

Prof n. 100

Spett.le  
COMUNE DI ALI' (prov. ME)  
c.a. **Dott. Carmelo Satta** (Sindaco)

c.a. **Geom. Giovanni Triolo** (R.U.P.)

Catania, 7 settembre 2012

**Oggetto:** bando di gara per affidamento lavori di "riqualificazione urbana aree limitrofe alla Chiesa Santa Maria del Bosco nel Comune di Ali" (termine offerte 11 settembre, gara 9 ottobre 2012)

Con riferimento all'oggetto, segnalatoci da imprese ns. associate, abbiamo esaminato lo stesso e il relativo disciplinare di gara, rilevando alcune anomalie che qui di seguito si espongono:

- **Clausola III.1.2):** si legge che "l'amministrazione comunale espletterà la procedura in oggetto sotto condizione risolutiva e che nessuna pretesa potrà essere avanzata dall'impresa aggiudicatari nel caso di mancato finanziamento dei lavori".

Appare che tale avvertenza trasformi il contratto di appalto tipicamente raffigurato dalla legge quale contratto "commutativo" (ove si conoscono i diritti e gli obblighi delle parti) in **contratto estremamente "aleatorio"** nel quale l'entità e l'esistenza della prestazione sono collegate a un evento incerto. L'ente pubblico, alla luce delle disposizioni in materia di contratti pubblici, assume una responsabilità precontrattuale durante la procedura di scelta del contraente e poi contrattuale a seguito della stipulazione del relativo contratto di appalto con l'impresa aggiudicataria, alla quale non può essere pregiudicato il diritto di credito derivante dall'esecuzione del contratto;

- **Clausola IV.3.3):** è prescritto l'obbligo per i concorrenti, a pena d'esclusione, di acquistare la documentazione di gara in forma digitale. Tale prescrizione è illegittima, poiché **l'unica forma di partecipazione consentita** che può richiedere l'ente pubblico è il rimborso – conforme alle norme vigenti in materia di accesso degli atti amministrativi – delle spese di riproduzione della documentazione. Ciò è stato più volte ribadito dall'Autorità di vigilanza sui cc.pp. (Parere n. 187 e 210 del 2010);

Nella suddetta clausola, è anche prescritto l'obbligo di presa visione della documentazione progettuale che può effettuare solo il legale rappresentante o il direttore tecnico o l'eventuale procuratore "speciale". Rileviamo che tale limitazione contrasta con le previsione dell'**art. 106 DPR n. 207/2010**, la quale attribuisce la facoltà di prendere visione della documentazione progettuale e dei luoghi di esecuzione dei lavori, anche a un dipendente dell'impresa delegato dal legale rappresentante (intendendosi, nel silenzio della legge, delega effettuata con scrittura privata);

- **Pag. 4 disciplinare:** le dichiarazioni di cui all'art. 38 D.lgs 163/06 - a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. n. 70/2011 - devono riferirsi all'arco temporale di **un anno** e non più di un triennio, come erroneamente indicato nel disciplinare;

- **Pag. 7 disciplinare:** sono richiesti ai partecipanti, a pena d'esclusione, la produzione del certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. e il D.U.R.C. o relativa dichiarazione sostitutiva. Riguardo al primo certificato, si rileva che la richiesta è assolutamente superata dalle previsioni del DPR 445/2000 e del relativo richiamo di cui all'art. 38 D.lgs 163/06. Riguardo, invece, al DURC o dichiarazione sostitutiva, si rammenta che l'art. 15 L. n. 183/11 ha introdotto nel DPR 445/2000, l'art. 44-bis in base al quale "le informazioni relative alla regolarità contributiva sono acquisite d'ufficio dalle pubbliche amministrazioni...". Al fine di chiarire tale disposizione, una Circolare del Min. Lavoro (n. 37 del 16.1.2012) e una Circolare congiunta dell'INPS e INAIL del 26.1.2012, hanno ribadito che il **DURC non è autocertificabile, confermando l'obbligo di acquisirlo d'ufficio da parte della stazione appaltante** e che le fattispecie in cui è consentito all'impresa presentare una dichiarazione in luogo del DURC, sono solo quelle previste dal legislatore, tra cui art. 38, comma 1 lett. i) D.lgs 163/06. Infine, nella suddetta circolare l'INPS e l'INAIL hanno comunicato che dal 13 febbraio 2012 la richiesta di DURC dovrà essere effettuata esclusivamente dalle stazioni appaltanti;

- **Pag. 15 disciplinare e pag. 8 bando:** particolare attenzione abbiamo posto a queste clausole riguardanti i criteri quantitativi di assegnazione dei punteggi alle offerte dei concorrenti, in particolar modo al n. 7 ovvero "offerta al rialzo sull'importo posto a base d'asta da riconoscere alla stazione appaltante per l'attuazione delle azioni di co-marketing", criterio poi dettagliato nella sez. 3 del disciplinare (pag. 18). A tale criterio di valutazione dell'offerta sarà attribuito il punteggio max di 50/100 punti.

Come ci ricorda la Direttiva Europea n. 18/2004 (recepita in Italia con il d.lgs 163/06), la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve tendere all'individuazione dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo (46° considerando Dir.) e per una valutazione di tal genere bisogna riferirsi a criteri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurare il valore dell'offerta intrinsecamente intesa. Pertanto, la valutazione dell'offerta degli operatori economici deve basarsi sulla qualità dell'offerta stessa, residuando la valutazione quantitativa ai soli elementi dell'offerta economica (ribasso) e dei tempi di esecuzione. Quanto sopra è stato oggetto di un'importante Determinazione dell'Autorità di vigilanza sui cc.pp. n. 7/2011.

Ciò premesso, esaminando il bando e disciplinare laddove indicano il criterio sopra denunciato ("offerta al rialzo..."), si riscontra che lo stesso si traduce in una somma di denaro (di o da € 5.000 in sù) offerta dall'impresa alla stazione appaltante affinché quest'ultima realizzi impianti pubblicitari che potrà utilizzare l'aggiudicatario per 10 anni (diventando, così, a tutti gli effetti giuridici un "concessionario di impianti" - come descritto nell'art. 23 del C.S.A.). Tale scelta della stazione appaltante appare sindacabile dal punto di vista della logicità e della ragionevolezza che dovrebbe presiedere all'attività amministrativa dell'ente, poiché il parametro (elargizione da parte dall'impresa di una somma di denaro alla stazione appaltante) non è connesso all'oggetto dell'appalto ("lavori di riqualificazione urbana"), non può essere inteso quale elemento intrinseco dell'offerta, né tantomeno la sua natura postula il miglior equilibrio prezzo/qualità. Se, poi, allo stesso criterio si attribuisce il peso di 50 punti su 100 complessivi, è ancor più evidente l'incongruità e l'illogicità del metodo di scelta del contraente dell'appalto pubblico in oggetto.

Per tutto quanto sopra premesso e considerato, apparendo per i motivi su esposti che la procedura in oggetto **viola la normativa in materia di contratti pubblici**, si chiede a codesto ente appaltante di voler eliminare le denunciate anomalie, rettificando nei modi e termini di legge la documentazione di gara.

In mancanza di riscontro, sarà ns. cura informare l'Autorità di vigilanza sui cc.pp.

La presente deve considerarsi quale informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-*bis* del D.Lgs. n. 163/06 e ss.mm. ed ii.

In attesa di riscontro, l'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

F.to Il Direttore  
*Giovanni Fragola*