

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 54

del 28.02.2008

PREC32/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Paolacci s.r.l. - gara n. 76/07 Prov. di Roma
Autostrada del GRA lavori di esecuzione differita delle pavimentazioni a tappeto drenante stralciate dai lavori principali dei lotti 2° - 1°, 2° - 2° e 3° del quadrante nord ovest dell'autostrada del GRA – S.A. ANAS s.p.a.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 novembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'impresa PAOLACCI s.r.l. contesta l'operato della Stazione appaltante tenuto nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto indicato in oggetto.

Nel corso della seduta pubblica del 10.10.2007 l'impresa istante è stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria della gara. A seguito della segnalazione di altro concorrente, la commissione di gara ha effettuato una verifica degli atti di gara in relazione al possesso, da parte di alcuni concorrenti riuniti in associazione temporanea, dei requisiti minimi di partecipazione, ed in particolare, la commissione ha verificato se effettivamente le imprese mandanti di detti raggruppamenti fossero in possesso dell'iscrizione SOA nella misura minima del 10 per cento, così come prescritto dall'articolo 95, comma 2, del d.P.R. 554/1999.

Con avviso esposto all'albo compartimentale, la S.A. ha fissato la data del 31 ottobre 2007 per l'effettuazione della seduta pubblica nella quale si sarebbe comunicato ai concorrenti l'esito delle verifiche e della nuova graduatoria di aggiudicazione.

Formulando richiesta di parere, l'impresa istante ha richiesto all'Autorità di esprimersi in ordine alle seguenti eccezioni:

- la verifica della documentazione doveva essere effettuata in seduta pubblica;
- i raggruppamenti di che trattasi sono stati esclusi senza tener conto della disposizione di cui all'articolo 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000, che consente l'incremento di un quinto della classifica di qualificazione;
- la commissione di gara è composta da un numero pari di membri, elemento che determina l'illegittimità dell'intero procedimento, per l'impossibilità di assicurare la funzionalità del principio maggioritario e la formazione del relativo quorum strutturale per il calcolo della maggioranza assoluta.

Nel corso dell'istruttoria procedimentale e dell'audizione tenutasi in data 31 gennaio 2008, la Stazione appaltante ha rappresentato che, a seguito della segnalazione di un concorrente, la commissione di gara ha doverosamente proceduto alla verifica degli atti di gara, riconoscendo la fondatezza delle eccezioni sollevate e di aver comunicato, con apposito avviso affisso all'albo compartimentale, la data della seduta pubblica per la riapertura delle operazioni di gara, nel corso della quale ha dato lettera del verbale della riunione effettuata in seduta riservata.

Per quanto attiene all'eccezione sulla composizione della commissione di gara, la S.A. ha rappresentato che la commissione ha assunto le proprie determinazioni all'unanimità e che, quando l'appalto si aggiudica con il criterio del prezzo più basso, non trovano applicazione le disposizioni sulla commissione giudicatrice dettate dal Codice dei contratti.

Ritenuto in diritto

Per la soluzione della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità, occorre preliminarmente rilevare che la funzione della commissione di gara si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante, e, quindi, con il provvedimento di aggiudicazione definitiva: nel periodo intercorrente tra tali atti non può negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo il procedimento di gara per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente.

Tale potere di riesame, costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e può essere espletato in relazione a

regole di comportamento chiare e precostituite, di modo che la rideterminazione dei risultati raggiunti sia l'effetto di una mera operazione tecnica e non discrezionale: nel caso di specie, a fronte di una segnalazione da parte di un concorrente, la commissione di gara correttamente ha proceduto a dar riscontro all'istanza ed alla verifica dell'effettivo ricorrere, in capo alle associazioni temporanee di imprese partecipanti alla gara, dei requisiti minimi di cui all'articolo 95, comma 2, del d.P.R. 554/1999.

Dette operazioni di riesame non devono necessariamente essere effettuate in seduta pubblica, dovendosi invece garantire piena conoscibilità della riapertura delle operazioni di gara e degli esiti del riesame, a fronte del quale si determina una diversa graduatoria di aggiudicazione.

Sorge allora la necessità del rispetto del principio della pubblicità in relazione a quest'ultima fase, da effettuarsi necessariamente in seduta pubblica, mediante strumenti di comunicazione diretta nei confronti delle ditte concorrenti, tali da garantire, con ragionevole certezza, che le stesse siano rese edotte della riapertura delle operazioni di gara.

Ai sensi dell'articolo 77, comma 1, del d. Lgs. 163/06, tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica, per telefono o mediante una combinazione di tali mezzi.

Detti mezzi di comunicazione sono tutti strumenti direttamente e specificamente – e non solo potenzialmente, come l'affissione all'albo compartimentale – rivolti ai concorrenti destinatari.

Ne consegue l'esplicazione di un principio generale, valevole in tutte le procedure di gara, volto a garantire la conoscenza effettiva, da parte dei concorrenti, delle notizie concernenti lo svolgimento delle medesime (cfr. TAR Campania, n. 448/2008).

Nel caso in esame la Stazione appaltante ha posto in essere una pubblicità imperfetta, in quanto solo potenzialmente idonea a raggiungere i concorrenti, tenuto conto che la procedura di gara, nelle sue fasi pubbliche, si era conclusa con un provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, per quella specifica gara, i concorrenti non erano tenuti a seguire le pubblicazioni effettuate sull'albo compartimentale.

Le ulteriori censure formulate dall'istante sono da ritenersi assorbite.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante deve garantire piena conoscibilità della riapertura delle operazioni di gara e degli esiti del riesame delle operazioni di verifica del

possesso dei requisiti, adottando strumenti di comunicazione diretta nei confronti delle ditte concorrenti.

Il Consigliere Relatore

Andrea Camanzi

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 marzo 2008