

## Parere n.62 del 23/04/2013

### PREC 247/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche - " *Lavori di consolidamento e restauro conservativo di un fabbricato ad uso uffici, costruzione di un fabbricato ad uso incubatore per il trasferimento tecnologico e costruzione di una tettoia per deposito cicli coperto con pannelli fotovoltaici collocati all'interno dell'Area di Ricerca C.N.R. di Bologna in via Gobetti 101*" - euro 3.338.391,14 - S.A.: Consiglio Nazionale delle Ricerche.

**Qualificazione S.O.A. - corrispondenza tra l'importo delle lavorazioni e la classifica richiesta dal bando - artt. 60-ss. del D.P.R. n. 207 del 2010.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 17 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale il Consiglio Nazionale delle Ricerche chiede il parere dell'Autorità in merito alla diffida stragiudiziale notificata dalla concorrente EGBM s.r.l., esclusa dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori di consolidamento ed ampliamento di un fabbricato ad uso uffici collocato nell'Area di Ricerca C.N.R. di Bologna, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 3.338.391,14 (comprensivo di oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso, pari ad euro 50.085,69).

Per quanto qui interessa, il paragrafo 3.c) del bando di gara richiede ai fini dell'ammissione la qualificazione obbligatoria nella categorie:

a) OG1 prevalente - classifica V, per " *opere edili - compl. e finitura - sistemazioni esterne*" (euro 1.377.711,33) e per " *opere statiche*" (euro 1.052.115,99);

b) OG11 scorporabile - classifica III, per " *impianti tecnologici*" (euro 858.478,13).

All'esito della seduta pubblica del 5 ottobre 2012, la EGBM s.r.l. è stata esclusa perché in possesso di attestato SOA per la categoria OG1 - classifica IV, inferiore a quella richiesta dal bando di gara. Tuttavia, il bando avrebbe erroneamente prescritto la qualificazione nella classifica V, dal momento che l'importo totale delle lavorazioni riconducibili alla categoria OG1 (pari ad euro 2.429.827,32) rientrerebbe nei limiti della classifica IV (fino ad euro 2.582.000,00), ai sensi dell'art. 61, quarto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010. Tale discordanza, secondo quanto affermato dal responsabile del procedimento, troverebbe altresì riscontro nel capitolato speciale d'appalto e sarebbe addebitabile al professionista esterno incaricato della redazione del progetto esecutivo.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 15 novembre 2013, la EGBM s.r.l. ha ribadito la illegittimità della *lex specialis* di gara e del provvedimento di esclusione.

#### *Ritenuto in diritto*

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda l'esclusione dell'impresa EGBM s.r.l. dalla procedura aperta indetta dal Consiglio Nazionale delle Ricerche per l'appalto dei lavori di consolidamento ed ampliamento di un fabbricato ad uso uffici collocato nell'Area di Ricerca di Bologna, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 3.338.391,14.

La società contesta la legittimità del bando di gara, nella parte in cui richiede la qualificazione obbligatoria nella categoria prevalente OG1 - classifica V, in relazione ad opere il cui importo complessivo risulterebbe invero inferiore al limite massimo della classifica IV, ai sensi dell'art. 61, quarto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

Il rilievo è fondato.

Ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 207 del 2010, l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi. L'art. 61, secondo comma, del Regolamento stabilisce poi che la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto. Ne consegue che il sistema di qualificazione SOA, articolato in categorie generali e speciali e classifiche, deve intendersi come inderogabile da parte della stazione appaltante, che non può liberamente prescrivere nel bando di gara il possesso di categorie o classifiche ulteriori rispetto a quelle fissate per legge (cfr. A.V.C.P., parere 10 settembre 2009 n. 86; Id., parere 17 dicembre 2008 n. 264).

Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa, l'errata individuazione della categoria prevalente costituisce 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. L'individuazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare, infatti, non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma deve essere effettuata dal progettista sulla base delle vincolanti indicazioni contenute, per il passato, nel D.P.R. n. 34 del 2000 e, per il presente, negli artt. 60-ss. del D.P.R. n. 207 del 2010 (cfr., in questo senso:

A.V.C.P., parere 16 dicembre 2010 n. 217; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2004 n. 8292).

L'errore di calcolo in cui è incorsa la stazione appaltante è apprezzabile da una semplice verifica aritmetica: stando alla tabella inserita nel paragrafo 3.c) del bando di gara, l'importo totale delle lavorazioni rientranti nella categoria OG1 (" *opere edili - compl. e finitura - sistemazioni esterne* " per euro 1.377.711,33; " *opere statiche* " per euro 1.052.115,99) è pari ad euro 2.429.827,32 ed è inferiore all'importo massimo della classifica IV (fino ad euro 2.582.000,00), secondo quanto stabilito dall'art. 61 del vigente Regolamento sui contratti pubblici.

Pertanto, nella gara in esame non poteva legittimamente richiedersi il possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG1 - classifica V (fino ad euro 5.165.000,00).

Come è noto, la stazione appaltante è titolare del potere di modificare in autotutela il bando di gara, quando si avveda che una o più clausole riguardanti i requisiti tecnico-economici di qualificazione siano viziate ovvero inopportune (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5668). E' altrettanto pacifico che la rettifica del contenuto del bando di gara deve essere disposta con provvedimento espresso ed è priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti, ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando: quest'ultimo, infatti, pur non avendo la natura giuridica di offerta o promessa al pubblico, genera comunque in capo ai concorrenti un livello di affidamento, circa il rispetto da parte dell'Amministrazione della *lex specialis* della procedura, non inferiore a quello generato dai predetti atti negoziali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2306; Id., sez. V, 27 settembre 2004 n. 6291).

Nella fattispecie, pertanto, il Consiglio Nazionale delle Ricerche dovrà valutare l'opportunità di adottare un provvedimento di modifica in autotutela del bando (nella parte relativa alla qualificazione obbligatoria nella categoria OG1 - classifica V, che è risultata eccedente rispetto all'importo delle lavorazioni previste in sede progettuale), con annullamento consequenziale degli atti e dell'intera procedura di gara e riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Consiglio Nazionale delle Ricerche ha illegittimamente richiesto, nella gara in epigrafe, il possesso dell'attestazione SOA nella categoria OG1 - classifica V (anziché classifica IV) e che, in relazione a tale erronea prescrizione, deve valutare l'opportunità di modificare in autotutela il bando di gara e di adottare tutti i provvedimenti consequenziali.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito