



CNA
PPC



**CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI ARCHITETTI
PIANIFICATORI
PAESAGGISTI
E CONSERVATORI**

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

CNAPPC / AVCP

Quesiti – Contributi – Pareri

CNAPPC - Dipartimento Lavori Pubblici e Concorsi

concorsi.cnappc@archiworld.it
consulenzalavoripubblici.cnappc@archiworld.it

Presidente: Rino La Mendola
Consulenza Tecnica: Accursio Pippo Oliveri
Consulenza Legale: Marco Antonucci
Segreteria: Raffaele Greco

N.B. - per **Codice** si intende il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)
- per **Regolamento** si intende il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006)

AVCP- Consultazione del 29/09/2011

Argomento/parola chiave: **Cause tassative esclusione-Costo del lavoro**

AVCP- RICHIESTA CONTRIBUTO PER CONSULTAZIONE – nota del 4/08/2011

Si informa che l'Autorità ha avviato una consultazione in merito alle cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-*bis* del Codice), ai requisiti di ordine generale (art. 38 del Codice) e alla determinazione del costo del personale (art. 81, c. 3-*bis* del Codice).

Al riguardo è stato predisposto il documento denominato "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro".

CONTRIBUTO CNAPPC (in collaborazione con i Consigli Nazionali di Geologi, Geometri ed Ingegneri) del 28/09/2011

Premesso che:

- la L. 12 giugno 2011, n. 106 (G.U.R.I. n. 160 del 12/07/2011), di conversione del D.L. 70/2011, ha introdotto il comma 3 bis all'art. 81 e il comma 1 bis all'art. 46 del Codice;
- la nuova disposizione normativa di cui al sopra citato comma 3 bis dell'art. 81 (già in vigore in quanto non soggetta a regime transitorio), volta a migliorare le condizioni di lavoro e a garantire migliori condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori, esclude il "costo del personale" dall'importo da assoggettare a ribasso nella formulazione delle offerte in gare e altre forme di selezione per l'affidamento di appalti, servizi e forniture;
- l'introduzione del comma 1 bis dell'art. 46 del Codice fissa nuove regole per definire – a monte, attraverso la predisposizione di bandi-tipo
- le clausole tassative di esclusione nelle gare per affidamenti di appalti, servizi e forniture;

Visto:

- Il documento denominato "Prime indicazioni sui bandi tipo: Tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro" redatto da Codesta A.V.C.P.;
- il documento contenente prime indicazioni elaborate dal Gruppo di lavoro interregionale sui contratti presso ITACA, del 14/07/2011, volto a integrare la nuova norma con le altre disposizioni contenute nel Codice e nel Regolamento e di individuare alcune modalità applicative della nuova disciplina;

Considerato che:

- l'introduzione del nuovo comma 3 bis risulta di particolare rilievo e impatto per tutte le procedure di gara (aperte, ristrette e negoziate), in tutti i settori e per qualunque importo di lavori, servizi e forniture, affidati sia con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- l'innovazione introdotta dal comma 3 bis determina una disciplina che non limita più l'azione ad un mero controllo di congruità, formulato sulla base di valutazioni parametriche e decontestualizzate, ma richiede che il costo del lavoro sia valutato puntualmente, in quanto "costo puro e incompressibile" non assoggettabile al mercato, in perfetta analogia con i costi aggiuntivi per la sicurezza desunti in fase progettuale;
- con l'introduzione del comma 1 bis dell'art. 46 del Codice, la legittimità dell'esclusione dalle gare "... viene ancorata non più all'espressa

previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità della clausola violata, ma ad un giudizio preventivo e generale che si esprime, una volta per tutte, con la codificazione di regole puntuali da parte del legislatore e ... con la redazione dei bandi tipo da parte dell'Autorità ...";

- in base al nuovo quadro normativo, aggiornato alle modifiche introdotte dall'art. 4 bis del D.L. 70/2011, convertito nella L. 106/2011, "... può ritenersi che siano nulle le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongono un dato adempimento ai partecipanti a pena di esclusione senza una specifica copertura nella normativa vigente, mentre, al contempo, sono legittime le cause di esclusione derivanti dalla normativa vigente in tema di contrattualistica pubblica e dettagliatamente individuate nei bandi tipo ...";

