

Parere n.66 del 18/04/2012

PREC 37/12/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalle ditte LUCA E GABRIELE COSTANTINO COSTRUZIONI S.r.l. e LISTA APPALTI S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di recupero della capacità di invaso del serbatoio artificiale di Abate Alonia sul torrente Olivento - Importo complessivo lordo € 7.231.170,00 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - S.A.: Consorzio di Bonifica Vulture e Alto Bradano

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 gennaio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa Luca e Gabriele Costantino Costruzioni S.r.l. ha contestato la legittimità della procedura in oggetto in quanto il progetto esecutivo sarebbe stato redatto sulla base del prezzario del 2008 invece che del 2010; in tal modo, secondo l'istante, il Consorzio di Bonifica Vulture e Alto Bradano avrebbe violato le norme del Codice dei contratti pubblici (art. 133, comma 8, D.Lgs. n. 163/08) e del suo regolamento attuativo (art. 32 D.P.R. n. 207/2010), nella parte in cui impongono l'aggiornamento dei prezzi in sede di predisposizione dell'oggetto dell'appalto.

Con separata ed autonoma istanza, pervenuta in data 14 febbraio 2012, la società LISTA APPALTI S.r.l. ha, a sua volta, chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla medesima procedura, disposta per avere cumulato due attestazioni (nella fattispecie OG8 V e OG8 IV), al fine di raggiungere la più elevata classifica VI della categoria OG8 richiesta nel bando di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 29.02.2012, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando, tra l'altro, che il prezzario 2008 assicura ancora una adeguata redditività.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura di gara bandita dal Consorzio di Bonifica Vulture e Alto Bradano per l'affidamento dei lavori in oggetto, per le ragioni evidenziate in fatto.

Si tratta, nello specifico, di due istanze di parere meritevoli di essere esaminate congiuntamente, vertendo entrambe sulla medesima procedura di gara.

I. La richiesta di parere avanzata dalla Società Luca e Gabriele Costantino Costruzioni S.r.l. investe la legittimità della suddetta procedura di gara, facendo leva su quanto risulta dalla Relazione Generale al progetto esecutivo, laddove è detto che "... il Consorzio ha richiesto allo scrivente (progettista, ndr) di provvedere all'adeguamento dell'elenco prezzi per l'anno 2008 nel modo previsto all'art. 52 della Legge n. 20 del 6.08.2008 della Regione Basilicata attualmente in vigore". Assume pertanto l'istante che l'Amministrazione aggiudicatrice avrebbe omesso di aggiornare i prezzari utilizzati per la predisposizione del progetto e della legge di gara, impedendo così alle imprese di predisporre un'offerta seria e congrua, come previsto dall'invocato art. 133, comma 8, del d.lgs n. 163/2006. La Stazione Appaltante, con apposita memoria, ha opportunamente ribattuto le deduzioni di parte istante, sottolineando, tra l'altro, i complessi passaggi che hanno condotto alla predisposizione del progetto esecutivo dell'intervento.

La questione agitata con l'istanza di parere in esame concerne la tematica dell'adeguatezza dei prezzi posti a base della definizione dell'oggetto dell'appalto, tematica che esorbita dalla sfera di mera legittimità. Si osserva, infatti, in giurisprudenza, che " l'obbligo di assicurare nei pubblici incanti l'effettivo adeguamento dei prezzari ai valori di mercato correnti non è un mero elemento di legittimità della procedura, ma è una sostanziale condizione di efficacia e di efficienza dell'azione amministrativa che trae fondamento dall'art. 97 Cost., in quanto essa attiene a principi di ordine generale. L'istituto dell'adeguamento dei prezzari delle opere pubbliche è, difatti, rivolto a tutelare interessi pubblici generali, quali le condizioni di serietà dell'offerta nel sistema degli appalti pubblici e la connessa tutela di una sana concorrenza del mercato. Nel settore dei pubblici appalti, dunque, i prezzari, strumenti di riferimento per le opere pubbliche, devono essere aggiornati con procedure amministrative tipiche, ossia specifiche, non surrogabili in via di fatto con analisi di mercato non rese nelle pubbliche forme: l'aggiornamento dei prezzari è proceduralizzato perché serve a rendere di pubblica fede e conoscibile da parte della generalità dei terzi e del mercato che l'Amministrazione appaltante ha utilizzato per la base d'asta valori competitivi, ciò allo scopo di consentire la massima partecipazione possibile alla procedura di gara e di tutelare l'affidamento delle imprese alla serietà della proposta al pubblico di progetto e di contratto che la base d'asta implica " (cfr. T.A.R. Sardegna

Cagliari, sez. I, 16 agosto 2011 , n. 895).

In effetti, il legislatore non ha tenuto in considerazione il fondamentale passaggio della procedura selettiva che conduce alla determinazione della portata economica dell'appalto, tant'è che l'art. 133, comma 8 del codice dei contratti pubblici, invocato da parte istante, prevede che " *Le stazioni appaltanti provvedono ad aggiornare annualmente i propri prezzi, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle costruzioni, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato. I prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte dei predetti soggetti, i prezzi possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con le regioni interessate* ".

Tornando al caso di specie, si ritiene che rispetto alla procedura in contestazione non ricorra alcuna deviazione dai principi che governano il nevralgico momento della definizione della consistenza economica di un appalto, in quanto, come efficacemente rappresentato dall'Amministrazione nella sua articolata memoria, il percorso procedimentale è stato connotato dalla necessità di provvedere alla riprogettazione dell'intervento (dopo la iniziale elaborazione del progetto esecutivo I stralcio), a seguito della disposizione del Registro Italiano Dighe di mantenere permanentemente in stato di apertura le paratoie dello scarico di fondo per motivi di sicurezza, con l'obbligo di permanenza di tale inibizione fino al pieno recupero funzionale dell'efficienza dello sbarramento di che trattasi, stante la conseguente condizione di serbatoio vuoto. Il Consorzio ha quindi proceduto a rielaborare il progetto prevedendo il recupero dell'efficienza dell'invaso mediante "sfangamento", rimuovendo cioè il fango sedimentato mediante tecniche tradizionali del movimento terra e loro allontanamento presso aree adiacenti all'invaso e ivi abbandonate.

L'infondatezza dei rilievi di parte istante si deve quindi, innanzitutto, al fatto che la dicitura estrapolata dal testo della Relazione Generale al Progetto esecutivo non chiarisce l'evoluzione che ha avuto l'iter della procedura selettiva, la quale, come detto, è stata contrassegnata dalla complessiva revisione del progetto inizialmente predisposto, di talché si è resa la necessità, invece del semplice aggiornamento dei prezzi, della identificazione di prezzi unitari coerenti con la diversa tipologia di interrimento, mediante rimozione del materiale solido sedimentato, con usuali tecniche di intervento. Si è palesata cioè la necessità non di un mero aggiornamento dei prezzi ad opere invariate, ma di una diversa struttura dei prezzi, coerente con una nuova tipologia esecutiva resasi appunto necessaria a seguito del cambiamento dello stato dei luoghi ovvero della qualità del materiale da rimuovere, ovviamente rapportata al valore corrente di mercato.

Vi è peraltro da considerare che la congruità dei prezzi non può non essere correlata alla specificità dell'opera e alla peculiarità dei luoghi, con particolare riferimento alle dimensioni dell'intervento, che nel caso di specie si caratterizza per la sua rilevante entità, tanto da ipotizzare plausibili economie di scala. Nel caso di specie, infatti, come evidenziato dal RUP, l'intervento prevede la rimozione di un enorme quantitativo di materiale terroso (pari a circa 1.000.000 metri cubi), con movimento terra per 200.000 metri cubi, ed esprime una natura fortemente ripetitiva che consente di conseguire rilevanti economie sulla base di una buona capacità organizzativa.

Non è poi da trascurare la circostanza che alla gara in contestazione abbiano presentato offerta di partecipazione ben 37 ditte, il che dimostra la diffusa percezione nel mercato di riferimento della giusta appetibilità economica della pubblica commessa e quindi della remuneratività del prezzo base dell'appalto come determinato dalla Stazione Appaltante, prezzo peraltro sottoposto ad ulteriori ribassi.

Tanto è sufficiente per ritenere infondati i rilievi posti dalla società istante Luca e Gabriele Costantino Costruzioni S.r.l.

