

Deliberazione n. 41 Adunanza del 7 luglio 2010

Rif. Fase istruttoria, fascicolo n. 769-2010 (Fase preistruttoria, fascicoli 324 e 400-2010)

Oggetto: Appalto per la progettazione esecutiva, il coordinamento della sicurezza e la realizzazione dell'intervento di difesa arginale in sponda sinistra del fiume Adda, in corrispondenza della SP 25 con formazione di pista ciclabile. Importo a base d'asta € 1.968.050,82 oltre IVA. - S.A. Comune di Lodi.

Il Consiglio

Visto il D.lgs. n. 163/2006;

Visto il D.lgs. n. 152/2008;

Viste le relazioni della Direzione Generale Vigilanza Lavori datate 08/04/10, 13/04/10 e 11/06/2010;

Visti i pareri dell'Ufficio Affari Giuridici datati 07/06/10 e 10/06/10;

Considerato in fatto

Con nota assunta a prot. 17923/10 in data 24/03/10, l'ing. Andrea Mori, rappresentante della società B&M Ingegneria, ha segnalato presunte anomalie nel bando dell'appalto in oggetto, pubblicato dal Comune di Lodi la cui scadenza, per la presentazione delle offerte, era prevista in data 19/05/2010; l'appalto è stato bandito ai sensi dell'art. 53 comma 2 lettera b) del D. Lgs 163/2006 e s.m.i.

L'istante ha rilevato che nel suddetto bando è stato esplicitamente richiesto " *il progetto esecutivo redatto in ogni sua parte e composto dagli elaborati grafici tecnici necessari compreso computo metrico estimativo relativo alle opere di connessione ed accompagnati eventualmente da rendering dimostrativi delle migliori* ". Ha rilevato inoltre l'esponente che nel medesimo bando è esplicitato che " *la mancanza o incompletezza degli elaborati... comporterà l'assegnazione di punti zero alla proposta presentata, indipendentemente dalla migliororia* " ed inoltre " *...si precisa che, qualora l'impresa vincitrice abbia ottenuto punti zero questa dovrà realizzare l'opera come da progetto esecutivo approvato dall'amministrazione* ". Ha evidenziato l'istante che non esiste alcun progetto esecutivo visto che lo stesso è oggetto di gara.

Analoga segnalazione di presunte anomalie relative al medesimo bando è stata effettuata, con successiva nota assunta a prot. n. 19335/10 in data 29/03/10, anche dall'Associazione Imprese Edili e Complementari della Provincia di Milano, e, con nota assunta a prot. n. 28929 del 05/05/10, dall'Ordine degli Ingegneri del Comune di Lodi che ha rappresentato, fra l'altro, che il richiesto Progetto Esecutivo ha un costo presunto pari 40.000 euro oltre IVA. La presentazione del Progetto in forma compiuta, così come indicato nel bando, implicherebbe pertanto per i concorrenti l'obbligo di sostenere il costo suddetto.

Esaminati gli atti, a seguito di relazione pre-istruttoria, redatta dal competente ufficio VILA il Direttore Generale VILA ha disposto, in data 16/04/10, l'apertura del procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 2 comma 7 del Regolamento di Vigilanza.

Con nota prot. 24210/10 del 16/04/10, in ottemperanza al su citato disposto, è stata inviata la nota agli interessati con la quale nel comunicare l'avvio della procedura istruttoria, venivano contestualmente richiesti, alla S.A., controdeduzioni e delucidazioni sulle criticità rilevate.

In particolare nella suddetta nota è stato osservato quanto segue:

1. l'appalto è stato bandito ai sensi dell'art. 53 comma 2 lettera b) del D. Lgs 163/2006 e s.m.i.
2. Come indicato da questa Autorità con parere n. 79 del 30/07/2009: " *E' noto come gli appalti e le concessioni di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 53, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, possano essere affidati esclusivamente con le modalità previste dal medesimo articolo 53. Deve essere, tuttavia, tenuto presente che, ai sensi dell'articolo 253, comma 1 - quinquies del D.Lgs. n. 163/2006, l'articolo 53 si applica ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del regolamento ex art.5. Di conseguenza, ai sensi del suddetto articolo, come recentemente evidenziato dall'Autorità con determinazione n. 7/2009, fino all'entrata in vigore del regolamento, dovranno continuarsi ad applicare le disposizioni di cui all'art. 19 (appalto integrato: gara sul progetto definitivo) e 20 della legge 109/94 (appalto concorso, gara sul progetto preliminare) ."*
3. Ai sensi del su citato art. 19 " *Per l'affidamento dei contratti di cui al comma 1, lettera b), (progettazione esecutiva ed esecuzione) la gara è indetta sulla base del progetto definitivo...* "
4. inoltre sempre l'art. 19 al comma 2 detta le seguenti condizioni affinché possa ricorrersi all'appalto integrato e precisamente: " *qualora:1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro* ".
5. Ai sensi dell'art. 140 del Regolamento ancora vigente (DPR 554\99) " *Nell'ipotesi di appalto integrato, intervenuta la stipulazione del contratto a norma dell'articolo 109, il responsabile del procedimento, con apposito ordine di servizio, dispone che l'appaltatore dia immediato inizio alla redazione del progetto esecutivo, che dovrà essere completata nei tempi di cui al capitolato speciale allegato al progetto definitivo posto a base di gara ."* Ed inoltre è specificato che (comma 3) " *Il progetto esecutivo non può prevedere alcuna variazione alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto definitivo* ". Il suddetto articolato statuisce pertanto, con chiarezza, che la redazione del progetto esecutivo deve essere iniziata da parte dell'appaltatore soltanto dopo " *l'intervenuta stipulazione del contratto* " di appalto. Non appare pertanto conforme alla normativa la richiesta effettuata dalla S.A. di presentare " *il progetto*

esecutivo redatto in ogni sua parte”;

6. Certamente, come rilevato anche da questa Autorità con Deliberazione n. 291 (AG105/01) del 26/07/2001, nel caso di appalto integrato è fatta salva “...la possibilità di proporre, ai sensi dell'articolo 11 del Capitolato Generale d'Appalto approvato con D.M. 145/2000, eventuali variazioni migliorative che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori”.
7. Nel caso in cui la P.A. ritenga pertanto di aggiudicare un appalto integrato mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso in esame, ai concorrenti può essere richiesto di formulare proposte migliorative in ordine alla redazione del progetto esecutivo. Tuttavia, proprio in quanto trattasi di migliorie e non di redazione di progetto esecutivo, non appare coerente con la normativa il medesimo bando lì dove sottolinea (pg. 11) che “ *La mancanza o la incompletezza degli elaborati, ..., comporterà l'assegnazione di punti ZERO alla proposta presentata, indipendentemente dalla qualità della migliore.* ” Si rileva che la completezza così come la chiarezza degli elaborati è da ritenersi condizione necessaria, (ed è fra l'altro interesse del concorrente), affinché la commissione giudicatrice possa ben valutare le proposte tecniche, ma non costituiscono l'oggetto stesso della gara.
8. Non risulta chiaro quanto riportato nel bando lì dove si specifica che “ *qualora l'impresa vincitrice abbia ottenuto punti ZERO nella offerta tecnica, questa dovrà realizzare l'opera come da progetto esecutivo approvato dall'amministrazione comunale, applicando il ribasso proposto e nei tempi offerti* ”. Si ricorda al riguardo che secondo quanto previsto dal su citato art. 140 del regolamento al comma 5 “ *Il progetto esecutivo è approvato dalla stazione appaltante, sentito il progettista del progetto definitivo, entro il termine fissato dal capitolato speciale. Dalla data di approvazione decorrono i termini previsti dall'articolo 129, comma 2, per la consegna dei lavori. Nel caso di ritardo nella consegna del progetto esecutivo si applicano le penali previste nel capitolato speciale allegato al progetto definitivo, salvo il diritto di risolvere il contratto* ”. Ed al comma 6 “ *Qualora il progetto esecutivo redatto dall'impresa non sia ritenuto meritevole di approvazione, il contratto è risolto per inadempimento dell'appaltatore* ”. Non è chiaro pertanto a quale progetto esecutivo ci si possa riferire posto che, a norma di legge (art. 19 della legge 109\94) “ *la gara è indetta sulla base del progetto definitivo* ”.

A valle di quanto su rilevato sono state pertanto chieste alla S.A. controdeduzioni e delucidazioni con particolare riferimento:

1. alla propria determinazione di ricorrere, per i lavori in oggetto, al sistema dell'appalto integrato;
2. alla richiesta contenuta nel bando del “ *progetto esecutivo redatto in ogni sua parte e composto dagli elaborati grafici tecnici necessari, compreso computo metrico estimativo (pg. 10 - punto B.1)* ”;
3. alla clausola secondo la quale “ *La mancanza o la incompletezza degli elaborati, come sopra definiti, comporterà l'assegnazione di punti ZERO alla proposta presentata, indipendentemente dalla qualità della migliore* ” ed inoltre “ *qualora l'impresa vincitrice abbia ottenuto punti ZERO nell' offerta tecnica, questa dovrà realizzare l'opera come da progetto esecutivo approvato dall'amministrazione comunale, applicando il ribasso proposto e nei tempi offerti* ”.