Tutto ciò premesso, visto e considerato, i Consigli Nazionali delle professioni in epigrafe offrono il seguente contributo per una razionale applicazione dei citati dispositivi introdotti dalla Legge 106/2011:

IL COSTO DEL PERSONALE NEI SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA

L'art. 4 bis del decreto legge n. 70/2011, convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106, introduce il comma 3 bis all'art. 81 del Codice, il quale recita:

3 bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Secondo il parere degli scriventi, seguendo un'interpretazione letterale della norma sopra riportata, il costo del personale non sarà più assoggettato a ribasso nella formulazione delle offerte, sia negli appalti di lavori che negli affidamenti di servizi e forniture, compresi i servizi di architettura e ingegneria.

La stazione appaltante, pertanto, dovrà indicare ex ante, nel bando di gara, l'importo del costo del lavoro, al pari degli oneri necessari all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in modo da sottrarle alla contrattazione economica.

Tale interpretazione è in linea con quanto indicato nel documento "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 81 del codice dei contratti pubblici dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del D.L. 70/2011", redatto dal gruppo di lavoro interregionale "Codice contratti" operante presso ITACA.

Quanto alle difficoltà applicative legate alla necessità di predeterminazione della quota afferente al costo del personale, con specifico riferimento ai servizi di Architettura e Ingegneria, i Consigli Nazionali scriventi ritengono che, in prima applicazione, il "costo del personale", da distinguere dall'importo su cui effettuare il ribasso, possa essere semplicemente calcolato con la seguente formula:

$$\mathbf{CP = US \times GG \times SM}$$

Dove:

CP = Costo del personale ex art. 81, comma 3 bis, del Codice

US = Unità lavorative stimate nel bando, ex art. 263, comma 1, lettera d) del Regolamento

GG = Tempo (in giorni) assegnato nel bando per la prestazione professionale

SM = Salario medio ex CCNL Area Dirigenza/Area comparto (funzionari direttivi)

I Consigli Nazionali scriventi offrono, in ogni caso, la loro disponibilità per la elaborazione di una tabella da allegare ai bandi tipo che definisca le unità stimate ed il tempo necessario per l'espletamento dell'incarico in relazione alla tipologia di servizio. Si dichiarano altresì disponibili ad

avviare, organizzare e finanziare un sondaggio iniziale e un monitoraggio nel tempo, finalizzati a verificare ed aggiornare costantemente il valore del suddetto "Costo del Personale" nei servizi di architettura e ingegneria, in relazione alla tipologia del servizio (es.: fasi della progettazione, direzione dei lavori, collaudo, ecc.) alla tipologia di intervento (costruzione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, ecc.) ed alla categoria dell'opera (puntuale, a rete, presidio e difesa ambientale, ingegneria naturalistica, strutture, impianti, ecc...).

Tali sondaggi e monitoraggi potrebbero essere eseguiti da un organismo terzo, accreditato nel campo di ricerche, sondaggi e sistemi informativi.

Nelle more dell'acquisizione di detti strumenti conoscitivi, il costo del lavoro potrebbe essere determinato, semplicemente, con la formula sopra riportata.

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

Il c.d. "soccorso istruttorio" - (parte II, paragrafo 4, documento AVCP)

Facendo riferimento a quanto previsto dall'art. 46, comma 1 del Codice, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, si ritiene preferibile un orientamento secondo il quale, per legittimare l'esclusione, sia sempre e comunque necessaria una valutazione sostanziale della sussistenza delle cause ostative (Consiglio di Stato Sez. V, 09/11/2010 n. 7967), dovendosi, pertanto, accordare un'ampia portata applicativa all'istituto del *soccorso istruttorio*.

Si ritiene debba quindi prevalere, tra le due ipotesi interpretative formulate al riguardo da Codesta Spettabile Autorità nel proprio documento, quella per cui *"in presenza di un documento o di una dichiarazione mancante non previsti a pena di esclusione dalla normativa applicabile il possesso effettivo del requisito di partecipazione (che tali documenti o dichiarazioni sono volti ad attestare) varrebbe a fondare e, anzi, a rendere obbligatoria, la richiesta di integrazioni documentali"*.