II. Oggetto della richiesta di parere avanzata dalla LISTA APPALTI S.r.l. è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis*, laddove questa prevede, per la categoria prevalente, il possesso dell'attestazione SOA OG8, classifica VI.

L'istante assume che l'attestazione in categoria OG8 classifica V, della quale è in possesso, sarebbe integrata dall'attestazione SOA nella medesima categoria OG8, classifica IV in possesso dell'Impresa DLM Costruzioni S.r.l., della quale si è avvalsa in base alla norma di cui all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi della *lex specialis* (bando di gara pubblicato in data 16/11/2011), la quale prevede la categoria prevalente OG8, Classifica VI; circa poi la possibilità di avvalersi dell'Attestato SOA di altro soggetto, è ormai pacifico che pur in assenza di una espressa previsione al riguardo, il ricorso all'istituto dell'avvalimento deve comunque ritenersi consentito ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ora, dall'esame degli atti di gara risulta che la ditta istante è in possesso di Attestazione SOA per la

categoria OG8, classifica V invece che VI, come richiesto, e la stessa pretende di avvalersi della Attestazione SOA n. 4430/31/00 per la medesima categoria OG8, classifica IV, in possesso dell'impresa su indicata.

La questione agitata con la richiesta di parere in esame si traduce pertanto nel quesito di fondo della possibilità di applicazione dell'istituto dell'avvalimento *sub specie* di sommatoria delle attestazioni SOA rispettivamente possedute dalla concorrente (LISTA APPALTI S.r.l.) e dalla ausiliaria (DLM Costruzioni S.r.l.), entrambe in classe inferiore a quella richiesta (classe VI). L'applicazione dell'istituto, pertanto, comporterebbe il frazionamento del requisito di qualificazione, individuato dalla stazione appaltante, tra impresa ausiliata e impresa ausiliaria.

Orbene, come correttamente osservato dal Consorzio di Bonifica Vulture e Alto Bradano nella sua memoria, la possibilità di fare ricorso, secondo tali modalità, all'istituto dell'avvalimento non ha trovato conforto nel Documento di consultazione "*L'avvalimento nelle procedure di gara*" elaborato da questa Autorità, facendo leva sia sull'orientamento, sul punto, di recente giurisprudenza sia sulla stessa formula dell'art. 49, comma 6, laddove si afferma, per i lavori, che il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione; quindi il divieto di frazionamento del requisito di qualificazione disposto nei confronti di più imprese ausiliarie si applica anche ai rapporti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata. Per tal via si delinea una netta linea di demarcazione tra avvalimento, da una parte, e raggruppamenti temporanei di imprese o consorzi ordinari, dall'altra, essendo previsto esclusivamente per questi ultimi il frazionamento dei requisiti di partecipazione.

La tesi adottata da questa Autorità è stata peraltro condivisa da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui "*va escluso dalla gara il concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione Soa si sia avvalso di impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando. Infatti, la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti. Del resto, il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti ex art. 49, co. 6, D.lgs. 163/2006 vale sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie e sia in quello di una sola impresa ausiliaria, essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile. Tale interpretazione è confermata dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo art. 49, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2008, in cui era anche previsto "che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso", nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili (art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006)" (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).*

L'istante assume che avrebbe avuto rassicurazioni verbali dal RUP, nel corso di un colloquio telefonico, circa la possibilità di fare ricorso all'avvalimento per sopperire alla carenza di qualificazione SOA, ma tale circostanza, non comprovata documentalmente e, in più, riferita in maniera del tutto generica, non è in grado di inficiare la legittimità della disposta esclusione. Tale esclusione, come sopra evidenziato, è riconducibile alla stessa portata applicativa dell'invocato istituto che non può non soggiacere a limiti dettati dalla sua stessa intima essenza. La facoltà di avvalimento, infatti, nei pubblici appalti, costituisce un'eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 7 maggio 2008, n. 1353; t.A.R. Liguria, II, 20 giugno 2007, n. 1125).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la normativa di gara predisposta dal Consorzio di Bonifica Vulture e Alto Bradano sia conforme alla normativa di settore e che l'esclusione della LISTA APPALTI S.r.l. sia conforme al principio di *par condicio* dei concorrenti ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 aprile 2012

Il Segretario: Maria Esposito