

## **Parere n. 19 del 12/02/2009**

### **PREC 365-08-S**

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie, ex Art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo n. 163/06, presentata dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. Gara per la fornitura del servizio di pulizia e di altre attività ausiliarie presso gli Istituti scolastici, connessi al subentro nei contratti stipulati dagli Enti locali nella Regione Sicilia. Importo: 40.466.373,63. S.A.: Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio scolastico regionale per la Sicilia.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 16 settembre 2008, è pervenuta a questa Autorità istanza di parere da parte del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca il quale ha rappresentato una serie di questioni sollevate dalla commissione di gara e da alcune ditte in relazione ad un bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia presso gli Istituti scolastici connessi al subentro nei contratti stipulati dagli Enti locali nella Regione Sicilia. Tale bando è stato pubblicato sulle Gazzette ufficiali dell'Unione europea e della Repubblica italiana, rispettivamente in data 15 gennaio 2008 e 28 gennaio 2008, nonché sul sito web dell'Ufficio Scolastico regionale su cui sono stati anche pubblicati gli allegati ed il disciplinare di gara. Il termine finale di presentazione delle offerte, inizialmente stabilito per il 14 marzo 2008, è stato successivamente prorogato al 31 marzo 2008, con avviso pubblicato sul solo sito web dell'ufficio. Con avvisi pubblicati sul solo sito è stata apportata una rettifica all'allegato relativo all'elenco delle Istituzioni scolastiche, sedi dell'espletamento delle attività di pulizia oggetto della gara, nonché del codice CIG da indicare nel versamento a favore dell'Autorità. In data 1 aprile 2008, l'amministrazione espone di aver ricevuto dalla F.I.S.E. - ASSIOMA osservazioni sul bando in quanto lo stesso non sarebbe conforme alle disposizioni in tema di tutela della sicurezza del lavoro.

Inoltre la ditta Manital, ha rilevato che la modifica dell'elenco delle scuole oggetto di sopralluogo avrebbe dovuto essere pubblicata con le medesime modalità adottate per il bando di gara. La stazione appaltante espone che, successivamente, la commissione di gara nelle sedute di gara ha rilevato che l'allegato contenente l'elenco delle sedi delle Istituzioni di svolgimento delle attività di pulizia, pur rettificato in data 5 marzo 2008, contiene ulteriori refusi risultando i plessi scolastici di C/da Amabilina e C/da Cardillo in territorio di Marsala sono indicati come di pertinenza dell'I.C. "De Gasperi", mentre per contro sono risultati di pertinenza all'I.C. "Nuccio" del medesimo Comune di Marsala. Infine la Commissione ha segnalato che il comportamento delle ditte partecipanti non è stato uniforme nell'allegazione degli attestati di sopralluogo relativi a detti plessi, in quanto alcune ditte non hanno presentato il relativo attestato, né in alternativa motivata dichiarazione di impossibilità a produrlo; una ditta ha prodotto gli attestati rilasciati dall'I.C. "De Gasperi" per i plessi C/da Amabilina e Cardillo, conformemente all'indicazione contenuta nell'allegato al bando, ma in difformità all'effettiva realtà; infine altre ditte hanno presentato gli attestati dei plessi di C/da Amabilina e Cardillo rilasciati correttamente dal Dirigente scolastico dell'IC "Nuccio", nonostante l'errata indicazione nell'elenco allegato al bando, senza tuttavia motivare in alcun modo detta allegazione non conforme. La commissione di gara ha, altresì, rilevato che nell'allegato 1 - Documenti (All. 3) al disciplinare di gara i requisiti di cui al punto III.2.3. "Capacità tecnica" risulta che debbano essere posseduti nel triennio 2003/2005, mentre nel bando (all. 1) pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il triennio di riferimento indicato è quello 2004/2006. La Commissione di gara ha, in ultimo, rilevato che la ditta Manital non ha allegato agli atti di gara l'attestazione di versamento del contributo di euro 100.00 a favore dell'Autorità. In conseguenza di tutti i succitati rilievi, la stazione appaltante si è orientata sull'opportunità che la procedura di gara non sia portata a conclusione e sia annullata. Detta determinazione della stazione appaltante si discosta dal convincimento del responsabile del procedimento, il quale ritiene che le censure sollevate possano essere sanate ovvero non siano da considerare quali erronee indicazioni. Per tali ragioni ritiene che non sussistano gli estremi per l'annullamento della gara, che potrebbe legittimare una richiesta di risarcimento danni da parte di quelle ditte partecipanti che "sostanzialmente" hanno adempiuto alle prescrizioni contenute nella documentazione di gara.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, ha inviato una memoria la Manital S.c.p.a. la quale sostiene che la gara debba essere annullata in quanto la prescrizione sui sopralluoghi delle sedi scolastiche ha creato numerose incertezze e un comportamento non uniforme dei concorrenti, atteso che dopo la pubblicazione del bando, è stata apportata una modifica all'elenco

delle sedi non correttamente e chiaramente effettuata e pubblicata. Inoltre, la ditta segnala come il corretto codice CIG sia stato indicato con avviso pubblicato 4 giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Nell'ambito del presente procedimento ha presentato osservazioni anche la ditta Dussmann Service S.r.l., la quale ha evidenziato che il bando di gara e le rettifiche sono state pubblicate a norma di legge. In ordine al sopralluogo la ditta ha sostenuto che l'integrazione avvenuta successivamente alla pubblicazione del bando, essendo stata pubblicata sul sito internet della stazione appaltante, garantiva la possibilità a tutti i concorrenti di conoscere i dettagli e le eventuali integrazioni della procedura.

### **Ritenuto in diritto**

Da quanto emerge in fatto, la stazione appaltante, Ufficio scolastico regionale per la Sicilia, ha ritenuto opportuno sottoporre all'attenzione di questa Autorità una serie di irregolarità presenti nella documentazione di gara e nella procedura per l'affidamento del servizio di pulizia in oggetto, sulla cui sussistenza né la stazione appaltante né la commissione di gara sembrano nutrire dubbi.

L'istanza di parere presentata dall'Ufficio scolastico regionale per la Sicilia non attiene, dunque, all'individuazione da parte dell'Autorità di vizi ovvero di illegittimità eventualmente presenti in questioni insorte durante lo svolgimento di gara, al fine di proporre ipotesi di soluzione, così come dispone l' Art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/06).

Il precontenzioso in esame ha, in realtà, ad oggetto la richiesta della stazione appaltante in merito a quale sia il comportamento più opportuno da adottare da parte della stessa, a fronte delle succitate irregolarità, ed in particolare, se sia preferibile annullare in autotutela la documentazione di gara, ovvero proseguire la gara superando le censure mosse.

Al riguardo si evidenzia che tale tipo di valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, che è chiamata a decidere, secondo gli ordinari canoni della autotutela, laddove sussistano ragioni di opportunità e di interesse pubblico attuale e concreto. La potestà di agire in autotutela per revocare o annullare la documentazione di gara, infatti, come è noto, risiede nel principio costituzionale di buon andamento che impegna l'amministrazione ad adottare atti per la migliore realizzazione del fine pubblico perseguito, nell'esigenza che l'azione amministrativa si adegui all'interesse pubblico, allorquando questo muti o vi sia una sua diversa valutazione.

E' appena il caso, dunque, di evidenziare che l'amministrazione, qualora decidesse di adottare un provvedimento in autotutela, lo dovrà fare fondando il proprio giudizio, non sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma dando conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto.

Sulla questione, peraltro, questa Autorità era intervenuta con un atto di determinazione n. 17 del 10 luglio 2002, nel quale aveva evidenziato come la giurisprudenza avesse ritenuto che la illegittimità della procedura di gara giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata determinata sulla base di vizi inerenti la procedura che doveva essere espletata assicurando il puntuale rispetto della concorrenza tra imprese e la *par condicio* delle stesse, occorrendo peraltro che vengano individuati da parte della stazione appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene che l'Ufficio scolastico regionale per la Sicilia è chiamato a scegliere quale sia il provvedimento più opportuno da adottare, contemperando, da una parte, tutti gli interessi pubblici coinvolti, che per quanto rappresentato a questa Autorità non sembrano ostativi all'eventuale emanazione di provvedimenti in autotutela, e, dall'altra, la garanzia della *par condicio* degli operatori che hanno partecipato alla procedura di gara.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

IL PRESIDENTE: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17/02/2009