Resta fermo il principio, ovviamente, in base al quale la *regolarizzazione postuma* non possa essere riferita ad elementi essenziali della domanda o dell'offerta, per il rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali - (parte II, paragrafo 5.2, documento AVCP)

Con riferimento al profilo di mancata allegazione, alle dichiarazioni rese ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, della copia del documento di identità del sottoscrittore, condividendo l'orientamento espresso dall'A.V.C.P., si ritiene che l'allegazione di una sola copia del documento di identità del sottoscrittore sia sufficiente a garantire la veridicità di tutte le dichiarazioni rese da quel soggetto, anche nei casi in cui tali dichiarazioni siano contenute in buste differenti, purché riferite alla medesima procedura e quindi contenute nel medesimo plico che comprende anche la copia del documento di identità.

In altre parole, sarebbe opportuno chiarire come la presenza di una copia dei documenti dei sottoscrittori, contenute nel plico generale dell'offerta, siano sufficienti a garantire la veridicità di tutte le dichiarazioni rese nelle varie buste di carattere amministrativo, tecnico o economico.

Nel medesimo punto del documento si potrebbe parimenti chiarire, in modo definitivo, come sia illegittima l'esclusione motivata dalla mancanza dei timbri a lato delle sottoscrizioni, quando le stesse siano comunque chiaramente attribuibili ai soggetti estensori.

Nella consapevolezza che il presente documento costituisca solo un primissimo contributo alla redazione dei bandi-tipo di cui all'art. 4 bis del cosiddetto "Decreto Sviluppo", si ringrazia Codesta Spettabile Autorità per l'attenzione riservata ai rappresentanti delle professioni tecniche scriventi.

Quesito CNAPPC del 06/09/2011

Argomento/Parola Chiave:

Soglia Affidamenti diretti servizi architettura e ingegneria

Con particolare riferimento alle modifiche introdotte dal Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con Legge 12 luglio 2011, n. 106 (che per brevità viene appresso richiamato con i termini *Decreto Sviluppo*),

Premesso che:

- a) con l'art. 4, comma 2, lett. m-bis del *Decreto Sviluppo*, è stato modificato l'art. 125, comma 11, del Codice, stabilendo, in particolare con il secondo periodo, che l'importo dei servizi e delle forniture affidabili direttamente da parte del R.U.P. viene elevato da 20.000 a 40.000 euro;
- b) a suddetta modifica, apportata al Codice, non corrisponde, forse per un refuso, analoga rettifica al Regolamento, art. 267, comma 10. Nello specifico, il testo di suddetto comma 10, aggiornato dal *Decreto Sviluppo*, per quanto concerne i servizi di cui all'art. 252 dello stesso Regolamento (servizi di architettura e ingegneria) conferma la precedente soglia di 20.000 euro;
- c) l'art. 4, comma 15, lett. b-bis) del *Decreto Sviluppo* sopprime i termini "secondo periodo" dal già citato art. 267, comma 10, del Regolamento, il quale viene come appresso modificato: "*I servizi di cui all'articolo 252 il cui corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto previsto dall'art. 262, sia inferiore a 20.000 euro possono essere affidati secondo quanto previsto dall'art. 125, comma 11 del codice, nel rispetto dell'art. 125, comma 10, primo periodo, del codice medesimo*";
- d) secondo un'interpretazione letterale dei testi modificati del Regolamento, art. 267, comma 10, e del Codice, art. 125, comma 11, sembrerebbe che i principi di trasparenza, rotazione e pari opportunità debbano essere rispettati dal RUP, negli affidamenti diretti sotto la soglia oggetto del presente quesito, **soltanto per i servizi di architettura e ingegneria.**

Considerato che:

- le modifiche complessivamente apportate alle norme sopra richiamate lasciano dubbi sull'effettiva elevazione della soglia, sotto la quale sono consentiti affidamenti diretti, per i servizi di architettura e ingegneria di cui all'art. 252 del Regolamento;
- non sono chiare le eventuali motivazioni che sarebbero alla base di una distinzione delle soglie per gli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria rispetto a tutti gli altri affidamenti di servizi e forniture;
- con Comunicato del Presidente del 15 Luglio 2011 (*Trasmissione dei dati dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - settori ordinari e speciali - Uniformazione delle soglie minime di importo – GURI del 25/07/11*), Codesta Autorità ha comunicato che, "*a far data dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della citata legge di conversione, la soglia minima di importo per l'invio dei dati viene ricondotta, per i settori ordinari e speciali, al valore di 40.000 euro anche per gli appalti di servizi e forniture, così come già in precedenza stabilita in relazione agli appalti di lavori*", senza evidenziare alcuna "eccezione" per i servizi di architettura e ingegneria.

Ritenuto che:

- è indispensabile chiarire se tali contraddizioni siano da attribuire a semplici refusi o, al contrario, alla volontà del legislatore di non modificare la soglia dei ventimila euro per gli affidamenti dei servizi di architettura e ingegneria.

Tutto ciò premesso, considerato e ritenuto, si chiede a Codesta Autorità di voler esprimere un proprio parere formale sulle modifiche introdotte dall'art. 4 del *Decreto Sviluppo*, con particolare riferimento all'effettiva elevazione della soglia, di cui all'art. 125, comma 11, del Codice, da ventimila euro a quarantamila euro, anche per i servizi di architettura e ingegneria di cui all'art. 252 del Regolamento.

In attesa di un cortese riscontro, è gradita l'occasione per porgere i più cordiali saluti.

AVCP – PARERE DEL 16/11/2011 – Soglia Affidamenti Diretti: 40.000 euro anche per servizi di architettura e ingegneria

In relazione a quanto richiesto da codesto Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, con nota pervenuta in data 22 settembre 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 95018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 e 10 novembre 2011, ha approvato le seguenti considerazioni.

Il quesito sottoposto a questa Autorità trae origine dal mancato coordinamento tra il disposto dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici (di seguito Codice) e l'art. 267 del Regolamento venutosi a creare a seguito delle modifiche cui i due summenzionati articoli sono stati sottoposti dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e dalla successiva legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106.

In particolare l'art. 125, comma 11, (rubricato "Lavori, servizi e forniture in economia") prevede oggi che "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.". All'interno di tale disposizione normativa la soglia, originariamente prevista in euro 20.000, è stata aumentata ad euro 40.000.

Per quanto riguarda l'art. 267, comma 10, del Regolamento (rubricato "Affidamento dei servizi di importo inferiore a 100.000 euro") tale disposizione prevede attualmente che "I servizi di cui all'articolo 252 il cui corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto stabilito dall'articolo 262, sia inferiore a 20.000 euro possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo."

Quanto fin qui richiamato rende evidente come il mancato coordinamento delle norme modificate (non soltanto, quindi, il mancato adeguamento della soglia di cui all'art. 267 del Regolamento) è causa di notevoli criticità per gli operatori del settore dal punto di vista delle possibili differenti interpretazioni delle norme.

Una prima ricostruzione prende le mosse dalla possibile attribuzione, al disposto di cui all'art. 267 del Regolamento, del carattere di specialità rispetto alla normativa di riferimento contenuta nel Codice (l'art. 125). Pertanto si potrebbe sostenere che, proprio in ragione di questo elemento di specialità, ben può ammettersi una variazione di tipo quantitativo, introdotta da una disciplina regolamentare di carattere più specifico, rispetto a quanto previsto dalla disposizione legislativa. In tal senso, nel caso concreto che venisse a configurarsi, la fattispecie

andrebbe interpretata nel senso di poter sostenere l'applicabilità della soglia di 20.000 euro allo specifico caso dei servizi di architettura ed ingegneria in ragione, come appena evidenziato, di un presunto carattere di specialità della norma regolamentare cui sarebbe concessa una deroga rispetto alla disposizione normativa di riferimento.

In realtà, tale ricostruzione, pur fondata a livello logico, sembra non poter superare il vaglio dei principi in tema di interpretazione e gerarchia delle fonti giuridiche.

Da una più attenta disamina del contrasto normativo venutosi a creare, infatti, non può che ricostruirsi una fattispecie nella quale il legislatore ha inteso modificare un aspetto di una normativa di rango primario (la parte del citato art. 125 del Codice nella quale è menzionata la soglia di riferimento, portata a 40.000 euro) omettendo di porre mano ad una modifica che, in un'ottica di carattere sistematico, appare tanto logicamente conseguente quanto necessaria.

In tal senso appare evidente come, a seguito di una modifica della disciplina principale, le correlate disposizioni di livello regolamentare (proprio il Regolamento), aventi carattere esecutivo ed attuativo e non anche delegificante (così come previsto proprio dallo stesso Codice all'art. 5), non potranno che doversi interpretare in senso conforme a quanto previsto dalla normativa di rango primario, non potendosi porre in alcun modo in contrasto con la disciplina della stessa.

Tale affermazione sembra inoltre confermata dalla circostanza per cui il legislatore - modificando l'originaria formulazione del comma 10 dell'art. 267 ("I servizi di cui all'articolo 252 il cui corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto stabilito dall'articolo 262, sia inferiore a 20.000 euro possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, secondo periodo, del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo, del codice medesimo") andando ad eliminare proprio il riferimento proprio al "secondo periodo" del comma 11 dell'art. 125 - sembra aver inteso ricomprendere i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nel più ampio ambito, e nella relativa disciplina, di cui all'art. 125, comma 11, del Codice. In altri termini, pur non essendo stato effettuato un sufficiente coordinamento tra normativa vigente e precedente testo, il legislatore sembra intenzionato, con le modifiche introdotte all'art. 267, comma 10, ad assoggettare - tramite un rinvio più ampio rispetto alla versione precedente dello stesso articolo - l'intero ambito dei servizi di cui all'art. 252 (Servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria) alla disciplina prevista dall'art. 125 comma 11.

Ad una conclusione analoga sembra peraltro essere pervenuto anche il Servizio Studi del Senato che, nell'ambito del scheda di lettura del Disegno di legge A.S. n. 2791 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia" Vol. I, con specifico riguardo alla variazione degli importi riguardanti le soglie di cui all'art. 125 del Codice, espressamente evidenzia come "La Camera dei deputati (em. 4.171) ha inserito una lettera m-bis) volta ad elevare da 20.000 a 40.000 euro la soglia oltre la quale è prevista, dall'articolo 125, comma 11, del Codice, la procedura negoziata per cottimo fiduciario e al di sotto della quale è consentito l'affidamento diretto di servizi o forniture da parte del responsabile del procedimento; conseguentemente viene modificato l'articolo 267 del regolamento nella parte in cui rinvia, per i servizi di architettura e ingegneria, alle norme recate dal comma 11 dell'articolo 125."

AVCP - Richiesta contributo per consultazione, con nota del 26/10/2011

Si informa che l'Autorità ha avviato una consultazione *on line* sull'istituto dell'avvalimento predisponendo un documento denominato "L'avvalimento nelle procedure di gara".

Eventuali osservazioni e/o contributi possono essere inoltrati all'Autorità entro il 12 dicembre 2011.

CNAPPC – Contributo del 12/12/2011**OSSERVAZIONI E VALUTAZIONI DEL CNAPPC IN RISPOSTA AI QUESITI PROPOSTI DALL'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI MEDIANTE IL DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE "L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA"**

In base ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, causa C-176/98 del 2 dicembre 1999, citata dalla stessa AVCP (pag. 2 nota 2 - documento di consultazione), un operatore economico "per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi" ha la possibilità "di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto".

Coerentemente con la sopraindicata giurisprudenza, non appare possibile escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'art. 38; una esclusione di alcuni requisiti potrebbe comportare una procedura di infrazione dello Stato membro dinanzi alla Commissione per una interpretazione restrittiva dalla direttiva 2004/18/CE.

L'impresa concorrente dovrà dimostrare, in concreto, per ogni requisito, la sua effettiva disponibilità che, stante le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa e alle sue procedure interne.

Conformemente ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, i requisiti immateriali sono comunque "requisiti tecnici" e devono quindi essere considerati oggetto di avvalimento.

L'avvalimento di garanzia assicura alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una complessiva solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto; il contratto è quello sancito mediante il contratto di avvalimento, ove è ipotizzabile l'inserimento di clausola specifica, ove si specifichi che si tratta di avvalimento di garanzia.

Il concorrente che intenda far ricorso all'avvalimento dovrebbe produrre, a pena di esclusione, una dichiarazione di avvalimento resa ai sensi del DPR 445/2000 e sottoscritta da soggetto dell'impresa concorrente in grado di impegnare la società in virtù di opportuni poteri conferitigli; con tale dichiarazione si dovrebbe attestare:

- la messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria, sottoscritta da soggetto della stessa impresa ausiliaria, in grado di impegnare la società (in virtù di opportuni poteri conferitigli);
- il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;

- il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

Appare necessario allegare, unitamente a tale dichiarazione, anche originale o copia autentica del contratto di avvalimento.

Oltre all'oggetto, alle risorse e ai mezzi prestati in modo determinato e specifico (e durata), dovrebbe essere indicata nel contratto di avvalimento:

- l'indicazione dettagliata della società ausiliaria, comprensiva di tutte le informazioni contenute in un certificato camerale;
- l'indicazione specifica ed analitica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione;
- una clausola specifica, ove si specifichi che si tratta di avvalimento di garanzia (se prevista);
- una dichiarazione di impegno della ausiliaria a non concedere il proprio avvalimento ad altra imprese in relazione alla procedura di gara, nonché di possedere i requisiti generali di legge ex art. 38, dettagliandoli per esteso.

Appare utile indicare l'estensione della responsabilità dell'ausiliaria fino alla conclusione dell'appalto e dopo quest'ultimo, in relazione alle eventuali responsabilità, di cui agli artt. 1667 e 1669 Cod. Civ.

Le disposizioni dell'art. 88 del Regolamento sono applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture, non essendo indicati nella normativa divieti espressi al riguardo.

Appare sufficiente indicare, nel contratto di avvalimento, tutti gli elementi indicati nel punto precedente.

La responsabilità dell'impresa ausiliaria è contrattuale, stante il vincolo sancito nel contratto di avvilimento e riguarda tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto o solo le risorse prestate, in base a quanto stabilito tra le parti nel contratto di avvalimento.

E' da escludersi il ricorso all'avvalimento della certificazione SOA da parte di un'impresa che ne è sprovvista. Diversamente, si permetterebbe ad un soggetto privo del requisito di qualificazione, nella sua integrità, di partecipare ad una procedura concorsuale, eludendo la normativa sul sistema che governa l'esecuzione dei lavori pubblici.

Non è ammissibile la sostituzione dell'impresa ausiliaria prima della stipula del contratto, stante la presentazione del contratto di avvalimento in sede di gara, ove viene espressamente individuata la società ausiliaria; diversamente, si altererebbe il principio generale di immutabilità dell'offerta.

In base ai criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, causa C-176/98 del 2 dicembre 1999, citata dalla stessa Autorità Contratti Pubblici (pag. 2 nota 2 documento di consultazione), un operatore economico "per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi" ha la possibilità "di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto".

Coerentemente con la sopraindicata giurisprudenza, non appare possibile escludere dall'avvalimento ulteriori requisiti di natura soggettiva diversi da quelli previsti dall'art. 38; ciò potrebbe comportare una procedura di infrazione dello Stato membro dinanzi alla Commissione per una interpretazione restrittiva dalla direttiva 2004/18/CE.

Ai sensi dell'art. 49 del Codice, il bando di gara può limitare l'avvalimento per determinate attività o servizi.

Alla luce di quanto sopra, non si ravvisano condizioni limitative per l'avvalimento nell'ambito dei servizi di ingegneria e architettura.

E' applicabile all'impresa ausiliaria il limite del 30% fissato per il subappalto dall'art. 118 del Codice qualora l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Deve ritenersi escluso il ricorso all'avvalimento nell'ambito del subappalto, essendo l'avvalimento un aspetto valutato dalla stazione appaltante nell'indizione della procedura di gara.

Il ricorso all'avvalimento in un'A.T.I. non può comprendere anche la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere; diversamente, verrebbero snaturate ed aggirate le regole legate alla formazione dei raggruppamenti temporanei.

Quesito CNAPPC del 15/03/2012

Argomento/Parola chiave: **Comune di Sappada – centralina idroelettrica sul Piave-
Calcolo corrispettivo in affidamenti servizi architettura dopo il decreto liberalizzazioni**

Premesse:

Questo Consiglio Nazionale intende sottoporre all'attenzione di Codesta Autorità la procedura indetta dal Comune di Sappada per la progettazione definitiva di una nuova centralina idroelettrica sul fiume Piave, quale esempio dei primi effetti prodotti dall'art. 9 del Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1.

Come si evince dal bando, che si allega alla presente richiesta, a fronte di un importo lordo stimato dei lavori pari a 9.100.000 euro, il compenso da porre a base d'asta per la progettazione definitiva è quantificato, senza alcuna indicazione sulle modalità di calcolo, con un importo lordo massimo onnicomprensivo di 50.000 euro (percentuale intorno allo 0,5 % rispetto all'importo dei lavori).

Nell'avviso, ai concorrenti è richiesto, tra l'altro, il prospetto di massima dell'onorario e delle spese a corrispettivo delle prestazioni, precisando che *"l'onorario dovrà essere rispettoso della dignità della professione in relazione all'importanza delle prestazioni (art. 2233 del Codice Civile), coerente con le disposizioni di legge in materia di lavori, con particolare riguardo alla disciplina comunitaria in materia di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura ed alla recente normativa di liberalizzazione dei minimi tariffari"*.

Il riferimento dell'estensore dell'avviso è al Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, pubblicato in pari data sulla Gazzetta Ufficiale n. 19, che sancisce, all'art. 9, commi 1 e 4, l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico e di tutte le disposizioni che ad esse rinviano, ai fini della determinazione del compenso del professionista.

Il bando in esame, che viola in ogni caso i principi comunitari e codicistici, è uno dei primi effetti che il suddetto Decreto produrrà, in attesa dei necessari chiarimenti sull'effettiva portata della norma sull'intero sistema degli appalti pubblici, il cui impianto normativo, in particolare per quanto concerne i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, risulta fundamentalmente parametrato in funzione dei riferimenti tariffari (su tutti l'art. 92 del Codice e l'art. 262 del relativo Regolamento).

Sull'argomento, questo Consiglio Nazionale ritiene sia necessario chiarire, con l'urgenza del caso, se l'abrogazione di ogni riferimento alle tariffe professionali possa incidere direttamente sulle modalità di calcolo del valore dei compensi da porre a base d'asta per l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; o se invece, come sembra, **per tali fini** sia ancora operante, in forza dell'art. 253, comma 17, del Codice, il Decreto del Ministero della Giustizia del 4.4.2001, ove si individuano i corrispettivi delle attività necessarie per l'espletamento di tali appalti pubblici, fino all'emanazione del Decreto del Ministro della Giustizia che, di concerto con il Ministro delle Infrastrutture, determinerà le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai prestatori di tali tipologie di servizi (art. 92, commi 2 e 3, del Codice). Ferma restando, per i soggetti che partecipano alle gare per l'affidamento di tali servizi, la possibilità di applicare il ribasso ai compensi sopra determinati.

Si ritiene altresì che le disposizioni dell'art. 9, commi 1 e 4, del D.L. n. 1/2012, incidendo "implicitamente" sulla disciplina del Codice e del relativo Regolamento di esecuzione e attuazione, entrino in contrasto con la cosiddetta "clausola di resistenza" di cui all'art. 255 del Codice, in base alla quale *"Ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute"*. La presenza di tale clausola, nel caso di abrogazione implicita, come nella fattispecie, sembrerebbe assumere valenza interpretativa in favore della sopravvivenza della norma a cui si

rivolge.

D'altra parte, le disposizioni dell'art. 92 del Codice **non rinviano espressamente al D.M. 4.4.2001 per la determinazione del compenso minimo da corrispondere al professionista, ma disciplinano solo le modalità di "calcolo" dei corrispettivi** (ritenuti adeguati secondo l'Ordinanza della Corte Cost. del 30 ottobre 2006, n. 352), **per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, che costituiscono l'importo a base di gara nelle procedure di affidamento** (cfr. art. 90 Codice).

E' da sottolineare, comunque, che il richiamato art. 92 del Codice distingue nettamente il termine "corrispettivi", che determinano il prezzo del servizio da porre a base di gara, dal termine "tariffe", utilizzate come meri parametri di riferimento, come prezzario, per tale determinazione (riferimento art. 89 del Codice).

