

Parere n. 62 del 28/02/2008

PREC266/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Ceglie Messapica - Gestione e manutenzione ordinaria della pubblica illuminazione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18.05.2007 il Comune di Ceglie Messapica (BR) ha bandito, con procedura aperta, l'appalto per l'affidamento annuale del servizio di gestione e manutenzione ordinaria degli impianti di pubblica illuminazione, per un importo complessivo a base d'asta di 123.525,00 euro, comprensivo di 5.490,00 euro per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

In data 8 giugno 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la stazione appaltante espone di aver ricevuto la richiesta-diffida, da parte della ditta IMIEL di Gallone Maria Vittoria, di annullamento in autotutela del bando, del disciplinare e degli ulteriori atti di gara per presunti profili di illegittimità.

A motivo delle contestazioni, la ditta IMIEL adduce la determinazione di un importo eccessivo a base d'asta; la richiesta irragionevole di un requisito di capacità tecnica e professionale sproporzionato (in quanto riferito all'espletamento non di uno ma di due servizi analoghi) nonché la mancata richiesta ai partecipanti alla gara di attestazione SOA nella categoria OG10 per l'eventuale affidamento di lavori di manutenzione straordinaria sugli impianti.

In particolare, la richiesta del requisito di capacità tecnica e professionale, ritenuto dalla ditta IMIEL sovradimensionato ed eccessivo rispetto all'oggetto dell'appalto, precluderebbe la partecipazione della stessa ditta alla procedura selettiva.

Inoltre, la ditta IMIEL - precedente affidataria, in associazione con la ditta AEM, del servizio di manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune in forza di un'aggiudicazione conseguita con il ribasso del 55% e di un contratto di importo complessivo di € 248.830,24 relativo ad un quinquennio - rileva la manifesta sproporzione, nel caso di specie, dell'importo complessivo di 123.525,00 euro posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara per l'affidamento annuale del medesimo servizio, a fronte di un incremento di 295 punti luce rispetto a quelli previsti nel precedente appalto.

La ditta IMIEL ipotizza, infine, l'illegittimità dell'affidamento degli eventuali lavori di manutenzione straordinaria, connessi al servizio in oggetto, senza che il bando di gara abbia richiesto l'attestazione SOA in capo all'aggiudicatario.

In sede di istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha fatto presente di avere, nelle more del pronunciamento dell'Autorità, sospeso la procedura di gara e, in merito alle censure sollevate dalla ditta IMIEL, ha dedotto la legittimità del proprio operato sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, la stazione appaltante confuta l'asserita sproporzione dell'importo complessivo posto a base di gara, in quanto risultante dalla somma delle voci di prezzo relative al singolo punto luce, stabilite con deliberazione del Commissario Straordinario n. 76 del 16/5/2001 e attualizzate nel loro valore economico con un incremento del 2,5%.

In secondo luogo, la stazione appaltante ritiene ragionevole e proporzionata la richiesta del requisito della gestione di almeno due impianti di pubblica illuminazione, di cui uno con numero di punti luce almeno pari a quello del Comune di Ceglie Messapica, in quanto funzionale a garantire che il servizio affidato sia svolto non in maniera occasionale ma risponda a criteri operativi flessibili.

In terzo luogo, la mancata richiesta di attestazione SOA ai partecipanti per l'eventuale affidamento di lavori di manutenzione straordinaria sugli impianti, secondo la stazione appaltante, si giustifica sia con la qualificazione dell'appalto in termini di servizio pubblico sia con la possibilità di far ricorso, qualora si rendesse necessario, a prestazioni in economia di cui all'art. 125 del Codice dei contratti.

Ritenuto in diritto

La normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici impone alle amministrazioni di definire il valore stimato dell'appalto sulla base delle reali condizioni di mercato, in modo da garantire, unitamente alla massima partecipazione, il migliore risultato economico per le amministrazioni stesse in relazione agli effettivi bisogni. L'importo posto a base d'asta deve essere, pertanto, congruo rispetto all'oggetto della prestazione e al concreto contenuto delle attività richieste. Una base d'asta eccessivamente elevata provoca un effetto distorsivo delle offerte, con la conseguenza di far apparire erroneamente anomali ed eccessivi anche ribassi corrispondenti alle reali condizioni di mercato, falsando il procedimento concorrenziale e violando il principio di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa.

Nel caso di specie, una considerazione va fatta in merito al precedente affidamento quinquennale del servizio di gestione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Ceglie Messapica, aggiudicato alla ditta IMIEL in raggruppamento temporaneo con altro operatore economico sulla base di un ribasso particolarmente elevato (55%), di gran lunga superiore alla soglia di anomalia e ritenuto tuttavia accettabile in base alle giustificazioni presentate. Tale circostanza, unitamente ai forti ribassi offerti anche dagli altri concorrenti, porterebbe a ipotizzare un comportamento irregolare dell'amministrazione, la quale avrebbe adottato già allora un importo a base d'asta eccessivo.

Ponendo a confronto l'importo contrattuale (€ 248.830,24) riferito a tale precedente servizio di durata quinquennale con l'importo a base d'asta (€ 123.525,00) calcolato per l'affidamento solo annuale del servizio in oggetto, sembrerebbe risultare anche stavolta un'eccessiva stima del valore dell'appalto. Né appare del tutto convincente, per i motivi suesposti, l'argomentazione della stazione appaltante circa il riferimento al prezzo per punto luce stabilito dalla deliberazione del Commissario Straordinario risalente al 2001 e incrementato economicamente del 2,5%.

Per quanto attiene ai requisiti di partecipazione alla singola gara, l'Autorità ha già espresso l'avviso secondo il quale le stazioni appaltanti possono individuare requisiti rigorosi e anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge al fine di approntare gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

In particolare, in materia di gare di appalto per l'affidamento di servizi, l'amministrazione può fissare requisiti ulteriori ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale dell'operatore partecipante, sempreché essi non appaiano in alcun modo illogici e sproporzionati, tenuto conto della rilevanza economica del contratto da stipulare.

In tal senso, l'art. 42, comma 3, del Codice dei contratti, nel prescrivere che i requisiti di capacità tecnica e professionale dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto, implicitamente richiede che l'individuazione di tali requisiti sia proporzionata al valore presuntivo posto a base d'asta e sia comunque idonea a fornire in concreto maggiori garanzie alla stazione appaltante.

La previsione di requisiti partecipativi sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto si risolve, infatti, in una ingiustificata limitazione della platea dei possibili concorrenti, con chiara violazione del citato art. 42 (TAR Puglia - Lecce, sez. II, sent. n. 1/2008).

Nel caso di specie, la richiesta di aver effettuato almeno due servizi analoghi, di cui uno avente ad oggetto un numero di punti luce pari o superiore a quello della stazione appaltante, appare, seppure non manifestamente eccessivo, restrittivo comunque del mercato in relazione anche all'importo a base d'asta che risulterebbe, peraltro, parimenti sovradimensionato.

In merito alla mancata richiesta di specifica qualificazione per l'eventuale affidamento di lavori accessori di manutenzione straordinaria, imprevedibili e di lieve importo (presumibilmente inferiore ai 150.000 euro), si precisa che con parere n. 55/2007, l'Autorità ha chiarito che le attività di manutenzione rientrano nei lavori pubblici qualora l'attività dell'appaltatore comporti un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale.

Nel caso in esame, sulla base di quanto sopra riportato, trattasi di appalto di servizi nell'ambito del quale sono previsti, come componente accessoria, lavori per interventi di carattere impiantistico e gestionale, per i quali, tuttavia, non viene richiesto il possesso di attestazione SOA nella categoria OG10, ovvero il possesso della ridotta professionalità prescritta per l'esecuzione di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, ai sensi dell'articolo 28 del d.P.R. 34/2000.

Infatti, ai sensi dell'articolo 15 del d. Lgs. n. 163/2006, l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione prevista e pertanto, nel caso in esame, giusto quanto disposto dall'articolo 40 del medesimo decreto legislativo, la partecipazione degli operatori alla gara è subordinata al possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del D.P.R. n. 34/2000.

In caso di interventi di manutenzione straordinaria sugli impianti di illuminazione pubblica -

interventi senz'altro qualificabili alla stregua di lavori, , in quanto esplicitanti una modificazione della realtà fisica - qualora gli stessi siano di importo inferiore a 150.000 euro, il bando di gara deve prevedere espressamente il possesso, da parte dei concorrenti, di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare, intesa come coerenza tecnica fra la natura degli uni e degli altri, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

In linea generale, al fine di considerare i rapporti di analogia fra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare, occorre inserire nei bandi di gara, per lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, l'indicazione della natura dei lavori (nel caso di specie, lavori impiantistici) e le indicazioni di corrispondenza (l'appartenenza, tra le altre, alla categoria OG10 - opere elettriche).

Pertanto, qualora il Comune di Ceglie Messapica intenda affidare i lavori di manutenzione straordinaria al gestore del servizio in oggetto, deve prevedere *ex ante* nella *lex specialis*, quale requisito di partecipazione alla gara, il possesso della forma di qualificazione necessaria e corrispondente all'importo dei lavori appaltati. In caso contrario, il bando di gara risulta compatibile solo con la prestazione del servizio e non anche con l'esecuzione di lavori pubblici.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'importo stimato dell'appalto in oggetto, posto a base d'asta, appare eccessivo e viola i principi di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa;
- la richiesta dei requisiti di capacità tecnica e professionale stabiliti nel bando appare sproporzionata rispetto all'oggetto dell'appalto, seppure non manifestamente irragionevole, e viola l'art. 42 del Codice dei contratti pubblici;
- la mancata richiesta nel bando di gara del possesso, in capo ai concorrenti, della qualificazione necessaria per eseguire lavori di manutenzione straordinaria non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 06/03/2008