

## **Deliberazione n. 95 Adunanza del 26 ottobre 2011**

Rif. Fascicolo: 1703/2010

**Oggetto** : Lavori di manutenzione di tipo edile non programmata e non programmabile di edifici della Rai, Radio Televisione Italiana Spa siti in Roma.

**Importo lavori** : € 2.480.000,00 di cui:

€ 1.600.000,00 per il primo lotto,

€ 880.000,00 per il secondo lotto.

**Stazione Appaltante** : RAI - Radiotelevisione Italiana Spa

**Esponente** : Impresa CO.RE.MA.3 Srl

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture

### **Considerato in fatto**

Con esposto pervenuto a questa Autorità in data 09/06/2011 prot. 62341, l'impresa CO.RE.MA.3 Srl ha segnalato un'anomalia contenuta nel bando di gara per l'appalto in oggetto, in relazione alle condizioni di partecipazione: al punto III.2.2 (pag. 4) è stato richiesto ai concorrenti il possesso di una classificazione SOA in categoria OG1 ed in classifica II, ossia in una classifica insufficiente per entrambi gli importi relativi ai due lotti posti a base di gara (in base all'art. 3, comma 4 del DPR 34/2000, la classifica II è per importi fino a € 516.457,00 eventualmente incrementati di un quinto, ossia fino ad un massimo di € 619.748,40).

Con nota prot. 68919 del 28/06/2011 l'Ufficio ha segnalato l'anomalia alla S.A., chiedendo di far conoscere le proprie valutazioni e le eventuali iniziative adottate. Con l'occasione ha evidenziato che l'Autorità si è espressa più volte sull'importanza di attribuire nella lex specialis di gara l'esatta qualificazione dei lavori in categorie e in classifiche sulla base di quanto prescritto dal DPR 34/2000 (cfr. ad esempio il Parere n. 217 del 16/12/2010); ciò al fine di evitare che gli appalti di lavori possano venire affidati a soggetti privi di capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative o, comunque, non idonee alle tipologie di opere da realizzare.

La RAI Spa, con lettera prot. 76237 del 19/07/2011 ha risposto, sostenendo che la società ha indetto una gara a procedura aperta, suddivisa in due lotti, avente ad oggetto l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria non programmata e non programmabile e di pronto intervento tramite la stipula di due contratti di "tipo aperto", della durata ciascuno pari a due anni, salvo una proroga fino ad ulteriori 12 mesi.

La Società ha evidenziato che l'esigenza al ricorso di contratti aperti è stata quella di munirsi di uno strumento flessibile per gestire i fabbisogni manutentivi urgenti e non programmabili, evitando di ricorrere costantemente ad affidamenti diretti o in economia. Ha precisato, inoltre, che essendo stato stabilito (cfr Schema di contratto) il tetto massimo di € 500.000 per ciascuna applicazione di Contratto, è stato deciso di consentire la partecipazione alle imprese con classifica II; ciò anche nell'ottica di evitare requisiti di partecipazione sproporzionati ed irragionevoli e di garantire la massima partecipazione alla gara in argomento, in ottemperanza a quanto stabilito dalle Direttive comunitarie e dal Codice dei contratti. La S.A., dunque, ha ritenuto di confermare quanto compiuto e di ritenere la classifica II adeguata al tipo di appalto.

### **Ritenuto in diritto**

Pur prendendo atto del principio che ha mosso l'azione della Stazione Appaltante, ossia l'apertura alla partecipazione di un maggior numero di operatori economici, emergono alcune eccezioni riconducibili sia alla necessità di un formale rispetto delle norme vigenti in materia di qualificazione delle imprese, sia alle criticità connesse all'affidamento ad un'impresa di una prestazione complessivamente di importo superiore a quello per cui è qualificata. Con riferimento alle disposizioni normative in materia, si osserva come l'art. 3, comma 2 del DPR 34/2000 specifichi che «la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto».

Vi è, pertanto, una chiara limitazione dell'importo dei lavori con riferimento alla "gara" e non, di contro, ad ipotetiche frazioni dei lavori posti a gara.

In relazione, poi, a criticità sostanziali che potrebbero emergere con l'affidamento ad imprese non qualificate per l'intero importo, un'eccezione emerge con attenzione alla natura stessa di "contratto aperto". Come è stato chiarito dall'Autorità medesima con la Determinazione n. 13 del 28/07/2004, e

confermato con le successive Deliberazioni nn. 22 e 86, rispettivamente del 13/06/2006 e del 14/11/2006, l'art. 154, comma 2 del DPR 554/99 intende definire un contratto aperto come un contratto riferito ad un determinato arco di tempo che prevede, come oggetto, l'esecuzione di lavorazioni che sono singolarmente e distintamente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero. In base a ciò tali forme di contratto possono essere applicabili unicamente a lavorazioni inerenti la manutenzione ordinaria e straordinaria ed alle lavorazioni definite di pronto intervento in quanto non programmabili, né prevedibili. Ne discende, pertanto, che nel caso de quo possa accadere la circostanza in cui la RAI, vista la notevole quantità di edifici rientranti nei due contratti in argomento, richieda l'esecuzione simultanea di molteplici lavori di pronto intervento. In tal caso, le capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di un'impresa con classifica II avrebbero certamente minore possibilità di ottemperare alle richieste e, dunque, maggiore potrebbe essere il rischio del verificarsi di contenziosi con la S.A.

Altra criticità è quella che emergerebbe in sede di redazione del Certificato di Esecuzione Lavori. Ai sensi dell'art. 22, co. 7 del DPR 34/2000, la committenza, a conclusione del contratto (e non delle singole applicazioni di esso), è tenuta a dichiarare che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito. La compilazione del CEL prevede, come ovvio, che si prenda in considerazione l'importo complessivo dell'appalto; nel caso in questione, dunque, gli importi da considerarsi sarebbero € 1.600.000,00 per il primo lotto e € 880.000,00 per il secondo, cifre ben più alte del tetto massimo di lavori realizzabili con la classifica II, il che comporterebbe il rilascio di attestazioni fruibili per l'ottenimento di una classifica superiore presumibilmente non rapportata all'effettiva capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa dell'impresa.

In base a quanto sopra, dunque, si ritiene che non si possa concordare con la posizione della RAI Spa e che la partecipazione alla gara in questione sia subordinata al possesso di qualificazione SOA adeguata all'importo di ciascun contratto.

Inoltre, in merito al frazionamento dell'appalto in più lotti, si evidenzia come le disposizioni normative vigenti siano rigorose in relazione alle procedure di scelta del contraente: l'art. 29, comma 7 del D.lgs. 163/06 prevede, infatti, che quando un'opera dà luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti, ai fini dell'individuazione delle procedure di scelta del contraente.

Infine, anche se non direttamente riferibile al caso in questione perché bandito in data precedente all'entrata in vigore del nuovo Regolamento di attuazione del D.Lgs 163/06 (DPR 207/10), si fa presente per il futuro che la previsione normativa del contratto aperto di manutenzione è stata espunta dal Regolamento in quanto, come rappresentato dal Consiglio di Stato (parere 3262 del 17/09/2007), «da un lato, nel sistema del Codice non vi è alcuna norma che prevede tale istituto e per converso è stato introdotto l'accordo quadro per lavori di manutenzione (art. 59 del Codice); dall'altro, il Regolamento non può né delegificare, né andare preter legem, essendo un regolamento di sola esecuzione ed attuazione».

In effetti, alla luce delle considerazioni esposte dal massimo organo consultivo dello Stato, l'abrogazione implicita del contratto aperto di manutenzione da parte del nuovo Regolamento è risultata opportuna per la presenza nel Codice dei contratti pubblici di analoga previsione dell'accordo quadro, nella parte in cui i due istituti vengono sostanzialmente a coincidere, ossia con riguardo alla sotto-categoria dell'accordo quadro concluso con un unico operatore economico, che vincola ciascuna parte ad applicare ai futuri contratti applicativi le condizioni prefissate nell'accordo medesimo.

Dalla disciplina dell'accordo quadro con un solo operatore, infatti, risaltano più analogie che differenze con le previgenti norme del contratto aperti di manutenzione. In particolare, la differenza rilevante consiste nel fatto che il primo apre ad una serie di contratti autonomi, mentre il secondo prevede, a valle, il susseguirsi di meri comportamenti esecutivi: ciò, tuttavia, non sembra impedire all'autonomia negoziale della S.A. di prefissare nell'accordo quadro, destinato a regolare i futuri contratti applicativi, le clausole che connotano il contratto aperto di manutenzione quali, ad esempio, la predeterminazione del termine finale della prestazione e del suo contenuto tecnico ed esecutivo senza predeterminazione del termine finale dei singoli interventi manutentivi, ovviamente fermi restando i limiti di compatibilità con la vigente disciplina di settore (cfr. Parere AVCP AG 8/2011).

Nello stesso senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, aggiungendo che non solo il nuovo Regolamento ha abrogato la previgente disciplina del contratto aperto di manutenzione, ma altresì che una previsione di tal genere non possa essere contenuta in una legge regionale in quanto - ferma restando l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici - spetta al legislatore statale individuare, per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture (Corte Costituzionale 11/02/2011 n. 43).

Sulla base di quanto sopra considerato,

**Il Consiglio**

- ritiene il comportamento della S.A. non conforme alle attuali disposizioni normative inerenti il sistema di qualificazione degli operatori economici;
- dispone l'invio, da parte della Direzione Generale VI.CO. - Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture, della presente deliberazione sia alla RAI Radiotelevisione Italiana Spa ed, in particolare, al Responsabile del procedimento affinché si comunichino i provvedimenti adottati in relazione alle precedenti osservazioni entro il termine di 30 giorni dalla ricezione della presente delibera, sia all'esponente.

Il Presidente supplente relatore: Piero Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito