

Parere n. 217 del 16/12/2010

PREC 186/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Cooperativa Edile Baunese - Opere più urgenti di difesa idrogeologica nell'abitato di Baunei - Importo a base d'asta € 171.961,62 - S.A.: Comune di Baunei (OG).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 ottobre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Cooperativa Edile Baunese ha contestato la legittimità del bando di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, sostenendo che la categoria OS21 (Opere strutturali speciali), indicata nel bando come prevalente, è incongrua, in quanto dall'esame del computo metrico si rileva che le lavorazioni riconducibili a tale categoria ammontano solo a € 23.539,17, mentre le altre voci sono tutte riconducibili alla categoria OG3 (Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane). L'istante medesima ha, inoltre, asserito che la categoria OG3, non indicata nel bando nemmeno come scorporabile, avrebbe dovuto essere indicata come prevalente e che la categoria OS21 avrebbe dovuto, invece, essere indicata come scorporabile con obbligo di costituire un R.T.I. verticale se non si possiedono i requisiti in proprio. Infine, la Cooperativa istante ha riferito che, in ordine a tali rilievi, la stazione appaltante aveva già ribadito che l'intero importo dei lavori è riconducibile alla categoria OS21, in quanto le altre voci di computo (es. "Opere in cemento armato" di € 46.442,22, "Acciaio di armatura in c.a." di € 36.148,17 e "Muratura in pietrame faccia a vista" di € 17.707,50) sono attinenti e correlate alle lavorazioni OS21.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Baunei non ha ritenuto di partecipare al contraddittorio documentale con la presentazione di proprie controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame attiene alla corretta individuazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento e alla loro esatta qualificazione in categorie e classifiche, ai sensi del D.P.R. n. 34/2000.

L'orientamento consolidato di questa Autorità e la giurisprudenza amministrativa sono univoci nel ritenere che l'errata attribuzione della categoria prevalente costituisce un *vulnus* al principio di concorrenza e di libero accesso al mercato, in quanto, da un lato, limita la partecipazione alla gara proprio a quei soggetti che sono in possesso della qualificazione necessaria alla realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto, e, dall'altro, consente che i lavori vengano affidati ad un soggetto privo delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera.

Del resto, l'individuazione della categoria prevalente, alla quale appartengono le opere da appaltare, non è rimessa ad una mera discrezionalità della stazione appaltante, dovendo essa essere effettuata dal progettista sulla base delle indicazioni contenute nell'art. 3 e nell'allegato A) del D.P.R. n. 34/2000.

Fermo restando quindi 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, nel caso di specie, dall'analisi del bando di gara, del capitolato speciale di appalto e del computo metrico afferente ai lavori da realizzare, presenti in atti, emerge innanzitutto una grave ed insanabile contraddittorietà tra gli stessi documenti di gara, che assume carattere pregiudiziale e dirimente ai fini della valutazione di legittimità dell'operato della stazione appaltante. Infatti, mentre il bando individua la categoria OS21 come categoria prevalente dei lavori da eseguire (punto 3.6), il capitolato speciale stabilisce che *"i lavori sono classificati nella categoria prevalente di opere edili OG1"* (art. 4).

Giusta indicazione del sistema di qualificazione, la categoria OS21 - prevista dal bando di gara - riguarda le opere strutturali speciali in cui sono incluse *"la costruzione di opere destinate a trasferire i carichi di manufatti poggianti su terreni non idonei a reggere i carichi stessi, di opere destinate a conferire ai terreni caratteristiche di resistenza e di indeformabilità tali da rendere stabili l'imposta dei manufatti e da prevenire dissesti geologici, di opere per rendere antisismiche le strutture esistenti e funzionali nonché l'esecuzione di indagini geognostiche. Comprende in via esemplificativa, l'esecuzione di pali di qualsiasi tipo, di sottofondazioni, di palificate e muri di sostegno speciali, di ancoraggi, di opere per ripristinare la funzionalità statica delle strutture, l'esecuzione di indagini ed esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali, compreso il prelievo dei campioni da analizzare in laboratorio per le relazioni geotecniche, nonché l'esecuzione di prove di carico, di pozzi, di opere per garantire la stabilità dei pendii e di lavorazioni speciali per il prosciugamento, l'impermeabilizzazione ed il consolidamento di terreni"*. La categoria OG3 - ritenuta

idonea dalla Cooperativa istante - attiene, invece, alla costruzione di *“strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari e piste aeroportuali, e relative opere complementari”*; la OG1 - prevista dal capitolato speciale - riguarda, infine, *“edifici civili ed industriali”*.

Risulta evidente, quindi, la contraddittorietà e la gravità degli errori commessi nella predisposizione della documentazione di gara che dovrebbe indurre la stazione appaltante, in presenza di una difformità tra le norme del bando e quelle del capitolato così radicale da apparire insanabile, a valutare discrezionalmente l'opportunità di adottare - in autotutela - un provvedimento di annullamento degli atti di gara, onde scongiurare il rischio, da un lato, di restringere la partecipazione alla procedura di gara ai soli soggetti in possesso di una qualificazione per una categoria non pertinente ai lavori oggetto dell'appalto, e, dall'altro, di affidare il contratto ad un soggetto con una capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non idonea alla tipologia di opere da realizzare.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in presenza di una difformità tra le norme del bando e quelle del capitolato che appare insanabile spetti alla stazione appaltante valutare, in sede di autotutela, il possibile annullamento dell'intera procedura di gara o l'adozione di altre misure consequenziali ritenute più opportune.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito