

VADEMECUM

PER LA VERIFICA DELLE ILLEGITTIMITÀ NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI ARCHITETTURA ED INGEGNERIA

(aggiornata al 18 dicembre 2019)

A CURA DI

Avv. Riccardo Rotigliano

Avv. Giuseppe Acierno

INDICE

1) PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

Manifestazione di interesse
Procedura ristretta
Procedura negoziata senza pubblicazione del bando
Procedura aperta
Concorso di progettazione
Concorso di idee

2) ILLEGITTIMITÀ

La base d'asta
La garanzia provvisoria
Mancata pubblicazione del calcolo del compenso
Eccessività della clausola penale
Previsione di un ribasso massimo sull'offerta economica
Attribuzione del punteggio, o esclusione dalla partecipazione, basato sulla distanza tra la sede operativa del professionista e quella di esecuzione dell'appalto
Esclusione del professionista in causa con la stazione appaltante
Soccorso istruttorio oneroso
Divieto di partecipazione in RTP
Servizio di Responsabile della Protezione e Prevenzione

3) ASPETTI ESSENZIALI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Giurisdizione
Interesse al ricorso
Termini processuali
Proposizione del ricorso in caso di mancata partecipazione alla gara

La presente guida vuole essere di ausilio per tutti i professionisti che partecipano alle gare pubbliche ed hanno il dubbio che la gara alla quale partecipano non sia rispettosa della normativa di settore.

Di seguito procederemo ad elencare le procedure maggiormente utilizzate per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria (manifestazione di interesse, procedura ristretta, procedura negoziata e procedura aperta). Segnalando, sin da subito, alcune criticità che possono nascere.

Passeremo, poi, in rassegna la casistica delle maggiori illegittimità rilevate in questi anni, così da fornire al lettore gli strumenti per verificare se un bando sia legittimo o meno.

Infine, si menzioneranno gli aspetti più importanti in tema di proposizione di un ricorso giurisdizionale al TAR.

PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE

Manifestazione di interesse

La manifestazione di interesse, o indagine di mercato, o, ancora, avviso esplorativo, è un tipo di procedura che non viene disciplinata dal d.lgs. n. 50/16. Essa trova riscontro, invece, nelle Linee Guida ANAC n. 4, p.ti 5.1.2 e 5.1.3, a mente dei quali *“L’indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura. Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell’adozione della determina a contrarre o dell’atto equivalente, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento. La stazione appaltante deve comunque tener conto dell’esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali”*.

Tale procedura è preordinata, di norma, alla successiva gara negoziata o, in alcuni casi, all'affidamento diretto.

Le citate Linee Guida non forniscono una esatta definizione dell'indagine di mercato, limitandosi ad affermare che *“l'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura”*. Da quanto detto discende che la manifestazione di interesse non è, *stricto sensu*, una procedura di gara; è più corretto definirla un atto propedeutico alla successiva indizione della gara. Per tale motivo, gli elementi che l'avviso pubblico deve contenere sono ridotti rispetto a quanto prescrive il Codice per i bandi di gara.

Le Linee Guida n. 4 prescrivono che *“l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante”*.

È controverso se alle manifestazioni di interesse, riguardanti incarichi di progettazione, debba essere allegato il calcolo dei compensi redatto ai sensi del d.m. 17/06/2016. In effetti, le Linee Guida non prevedono tale obbligo, limitandosi ad imporre l'indicazione della base d'asta. Ciononostante, le Linee Guida ANAC n. 1 (p.to 2 *“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. Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo”*) prevedono che il calcolo del compenso deve essere pubblicato da parte della stazione appaltante. Per poter fornire la base d'asta, dunque, l'amministrazione deve aver già necessariamente eseguito il calcolo e, dunque, non si ravvede alcuna ragione per cui la stessa non debba renderlo pubblico. In diverse occasioni, si è diffidata l'amministrazione che non aveva pubblicato il calcolo dei compensi.

Il discorso vale ancor di più nel caso in cui la manifestazione di interesse sia preordinata ad un successivo affidamento diretto. In tal caso i professionisti hanno il diritto di verificare il calcolo e l'amministrazione ha, quindi, il dovere di dimostrare che la base d'asta, calcolata nel rispetto dei parametri, non superi la soglia dei 40.000 euro.

