



DELIBERA N. 506 del 6 novembre 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dal Comune di Lignano Sabbiadoro - Procedura aperta per l'appalto congiunto della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori di ristrutturazione edilizia con manutenzione straordinaria, riqualificazione e ampliamento del polisportivo comunale denominato G. TEGHIL "Palestra comunale" di Viale Europa nel Comune di Lignano Sabbiadoro finanziata con un contributo ai sensi della L.R. 13/2023 Art. 6 commi da 51 a 54 - CIG: B2FE303682 - Importo euro: 1.644.926,72 - S.A.: Comune di Lignano Sabbiadoro (UD)

UPREC/PRE/0308/2024/S-L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 44 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto integrato – Offerta tecnica – Progetto esecutivo

Massima

Appalto integrato – Offerta economicamente più vantaggiosa - Offerta tecnica – Progetto esecutivo - Presentazione – Inammissibilità

Nell'ambito di un appalto integrato, la redazione del progetto esecutivo costituisce l'oggetto dell'obbligazione contrattuale, sicché la richiesta della presentazione, in sede di offerta tecnica, del progetto esecutivo, oltre a confliggere con il dato normativo, si pone in contrasto con i principi del risultato, dell'accesso al mercato e del divieto di opera professionale gratuita, di cui agli artt. 1, 3 e 8 del Codice.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 novembre 2024

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 116802 del 9 ottobre 2024, con cui il Comune di Lignano Sabbiadoro ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla procedura di gara in oggetto e, in particolare, alla legittimità della richiesta di presentazione, in seno all'offerta tecnica, del progetto esecutivo dei lavori;

VISTA la memoria allegata all'istanza, ove il Comune di Lignano Sabbiadoro ha rappresentato che l'esigenza di acquisire il suddetto parere è sorta in quanto, all'indomani della pubblicazione del bando di gara, l'OICE, Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica, ha contestato la richiesta di produzione, già in sede di gara, del progetto esecutivo, ritenendola incompatibile con la tipologia di appalto affidando, l'appalto integrato, nel quale il progetto esecutivo costituisce una delle obbligazione contrattuali;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante ha difeso la correttezza della scelta operata alla luce di una pronuncia del Consiglio di Stato, ove sarebbe stato affermato il principio secondo il quale, in caso di appalto integrato, il progetto esecutivo da presentare in sede di gara a cura dell'offerente, sulla base del progetto redatto dall'Amministrazione e posto a base di gara, costituirebbe nient'altro che l'elaborato finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti, ma non esaurisce, né sostituisce o anticipa affatto, e indebitamente, l'attività di progettazione posta a carico del futuro aggiudicatario, che dovrà invece essere sviluppata a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto in un completo progetto esecutivo, da sottoporre alla preventiva approvazione degli organi della stazione appaltante in conformità alle prescrizioni dell'art. 42, comma 1, del D.Lgs. n. 36/2023 (in tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, 26.5.2022, n. 4226). Ebbene, anche nel caso di specie, la presentazione del progetto esecutivo, in sede di offerta, risulterebbe esclusivamente *"volta a consentire alla Stazione appaltante di comprendere la portata dell'offerta tecnica formulata, affinché l'Amministrazione possa comprendere il grado di profondità delle modifiche proposte dall'operatore economico rispetto al progetto posto a base di gara e comprendere la natura delle stesse, ovvero se si tratti di modifiche che incidono sul progetto di fattibilità tecnico-economica a base dell'appalto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, come nel caso delle varianti (ammesse solo previa manifestazione di volontà della stazione appaltante), o se si tratti, invece, di modifiche migliorative consistenti invece in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono invece singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi pertanto come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste"*;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 119567 del 15 ottobre 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 121693 del 18 ottobre 2024, con cui OICE ha rappresentato che la scelta della Stazione appaltante di richiedere la presentazione del progetto esecutivo in fase di gara si pone in contrasto con il quadro normativo di riferimento (artt. 53 del d.lgs. 163/2006, art. 59 d.lgs. 50/2016 e art. 44 del d.lgs. 36/2023), dalla lettura del quale si evince chiaramente che, in caso di appalto integrato, la progettazione costituisce una delle prestazioni oggetto del contratto, con la conseguenza che non potrebbe giammai essere richiesta quale elemento dell'offerta tecnica da presentare in gara. Qualora l'Amministrazione avesse inteso acquisire il progetto esecutivo avrebbe potuto ricorrere ad altre procedure (OICE cita il concorso di progettazione, la normativa recata dall'art. 193 del d.lgs. 36/2023 in materia di promotore di concessioni, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo svolto per gradi). Sconfessa, poi, la lettura offerta dal Comune di Lignano Sabbiadoro alla pronuncia resa



dal Consiglio di Stato. Rileva, poi, che la scelta della Stazione appaltante si pone in contrasto con i principi di cui agli artt. 1, 2, 3, 5 e 8 del Codice;

VISTI gli atti di gara;

PREMESSO che l'art. 44 del d.lgs. 36/2023, rubricato "Appalto integrato", stabilisce che "Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato...Quando il contratto è affidato ai sensi del comma 1, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione...L'offerta è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, e indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori";

CONSIDERATO che dall'esame della citata disposizione si può correttamente definire l'appalto integrato come un contratto misto, avente ad oggetto l'affidamento all'operatore economico aggiudicatario di due distinte prestazioni contrattuali: il servizio di progettazione e l'esecuzione dei lavori. La natura mista del contratto richiede, al concorrente che intenda prendere parte alla procedura di gara, di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione in relazione ad entrambe le prestazioni contrattuali; analogamente, il concorrente sarà tenuto ad indicare in sede di offerta economica il corrispettivo richiesto per la progettazione e quello per l'esecuzione dei lavori;

CONSIDERATO che se la redazione del progetto esecutivo costituisce l'oggetto dell'obbligazione contrattuale, appare evidente che la stessa non possa essere richiesta, in sede di gara, come parte dell'offerta tecnica, confondendosi altrimenti l'oggetto del contratto con l'oggetto della selezione comparativa. L'art. 3 dell'allegato I.1 del Codice definisce, infatti, la procedura di evidenza pubblica come la *"procedura selettiva tramite gara fra operatori economici che, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e della disciplina dettata dal codice, è finalizzata, attraverso la valutazione comparativa delle offerte e la selezione del contraente, all'affidamento del contratto"* mentre l'art. 2 definisce i contratti di appalto o appalti pubblici, come *"i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi"*. Nel caso dell'appalto integrato, quindi, la fase della procedura di evidenza pubblica sarà strumentale alla ricerca, per quanto concerne la progettazione, del soggetto che proponga le migliori soluzioni tecniche, al quale affidare, a valle dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, la redazione del progetto esecutivo;

CONSIDERATO che militano in tale direzione anche i principi generali dell'evidenza pubblica, correttamente richiamati dall'OICE, ed in particolare:

- Il principio del risultato di cui all'art. 1, del d.lgs. 36/2023, secondo il quale la finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività è l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. In tal senso, la richiesta della presentazione del progetto esecutivo- e il successivo esame dei progetti da parte della Commissione – per un verso non consente il rispetto del principio di tempestività dell'affidamento, in quanto comporta una dilatazione dei termini per la presentazione delle offerte, adeguati a consentire l'elaborazione dei numerosi documenti da



- parte dei progettisti, e dei tempi per l'assegnazione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice e, dall'altro, sacrifica il massimo dispiegarsi della concorrenza, per ragioni che non appaiono dover ricevere una maggiore tutela rispetto alla più ampia partecipazione alla gara;
- il principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 del d.lgs. 36/2023, a mente del quale "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità". La richiesta della presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta appare limitativa della partecipazione, scoraggiando gli operatori economici – per i numerosi adempimenti ed oneri economici connessi alla redazione del progetto esecutivo – dalla partecipazione. Inoltre, la suddetta previsione risulta contrastante anche con il principio di proporzionalità, ben potendo l'Amministrazione conseguire l'obiettivo prefissato, ovvero il vaglio attento delle soluzioni migliorative proposte, attraverso soluzioni meno impattanti e sacrificanti per i privati. Nella relazione illustrativa al Codice, il Consiglio di Stato chiarisce che "In particolare, il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione (v. considerando 3 direttiva n. 24/2014/UE)";
 - il divieto di prestazioni di opera intellettuale gratuita, di cui all'art. 8, comma 2, del d.lgs. 36/2023, secondo il quale "Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". Appare evidente che per tutti gli operatori economici diversi dall'aggiudicatario la previsione del disciplinare si traduce, in sostanza, nella imposizione di un onere economico – la predisposizione del progetto esecutivo – non remunerato dalla Stazione appaltante;

CONSIDERATO, altresì, che l'esigenza sottesa alla richiesta della presentazione, in gara, del progetto esecutivo, ovvero "comprendere il grado di profondità delle modifiche proposte dall'operatore economico rispetto al progetto posto a base di gara, ovvero se si tratti di modifiche che incidono sul PTFE dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, come nel caso delle varianti (ammesse solo previa manifestazione di volontà della Stazione appaltante) o se si tratti di modifiche migliorative..." è già soddisfatta, in via generale, dalla normativa codicistica, che affida al progetto esecutivo la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni, nel pieno rispetto del progetto definitivo (oggi PTFE). Infatti, l'art. 21, comma 1, dell'allegato I.7 stabilisce che "Nel caso in cui il PTFE sia posto a base di un appalto di progettazione ed esecuzione, il progetto deve essere sviluppato con un livello di approfondimento tale da individuare prestazionalmente le caratteristiche principali, anche geometriche, formali, tecnico-costruttive e materiche, dell'intervento e segnatamente quelle alle quali il committente attribuisce rilevanza ai fini del conseguimento degli obiettivi e dei risultati desiderati" e l'art. 22, comma 7, prevede che "Nell'ipotesi di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto esecutivo non può prevedere significative modifiche alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto di fattibilità tecnica ed economica.". Senza considerare, poi, che l'art. 3.2 del disciplinare di gara stabilisce espressamente la possibilità per gli offerenti di presentare varianti al progetto dal punto di vista tipologico, strutturale, funzionale e prestazionale tali da permettere la funzionalità delle opere garantendo, al contempo, il raggiungimento dell'obiettivo progettuale;



RILEVATO, per quanto concerne la sentenza del Consiglio di Stato richiamata dalla Stazione appaltante a supporto della bontà della scelta effettuata (sent. n. 4226/2022), che la questione ivi trattata divergeva in maniera evidente dal caso in esame. Invero, l'oggetto del contenzioso verteva sulla legittimità dell'esclusione da una procedura di gara - avente ad oggetto l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori - di un'impresa non qualificata in proprio per la progettazione e che non aveva associato o indicato nella domanda di partecipazione un progettista qualificato. Al solo fine di sconfiggere la tesi del ricorrente - che denunciava la scarsa chiarezza della *lex specialis* in ordine all'oggetto dell'appalto, a suo dire non concernente un appalto integrato, anche in ragione del fatto che, diversamente dal modello legale tipico delineato dall'art. 59 del d.lgs. 50/2016, la presentazione del progetto esecutivo era richiesta già in fase di gara - e, dunque, al solo fine di dimostrare che la legge di gara chiaramente ricomprendeva anche l'affidamento della progettazione oltre all'esecuzione dei lavori, il Consiglio di Stato ha rilevato che la mera richiesta di presentazione del progetto esecutivo (architettonico e degli impianti) non costituiva una deviazione dal modello legale tipico in quanto "ciò chiaramente non escludeva affatto che l'aggiudicatario avrebbe dovuto poi sviluppare l'idea progettuale proposta in conformità alle esigenze della stazione appaltante e affrontare la successiva fase di approvazione del progetto medesimo (verifica, validazione etc.) prima di avviare i lavori". In altri termini, il Consiglio di Stato non ha affrontato direttamente la questione della legittimità della richiesta della presentazione del progetto esecutivo, in sede di offerta tecnica, nell'ambito di un appalto integrato, bensì ha richiamato la previsione del disciplinare di gara al solo fine di dimostrare l'assoluta chiarezza della *lex specialis* sull'oggetto dell'appalto e, dunque, per confermare la correttezza dell'esclusione dell'impresa non qualificata per i servizi tecnici;

RILEVATO, inoltre, che in un altro passaggio della sentenza, il Consiglio di Stato ha precisato poi che "Il progetto esecutivo da presentare in sede di gara a cura dell'offerente, sulla base del progetto definitivo redatto dall'Amministrazione e posto a base di gara, costituiva l'elaborato finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell'offerta tecnica presentata dai concorrenti, ma non esauriva affatto l'attività di progettazione posta a carico del futuro aggiudicatario, dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo, da sottoporre alla preventiva approvazione degli organi della stazione appaltante." Nel caso di specie, invece, la Stazione appaltante ha richiesto la presentazione di un progetto esecutivo contenente gli elaborati previsti nell'allegato I.7, Sezione III del D.Lgs. n. 36/2023, compreso il computo metrico non estimativo e l'elenco prezzi unitari senza prezzi, con la precisazione che il quadro economico del progetto, il computo metrico estimativo, l'elenco prezzi unitari e l'analisi dei prezzi avrebbero dovuto essere inserito all'interno dell'offerta economica al lordo del ribasso offerto;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la richiesta di presentazione, in seno all'offerta tecnica, del progetto esecutivo non sia conforme alla normativa di riferimento e ai principi del risultato, dell'accesso al mercato e del divieto di opera professionale gratuita come definiti dagli artt. 1, 3 e 8 del d.lgs. 36/2023. La Stazione appaltante è tenuta ad annullare in autotutela la procedura di gara in oggetto, evitando, in sede di nuova pubblicazione del bando di gara, di richiedere la presentazione del suddetto progetto esecutivo in sede di offerta tecnica.



Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2024
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente