

## Parere n. 72 del 21 aprile 2011

### PREC 225/10/S-L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Restauri Villanova S.r.l. - Appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e funzionale dell'edificio pubblico destinato alla collettività (Municipio) e dell'ex Chiesa di Sant'Agostino da destinarsi a sala polivalente per attività musicale - Importo a base d'asta: € 1.594.325,00 - S.A.: Comune di Castello del Matese (CE).

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 5 agosto 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Restauri Villanova S.r.l. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla rispondenza alla normativa di settore del bando di gara per l'affidamento dell'appalto integrato in oggetto, evidenziando le seguenti discordanze e manchevolezze asseritamente riscontrate nel raffronto tra detto bando ed il capitolato speciale di appalto: - l'importo relativo alla progettazione esecutiva risulterebbe dal bando e dal chiarimento prot. n. 3298 del 27 luglio 2010 assoggettato a ribasso d'asta, mentre da quanto indicato dall'art. 37 del Capitolato Speciale d'Appalto non soggetto a detto ribasso; - i tempi di esecuzione dei lavori, nel bando di gara e nel chiarimento di cui sopra sarebbero previsti in un massimo di 240 giorni ed un minimo di 180, mentre il capitolato all'art. 13 prevedrebbe un tempo utile complessivo di giorni 360, di cui 60 giorni per la progettazione esecutiva, e 300 giorni per la esecuzione dei lavori; - sarebbero state riscontrate delle incongruità nella relazione tecnica generale per alcuni tipi di opere e, in particolare, non sarebbero stati computati i ponteggi necessari per le demolizioni ed il montaggio della copertura; - non sarebbe stato possibile procedere ad effettuare le verifiche statiche dell'edificio previste dalla normativa NTC 2008 e s.m. necessarie per la redazione della progettazione esecutiva; - si evincerebbe un ulteriore elemento di discordanza, circa l'importo dell'appalto posto a base di gara, tra quanto indicato negli elaborati e quanto previsto nel bando.

L'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 4 ottobre 2010, è rimasta priva di riscontro nel merito da parte della stazione appaltante, che si è limitata ad eccepire un pregiudiziale difetto di legittimazione procedimentale dell'impresa istante, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006, per non avere la stessa partecipato alla procedura di gara, né avere in alcun modo impugnato il relativo bando o alcun altro atto amministrativo della procedura medesima; sicché, è possibile formulare il parere che segue, sulla base della sola prospettazione dell'impresa istante.

#### *Ritenuto in diritto*

Preliminarmente, si rende necessario verificare il fondamento dell'eccezione pregiudiziale formulata dalla stazione appaltante in merito alla mancata partecipazione alla procedura di gara e alla mancata impugnativa della stessa da parte dell'istante, alla luce della lettera n) del comma 7, dell'art. 6 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale, in ordine ai compiti inerenti il c.d. "precontenzioso" attribuiti a questa Autorità, recita: " *su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266*".

In proposito si deve rilevare che la tutela dell'interesse strumentale, sotteso al principio concorsuale del *favor participationis*, è di regola sufficiente all'operatore economico che aspiri a partecipare ad una gara pubblica di appalto e voglia ottenere, a questo fine, la riedizione della gara stessa (cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3889).

Occorre fare, cioè, applicazione analogica nel caso di specie, ai fini dell'eventuale esercizio del potere di autotutela decisoria, dell'indirizzo processuale espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha osservato che " *un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse strumentale, mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando*" (C.d.S., Ad. Pl., 10.11.2008, n. 11).

Lo stesso avanzato iter procedimentale della gara, pervenuta all'aggiudicazione definitiva, si palesa, alla medesima stregua pregiudiziale, privo di pregio, in quanto la legittimazione procedimentale di che trattasi deve essere valutata *ex ante* e cioè al momento della proposizione dell'istanza. Ciò premesso, è possibile formulare il parere che segue, sulla base della sola prospettazione dell'impresa istante, poiché l'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 4 ottobre 2010, è rimasta, da parte della stazione appaltante, come detto, priva di riscontro nel merito.

Con riferimento al primo motivo di doglianza, concernente la denunciata discordanza tra il bando di gara ed il Capitolato Speciale d'Appalto - per cui l'importo relativo alla progettazione esecutiva risulterebbe dal primo assoggettato e dal secondo non assoggettato a ribasso - si deve considerare che l'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 53 del D.Lgs. n. 163/2006, così recitava: " *Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto. Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta* ".

Tale ultimo inciso è stato soppresso, a seguito della implicita abrogazione ravvisata da questa Autorità nell'articolo unico della Determinazione 29 marzo 2007, n. 4 ( *Indicazioni sull'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e della legge 4 agosto 2006, n. 248* ) e della modifica operata dall'art. 2 del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ( *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62* ).

Pertanto, in virtù dell'eterointegrazione legale ex art. 1419, secondo comma c.c. del contratto e del Capitolato Speciale d'Appalto che ne forma parte integrante (cfr. sul punto *ex multis* : Cass. civ. sez. I n° 5286/2000 e Cass. civ. sez. I n° 14899/2000), la clausola del capitolato su cui si controverte è da ritenersi nulla ed è sostituita di diritto, per cui l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva è soggetto a ribasso d'asta.

Per quanto riguarda, poi, la denunciata discordanza tra il tempo utile per ultimare i lavori indicato nel bando di gara (non superiore a 240 e non inferiore a 180 giorni) e quello utile complessivo di giorni 360, di cui 60 per la progettazione esecutiva e 300 per l'esecuzione dei lavori, previsto dall'art. 13 del Capitolato Speciale d'Appalto, si tratta di questione che deve essere risolta nel senso della prevalenza del bando di gara, come pure quella relativa alla denunciata discordanza concernente l'importo dell'appalto posto a base di gara.

Infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, nel contrasto tra clausole del bando e quelle del capitolato va sempre accordata prevalenza alle prime, atteso che il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva ( *ex multis* , Consiglio di Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5035). Inoltre, per quanto riguarda le denunciate incongruità riscontrate nella relazione tecnica generale, relativamente alle opere di demolizione, restauro ed impiantistica, si deve osservare che le stesse involgono aspetti tecnici di discrezionale valutazione, non sindacabili sotto il profilo della validità e della rispondenza del bando di gara alla normativa di settore, come invece richiesto con l'istanza di parere in epigrafe.

Infine, in ordine alla denunciata impossibilità di procedere ad effettuare le verifiche statiche dell'edificio necessarie per la redazione della progettazione esecutiva, si deve rilevare che trattasi di circostanza sulla quale è impossibile esprimere un parere, in assenza di riscontro nel merito da parte della stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva sia soggetto a ribasso d'asta e che il denunciato contrasto tra clausole del bando e quelle del capitolato debba essere risolto accordando prevalenza alle prime.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito