

### *Ill.mo Presidente del Consiglio dell'ordine degli architetti di Milano*

#### *PARERE*

sulla disciplina giuridica del programma MIUR " scuole innovative " e degli affidamenti degli incarichi di progettazione.

Il concorso di progettazione intitolato " scuole innovative", indetto dal MIUR, ha registrato un oggettivo successo di partecipazione e di risultati.

Al bando di concorso, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 10 maggio 2016, hanno risposto 1238 progetti che si sono confrontati sull'ambizioso tema di immaginare istituti dotati di spazi didattici innovativi, ad alta prestazione energetica, con aree verdi fruibili, in sostanza una scuola moderna, sicura, all'avanguardia, in grado di coniugare spazi per una didattica innovativa ed una nuova fruizione aperta al territorio e alla socialità urbana.

Un'idea arricchita dalle parole di Renzo Piano che attribuiscono alla scuola un ruolo fondamentale di vero e proprio "rammendo sociale" del tessuto urbano.

Un concorso di idee unico, ma suddiviso in 52 aree territoriali, individuate da ciascuna regione, sostenuto da un finanziamento di 350 milioni di euro, con il fine dichiarato di "mettere a disposizione degli enti locali richiedenti, a titolo gratuito, le idee premiate al fine di consentire l'eventuale affidamento dei successivi livelli di progettazione, ai sensi dell'art. 156, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" (così il punto 5.3 del bando di gara).

Si è posto il problema se i progetti risultati vincitori del concorso, allo stato di progetti di fattibilità, possano essere affidati, attraverso una procedura negoziata, ai professionisti vincitori ai fini della realizzazione della progettazione definitiva ed esecutiva o se essi, posti nella disponibilità dei Comuni interessati, debbano essere oggetto di una successiva gara con bando per la selezione degli affidatari.

Nel secondo caso, la preoccupazione diffusa è quella dei tempi occorrenti per esperire la nuova procedura e del "sovraccarico" di gestione amministrativa, riguardante amministrazioni comunali spesso di ridotte dimensioni, con il rischio, concreto, che le nuove procedure di gara ad evidenza pubblica possano generare ricorsi al giudice amministrativo ed altri ostacoli ad un'effettiva e celere realizzazione degli interventi, pur in presenza delle risorse utili.

Il tema è stato oggetto di un parere dell'Autorità nazionale anticorruzione, in data 28 febbraio 2018, che ha correttamente ricostruito la vicenda affermando, in sintesi, i seguenti punti.

1. Il bando *de quo* ha disciplinato esclusivamente il concorso di idee, e non anche le modalità per l'affidamento dei successivi livelli di progettazione da parte degli enti proprietari delle aree, cui è rimesso tale affidamento.

Nel predetto bando si specifica, infatti, che il concorso di idee è unico ma suddiviso in 52 aree territoriali, individuate da ciascuna Regione sulla base della procedura avviata con decreto del MIUR n. 593/2015; tale concorso si conclude con una graduatoria di merito per ciascuna area di intervento e con l'attribuzione di tre premi per ciascuna area. La stazione appaltante (MIUR) mette a disposizione degli enti

locali richiedenti, a titolo gratuito, le idee premiate al fine di consentire l'eventuale affidamento dei successivi livelli di progettazione ai sensi dell'art. 156, comma 6, d.lgs. 50/2016.

Al riguardo, osserva l'ANAC che le disposizioni della l. 107/2015 rinviano alla disciplina contenuta nel Codice in tema di concorsi di idee; in particolare è richiamato l'art. 108 (Concorso di idee), comma 6, del d.lgs. 163/2006, a tenore del quale «La stazione appaltante può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, a condizione che detta facoltà sia stata esplicitata nel bando, e che il soggetto sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economica previsti nel bando in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare».

Tale disposizione è stata confermata nel d.lgs. 50/2016 all'art. 156, comma 6.

2.L'ANAC sottolinea al riguardo che il nuovo Codice disciplina il concorso di idee all'art. 156, prevedendo l'applicabilità a tale istituto delle disposizioni contenute nel Capo IV dedicato ai concorsi di progettazione e di idee. Si tratta di una procedura, come definita al comma 1, finalizzata «all'acquisizione di una proposta ideativa da remunerare con il riconoscimento di un congruo premio», opportunamente indicato nel relativo bando (co. 4).

Nell'ambito di tale procedimento, il concorrente predispone la proposta ideativa nella forma più idonea alla sua corretta rappresentazione; è una proposta che si colloca a monte della progettazione, potendo costituire una rappresentazione dell'idea, prodromica al successivo sviluppo degli elaborati progettuali. La disposizione in esame precisa al riguardo che per i lavori, nel bando non possono essere richiesti elaborati di livello pari o superiore a quelli richiesti per il progetto di fattibilità tecnica ed economica. All'esito della selezione, l'idea o le idee premiate sono acquisite in proprietà dalla stazione appaltante, previa eventuale definizione degli assetti tecnici. Tali idee possono essere poste a base di un concorso di progettazione o di un appalto di servizi di progettazione.

Alla procedura sono ammessi a partecipare i premiati, qualora in possesso dei relativi requisiti soggettivi (co. 5). E' comunque espressamente previsto dalla norma (co. 6) che «la stazione appaltante può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, a condizione che detta facoltà sia stata esplicitata nel bando, e che il soggetto sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economica previsti nel bando in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare».

3. In particolare, con determinazione n. 4/2015 (e già con la determinazione n. 3/2000) L'ANAC ha osservato che «il concorso di progettazione e il concorso di idee sono procedure che si concludono con l'acquisto di un prodotto di ingegno, ovvero il progetto, giudicato migliore sul piano qualitativo ed economico da un'apposita commissione, in relazione ad una preindicata esigenza, distinguendosi in ciò dall'appalto di servizi di progettazione nel quale l'oggetto del contratto è una prestazione professionale tesa ad un risultato, per cui la procedura è finalizzata alla selezione del relativo progettista.

I primi identificano, quindi, una offerta al pubblico con la quale l'amministrazione aggiudicatrice promette di acquistare, premiandola o meno, un'idea progettuale, mentre nell'appalto di progettazione oggetto del contratto è una prestazione professionale intesa ad un risultato e cioè alla redazione di un progetto, per cui la procedura tende alla selezione del relativo progettista.»

Ferma la distinzione concettuale, occorre evidenziare che il nuovo codice dei contratti, come ribadito di recente anche dall'ANAC, afferma il principio di continuità nelle diverse fasi progettuali e ciò nell'evidente intento di favorire la semplificazione amministrativa delle procedure e di assicurare la coerenza dell'indirizzo progettuale.

4. Secondo l'ANAC deriva da quanto sopra che nell'ambito di un concorso di idee, la possibilità di affidare al vincitore, con procedura negoziata senza bando, anche la redazione dei successivi livelli progettuali è subordinata a due condizioni principali, come indicate nel comma 6, dell'art. 156: la previsione di tale possibilità deve essere chiaramente esplicitata nel bando di gara ed inoltre tale documento deve espressamente indicare i requisiti tecnico-professionali ed economici che devono essere posseduti dai concorrenti ai fini dell'affidamento della progettazione e commisurati alle caratteristiche dell'incarico da svolgere.

L'indicazione dei predetti elementi nel bando riveste, peraltro, carattere preminente essendo gli stessi finalizzati alla selezione di soggetti idonei all'eventuale svolgimento (anche) del successivo incarico di progettazione (perché in possesso di adeguati requisiti professionali) e, sotto il profilo del rispetto dei principi di par condicio, concorrenza e trasparenza, potendo gli stessi incidere in maniera determinante sulla platea dei potenziali partecipanti alla procedura di gara a monte.

