

Parere n.136 del 30/07/2013

PREC 99/13/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'Associazione Regionale Liberi Professionisti Architetti e Ingegneri – *“Procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati della Città di Palermo”* – importo a base di gara euro 307.135,25 – S.A.: Comune di Palermo.

Gara per l'affidamento di servizi di progettazione urbanistica – artt. 90 e ss. del Codice e artt. 252 e ss. del D.P.R. n. 207 del 2010 – inapplicabilità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 21 marzo 2013, il Comune di Palermo ha indetto una procedura aperta per l'affidamento *del servizio di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati del territorio cittadino*, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 307.135,25 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In data 9 aprile 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Associazione Regionale Liberi Professionisti Architetti e Ingegneri censura il contenuto della lex specialis di gara sotto molteplici profili che di seguito si riassumono:

- 1) il bando, che prevede (al paragrafo 17.B) nell'offerta tecnica la presentazione di una relazione illustrativa e l'assegnazione di punteggi per i capitoli “Interpretazione dell'oggetto della gara” e “Metodologia e organizzazione del lavoro”, avrebbe dovuto individuare e rendere note ai concorrenti le aree urbane da sottoporre a progettazione urbanistica di dettaglio;
- 2) il medesimo paragrafo 17.B) del bando prevede, per il capitolo “Gruppo di lavoro e competenze attivate”, la valutazione di requisiti soggettivi quali “Esperienze di redazione di P.R.G. di grandi città con problematiche di recupero urbano di popolazione superiore a 500.000 abitanti e metodologie utilizzate”, “Esperienze specifiche di progettazione urbana di aree degradate o dismesse in contesti metropolitani, con valore globale superiore a euro 500.000.000 negli ultimi 5 anni, e descrizione delle metodologie adottate” e “Esperienze specifiche nella progettazione e realizzazione di importanti architetture su aree o edifici dismessi la cui realizzazione ha comportato trasformazioni urbane significative con valore globale superiore a euro 100.000.000 negli ultimi 5 anni”, che sarebbero sproporzionati rispetto all'entità ed al valore dell'appalto e restringerebbero in misura irragionevole la possibilità di partecipare alla gara;
- 3) il capitolato d'oneri (pag. 6-ss.) richiederebbe la redazione e la consegna da parte dell'aggiudicatario di un doppio livello di progettazione, il “Masterplan delle aree” ed i “Progetti urbanistici di dettaglio delle singole aree”, in assenza della preventiva e necessaria approvazione da parte del Consiglio comunale delle direttive generali per la redazione del nuovo P.R.G., ai sensi dell'art. 3 della legge urbanistica regionale n. 15 del 1991;
- 4) nel bando e nel capitolato d'oneri non si darebbe atto dell'avvenuta approvazione da parte del Comune dello studio geologico e dello studio agricolo-forestale, che rappresentano adempimenti preliminari ed obbligatori per qualunque attività di pianificazione urbanistica attuativa;
- 5) il capitolato d'oneri (pag. 11) non specificherebbe i parametri e le tariffe professionali eventualmente utilizzate per la determinazione del compenso a base di gara;
- 6) il capitolato d'oneri, nella medesima sezione riguardante le modalità di pagamento (pag. 11), condizionerebbe in modo illegittimo la liquidazione dei compensi professionali, per le differenti fasi di progettazione, alla formale adozione o approvazione degli atti da parte del Consiglio comunale e della Regione;
- 7) il paragrafo 10 del bando sarebbe affetto da contraddittorietà, nella parte in cui riserva la facoltà di non procedere allo svolgimento della gara fino a quando il Consiglio comunale non avrà

approvato le direttive generali per il nuovo strumento urbanistico e, al contempo, fissa al 6 giugno 2013 la data di inizio delle operazioni di gara;

8) il paragrafo 17.C) del bando non prevedrebbe alcun limite al ribasso percentuale sul corrispettivo a base di gara, in violazione dell'art. 266, primo comma – lett. c), del D.P.R. n. 207 del 2010;

9) il medesimo paragrafo 17.C) del bando non assegnerebbe alcun sub-punteggio alla riduzione percentuale sul tempo massimo di consegna del progetto, in violazione dell'art. 266, quarto comma – lett. d), del D.P.R. n. 207 del 2010;

10) infine, il bando sarebbe privo di indicazioni circa le modalità di composizione della commissione giudicatrice, ai sensi dell'art. 8 della legge regionale n. 12 del 2011.

La comunicazione di avvio dell'istruttoria procedimentale è stata trasmessa in data 16 maggio 2013 al Comune di Palermo, che ha inviato le proprie osservazioni.

Ritenuto in diritto

I quesiti formulati dall'Associazione Regionale Liberi Professionisti Architetti e Ingegneri riguardano il bando di gara pubblicato dal Comune di Palermo in data 21 marzo 2013 per l'affidamento *del servizio di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati del territorio cittadino*.

Seguendo l'ordine di esposizione dell'istanza, il parere dell'Autorità è nei termini che seguono.

1) E' infondato il primo motivo, con il quale si lamenta che le aree urbane da sottoporre a progettazione urbanistica di dettaglio non sarebbero note ai concorrenti e ciò, secondo l'associazione istante, renderebbe impossibile ai concorrenti la redazione dei capitoli dell'offerta tecnica intitolati "Interpretazione dell'oggetto della gara" e "Metodologia e organizzazione del lavoro".

In primo luogo, deve rilevarsi che il capitolato d'oneri (pag. 3) contiene una sintetica descrizione delle aree cittadine sulle quali dovrà concentrarsi la progettazione: "(...) In generale le azioni di riqualificazione dovranno sostenere una nuova visione della città, con riequilibrio delle parti, Nord-Sud, Est-Ovest, Centro-Periferia. In tal senso vanno assoggettate a particolare attenzione le aree periferiche che si sviluppano oltre Viale Regione Siciliana l'area della Costa Sud, le aree ferroviarie Lolli-Notarbartolo e Sampolo, l'area di Boccadifalco, l'area delle Fiera del Mediterraneo, le aree militari, le aree carcerarie, le aree comunali ed il fronte a mare nel suo complesso. Con particolare riferimento all'area della Costa Sud è necessario intervenire con azioni significative che, coerentemente alla peculiare vocazione territoriale di questa parte di città, promuovano lo sviluppo, segnatamente quello turistico. Gli interventi di recupero ambientale e paesaggistico e di ridefinizione urbanistica dei tessuti di bordo consentiranno l'insediamento di funzioni turistiche, ricettive e di intrattenimento, di attrezzature metropolitane quali un centro religioso multiculturale, la cittadella dello sport e della residenza universitaria e la creazione di un circuito lineare, archeologico e dei servizi di eccellenza. Va attribuito un nuovo significato funzionale e simbolico, che contrasti e superi la percezione negativa generata dalle attuali condizioni di discontinuità e marginalità urbana, al Viale della Regione Siciliana e al fiume Oreto, da trasformare da elementi di discontinuità e frammentazione urbana in nuovi elementi di rifondazione del sistema urbano, veri e propri Cardo e Decumano del Piano. Nel nuovo Piano Regolatore Generale, in ragione dei valori espressi dal capitale urbano e dalla strategia urbanistica di valorizzazione ipotizzata, va definito il rapporto tra i sistemi urbani interessati e l'assetto del sistema della mobilità urbana in via di definizione - che trova le direttrici portanti nel Passante ferroviario, nella Metropolitana leggera, nel sistema Tram e nell'Anello ferroviario - in particolare, con la progettazione dei luoghi nuovi e degli spazi pubblici, delle nuove forme di accessibilità e delle relazioni generate dalla rete di trasporto". Inoltre, il capitolato (pag. 6) fissa in 160 ettari complessivi l'estensione massima delle aree di intervento.

In ogni caso, nelle controdeduzioni inviate all'Autorità il Comune ha correttamente replicato che ai concorrenti è richiesto di elaborare un approccio teorico alle tematiche urbanistiche e di proporre le modalità di organizzazione del lavoro, mentre la compiuta redazione del progetto costituirà la

prestazione rimessa all'aggiudicatario, in collaborazione con i tecnici interni del Settore Pianificazione Territoriale.

Le sommarie indicazioni di principio rinvenibili nel capitolato d'oneri sono, pertanto, sufficienti ad orientare le scelte dei concorrenti, cosicché non sussiste l'affermata indeterminatezza del contenuto dell'offerta tecnica, così come descritta nel paragrafo 17.B) del bando.

2) Il medesimo paragrafo 17.B) indica, poi, alcuni parametri minimi per la valutazione del capitolo "Gruppo di lavoro e competenze attivate", dei quali viene denunciata la sproporzione ed irragionevolezza in rapporto all'entità ed al valore dell'appalto.

La censura è infondata e muove dal fraintendimento della funzione assegnata dal bando ai parametri di esperienza specifica, che rappresentano non già requisiti soggettivi di ammissione alla gara, bensì sub-criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (fino ad un massimo di 12 punti su 70, per i profili contestati dall'associazione istante).

Diversamente, il paragrafo 15.C) del bando prescrive requisiti di capacità tecnico-professionale, ai fini della qualificazione, assai meno selettivi di quelli indicati per l'assegnazione dei sub-punteggi.

Del resto, il principio generale secondo cui, nelle gare da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione previsti dal bando devono essere costruiti con riferimento al contenuto oggettivo dell'offerta, e non agli aspetti soggettivi dei concorrenti in quanto tali, trova alcuni temperamenti in considerazione delle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici possono presentare, come nel caso qui in esame di una procedura che abbia ad oggetto non un progetto o un prodotto, ma un fare (cfr. A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n. 7 e la giurisprudenza ivi citata).

E' dunque legittimo che il bando di gara preveda l'attribuzione di specifici punteggi in relazione all'esperienza ed alla qualificazione professionale dei professionisti concorrenti, poiché l'aver espletato in passato servizi di analoga importanza tecnica ed economica può essere valutato quale indice di affidabilità e, di conseguenza, di buona qualità della stessa offerta tecnica, direttamente riconducibile alle caratteristiche oggettive dell'appalto, purché tali aspetti non risultino quantitativamente preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta, essendo il merito tecnico deducibile dai curricula dei professionisti soltanto uno degli elementi valutabili, che non può assumere un rilievo eccessivo nella selezione della migliore offerta (cfr. in tal senso A.V.C.P., parere 27 giugno 2012 n. 98; Id., parere 13 maggio 2010 n. 97; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009 n. 6002; Id., sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626; Id., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2770).

Nella specie, il sub-punteggio riservato al capitolo "Gruppo di lavoro e competenze attivate" non presenta un rilievo preponderante nell'ambito della valutazione delle offerte tecniche ed il bando di gara, per tale profilo, è legittimo.

3) - 7) E' viceversa venuto meno l'interesse all'esame delle doglianze riguardanti la mancanza delle direttive generali per la redazione del nuovo P.R.G., ai sensi dell'art. 3 della legge urbanistica regionale n. 15 del 1991.

Il Comune di Palermo, con nota integrativa trasmessa all'Autorità il 2 luglio 2013, ha comunicato che il Consiglio comunale ha approvato le direttive in data 5 giugno 2013 e che la gara frattanto era stata sospesa, in attesa del perfezionamento della delibera consiliare.

Resta ferma, al riguardo, la facoltà della stazione appaltante di riaprire i termini per la presentazione delle offerte, qualora ritenga che il contenuto delle direttive approvate dal Consiglio diverga dagli indirizzi generali di carattere urbanistico espressi nel capitolato d'oneri.

4) Quanto all'asserita carenza dello studio geologico e dello studio agricolo-forestale, il Comune di Palermo ha dato atto, in sede di controdeduzioni, che tali elaborati costituiscono adempimenti preliminari ed inderogabili per l'attività di progettazione urbanistica di dettaglio rimessa all'aggiudicatario e che il termine previsto dal capitolato d'appalto per l'esecuzione del servizio non potrà che decorrere dalla consegna degli stessi.

5) Con il quinto motivo, l'associazione istante afferma che il capitolato d'oneri (pag. 11) non specificherebbe i criteri utilizzati per la quantificazione del compenso a base di gara.

Come è noto, a seguito della integrale abrogazione delle tariffe disposta dall'art. 9 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, l'Autorità ha formulato le prime indicazioni applicative in ordine alle modalità di individuazione del corrispettivo da porre a base di gara ed alla connessa verifica di congruità delle offerte, nella gare aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria (cfr. A.V.C.P., deliberazione 3 maggio 2012 n. 49).

Pertanto, l'art. 5 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83 ha disposto che la classificazione delle prestazioni professionali e la determinazione dei corrispettivi a base di gara dovranno tener conto dei parametri individuati con l'emanando decreto del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, e fino all'emanazione di tale decreto le previgenti classificazioni e tariffe professionali "possono continuare ad essere utilizzate" ai soli fini della determinazione del corrispettivo a base di gara e dell'individuazione delle prestazioni professionali. In ogni caso, anche a seguito dell'abrogazione del sistema delle tariffe professionali minime, resta fermo il principio secondo il quale è necessario che il corrispettivo per la progettazione di opere pubbliche sia congruo, tenuto conto della natura e della complessità dei servizi da appaltare, al fine di garantire la qualità delle prestazioni (cfr. A.V.C.P., determinazione 27 luglio 2010 n. 5). La determinazione dell'importo a base di gara, in ragione di un'analitica indicazione delle singole componenti della prestazione professionale, è altresì funzionale ad una più efficace verifica dell'anomalia delle offerte ed alla proporzionale determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Perciò, l'elenco degli elaborati da redigere, con i relativi costi, deve normalmente costituire un allegato ai documenti di gara (cfr. A.V.C.P., parere 10 aprile 2013 n. 52; cfr. altresì A.V.C.P., deliberazione 3 maggio 2012 n. 49, ove si è suggerito di individuare gli importi a base di gara facendo riferimento anche ai costi sostenuti negli ultimi anni dall'Amministrazione procedente o da altre Amministrazioni consimili per servizi tecnici, relativamente alle diverse tipologie ed importi di lavori e di opere e per uguali livelli progettuali).