Con nota assunta a prot. n. 32886 in data 19/05/10 la S.A. ha inviato le proprie controdeduzioni tra le quali si evidenziano le seguenti:

Per quanto attiene il chiarimento chiesto di cui al punto 1 la S.A. ha precisato che “ *Ai fini dell'applicabilità dell'art. 19, si precisa ...che le opere da realizzare sono costituite da una componente impiantistica non prevalente (euro 614.742,80) nella misura prevista dalla norma giacché le opere di protezione si sostanziano in prevalenza nella movimentazione di terra (euro 1.083.386,27) oltre a rettifica stradale (euro 73.852,75), opere di cantiere (euro 181.740,00) e oneri per la sicurezza (euro 39.074,44)... ”.*

Posto pertanto che non sussistono gli estremi previsti dalla norma per il ricorso all'istituto dell'appalto integrato la S.A ha rilevato che, in ogni caso, “ *ad opera della l. n. 228 del 2006, entrata in vigore il 13 luglio 2006, è stata “sospesa” l'abrogazione della legge Merloni, che consentirebbe - ipoteticamente - disapplicare ancora la Legge 109/94 in relazione ai casi tassativi in cui è consentito il ricorso all'appalto integrato e all'appalto concorso nei settori ordinari.... Si deduce, inoltre che in realtà tale interpretazione (“sospensione” della abrogazione) non è pacifica: se infatti la disposizione che mantiene in vita la legge Merloni è entrata in vigore il 13 luglio 2006, essa opera su una legge già abrogata dal Codice a far data dall'1 luglio 2006. Ma una legge abrogata non potrebbe “rivivere” ad opera di una legge successiva che a sua volta abroghi la disposizione abrogante, essendo l'abrogazione un effetto giuridico istantaneo: pertanto da un lato le disposizioni in materia di appalto integrato previste dalla legge Merloni, sono state abrogate a far data dall'1 luglio 2006; dall'altro, l'applicazione dei commi 2 e 3 è stata “differita” fino all'entrata in vigore del regolamento sebbene le direttive europee siano immediatamente esecutive e rendano impraticabile il differimento. Sembrerebbe a questo punto che l'appalto integrato non abbia cittadinanza nell'ordinamento relativamente ai settori ordinari, non essendo regolamentato né dalla legge Merloni, definitivamente abrogata, né dai commi 2 e 3”.*

Per ciò che attiene le richieste di chiarimento relative di cui ai punti 2 e 3, ovvero la richiesta di presentare in sede di gara il Progetto esecutivo, la S.A. ritiene che “...la procedura ad evidenza

pubblica adatta a garantire il progetto e l'esecuzione delle opere di cui alla presente fattispecie sarebbe stata una forma di gara utilizzata quando <l'amministrazione ha necessità di avvalersi di imprese particolarmente idonee a predisporre progetti di opere che, caratterizzate da obiettiva complessità tecnica, richiedano profonda competenza ed abilità costruttiva ed inventiva non possedute dalla stazione appaltante. > Lo strumento dell'appalto-concorso sarebbe quindi risultato pertanto l'idonea soluzione alle necessità rilevate dagli Enti amministrativi coinvolti. Si noti che, rispetto a tali precetti, è scomparsa però la previsione dell'appalto concorso, il quale non può essere invocato per l'indubbio contrasto con la nuova struttura e funzione delle metodiche contrattuali ammesse dallo stesso codice nel citato decreto legislativo n. 163/2006 più volte corretto ."

In definitiva pertanto le ulteriori valutazioni in merito, effettuate dalla S.A., hanno indotto la stessa a ritenere " *che il Codice degli Appalti non solo abbia adeguato la terminologia nazionale a quella europea (di fatto eliminando ogni riferimento all'appalto integrato o quello concorso) ma abbia eliminato i vincoli relativi alle ipotesi in cui era possibile affidare la progettazione unitamente all'esecuzione dei lavori pur rimanendo il vincolo dell'amministrazione di porre a base di gara almeno il progetto preliminare che nel caso di specie è già stato predisposto a seguito di lunghe e complesse procedure. Si ritiene pertanto che il bando come configurato sia in linea con le direttive comunitarie che tendono ad imporre alle amministrazioni minori vincoli nominalistici in ordine alla possibilità di affidare contestualmente progettazione ed esecuzione. Si è pertanto ritenuto di mettere a gara anche il progetto esecutivo il cui costo, visti i precisi limiti di finanziamento dell'opera e gli stanziamenti già effettuati dai diversi enti coinvolti, non sarebbe stato immediatamente sopportabile dalla scrivente Amministrazione "*.

Ritenuto in diritto

Il caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità riguarda prioritariamente

1. la legittimità del bando in oggetto in relazione alla richiesta dello stesso di presentazione del *progetto esecutivo redatto in ogni sua parte* in sede di gara;

In secondo luogo, stante le controdeduzioni della S.A.,

1. la vigenza degli artt. 19 e 20 della Legge 109/94, nelle more dell'entrata in vigore del nuovo regolamento.

In relazione al primo aspetto si osserva che il Comune di Lodi ha pubblicato il bando dell'appalto in oggetto ai sensi dell'art. 53 comma 2, lett. b) e c) del D.lgs 163/06 specificando che la " *la gara sarà esperita mediante procedura aperta, nel rispetto di quanto previsto nell'art. 53, comma 2, lettera b) del D. Lgs 163/2006 e s.m.i. e sulla base del progetto definitivo "*.

La norma su invocata prescrive " *... Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, motivando, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche, se il contratto ha ad oggetto:...b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice"*;

A prescindere pertanto da ogni altra valutazione, esposta nel seguito, è chiaramente indicato dalla norma che il progetto esecutivo è oggetto del contratto e non ne è prevista l'acquisizione in sede di offerta. La richiesta peraltro, oltreché non conforme alla norma, appare limitativa della concorrenza in quanto comporta un ingente impegno finanziario per i potenziali concorrenti.

In merito al secondo aspetto occorre rilevare che, come noto, la disciplina recata dal richiamato art. 53, comma 2, lett. b) e c) si applica, per espressa previsione dell'art. 253, comma 1-quinques del D.Lgs. n. 163/06, ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del regolamento ex art. 5. Inoltre, con il terzo decreto correttivo D.Lgs n. 152/08, il legislatore si è preoccupato di aggiungere un ulteriore comma al medesimo articolo, al fine di specificare espressamente che fino a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 256, comma 1 (Disposizioni abrogate), riferite alle suddette fattispecie.

Essendo pertanto chiaro il dettato letterale della norma, ed avendo il legislatore operato un rinvio espresso alle disposizioni previgenti, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento di attuazione, non si può che ribadire l'interpretazione espressa dall'Autorità con parere n. 79/2009 e con determinazione n. 7/2009 ovvero che fino all'entrata in vigore del regolamento, dovranno continuarsi ad applicare le disposizioni di cui all'art. 19 (appalto integrato: gara sul progetto definitivo) e 20 della legge 109/94 (appalto concorso, gara sul progetto preliminare).

Non appare conferente la giustificazione della S.A. che rileva che " *... quanto posto a gara, ..., non rientra nelle ipotesi riconducibili all'appalto integrato e all'appalto concorso "*", poiché le proprie esigenze non trovano riscontro nelle norme vigenti; si assume che qualunque appalto debba essere circoscritto nell'ambito della vigente normativa sui lavori pubblici onde evitare di contravvenire ai principi di trasparenza, par condicio, e massima competitività, sottesi dalla norma stessa. *In base a quanto sopra considerato,*

il Consiglio

- Ritiene il bando non conforme alla normativa vigente, segnatamente all'art. 53, comma 2, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/06.
- Ritiene che fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento ex art. 5 D.Lgs. n. 163/06 dovranno continuarsi ad applicare le disposizioni di cui all'art. 19 (appalto integrato: gara sul progetto definitivo) e 20 della legge 109/94 (appalto concorso, gara sul progetto preliminare).
- Dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza Lavori della presente deliberazione al Comune di Lodi, nelle persone del Sindaco e del Responsabile del procedimento, con l'invito a comunicare, entro il termine di 30 gg. dal ricevimento della stessa deliberazione, ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. 163/2006, le decisioni e gli eventuali provvedimenti assunti.
- Dispone altresì l'invio, da parte della Direzione Generale Vigilanza Lavori, della presente deliberazione ai segnalanti.

Firmato

Il Consigliere Relatore : Alfredo Meocci

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2010

Il Segretario : Maria Esposito