Altro elemento importante dell'indagine di mercato riguarda la pubblicità che deve essere data all'avviso. A mente delle Linee Guida *“La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni”*. Rilievo fondamentale assume la durata della pubblicazione; essa non può essere inferiore a 15 giorni. Ciò significa che tra la data della pubblicazione ed il termine di ricezione delle domande di partecipazione deve intercorrere un arco temporale di almeno 15 giorni. Spesso accade che l'amministrazione riduca i termini adducendo una presunta urgenza. Ancorché tale riduzione sia espressamente prevista, per avvalersene la PA deve necessariamente fornire adeguate motivazioni che giustifichino detta riduzione. In assenza di tali giustificazioni preventive, l'avviso è illegittimo.

Procedura ristretta

La procedura ristretta, o negoziata, è disciplinata all'art. 61 del d.lgs. n. 50/16.

Trattandosi di una procedura di gara vera e propria l'amministrazione è obbligata a pubblicare un bando di gara, nonché tutta la documentazione ad essa allegata (disciplinare di gara, disciplinare tecnico ecc., incluso il calcolo del compenso).

Il termine minimo di pubblicazione è di 30 giorni. Anche qui, in caso di urgenza, debitamente motivata, il termine può essere ridotto a 15 giorni.

Tutti gli operatori economici che hanno i requisiti per partecipare possono presentare domanda. Ai sensi dell'art. 91, co. 2, del Codice, l'amministrazione è obbligata ad invitare almeno cinque professionisti, scelti in base "*a criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità*". Tali criteri devono essere esplicitati nel bando di gara.

Procedura negoziata senza pubblicazione del bando

La procedura in commento è disciplinata dall'art. 63 del Codice.

La peculiarità di tale gara risiede nel fatto che l'amministrazione, al ricorrere di precise circostanze, può affidare un appalto senza pubblicare un bando, ma invitando direttamente gli operatori economici ritenuti idonei.

Nello specifico, la stazione appaltante può ricorrere a tale procedura quando:

- 1) una precedente gara, aperta o ristretta, sia andata "deserta";
- 2) l'appalto, per le sue caratteristiche, può essere eseguito da un unico soggetto;
- 3) per ragioni di estrema urgenza, non dipendenti dall'inerzia dell'amministrazione, i termini prescritti per le altre procedure non possano essere rispettati.

Inoltre, con precipuo riferimento ai servizi di architettura ed ingegneria, la procedura negoziata può essere esperita quando segue ad un concorso di progettazione e, in base alle norme prescritte dal bando di concorso, la progettazione debba essere affidata ad uno dei vincitori. In tal caso, tutti i soggetti vincitori devono essere invitati.

La PA seleziona almeno cinque operatori economici da invitare alla procedura, selezionati in base ad informazioni riguardanti la capacità economico e finanziaria, tecnico professionale, desunte dal mercato e nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Il decreto c.d. Sblocca Cantieri, modificando l'art. 36, co. 2, lett. b), del Codice, ha, di fatto, introdotto un'ulteriore "forma" di procedura negoziata, sotto le mentite spoglie di un affidamento diretto.

Invero, il citato comma prevede che per l'affidamento di servizi, al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria, l'amministrazione può procedere mediante affidamento diretto previa consultazione di almeno cinque preventivi.

A ben vedere, ancorché la norma parli di affidamento diretto, l'obbligo imposto all'amministrazione, di valutare almeno cinque offerte (al pari della procedura negoziata), fa ritenere che il legislatore abbia introdotto un caso in cui la PA può ricorrere alla procedura negoziata, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 63, col che l'importo dell'appalto sia inferiore alla soglia comunitaria.

Procedura aperta

La procedura aperta è disciplinata dall'art. 60 del Codice.

È il tipo di procedura che garantisce la più ampia partecipazione. Difatti, tutte le offerte avanzate saranno oggetto di valutazione.

Tale modalità di affidamento, in riferimento ai servizi di architettura ed ingegneria, è obbligatoria solo nel caso in cui la base d'asta superi la soglia di rilevanza comunitaria (214.000 euro).

Il lasso di tempo che deve intercorrere tra la pubblicazione del bando ed il termine di ricezione delle offerte è di 35 giorni. Tale termine può essere ridotto di 5 giorni nel caso in cui l'offerta vada presentata con modalità elettroniche. Per ragioni di urgenza, debitamente motivate, il termine di 35 (o di 30) giorni può essere ridotto a 15.

§

Una menzione a parte meritano i concorsi di progettazione e di idee, disciplinati dall'art. 152 e ss. del Codice. La peculiarità comune ad entrambe le procedure consiste nel fatto che non è prevista una base d'asta soggetta a ribasso, bensì un premio (o premi) assegnati al vincitore del concorso e, se previsto, anche agli altri classificati (di norma fino al 3°). Inoltre, il termine di presentazione degli elaborati non può essere inferiore a sessanta giorni.

Concorsi di progettazione

Tale procedura viene bandita mediante pubblicazione di un bando, la partecipazione al quale non può essere soggetta a limitazioni di carattere territoriale o attinenti alla forma giuridica del partecipante (persona fisica, società di ingegneria o RTP).

Il concorso di progettazione può svolgersi attraverso due modalità:

- Unico grado. Il partecipante dovrà presentare un elaborato che abbia un approfondimento non superiore al progetto di fattibilità tecnico economica.
- Doppio grado. Tale modalità è esperibile esclusivamente per opere di particolare rilevanza o complessità. Nella prima fase, il partecipante presenta le proprie idee (che non costituiscono degli elaborati progettuali *stricto sensu*). I soggetti ammessi alla seconda fase sono tenuti, invece, a presentare alla S.A. un progetto di fattibilità tecnico economica. All'esito della prima fase l'amministrazione non procederà alla formazione di una graduatoria; invero, solo al termine della seconda fase sarà stilata la graduatoria dei partecipanti e saranno assegnati i premi. Da ciò discende che i partecipanti alla prima fase, non ammessi alla seconda, non potranno ambire all'assegnazione di alcun premio. Il vincitore può essere affidatario dei successivi livelli di progettazione ove ciò sia espressamente previsto dal bando e nel caso in cui sia in possesso dei requisiti.
- Doppio grado con progetto definitivo. Una particolare fattispecie di concorso a doppio grado è quella disciplinata dal co. 5 dell'art. 154. Tale procedura ricalca in sostanza quella del concorso a doppio grado, con la differenza che nella prima fase il professionista presenterà un progetto di fattibilità tecnico economica. I soggetti ammessi alla seconda dovranno, invece, predisporre un progetto definitivo dal punto di vista architettonico ed a livello del progetto di fattibilità per la parte strutturale ed impiantistica. Se previsto dal bando, il vincitore può essere affidatario diretto della progettazione esecutiva.

Concorsi di idee

Il concorso di idee prende l'avvio con la pubblicazione di un bando al quale possono partecipare, oltre i soggetti ammessi ai concorsi di progettazione, anche i lavoratori subordinati (pubblici o privati) abilitati ed iscritti nel relativo albo, con esclusione dei dipendenti della S.A. che deve procedere all'affidamento.

A differenza del concorso di progettazione, l'amministrazione non può richiedere ai partecipanti elaborati che abbiano un grado di approfondimento pari, o superiore, al progetto di fattibilità tecnico economica.

Al vincitore, o ai vincitori, la S.A. riconoscerà un congruo premio. Il Codice non indica cosa debba definirsi per congruo premio, ma la giurisprudenza ha ritenuto legittimo il concorso di idee che preveda quale premio la pubblicizzazione del nome e dell'elaborato del vincitore, in luogo di un premio in denaro.

L'elaborato o gli elaborati premiati sono acquisiti in proprietà alla S.A. e possono essere posti a base di un concorso di progettazione o di un appalto. A tali procedure (se bandite) sono ammessi a partecipare, se in possesso dei requisiti, i professionisti premiati. In alternativa, la S.A. può affidare al vincitore, con procedura negoziata senza bando, la progettazione dei successivi livelli, a condizione che tale facoltà sia esplicitata nel bando e che il vincitore sia in possesso dei requisiti.

Concorso di idee in due fasi. Una particolare tipologia di concorso di idee è quella disciplinata dal co. 7 dell'art. 156. Tale procedura può essere esperita in caso di intervento di particolare rilevanza o complessità. Nella prima fase viene richiesta l'elaborazione di una proposta progettuale che non abbia il grado di approfondimento del progetto di fattibilità. La seconda fase prevede la presentazione di un progetto di fattibilità tecnico economica o di un progetto definitivo a livello architettonico e di fattibilità dal punto di vista degli impianti e delle strutture.

Una peculiarità è costituita del fatto che, tra i soggetti ammessi alla seconda fase, almeno il 30% deve essere costituito professionisti, singoli o associati, con una anzianità di iscrizione all'albo inferiore ai cinque anni (c.d. giovani professionisti).

In tale procedura i premi sono costituiti da rimborsi per il servizio prestato. Ai giovani professionisti verrà corrisposto un rimborso pari al 50% degli importi previsti per le spese, calcolate secondo il d.m. parametri. A tutti gli altri, sarà corrisposto un rimborso pari al 25%.

Al vincitore può essere affidata la progettazione esecutiva a condizione che sia in possesso dei requisiti e che il corrispettivo del servizio sia indicato nel bando.

ILLEGITTIMITÀ

Riassunte brevemente le tipologie di gara maggiormente utilizzate, si passano ora in rassegna le illegittimità che, più comunemente, si riscontrano nei bandi per i servizi di architettura ed ingegneria.

La base d'asta

Accade spesso che l'illegittimità della gara risieda proprio nel compenso spettante al professionista.

Due sono gli elementi cui bisogna prestare attenzione.

Anzitutto, la base d'asta, soggetta a ribasso, deve essere determinata al netto degli oneri di legge (iva e cpinga). Ciò è quanto prevede l'art. 35, co. 4, d.lgs. n. 50/16, a lume del quale ***“Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'iva, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto”***.

Il citato articolo non fa menzione degli oneri previdenziali ed assistenziali. In tal senso, però, è intervenuta l'ANAC, affermando che ***“per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'autorità, si deve preliminarmente far presente che tutti gli importi indicati nella normativa di settore sono da considerarsi al netto dell'iva. Ne consegue che le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli avvisi e delle lettere di invito, devono indicare gli importi a base dei relativi affidamenti od appalti al netto e non al lordo degli oneri tributari. ciò per non ingenerare nel concorrente comportamenti erronei nella formulazione dell'offerta. Nel caso in esame, invece, la lettera di invito per l'affidamento in esame individua l'entità del corrispettivo presunto, comprensivo di oneri e cassa”*** (Parere n. 34/2007).

Da quanto detto discende che la base d'asta su cui offrire il ribasso non può comprendere al suo interno né l'iva, né, tantomeno, gli oneri previdenziali.

Altro elemento importante riguardante la base d'asta attiene alla **congruità** della stessa. La base d'asta è congrua se è sufficiente a remunerare il professionista per la prestazione svolta.

A lume dell'art. 24, co. 8, del d.lgs. n. 50/16 ***“Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, approva, con proprio decreto, da***

emanare entro e non oltre sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, 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 a porre a base di gara dell'affidamento". Dunque, l'amministrazione deve fare riferimento ai parametri del d.m. 17/06/2016 al fine di calcolare la base d'asta. Ciò al precipuo fine di garantire l'oggettività del calcolo, così da non essere riservato alla discrezionalità della PA.

In diverse occasioni la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare l'illegittimità di una gara nella quale la base d'asta era insufficiente a remunerare il professionista: *“va annullato il bando di gara in cui è individuato il prezzo posto a base d'asta in maniera del tutto incongrua, rendendo impossibile la remunerazione per l'imprenditore che avesse deciso di partecipare alla gara”*; *“il legislatore ha previsto dei temperamenti alla libertà di scelta dell'Amministrazione appaltante sia per assicurare il rispetto di finalità di carattere sociale — come la garanzia del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di categoria e la tutela della sicurezza dei lavoratori, il rispetto delle norme a tutela dei disabili, ecc. — sia per garantire le imprese operanti nel mercato, attraverso il mantenimento di una corretta dinamica concorrenziale (nel caso di specie, è emersa la non regolare individuazione, da parte della stazione appaltante, dei corretti criteri per la predisposizione del bando di gara, che ha determinato l'individuazione del prezzo posto a base d'asta in maniera del tutto incongrua)”* (ex multis TAR Sicilia, sez. III, sent. n. 909/08; TAR Puglia, sez. I, sent. n. 915/13).

Nel 2017 il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 4614/2017) ha affermato la possibilità per le pubbliche amministrazioni di bandire gare a titolo gratuito. Il caso aveva ad oggetto proprio un appalto di servizi architettura ed ingegneria bandito dal Comune di Catanzaro. Più di recente, lo stesso Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 2094/2019) ha ritenuto derogabili i valori d.m. parametri, affermando che *“la disposizione è chiara nell'imporre alle stazioni appaltanti di utilizzare i corrispettivi previsti dalle tabelle ministeriali solo quale parametro iniziale del calcolo del compenso da porre a base di*

gara, con possibilità di apportare riduzioni percentuali giustificate dalle ragioni che esse potranno discrezionalmente sviluppare”.

Premettendo che non si condividono le conclusioni cui è giunto l’organo di giustizia amministrativa, v’è che i due orientamenti sopracitati sembrano essere stati definitivamente superati dall’introduzione del principio dell’**equo compenso**.

