



PREC-DIR 49/2021/S

DEL 2 Agosto 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da OICE – Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica – Procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, per l'affidamento del servizio di coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la realizzazione dei lavori lungo la S.S. n. 9 "via Emilia" di costruzione della variante di Casalpusterlengo e di eliminazione del passaggio a livello sulla S.P. ex S.S. 234 (1° stralcio) - Importo: Euro 186.000,00 – S.A.: ANAS S.p.A. **Parere di precontenzioso reso con procedura semplificata e motivazione sintetica.**

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 40350 del 18 maggio 2021, con la quale l'Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica OICE ha contestato, sotto due distinti profili, la legittimità della lettera di invito per l'affidamento del servizio in oggetto;

RILEVATO che l'Associazione istante ha dedotto: *i)* la violazione dell'art. 95, comma 3, lett. b) del Codice, il quale prevede il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'aggiudicazione dei servizi di ingegneria e architettura di importo pari o superiore a € 40.000,00 (soglia da intendersi in € 75.000,00 a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 76/2020); *ii)* l'illegittimità della clausola che prevede l'applicazione dello sconto del 20% nella parcella, ai sensi della L. n. 155/1989;

VISTO l'avvio del procedimento, comunicato con nota prot. n. 47087 del 14 giugno 2021;

VISTA la documentazione di gara trasmessa dall'Associazione istante in data 21 luglio 2021, a seguito della richiesta istruttoria di cui alla nota prot. n. 53102 del 7 luglio 2021;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 2, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTI, relativamente alla questione *sub i)*, gli artt. 36, comma 2, e 157 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché le Linee Guida n. 1 (recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*"), approvate con Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 973 del 14 settembre 2016 e successivamente aggiornate con Delibere n. 138 del 21 febbraio 2018 e n. 417 del 15 maggio 2019;

RILEVATO che la procedura in esame ha oggetto l'affidamento dell'incarico di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione rientrante tra i servizi di ingegneria ed architettura di cui all'art. 157 del Codice;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 "*Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: (...) b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro*". Tale previsione,



come noto, individua espressamente le tipologie di affidamento rispetto alle quali le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, consentendo – relativamente ai servizi di ingegneria e di architettura – il ricorso al criterio del minor prezzo solo per gli affidamenti per i quali è ammissibile l'affidamento diretto da parte del RUP;

CONSIDERATO che l'art. 1, comma 2, lett. a) della L. n. 120/2020 (di conversione con modificazioni del D.L. n. 76/2020, cd. Decreto Semplificazioni) nella versione *ratione temporis* applicabile alla procedura in oggetto (che precede le modifiche apportate dal D.L. n. 77/2021, entrato in vigore dopo la trasmissione della lettera di invito di cui si discute), in deroga agli artt. 36, comma 2, e 157, comma 2, del Codice, per le procedure la cui determina a contrarre è stata adottata dalla data di entrata in vigore del Decreto-legge n. 76/2020 (17 luglio 2020) fino al 31 dicembre 2021 (termine poi prorogato al 30 giugno 2023), prevede l'*"affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro"*;

TENUTO CONTO che sul tema si è espresso anche il MIT (oggi "MIMS"), il quale, con parere n. 757 del 15 ottobre 2020, ha precisato che: *"quanto al criterio da utilizzare per i servizi in argomento, le SA utilizzeranno il criterio di aggiudicazione dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo per gli affidamenti di importi pari o superiori a 75.000,00 euro, ravvisandosi, al di sotto del predetto limite di valore, un'ipotesi di affidamento diretto, per il quale non vengono in considerazione criteri di aggiudicazione.(...) Quanto agli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria al di sopra dei 75.000 euro, dovrà essere utilizzato il criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo in quanto, l'art. 1 comma 3 della legge 120/2020 fa espressamente salvo quanto disposto dall'art. 95, comma 3 del Codice. Si ricorda che la richiamata norma, tra le ipotesi in cui è obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, annovera espressamente i servizi di architettura e ingegneria"*;

RILEVATO che, a legislazione vigente, l'affidamento diretto dei servizi in esame è ammissibile per gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza e connessi fino a € 75.000,00 e che, quindi, solo fino a tale importo è legittimo il ricorso al criterio del minor prezzo;

RITENUTO che l'affidamento dell'incarico in oggetto, essendo superiore ad € 75.000,00 (con valore stimato precisamente pari ad € 186.000,00 oltre oneri di legge) avrebbe dovuto essere affiato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b) del Codice e che, sotto questo profilo, la lettera di invito adottata dall'ANAS è senza dubbio illegittima;

PRESO ATTO, con riferimento alla questione *sub ii)*, che l'art. 1 della lettera di invito prevede che *"l'importo complessivo stimato dell'appalto è pari ad € 186.000,00, oltre oneri di legge"*. Nell'allegato a tale documento (recante *"determinazione del compenso professionale per il coordinatore in fase esecutiva dei lavori lungo la S.S. via Emilia di costruzione della variante di Casalpuusterlengo ed eliminazione del passaggio a livello sulla S.P. ex S.S. 234 (1° stralcio – cod. SIL MIUP00070) di importo lordo pari ad euro 106.066.666,78"*) si evince che il corrispettivo posto a base di gara è stato calcolato secondo la formula prevista dal D.M. 17 giugno 2016 e che è stato detratto il 20% di sconto per la L. n. 155/1989 (pari ad € 86.200,00);

CONSIDERATO che l'art. 4, comma 12-*bis*, del D.L. 2 marzo 1989, n. 65 (convertito con modificazioni dalla L. 26 aprile 1989, n. 155), nella sua versione originaria, disponeva che: *"Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o*



comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento". Tale disposizione, con riferimento alla determinazione dei corrispettivi degli incarichi professionali, era stata inizialmente richiamata dall'art. 92, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (ai sensi del quale "I corrispettivi determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo"), per essere successivamente abrogata dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (cd. Terzo Correttivo al Codice degli appalti del 2006);

CONSIDERATO che il Codice del 2016 non contiene una previsione analoga all'abrogato art. 4, comma 12-bis, del richiamato D.L. n. 65/1989. Invero, l'art. 24, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 dispone che "Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, approva [...] le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività di cui al presente articolo e all'articolo 31, comma 8. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento". In argomento, le Linee guida ANAC n. 1 (recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" adottate con Delibera n. 973 del 14 settembre 2016, e da ultimo aggiornate con Delibera n. 417 del 15 maggio 2019), hanno precisato che "al fine di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e gli altri servizi tecnici, occorre fare riferimento ai criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17 giugno 2016. Per motivi di trasparenza e correttezza è obbligatorio riportare nella documentazione 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";

CONSIDERATO, con riferimento al vigente quadro normativo, che sia la giurisprudenza (cfr. Cons Stato, sez. V, 29 marzo 2019 n. 2094) che l'Autorità (cfr. Parere di precontenzioso n. 566 del 1 luglio 2020, nonché Comunicato del Presidente dell'ANAC del 3 febbraio 2021) hanno affermato il principio in base al quale i corrispettivi professionali previsti nelle tabelle ministeriali rappresentano un parametro iniziale per calcolare il compenso da porre a base di gara, con possibilità, per le stazioni appaltanti, di apportare riduzioni percentuali giustificate dalle ragioni che esse potranno discrezionalmente sviluppare. La richiamata sentenza del Consiglio di Stato ha, in particolare, precisato che l'art. 24, comma 8, del Codice "non sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di trasportare negli avvisi di gara i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali, ma le lascia libere di stabilire il corrispettivo a base di gara" e, nel richiamare le Linee guida ANAC n. 1, laddove impongono che le ragioni a fondamento della decisione della S.A. siano espone nella documentazione di gara ai fini di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, la sentenza ritiene la legittimità delle determinazioni delle stazioni appaltanti a condizione quindi che sia "dato conto nell'elaborato allegato agli atti di gara del procedimento attraverso il quale si è giunti alla definizione dei corrispettivi da porre a base di gara", che "le tabelle ministeriali siano state assunte a primo parametro di riferimento per il calcolo dei corrispettivi" ed infine che la riduzione sia adeguatamente motivata;

RITENUTO che, nel caso di specie, la riduzione percentuale del corrispettivo effettuata dalla S.A. sia del tutto priva di giustificazione e vada, pertanto, considerata illegittima. Infatti, a fondamento della riduzione del compenso professionale del 20% ANAS si è limitata ad invocare l'applicazione di una disposizione normativa (art. 4, comma 12-bis, della L. n. 155/1989) non più vigente e che, pertanto, non può più fungere



da copertura normativa alla detrazione "secca" effettuata. Invero, in base al richiamato art. 24, comma 8, del vigente Codice e ai principi sopra richiamati, la S.A. avrebbe dovuto motivare le ragioni poste alla base della compressione del compenso professionale, fornendone analitica giustificazione nell'ambito della documentazione di gara, in esito all'istruttoria condotta.

Si ritiene, nei termini sopra riportati, che la lettera di invito contestata dall'Associazione istante non sia conforme alla normativa vigente sia con riferimento all'individuazione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, sia con riferimento alla riduzione percentuale del corrispettivo posto a base di gara.

*Il Dirigente
Dell'Ufficio*

Adolfo Candia