

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 67

del 6.03.2008

PREC9/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall' Associazione Costruttori Edili di Avellino – lavori di recupero, riqualificazione e conservazione del centro storico. Corso Vittorio Emanuele e Piazza Umberto I. S.A. Comune di Savignano Irpino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 novembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'Associazione Costruttori Edili di Avellino ha richiesto l'avviso dell'Autorità in relazione alla controversia insorta con il Comune di Savignano Irpino relativamente ad alcune clausole del bando e del disciplinare di gara per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto.

In particolare, viene contestata:

- la clausola relativa alla presa visione degli atti progettuali e di avvenuto sopralluogo che prevede, a carico delle imprese che intendono partecipare all'appalto, il pagamento di € 500,00 per diritti di presa visione;
- l'erronea indicazione, riportata nell'estratto del bando di gara pubblicato in GURI, della classifica di iscrizione SOA richiesta per la partecipazione alla gara;

- la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento, in quanto, a parere dell'Associazione, la legge regionale n. 3/2007, per gli appalti inferiori alla soglia comunitaria, vieta il ricorso a detto istituto;
- la mancata richiesta al concorrente, in relazione alla parte a corpo delle lavorazioni di appalto, della presa d'atto che le indicazioni delle voci e delle quantità riportate nella lista delle categorie non ha valore negoziale;
- il richiamo, contenuto nel punto 10 del disciplinare di gara, all'articolo 75 del d.P.R. 554/1999, norma abrogata dall'articolo 256 del d. Lgs. n. 163/2006;
- la richiesta a carico dei soggetti indicati dalle lettere b) e c) del comma 1 dell'articolo 75 del d.P.R. 554/1999, di rilasciare dichiarazione sostitutiva in ordine alla inesistenza di divieti di contrarre con la pubblica amministrazione ex legge n. 231/2001 e ex legge 248/2006.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, ha rappresentato che:

- con delibera giunta n. 68/2007 è stato individuato l'importo richiesto per la partecipazione alle gare di appalto, parametrato in scaglioni riferiti all'importo a base di appalto;
- l'estratto di gara pubblicato sulla GURI riportava, per mero errore materiale, la classifica II anziché III, come correttamente indicato nel bando integrale di gara;
- in relazione all'avvalimento, la S.A. ha ritenuto di dover disapplicare la legge regionale n. 3/2007, atteso il suo contrasto con la normativa comunitaria e con il d. Lgs. n. 163/2006;
- la mancata richiesta al concorrente, in relazione alla parte a corpo delle lavorazioni di appalto, della presa d'atto che le indicazioni delle voci e delle quantità riportate nella lista delle categorie non ha valore negoziale, trova applicazione per disposizione normativa a prescindere da una espressa previsione di bando;
- la disciplina di gara riporta dettagliatamente ed con chiarezza il contenuto delle dichiarazioni richieste ai fini della partecipazione, nonché i soggetti che sono tenuti a rendere le medesime dichiarazioni.

Ritenuto in diritto

Il punto IV.3 del bando in esame, nel prevedere la presa visione presso l'Ufficio Tecnico della documentazione contrattuale e complementare, dispone che per il rilascio dell'attestato di presa visione e di avvenuto sopralluogo è necessario il pagamento della somma di €500,00 per diritti di presa visione.

Lo stesso punto dispone, altresì, che è possibile acquistare una copia di tutti gli elaborati progettuali previo versamento delle spese di riproduzione pari a €20,00.

Al riguardo occorre rilevare che la richiesta ai concorrenti alle gare di appalto del pagamento di un onere di partecipazione, quale risulta essere la somma di €500,00 dovuta per il rilascio dell'attestato di avvenuto sopralluogo, determinato in funzione dell'importo a base d'asta, rappresenta una violazione del principio della libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici.

Come chiarito da questa Autorità con i pareri n. 12/2008 e n. 21/2008, l'unica forma di partecipazione consentita è il rimborso delle spese di riproduzione della documentazione di gara.

Per quanto attiene ai rilievi sollevati dall'Associazione di categoria, concernenti la presenza, nel bando e nel disciplinare di gara, di errori materiali o riferimenti normativi non più vigenti, deve richiamarsi l'attenzione della Stazione appaltante ad un maggiore impegno nella stesura dei bandi di gara, in ossequio al principio della trasparenza cui deve essere informata l'attività amministrativa.

In particolare, si fa presente che la previsione di cui alla lettera m), del comma 1, dell'articolo 38, del d. Lgs. n. 163/2006, concernente la inesistenza di un divieto di contrarre con la pubblica amministrazione ex legge n. 231/2001 e ex legge 248/2006, di cui all'articolo 38, comma 1, non dispone che sia rilasciata, oltre che dal rappresentante legale dell'impresa, anche dal socio o dal direttore tecnico.

In relazione alla questione dell'applicabilità o meno dell'istituto dell'avvalimento, si evidenziano le seguenti considerazioni.

L'articolo 20, comma 2, della legge Regione Campania n. 3 del 27 febbraio 2007, recante "Disciplina dei lavori pubblici dei servizi e delle forniture in Campania", dispone che negli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti escludono la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del d. Lgs. n. 163/2006.

Come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2007, il sistema di qualificazione delle imprese appartiene alla competenza esclusiva statale, in quanto afferente alla materia della tutela della concorrenza.

La disciplina regionale va ad incidere, quindi, sul sistema di qualificazione delle imprese, strettamente connesso, come sopra rilevato, ad una materia di esclusiva competenza legislativa dello Stato ed in particolare sulla materia di tutela della concorrenza e di accesso al mercato: in conseguenza di tale norma una stessa situazione trova disciplina diversa a seconda del territorio regionale sul quale si espleta la procedura di gara. Ne deriva che, applicando la legge in questione, nel territorio della Regione Campania le stazioni appaltanti, per gli appalti sotto soglia,

nelle proprie gare dovrebbero escludere le imprese che pretendono di qualificarsi avvalendosi dei requisiti di altre imprese, diversamente da quanto avverrebbe altrove.

Per consolidato orientamento della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 12.7.1990 C-188-89), in presenza di disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva, il pubblico funzionario e le stazioni appaltanti disapplicano le disposizioni nazionali in contrasto con le disposizioni comunitarie, in applicazione il principio del primato del diritto comunitario che esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

Quanto sopra vale anche in riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali si impone comunque l'applicazione del principio di parità di trattamento sancito dal Trattato CE.

Si ritiene, pertanto, conforme, sotto detto profilo, l'applicazione, al bando di gara in esame, dell'istituto dell'avvalimento.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la richiesta ai concorrenti alle gare di appalto del pagamento di un onere di partecipazione sotto forma di pagamento per il ritiro dell'attestato di avvenuto sopralluogo, rappresenta una violazione del principio della libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici;
- è corretto il comportamento operato dalla Stazione appaltante che, in applicazione il principio del primato del diritto comunitario, che esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, ha disapplicato le disposizioni regionali in contrasto con quelle comunitarie.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 marzo 2008