

PARERE N. 161 DEL 10/10/2012

PREC 124/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da CO.GEN.AP. - Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori: " *Realizzazione del parcheggio pubblico nel quartiere Trinità e collegamento tra via Trinità e via Bellini* " - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo complessivo lordo: € 626.863,12 oltre a € 20.436,60 quali Oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso - S.A.: Comune di Mascalucia.

Art. 61, comma 2 D.P.R. 207/2010 - Incremento di un quinto della classifica posseduta-esclusione illegittima

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società CO.GEN.AP. S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha presentato, in data 9 maggio 2012, l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dal Comune di Mascalucia per l'affidamento dei lavori in oggetto. L'istante ha precisato di essere stata esclusa perché ritenuta non in possesso dei requisiti di cui al bando di gara per la categoria prevalente OG3, secondo gli importi e la classifica richiesti. Ha, infatti, evidenziato l'istante che il bando di gara specifica che la categoria prevalente di cui si compone l'opera è la OG3, classifica III, per un importo a base d'asta di € 626.863,12 (oltre a € 20.436,60 quali oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso), mentre le lavorazioni di cui si compone l'intervento hanno importi variabili e rientrano, a seconda dei casi, nelle categorie OG3, OG6 e OG10. In particolare, la legge di gara prevede che l'intervento si compone della Categoria OG3 (prevalente) per un importo pari a € 546.819,06, della Categoria OG6 (scorporabile) per l'importo di € 49.052,27 e della Categoria OG10 (scorporabile) per un importo di € 47.882,52.

Ordunque, ha rappresentato la società istante di essere stata indebitamente esclusa dalla selezione perché in possesso dei requisiti di qualificazione per tutte le lavorazioni in appalto, non potendosi valorizzare, a fini ostativi, la previsione di bando (punto 17, lett. l) che espressamente autorizza la partecipazione alla gara da parte delle associazioni di tipo misto, come invece sembra opinare l'Amministrazione nel respingere la richiesta di riammissione alla selezione, avuto riguardo al fatto che l'importo delle categorie scorporabili e/o subappaltabili è inferiore al 10 % del totale. L'istante ha quindi dedotto che sarebbe sufficiente alla partecipazione alla gara, secondo lo stesso tenore della *lex specialis* - peraltro equivoca sul punto e quindi da interpretare alla luce del principio di *favor participationis* - l'attestazione SOA della quale è in possesso per la Categoria OG3, Classifica II, e pertanto sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara. A riscontro dell'istruttoria procedimentale, condotta da questa Autorità con nota del 18 giugno 2012, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che la *lex specialis* è chiara ed inequivoca nel richiedere, a pena di esclusione, la qualificazione nella categoria prevalente OG3, Classifica III, della quale la CO.GEN.AP. risulta essere sprovvista.

Conseguentemente l'istante non potrebbe invocare alcun errore scusabile in cui sarebbe caduto a causa della formulazione della stessa *lex specialis*, nella parte in cui autorizza la partecipazione delle associazioni di tipo misto.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla Commissione di gara in espressa applicazione della *lex specialis* laddove prevede che " *i concorrenti all'atto dell'offerta devono possedere attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al D.P.R. n. 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere* ". A sua volta il Disciplinare di gara (punto 1) stabilisce che i concorrenti devono inserire nella busta A, tra l'altro, l'attestazione SOA " *in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere, per come specificato al punto 3.3 del bando di gara* ". Quest'ultima disposizione, infine, prevede che " *La categoria prevalente di cui si compone l'opera è: la categoria OG3, classifica III, fino a Euro 1.032.000,00, per un importo di Euro 626.863,12, oltre quota parte degli oneri per la sicurezza* ".

L'istante solleva le proprie perplessità osservando che l'Amministrazione, da un lato, ha inserito nel bando di gara, oltre alla categoria prevalente OG3, anche le altre categorie OG6 e OG10, pur di importo inferiore al 10 % di quello complessivo e, dall'altro, ha autorizzato la partecipazione alle ATI miste, che hanno motivo di esistere solo in presenza di più categorie richieste nel bando. L'istante ritiene pertanto di essere qualificata in tutte le lavorazioni in appalto, siccome in possesso di attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, Classifica II - oltre che per le categoria OG6 e

OG10, Classifica I - il cui importo è suscettibile di incremento, a norma di legge, del venti per cento, in modo quindi da coprire quello (€ 546.819,06) oggetto di appalto.

L'istante allude, da una parte, alla norma di cui all'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, ove prevede che " *La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto* ", dall'altra alla disposizione di cui all'art. 108, comma 3 del d.P.R. n. 207/2010, la cui testuale previsione è la seguente: " *Le ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2 (cioè da indicare nel bando di gara, ndr) sono di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro ovvero di importo superiore a 150.000 Euro* ".

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del bando di gara. Tale documento (punto 17, lett l) effettivamente prevede che " *i concorrenti possono essere costituiti in forma di associazione mista* ", la quale, per sua stessa natura, non è astrattamente concepibile se non quando il bando contempli lavorazioni plurime, da affidare ad imprese diverse, caratterizzandosi per il fatto di essere " *costituita come associazione di tipo orizzontale per le prestazioni di lavori o servizi prevalenti e come associazione di tipo verticale per le prestazioni scorporabili* " (cfr. TAR Lecce, Sez. II, n. 26 del 12 gennaio 2012). Tale disposizione va letta alla luce del punto 3.5 del bando, che individua le singole lavorazioni nelle quali si articola l'intervento in appalto e che sono ricondotte, volta per volta, alle categorie OG3, OG6 e OG10. Esattamente la previsione di bando prevede che l'insieme delle lavorazioni in OG3 ammonta a € 546.819,06 (348.650,57 + 150.558,14 + 42.975,95 + 1.104,00 + 3.530,40), mentre quelle in OG10 (" *Impianto di illuminazione* ") e OG6 (" *Opere di raccolta e smaltimento acque* ") ammontano, rispettivamente, a € 47.882,52 e a € 49.052,52. Dal complessivo tenore delle disposizioni di *lex specialis* è dato evincere che l'istante risulta essere in possesso dei requisiti di qualificazione proprio in applicazione di quella norma del regolamento esecutivo della legge Merloni, espressamente richiamata dallo stesso bando di gara (punto 12), laddove è detto che " *E' consentita la partecipazione altresì alle imprese singole, alle associazioni temporanee di imprese e ai consorzi, nel rispetto dei requisiti specificati all'art. 95 del D.P.R. n. 554/99* ". Tale norma infatti prevede che " *L'impresa singola può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente* ". Orbene, l'impresa istante risulta essere in possesso di attestazione SOA per le Categorie OG3, Classifica II, OG6 e OG10, Classifica I, che è da reputarsi sufficiente ai fini della partecipazione alla gara, tenuto conto dell'importo complessivo delle lavorazioni in OG3 (€ 546.819,06). L'importo della Classifica II (€ 516.457,00) va infatti aumentato del 20%, a norma dell'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, così da raggiungere il maggiore importo di € 619.748,40.

Alla luce della disciplina di *lex specialis* sopra richiamata l'esclusione in esame non è quindi da ritenere legittima, non prestandosi le disposizioni di bando ad una lettura restrittiva, che risulterebbe in contrasto non solo con il generale canone di interpretazione letterale, che nel caso di specie è in grado di fornire un risultato ermeneutico obiettivo secondo il tenore stesso della disciplina, ma anche con il principio di *favor participationis*. Va infatti rimarcato che la disciplina di bando si palesa intimamente contraddittoria in punto di esatta individuazione dell'importo delle lavorazioni in appalto, in quanto, a fronte della iniziale indicazione della categoria prevalente OG3 per € 626.863,12, la sommatoria delle lavorazioni in appalto ricondotte alla medesima categoria ammonta al minore importo di € 546.819,06, al quale si aggiungono le ulteriori lavorazioni in OG6 e OG10, come esattamente indicate in bando ancorché di importo inferiore al 10% di quello complessivo dei lavori.

Ebbene, nell'incertezza della portata precettiva delle regole di gara, specie in tema di esclusione, va fatta applicazione del principio ermeneutico che privilegia una interpretazione più favorevole tra quelle leggibili, (*ex multis* Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2002, n.1695; sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3196), allo specifico fine di tutelare l'interesse dell'amministrazione al più ampio confronto concorrenziale. Difatti, in un contesto di incertezza circa l'interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua della legge di gara, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti in vista della selezione della migliore offerta proposta (AVCP, parere n.125, del 19.07.2012; parere n.208, del 31.7.2008; TAR Piemonte, Sez. I, n. 252 del 24.2.2012; TAR Piemonte, Sez. I, n. 716 del 30.6.2011; Cons. Stato, Sez. V, n.6057 del 9.12.2008). Il principio di correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede, che informa l'amministrazione nel suo complesso, non consente, inoltre, di traslare a carico del soggetto partecipante ad una gara le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante (AVCP pareri n.117 del 16.6.2010; n. 93 del 10.9.2009; n. 21 del 12.2.2009). Ne deriva che i sopra menzionati principi ostano all'esclusione di un'impresa, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia indicato in maniera chiara e puntuale la clausola di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della CO.GEN.AP. S.r.l. non sia conforme al principio di *par condicio* dei concorrenti ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito