

Parere n.126 del 17/07/2013

PREC 120/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da A.N.C.E. Chieti e da Società Edile Costruzioni e Appalti Provvisiero s.p.a. – “*Lavori di recupero e riqualificazione funzionale con adeguamento strutturale ed impiantistico della sede municipale – Palazzo d’Achille*” – importo a base d’asta euro 2.787.567,09 – S.A.: Comune di Chieti.

Appalti integrati relativi a beni culturali – corrispettivo a corpo – subappalto di opere specialistiche – previsione di un tempo minimo per la consegna dell’opera – obbligo di acquisto delle opere provvisionali esistenti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 12 aprile 2013, il Comune di Chieti ha indetto una procedura aperta per l’affidamento della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori di restauro ed adeguamento impiantistico di Palazzo d’Achille (immobile di interesse storico-artistico, soggetto alle disposizioni di tutela di cui alla parte seconda del D.Lgs. n. 42 del 2004), di importo complessivo a base d’asta di euro 2.787.567,09 da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In data 14 maggio 2013 è pervenuta l’istanza congiunta di A.N.C.E. – Sezione Costruttori Edili della Confindustria di Chieti e di Società Edile Costruzioni e Appalti Provvisiero s.p.a., che contestano la legittimità del bando di gara in ordine ai seguenti profili:

- 1) la previsione di un corrispettivo a corpo anziché a misura, in asserito contrasto con quanto previsto dall’art. 204, secondo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006 per gli appalti di lavori relativi a beni culturali;
- 2) la mancata previsione di limiti percentuali al subappalto, ai sensi dell’art. 37, undicesimo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006, per le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG11 a qualificazione obbligatoria e superspecialistica;
- 3) la richiesta di un’attestazione SOA per la classifica I, anziché per la più elevata classifica IV corrispondente alla qualificazione richiesta per l’esecuzione dei lavori nella categoria prevalente OG2;
- 4) la mancata previsione di un tempo minimo per l’esecuzione e la consegna dei lavori, nell’ambito dell’attribuzione del sub-punteggio (5 p.) per l’offerta temporale migliorativa;
- 5) la previsione, nel capitolato speciale d’appalto, dell’obbligo per l’impresa aggiudicataria di acquistare le opere provvisionali già esistenti sul cantiere, a scomputo del corrispettivo dovuto dall’Amministrazione per lo stato avanzamento riferito allo smontaggio delle strutture.

La comunicazione di avvio dell’istruttoria procedimentale è stata trasmessa con nota del 29 maggio 2013 al Comune di Chieti.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all’Autorità riguarda la procedura aperta indetta dal Comune di Chieti per l’appalto integrato dei lavori di restauro ed adeguamento impiantistico di Palazzo d’Achille. L’A.N.C.E. di Chieti e la Società Edile Costruzioni e Appalti Provvisiero s.p.a. censurano il contenuto della lex specialis di gara sotto molteplici profili, che di seguito vengono esaminati.

- 1) In primo luogo, viene contestata la scelta della stazione appaltante di prevedere un corrispettivo a corpo anziché a misura.

Per i lavori da eseguire su beni culturali, l’art. 204, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici consente la stipulazione di contratti a misura “*in relazione alle caratteristiche*

dell'intervento oggetto dell'appalto" senza limiti in ordine all'importo dei lavori, diversamente da quanto stabilito con riferimento alle generalità degli affidamenti dall'art. 53, quarto comma, dello stesso Codice.

Come è noto, per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, mentre per le prestazioni a misura il corrispettivo dovuto all'appaltatore può variare in aumento o in diminuzione secondo la quantità effettiva della prestazione.

L'immodificabilità del prezzo a corpo implica l'assunzione, a carico dell'impresa aggiudicataria, dell'alea rappresentata dalla maggiore o minore quantità dei fattori produttivi (materiali, maestranze, tecnici e modalità esecutive) che si renderanno necessari rispetto a quelli preventivati, poiché per questa tipologia di appalto il concorrente perviene alla formulazione dell'offerta attraverso la determinazione, a proprio rischio e sulla base dei grafici di progetto e delle specifiche tecniche contenute nel capitolato speciale, delle risorse e dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera a regola d'arte, finita in ogni sua parte e conforme al progetto (cfr., da ultimo: A.V.C.P., deliberazione 7 settembre 2012 n. 77, relativa all'affidamento di appalti integrati aventi ad oggetto il recupero di edifici scolastici, che erano stati danneggiati dal terremoto del 2009 in Abruzzo).

Per l'ipotesi di contratto a corpo, l'appaltatore dovrà approfondire in modo adeguato ogni dettaglio del progetto esecutivo, specialmente quando la redazione sia posta a suo carico (come nella fattispecie in esame, che riguarda l'affidamento di un appalto integrato), in modo da definire compiutamente la consistenza ed i costi delle opere da realizzare.

