

Partecipazione delle “società di geologia” alle procedure di affidamento di incarichi tecnici

Alla richiesta di parere, presentata dall'OICE all'ANAC, risponde indirettamente il Consiglio di Stato

di *Beatrice Armeli*

“Può una società, non rientrante tra le tipologie di prestatori di servizi previste dall'art. 46 d.lgs. 50/2016, avente in particolare ad oggetto l'esecuzione di indagini geognostiche, predisporre la relazione geologica e partecipare alle procedure di affidamento di incarichi tecnici? Analizziamo la questione posta dall'OICE nella sua richiesta di parere all'ANAC e la risposta indiretta del Consiglio di Stato.

1. Premessa

Lo scorso novembre, l'OICE sollecitava la funzione consultiva dell'ANAC con una precisa richiesta di parere, finalizzata a chiarire la possibilità per gli operatori economici costituiti in forma societaria (non rientrante tra le tipologie di prestatori di servizi previste dall'art. 46 d.lgs. 50/2016) di predisporre la relazione geologica e di partecipare alle procedure di affidamento di incarichi tecnici.

Nell'adunanza del 3 febbraio 2021, il Consiglio dell'Autorità, richiamando la pertinente normativa con annessa prassi applicativa (artt. 24, commi 5 e 6, 31, comma 8, e 46 d.lgs. 50/2016; d.m. 263/2016; Linee guida ANAC n. 1/2016, par. 3; Bando-tipo ANAC n. 3; Circolare CNI n. 438/2019), oltretutto la recente giurisprudenza espressasi sulla questione di carattere generale relativa ai soggetti che possono prendere parte alle gare per l'affidamento degli incarichi tecnici (v. TAR Lazio, 18 gennaio 2021, n. 654), perveniva alla seguente conclusione: l'elenco

contenuto nell'art. 46 del Codice non riveste carattere tassativo quanto ai soggetti che possono partecipare alle suddette gare, fermo comunque l'obbligo del possesso dei requisiti indicati dal d.m. 263/2016, il quale, alla luce della lettura imposta dalla Corte di giustizia UE (con sentenza 11 giugno 2020), necessita di essere completato dal legislatore altresì con la disciplina dei requisiti di partecipazione che debbono possedere i soggetti – ulteriori e diversi rispetto a quelli elencati dal predetto art. 46 – comunque ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura. Così concludendo, l'ANAC, con stile piuttosto ermetico, ha rimesso dunque all'OICE “ogni valutazione in ordine alla fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato” (**Parere n. 10459 del 5 febbraio 2021**).

Probabilmente di ausilio, per far luce sulla questione, sarebbe stato anche il richiamo ai principi espressi dalla **sentenza n. 857 della sez. V del Consiglio di Stato**, di pochi giorni antecedente al Parere (in quanto pubblicata

il **28 gennaio 2021**), con la quale il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, poggiandosi sul medesimo *excursus* normativo esplicitato dall'ANAC, ha risolto di fatto i dubbi palesati dall'OICE, sulla base del caso sottoposto a giudizio.

2. Quadro normativo

Per fare chiarezza, anzitutto appare doveroso, anche nel presente contesto, rievocare la disciplina *in parte qua* rilevante.

Ai sensi dell'**art. 45, comma 1, d.lgs. 50/2016**, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici gli **operatori economici** di cui all'**art. 3, comma 1, lett. p)** del medesimo Codice, tra cui anche le persone giuridiche, come le **società** espressamente menzionate dallo stesso **art. 45, comma 2, lett. a)**. In particolare, per l'affidamento di incarichi tecnici – ove esternalizzati – (di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza, collaudo, nonché di supporto tecnico-amministrativo al RUP), a norma dell'**art. 24, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016**, possono concorrere – *sembrerebbe* solo – i soggetti di cui al successivo **art. 46**, in possesso dei requisiti definiti dal **d.m. 2 dicembre 2016, n. 263** e secondo le modalità previste dall'**art. 157**, in combinato disposto con l'**art. 31, comma 8**, del Codice. Trattasi di quegli operatori economici, puntualmente elencati, per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura. Elenco che, però, deve oggi intendersi di carattere esemplificativo ovvero non tassativo. E ciò, a seguito della sentenza interpretativa della **Corte di giustizia UE, 11 giugno 2020 (C-219/19)**, che, in sostanza, ha riconosciuto la possibilità – perché conforme alla normativa europea – di partecipare ad una gara, inerente ai predetti incarichi tecnici, anche in capo ad enti senza scopo di lucro, comunque abilitati a offrire i servizi oggetto dell'appalto, ancorché detti soggetti non risultino contemplati nell'elenco di cui all'art. 46 d.lgs. 50/2016. Da qui la (palesata) necessità di adeguare il regolamento sui requisiti di cui al d.m. 263/2016.

Da un lato, quindi, anche soggetti diversi da quelli menzionati dall'art. 46 possono risultare affidatari di servizi tecnici, dall'altro lato, tuttavia, resta imprescindibile il possesso attuale dei requisiti per svolgere quei servizi

secondo quanto previsto dall'ordinamento nazionale (e nelle more dell'aggiornamento del d.m. citato).

L'**art. 31, comma 8**, del Codice precisa inoltre, proprio con riguardo agli affidamenti di servizi tecnici, la regola del divieto di subappalto e le relative eccezioni, nonché l'eccezione alle eccezioni. In altri termini, l'affidatario di incarichi di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza, collaudo e di supporto al RUP:

- come regola, non può avvalersi del subappalto;
- eccezionalmente, può subappaltare: indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, redazione grafica degli elaborati progettuali (nel senso, peraltro, che l'esecuzione di indagini geognostiche ed esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali, compreso il prelievo di campioni di terreno o di roccia, nonché l'esecuzione di prove geotecniche, rientri nei lavori di natura imprenditoriale: Circolare CNI n. 438/2019, richiamata nel Parere dell'ANAC);
- deve garantire la presenza indispensabile del geologo in ogni livello della progettazione, essendo per legge vietato il subappalto della relazione geologica.

La relazione geologica deve quindi essere sempre redatta dal geologo.

L'**art. 24, commi 5 e 6**, del Codice, sempre con riguardo all'affidamento delle prestazioni relative alla progettazione, alla direzione lavori, al coordinamento della sicurezza, al collaudo e all'attività di supporto tecnico-amministrativo, e indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario (che deve essere già di per sé in possesso dei requisiti di cui al d.m. 263/2016, salvo l'aggiornamento di cui sopra), richiede poi:

- che l'incarico venga espletato da professionisti – persone fisiche – iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali;
- che detti professionisti – personalmente responsabili dell'incarico a loro singolarmente assegnato – siano nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualifiche professionali;
- che, ove un servizio complesso sia costituito dalla somma di diversi servizi di cui alcuni riservati ad iscritti ad albi di ordini e collegi, venga indicato il responsabile di quella parte di servizio, il quale deve possedere i requisiti previsti nel caso in cui il servizio in questione sia messo in gara separatamente,

come ad esempio nell'ipotesi, contemplata anche nel Parere dell'ANAC (che, a riguardo, richiama la propria delibera n. 1206/2019), in cui assumano rilievo le prestazioni di competenza del geologo (ai sensi degli artt. 3 l. 112/1963 e 41 d.P.R. 328/2001), professionista che necessariamente deve essere iscritto al relativo albo professionale.

Pertanto, riassumendo quanto anzidetto, **l'incarico relativo alla predisposizione della relazione geologica deve essere espletato da un geologo iscritto nell'apposito albo professionale, nominativamente indicato in sede di presentazione dell'offerta**, al fine di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo a tale progettista specialista (il quale sarà appunto **personalmente responsabile dell'incarico assegnato**) e di prevenire eventuali subappalti indiretti della relazione geologica, così come anche sottolineato dalle Linee guida ANAC n. 1/2016, par. 3.

3. Il caso sottoposto al Consiglio di Stato

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione della **sez. V del Consiglio di Stato**, pronunciatisi poi con la succitata **sentenza n. 857 del 28 gennaio 2021**, oggetto di affidamento erano servizi di *“progettazione esecutiva, coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, attività accessorie e di servizi opzionali complementare di direzione lavori e del coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione”*. Risultava aggiudicatario un RTI di cui una mandante, società a responsabilità limitata, partecipava per l'espletamento delle indagini geognostiche e delle indagini di laboratorio, con esclusione della predisposizione della relazione geologica. Dunque, detta società mandante era stata ammessa a partecipare per attività diverse dalla progettazione (in relazione alla quale non possedeva neppure i requisiti) e, pertanto, veniva ammessa non perché rientrante nel novero dei soggetti di cui all'art. 46 d.lgs. 50/2016, bensì, semplicemente, quale operatore economico (nella specie avente forma societaria) ai sensi dell'art. 45, comma 2, del Codice. *Nulla quaestio*, se non fosse che la predisposizione della relazione geologica veniva assegnata, come da DGUE, a un professionista iscritto all'Ordine dei geologi che però – ed è questo il punto – risultava (anche) rivestire la qualità di socio, legale rappresentante e direttore tecnico della società mandante in que-

stione. Ebbene, per il Consiglio di Stato (sciolti gli altri nodi del caso) detta circostanza deve ritenersi del tutto irrilevante ai fini dell'ammissione in gara della società (deputata alle indagini geognostiche e priva dei requisiti per l'attività di progettazione, di cui comunque il socio, legale rappresentante e direttore tecnico veniva individuato, nell'ambito della suddetta attività, quale professionista specialista per la relazione geologica). E ciò, sostanzialmente, per due ordini di ragioni:

- anzitutto, è solo relativamente all'attività di progettazione – comprensiva della elaborazione e della redazione della relazione geologica – che l'art. 24, comma 2, del Codice impone il possesso degli speciali requisiti professionali individuati dal d.m. 263/2016, in quanto attività affidata ai soggetti di cui all'art. 46, comma 1 (ovverosia gli operatori economici che possono partecipare alle gare relative ai servizi di ingegneria e architettura); per contro, detta regola non opera (né lo potrebbe astrattamente) per prestazioni diverse e, in particolare, per l'espletamento dell'attività geognostica e di analisi di laboratorio, per cui il fatto che la società mandante in questione non possedga i suddetti requisiti non osta alla sua partecipazione nei termini anzidetti;
- al contempo, come in altre occasioni sostenuto dalla stessa giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2019, n. 2276), non vi è l'obbligo di inserire il professionista deputato alla relazione geologica nel raggruppamento, essendo piuttosto necessario e sufficiente che l'offerta indichi analiticamente i singoli professionisti designati, le relative specifiche attività e le connesse indispensabili qualificazioni professionali, atteso che il Codice ammette la possibilità alternativa dell'offerente di avvalersi di liberi professionisti singoli o associati ovvero di inserirli nel raggruppamento temporaneo.

In definitiva, con la sentenza n. 857 del 28 gennaio 2021, la sez. V del Consiglio di Stato ha ribadito l'irrelevanza della natura del rapporto giuridico tra l'operatore economico e il geologo, escluso ovviamente il solo rapporto di subappalto. In altri termini, **non conta che il geologo incaricato partecipi alla gara (non direttamente, ma) tramite la società mandante, che pure risulta priva dei requisiti per l'attività di progettazione (di per sé comprensiva della relazione geologica)**. Questa società, infatti, è comunque **legittimamente ammessa a partecipare ex art. 45 d.lgs.**

50/2016, laddove il suo apporto risulti limitato allo svolgimento di attività diverse dalla progettazione (nella specie: **espletamento di analisi di laboratorio e di indagini geognostiche** – *n.d.r.* lavori di natura imprenditoriale secondo la surriferita Circolare del CNI –). Ciò che conta, invece, è che la figura del geologo risulti formalmente incardinata nella struttura del raggruppamento, nominativamente indicata e personalmente obbligata alla prestazione professionale (come è avvenuto nel caso in questione).

4. Osservazioni

Tanto il Parere dell'ANAC, quanto la sentenza del Consiglio di Stato offrono occasione di chiarimento sul rapporto tra l'affidatario dei servizi tecnici e il geologo (sull'assunto scontato che anche la redazione della relazione geologica è un "servizio tecnico" a norma dell'art. 31, comma 8, del Codice che non può mai essere subappaltato, a differenza degli altri menzionati puntualmente dalla medesima disposizione). Dunque, ove il geologo non sia individuato dalla stazione appaltante tramite apposita procedura, con l'instaurazione di un rapporto diretto tra il geologo e la stazione appaltante stessa, il professionista incaricato della relazione geologica deve essere presente nella struttura di progettazione (v. Linee guida ANAC n. 1/2016, par. 3) e, in quanto specificamente responsabile, deve essere nominativamente individuato già in sede di offerta.

