

Parere n. 65 del 20/05/2009

PREC 13/09/L

Oggetto: 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 Procida - Lavori stradali e di arredo urbano - Straordinaria manutenzione Via Vittorio Emanuele II° tratto - Importo a base d'asta: Euro 306.000,00 per lavori +8.200,00 per oneri di sicurezza - S.A.: Comune di Procida.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 novembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Procida ha rappresentato di aver indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, utilizzando come modello di bando uno degli schemi tipo disponibili sul sito dell'Autorità, e di essere incorso, tuttavia, nell'errore materiale di avvalersi di uno schema di bando relativo a lavori di importo inferiore a 150.000 euro, sebbene l'importo a base d'asta fosse pari a 314.200,00 euro (di cui 8.200,00 euro per oneri di sicurezza).

Il bando pubblicato, pertanto, riferendosi erroneamente a lavori di importo inferiore a 150.000 euro, per i quali, ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, non è richiesto il possesso della qualificazione SOA, non riportava l'indicazione della categoria prevalente e delle classi di riferimento, ma conteneva esclusivamente la seguente clausola: "ai soli fini del rilascio del certificato di esecuzione i lavori si intendono appartenenti alla categoria OS 26".

Il Comune ha, inoltre, rilevato che il bando di cui trattasi richiedeva, obbligatoriamente e a pena di esclusione, la presa visione del progetto e l'attestazione di avvenuto sopralluogo, da cui risultava chiara ed evidente ai concorrenti l'essenza ed il contenuto dell'opera, senz'altro riconducibile alla categoria OG 3, come peraltro confermato anche dalla classificazione attribuita dal sistema SIMOG (cod. CIG: 0205024726).

In ogni caso, in considerazione dei dubbi che potevano essere insorti in ordine alla qualifica richiesta per la partecipazione, la Commissione di gara perveniva alla determinazione di ammettere i concorrenti dotati di almeno una delle categorie di lavori OG 3 e OS 26.

In sede di operazioni di gara è risultato che delle due offerte presentate, l'una dall'impresa EDILCOL s.r.l., in possesso della attestazione SOA per la categoria OG 3 - I classifica, l'altra dall'impresa EDILSIMPATY s.a.s., in possesso della attestazione SOA per la categoria OS 26 - III classifica, il contratto è stato provvisoriamente aggiudicato alla EDILCOL s.r.l. in ragione del maggiore ribasso offerto (12,57 % rispetto al 4,10 % della EDILSIMPATY s.a.s.).

A seguito di ciò, la EDILSIMPATY s.a.s. ha contestato l'operato della Stazione Appaltante, chiedendo la revoca del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, in quanto adottato in violazione delle prescrizioni del bando di gara che prevedevano il possesso della qualificazione per la categoria OS 26 e non della categoria OG 3, di cui è titolare l'impresa provvisoria aggiudicataria, e la conseguente aggiudicazione del contratto alla medesima EDILSIMPATY, unica concorrente in possesso della prescritta qualificazione per la categoria OS 26.

Dal suo canto, la società EDILCOL ha invece sostenuto la legittimità del provvedimento adottato dal Comune di Procida in ragione dell'ascrivibilità dei lavori in questione alla categoria prevalente OG 3, trattandosi di lavori che non costituiscono lavorazioni specialistiche di cui alla categoria OS 26, non essendo la strada oggetto dei lavori soggetta a carichi e sollecitazioni notevoli, quali, in via esemplificativa, quelle delle piste aeroportuali.

In conclusione, in relazione ai fatti rappresentati il Comune di Procida ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sull'operato della Commissione di gara, al fine di accertare l'eventuale sussistenza di violazioni della normativa di riferimento e, in particolare, del principio della concorrenza, tali da indurre la Stazione Appaltante a non approvare il verbale di aggiudicazione e ad annullare, in autotutela, la procedura di gara, riproponendola con un diverso bando adeguato all'importo ed alla tipologia dei lavori oggetto dell'appalto.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica controversa concerne la legittimità dell'operato di una Stazione Appaltante

che ometta di indicare in un bando di gara la categoria prevalente, necessaria ai fini della partecipazione alla procedura, ed indichi erroneamente la categoria cui i lavori possono essere ascritti.

In linea generale, per quanto attiene all'individuazione delle categorie di lavorazione presenti nell'appalto, l'Autorità ha già avuto modo di richiamare quanto disposto dall'articolo 73 del D.P.R. n. 554/1999, alla stregua del quale nel bando di gara deve essere indicata la categoria prevalente e, altresì, tutte le parti, appartenenti alle categorie generali o specializzate di cui si compone l'opera, con i relativi importi e categorie, nel caso in cui dette parti siano di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'appalto o di importo superiore a 150.000 euro (v. parere n. 184 del 12 giugno 2008).

In particolare, nella propria determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001, l'Autorità ha precisato che il bando di gara deve indicare non soltanto l'importo complessivo dell'intervento, nonché la categoria prevalente (che peraltro deve essere una sola, quella di importo più elevato tra quelle costituenti l'intervento) ed il suo specifico importo, ma anche tutti gli eventuali sottoinsiemi delle lavorazioni costituenti l'intervento medesimo, diverse da quelle appartenenti alla categoria prevalente (cioè le categorie scorporabili), specificando per ogni sottoinsieme la relativa categoria ed il relativo importo, soltanto però se per essi sussistano entrambe le seguenti condizioni: costituiscano un lavoro autonomo e siano di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo, oppure di importo superiore a 150.000 Euro.

L'importanza dell'indicazione della categoria cui appartengono le opere da appaltare, nonché la rilevanza della sua corretta determinazione trovano giustificazione nel fatto che al possesso di una qualificazione per una determinata categoria di lavori corrispondono specifici requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, che saranno, quindi, differenti a seconda della categoria indicata.

Ne consegue che l'erronea indicazione della categoria cui ascrivere i lavori da realizzare comporta il possesso in capo ai concorrenti di requisiti speciali attinenti ad opere diverse da quelle oggetto dell'appalto e dunque espone la Stazione Appaltante al verificarsi di due ordini di rischi: da un lato, che soggetti in possesso della qualificazione per la categoria cui sarebbero dovuti essere iscritti i lavori, e dunque titolari di una capacità specifica alla loro realizzazione, non abbiano potuto partecipare alla procedura di gara, in violazione del principio di concorrenza in materia di contratti pubblici, e, dall'altro, che il soggetto aggiudicatario del contratto non sia in possesso delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera.

Nel caso di specie, il Comune di Procida è incorso nell'errore materiale di utilizzare un modello di bando di gara predisposto per lavori di importo inferiore ai 150.000 Euro e, dunque, non adatto all'importo dei lavori da appaltare (pari a 314.200 euro), nonché ha erroneamente indicato la categoria cui ascrivere i lavori, riportando nel bando di gara la categoria OS 26 (Pavimentazioni e sovrastrutture speciali), anziché la categoria OG 3 (Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari e piste aeroportuali e relative opere complementari) trattandosi, come indicato, di "lavori stradali e di arredo urbano", e non sussistendo alcuna ulteriore specificazione che, rendendoli riconducibili a "lavori di costruzione, manutenzione o ristrutturazione di pavimentazioni realizzate con materiali particolari, naturali o artificiali, in quanto sottoposti a carichi e sollecitazioni notevoli, quali, in via esemplificativa, quelle delle piste aeroportuali", ne avrebbe giustificato la riconducibilità alla categoria OS 26.

Conseguentemente, rilevati gli errori commessi, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto valutare la possibilità di adottare un provvedimento in autotutela di rettifica del bando pubblicato, correggendo le inesatte indicazioni ivi riportate, 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 pertinente alla tipologia di opere da realizzare.

Il Comune di Procida, invece, ha espletato le operazioni di gara, peraltro ammettendo concorrenti in possesso della qualificazione sia per la categoria OG 3 sia per la categoria OS 26, e quindi titolari di requisiti speciali difficilmente comparabili tra di loro, ed ha adottato, altresì, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, che tuttavia, per quanto sopra evidenziato, costituisce atto finale di un procedimento viziato fin dall'origine.

Al riguardo si evidenzia che questa Autorità ha già affrontato, nella determinazione n. 17 del 10 luglio 2002, la problematica inerente l'eventualità, per la Stazione Appaltante, di riconsiderare la graduatoria di gara qualora vengano in evidenza elementi che inducano a ritenere viziato l'atto sul quale si è fondata l'elaborazione della graduatoria stessa.

A tal proposito, nella citata determinazione è stato precisato che, in caso di aggiudicazione provvisoria di un contratto, l'amministrazione, in base al principio costituzionale di buon andamento e con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato, può riaprire la gara al fine di riammettere imprese illegittimamente escluse e, in generale, riesaminare gli atti adottati, se ciò

risulta opportuno a seguito di circostanze sopravvenute o sulla base di un diverso apprezzamento della situazione preesistente.

Inoltre, nella determinazione medesima è stato, altresì, rilevato come la giurisprudenza avesse ritenuto che l'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 di gara 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.

Ne discende, dunque, che la 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 dell'autotutela, laddove sussistano ragioni di opportunità e di interesse pubblico attuale e concreto (in tal senso, parere n. 19 del 12 febbraio 2009).

Nel caso di specie, pertanto, il Comune di Procida è chiamato a compiere tale valutazione, 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, il puntuale rispetto della concorrenza tra le imprese nonché la garanzia della par condicio degli operatori che hanno partecipato alla procedura di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il bando di gara predisposto dal Comune di Procida non è conforme alla normativa in materia di contratti pubblici e che, pertanto, il Comune medesimo è chiamato a valutare il possibile annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, 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, il puntuale rispetto della concorrenza tra le imprese nonché la garanzia della par condicio degli operatori che hanno partecipato alla procedura di gara.

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 03/06/2009