Invero, l’art. 19-*quaterdecies* del d.l. n. 148/2017 ha introdotto il c.d. principio dell’equo compenso, dapprima previsto solo per la professione forense, successivamente, in sede di conversione, esteso (co. 2) a tutti i professionisti lavoratori autonomi, dunque anche ad architetti ed ingegneri. A mente del co. 3 dell’articolo in commento, ***“La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell’equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”***.

Le stesse Linee Guida ANAC n. 1, aggiornate con delibera n. 417/2019, prevedono che ***“Al fine di garantire il principio dell’equo compenso, fermo restando quanto indicato alla Parte VI, punto 1.10, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell’importo a base di gara”***.

Ancorché non siano state adottate, ancora, pronunce relative alla descritta fattispecie, la necessità di remunerare in modo adeguato il professionista nel rispetto della disciplina sull’equo compenso implica, per la PA, l’obbligo di seguire pedissequamente il d.m. parametri nel calcolo della base d’asta.

La garanzia provvisoria

Spesso accade che nei bandi di progettazione la stazione appaltante richieda ai partecipanti la garanzia provvisoria.

La garanzia provvisoria è disciplinata dall’art. 93 del Codice, che la determina in misura pari al 2% dell’importo a base di gara.

Ai sensi del co. 10 del citato articolo ***“Il presente articolo non si applica agli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e***

coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento”.

Pertanto, tutti i servizi sopraelencati non sono soggetti all’obbligo di produzione di una garanzia provvisoria.

A mente delle Linee Guida ANAC n. 1, p.to 4.1, *“Un quarto principio fondamentale è quello secondo cui la stazione appaltante può chiedere soltanto la prestazione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile professionale, per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di competenza ma non anche la c.d. cauzione provvisoria per i concorrenti agli incarichi di progettazione, redazione del piano di sicurezza e coordinamento e dei compiti di supporto al RUP (art. 93, comma 10, codice). La stazione appaltante verifica che la polizza di responsabilità civile professionale del progettista esterno copra anche i rischi derivanti da errori o omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo che abbiano determinato a carico della stessa nuove spese di progettazione e/o maggiori costi. I soggetti sopra indicati non sono esentati dall’obbligo di presentazione della cauzione definitiva”.*

Nel caso in cui il servizio da affidare ricomprenda, oltre la progettazione, anche altre attività, come ad esempio la direzione lavori, per tali ulteriori attività sono soggette alla garanzia provvisoria, ma nel limite del *quantum* del relativo compenso. In altre parole, ove l’amministrazione intenda affidare la progettazione e la direzione lavori, dovrà operare una scorporo dell’importo a base d’asta relativo alla DL, calcolando l’importo della garanzia esclusivamente in relazione a questo specifico servizio e in proporzione alla remunerazione ad esso connessa.

Mancata pubblicazione del calcolo del compenso

Di frequente, l’amministrazione, prescindendo dal tipo di procedura prescelta per la gara, omette di pubblicare il calcolo del compenso effettuato in base al d.m. 17/06/2016.

Il già citato art. 24, co. 8, del Codice prescrive che le amministrazioni debbano utilizzare il d.m. parametri al fine di calcolare il compenso spettante al progettista, senza, però, prevedere l’obbligo di pubblicare il suddetto calcolo.

Sul punto sono intervenute le Linee Guida ANAC n. 1, a mente delle quali *“Per quanto riguarda la prima operazione, al fine di determinare l’importo del corrispettivo*

*da porre a base di gara (come sarà precisato meglio oltre) per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura e gli altri servizi tecnici, occorre fare riferimento ai criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17 giugno 2016 (Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016). Ciò nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9, comma 2, penultimo e ultimo periodo, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, così come ulteriormente modificato dall'art. 5 della legge n. 134/2012. **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. Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo. Permette, inoltre, di accertare che il procedimento non produca tariffe superiori a quelle derivanti dal sistema precedente, oltre a rappresentare una misura minima a presidio della qualità della prestazione resa. Al fine di garantire il principio dell'equo compenso, fermo restando quanto indicato alla Parte VI, punto 1.10, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara**".*

Pertanto, in ogni gara l'amministrazione è onerata di pubblicare il documento di calcolo.

Eccessività della clausola penale

Le penali da ritardo nell'esecuzione dell'appalto sono disciplinate al co. 4 dell'art. 113-bis del Codice.

Ai sensi della citata norma *"I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo,*

e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale”.

Di frequente le amministrazioni inseriscono, surrettiziamente, penali con percentuali superiori, financo all’1% del compenso.

Altro aspetto rilevate è che la percentuale delle penali deve essere calcolato non sulla base d’asta, bensì, come prevede la stessa norma, sull’importo netto contrattuale; ossia, sulla base d’asta al netto del ribasso offerto dall’aggiudicatario.

Previsione di un ribasso massimo sull’offerta economica

Talvolta le amministrazioni prevedono negli atti di gara una percentuale massima di ribasso sulla base d’asta, oltre il quale non sarà attribuito alcun punteggio ulteriore.

Ancorché non vi sia una norma del Codice che disciplini tale fattispecie, sul punto è intervenuta la giurisprudenza che ha dichiarato l’illegittimità di una siffatta previsione.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che *“Come correttamente dedotto dall’appellante, la trascritta norma di gara introduce un’inammissibile limite alla libertà degli operatori economici di formulare la proposta economica sulla base delle proprie capacità organizzative e imprenditoriali, pregiudicando, sino di fatto ad annullarlo, il confronto concorrenziale sull’elemento prezzo.*

L’avversata clausola, quindi, ad un tempo, produce un effetto distorsivo della concorrenza e pregiudica la libertà d’iniziativa economica, risultando, conseguentemente, lesiva dei correlativi principi sanciti, in materia di appalti, a livello euro-unitario e nazionale” (Conso. Stat., sez. V, sent. n. 2912/2016; TAR Lazio-Latina, sez. I, sent. n. 175/15).

È, dunque, preclusa la possibilità alle stazione appaltanti di imporre un ribasso massimo sull’offerta economica.

Attribuzione del punteggio, o esclusione dalla partecipazione, basato sulla distanza tra la sede del professionista e quella di esecuzione dell’appalto

Di recente sono stati segnalati diversi bandi, relativi a servizi di architettura ed ingegneria, nei quali la stazione appaltante prevede l’attribuzione di un punteggio basato

sulla distanza tra la sede operativa del professionista ed il luogo di esecuzione dei lavori.

È bene chiarire sin da subito che una siffatta previsione è illegittima. Invero, tanto il nostro ordinamento, quanto quello comunitario, rifiutano restrizioni di carattere geografico. E ciò anche per le gare di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in cui non rilevano profili di compatibilità col principio comunitario della libera prestazione dei servizi

Invero, a lume della costante giurisprudenza amministrativa *“In particolare, vengono in rilievo, in questa sede, i principi europei e nazionali di libera concorrenza - che si sostanziano nell'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati – di non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici, e del relativo corollario del “favor participationis” - con conseguente valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione -, applicabili tanto agli appalti sopra soglia che a quelli sotto soglia (ai sensi del combinato disposto degli artt. 30 e 35 d.lgs 50/16).*

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole dei bandi di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare o la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell'aggiudicazione della gara. Per altro verso, occorre rammentare che non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole del bando o del disciplinare di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi da parte di operatori stranieri o che comunque hanno sede in Paesi membri, ma al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara.

Non solo, ma anche la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale la regione «non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera

circolazione delle persone e delle cose fra le regioni» e «non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro» (TAR Aosta, sent. n. 44/18; Cort. Cost., sent. n. 207/01 e n. 207 e n. 440/06).

Sulla scorta citata giurisprudenza, quindi, una clausola che limiti, o premi, il professionista in riferimento alla propria sede geografica è certamente illegittima.

Esclusione del professionista in causa con la stazione appaltante

In alcuni casi le amministrazioni inseriscono negli atti di gara clausole tipo *“coloro che abbiano in corso con l'ente contestazioni per altri contratti del genere o che si trovino comunque in causa con l'ente stesso per qualsiasi motivo sono esclusi dalla partecipazione”*.

Nonostante una siffatta casistica non sia oggetto di disposizioni normative rinvenibili nel Codice, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi su punto, censurando siffatte previsioni. *“La clausola dell'avviso a mezzo del quale l'Amministrazione ha previsto l'esclusione dell'impresa che versi in una situazione di contenzioso con la Stazione appaltante si configura come introduttiva di una condizione generale preclusiva per l'accesso alla gara...*

Sotto altro profilo deve aggiungersi che la clausola dell'avviso si pone in contrasto con l'art. 24 Cost., che riconosce la piena tutela in giudizio dei diritti ed interessi (Cons. Stato, VI, 19.7.2007, n. 4060 cit.), e con l'art. 41 Cost. relativo ai diritti di iniziativa e economica e di libertà di impresa.

Seguendo la prospettazione del Comune appellante un'impresa che abbia già avuto per ipotesi un rapporto di committenza con l'Ente e che, ad esempio, vanti pretese economiche verso il medesimo dovrebbe accettare la quantificazione del dovuto da parte dell'appaltatore ed astenersi da ogni iniziativa giudiziaria per il recupero del credito per non incorrere nella preclusione della partecipazione a future gare (Cons. Stato, VI, 19.7.2007, n. 4060 cit.).

Sennonché, la semplice esistenza di un contenzioso in atto, non è affatto indice della inaffidabilità dell'impresa, potendosi la lite chiudersi a favore della stessa, per cui la clausola in contestazione non è finalizzata alla selezione qualitativa dei

partecipanti non avendo alcuna proiezione sul terreno dell'efficacia dell'azione amministrativa, ma piuttosto essendo rivelatrice di una univoca finalità di penalizzazione” (Cons. Stat., sez. V, sent. n. 2399/2009).

Una siffatta previsione, in ogni caso, deve ritenersi nulla ai sensi dell’art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/16 (principio di tassatività delle cause di esclusione), a mente del quale **“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”**.

Discorso analogo può farsi per una clausola che preveda l’esclusione di un soggetto che risulti debitore, a qualsiasi titolo, dell’amministrazione. Fermo ed impregiudicato l’onere a carico del professionista di essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e oneri previdenziali, come previsto dall’art. 80, co. 4, del Codice.

Soccorso istruttorio oneroso

Nonostante col primo correttivo al Codice (d.lgs. n. 56/17) sia stata esclusa l’onerosità del soccorso istruttorio, capita ancora di trovare bandi in cui l’amministrazione prevede il pagamento di un prezzo per ricorrere al soccorso istruttorio.

A mente del “vecchio” co. 9 dell’art. 83, **“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’1 per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l’avvenuto**

pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione.”.

In seguito all’adozione del citato correttivo, l’onerosità del soccorso istruttorio è venuta meno. Pertanto, il partecipante potrà regolarizzare la propria documentazione senza che alcun prezzo sia dovuto alla S.A..

Divieto di partecipare in RTP

L’amministrazione non può impedire ai professionisti di partecipare ad una gara costituendosi in RTP.

Una preclusione del genere contrasterebbe, anzitutto, con l’art. 46 del Codice, a mente del quale “**Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria ... i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d)**”. Dunque, il Codice prevede espressamente che i professionisti costituiti in RTP possano prendere parte alle procedure di gara, senza che tale facoltà possa essere limitata dalla stazione appaltante.

Inoltre, impedire ai professionisti di partecipare in RTP costituisce una violazione diretta dei principi di massima partecipazione e concorrenza cui l’intero Codice degli Appalti è ispirato. Difatti, una delle funzioni cui assolve l’RTP è quella di permettere a professionisti, che da soli non possiedono i requisiti di partecipazione, di riunirsi e prendere parte alla gara.

Servizio di Responsabile della Protezione e Prevenzione

Nonostante non sia un servizio di architettura ed ingegneria, molti professionisti segnalano, con una certa costanza, la pubblicazione di bandi per il servizio di RSPP non rispettosi della legge.

Di norma, l’illegittimità risiede nell’esiguità della base d’asta.

Non trattandosi, come detto, di un servizio di progettazione non può applicarsi il d.m. parametri. Ciò nonostante, la giurisprudenza ha avuto modo di affrontare la questione, introducendo dei criteri di massima. A mente della sentenza n. 1844/2014 del TAR Puglia - Lecce, sez. III, “***Nel caso specifico, a fronte della prestazione professionale complessa e specializzata richiesta (si veda l’articolo 2 del bando), l’Istituto scolastico***

ha previsto un compenso onnicomprensivo (articolo 7 del bando) di euro 1.500,00, manifestamente e palesemente incongruo e inadeguato. Tanto è ancora più evidente se si considera che il predetto importo include anche le spese vive da sostenere per l'espletamento dell'incarico (spese di viaggio, assicurazione, materiale di consumo, disponibilità di specifici programmi) e, inoltre, che lo stesso incarico deve essere espletato su due plessi scolastici situati in Comuni diversi (Galatina e Galatone), distanti quasi 20 chilometri uno dall'altro. Sicchè l'importo palesemente esiguo offerto potrebbe indurre il professionista ad una non corretta esecuzione dell'incarico ed essere foriera di probabili futuri contenziosi. Ciò è tanto più grave in relazione alla delicatezza dell'oggetto dell'incarico, che coinvolge la vita e la sicurezza degli operatori scolastici e degli alunni”.

ASPETTI ESSENZIALI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

In questa sezione si esamineranno gli aspetti più rilevanti riguardanti la proponibilità di un ricorso al TAR.

Giurisdizione

Per l'impugnazione di tutti gli atti concernenti la procedura di gara, dalla pubblicazione del bando all'aggiudicazione, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo. È esclusa la possibilità di proporre, in alternativa, ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Di contro, per tutte le controversie riguardanti l'esecuzione dell'appalto (ad es. mancato pagamento del compenso) la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Interesse al ricorso

In linea generale, affinché si possa proporre un ricorso amministrativo è necessario che sussistano tre requisiti:

- la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo, inteso come posizione qualificata – di tipo oppositivo o pretensivo – che distingue il soggetto dal “*quisque de populo*” in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa;

- l'interesse ad agire, ovvero la concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto;
- la legittimazione attiva di chi agisce in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso.

Nei ricorsi in materia di appalti pubblici la legittimazione ad agire poc'anzi citata viene fatto coincidere con la partecipazione alla gara del ricorrente. Invero, se un professionista non ha fatto domanda di partecipazione non potrà proporre ricorso. Tale principio generale si presta, comunque, ad alcune eccezioni (mancata indicazione delle gara, clausole escludenti ecc.) che saranno esaminate successivamente.

Termini di processuali

Di consueto, il termine per proporre ricorso avverso un atto amministrativo è di 60 giorni, decorrenti dalla comunicazione, pubblicazione o, comunque, dal momento in cui il soggetto ne ha avuto effettiva conoscenza.

Nei ricorsi concernenti gare d'appalto, invece, il termine è **dimezzato**. A mente dell'art. 119, co. 1, lett. a), del c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010) *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a:*

a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti [...] Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati (co. 2)”.

Dunque, **tutti gli atti di una procedura ad evidenza pubblica** (bando, provvedimento di esclusione, aggiudicazione) **sono soggetti ad un termine impugnatorio decadenziale di 30 giorni**.

È bene evidenziare che l'illegittimità di una clausola del bando di gara, che non comporti l'impossibilità di partecipare, può essere fatta valere successivamente e congiuntamente all'impugnazione del provvedimento lesivo (ad es. l'impugnazione della clausola del bando di gara che ha individuato un criterio di aggiudicazione in violazione della legge può essere fatta valere, anche decorsi i 30 giorni, congiuntamente all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione).

Con specifico riferimento al bando, nel caso in cui sia mancata la pubblicazione, esso non può essere più impugnato decorsi 30 giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione, calcolati dal giorno successivo alla pubblicazione o, se è mancata la pubblicazione, decorsi 6 mesi dalla sottoscrizione del contratto.

In generale, quindi, il professionista avrà a disposizione 30 giorni per proporre ricorso avverso un atto di gara ritenuto illegittimo.

Proposizione del ricorso in caso di mancata partecipazione alla gara

Come anticipato, in linea generale per proporre ricorso avverso un atto di gara bisogna che il soggetto abbia preso parte alla stessa.

Ma non sempre la partecipazione è requisito di procedibilità del ricorso.

Secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, si riconosce legittimazione ad agire ad un operatore economico che non ha presentato un'offerta nei seguenti casi:

- 1) quando si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta;
- 2) quando si impugnano clausole del bando immediatamente escludenti;
- 3) quando il bando contiene clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta.

Nel primo caso, più frequentemente, accade che l'amministrazione abbia proceduto ad una aggiudicazione diretta in assenza dei presupposti di legge (ad es. per un importo superiore alle soglie stabilite dall'art. 36 del Codice).

Nel secondo si è in presenza di clausole illegittime che impediscano all'operatore di partecipare alla gara (ad. es. richiesta di requisiti contrari alla legge o sproporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto).

Infine, il terzo caso si verifica quando all'interno degli atti di gara l'amministrazione abbia previsto a carico dell'aggiudicatario degli obblighi del tutto slegati dall'appalto da affidare (ad es. il bando di progettazione che richieda al professionista di eseguire anche i lavori) o, ancora, che rendano impossibile, o anche solo particolarmente complicata, la formulazione di una offerta (ad es. il bando di gara per la progettazione di un edificio che non indichi le classi e le categorie dei lavori da realizzare).

In tutti e tre i casi appena esaminati il professionista potrà impugnare il bando senza l'onere di prendere parte alla gara. Ciò che preme rilevare è che l'operatore economico avrà l'onere di impugnare il bando entro 30 giorni dalla pubblicazione, nel primo e nel terzo caso. Diversamente, ove si contesti la mancata indizione di una gara, il termine decorre dalla pubblicazione dell'affidamento o, in mancanza, decorsi 6 mesi dalla sottoscrizione del contratto.