Il Comune di Palermo, in sede di controdeduzioni, ha dato atto di aver specificato le modalità di calcolo del corrispettivo nella tabella allegata alla determinazione a contrarre del 15 febbraio 2013 (che però non è stata trasmessa all'Autorità), sulla base della tariffa professionale vigente per le prestazioni di pianificazione urbanistica, e di aver considerato a tal fine la superficie massima di intervento di 160 ettari, prevista dal capitolato d'oneri, con una densità volumetrica media di 0,89 mc/mq.

Tale modalità di determinazione dell'importo a base di gara appare in sé legittima, restando fermo il dovere della commissione giudicatrice di verificare l'eventuale anomalia dei ribassi offerti dai concorrenti.

6) E' ugualmente infondato il motivo con il quale viene censurato il capitolato d'oneri (pag. 11), nella parte in cui condiziona la liquidazione dei compensi professionali, per le differenti fasi di redazione dei progetti urbanistici, alla formale adozione o approvazione degli atti da parte del Consiglio comunale e della Regione.

Deve premettersi che l'appalto in esame, tenendo conto della natura delle prestazioni richieste all'aggiudicatario, è riconducibile all'ambito dei servizi attinenti all'urbanistica di cui all'Allegato II-A al Codice dei contratti pubblici e, come tale, è sottratto all'applicazione della disciplina speciale degli artt. 90-ss. del Codice e degli artt. 252-ss. del D.P.R. n. 207 del 2010, dettata per i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria (cfr., per la distinzione su fattispecie analoghe: A.V.C.P., parere 20 ottobre 2011 n. 181; Id., parere 23 marzo 2011 n. 54).

Non può dunque trovare applicazione, neppure in via analogica, il divieto posto dall'art. 92, primo comma, del Codice, ai cui sensi le Amministrazioni aggiudicatrici non possono subordinare il pagamento del compenso per la progettazione delle opere pubbliche al conseguimento dei relativi finanziamenti (ovvero, secondo il principio espresso dalla norma, ad altri eventi futuri ed incerti di carattere amministrativo).

Del resto, prima dell'entrata in vigore del divieto, introdotto per la progettazione di lavori pubblici dall'art. 6 della legge n. 415 del 1998, la giurisprudenza aveva affermato la validità di simili

clausole contrattuali, che sono espressione dell'autonomia negoziale e non snaturano la causa della prestazione e l'equilibrio del sinallagma, precisando che esse sono pur sempre soggette alla disciplina di cui all'art. 1358 cod. civ. che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella pendenza della condizione, anche riguardo all'attività di attuazione, da parte dell'Amministrazione committente, dell'elemento potestativo proprio della condizione mista (cfr., per tutte: Cass. civ., sez. un., 19 settembre 2005 n. 18450; Id., sez. I, 8 febbraio 2007 n. 2770; Id., sez. II, 30 dicembre 2011 n. 30590).

8) - 9) Per la stessa ragione, e cioè per il fatto che all'appalto in questione risulta inapplicabile la disciplina contenuta nell'art. 266 del Regolamento in materia di offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, sono infondate le doglianze relative alla mancata previsione, tra i parametri di attribuzione dei punteggi, del limite al ribasso percentuale sul corrispettivo a base d'asta e del sub-punteggio per la riduzione percentuale sul tempo di consegna.

Nell'art. 83, primo comma, del Codice dei contratti pubblici (qui applicabile, trattandosi di appalto di servizi ordinari), il termine di ultimazione della prestazione costituisce soltanto uno dei possibili sub-criteri di valutazione delle offerte tecniche, dal quale la stazione appaltante può discrezionalmente prescindere.

10) Quanto, infine, alla questione della mancata previsione delle modalità di nomina della commissione giudicatrice, in sede di controdeduzioni il Comune di Palermo ha dato espressamente atto che, nonostante la mancanza di apposita clausola nel bando di gara, la nomina dei commissari avverrà nel rispetto della procedura regolata dall'art. 8 della legge regionale siciliana n. 12 del 2011, in larga parte riproduttivo dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura indicata in epigrafe:

- che, *per i profili contestati dall'Associazione Regionale Liberi Professionisti Architetti e Ingegneri*, è legittimo il bando pubblicato il 21 marzo 2013 dal Comune di Palermo per l'affidamento *del servizio di progettazione urbanistica di aree dismesse e sottoutilizzate in contesti urbanizzati del territorio cittadino*.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2013

Il Segretario Rosetta Greco