

## **Parere n.103 del 09/06/2011**

**PREC 28/11/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dalla A.C.E.N. - Associazione Costruttori Edili Napoli (Lavori di ampliamento della Scuola Elementare Maresca sita in via della Acacie - località Legittimo - 1° lotto) - Importo a base d'asta € 512.383,12 - S.A.: Comune di Piano di Sorrento.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 7 febbraio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la A.C.E.N. - Associazione Costruttori Edili Napoli - ha chiesto un parere sulla legittimità del bando di gara, indetto dal Comune di Piano di Sorrento per l'affidamento dei lavori in oggetto, nella parte in cui prevede l'obbligo, per i concorrenti, di acquisire il progetto esecutivo posto a base dell'appalto, previo versamento di € 150,00 sul conto corrente dell'Amministrazione comunale, indicando nella causale "*S pese di copia del progetto esecutivo dei lavori di ampliamento della scuola elementare Maresca.....*".

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità in data 14 febbraio 2011, il Comune di Piano di Sorrento, con nota pervenuta il 23 febbraio 2011, ha rilevato: - la tardività della richiesta di parere dell'A.C.E.N., pervenuta all'Autorità in data 7 febbraio 2011, quando cioè non solo era iniziata la procedura ad evidenza pubblica (13.12.2010), ma era intervenuta anche l'aggiudicazione provvisoria a favore della Impresa Europlant S.r.l (02.02.2011); - l'infondatezza delle censure mosse dall'istante, in considerazione della coerenza della clausola del bando contestata con quanto stabilito dagli artt. 9, commi 5 e 6, e 64, del D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 25 della legge n. 241/1990.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche l'aggiudicataria provvisoria della gara in oggetto, la quale, pur affermando la tardività dell'istanza di parere della A.C.E.N., ha ribadito la legittimità dell'operato della stazione appaltante.

#### *Ritenuto in diritto*

In via preliminare va chiarito che, con riferimento a quanto affermato dalla stazione appaltante circa la tardività dell'istanza della A.C.E.N., questa Autorità è chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, ovvero a gara iniziata, e che il solo provvedimento di aggiudicazione definitiva, non quello di aggiudicazione provvisoria, coincide con l'improcedibilità dell'istanza eventualmente presentata.

Passando ora ad esaminare la questione controversa segnalata nell'istanza della Associazione Costruttori Edili Napoli, come richiamato in fatto essa concerne la legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Piano di Sorrento per l'affidamento dei lavori in oggetto, nella parte in cui prevede l'obbligo per i concorrenti di acquisire il progetto esecutivo, posto su apposito CD ROM, previo versamento di € 150,00 sul conto corrente dell'amministrazione comunale indicando nella causale "*Spese di copia del progetto esecutivo.....*".

Più specificamente al punto IV.2) del bando di gara (Consultazione e acquisizione), la stazione appaltante ha stabilito che "*Il progetto esecutivo posto a base dell'appalto deve essere obbligatoriamente acquisito presso il Comune di Piano di Sorrento .... Esso sarà fornito su CD ROM, previo versamento di € 150,00 sul cc ..... intestato al Comune di Piano di Sorrento, causale 'SPESE DI COPIA DEL PROGETTO ESECUTIVO DEI LAVORI DI AMPLIAMENTO DELLA "SCUOLA ELEMENTARE MARESCA" SITA IN VIA DELLE ACACIE - LOCALITÀ LEGITTIMO - 1° LOTTO'*".

Al riguardo si richiama il parere n. 21 del 31 gennaio 2008 nel quale l'Autorità ribadisce che ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 554/1999 l'offerta è accompagnata da una dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di aver esaminato gli elaborati progettuali, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori e di aver preso conoscenza di tutte le circostanze che possono influire sull'esecuzione dei lavori al fine di garantire la stazione appaltante in merito alla piena contezza delle possibili interferenze e/o dei rallentamenti ai lavori.

Con determinazione n. 2 del 13 gennaio 2000, richiamata pure nel parere appena citato, il Consiglio dell'Autorità ha statuito che, sulla base degli articoli 71, comma 2, e 90, comma 5 del D.P.R. n. 554/1999 e secondo quanto previsto dalla direttiva comunitaria 93/37/CEE, non può essere imposto al concorrente l'obbligo di acquistare la documentazione inerente l'appalto e che l'unica forma di partecipazione consentita è il rimborso delle spese di riproduzione della documentazione di gara.

Tale rimborso, secondo il parere n. 21 sopra richiamato, deve essere conforme alla normativa generale in materia di accesso alla documentazione amministrativa di cui alla legge 7 agosto 1991, n. 241, la quale, all'articolo 25, dispone che il rilascio delle copie dei documenti è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione. Con la conseguenza che *" in riferimento agli elaborati progettuali, stabilire forfettariamente un rimborso spese a carico del concorrente, determinato in misura inversamente proporzionale all'importo a base di gara e svincolando l'entità del rimborso dall'effettivo costo di riproduzione degli elaborati progettuali stessi, costituisce un ostacolo alla libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici "*.

Nel caso di specie la stazione appaltante precisa che il costo relativo alla copia del progetto esecutivo non è stato fissato forfettariamente in misura inversamente proporzionale all'importo a base di gara, ma è stato agganciato al costo di riproduzione dell'elaborato progettuale.

Al riguardo, la stazione appaltante ha precisato che nella quantificazione dell'importo richiesto (di euro 150,00) si è tenuto conto, oltre che delle spese strettamente attinenti alla riproduzione del progetto posto a base di gara, anche del servizio offerto dall'ufficio tecnico-Settore lavori pubblici ( ex art. 9, commi 5 e 6, del D.Lgs. n. 163/2006) ovvero: 1) spese copia progetto su supporto informatico; 2) sopralluogo da effettuare con l'assistenza di personale tecnico dell'Ufficio (5° Settore-Servizio lavori pubblici) previa prenotazione a cura di personale amministrativo dipendente del medesimo ufficio; 3) rilascio del relativo certificato (attestato di presa visione). Ciò in quanto, secondo quanto affermato dall'

Amministrazione comunale, a causa di carenze di organico dell'Ufficio tecnico, per eseguire le attività e curare gli adempimenti indicati, è stato necessario fare ricorso ad attività tecniche di supporto esterne, con un costo aggiuntivo per l'Amministrazione.

Tuttavia, a parte il fatto che l'amministrazione non può porre a carico dei concorrenti il costo sostenuto per l'effettuazione del sopralluogo e per il rilascio dell'attestato di presa visione, la questione riguarda più propriamente la possibilità per la stazione appaltante di imporre l'acquisto degli elaborati progettuali laddove l'art. 71 del D.P.R. n. 554/99 prevede espressamente che l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere esaminato gli elaborati progettuali. Pertanto, l'obbligo di acquistare la documentazione di gara non solo non è normativamente previsto, ma la stessa Autorità ha precisato in più occasioni che tale obbligo non può essere imposto al concorrente, sussistendo, al contrario, l'obbligo della stazione appaltante di fornire ogni informazione utile per la presentazione dell'offerta. La circostanza poi che nel parere n. 180 del 5 giugno 2008 (citato dall'amministrazione comunale) sia stata evidenziata la diversa fattispecie che ricorre nel caso in cui la richiesta di versamento di somme di denaro concerne il rimborso dei costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per il rilascio delle suddette copie in quanto conforme alla normativa generale in materia di accesso alla documentazione amministrativa di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, non significa che l'amministrazione possa imporre l'acquisto della documentazione di gara. La stazione appaltante nel ribadire la legittimità della previsione in oggetto, ha fatto presente che nel caso di specie è stato consentito a chiunque di prendere visione gratuitamente degli elaborati progettuali posti a base di gara, mentre si richiedeva solo a chi fosse stato realmente intenzionato a partecipare alla gara il versamento di € 150,00 a copertura dei costi per la riproduzione degli atti su supporto informatico e di quelli aggiuntivi che l'amministrazione comunale ha dovuto sostenere per l'effettuazione del sopralluogo e per il rilascio del relativo attestato di presa visione.

Tuttavia, tenuto conto del quadro normativo di riferimento e della posizione assunta da sempre da questa Autorità rispetto a clausole che impongono l'acquisto della documentazione di gara, si ritiene che il rimborso del costo sostenuto dalla stazione appaltante per la riproduzione su CD ROM degli elaborati progettuali avrebbe dovuto essere posto a carico, non del concorrente intenzionato a partecipare alla gara, ma solo di colui che avesse richiesto copia del progetto esecutivo.

L'amministrazione comunale richiama l'art. 9, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, riferito allo Sportello unico dei contratti, precisando che questo costituisce espressione di un principio di carattere generale laddove dispone, tra l'altro, che il competente ufficio della stazione appaltante è tenuto a fornire ai concorrenti la documentazione di gara verso un corrispettivo destinato a coprire il costo del servizio offerto. Inoltre, l'articolo 64 del Codice dei contratti pubblici, relativo al bando di gara, rinvia all'allegato IX A che disciplina le *" Informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi di appalti pubblici "*, il quale al punto 11, lett. c), prevede di indicare l'importo e le modalità di pagamento della somma da versare per ottenere la documentazione relativa alla procedura.

Ora, quanto sopra richiamato non vale ad escludere il divieto per la stazione appaltante di imporre l'acquisto del progetto esecutivo potendo ciascun concorrente prendere visione gratuitamente degli elaborati progettuali, come d'altra parte, nel caso di specie, la stessa stazione appaltante ha affermato di aver consentito.

In conclusione, quindi, può affermarsi che grazie ad una clausola come quella prevista nel bando indetto dal Comune di Piano di Sorrento, i 150,00 Euro richiesti per l'acquisizione del progetto

esecutivo, più che coprire i costi di riproduzione degli elaborati progettuali, si traducono nella somma da versare per la semplice partecipazione alla gara.

Pertanto, la previsione contenuta nel bando di gara che impone ai concorrenti l'obbligo di acquisire il progetto esecutivo previo versamento di € 150,00 non appare conforme alla normativa di settore.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola di cui al punto IV.2) del bando di gara che impone il versamento di € 150,00 per l'acquisizione del progetto esecutivo non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito