

Parere n. 18 del 12/02/2009

PREC 336/08/S

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 Foligno - procedura aperta per la costituzione di una commissione composta da una terna di professionisti cui affidare i servizi tecnici di collaudo statico e tecnico-amministrativo in corso d'opera P.I.R. Centro Storico - Ambito 1 e Ambito 2.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 agosto 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale il Comune di Foligno ha rappresentato di aver bandito due procedure di gara, entrambe relative alla costituzione di una commissione composta da una terna di professionisti cui affidare i servizi tecnici di collaudo statico e tecnico-amministrativo in corso d'opera indicati in epigrafe.

Per la prima procedura, definita Ambito 1 e di importo pari ad € 129.557,48, il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 25 giugno 2008; per la seconda, definita Ambito 2 e di importo pari ad € 113.542,61, il suddetto termine scadeva il 30 giugno 2008.

Sia all'una che all'altra procedura ha partecipato un solo raggruppamento temporaneo di professionisti, composto da Ing. Vincenzo Giovannini, Ing. Eugenio Bruschi e Ing. Federico Calderini, che, a seguito delle operazioni di gara, svoltesi rispettivamente il 26 giugno 2008 e il 1° luglio 2008, è risultato aggiudicatario provvisorio di entrambe le procedure.

Successivamente all'aggiudicazione provvisoria, il Comune di Foligno ha riscontrato un problema in relazione ad uno dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario, concernente l'insussistenza del divieto di cui all'articolo 188, comma 12, del D.P.R. n. 554/1999, ovvero il divieto per un soggetto che è già stato incaricato di un collaudo in corso d'opera di ricevere dalla medesima stazione appaltante un nuovo collaudo se non sono trascorsi almeno sei mesi dalla chiusura delle operazioni del precedente collaudo.

Conseguentemente, il Comune di Foligno ha chiesto un parere all'Autorità al fine di conoscere se, considerato quanto disposto dall'articolo 188, comma 12, si possa procedere ad aggiudicare definitivamente i due incarichi allo stesso soggetto risultato aggiudicatario provvisorio di entrambe le procedure ovvero, in caso di risposta negativa, quale dei due incarichi aggiudicare definitivamente e quale procedura seguire per aggiudicare l'altro.

In sede di contraddittorio documentale, il Comune di Foligno ha sostenuto la tesi dell'impossibilità di procedere all'aggiudicazione definitiva di entrambi gli incarichi allo stesso soggetto, ritenendo possibile addivenire esclusivamente all'aggiudicazione dell'incarico la cui procedura si è conclusa per prima (Ambito 1) e procedere al rinnovo della procedura di gara per il secondo incarico (Ambito 2).

Di contro, il raggruppamento aggiudicatario provvisorio ha sostenuto l'infondatezza delle argomentazioni rappresentate dal Comune, in ragione del fatto che nessuno dei componenti del raggruppamento si trovava in una delle condizioni di divieto previste dal bando al momento della partecipazione alla gara e, con specifico riferimento al divieto di cui all'articolo 188, comma 12, nessun componente del raggruppamento aveva in corso incarichi di collaudo conferiti dal Comune di Foligno.

Inoltre, il raggruppamento ha evidenziato che la norma in questione intendeva limitare le aggiudicazioni di collaudo effettuate in maniera diretta sempre agli stessi soggetti, e che, a seguito delle nuove disposizioni legislative, che dispongono l'affidamento degli incarichi mediante procedure di gara, non è rinvenibile alcuna norma che impedisca allo stesso soggetto di vincere regolarmente due gare indette dalla stessa amministrazione.

Ritenuto in diritto

Occorre preliminarmente rilevare che la disciplina del collaudo di lavori pubblici è rinvenibile agli articoli 120 e 141 del Codice dei contratti pubblici, laddove, da un lato, si demanda al regolamento ex articolo 5 la definizione di una disciplina coerente con le norme del Codice, con l'effetto che risultano

attualmente applicabili le disposizioni del D.P.R. n. 554/1999, in quanto compatibili, dall'altro, si prevedono alcune delle modalità applicative dell'istituto.

Peraltro, con specifico riferimento all'articolo 120, si evidenzia che il medesimo è stato innovato dal D.lgs. n. 152/2008, mediante l'introduzione di un comma 2-bis, alla stregua del quale, poiché l'attività di collaudo o di verifica di conformità è attività propria delle stazioni appaltanti, l'affidamento dei relativi incarichi (salvo i casi di carenza di organico, nei quali si procede all'affidamento dell'incarico secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi) è conferito ai propri dipendenti o ai dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza.

Alla tutela dei medesimi principi è volta anche la disposizione di cui all'articolo 188, comma 12, del D.P.R. n. 554/1999, che, relativamente ai collaudatori non appartenenti all'organico delle stazioni appaltanti, stabilisce che il soggetto incaricato di un collaudo in corso d'opera da una stazione appaltante non può essere incaricato dalla medesima di un nuovo collaudo, se non sono trascorsi almeno sei mesi dalla chiusura delle operazioni del precedente collaudo; lo stesso divieto, in caso di collaudi non in corso d'opera, è stabilito per un anno.

Con tale disposizione si è, dunque, voluto evitare che gli incarichi di collaudo siano affidati sempre agli stessi collaudatori esterni al fine di favorirne la rotazione.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, il Comune di Foligno ha provveduto ad inserire, in entrambi i bandi di gara per l'affidamento dei servizi di collaudo in oggetto, l'insussistenza del divieto di cui all'articolo 188, comma 12, del D.P.R. n. 554/1999 tra i requisiti di partecipazione di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale.

Conseguentemente, i concorrenti alle due procedure di gara in questione erano obbligati a dichiarare l'insussistenza del menzionato divieto in sede di partecipazione, quindi a dimostrarla, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, in fase di controllo dei requisiti di ordine speciale ai fini dell'aggiudicazione definitiva, nonché a mantenere quel requisito anche in sede di stipulazione del contratto e di sua esecuzione.

Tuttavia, avendo la stazione appaltante bandito contemporaneamente le due gare per l'affidamento dei suddetti servizi, alle quali ha partecipato un unico concorrente risultato aggiudicatario provvisorio di entrambe, si è creata la condizione per cui, nel momento in cui verrà aggiudicata in via definitiva a tale unico vincitore la gara svolta per prima e, soprattutto, verrà stipulato il relativo contratto, tale soggetto si troverà, con riguardo alla seconda procedura ancora in corso di verifica dei requisiti ai fini dell'aggiudicazione definitiva e della conseguente stipula del contratto, nella condizione di divieto di cui all'articolo 188, comma 12, essendo già stato incaricato di collaudo da parte della medesima stazione appaltante, senza che siano trascorsi sei mesi dalla sua conclusione.

Diversamente opinando, si integrerebbe una violazione della normativa in materia dei contratti pubblici, contravvenendo alla *ratio legis* dell'intero sistema che mira a scongiurare il rischio che la pubblica amministrazione aggiudichi in via definitiva e, conseguentemente, stipuli contratti con soggetti privi dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, ovvero che abbiano perso la titolarità di quei requisiti, pur posseduti in sede di accesso alla procedura selettiva, nelle fasi successive all'aggiudicazione provvisoria.

Ne consegue che, nel caso di specie, il Comune di Foligno dovrà aggiudicare in via definitiva al raggruppamento temporaneo di professionisti, risultato unico vincitore di entrambe le procedure, la gara svolta per prima (Ambito 1), stipulando il relativo contratto, mentre non potrà successivamente procedere all'aggiudicazione definitiva della seconda procedura di gara (Ambito 2) e alla stipula del relativo contratto con il medesimo soggetto, che, in quel momento, si troverà nella condizione di divieto di cui all'articolo 188, comma 12, del D.P.R. n. 554/1999.

Pertanto, in assenza di altri concorrenti, per l'affidamento della parte del servizio di cui alla procedura Ambito 2, la stazione appaltante dovrà indire una nuova procedura di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Foligno dovrà aggiudicare in via definitiva al raggruppamento temporaneo di professionisti, risultato unico vincitore delle due procedure indette, la gara svolta per prima (Ambito 1), stipulando il relativo contratto, mentre, in assenza di altri concorrenti, dovrà procedere all'indizione di una nuova gara per l'affidamento della parte del servizio relativa all'Ambito 2.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17/2/2009