



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 791**

**DEL 19 luglio 2017**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Montuoro s.a.s. di Montuoro Giuseppe & C. – Procedura aperta per interventi di verifica della funzionalità e di manutenzione degli impianti antincendio dei porti di interesse regionale (Accordo quadro suddiviso in tre lotti). Importo complessivo pari a euro: 407.972,15. S.A.: Giunta Regionale della Campania.

**PREC 61/17/L**

#### **Bando di gara – definizione della categoria lavori – competenza del progettista.**

È specifico compito del progettista procedere alla corretta individuazione delle lavorazioni di cui l'intervento è composto e alla loro esatta qualificazione in categorie e classifiche, e che tale attività non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

#### **Bando di gara – chiarimenti della stazione appaltante – limiti.**

Le indicazioni fornite dalla stazione appaltante alle richieste di chiarimenti avanzate dai concorrenti assumono una funzione esplicativa delle regole già formate e predisposte nella disciplina di gara, non potendo riconoscere ad esse alcuna portata modificativa delle condizioni di gara previste.

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 191290 del 27.12.2016 presentata dalla Montuoro sas di Montuoro Giuseppe & C. relativamente alla procedura aperta per interventi di verifica della funzionalità e di manutenzione degli impianti antincendio dei porti di interesse regionale, suddiviso in tre lotti;

VISTA in particolare, le doglianze sollevate in merito alla presunta errata classificazione da parte della stazione appaltante dei lavori richiesti nella categoria OG 11 – Impianti tecnologici piuttosto che nella categoria OS 3 – Impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie. La società istante contesta i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in ordine: alla possibilità di partecipare mediante l'attestazione SOA in OS 3 in sostituzione della OG 11 nonché al divieto di avvalimento anche per la categoria OS 3, non rientrando questa tra le c.d. superspecialistiche;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.3.2017;

VISTE le brevi osservazioni formulate dalla stazione appaltante con le quali ha evidenziato che la società istante ha partecipato regolarmente alla procedura *de qua*, senza pregiudizio alcuno, non risultando aggiudicataria di nessuno dei tre lotti previsti nell'accordo quadro;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, nel disciplinare di gara (all'articolo 7) e nel capitolato speciale (all'articolo 9) risulta che la categoria di opere previste sia quella della OG 11 richiedendo quale requisito di qualificazione l'attestazione SOA nella relativa categoria;

RILEVATO che le ulteriori prescrizioni fornite nella disciplina di gara escludono la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per le categorie specialistiche di lavori;

CONSIDERATO che secondo quanto indicato nel disciplinare, la stazione appaltante ha fornito riscontro alle richieste di chiarimenti avanzate nella sezione dedicata del Portale, nei termini previsti; CONSIDERATO altresì che, nel merito dei chiarimenti resi risulta che la stazione appaltante abbia dato indicazione circa la possibilità di partecipare anche con la sola categoria OS 3 in sostituzione della OG 11, confermando altresì il divieto di ricorrere all'avvalimento per la categoria OG 11;

TENUTO CONTO in generale che giova ricordare che a rigore, l'errata individuazione della categoria prevalente costituisce senza dubbio un *vulnus* al principio di concorrenza e di libero accesso al mercato, in quanto preclude la partecipazione alla gara alle imprese in possesso della qualificazione tecnico-economica necessaria alla realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto;

CONSIDERATO altresì che è specifico compito del progettista procedere alla corretta individuazione delle lavorazioni di cui l'intervento è composto e alla loro esatta qualificazione in categorie e classifiche, e che tale attività non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante;

CONSIDERATO che, al fine di individuare la categoria prevalente di un appalto di lavori è necessario tener conto anche del computo metrico estimativo nonché del capitolato tecnico, e di tutti gli allegati alla documentazione di gara (in tal senso vedasi Parere n.16 del 29/07/2014);

CONSIDERATO, altresì, che l'Autorità ha anche precisato che, in sede di precontenzioso, la stessa non può compiere valutazioni di merito circa le eventuali responsabilità specifiche del progettista (parere n.111 del 22 giugno 2011);

TENUTO CONTO altresì che, in tema di "chiarimenti sul bando di gara e limiti", consolidato orientamento giurisprudenziale esclude che la stazione appaltante, tramite propri chiarimenti, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* della procedura. I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della disciplina di gara, posto a



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione (cfr. Cons. St., sez. III, sentenza 13.01.2016 n. 74);

CONSIDERATO pertanto che, sulla scorta dell'orientamento sopra esposto nonché di quel principio secondo cui le disposizioni contenute *lex specialis* non vincolano solo i concorrenti, ma anche la stessa stazione appaltante che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela, gli eventuali chiarimenti resi dalla Amministrazione assumono una funzione esplicativa delle regole già formate e predisposte nella disciplina di gara, non potendo riconoscere ad essi alcuna portata modificativa delle condizioni previste;

RITENUTO quindi che, le indicazioni fornite ai concorrenti dalla stazione appaltante mediante i chiarimenti non possono certo ritenersi modificative di quanto già previsto e prescritto nei predisposti atti di gara, con la conseguenza che la categoria individuata risulta essere quella della superspecialistica OG 11, occorre comunque evidenziare nel merito che la paventata possibilità di poter partecipare in presenza di attestazione di qualificazione nella categoria speciale OS 3 in luogo della categoria generale OG 11 non risulta conforme al quadro normativo di riferimento. Infatti, stante il noto principio dell'assorbimento, fra categorie generali e specializzate, lo stesso funziona solamente in un verso e, cioè, esclusivamente in ordine alla qualificazione in OG11, che consente la partecipazione alle gare nelle quali è richiesta la qualificazione nelle categorie specializzate componenti. E ciò proprio in virtù della declaratoria dell'OG11 (che riguarda l'esecuzione delle lavorazioni di OS3, OS28 e OS30 in modo coordinato e interconnesso funzionalmente, lavorazioni non eseguibili separatamente) e della circostanza che chi possiede la OG11 sa eseguire in modo coordinato e interconnesso le lavorazioni di OS3, OS28 e OS30 e, quindi, a maggior ragione può eseguire le lavorazioni in modo separato e distinto e non coordinato; viceversa, l'impresa qualificata in OS3, OS28 e OS30 non dimostra sol perché in possesso delle tre qualificazioni, di saper eseguire tali lavorazioni in modo coordinato e interconnesso funzionalmente. In altri termini, OS3 + OS28 + OS30 non è uguale a OG11 (in tal senso si richiamano i precedenti pareri n.177/2013; n.74/2008 e n.190/2012);

CONSIDERATO infine che, con riferimento all'istituto dell'avvalimento ed elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, si rinvia a quanto espressamente contenuto nel D.M. Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 10 novembre 2016,

### **Il Consiglio**



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che fermo restando che è specifico compito del progettista procedere alla corretta individuazione delle lavorazioni di cui l'intervento è composto e alla loro esatta qualificazione in categorie e classifiche, e che tale attività non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, nel caso di specie comunque i chiarimenti resi dalla stazione appaltante, secondo la loro propria funzione esplicativa, non possono intendersi modificativi delle regole e delle condizioni della procedura già definite.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2017

Il segretario Maria Esposito