenersi superate dall’adesione della stazione appaltante all’istanza stessa.

Venendo al merito, per ciò che concerne la classificazione dell’appalto “a misura” invece che “a corpo”, si evidenzia che la distinzione tra appalto a corpo (art. 3 del d. lgs. 50/2016, lett. dddd): «qualora il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e come dedotta dal contratto») e appalto a misura (art. 3 del d. lgs. 50/2016, lett. eeee): «qualora il corrispettivo contrattuale viene determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto») si sostanzia nella previsione di una diversa tipologia di contabilità, per cui, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, mentre per le prestazioni a misura il corrispettivo dovuto all’appaltatore può variare in aumento o in diminuzione secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti.

La scelta tra i due sistemi alternativi di remunerazione dell’appalto, anche alla luce del comma 5-bis dell’art. 59 del d.lgs. n. 50/2016 (introdotto dal “decreto correttivo” d.lgs. n. 56/2017) che, rispetto all’art. 53, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, ha generalizzato l’ammissibilità del



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

corrispettivo a misura (precedentemente possibile solo per certi tipi di appalto), è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, che la esercita «in relazione alla natura dell'opera».

Non si ravvedono, nel caso di specie, margini per sindacare l'esercizio della facoltà, da parte della stazione appaltante, di optare discrezionalmente per l'uno o l'altro dei due criteri.

La presenza di documentazione, relazioni e prospetti che descrivono puntualmente l'oggetto dell'appalto rappresenta, nel caso di appalti a corpo, la garanzia per l'appaltatore di non dovere sopportare aumenti di costi derivanti da modifiche tali da determinare un cambiamento significativo nell'oggetto del contratto

Come infatti evidenziato dall'Autorità nella deliberazione n. 51 del 21 febbraio 2001, «Il concetto di immodificabilità del prezzo "a corpo" non è (...) assoluto ed inderogabile, trovando il limite nella pedissequa rispondenza dell'opera da eseguire ai disegni esecutivi ed alle specifiche tecniche (che comprendono le prestazioni tecniche dei vari materiali e componenti e le relative modalità esecutive) entrambi forniti dalla stazione appaltante e sulla base dei quali l'offerente ha eseguito i propri calcoli e proprie stime economiche e si è determinato a formulare la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire. E che il progetto (caratterizzato dai disegni esecutivi e dalle specifiche tecniche) costituisca un fondamentale elemento di riferimento nel contratto di appalto con corrispettivo "a corpo", si riscontra anche dalla lettura dell'art. 1661 c.c, laddove è, appunto, prevista come causa di derogabilità alla immodificabilità del prezzo, la variazione, tipologica e dimensionale, dell'opera. (...). La predeterminazione del sinallagma contrattuale viene meno, pertanto, allorché vi sia una modifica dei disegni esecutivi (e quindi una modifica dell'oggetto del contratto) che comporti la necessità di maggiori (ovvero minori) quantità di opere o lavorazioni rispetto a quelle stimate al momento della fissazione del prezzo e della conseguente formulazione dell'offerta da parte dell'appaltatore; oppure vi sia una variazione delle specifiche tecniche, previste nel progetto facente parte del contratto, che, allo stesso modo di cui sopra, variando l'oggetto del contratto, comportino maggiori o minori costi ed oneri per l'appaltatore».

