

## **Parere n.78 del 9/05/2013**

### **PREC 252/12/S.O.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'Ing. Enrico Puleo "*Affidamento di incarico professionale per la redazione del nuovo piano operativo del Comune di Monfalcone (GO)*" - Importo a base d'asta € 190.000,00 – S.A.: Comune di Monfalcone

**Artt. 42, 70 e 125 comma 12 del Codice; art. 263 D.P.R. n. 207/2010 – Servizi attinenti all'urbanistica.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 3 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe contenente alcuni rilievi, con i quali si contesta al Comune di Monfalcone (GO), che ha indetto la procedura per l'affidamento del servizio indicato in oggetto, il mancato rispetto, in sede di predisposizione di bando, della normativa di settore, secondo le seguenti testuali censure:

1. *sovradimensionamento e parziali improprietà dei requisiti di capacità tecnico-professionale;*
  
2. *esiguità dei tempi disponibili per la presentazione delle offerte – Lesione del principio di "non discriminazione".*

Più in dettaglio, il sovradimensionamento dei detti requisiti speciali viene motivato dall'istante con riferimento al criterio previsto dall'art. 263, comma 1, lett. c), del D.P.R. n. 207 del 2010, che individua, tra i requisiti di partecipazione prescritti per la partecipazione a procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, una soglia minima di esperienza professionale che l'operatore economico deve avere maturato negli ultimi dieci anni, indicando altresì il criterio di calcolo del valore minimo riferito ai servizi medesimi.

Deduce, pertanto, l'illegittimità del bando nella parte in cui richiede ai candidati come requisito di ammissione:

- a. avere redatto uno strumento urbanistico per un Comune di almeno 30.000 abitanti;
  
- b. avere redatto uno strumento urbanistico per una aggregazione di comuni con popolazione complessiva di almeno 60.000 abitanti.

Al riguardo, denuncia l'esponente, la stazione appaltante non avrebbe rispettato la proporzione e l'adeguatezza del requisito tecnico-professionale previsti dall'art. 263 cit. rispetto al numero della

popolazione residente nel Comune di Monfalcone (27.000 abitanti).

A seguito dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata il 15 novembre 2012, ha controdedotto la stazione appaltante con nota acquisita il 7 gennaio 2013, evidenziando l'infondatezza dei rilievi di parte con riferimento al duplice ordine di censure prospettate dall'istante.

In particolare, il Comune di Monfalcone ha precisato che il possesso dei due requisiti è prescritto dal bando alternativamente e che in ogni caso essi risultano coerenti e congrui rispetto al numero della popolazione residente.

In merito poi al secondo motivo di doglianza, relativo al termine di presentazione delle offerte, la stazione appaltante rileva l'adeguatezza dei 27 giorni previsti dal bando, come dimostrerebbe anche l'elevato numero di plichi pervenuti (13 soggetti partecipanti), nonché il rispetto del termine di legge e la circostanza che nel termine suddetto era sufficiente presentare una candidatura, cui avrebbe fatto seguito la lettera di invito per la presentazione dell'offerta.

#### *Ritenuto in diritto*

Viene all'esame dell'Autorità la procedura di cottimo fiduciario ex art. 125 d.lgs. n. 163/2006 indetta per l'affidamento del servizio avente ad oggetto la redazione del nuovo piano operativo del Comune di Monfalcone, per un importo complessivo a base di gara di euro 190.000,00.

L'istante solleva un duplice ordine di rilievi assumendo, da una parte, l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui disciplina i requisiti speciali di partecipazione relativi alla capacità tecnico-professionale richiesta agli operatori economici, a suo avviso non proporzionati e inadeguati rispetto al parametro popolazione residente/volume di affari maturato in servizi analoghi negli ultimi dieci anni e, dall'altro, l'esiguità del termine per presentare la propria candidatura, fissato dal disciplinare di gara in soli 27 giorni.

Preliminarmente occorre individuare la natura della prestazione dedotta in contratto e, correlativamente, la disciplina applicabile.

L'appalto ha ad oggetto l'incarico professionale per la redazione del nuovo piano operativo comunale. I piani operativi comunali (POC) sono strumenti urbanistici che, in coerenza al piano pluriennale degli investimenti e al programma triennale dei lavori pubblici, individuano e disciplinano gli interventi di tutela, valorizzazione, organizzazione e trasformazione del territorio previsti dal piano strutturale comunale (P.S.C.), ossia dallo strumento di pianificazione urbanistica generale che deve essere predisposto dal Comune con riguardo a tutto il proprio territorio per delineare le scelte strategiche di assetto e sviluppo e per tutelare l'integrità fisica ed ambientale e l'identità culturale dello stesso. In estrema sintesi, il POC è uno strumento di programmazione urbanistica.

Ciò posto, si rileva che i servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, ivi compresi quelli di programmazione, sono compresi nella categoria n. 12 dell'All. II A al d.lgs. n. 163/2006, ovvero rientrano nell'ambito dei servizi c.d. prioritari cui è integralmente applicabile la disciplina del Codice dei contratti pubblici ex art. 20 comma 2 dello stesso (cfr. Parere Avcp n. 54 del 23/03/2011), a differenza dei servizi c.d. non prioritari (o sotto osservazione) di cui all'All. II B, che ai sensi del comma 1 del medesimo art. 20 sono soggetti esclusivamente alle disposizioni del Codice ivi espressamente richiamate (artt. 68, 65 e 225 del d.lgs. n. 163/2006).

In ordine alla natura delle prestazioni in esame, esse sono riconducibili alla figura dell'appalto di servizi, sottratti tuttavia alla disciplina specifica dettata per i servizi concernenti la redazione di progetti (preliminare, definitivo ed esecutivo), nonché a quella degli altri servizi tecnici connessi alla progettazione.

Ne deriva che l'Amministrazione, in sede di predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, non è tenuta al rispetto delle limitazioni specifiche riferite dal D.P.R. n. 207/2010 ai servizi di progettazione ed assimilati (cfr. artt. 253 e 263 del D.P.R. n. 207/2010), con la conseguenza non è applicabile nel caso di specie la norma che si assume violata (art. 263, comma 1, lett. c, del detto Regolamento).

Pertanto, l'operato dell'Amministrazione non va valutato alla stregua del dato normativo sopra richiamato, bensì in ragione degli ordinari canoni e criteri cui devono attenersi le stazioni appaltanti nella predisposizione delle gare di appalto.

Nel caso in esame trovano applicazione, quindi, l'art. 125 comma 12 del Codice, secondo cui l'affidatario di servizi in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure di scelta del contraente. Tali requisiti devono risultare adeguati, non eccessivi e commisurati all'effettivo valore della prestazione, adeguati in base alla specificità del servizio appaltando ed alle speciali caratteristiche della prestazione e della struttura in cui deve svolgersi, nel rispetto dei principi di ragionevolezza ed imparzialità dell'azione amministrativa e dei principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di concorrenza ed apertura del mercato degli appalti pubblici (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 6 dicembre 2006 n. 1775).

Più in generale, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato che *“La stazione appaltante gode di ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica, avendo come unico limite quello della non manifesta irragionevolezza”* (Cfr. T.A.R. Aosta Valle d'Aosta, Sez. I, 20 giugno 2012, n. 56). Tale diaframma discrezionale, si precisa in sede pretoria, non è tuttavia illimitato, tant'è che va considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 (ex 59) del Trattato CE, norma ritenuta applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano. Invero, la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, per scongiurare il rischio di determinare una eccessiva compressione della concorrenza in contrasto con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. Questa Autorità (Determinazione 21 maggio 2009, n. 5) ha da parte sua affermato, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi alla luce degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, che *“il Codice...ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro qualificazione e dei relativi mezzi di prova”*. Ha però soggiunto che *“la clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o indistinti neanche con riferimento al periodo di attività documentabile in base alla quale è maturato il possesso di quel requisito”*.

Ebbene, nel caso di specie la stazione appaltante ha ritenuto, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che le compete, di delineare uno spettro di requisiti a suo avviso idonei a consentire la partecipazione ai soli operatori economici qualificati in relazione alla prestazione richiesta. La partecipazione alla gara è stata circoscritta agli operatori che possano vantare requisiti di capacità tecnica e professionale adeguati all'esperienza che deve essere necessariamente maturata per l'esecuzione della prestazione.

A tal fine rientra nella facoltà della stazione appaltante strutturare nella *lex specialis* di gara i detti requisiti, facendo anche riferimento all'art. 263, comma 1, lett. c), del Regolamento che, ancorché non vincolante per l'appalto di cui trattasi (servizio di urbanistica e non di progettazione), ben può costituire un adeguato parametro di riferimento nella modulazione della capacità tecnico-professionale richiesta agli operatori del settore.

Pertanto, per le ragioni sopra illustrate, la censura mossa dall'istante relativa al *“sovradimensionamento e parziali improprietà dei requisiti di capacità tecnico-professionale”* non può dirsi fondata, con la conseguenza che non è dato evincere, nell'ambito delle censure di parte, anomalie e/o irregolarità tali da inficiare la procedura di gara.

Parimenti infondata risulta essere il secondo motivo di doglianza, concernente l'eccessiva

ristrettezza del termine previsto dalla *lex specialis* di garantire la presentazione della domanda di partecipazione.

Stando ai contenuti del disciplinare di gara acquisito in atti, si deve preliminarmente confutare la tesi avanzata nella memoria della stazione appaltante, nella parte in cui si afferma che il termine suddetto era sufficiente per presentare una candidatura, cui avrebbe fatto seguito la lettera di invito per la presentazione dell'offerta.

Tale assunto non può trovare accoglimento posto che il punto 9 del disciplinare fissa la data del 19 ottobre 2012 per la presentazione di un unico plico contenente la domanda di partecipazione (Busta 1), l'offerta tecnico-qualitativa (Busta 2), l'offerta tecnico-quantitativa (Busta 3) e l'offerta economica (Busta 4).

Ne consegue che entro il termine suddetto doveva essere presentata la domanda unitamente all'offerta e non soltanto la candidatura, come invece affermato dalla stazione appaltante.

Tuttavia la censura va disattesa e la clausola contestata non presenta vizi invalidanti la procedura, non emergendo in atti elementi che ne evidenzino l'irragionevolezza sia sotto il profilo formale, posto che ai sensi di legge i termini di ricezione delle offerte previsti per le gare sotto soglia sono di gran lunga inferiori (cfr. art. 124, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006), sia sul piano della congruità e logicità della disposizione, posto che anche qui la discrezionalità della stazione appaltante non può essere confutata se non nei casi di irragionevolezza e manifesta illogicità o sproporzione del termine rispetto agli elaborati da produrre in gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 maggio 2013*

Il Segretario Maria Esposito