Ciò premesso, la scelta tra i due sistemi alternativi di remunerazione dell'appalto (a corpo o a misura) resta rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione procedente, anche quando la gara abbia ad oggetto il restauro di un immobile soggetto a vincolo storico-artistico. Il citato art. 204, secondo comma, del Codice (secondo cui *"I contratti di appalto dei lavori indicati all'art. 198 possono essere stipulati a misura, in relazione alle caratteristiche dell'intervento oggetto dell'appalto"*), nel riprodurre l'analoga previsione dell'abrogato art. 9 del D.Lgs. n. 30 del 2004, generalizza l'ammissibilità del corrispettivo a misura per gli appalti di lavori sui beni di interesse culturale e consente all'Amministrazione di optare discrezionalmente per uno dei due criteri.

Nella specie, non si ravvisano indizi di illogicità ed irragionevolezza nella scelta compiuta dal Comune di Chieti, avuto riguardo al contenuto del progetto definitivo posto a base di gara ed alle caratteristiche oggettive dell'appalto, tali da consentire alle imprese concorrenti di valutare con sufficiente grado di certezza l'entità degli interventi di restauro ed adeguamento impiantistico da realizzare sull'immobile.

Per quanto detto, la prima censura deve essere respinta.

2) Il secondo quesito attiene alla mancata previsione, nella lex specialis di gara, di limiti al subappalto per la categoria scorporabile OG11.

Per quanto qui rileva, il bando richiede la qualificazione nelle seguenti categorie: OG2 (classifica IV – euro 1.844.685,29), prevalente ed a qualificazione obbligatoria; OG11 (classifica III – euro 789.124,77), scorporabile ed a qualificazione obbligatoria.

Correttamente le istanti affermano che le opere specialistiche rientranti nella categoria OG11 sono subappaltabili nei limiti del 30%, in virtù del combinato disposto degli artt. 37, undicesimo comma, e 118, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, nonché degli artt. 107, secondo comma, e 109, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010, trattandosi di categoria superspecialistica che, singolarmente considerata, supera sia il 15% dell'importo complessivo dell'opera che la soglia di 150.000 euro.

Tale limite opera, pur in difetto di espresso richiamo nella lex specialis di gara, per effetto di una previsione legislativa inderogabile, secondo il noto meccanismo della eterointegrazione dei bandi di gara comunemente affermato dalla giurisprudenza al fine di garantire l'applicazione di norme imperative auto-esecutive poste a tutela dell'ordine pubblico, alle quali la stazione appaltante non può derogare (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011 n. 5073; A.V.C.P., parere 21 aprile 2011 n. 69).

Secondo un principio ormai pacifico, quando il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni, la stazione appaltante deve senz'altro procedere all'esclusione del concorrente non idoneo ad eseguire direttamente le lavorazioni e non autorizzato a subappaltarle (così, in termini generali: A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4; Id., parere 7 novembre 2012 n. 187; in giurisprudenza, tra molte: Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2012 n. 3563; Id., sez. V, 16 gennaio 2012 n. 139).

Nella fattispecie in esame, può dirsi che il divieto di subappalto per la misura eccedente il 30% della categoria speciale discende direttamente dalle richiamate norme legislative e regolamentari.

Anche la seconda censura è perciò infondata.

3) Con il terzo quesito, l'A.N.C.E. di Chieti e la Società Edile Costruzioni e Appalti Provvisiero s.p.a. lamentano l'illegittimità del paragrafo 1.2.b) del disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive il possesso, per la redazione del progetto esecutivo ed il coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, di un'attestazione SOA per la classifica I, anziché per la più elevata classifica IV corrispondente alla qualificazione richiesta per la categoria prevalente OG2.

La censura è fondata.

Per il combinato disposto degli artt. 79, settimo comma, e 92, sesto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010, è possibile concorrere all'affidamento di un appalto integrato con il possesso dell'attestazione SOA di qualificazione per progettazione e costruzione: in tal caso, l'impresa qualificata per prestazioni di progettazione e costruzione deve peraltro soddisfare i requisiti speciali indicati dall'art. 263 del Regolamento, mediante l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, primo comma – lett. d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice, laddove i predetti requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione. E' tuttavia pacifico che, nel caso di possesso dell'attestazione SOA per progettazione e costruzione, la relativa classifica debba essere sufficiente a coprire la somma degli importi dei lavori, della sicurezza e della progettazione (cfr., sul punto: AVCP, determinazione 16 ottobre 2002 n. 27; Id., parere 9 giugno 2011 n. 108).

Ne consegue, per tale profilo, l'illegittimità del disciplinare di gara approvato dal Comune di Chieti, laddove prescrive il possesso di un'attestazione SOA per la classifica I, anziché per la più elevata classifica IV corrispondente alla qualificazione richiesta per la categoria prevalente di lavori.

4) E' viceversa infondata la quarta censura, attinente alla mancata indicazione di un tempo minimo per l'esecuzione e la consegna dei lavori, nell'ambito dei parametri di valutazione delle offerte economiche.

Il paragrafo 2.2. del disciplinare di gara prevede l'attribuzione di un massimo di 5 p. per l'offerta temporale migliorativa, con riferimento al termine di esecuzione dei lavori (fissato dal bando in 548 giorni consecutivi dalla data del verbale di consegna).

La previsione di un sub-punteggio relativo al termine di consegna dell'opera è espressamente contemplata dall'art. 83, primo comma – lett. l), del Codice dei contratti pubblici ai fini della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tale contesto, la stazione appaltante non è tenuta ad indicare un termine minimo al di sotto del quale non sono ammesse proposte migliorative: resta fermo, infatti, il generale potere di valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 86 del Codice, anche in ordine all'eccessivo ribasso sul termine di ultimazione fissato dal bando di gara.

5) Infine, l'ultima delle questioni sottoposte all'Autorità concerne la legittimità della clausola inserita nella lex specialis di gara, al paragrafo 17 del bando ed al paragrafo 3.7. del disciplinare, in base alla quale *“Le opere provvisorie esistenti, valutate secondo la stima allegata al progetto definitivo posto a base di gara, dovranno essere acquistate dalla ditta aggiudicataria (rectius: aggiudicataria), il pagamento di materiali e attrezzature avverrà mediante decurtazione sulla contabilità dei lavori in corrispondenza del SAL che completerà la fase di smontaggio delle strutture stesse”*.

Come è noto, l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici regola, al comma sesto, i cd. appalti

con corrispettivo immobiliare, contraddistinti dalla sostituzione integrale o parziale del prezzo in denaro con la previsione, nel bando di gara, del trasferimento all'appaltatore "*della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice*" già indicati nel programma triennale dei lavori pubblici ovvero già inclusi nei programmi di dismissione del patrimonio pubblico.

Dall'ottavo comma dell'art. 53, ove si prevede che il concorrente che non abbia interesse a conseguire la proprietà dell'immobile debba specificare, nella propria offerta, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto, si desume che il pagamento della prestazione mediante il trasferimento in proprietà dell'immobile non può essere autoritativamente imposto all'appaltatore, dovendo il bando di gara consentire a quest'ultimo di esprimere una diversa volontà all'atto della presentazione dell'offerta economica.

L'appalto con corrispettivo immobiliare, che non trova unanime ricostruzione in dottrina essendo riconducibile, secondo la tesi prevalente, allo schema della datio in solutum ovvero, secondo altre tesi, alla fattispecie del contratto misto ovvero del collegamento negoziale tra distinti contratti di appalto e compravendita, configura nel sistema degli appalti pubblici una deroga alla regola di matrice civilistica (art. 1655 cod. civ.) e contabile secondo la quale il compenso dovuto all'impresa appaltatrice deve essere necessariamente espresso in una somma di danaro (cfr. Cass. civ., sez. I, 5 agosto 1995 n. 8630) ed è, pertanto, istituto di stretta interpretazione.

Ne consegue, in primo luogo, che non può considerarsi ammissibile il suo utilizzo in via analogica mediante la previsione del trasferimento all'impresa aggiudicataria di beni mobili (quali le opere provvisorie già esistenti sul cantiere), a scomputo del corrispettivo dovuto dall'Amministrazione per lo stato avanzamento riferito allo smontaggio delle strutture.

La clausola predisposta dal Comune di Chieti, oltre a non trovare copertura legislativa nel Codice dei contratti pubblici e nel Regolamento di attuazione, che consentono di sostituire in tutto o in parte il corrispettivo in danaro soltanto con la cessione di beni immobili (e non di beni mobili), comporta altresì il rischio di effetti discriminatori tra i concorrenti in gara.

A ragione, infatti, l'A.N.C.E. di Chieti e la Società Edile Costruzioni e Appalti Provvvisorio s.p.a. evidenziano che l'obbligo di acquisto potrebbe dissuadere dalla partecipazione le imprese che hanno la propria sede o il proprio stabilimento principale a notevole distanza dal luogo di esecuzione dell'appalto, a causa dell'ulteriore esborso economico necessario per lo stoccaggio ed il trasporto dei materiali e delle attrezzature non riutilizzabili all'interno del cantiere per la realizzazione dell'intervento.

Per quanto detto, pur non essendo noto il valore di acquisto delle opere provvisorie (non avendo il Comune di Chieti trasmesso all'Autorità la tabella di stima allegata al progetto definitivo), la clausola deve giudicarsi illegittima per contrasto con l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici e con i principi di tipicità, trasparenza e non discriminazione.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Chieti ha illegittimamente reputato sufficiente il possesso di un'attestazione SOA per la classifica I, anziché per la più elevata classifica IV corrispondente alla qualificazione richiesta per la categoria prevalente OG2;
- che il Comune di Chieti ha illegittimamente previsto l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di acquistare le opere provvisorie esistenti sul cantiere, a scomputo del corrispettivo dovuto per lo stato avanzamento riferito allo smontaggio delle strutture.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente : Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito