



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

27/03/2018 U-ss/2168/2018



presso il
Ministero della Giustizia

Al Presidente dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. Nicola De
Sanctis
presidenza@pec.aqp.it

e p.c. All'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)
protocollo@pec.anticorruzione.it

Al RUP Ing. Antonio Carbonara
segreteria.procurement@aqp.it

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri di Bari
segreteria@pec.ordingbari.it

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri di Brindisi
ordine.brindisi@ingpec.eu

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri di Foggia
ordine.foggia@ingpec.eu

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri di Taranto
ordine.taranto@ingpec.eu

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia
di Barletta Trani Andria
ordine.trani@ingpec.eu

Al Presidente dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia
di Lecce
ordine.lecce@ingpec.eu

Oggetto: 2117482 2117483 2117484 2117485 - *Procedura aperta, in modalità telematica, per l'affidamento, mediante lo strumento giuridico dell'accordo quadro da concludersi con un unico operatore economico, dei servizi tecnici professionali di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di impianti afferenti il servizio idrico integrato ricadenti nella classe di progettazione ID. opere IA.01 del DM 17 giugno 2016, ripartita in 4 lotti funzionali su base territoriale: FG — AV — BA — BAT — TA — BR — LE.*

Egregio Presidente,

L'Acquedotto Pugliese S.p.A. ha indetto una gara, con procedura aperta, per l'aggiudicazione di un accordo quadro di durata biennale, da perfezionarsi con un solo operatore economico (per ciascun lotto), dei servizi tecnici professionali di progettazione di impianti afferenti al Servizio idrico integrato articolati in quattro lotti essenzialmente su base territoriale. L'importo della commessa è stato stimato in € 2.100.000 Euro complessivi così articolati:

1) lotto 1 - 300.000,00 EUR;

2) lotto 2 - 815.000,00 EUR;

via XX Settembre, 5
00187 Roma, Italy
tel. +39 06 6976701
segreteria@cni-online.it
segreteria@ingpec.eu
www.tuttoingegnere.it

3) lotto 3 - 565.000,00 EUR;

4) lotto 4 - 420.000,00 EUR.

1. I profili di illegittimità dell'articolazione in lotti del servizio.

L'articolazione della gara in quattro maxi lotti aggiudicabili, fra l'altro, ad un solo operatore (per lotto) in base all'accordo quadro non appare aderente ai principi fondamentali, anche di matrice euro-unitaria, che informano la disciplina dei contratti pubblici. In particolare, la dimensione economica dei lotti appare porsi in evidente contraddizione rispetto al principio di libera concorrenza valutato sotto il profilo della massima partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

L'art. 51 del d.lgs. 50/2016 prevede, difatti, che: *"Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese"*.

La giurisprudenza ha precisato che la rilevante consistente dimensione economica dell'appalto da affidare deve indurre l'amministrazione al frazionamento in più lotti per non restringere irrazionalmente la partecipazione alle gare degli operatori del settore, in danno dei principi di concorrenza (e *favor participationis*), buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità (cfr. Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038, Cons. St. Sez. V – sentenza 26 giugno 2017 n. 3110).

L'elusione di tale regola, che rappresenta invero un limite all'esercizio della discrezionalità amministrativa nella determinazione delle regole della gara, si riscontra certamente nei casi in cui la gara di consistente importo non sia articolata in lotti, ma anche in tutti quei casi in cui (come quello in esame) la ripartizione in lotti sia solo "formale" in quanto non idonea a garantire sostanzialmente la "più ampia partecipazione" alla gara degli operatori economici.

A tale ultimo riguardo la giurisprudenza (Cons. St., Sez. III – sentenza 13 novembre 2017 n. 5224) ha chiarito che la ripartizione della gara in lotti deve essere governata dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza e che: *"L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. (cfr.: Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331). A corollario dell'effettività della regola generale, è quindi stata posta la previsione di uno specifico obbligo di motivazione delle ragioni circa la divisione dei lotti proprio perché il precetto è in funzione della tutela della concorrenza, ed a tale situazione deve essere equiparata la previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui".* È emblematico sul punto quanto riportato nella sentenza nella quale si mette in evidenza che sotto il profilo del buon andamento e dell'efficienza dei servizi prestati, i grandi contratti hanno visto, nell'esperienza del recente passato, il ripetersi di situazioni incidenti negativamente sull'esecuzione in quanto la stessa complessità organizzativa delle prestazioni diffuse in un gran numero di immobili, comporta un naturale "allungamento della catena di comando" nella gestione dell'esecuzione dell'appalto. Non sono nemmeno mancati poi i casi nei quali l'affidatario del contratto era indotto a ripartire comunque le prestazioni tra un grande numero di subappaltatori (talvolta anche al di là dei limiti consentiti) con conseguenti gravi disservizi, proteste degli utenti.

