



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

DIREZIONE AFFARI GENERALI E
CONTENZIOSO

UFFICIO DEL PRECONTENZIOSO

IL DIRIGENTE

TEL. 06.36.72.30.47

FAX 06.36.72.33.62

PEC protocollo@pec.avcp.it

Autorità' Vigilanza Contratti Pubblici
Prot. **Uscita** del **04/06/2014**
Numero: **0064184**
Ufficio:

Spett.le ANCE Catania

PEC ance.catania@pec.ance.it

Spett. le Università degli Studi di Messina

c.a. Responsabile del Procedimento

Ing. Francesco Oteri

Fax 090 6768121

RIF da citare nella risposta PREC 135/14/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'ANCE Catania – “Realizzazione di un immobile da adibire a casa dello studente nell'ambito del Policlinico Universitario”– Importo a base di gara € 4.036.822,54- S.A.: Università degli Studi di Messina

In relazione alla procedura di gara indicata in oggetto, è pervenuta, in data 7 maggio 2014 prot.n. 52546/14/AGC/PREC, l'allegata istanza di parere per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006, presentata dall'ANCE Catania.

Ai sensi della legge n. 241/1990 e s.m., si comunica che il Responsabile del procedimento è la Dott.ssa Antonia Magnotti e che la presente comunicazione viene resa ex art. 7 della medesima legge n.241/1990 e s.m.

Si invitano i destinatari in indirizzo a voler trasmettere a questa Autorità, alla controparte e a tutti i soggetti controinteressati in indirizzo le proprie considerazioni entro il termine perentorio di dieci giorni



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

decorrenti dalla ricezione della presente comunicazione, quale attestata dalla ricevuta della pec inviata in data odierna.

È ammessa la presentazione di memorie di replica entro i successivi dieci giorni dal deposito delle considerazioni di cui sopra con le medesime modalità.

Si precisa che, in caso di mancata partecipazione al contraddittorio di una delle parti interessate, l'Autorità valuterà la questione sulla base degli elementi di fatto in suo possesso.

Si invita la Stazione Appaltante in indirizzo a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino a definizione della stessa da parte dell'Autorità.

Il Dirigente

Antonia Magnotti

Prot. n. 44

ISTANZA DI PARERE PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE EX ARTICOLO 6, COMMA 7, LETTERA N) DEL D. LGS. N. 163/2006

ALL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI
DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE
UFFICIO DEL PRECONTENZIOSO

Via di Ripetta, 246

00186 Roma

Fax 06.36723362

Indirizzo di posta elettronica: protocollo@pec.avcp.it

Oggetto dell'affidamento (barrare quella di riferimento)

Settori ordinari **X**

Lavori **X**

1. Soggetti richiedenti

Istanza presentata singolarmente (associazione di categoria):

denominazione dell'istante: **ANCE CATANIA – SEZIONE AUTONOMA DEGLI EDILI DI CONFINDUSTRIA CATANIA**, in persona del Presidente, quale legale rappresentante pro-tempore, Ing. Nicola Colombrita (persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente).

indirizzo: VIALE VITTORIO VENETO N. 109 – 95127 CATANIA;

recapiti: TF 095/716.92.85; FAX 095/50.64.80; P.E.: info@ancecatania.it;

P.E.C.: ance.catania@pec.ance.it

Si precisa, come richiesto dall'art. 2 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie di codesta Autorità, che: a) la scrivente Ance Catania, ai sensi dell'articolo 2, primo comma del proprio Regolamento (allegato), nel quadro dei fini statutari e delle politiche generali dell'Associazione Industriali, ha per scopo quello di promuovere lo sviluppo ed il progresso dell'industria edilizia e di tutelare i diritti e gli interessi professionali degli imprenditori edili associati; 2) nella rappresentazione della questione di fatto e di diritto che in appresso sarà trattata, è possibile evincere l'univoca conformità degli interessi individuali degli iscritti a quello a tutela del quale l'Associazione agisce.

2. Eventuale contro interessato (stazione appaltante):

Soggetto: **UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA** Piazza S. Pugliatti 1 98122 Messina; AREA SERVIZI TECNICI Via Consolato del Mare n. 41 TF 090/6768113-06, FAX 090/6768121. Posta elettronica: francesco.oteri@unime.it

Direttore Generale: Prof. Francesco De Domenico - p.e. direzionegenerale@unime.it; francesco.dedomenico@unime.it

R.U.P. Capo Area Servizi Tecnici: Ing. Francesco Oteri - p.e. francesco.oteri@unime.it

3. Pendenza di giudizio: l'istante è tenuto a comunicare se sulla procedura di gara in esame risulta pendente un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria.

NO **X**

4. Individuazione dell'intervento:

4.1 Tipologia dell'affidamento: Appalto di lavori pubblici **X**

4.2 Procedura di scelta del concorrente: Procedura aperta **X**

4.3 Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso **X**

4.4 Oggetto dell'appalto: **REALIZZAZIONE DI UN IMMOBILE DA ADIBIRE A CASA DELLO STUDENTE NELL'AMBITO DEL POLICLINICO UNIVERSITARIO**

Eventuale suddivisione in lotti: NO

Data di pubblicazione del bando nella G.U.R.I: 14 marzo 2014

Termine ultimo per la presentazione delle offerte: 15/04/2014 poi rettificato e prorogato al **08/05/2014**

Apertura offerte: 16/04/2014 poi rettificata e prorogata al **09/05/2014**

Importo totale dei lavori: € 4.036.822,54 + i.v.a., di cui € 2.855.992,89 importo soggetto a ribasso, € 102.663,18 per oneri di sicurezza ed € 1.078.166,47 per costo manodopera.

Nome del responsabile del procedimento: ING. FRANCESCO OTERI - p.e. francesco.oteri@unime.it

4.5 Fase attuale dell'appalto: Bando di gara **X**

5. Oggetto della richiesta e rappresentazione della posizioni della parte istante:

Il capitolato speciale d'appalto (d'ora in poi C.S.A. - allegato), si ritiene contenga alcune clausole affette da illegittimità, rilevate con ns. nota prot. 36 del 16 aprile (allegata) e segnatamente:

- ❖ Art. 9.2 (cauzione definitiva): nel primo capoverso, si richiede che la cauzione sia costituita "ai sensi del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 e della Circolare Ministero LL.PP. 15 aprile 1967 n. 1491, in tal caso non si farà luogo al miglioramento del prezzo di aggiudicazione".

Si osserva che i riferimenti a tali provvedimenti sono assolutamente inapplicabili e superati dalla vigente normativa in materia: art. 113 D.lgs. n. 163/06 e art. 123 D.P.R. n. 207/10, contenente delle prescrizioni completamente diverse dal R.D. n. 827/1924. Invero, ad esempio l'art. 199 del R.D. dispone che le cauzioni devono essere costituite mediante "vincolo sui

certificati nominativi di debiti dello Stato, ragguagliati al prezzo medio di borsa dei corsi del semestre precedente....e per nove decimi del detto valore...La cauzione può essere data con ipoteca sopra beni immobili...può, altresì, nei casi in cui il Ministro delle Finanze lo ravvisi opportuno anche nell'interesse della P.A., esser fornita mediante obbligazioni formali rilasciate a favore dello Stato da speciali istituti di credito di notoria solidità...".

Ancora, nel secondo capoverso della clausola 9.2. C.S.A., è prescritto che la cauzione definitiva deve esser prestata, tra l'altro, a garanzia "della tacitazione di crediti esposti da terzi verso l'Appaltatore, salva in tutti i casi ogni azione ove la cauzione non risultasse sufficiente".

Rileviamo, che una tale garanzia di natura generica nei confronti dei "terzi", estende oltre la funzione della garanzia per l'inadempimento dei soli obblighi contrattuali perfettamente definita e circoscritta nell'art. 123 c. 2 e 3.

Altresì, nel terzo capoverso della clausola 9.2 C.S.A., l'Amministrazione si riserva la facoltà - a suo insindacabile giudizio - anche dopo il collaudo finale, che la cauzione resti vincolata a garanzia dei diritti dei creditori per i titoli di cui all'art. 360 Legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, ogni qualvolta la rata di saldo dovuta all'Appaltatore non sarà ritenuta sufficiente allo scopo e fino a quando lo stesso non avrà dimostrato di avere esaurito ogni obbligo e tacitato ogni credito".

Al riguardo, si eccepisce che tale articolo il cui contenuto è diametralmente diverso dall'attuale art. 123 DPR n. 207/'10, è stato abrogato dal DPR n. 554/'99. In particolare, riguardo lo svincolo della garanzia, questa deve essere progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, è automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore dei S.A.L. o di analogo documento attestanti l'avvenuta esecuzione. Riguardo, l'ammontare residuo (20%), deve essere svincolato a seguito del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultanti dal relativo certificato. Conseguentemente, il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga, costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata (art. 113 D.lgs. n. 163/'06 e art. 123 DPR n. 207/'10).

Premesso quanto sopra, riteniamo che così **come disciplinata nel C.S.A. la cauzione definitiva, anche con evidenti riferimenti a norme inapplicabili e abrogate, rende ad libitum la funzione stessa della garanzia rilasciata, sia con riferimento ai terzi garantiti che riguardo gli obblighi di svincolo progressivo (rispetto ai S.A.L.) e finale (dopo il collaudo finale). Arbitrarietà che temiamo possa essere foriera di contenzioso in sede di esecuzione del contratto d'appalto.** Quanto sopra prescritto dal C.S.A., è in netta contrapposizione con la normativa vigente in materia (art. 113 D.lgs. n. 163/'06 e art. 123 DPR n. 207/'10) che delinea e circoscrive la funzione di garanzia esclusivamente agli obblighi contrattuali e che impone al garante una progressività nello

svincolo della cauzione sino allo svincolo finale dopo il collaudo provvisorio o C.E.L. o comunque fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultanti dal relativo certificato.

- ❖ Art. 15.1 (anticipazioni dell'appaltatore): è prescritto che *"l'ente può avvalersi della facoltà di chiedere all'appaltatore l'anticipazione per il pagamento di lavori non ricompresi nell'appalto..."*. Come già rilevato nella ns. nota prot. n. 36, tale disposizione appare priva di ogni fondamento giuridico, ravvisandosi all'ente appaltante l'opportunità di cassarla per evitare ambiguità di interpretazioni foriere di eventuale contenzioso.
- ❖ Riferimenti a normative abrogate: si rileva, che in varie parti del C.S.A. sono contenuti riferimenti a disposizioni normative abrogate (DPR n. 554/'99, DPR n. 34/2000, D.lgs. n. 494/'96, DPCM n. 55/'91 e previgente normativa antimafia) e a relativi documenti di prassi (Circolari Ministero LL.PP., Determinazioni AVCP, e altro) non più pertinenti, considerato le avvenute abrogazioni normative. Anche tale osservazione è stata espressa all'ente con ns. nota n. 36 del 16 aprile u.s.

A seguito della su mentovata ns. nota, l'ente appaltante (Università di Messina), nella persona del Direttore Generale Prof. De Domenico, ha inviato all'Istituto Autonomo Case Popolari (I.A.C.P.) di Messina (quale ente incaricato della progettazione, validazione e preparazione di tutta la documentazione di gara sulla base di una convenzione interna), una lettera nella quale informando lo I.A.C.P. della ns. missiva, invita il medesimo ente a far pervenire le relative controdeduzioni e, in particolare, il C.S.A. opportunamente rettificato ed emendato (lett. prot. n. 26415 del 18 aprile u.s.), al fine di pubblicare le necessarie rettifiche.

Il 30 aprile u.s., l'ente nel proprio sito (www.unime.it) ha ripubblicato le prime ventitre pagine del C.S.A. (allegato), a loro dire, modificate. Dall'esame dello stesso, invece, si evince che riguardo alle clausole segnalate dalla scrivente Associazione quali illegittime come sopra (9.1. e 15.1), non è stato apportata alcuna modifica.

Infine, in data odierna riceviamo una lettera dell'Università di Messina (prot. 29758) che comunica la pubblicazione nel proprio sito delle suddette prime 23 pagine del nuovo C.S.A. e si allega una nota di riscontro del settore tecnico dell'I.A.C.P. di Messina che ha redatto la progettazione dell'intervento di cui trattasi. In tale nota, l'I.A.C.P., sinteticamente, sostiene che: 1) l'art. 360 L. n. 2248/1865 e l'art. 30 L. n. 109/94 non risultano essere abrogati; 2) quanto riportato nella contestata clausola 9.2. C.S.A. riproduce gli art. 113 D.lgs. 163 e D.P.R. 123 DPR n. 207/'10; 3) per la contestata clausola 15.1 C.S.A. trattasi di un articolo contenuto una pubblicazione *"capitolato speciale per lavori edilizi"* a cura di L. Lentini; 4) si è provveduto a modificare le parti del C.S.A. in cui erano contenute riferimenti e disposizioni abrogate o sostituite.

A tale comunicazione, con la presente istanza replichiamo e precisiamo che:

- 1) l'art. 360 L. n. 2248/1865 è stato abrogato dal DPR n. 554/'99 e poi quest'ultimo dall'attuale DPR n. 207/'10; l'art. 30 L. n. 109/94 è stato abrogato dal D.lgs. n. 163/'06 e l'attuale disciplina della cauzione ivi contenuta è diversa dalla precedente;

- 2) non è veritiero sostenere che la clausola 9.2. C.S.A. riproduca l'art. 113 D.lgs. n. 163/'06 e art. 123 DPR n. 207/'10, come già rappresentato nella presente istanza (pag. 2 e 3);
- 3) non costituisce argomentazione sufficientemente persuasiva ed è priva di alcun pregio giuridico, far rinvio ad un riferimento di una pubblicazione editoriale;
- 4) nelle prime 23 pagine del nuovo C.S.A. pubblicate in data 30 aprile nel sito dell'ente appaltante, sono ancora presenti, non soltanto l'identico contenuto delle contestate clausole (9.2. e 15.1), ma ancora altre norme abrogate come già eccepito nella ns. nota n. 36 del 16 aprile, e per citarne qualcuna: L. n. 109/'94, alcuni articoli D.M. n. 145/2000, D.lg.vo n. 494/'96, DPCM n. 55/'91 e alcuni articoli Legge n. 2248/1865.

6. Eventuale richiesta di audizione: NO X

7. Elenco dei documenti allegati:

- a) Regolamento Ance Catania approvato il 29.09.2008;
- b) bando di gara;
- c) disciplinare di gara;
- d) capitolato speciale d'appalto originario;
- e) prime 23 pagine del nuovo C.S.A.;
- f) ns. lettera prot. n. 36 del 16.4.2014;
- g) lettera Università di Messina (prot. n. 26415 del 18 aprile 2014) indirizzata all'I.A.C.P. di Messina;
- h) lettera Università di Messina (prot. 29758 del 7 maggio 2014) con allegata lett. I.A.C.P. prot. n. 2888.

Catania, 7 maggio 2014

Firma Presidente Ance Catania

Ing. Nicola Colombrita