5. Nel caso di specie, secondo l'ANAC, il bando di gara prevede per gli enti locali richiedenti (proprietari delle aree), la possibilità di procedere ai sensi del citato art. 156, comma 6, per l'eventuale affidamento dei successivi livelli di progettazione (par. 5.3 del bando), ma *non* contiene previsioni in ordine ai requisiti che i vincitori del concorso di idee devono possedere ai predetti fini.

Si ritiene, pertanto, che gli stessi enti, all'esito del concorso di idee in esame, siano tenuti ad indire una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei correlati servizi di ingegneria, ossia un concorso di progettazione o un appalto di servizi di progettazione, come previsto dal citato art. 156, comma 5, del d.lgs. 50/2016; procedure cui possono partecipare, come stabilito da tale disposizione, anche i soggetti premiati se in possesso dei relativi requisiti soggettivi.

La tesi dell'Anac, ampiamente riferita, ha un suo fondamento ma deve essere, a nostro avviso, considerata sulla base di un'interpretazione sistematica dei principi normativi in tema di progettazione, stabiliti dal codice dei contratti pubblici.

In primo luogo occorre considerare l'art. 24 del Codice intitolato "progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici" che prevede, alle condizioni ivi disciplinate, l'affidamento all'esterno dei servizi di architettura e ingegneria per gli operatori economici di cui all'art. 46 del Codice.

Come noto, l'art. 24, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, ha demandato al Regolamento da emanarsi con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, la disciplina dei requisiti per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

Con lo specifico D.M. del 2/12/2016, n. 263, sono stati disciplinati i requisiti dei professionisti singoli o associati nel modo seguente:

"In attuazione dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante «codice dei contratti pubblici», di seguito codice, ai fini della partecipazione alle

procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, i professionisti singoli o associati devono possedere i seguenti requisiti:

a) essere in possesso di laurea in ingegneria o architettura o in una disciplina tecnica attinente all'attività prevalente oggetto del bando di gara, oppure, nelle procedure di affidamento di servizi che non richiedono il possesso di laurea, essere in possesso di diploma di geometra o altro diploma tecnico attinente alla tipologia dei servizi da prestare, nel rispetto dei relativi ordinamenti professionali; □ b) essere abilitati all'esercizio della professione nonché iscritti al momento della partecipazione alla gara, al relativo albo professionale previsto dai vigenti ordinamenti, ovvero abilitati all'esercizio della professione secondo le norme dei paesi dell'Unione europea cui appartiene il soggetto.”( art.1).

I successivi articoli del Decreto Ministeriale regolamentano i requisiti delle società di professionisti, delle società di ingegneria, dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi, precisando altresì i requisiti di regolarità contributiva.

Orbene, alla luce di quanto considerato, è legittimo concludere che i requisiti essenziali per l'affidamento di servizi di progettazione sono già stabiliti, in via generale, **dalla legge e dal regolamento attuativo.**

Il bando di gara del concorso di idee per la realizzazione di “scuole innovative” prevede l'eventuale affidamento dei successivi livelli di progettazione al vincitore ai sensi dell'art.156, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2018 n. 50 (ossia “procedura negoziata”) ma **non** disciplina livelli ulteriori di requisiti professionali rispetto a quelli già previsti dalla legge o dal regolamento: si deve pertanto ritenere che l'amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità, non abbia ritenuto necessario prevedere requisiti tecnico-professionali ulteriori rispetto a quelli già per legge e per regolamento previsti.

Una tale conclusione si impone anche in forza di due motivazioni :

1. sul piano logico, la previsione nel bando della possibilità di affidare la progettazione definitiva ed esecutiva con procedura negoziata al vincitore del concorso di idee presuppone che questi sia in possesso dei requisiti legali richiesti;
2. sul piano sistematico, **non sussiste un obbligo** di indicazione di requisiti di capacità tecnico-professionale ed economica diversi da quelli per legge o regolamento indicati poiché l'ordinamento è in sé coerente e non consente l'accesso alla progettazione di opere pubbliche da parte di soggetti privi di titolo. In altri termini, non vi è l'obbligo di indicare nel bando **requisiti speciali** di capacità tecnico-professionale ed il MIUR a tale regola si è attenuto, peraltro specificando nei “CHIARIMENTI” in data 5 ottobre 2016, a firma del Direttore generale Simona Montesarchio, che gli enti locali, nel caso di affidamento ai vincitori delle singole aree del concorso dei successivi livelli di progettazione, potranno richiedere, oltre ai requisiti generali ( titolo di laurea e iscrizione all'albo professionale di appartenenza) o richiesti dalla legge ( garanzie e coperture assicurative dei rischi) anche ulteriori requisiti quali “un elenco dei principali servizi in materia di edilizia scolastica realizzati negli ultimi cinque anni..”, come criterio discrezionale ai fini della procedura negoziata.

Una tale conclusione risulta peraltro avvalorata dalle stesse linee guida n.1 dell'Anac, aggiornate con delibera del 21 febbraio 2018 n.138.

Ivi si afferma che “elemento cardine è costituito dall'essere svolte la progettazione definitiva e quella esecutiva, preferibilmente, dal medesimo soggetto onde garantire

omogeneità e coerenza al processo (art. 23, comma 12 codice). Tenuto conto di tale principio di continuità e del divieto di cui all'art. 24, comma 7 del codice, è ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica ed economica. Risulta, infatti, accentuato il criterio di **continuità** nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori ( art.24, comma 7 del codice)."

Occorre inoltre considerare che, come specificato pure nelle linee guida ( v. capo IV) per l'affidamento di incarichi di importo inferiore a 100mila euro, che risultano prevalenti nella progettazione "scuole innovative", la regola è già quella della procedura negoziata senza bando prevista dall'art. 36, comma 2 lett. b) del codice, nei modi e alle condizioni ivi specificati.

In conclusione, il parere dell'Anac in data 28 febbraio 2018, formalmente corretto, non tiene nel dovuto conto del fatto che il MIUR, nell'indicare nel bando la possibilità che ai soggetti vincitori del concorso di idee "scuole innovative" potessero essere affidati anche i successivi livelli di progettazione attraverso la procedura negoziata di cui all'art. 156, comma 6, del codice, ha compiuto una scelta discrezionale che non implicava l'obbligo di una specifica determinazione dei requisiti tecnici ed economici di carattere speciale ritendendo sufficienti, per rinvio, i requisiti di carattere generale richiesti dalla normativa vigente per la progettazione di opere pubbliche.

I requisiti di natura speciale potrebbero, peraltro, essere sempre richiesti dagli enti locali appaltanti in sede di procedura negoziale.

Va precisato, inoltre, che gli affidamenti di servizi di progettazione per una soglia di valore inferiore a 100mila euro seguono comunque la procedura semplificata ai sensi dell'art. 36 del codice dei contratti.

In tal senso sarebbe opportuno un atto di chiarimento da parte dell'Anac o del MIUR, d'intesa con Anac, al fine di non aggravare senza ragioni le procedure di progettazione e di realizzazione del programma "scuole innovative" per il quale risultano disponibili le risorse finanziarie.

Per il futuro, ossia per il prossimo bando "scuole innovative", risulta comunque auspicabile che, alla luce dei fatti, siano esplicitati nel bando i requisiti, di natura generale o speciale, richiesti ai fini dell'affidamento con procedura negoziata dei successivi livelli di progettazione, nel rispetto del principio di continuità.

Rimaniamo a disposizione per ogni chiarimento utile o attività opportuna, porgendo i migliori saluti

Milano, 5 maggio 2018

*prof.avv.Pierluigi Mantini*