Se è vero che non rileva la natura giuridica del rapporto che intercorre tra geologo e affidatario delle prestazioni di progettazione, è però altrettanto vero che deve trattarsi di un rapporto di collaborazione non occasionale. Se esso fosse occasionale, come nel caso di un rapporto di consulenza professionale *ad hoc* (in particolare ove non formalizzato e non dichiarato prima dell'affidamento), si violerebbe infatti il divieto legale di subappalto. Per cui, entro questo limite, il rapporto in questione (che, come precisato, non è vincolato a un modello tassativo, purché assicuri l'esecuzione della prestazione e la responsabilità dello specialista: Cons. Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767), può assumere la forma di un rapporto di natura:

- indipendente, come nel caso in cui il geologo sia inserito all'interno di un raggruppamento temporaneo in qualità di mandante;

- subordinata, che si verifica quando il geologo è un dipendente dell'affidatario;
- parasubordinata o autonoma, nel senso che il geologo è legato all'affidatario da un contratto di collaborazione professionale coordinata e continuativa su base annua, ovvero è, dello stesso, consulente iscritto all'albo professionale e munito di partita IVA, con un fatturato a favore dell'affidatario medesimo pari a una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, secondo quanto previsto dal d.m. 263/2016.

Dunque, il geologo può anche essere associato di un'associazione tra professionisti in qualità di socio, amministratore, direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste un rapporto stabile, sia esso di natura subordinata, parasubordinata o autonoma nei termini anzidetti (come bene esplicita, e a sua volta richiede di esplicitare, il Bando-tipo ANAC n. 3, sulla scia della giurisprudenza menzionata anche nella sentenza a cui si è fatto cenno sopra: Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2005, n. 2859).

5. Considerazioni conclusive

Può allora una società, non rientrante tra le tipologie di prestatori di servizi previste dall'art. 46 d.lgs. 50/2016, avente in particolare ad oggetto l'esecuzione di indagini geognostiche – come quella a cui si era riferita l'OICE nella sua richiesta di parere all'ANAC – predisporre la relazione geologica e partecipare alle procedure di affidamento di incarichi tecnici? Senza tacere che nel caso specifico sottoposto all'attenzione dell'ANAC, da parte dell'OICE, si trattava di una società mandante di un raggruppamento escluso dalla gara proprio perché detta società non rientrava tra i prestatori di servizi di ingegneria e architettura di cui all'elenco riportato nell'art. 46 del Codice, la risposta al quesito, alla luce di quanto sopra illustrato, pare invero essere affermativa, purché risultino rispettate talune condizioni.

Pertanto, premesso che:

- la redazione della relazione geologica è componente, non subappaltabile, dell'attività di progettazione, la quale è affidata ai soggetti di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, tenuti al rispetto dei requisiti profes-

sionali individuati dal d.m. 263/2016 (così: Cons. Stato n. 857/2021);

- l'esecuzione di indagini geognostiche rientra tra i lavori di natura imprenditoriale (Parere ANAC n. 10459/2021, che richiama Circolare CNI n. 438/2019) ed è attività subappaltabile nell'ambito dell'incarico dei servizi tecnici (art. 31, comma 8, del Codice), per il cui esercizio non è richiesto il possesso dei requisiti professionali individuati dal d.m. 263/2016 (ancora: Cons. Stato n. 857/2021);

deve ritenersi che la "società di geologia" (per usare la medesima qualifica assegnata dall'OICE) possa partecipare alle procedure di affidamento di incarichi tecnici, come mandante di un raggruppamento, purché questo sia composto da operatori economici rientranti nel novero dei soggetti di cui all'art. 46 del Codice, che siano in possesso degli specifici requisiti professionali per l'espletamento di servizi di ingegneria e architettura individuati dal d.m. 263/2016. In tal caso, la società mandante, ammessa ai sensi dell'art. 45, comma 2, del Codice, potrà svolgere quelle prestazioni previste dalla legge di gara, complementari all'attività di progettazione e rientranti nel proprio oggetto sociale, quali le indagini geognostiche e attività connesse, senza necessità che essa stessa possieda i requisiti di cui al d.m. 263/2016. La redazione della relazione geologica, propriamente ricompresa nell'attività di progettazione, dovrà poi essere necessariamente assegnata a un geologo, iscritto nell'apposito albo professionale, nominativamente indicato in sede di presentazione dell'offerta. Tale geologo, personalmente responsabile della rispettiva prestazione, ben potrà far parte anche della predetta società mandante, intrattenendo con essa un qualunque tipo di rapporto di collaborazione non occasionale, di natura subordinata, parasubordinata o autonoma. Il geologo designato potrà dunque essere anche un dipendente o un consulente con contratto di collaborazione continuata e continuativa (su base annua e con quota minima di fatturato pari al 50%) ovvero un socio, un amministratore o un direttore tecnico di quella società mandante. Ciò, infatti, basta per ritenere soddisfatta la condizione che il geologo sia inserito nella "struttura di progettazione" (ovvero nell'organigramma del RTI affidatario), senza che al contempo osti a tal riguardo la circostanza che la società mandante, a cui il geologo è stabilmente legato, non possieda i requisiti di cui al d.m. 263/2016 per l'attività di progettazione.

Questa è la conclusione che pare plausibile in risposta alla richiesta di parere formulata dall'OICE, alla luce della lettura del quadro normativo vigente offerta dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 857/2021. Va da sé, dunque, che, per quanto l'interpretazione estensiva dell'art. 46 d.lgs. 50/2016 – evocata dall'ANAC nel proprio Parere – appaia *prima facie* pertinente, la stessa potrebbe anche non "servire" per giustificare l'ammissione della "società di geologia" alle procedure di affidamento di incarichi tecnici, ben potendo detta ammissione radicarsi su un substrato giuridico diverso, che prescinde dalla innovativa interpretazione "euro-unitariamente" orientata. Semmai, detta interpretazione potrà avvalorare la conclusione cui si è giunti *a fortiori*, permettendo in più di sconfinare anche in conseguenze ulteriori, ampliative delle ipotesi in cui il soggetto protagonista del ricercato parere può partecipare alle gare per l'affidamento di incarichi tecnici. E infatti, se è vero che – a seguito del recente intervento della Corte di giustizia UE (con la citata sentenza dell'11 giugno 2020), benevolmente accolto dalla giurisprudenza nazionale (menzionata dall'ANAC nel Parere) – l'elenco di cui all'art. 46 del Codice, relativo agli operatori economici che possono essere affidatari di servizi di ingegneria e architettura, non è tassativo, ma aperto, giocoforza sarà da ritenersi che la società in questione, quand'anche non propriamente incasellabile in una delle tipologie di soggetti previste dal suddetto articolo, ove comunque (e in qualunque modo) abilitata per legge a svolgere i servizi oggetto dell'appalto, ben potrà partecipare alla relativa procedura di aggiudicazione, non già a norma dell'art. 45, bensì proprio ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 50/2016. L'incertezza però, in tal caso, risiederebbe nell'ancora mancato adeguamento del d.m. 263/2016 nel senso dalla giurisprudenza indicato.

Quel che comunque, da ultimo, appare opportuno evidenziare è la "relatività" di ogni singolo caso, perché, evidentemente, molto dipende dall'oggetto dell'appalto. Se infatti oggetto di affidamento è l'attività di progettazione (come nel caso risolto dal Consiglio di Stato nella sentenza qui richiamata), è chiaro che una società che per statuto svolge indagini geognostiche potrà essere ammessa a partecipare (in raggruppamento) limitatamente all'espletamento proprio delle indagini geognostiche (e attività correlate) previste per le prestazioni ricomprese nell'oggetto di appalto, ai sensi dell'art. 45, comma 2, del Codice, senza dover affatto scomo-

dare l'interpretazione estensiva offerta con riguardo all'art. 46. Quest'ultima, piuttosto, assumerà rilievo per ammettere la partecipazione alle gare di servizi di ingegneria e architettura di soggetti che, per statuto, offrono sì detti servizi e, nello specifico, quelli oggetto di appalto, ma non rivestono alcuna delle forme giuridiche contemplate dall'art. 46. È in tal senso, allora, che la nozione di operatore economico – anche a norma dell'ultimo articolo citato – deve essere estensivamente interpretata, in modo da includere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Proprio su tal principio, infatti, la Corte di giustizia UE ha ritenuto che il diritto nazionale non possa vietare (nella specie) ad una fondazione senza scopo di lucro la partecipazione a una procedura di aggiudicazione di

un appalto pubblico di servizi di ingegneria e architettura, laddove tale ente sia abilitato, in forza del diritto nazionale, a offrire quei servizi, oggetto dell'appalto. In altri termini, il principio giuridico che si ricava è che non conta la forma giuridica dell'operatore economico per la prestazione di servizi tecnici, mentre ciò che rileva è la professionalità e la qualifica a esercitare detti servizi. Principio che non può certo essere strumentalizzato per consentire l'accesso alle gare dei servizi di ingegneria e architettura a soggetti privi di quelle professionalità e qualifiche per svolgere i servizi oggetto di appalto. Il caso "europeo", dunque, appare – per quanto consta – parzialmente diverso rispetto a quello prospettato dall'OICE nella richiesta di delucidazioni all'ANAC. La relativa risposta arriva però – indirettamente – (forse) dal Consiglio di Stato.