Peraltro, nel caso in cui si vogliano considerare abrogati tutti i riferimenti tariffari, l'assenza di previsione, nel testo dell'art. 9 del D.L. n. 1/2012, di parametri alternativi di riferimento per la determinazione del valore dei contratti per le attività attinenti ai servizi di architettura e ingegneria, potrebbe alimentare un eccesso di discrezionalità delle stazioni appaltanti, che sarebbero nelle condizioni di determinare i corrispettivi senza alcuna regola, procedendo, ad esempio, ad un affidamento diretto in luogo di procedure negoziate o aperte.

E' appena il caso di ricordare infatti che, per effetto della normativa vigente (art. 91 del Codice), le stazioni appaltanti affidano i servizi di architettura e ingegneria con diverse procedure in relazione all'importo dei compensi stimati.

L'assenza di regole certe si tradurrebbe, dunque, in un'allarmante caduta di quel principio della trasparenza, a cui punta la Direttiva europea n. 18 del 2004, incidendo pesantemente anche sul decoro delle professioni interessate (art. 2233 Codice Civile) e sulla qualità di prestazioni professionali fondamentali nella realizzazione delle opere pubbliche.

Proprio tale eventualità sembra estrinsecarsi dallo specifico del bando in esame, dove l'esiguità dell'importo di progettazione, evidentemente sproporzionato rispetto all'importo dei lavori; costituisce per la stazione appaltante un "indebito arricchimento" ai sensi degli articoli 2041 e 2042 del Codice Civile, i cui presupposti sono l'arricchimento senza causa di un soggetto, l'ingiustificato impoverimento di un altro soggetto, il rapporto di causalità tra i suddetti arricchimento e impoverimento e la sussidiarietà dell'azione.

Nel dettaglio, sussiste "arricchimento" nel caso in cui venga conseguita una qualunque utilità economica, come il risparmio di una spesa o l'evitare il verificarsi di una perdita. Nel caso in cui sia resa una prestazione alla Pubblica Amministrazione, l'arricchimento viene assimilato all'utilità conseguita dalla stessa.

L'utilità dell'opera o della prestazione professionale, poi, deve essere riconosciuta, esplicitamente o implicitamente, dalla Pubblica Amministrazione.

Nel caso in specie, il Comune richiede prestazioni professionali (peraltro indefinite) a liberi professionisti singoli e/o associati, ricevendo un beneficio per prestazioni lavorative di carattere intellettuale a fronte di compensi esigui e di indubbi benefici di cui godrà la stessa Pubblica Amministrazione.

Quesiti:

Ciò premesso, si ritiene indispensabile un autorevole intervento di Codesta AVCP, al fine di colmare il vuoto normativo prodotto dall'art. 9 del D.L. n. 1/2012, chiarendo quanto segue:

- a) **l'effettiva portata delle disposizioni dell'art. 9 del D.L. n. 1/2012 sulle disposizioni del Codice, che disciplinano le modalità di definizione dell'importo stimato dell'appalto di servizi di architettura e ingegneria, con particolare riferimento alla "clausola di resistenza" di cui all'art. 255 del Codice e al rischio che i dispositivi introdotti dal sopra citato art. 9 possano determinare una violazione ai principi di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, di cui all'art. 2, comma 1, dello stesso Codice, all'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE e all'art. 10 della Direttiva 2004/17/CE;**

b) se, in ogni caso, in assenza di altri riferimenti certi e nelle more di eventuali disposizioni regolamentari, sia possibile, oltrech  auspicabile, che le stazioni appaltanti, per il calcolo dei compensi da porre a base d'asta nelle procedure di affidamento di servizi di architettura e ingegneria, facciano riferimento ai parametri del D.M. 4/4/2001, scongiurando il rischio di alimentare una dilagante discrezionalit  per le stesse stazioni appaltanti che, stimando il compenso arbitrariamente, in violazione dell'art. 29 del Codice, possano affidare i suddetti servizi con procedure errate (ad esempio, affidamento diretto anzich  procedura negoziata o aperta). Ferma restando la possibilit  che i professionisti concorrenti, in fase di gara, possano proporre il ribasso che riterranno opportuno.

In attesa di un cortese riscontro alla presente, si coglie l'occasione per porgere i pi  cordiali saluti.

AVCP – __/__/____ – Parere (in fase di istruttoria AVCP)