La richiamata posizione dell'Autorità è stata fatta propria di recente dalla Corte di Cassazione che, nell'ordinanza n. 22268 del 25 settembre 2017, richiamando il precedente dell'Autorità, ha statuito che, in caso di appalto a corpo, il prezzo non è immodificabile in assoluto, in specie quando dalle modifiche successive ai disegni esecutivi e alle specifiche tecniche fornite dalla stazione appaltante derivi un'evidente modifica all'oggetto del contratto, per la necessaria realizzazione di opere e lavori differenti rispetto a quelle individuate al momento della fissazione del prezzo, poiché in tal caso si determina l'effettivo superamento del rischio assunto con l'offerta a corpo, oltre l'alea normale, con diritto al compenso per gli ulteriori lavori svolti.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Per quanto concerne la mancata richiesta di requisiti di partecipazione, si rileva che le indagini geognostiche rientrano nella categoria specializzata OS 20-B che, secondo la declaratoria di cui all'Allegato A al d.P.R. n.207/2010, riguarda l'esecuzione di indagini geognostiche ed esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali, anche ai fini ambientali, compreso il prelievo di campioni di terreno o di roccia e l'esecuzione di prove in situ.

Secondo la disciplina vigente in materia di qualificazione per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, ancora rinvenibile, secondo la disciplina transitoria (art. 216, comma 4, d.lgs. n. 50/2016), nelle more dell'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, negli articoli da 60 a 96 del d.P.R. n. 207/2010 e negli allegati ivi richiamati, nel caso (come quello di specie) di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, la qualificazione SOA non è necessaria ma l'operatore economico può partecipare agli appalti «qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare; b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente, non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando (...); c) adeguata attrezzatura tecnica» (art. 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010).

Conseguentemente, alla luce di quanto sopra, per quanto riguarda la parte dell'oggetto dell'appalto comprendente le indagini geognostiche, la *lex specialis* di gara avrebbe dovuto richiedere, ai fini della partecipazione, i requisiti indicati nel richiamato art. 90 del d.P.R. n. 207/2010.

Per quanto concerne le indagini strutturali, si rileva che si tratta di una tipologia di servizi qualificabili come servizi di supporto alla progettazione, rientranti tra le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione che l'art. 252, comma 2 dell'abrogato d.P.R. 207/2010 ricomprendeva nei servizi di architettura e ingegneria. L'art. 3, comma 1, lett. vvvvv) del d.lgs n. 50/2016 definisce i servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici come "servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2005/36/CE".

Nel caso in esame, benché il disciplinare di gara non preveda nulla a riguardo, il capitolato speciale relativo alla campagna di indagine sulle strutture, nell'Art. 14 Linee guida per le verifiche tecniche - Indagini strutturali, prevede che «Le prove statiche dovranno essere progettate da un ingegnere abilitato a ciò secondo la vigente normativa». Trattandosi pertanto di attività svolta nell'esercizio di una professione regolamentata per la quale è richiesta una determinata qualifica professionale, l'attività di indagine strutturale oggetto della gara va ritenuta riconducibile nell'attuale definizione di servizi di architettura e ingegneria e, conseguentemente, è soggetta all'applicazione delle Linee Guida n. 1 - Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria che, con riferimento all'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria di valore (come nel caso di specie) inferiore a 100.000,00 euro, prevedono la possibilità che la *lex specialis* di gara richieda, ai fini della partecipazione, il possesso di requisiti economici - finanziari e tecnico - professionali.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

In ogni caso, il disciplinare dovrebbe richiedere espressamente la presenza della figura professionale dell'ingegnere abilitato all'esercizio della professione per lo svolgimento dell'attività di indagini strutturali.

Per quanto concerne il criterio di valutazione delle offerte costituito dalla distanza tra la sede legale dell'impresa e il luogo di esecuzione dell'appalto, esso propriamente prevede l'attribuzione del punteggio massimo di 30 punti (sui 90 complessivamente riservati all'offerta tecnica) agli operatori economici la cui sede legale sia posizionata entro 15 km dal Museo e punteggi via via inferiori a chi abbia sedi legali più distanti secondo la formula indicata nel disciplinare (peso  $V(x) = 15/d(x)$ ).

Al riguardo si rammenta che l'Autorità, nel Comunicato del Presidente del 10 ottobre 2010, constatato, nel corso dello svolgimento delle funzioni di vigilanza, l'inserimento in molti bandi di clausole contemplanti condizioni di partecipazione alle gare, modalità di valutazione dell'offerta e di esecuzione dei relativi contratti, volte a riconoscere preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento, ha ribadito che «i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese. Simili clausole rappresentano, infatti, una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*».

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha ritenuto legittimi i criteri di valutazione dell'offerta basati su principi di prossimità territoriali solo quando volti a valorizzare un elemento che poteva oggettivamente incidere sulla qualità complessiva dell'offerta, come, ad esempio, nel caso della distanza del centro di preparazione dei pasti dal luogo di consegna, in quanto è stato ritenuto che una distanza ridotta tra il centro di cottura e il luogo di consegna possa diminuire sensibilmente i rischi di una consegna ritardata legati a fattori imponderabili e imprevedibili e che, come tali, non potrebbero neppure essere addebitati all'affidatario del servizio (Parere di precontenzioso n. 391 del 12 aprile 2017).

Nel caso in esame, tenuto conto dell'oggetto del contratto, non è chiaro in che modo l'ubicazione della sede legale dell'impresa – e non, se mai, di una sede operativa o di altro luogo nella disponibilità dell'operatore economico - entro 15 km dal Museo possa incidere sulla qualità complessiva dell'offerta. Le ragioni opposte dalla stazione appaltante legate all'esigenza di coordinare i lavori con l'attività di tutela dei beni archeologici e con la fruizione degli stessi all'interno del Museo non paiono sufficienti a giustificare un simile criterio discriminatorio *ratione loci*. Si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe consentire anche agli operatori economici aventi sedi legali ubicate oltre 15 km dal Museo – i quali, ovviamente sono chiamati a farsi carico dei maggiori oneri connessi ai maggiori tempi di spostamento - di formulare, a parità di condizioni,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

offerte che soddisfino le esigenze dell'amministrazione in termini di non interferenza con le attività del Museo e tutela dei beni ivi conservati, senza accordare aprioristicamente preferenza a chi ha una sede più vicina (tra l'altro, senza richiedere requisiti di partecipazione tecnico-professionali). Ovvero, la minore distanza della sede legale, da sola, non è in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

Infine, per quanto concerne la scelta dell'Archeologo che dovrebbe assistere alle attività di esecuzione dei pozzetti ispettivi in fondazione, si evidenzia che l'attività richiesta dovrebbe essere riconducibile all' "assistenza archeologica", attività rientrante nell'archeologia esecutiva, consistente nell'attività da effettuarsi da parte di un operatore archeologo al fine di scongiurare il danneggiamento di depositi archeologici la cui presenza sia già nota o sospettabile nel sito interessato dai lavori. Nella delibera n. 291 del 28 marzo 2018, l'Autorità ha ritenuto che una simile attività, qualora non richieda un'organizzazione in termini di attività di impresa ma possa essere attuabile autonomamente con lavoro prevalentemente proprio, possa rientrare tra le attività specifiche che l'appaltatore può affidare al lavoratore autonomo, «per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante» (art. 105, comma 3, d.lgs. n. 50/2016). Si tratterebbe dunque di attività che, qualora posta a carico dell'appaltatore in quanto facente parte dell'oggetto del contratto, è svolta da operatore archeologo scelto dall'appaltatore stesso.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la *lex specialis* di gara non è conforme alla normativa di settore nella parte in cui, con riferimento alle indagini geognostiche, non richiede i requisiti di partecipazioni previsti dall'art. 90 d.P.R. n. 207/2010;
- la *lex specialis* di gara non è conforme alla normativa di settore nella parte in cui prevede il criterio di valutazione dell'offerta costituito dalla distanza tra la sede legale dell'impresa e il luogo di esecuzione dell'appalto;
- a *lex specialis* di gara non è conforme alla normativa di settore nella parte in cui prevede che l'archeologo sia scelto dal committente.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 maggio 2018

Il Segretario Maria Esposito