

# Affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, Bando-tipo n. 3: chiarimento dell'ANAC sul divieto di frazionamento dei due servizi di punta

di Beatrice Armeli

“ Il Consiglio dell'ANAC, nella seduta del 14 novembre 2018, ha deliberato di pubblicare il “Chiarimento relativo al divieto di frazionamento dei due servizi di punta di cui al punto 7.4 del Bando-tipo n. 3”, relativo ai servizi di architettura e ingegneria sopra soglia da affidare tramite procedura aperta con il criterio dell'OEPV. Si propone di seguito un commento sull'argomento.

È ormai noto per gli addetti ai lavori che, con delibera n. 723 del 31 luglio 2018, l'ANAC ha approvato il **Bando-tipo n. 3**, recante lo schema di **Disciplinare** da applicarsi a tutte le **procedure aperte** bandite nei **settori ordinari** per l'affidamento di contratti pubblici relativi a **servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore ad euro 100.000, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo**. Il punto 7.4 di tale modello – che si ricorda avere, entro il suo ambito applicativo, **portata vincolante** per disposizione di legge (v. art. 71 d.lgs. 50/2016) – reca specifiche indicazioni per gli operatori economici che si presentano in forma associata, con particolare riguardo al possesso dei requisiti. Tra questi si contempla anche il **requisito (facoltativo: nel senso che è a discrezione della stazione appaltante richiederlo) dei cc.dd. “servizi di punta”** espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la pubblicazione del bando. Ove previsto, dunque, come esplicita lo schema di Disciplinare al punto 7.3, lett. j), l'operatore economico dovrà attestare di aver eseguito, per ciascuna delle

categorie e ID indicati nella legge di gara, due servizi per lavori analoghi a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a un valore compreso tra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, salva la possibilità, qualora ammessa dalla stazione appaltante, di dimostrare il possesso del requisito anche mediante un unico servizio, in luogo dei due predetti, purché di importo almeno pari al minimo richiesto nella relativa categoria e ID. Nell'ipotesi, poi, in cui l'operatore economico si presenti in **raggruppamento temporaneo** (di seguito R.T.), fermo restando – come chiarisce lo stesso schema di Disciplinare – che il requisito dei due servizi di punta deve essere posseduto dal raggruppamento nel complesso, in caso di R.T. orizzontale, e da ciascun componente in relazione alle prestazioni che intende eseguire, in caso di R.T. verticale, il **punto 7.4** in questione testualmente prevede che **“Il requisito dei due servizi di punta relativi alla singola categoria e ID deve essere posseduto da un solo soggetto del raggruppamento in quanto non frazionabile. [o, in alternativa] Il requisito**

dei due servizi di punta relativi alla singola categoria e ID può essere posseduto da due diversi componenti del raggruppamento”, lasciando pertanto libera la stazione appaltante di scegliere, tra le due, la clausola che ritiene più opportuna. Con riferimento ai servizi di punta, la stazione appaltante, in relazione alla singola categoria e ID, ha pertanto facoltà di scegliere tra richiedere il possesso dei due servizi in capo ad un unico soggetto del raggruppamento oppure in capo a due soggetti diversi, fermo restando il principio dell’infrazionabilità del singolo servizio.

È proprio su tali disposizioni che interviene il chiarimento qui in commento, deliberato dal Consiglio dell’Autorità nella seduta del 14 novembre 2018, per dipanare l’incertezza fatta emergere dalla stessa ANAC nella nota illustrativa al Bando-tipo n. 3, ove si spiega la scelta di offrire la duplice opzione proprio “in relazione al dubbio se i due servizi di punta dovessero essere svolti entrambi dal medesimo soggetto oppure da più soggetti facenti parte del medesimo raggruppamento”. In sostanza, prosegue la Nota, “posto che il requisito è due servizi di punta svolti nella singola categoria e ID (da ripetere per tutte le categorie e ID previste dal bando), ci si è chiesti se, in assenza di una norma specifica, il divieto di frazionamento dovesse riguardare il “requisito” oppure il “singolo servizio”: nel primo caso, i due servizi devono essere entrambi svolti da un unico soggetto partecipante al raggruppamento; nel secondo caso, i due servizi ben possono essere svolti da due soggetti diversi i quali devono possedere, ciascuno, l’intero importo del singolo servizio”.

Per meglio comprendere la questione e valutare la portata – già si anticipa – innovativa del Chiarimento recentemente divulgato, occorre prendere le mosse dalle previgenti previsioni contenute nel d.P.R. 207/2010, quale regolamento attuativo del d.lgs. 163/2006, vecchio Codice dei contratti pubblici. In particolare, in materia di affidamento di servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, il comma 8 dell’art. 261 del suddetto regolamento stabiliva che il requisito di cui all’art. 263, comma 1, lett. c), relativo ai “servizi di punta”, come sopra definiti, “non è frazionabile per i raggruppamenti

temporanei”, a differenza di quanto invece previsto dal precedente comma 7 con riguardo ai requisiti finanziari e tecnici di cui all’art. 263, comma 1, lett. a), b) e d), i quali, infatti, “devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento”. Oggi, tuttavia, per effetto dell’art. 217, comma 1, lett. u), del d.lgs. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici, le summenzionate disposizioni risultano **abrogate**, a decorrere sin dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, trovando riformulazione nell’attuale contesto normativo (solo) nelle **Linee guida ANAC, n. 1**, recanti “Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”, le quali in sintesi prevedono, senza soluzione di conti-

nuità, che, **in caso di raggruppamenti, “tranne che per i servizi di punta, i requisiti devono essere posseduti cumulativamente tra mandanti e mandataria”** (parr. 2.2.3.1. e 2.2.3.2.).

In passato, la tematica riguardante la non cumulabilità, o meglio la non frazionabilità, dei servizi di punta è stata più volte affrontata, sia dall’Autorità che dalla giurisprudenza, con approdi interpretativi, peraltro, del tutto

coincidenti. In particolare, nella vigenza della vecchia disciplina sopra richiamata, si è affermato che “**ognuno dei due servizi di punta richiesti per ciascuna classe e categoria deve essere svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento**”, spiegandosi che “la non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero”, posto che “tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara”. Pertanto, si è inteso concludere che “è sufficiente [...] che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento” (ANAC, parere 23 settembre 2015, n. 156, che fa proprio il parere già espresso dalla stessa Autorità 21 maggio 2014, n. 107; nel medesimo senso, anche: Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2012, n. 3368; TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 gennaio 2013, n. 81; TAR Campania, Salerno, sez. II, 9 luglio 2015, n. 1560).

La necessità che il requisito debba essere posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento

“ Ci si è chiesti se, in assenza di una norma specifica, il divieto di frazionamento dovesse riguardare il “requisito” oppure il “singolo servizio” . ”

è stata poi recentemente ribadita dall'ANAC (v. delibere n. 1103 del 25 ottobre 2017; n. 1228 del 22 novembre 2017, recante Bando-tipo n. 1 per l'affidamento di servizi e forniture sopra soglia comunitaria; e da ultimo n. 817 del 26 settembre 2018, ove in più si precisa che non è ammesso l'avvalimento per integrare la quota del servizio – di punta – di un operatore del R.T.).

Come si nota dunque, nella prassi, **il divieto di frazionamento è sempre stato correlato al requisito nel complesso considerato e non al singolo servizio, componente del requisito stesso, quale invece possibilità oggi contemplata** nel citato punto 7.4. del Bando-tipo n. 3. Esplicita bene l'orientamento costante l'ultima pronuncia del Consiglio di Stato in materia, laddove afferma, comunque ancora insistendo sulla previgente normativa, che per i servizi di punta, per ciascuna classe e categoria, occorre far riferimento al singolo componente dell'R.T. e non possono essere cumulati i requisiti posseduti da due, o più, componenti del raggruppamento, con la conseguenza che **“i due servizi devono essere stati svolti da un unico soggetto partecipante al raggruppamento”** (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3374). Neppure si discosta da tale filone interpretativo la sentenza di poco antecedente pronunciata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, nonostante appaia *prima facie* riferirsi al “servizio” anziché al “requisito” – operando in realtà una mera sovrapposizione semantica – laddove afferma che **“per i servizi di punta l'importo richiesto deve essere posseduto integralmente per ciascun servizio, cioè senza che possa essere frazionato cumulando l'ammontare di più servizi**, chiarendo in conclusione che **“il divieto del frazionamento è riferito ai servizi, e non ai soggetti”**, per cui non è necessario – si ripete – che i servizi debbano essere stati necessariamente espletati da tutti i soggetti del raggruppamento (TAR Sicilia, 9 gennaio 2017, n. 24). Ciò che si vuole dire, in sostanza, è che **“il possesso dei servizi di punta è adeguatamente dimostrato, senza incorrere in frazionamento, se un componente del raggruppamento può vantare i servizi in una classe e l'altro componente i servizi nell'altra classe; all'interno della classe il singolo componente può cumulare i servizi mentre resta vietato – proprio in ragione del divieto di frazionamento – raggiungere il requisito richiesto all'interno della specifica classe sommando il requisito di un componente con quello di altro componente del raggruppamento”** (Cons. Giust. amm. Sicilia, 22

dicembre 2015, n. 738; nel medesimo senso anche: TAR Puglia, 27 luglio 2016, n. 989).

Alla luce di questa disamina, appare allora chiaro che nessun contrasto – tale da far (ri)emergere dubbi interpretativi – è dato riscontrare sul tema, posto che, come già osservato, **l'oggetto del divieto di non frazionamento si è sempre inteso essere il requisito dei due servizi di punta per ciascuna classe e categoria, senza mai ridurlo al singolo servizio di ciascuna coppia**. A quanto consta, l'unico precedente giurisprudenziale nel quale si è esplicitato il dubbio atualizzato dall'ANAC nella Nota illustrativa del Bando-tipo n. 3, nei termini sopra espressi, si rinviene nella sentenza del TAR Sicilia, 3 dicembre 2014, n. 3136, che, con riguardo al caso di specie, ha in effetti riscontrato che **“il problema che si pone è se i cc.dd. servizi di punta dovevano essere stati svolti nella loro interezza dal medesimo soggetto oppure se potevano essere stati svolti (naturalmente individualmente e per intero) da più soggetti facenti parte del medesimo raggruppamento”**. Anche in tal caso, comunque, il nodo è stato risolto, attingendosi peraltro a una più risalente decisione del Consiglio di Stato (sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6523), nel senso che **la non frazionabilità deve essere riferita “all'importo dei due servizi appartenenti ad ognuna delle classi o categorie in rilievo”** (da qui la consequenziale esclusione della ricorrente **“in quanto aveva indicato servizi di punta che non erano stati svolti per intero da parte dello stesso soggetto facente parte del raggruppamento, ma da componenti diversi”**).

Venendo ora al Chiarimento in commento da ultimo deliberato dall'Autorità, non può che prendersi atto che, nonostante l'univocità dell'interpretazione offerta sinora in merito al divieto di frazionamento dei due servizi di punta, l'ANAC ha avvertito, comunque, la necessità di rievocare il dubbio implicitamente sotteso a detta interpretazione (v. Nota illustrativa al Bando-tipo n. 3), per giungere alla fine a una soluzione che apre anche in senso opposto rispetto a quello, fino ai tempi più recenti, indicato non solo dalla giurisprudenza, ma anche dall'Autorità stessa. Infatti, con il Chiarimento di cui si discute, fermo restando che **“per i diversi ID, per cui sono richiesti i servizi di punta, deve essere consentita la dimostrazione del requisito anche da parte di differenti componenti del raggruppamento”** (come da sempre pacificamente ritenuto), si è interrotta la linea interpretativa ormai consolidata, statuendosi che **“il divieto di frazionamento riguarda il singolo servizio di ogni coppia di**

*servizi di punta relativi alla singola categoria e ID che deve essere espletato da un unico soggetto*” e, pertanto, *“nel singolo ID, i due servizi di punta possono essere svolti sia da un unico soggetto sia da due soggetti diversi del raggruppamento”*. In sostanza, il divieto di frazionamento impedisce soltanto che i due servizi di punta possano essere svolti da tre o più soggetti del R.T. **L'oggetto del divieto si sposta dunque – riducendosi – dal requisito complessivamente considerato dei due servizi di punta (per ogni classe e categoria) al singolo servizio componente la coppia.**

Nel documento pubblicato non si rinviene alcuna giustificazione al cambio di rotta, di cui peraltro non si da neppure conto. A parere di chi scrive, la chiave di lettura è da ricercarsi, come – a rigor del vero – ricordato per inciso anche nell'estratto sopra citato della Nota illustrativa al Bando-tipo n. 3, nell'attuale *“assenza di una norma specifica”*, che comunque non consegue all'abrogazione dell'art. 261 del d.P.R. 207/2010. Come si avrà notato, infatti, il nuovo indirizzo interpretativo prospettato dall'ANAC non si pone in contrasto con il dato normativo, poi confluito nelle Linee guida n. 1 (le quali, nonostante riproducano le previsioni abrogate, hanno – si ricorda – una portata non vincolante, a dispetto del previgente d.P.R.), ma ne offre semplicemente una lettura differente, rompendo con il consolidato orientamento, senza però disconoscerlo, nella misura in cui si rimette alla stazione appaltante la facoltà di scegliere tra le due opzioni consentite. E, per quanto non venga esplicitato, alla base della scelta si colloca necessariamente un bilanciamento tra i due interessi contrapposti che vengono in gioco in caso di aggregazione di imprese aspiranti l'affidamento di un pubblico appalto. Ossia, da un lato, l'interesse alla concorrenza, perseguito dalla cumulabilità dei requisiti, e, dall'altro, l'interesse a che sia assicurato un livello minimo di capacità per la partecipazione alle gare, rappresentato invece dalla non frazionabilità di taluni requisiti (TAR Campania, Salerno, sez. II, 9 luglio 2015, n. 1560, cit.). Orbene, a dispetto di quanto ritenuto in passato, si offre oggi alle stazioni appaltanti la possibilità di dare prevalenza, tra i due, (anche) al primo interesse, ovvero alla concorrenza, laddove si acconsente, per il singolo ID, che i due

servizi di punta possano essere svolti da due soggetti diversi del raggruppamento.

In conclusione, pur rimanendo ferma la logica sottesa alla richiesta del requisito del *“servizio di punta”*, che è quella – come sempre riconosciuto – di aver svolto singoli servizi di una certa entità complessivamente considerati (v. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2464), si ammette ora che lo standard di capacità professionale individuato attraverso il riferimento a determinati servizi di punta sia posseduto proprio grazie al raggruppamento tra professionisti, riconoscendosi che l'esigenza di garantire un livello minimo di capacità per la partecipazione alle gare d'appalto possa essere soddisfatto, per ciascuna classe e categoria indicati nel disciplinare, **dalla somma degli importi di due servizi svolti, ciascuno e per l'intero, da due professionisti diversi componenti dell'R.T.**

Da ultimo, facendo un passo ulteriore, si vuole evidenziare, che, se da un lato, l'ANAC, con il suo Chiarimento, ammette espressamente la possibilità di dimostrare il possesso del requisito dei due servizi di punta anche mediante un **unico servizio**, purché – come sopra già ricordato – di importo almeno pari al minimo richiesto nella relativa categoria e ID (servizio che dovrà essere stato svolto necessariamente da un solo operatore in caso di R.T.), dall'altro lato, l'Autorità **non precisa – come invece sarebbe stato opportuno – se i servizi di punta possano o meno riferirsi a due distinti lavori.** Sul tema si registrano infatti interpretazioni discordanti. A riguardo, l'ultimo arresto del Consiglio di Stato, che guarda ancora all'art. 261, comma 8, d.P.R. 207/2010, è nel senso che *“i servizi di punta devono riferirsi a due distinti lavori”* (Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2018, n. 1865). Viene così disattesa la precedente pronuncia del Supremo Consesso Amministrativo, con cui invece si è affermato che *“l'art. 263, comma 1, lett. c), d.P.R. 207/2010 non esclude che i servizi richiesti possano essere acquisiti in occasione di un solo lavoro, perché le vigenti categorie di lavori pubblici comprendono per singolo lavoro/categoria diversi e plurimi servizi specialistici di progettazione e tecnici, sicché l'espletamento di un lavoro comporta il possibile espletamento di più servizi tecnici e specialistici”* (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2016, n. 1680). Anche su tale questione, pertanto, si auspicano chiarimenti.