

ALL. 1

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

28/02/2019

U-nd/1868/2019



I

CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI



presso il
Ministero della Giustizia

/U-AZ/19

Al Ministero delle Infrastrutture e dei
Trasporti

Dipartimento per le Infrastrutture, i sistemi
informativi e statistici – Ufficio
Coordinamento
dip.infrastrutture@pec.mit.gov.it
lucia.falsini@mit.gov.it

Direzione Generale per la regolazione e i
contratti pubblici
dg.reg.contratti@pec.mit.gov.it
loredana.cappelloni@mit.gov.it
iolanda.deluca@mit.gov.it

All'Autorità Nazionale Anticorruzione
(ANAC)
protocollo@pec.anticorruzione.it
uprot@anticorruzione.it

E p.c.

Ordine degli Ingegneri della Provincia di
Prato

Oggetto: Società di ingegneria – comprova dei requisiti di capacità
economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in capo all'ex socio
in qualità di libero-professionista – possibilità di utilizzare e
dichiarare i requisiti conseguiti all'interno della società di
ingegneria - richiesta parere - prot. CNI n.8107

4

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Prato domanda, a seguito della istanza di un iscritto, quali requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, acquisiti all'interno di una società di ingegneria, possono essere vantati da colui che, all'interno della società, rivestiva il ruolo di socio professionista e che, in seguito, intenda partecipare ad un bando di gara come libero-professionista e se vi sono limiti temporali di utilizzo (in allegato).

Non essendovi indicazioni puntuali nella normativa sui Contratti pubblici, è intenzione del Consiglio Nazionale, Ente pubblico non economico ed organismo nazionale di rappresentanza istituzionale della Categoria professionale degli Ingegneri (ex art.14 d.lgs. luogotenenziale 23/11/1944 n.382, artt.17 e ss. RD n.2537/1925; art.5 DPR 8/07/2005 n.169), con la presente, richiedere il parere ufficiale delle Autorità in indirizzo sulla questione, al fine di risolvere i relativi dubbi interpretativi.

Allo scopo si opererà di seguito una sintetica ricostruzione del quadro normativo vigente, accompagnata da alcune riflessioni ed osservazioni, in funzione di collaborazione e con l'intento di arricchire l'istruttoria e di esporre tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la soluzione della problematica.

La richiesta di parere concerne sia i requisiti attinenti alla capacità economica e finanziaria del prestatore del servizio, sia i requisiti attinenti alla capacità tecnica e professionale.

Si tratta di requisiti assai differenti, aventi ognuno una peculiare ed autonoma disciplina (ad esempio, nel Codice degli appalti pubblici previgente, - d.lgs. 12/04/2006 n.163 - v., rispettivamente, gli articoli 41 e 42).

Della "capacità economica e finanziaria" e delle "capacità tecniche e professionali" si occupa, in prima battuta, l'**art.83, comma 1, lettere b) e c)**, del **d.lgs. 18/04/2016 n.50** (Codice dei contratti pubblici).

Secondo il comma 7 dell'**art.83 cit.**, inoltre, la dimostrazione dei requisiti di cui al comma 1, lettere b) e c), è fornita *"a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture e dei servizi, utilizzando i mezzi di prova di cui all'art.86, commi 4 e 5"*.

Mentre - riguardo specificamente la verifica della capacità economica e finanziaria - l'**art.83, comma 4, cit.**, indica i requisiti che possono essere richiesti dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara, per gli appalti di servizi e forniture.

Ne risulta confermato il rinvio alla concreta disciplina della "*lex specialis*" per il puntuale accertamento dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante ai partecipanti alla gara.

A sua volta l'**art.86, comma 4, d.lgs. n.50/2016** ("Mezzi di prova") stabilisce che – per quanto riguarda **la prova della capacità economica e finanziaria** dell'operatore economico – è possibile utilizzare uno o più dei mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I, del Codice.

Mentre, in base al **comma 5 dell'art.86 d.lgs. n.50/2016**, le **capacità tecniche** degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più dei mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, "in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi" (in allegato).

I limiti temporali (ove sussistenti) sono riportati nello stesso Allegato XVII¹.

In precedenza, l'**art.254, comma 3, penultimo periodo, del DPR 5/10/2010 n.207** (oggi abrogato) disponeva – riguardo i requisiti delle società di ingegneria – che: *"La verifica delle capacità economiche finanziarie e tecnico-organizzative della società ai fini della partecipazione alle gare per gli affidamenti di servizi si riferisce alla sola parte della struttura dedicata alla progettazione"*.

L'**art.1 del DM 2 dicembre 2016 n.263** ("Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50") - in attuazione dell'**art.24, comma 2, del d.lgs. n.50/2016** - prescrive invece i requisiti che devono possedere i professionisti, singoli o associati, per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura.

La previsione – relativa alle società - prima contenuta nel citato **art.254, comma 3, DPR 207/2010**, è ora contenuta nell'**art.7, comma 2, del suddetto DM n.263/2016** ("La verifica di cui al comma 1 si riferisce alla sola parte della struttura organizzativa relativa alla procedura di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria").

Quello fin qui brevemente riassunto è il quadro normativo di riferimento sull'argomento.

¹ Ad esempio – per la Parte II – la lettera a), punto i), prevede "un elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni"; al punto ii): "un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni"; alla lettera h): "una dichiarazione indicante l'organico medio annuo dell'imprenditore o del prestatore di servizi e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni".

Passando all'esame della specifica questione sollevata – ovvero la spendibilità quale libero-professionista, ai fini della partecipazione ai bandi di gara, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica conseguiti dalla società di ingegneria di cui si faceva parte come socio professionista - occorre dare conto che non risulta una soluzione esplicita e pacifica della problematica.

E nemmeno sono stati rinvenuti pareri ministeriali o precedenti giurisprudenziali sull'argomento.

Le stesse **Linee Guida ANAC n.1/2016** (aggiornate al d.lgs. n.56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n.138 del 21 febbraio 2018) – al paragrafo 2.2.2. **Requisiti di partecipazione** – affermano espressamente che: "Il quadro normativo vigente non fornisce indicazioni in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in modo specifico per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura e gli altri servizi tecnici".

Il documento prosegue indicando comunque quali debbano essere, a seconda dei casi, i *requisiti di partecipazione*, tenendo conto della specificità dei servizi di ingegneria e di architettura, "in ossequio al principio di adeguatezza e attinenza e nel rispetto di quello di proporzionalità", e precisando (al par. 2.2.2.2) che **le capacità tecniche e professionali fanno riferimento ai contratti eseguiti** (si rimanda, sul punto, alla integrale e attenta lettura delle anzidette Linee Guida n.1 – *Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*, rinvenibili sul sito Internet www.anticorruzione.it).

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, inoltre, precisa che le indicazioni poste dagli articoli 83 e 86 del Codice dei contratti pubblici, nonché dal suo allegato XVII, relativamente all'importo del fatturato globale e specifico e ai requisiti di capacità tecnica, costituiscono direttive poste a presidio della massima partecipazione alle gare e in osservanza dei principi di proporzionalità e di concorrenza (v. sempre il par. 2.2.2.2. delle Linee Guida *cit.*).

Come evidenziato dall'iscritto (ma facendo riferimento alla previgente normativa), infatti, una indicazione testuale nella disciplina (**art.46, comma 2, d.lgs. n.50/2016**) è prevista unicamente per il (*differente*) caso della **partecipazione delle società** alle procedure di affidamento, le quali, "per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione", possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, anche facendo riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite come società di persone o società cooperative (e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti, qualora costituite nella forma delle società di capitali).

L'ipotesi opposta, come accennato, non risulta espressamente regolata (e il discorso vale sia per le società di professionisti che per le società di ingegneria).

Potrebbe dunque concludersi per la soluzione negativa, per mancanza di espliciti agganci normativi. (prima soluzione)

Oppure, astrattamente, si potrebbe esplorare una strada opposta, per verificare se è possibile giungere a soluzioni diverse, in via ermeneutica, utilizzando il criterio della interpretazione estensiva e della interpretazione sistematica. **(seconda soluzione)**

Pur con la cautela che deve guidare simili approcci interpretativi e fermo restando l'eventuale diverso parere delle Autorità ministeriali competenti, potrebbe infatti - ad avviso del Consiglio Nazionale con qualche ragione - sostenersi che il socio professionista (se non vietato dalle disposizioni del bando di gara) potrà, in questi casi, *in linea generale e fatto salvo quanto si dirà oltre*, documentare e rivendicare la pregressa esperienza professionale (requisito della capacità tecnica *sub specie* dei lavori eseguiti o dei principali servizi e forniture effettuati) solamente *pro quota, ovvero nei limiti della quota-parte dei servizi di architettura e di ingegneria svolta personalmente all'interno della società* e soltanto se il medesimo soggetto abbia fatto formalmente ed effettivamente parte della struttura della società che si occupava dei servizi di ingegneria e di architettura.

Un indizio in questa direzione si rinviene nel disposto dell'ex art.254, comma 3, DPR n.207/2010 e dell'attuale **art.7, comma 2, DM 2 dicembre 2016 n.263**, citati in precedenza, dove è stabilito che la verifica dei requisiti e delle capacità delle società (di cui all'art.83 del Codice) va riferita alla sola parte della struttura organizzativa della società che si occupa delle procedure di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

Ovviamente tale opportunità si presta ad essere più agevolmente sfruttata e comprovata con riferimento alle esperienze di carattere *personale* e che trovano quindi più agevole considerazione in sede di **requisiti di capacità tecnica**, previsti dal bando di gara (la **Parte II** dell'**Allegato XVII** del Codice dei contratti pubblici).

Il già socio - secondo questa impostazione - potrebbe quindi presentare, per la partecipazione alla gara in qualità di libero-professionista, anche i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria per la parte eseguita dal medesimo all'interno della società di ingegneria, come progettista o direttore dei lavori (e quindi firmatario degli elaborati).

Una indiretta conferma della ragionevolezza della soluzione da ultimo ipotizzata sembrerebbe evincersi dai contenuti della recente **sentenza del Consiglio di Stato, V Sezione, 19/04/2018 n.2381**, riferita testualmente al caso di una società tra professionisti che si era avvalsa dei requisiti di capacità professionale di un associato ingegnere, al fine di poter concorrere ad integrare i requisiti tecnico-professionali richiesti dal bando di gara per la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica.

In quella fattispecie il giudice amministrativo ha stabilito che l'**associato** in partecipazione ad una società di professionisti **"non può contribuire ad integrare i requisiti di partecipazione, di carattere tecnico-professionale ed economico-finanziario, richiesti dal bando di gara alla società"**, in quanto

risulta estraneo alla compagine societaria e contribuisce soltanto al singolo affare, *a differenza del socio professionista*. E' dunque escluso il ricorso ai requisiti posseduti dai meri associati alla società.

Afferma nell'occasione il Consiglio di Stato: "Ciò induce a ritenere che, in una procedura per l'aggiudicazione di un contratto di appalto, l'amministrazione, nel valutare le capacità tecniche della società tra professionisti così come esposte nell'offerta presentata, **deve far conto solamente sul bagaglio professionale dei soci**, perchè questi sono gli unici che saranno chiamati all'espletamento dell'incarico professionale".

Mentre, allo stesso modo, la valutazione dell'offerta tecnica da parte della Commissione, - prosegue il giudice - "va fatta **senza tener conto della pregressa esperienza professionale del suddetto associato**".

Da questa affermazione deriva come logica conseguenza, ad avviso del Consiglio Nazionale - ragionando *a contrario* - che, nell'ipotesi (differente) del professionista avente il ruolo di socio della società, tali requisiti tecnici (ferme restando le altre condizioni di legge) possono invece essere utilmente rivendicati, *nel momento in cui il socio professionista ha titolo alla firma ed ha effettivamente sottoscritto gli elaborati progettuali per conto della società*.

In tale evenienza, allora, l'esperienza curriculare ottenuta in precedenza e sotto altre vesti dal libero-professionista potrebbe essere utilizzata per integrare i requisiti tecnico-professionali richiesti dal bando di gara.

Ricordiamo, infatti, che (anche) nelle società di ingegneria la firma sugli elaborati tecnici relativi alle prestazioni oggetto di affidamento spetta al direttore tecnico o ad altro ingegnere e architetto "dipendente dalla medesima società e avente i medesimi requisiti" (art.3, comma 3, DM n.263/2016).

Il tutto sempre in linea generale e con esclusione delle ipotesi in cui - per la natura e le caratteristiche del requisito - appare assai complicato scindere il segmento di attività riferibile alla società da quello attribuibile (ai fini in esame) al socio uscente².

Maggiori difficoltà si presentano, a parere del CNI, nel tentativo di attingere ai pregressi requisiti della società, relativi alla **capacità economica e finanziaria** (v. la **Parte I dell'Allegato XVII** al d.lgs. n.50/2016).

L'unico limite "assoluto" alla spendibilità dell'esperienza pregressa pare infatti essere costituito dal requisito del fatturato globale, che risulta intimamente

² Si pensi al caso regolato dalla lettera *h*) della Parte II dell'Allegato XVII al d.lgs. n.50/2016 (dichiarazione dell'organico medio annuo dell'imprenditore o del prestatore di servizi e numero dei dirigenti). In questo caso si potrebbe pensare - in astratto - di fare riferimento alla specifica quota di partecipazione societaria detenuta. Senza contare che - per gli affidamenti di incarichi di importo pari o superiore alla soglia comunitaria - i requisiti richiesti ai professionisti singoli differiscono rispetto a quelli richiesti alle società (v., rispettivamente, le lettere *d*) ed *e*) del par. 2.2.2.1. delle Linee Guida ANAC n.1).

collegato alla forma societaria e quindi assai difficilmente scindibile e frazionabile *pro-quota*, da parte dei singoli soci.

Un possibile argomento a sostegno della (teorica) spendibilità di pregresse esperienze lavorative nel settore (la **seconda soluzione**) – seppure sotto altra veste formale – si ricava inoltre, ad avviso del Consiglio Nazionale, anche dai contenuti delle già citate Linee Guida ANAC n.1, "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*" (aggiornate al d.lgs. n.56/2017).

Secondo l'interpretazione offerta dall'ANAC, infatti, vi sono varie circostanze – prive di testuale base legale – di cui è possibile avvalersi ai fini della dimostrazione dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare.

Così - ad esempio – secondo il par. 2.2.2.3. delle citate Linee Guida – "ai fini della dimostrazione dei requisiti", l'Autorità ritiene che possano ricomprendersi anche gli studi di fattibilità effettuati "e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione, effettuato nei confronti di committenti pubblici o privati".

Mentre, secondo il successivo par. 2.2.2.4. delle Linee Guida citate, possono altresì essere ricompresi i servizi di consulenza aventi ad oggetto attività accessorie alla progettazione ma che non abbiano comportato la firma di elaborati progettuali, "quali, ad esempio, le attività accessorie di supporto per la consulenza specialistica relativa agli ambiti progettuali strutturali e geotecnici".

E ancora: **per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione** – afferma sempre l'Autorità, *ivi* – possono essere utilizzati anche i servizi di progettazione consistenti nella redazione di varianti, sia in fase di gara sia nel corso dell'esecuzione. "In ogni caso, è necessario che il servizio svolto risulti formalizzato in un elaborato sottoscritto dal progettista che intende avvalersene e che la stazione appaltante attesti la variante...".

Come si vede, allora, non sarebbe la prima volta che il sistema e l'ordinamento complessivo del settore dei contratti pubblici, per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, prende in considerazione servizi e lavori *ulteriori* per la dimostrazione dei requisiti, di cui ovviamente andrà data adeguata prova e dimostrazione (tramite attestazione della società, ecc.).

Ne risulterebbe confermato il carattere *non tassativo e predeterminato* delle ipotesi in cui è possibile avvantaggiarsi di esperienze pregresse al fine di integrare i requisiti di capacità economico-finanziaria e/o tecnico-professionale (e quindi questo anche per l'ex socio di una società di ingegneria).

Ferma restando la dibattuta questione della natura delle Linee Guida dell'ANAC, si tratta, ad avviso del CNI, di un elemento da tenere in considerazione, nel tentativo di rispondere nella maniera più circostanziata e

approfondita possibile alla domanda sulla spendibilità quale libero-professionista, ai fini della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, della capacità economico-finanziaria e della capacità tecnica possedute dalla società di cui si faceva parte in precedenza in qualità di socio.

Come sempre in questi casi, deve comunque essere rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante/commissione aggiudicatrice l'ultima parola riguardo l'accertamento dei requisiti di partecipazione e la decisione circa l'ammissibilità e completezza della documentazione prodotta dagli operatori.

Si tratta pertanto di requisiti *valutabili* in astratto e di cui occorrerà di volta in volta (qualora ricevesse apprezzamento l'interpretazione evolutiva e sistematica qui illustrata) fornire adeguata dimostrazione³.

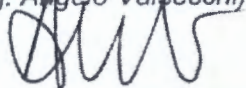
Si chiede comunque conferma al Dipartimento per le Infrastrutture, i sistemi informativi e statistici - Ufficio Coordinamento, alla Direzione Generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e all'Autorità Nazionale Anticorruzione della tesi qui illustrata (seconda soluzione), oppure del divieto assoluto di comprovare *aliunde* i requisiti richiesti al libero-professionista, già socio di una società di ingegneria, per partecipare ad un bando di gara per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria (prima soluzione).

Si trasmettono pertanto le anzidette osservazioni e considerazioni, in funzione di collaborazione, alle Autorità in indirizzo, domandando un pronunciamento ufficiale sulla questione giuridica sollevata dall'Ordine territoriale degli Ingegneri di Prato, a beneficio dei liberi-professionisti e di tutti gli operatori del settore dei servizi di ingegneria e di architettura.

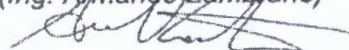
Si sottolinea infine il carattere generale e di questione giuridica rilevante del quesito oggetto della presente nota, al fine di integrare – per la parte di competenza di ANAC – i requisiti fissati dal Regolamento 7 dicembre 2018, *regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione*.

In attesa di ricevere l'autorevole avviso del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'ANAC, per quanto di rispettiva spettanza, l'occasione è gradita per inviare distinti saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Argeo Valsecchi)



IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)



³ Andrebbe inoltre indagata – non essendovi spazio nell'economia del presente parere – l'ulteriore questione della incidenza dell'istituto del soccorso istruttorio sulla tematica qui esaminata.

ALLEGATO:

- richiesta parere dell'Ordine degli Ingegneri di Prato del 21/11/2018 - prot. CNI n.8107/2018 (per il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e per l'ANAC).

MC2502MinTra