

## Parere n.61 del 23/04/2013

PREC 226/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Ing. Enrico PULEO - " *Procedura aperta avente ad oggetto: Piano Urbanistico Comunale (PUC) della Città di Bacoli, del Rapporto Ambientale e del Regolamento Urbanistico Edilizio (RUEC)* " - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: € 100.000,00 - S.A.: Comune di Bacoli.

**Artt. 42 e 29 del Codice e art. 263 D.P.R. n. 207/2010 - Servizi attinenti all'urbanistica.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 12 settembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe contenente alcuni rilievi, con i quali si contesta al Comune di Bacoli, che ha indetto la procedura per l'affidamento del servizio indicato in oggetto, il mancato rispetto, in sede di predisposizione di Bando, della normativa di settore, secondo le seguenti testuali censure:

1. illegittimità dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti alla lett. a), punto 3 del Bando;
2. illegittimità della obbligatorietà della presenza di soggetti con competenze geologiche, agroforestali, sociologiche e giuridiche, richiesta alla lett. b) punto 3 del Bando,
3. non verificabilità della effettiva disponibilità delle competenze geologiche, agroforestali, sociologiche e giuridiche;
4. illegittimità dell'importo posto a base di gara;
5. estraneità dello studio di riqualificazione paesaggistica del settore sud est della città rispetto all'oggetto del bando e sua mancata computazione per la definizione dell'importo a base di gara.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 16 ottobre 2012, la S.A. ha evidenziato, in primo luogo, di aver stabilito i requisiti richiesti in ordine alle capacità tecniche e professionali nonché le competenze in possesso dei professionisti aderenti al bando in conformità alle previsioni di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006. Ha inoltre aggiunto che l'importo a base di gara è determinato in base alla dettagliata individuazione delle attività da svolgere secondo i criteri fissati da questa Autorità (deliberazione n. 49 del 03.06.2012).

#### *Ritenuto in diritto*

Viene all'esame dell'Autorità la procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio avente ad oggetto la redazione del *Piano Urbanistico Comunale (PUC) della Città di Bacoli, del Rapporto Ambientale e del Regolamento Urbanistico Edilizio (RUEC)*, di importo pari a € 100.000,00.

L'istante solleva plurimi rilievi assumendo la illegittimità della normativa di *lex specialis* secondo quanto articolato nell'istanza e riportato in fatto.

1. Anzitutto, lamenta che la lett. a) punto 3 del Bando sarebbe in violazione dell'art. 263 D.P.R. n. 207/2010 laddove, in tema di " *Requisiti di partecipazione* ", come da rubrica dell'articolo, prevede, alla lett. c), che gli stessi (esattamente i " *requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi* ") " *sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo...all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'art. 252 ( articolo a sua volta rubricato " servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria "*, ndr )...per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione... ". Orbene, la norma di Bando contestata prevede testualmente, a proposito della " *Capacità tecnica e professionale* " richiesta, quanto segue: " *a) redazione di Piani urbanistici comunali o di varianti generali agli stessi ovvero redazione di Piani di risanamento urbanistico, il cui procedimento si sia almeno concluso con l'adozione da parte dei Comuni committenti, nei dieci anni precedenti alla pubblicazione del presente bando, per Comuni con popolazione non inferiore a quella del Comune di Bacoli, con l'indicazione degli importi, del tipo di Piano e della relativa data di adozione, dei Comuni committenti e della rispettiva popolazione* ". Le perplessità sollevate dall'istante si concentrano sui seguenti esatti profili: 1) mancata definizione del numero dei servizi; mancata definizione del dato relativo alla popolazione del Comune di Bacoli e quindi del momento al quale riferirlo ai fini della dimostrazione del requisito consistente nei servizi espletati; il suo carattere esorbitante rispetto ai parametri imposti dal citato articolo ( *range* tra 40% e 80%).

Preliminarmente occorre individuare la natura della prestazione dedotta in contratto e, correlativamente, la disciplina regolamentare applicabile.

Al riguardo si rileva che i servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica sono compresi nella categoria n. 12 dell'All. II A al d.lgs. n. 163/2006, ovvero rientrano nell'ambito dei servizi c.d. prioritari cui è integralmente applicabile la disciplina del Codice dei contratti pubblici ex art. 20 comma 2 dello stesso (cfr. Parere Avcp n. 54 del 23/03/2011).

In ordine alla natura delle prestazioni in esame, esse sono riconducibili alla figura dell'appalto di

servizi, sottratti tuttavia alla disciplina specifica dettata per i servizi concernenti la redazione di progetti (preliminare, definitivo ed esecutivo), nonché a quella degli altri servizi tecnici connessi alla progettazione.

Ne deriva che l'Amministrazione, in sede di predisposizione del bando di gara, non è tenuta al rispetto delle limitazioni specifiche riferite dal D.P.R. n. 207/2010 ai servizi di progettazione ed assimilati (cfr. 253 e 263 del D.P.R. n. 207/2010), con la conseguenza non è applicabile nel caso di specie la norma che si assume violata (art. 263, comma 1, lett. c, del detto Regolamento).

Pertanto, l'operato dell'Amministrazione non va valutato alla stregua del dato normativo sopra richiamato, bensì in ragione degli ordinari canoni e criteri cui devono attenersi le stazioni appaltanti nella predisposizione delle gare di appalto.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato che *“ La stazione appaltante gode di ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica, avendo come unico limite quello della non manifesta irragionevolezza ”* (Cfr. T.A.R. Aosta Valle d'Aosta, sez. I, 20 giugno 2012, n. 56). Tale diaframma discrezionale, si precisa in sede pretoria, non è tuttavia illimitato, tant'è che va considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 ( ex 59) del Trattato CE, norma ritenuta applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano. Invero, la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, per scongiurare il rischio di determinare una eccessiva compressione della concorrenza in contrasto con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. Questa Autorità (Determinazione 21 maggio 2009, n. 5) ha da parte sua affermato, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi alla luce degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, che *“ il Codice...ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro qualificazione e dei relativi mezzi di prova ”*. Ha però soggiunto che *“ la clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o indistinti neanche con riferimento al periodo di attività documentabile in base alla quale è maturato il possesso di quel requisito ”*.

Ebbene, nel caso di specie la stazione appaltante ha ritenuto, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che le compete, di delineare uno spettro di requisiti a suo avviso idonei a consentire la partecipazione ai soli operatori economici qualificati in relazione alla prestazione richiesta.

In altri termini, si tratta di circoscrivere la partecipazione agli operatori che possano vantare requisiti di capacità tecnica e professionale adeguati all'esperienza che deve essere necessariamente maturata per l'esecuzione della prestazione.

La stazione appaltante ha strutturato nel bando di gara i detti requisiti di partecipazione con riferimento all'art. 263, comma 2, lett. c), del Regolamento che, ancorché non vincolante per l'appalto di cui trattasi (servizio di urbanistica e non di progettazione), costituisce tuttavia il parametro di riferimento cui si è ispirata la stazione appaltante, ovviamente nei limiti delineati dal bando.

Pertanto, per le ragioni sopra illustrate, la censura mossa dall'istante relativa alla lett.a) punto 3 del bando, non può dirsi fondata.

2. L'istante muove ulteriori rilievi nei riguardi della lett. b), art. 3 del Bando, che presenta, ancora a proposito della capacità tecnica e professionale dei concorrenti, la seguente formulazione: *“ indicazione delle generalità e dei titoli di studio e professionali dei tecnici o degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente, in possesso delle competenze necessarie per la elaborazione del contenuto del Piano Urbanistico Comunale ai sensi della normativa vigente e del Regolamento Urbanistico Edilizio Comunale, tra le quali devono obbligatoriamente essere presenti competenze geologiche, agroforestali, sociologiche e giuridiche ”*. Al riguardo, l'istante contesta la locuzione *“ necessarie per la elaborazione del contenuto del Piano Urbanistico Comunale ”* in quanto *“ se si trattasse di competenze necessarie ne conseguirebbe che l'architetto o l'ingegnere non possiederebbero tutte le competenze necessarie e che pertanto illegittimamente firmerebbero gli elaborati ”*. Prosegue l'istante affermando che le competenze geologiche, agroforestali, sociologiche e giuridiche rientrano nella fattispecie delle consulenze, alle quali però può darsi un peso solo secondario rispetto alle competenze dei professionisti titolari dell'incarico.