Orbene, venendo al caso di specie, occorre muovere dalla considerazione che l'affidamento riguarda dei servizi di progettazione (e dunque attività professionali intellettuali) storicamente esercitate anche da micro operatori economici organizzati in forma individuale e/o associativa. È evidente pertanto che l'articolazione in lotti, si

come operata dall'amministrazione, è destinata a restringere oltremodo la partecipazione di tali operatori in mancanza, peraltro, di un interesse contrapposto in grado quantomeno di giustificare tale esorbitante limitazione.

Sul piano della disciplina posta in essere si deve considerare inoltre che, ai sensi dell'art. 51 del Codice dei contratti, i lotti di gara (anche per i settori speciali) possono essere di due tipi:

- 1) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;
- 2) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

I lotti previsti dall'amministrazione aggiudicatrice non rientrano nelle due categorie summenzionate, palesandosi invero come un artificioso accorpamento di singoli servizi di progettazione autonomi sotto il profilo sia prestazionale (per tutti i lotti) che funzionale (si tratta di progettazione di singoli interventi) e rispetto ai quali l'unico oggettivo criterio discrezionale appare essere la localizzazione territoriale dell'opera oggetto di progettazione che, alla luce della natura del servizio è del tutto irrilevante. Si tratta, dunque, di servizi autonomi e non accorpabili in Lotti quantomeno nelle dimensioni suggerite dall'amministrazione aggiudicatrice. In buona sostanza, se da un lato appare ragionevole il superamento del lotto unitario d'importo pari a 2.100.000 Euro, per le medesime ragioni (restrizione della concorrenza sotto il profilo dell'eccessiva limitazione alla partecipazione) appare illegittima la suddivisione dell'appalto nei quattro lotti di importo sproporzionato rispetto alla natura del servizio ed alle esigenze dell'amministrazione.

Si consideri inoltre che l'amministrazione ha inteso fare ricorso all'accordo quadro (sulla cui dubbia applicazione per la gestione dei servizi di ingegneria si veda *infra*), escludendo, tuttavia, a "monte" l'aggiudicazione del singolo servizio tramite l'apertura di un confronto concorrenziale fra più operatori (ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 54 commi 4 e 6) e prescrivendo espressamente la stipula dell'accordo quadro con un solo operatore e pertanto, praticando un ulteriore (rispetto al valore sproporzionato dei lotti) restringimento della concorrenza.

2. L'inadeguatezza del ricorso all'accordo quadro.

I servizi di natura intellettuale si mostravano (e tutt'oggi si mostrano) assai poco compatibili con la ripetitività e serialità che in genere contraddistinguono le prestazioni oggetto degli appalti affidati in esecuzione di un accordo quadro di cui all'art. 54 del Codice dei contratti.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. iii) l'accordo quadro è *“l'accordo concluso tra uno o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare, durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.”*

La *ratio* dello strumento contrattuale¹ in esame è quella di semplificare l'azione della p.a. consentendole di individuare a monte alcuni elementi negoziali (in particolare e necessariamente il prezzo ed ove possibile le quantità) da utilizzare per la successiva stipulazione di un numero di appalti da eseguire nell'arco di un determinato

¹ per una parte della giurisprudenza l'accordo quadro sarebbe una procedura selettiva e non uno strumento contrattuale; sul punto TAR Lazio, Sez. III, sent. 02/03/2012 n. 2169.

periodo di tempo. Proprio in considerazione della natura degli elementi necessariamente (e doverosamente) predeterminabili in un accordo quadro si è sostenuto (sul punto ANAC Parere n. 231 del 18/12/2013) che tale accordo potesse contemplare solo prestazioni caratterizzate da ripetitività, serialità e comunque prestazioni esecutive standardizzate.

L'ANAC ha in particolare precisato che: *"Lo strumento dell'accordo quadro sembra rispondere proprio all'esigenza della stazione appaltante di non obbligarsi fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, riservandosi di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti in base alla disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze di servizio, fermo restando l'obbligo di osservare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo quadro. Inoltre, le caratteristiche appena evidenziate dell'istituto consentono di procedere all'affidamento dei singoli appalti man mano che l'esatta misura e consistenza delle attività viene definita, purché sulla base di clausole e condizioni economiche pattuite mediante procedura di evidenza pubblica."*

Muovendo da tali coordinate è possibile notare che la progettazione (ed in genere i servizi intellettuali) è chiaramente priva di quei requisiti di serialità e ripetitività che contraddistinguono le prestazioni che possono essere oggetto di un accordo quadro.

Inoltre gli elementi (contrattuali) quali il prezzo e le quantità, la determinazione dei quali anche per definizione (art. 3, lett. iii DLGS 50/2016) rappresentano il contenuto essenziale di un accordo quadro, sono elementi secondari rispetto alla valutazione qualitativa della prestazione tecnico – progettuale; essi peraltro non sono predeterminabili a priori, e per un arco temporale particolarmente ampio qualora difetti l'esatta individuazione delle opere e/o dei lavori da eseguire. Il prezzo è comunque un elemento di valutazione della prestazione contrattuale secondario, alla luce di un quadro normativo che ha definitivamente tipizzato l'OEV quale criterio di aggiudicazione dei servizi di ingegneria ed architettura. Del pari la "quantità" è un elemento che non presenta alcun collegamento funzionale con l'attività tecnico – progettuale tanto da palesarsi addirittura inconferente rispetto a quest'ultima.

Nel caso di specie, il modello prescelto dall'amministrazione aggiudicatrice (accordo quadro con un solo operatore) non appare compatibile con quanto prescritto dall'art. 54 comma 3 del codice (così come l'art. 59, comma 4 del d.lgs. 163/2006), il quale prevede che: *"gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso"* e, dunque, impone che tutte le condizioni contrattuali (non solo il prezzo e le quantità) siano predeterminate nell'accordo quadro. Tale predeterminazione è del tutto ipotetica (invero è pressoché irrealizzabile) nel caso di servizi intellettuali quali quelli di progettazione che, invero, non possono essere servizi standardizzati e seriali e dunque predeterminati (o predeterminabili) in via generale ed astratta.

In sostanza, pur con i deficit propri di cui sopra, il ricorso all'accordo quadro avrebbe comunque imposto la selezione di una pluralità di operatori economici e dunque l'aggiudicazione alla luce di un rilancio competitivo legato alle specificità del singolo servizio.

Inoltre, in relazione al calcolo del corrispettivo si evidenziano alcuni elementi di criticità e sottostima del corrispettivo posto a base di gara, come indicati a seguire:

- i singoli lotti individuano un'unica tipologia con riferimento alla ID opere (IA.01) della prestazione, ma non identificano né il numero né tantomeno la localizzazione degli interventi ma solo che saranno affidati entro due anni; dunque non viene applicato correttamente il DM 17.06.16 che prevede di riferirsi allo specifico quadro economico dell'intervento per il quale il servizio deve essere affidato (in questo caso vagamente ipotizzato in relazione generica al numero di interventi programmati e a possibili fasce di costo delle opere).

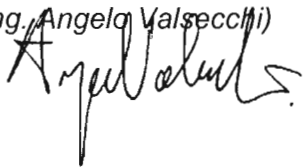
- di fatto non si possono escludere situazioni in cui oltre alla categoria IA.01 possano essercene altre di corredo che il bando non prevede, pur prevedendo nella composizione richiesta dal team di progetto competenze specialistiche in ingegneria civile ambientale (ben n.3 su 8) e un architetto per progettazioni su beni vincolati (ID E22).
- la possibile frammentazione delle prestazioni portando a valori per i singoli quadri economici di importo via via più ridotto determinerebbe, com'è agevole verificare, una sottostima degli importi dei corrispettivi molto grave con valori verosimilmente sottostimati persino del 50% dell'effettivo.

Per quanto sopra esposto, si invita codesta Amministrazione a sospendere tempestivamente, nell'esercizio dei propri poteri di autotutela, la procedura, al fine di rettificare le anomalie riscontrate ed evitare l'attivazione di un contenzioso.

Restiamo in attesa di urgente riscontro.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Angelo Valsecchi)



IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)



N.B. Chiediamo cortesemente di riportare nell'oggetto della Vs. lettera di risposta il n° della pratica CNI.