Le perplessità sollevate dall'istante vanno tuttavia fugate, atteso che la riprodotta disciplina di bando è riconducibile a quanto statuito dall'art. 42 del Codice, lett. e), laddove prevede che la dimostrazione dei requisiti di *“ capacità tecnica e professionale dei fornitori e prestatori di servizi ”* può avvenire anche mediante la *“ indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi ”*. La previsione di bando appare quindi coerente con la norma di legge e riflette l'esigenza di assicurare le competenze multidisciplinari necessarie per la esecuzione della complessa prestazione in appalto, che comporta la predisposizione di un articolato normativo e di svariati elaborati tecnici (v. *“ Specifiche Tecniche ”*, art. 3). Va pertanto reputato infondato l'ulteriore rilievo sollevato dall'istante, a proposito della mancanza di uno specifico atto d'impegno del consulente, o di elementi, anche curricolari, a sostegno delle dichiarate competenze, non essendo ciò richiesto dalla norma codicistica.

3. L'istante deduce altresì l'illegittimità dell'importo a base di gara (€ 100,000,00 oltre IVA e oneri

previdenziali) in quanto sarebbe in contrasto con il principio di corrispondenza tra compenso e consistenza della prestazione sancito dalla lett. c), art. 263, del d.P.R. n. 207/2010, in quanto, applicando il criterio previsto dal medesimo bando all'art. 8 delle specifiche tecniche " *sulla base delle tariffe professionali approvate con la legge 2 marzo 1949 n. 143 e della circolare del Ministero dei LL.PP. 1° dicembre 1969 n. 6679*", l'importo da porre a base di gara sarebbe dovuto essere di almeno 250.000 Euro.

L'infondatezza del rilievo deriva *in primis* dalla inapplicabilità dell'art. 263 cit. se non nei limiti richiamati espressamente nel bando in forza della possibilità che ha l'Amministrazione di auto vincolarsi.

In secondo luogo, la censura è parimenti infondata stante l'intervenuta eliminazione delle tariffe minime obbligatorie, introdotta nell'ordinamento da parte della c.d. " *legge Bersani* " (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 legge 4 agosto 2006, n. 248), come confermato dal secondo decreto correttivo del Codice (d.lgs n. 113 del 31 luglio 2007) - che ha eliminato l'ultima parte del comma 2 dell'articolo 92 dello stesso D.Lgs. n. 163 del 2006, che sanciva l'inderogabilità dei minimi tariffari e la nullità di ogni patto contrario - e dal terzo decreto correttivo (D.Lgs n. 152 dell'11 settembre 2008) che ha soppresso il comma 4 del medesimo articolo, il quale richiamava espressamente la disposizione dell'articolo 4, comma 12-bis, del D. L. 2 marzo 1989, n. 65 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155), che consentiva di ribassare i minimi tariffari fino al 20%. Da tanto consegue che l'istante, ad onta dell'espresso richiamo operato dalla disposizione di bando, non può invocare l'applicazione delle tariffe professionali, ormai definitivamente eliminate dal mondo giuridico, traducendosi tale abrogazione in una implementazione dell'onere motivazionale incombente sulla S.A., che deve determinare il corrispettivo della prestazione " *in ragione di una analitica indicazione delle singole componenti della prestazione professionale* " (cfr. deliberazione di questa Autorità 3 giugno 2012, n. 49), seguendo quindi un criterio operativo che la stessa S.A., nella sua memoria di controdeduzioni, dichiara di aver seguito.

4. L'istante lamenta, infine, che lo studio di riqualificazione paesaggistica del settore sud est ( *rectius* , sud ovest, come precisato nelle note esplicative) della città sarebbe estraneo all'oggetto del bando, chiedendo pertanto che tale prestazione aggiuntiva sia da esplicitare in tutti i documenti e non solo nella dichiarazione n. 4 del Modulo A e che sia quantificato il relativo compenso. Nemmeno tale rilievo critico è suscettibile di essere asseccato, in quanto, pur non essendo esattamente indicata l'area interessata dal citato studio, in diversi punti della disciplina di gara, in sede di descrizione della prestazione richiesta, si evidenzia la necessità di una valorizzazione delle risorse ambientali, anche a fini turistico-ricettivi. In particolare il bando prevede, all'art. 3, lett. e, punto " *a. relazione illustrativa* " che sia previsto il seguente piano di intervento: " *la riqualificazione e riconversione funzionale dell'edilizia esistente e di scarso valore, soprattutto per funzioni turistico-ricettive e ricreative qualificate* ", così come le specifiche tecniche definiscono, tra i compiti del PUC, quello di " *anticipare un'immagine rinnovata della città e, nello specifico, anche della città a vocazione turistica, con riqualificazione ambientale e rideterminazione degli standards* ". Non emergono elementi dai quali desumere quindi che lo studio di cui in premessa costituisca una prestazione aggiuntiva rispetto a quella descritta dagli atti predisposti dalla S.A.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito