

Parere n. 74 del 09/07/2009

PREC 15/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa GEOSYSTEM s.a.s. di Alfredo Ciaramella - Affidamento prestazioni professionali attinenti i servizi di ingegneria ed architettura di importo inferiore a 100.000 euro, ai sensi del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativamente all'individuazione di un professionista al quale affidare un incarico per il frazionamento terreni comprensorio Pesce Luna - Importo a base d'asta euro 78.000 - S.A.: Città di Fiumicino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 luglio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa GEOSYSTEM s.a.s. di Alfredo Ciaramella, partecipante alla procedura selettiva in oggetto in ATI costituenda con il Geom. Igino Russo, ha contestato l'operato della Commissione di gara, che, a seguito di rinomina dei suoi componenti da parte della stazione appaltante, intervenuta dopo l'esame dell'offerta tecnica, aveva provveduto al riesame di tutta la documentazione prodotta dai concorrenti, giungendo ad escludere la società istante in quanto "L'offerta non contiene gli elementi di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare non sono specificate le parti/quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici".

Nello specifico, l'istante GEOSYSTEM s.a.s. ha sostenuto che la stazione appaltante aveva già operato la valutazione dei requisiti soggettivi di qualificazione richiesti dal bando e che la rinnovazione parziale di una gara è ammissibile soltanto quando la rideterminazione dei risultati sia l'effetto di una mera operazione tecnica e non comporti valutazioni discrezionali. Ciò in applicazione del canone della continuità della gara, in virtù del quale, a garanzia della "par condicio" dei partecipanti, ordinariamente la serie delle operazioni non deve subire interruzioni o rinnovazioni di sorta, non potendosi mettere in discussione il risultato già raggiunto con una surrettizia rinnovazione del procedimento concorsuale.

Inoltre, nel merito dell'esclusione, l'impresa istante ha rilevato che la specificazione delle quote da suddividersi tra gli operatori non era prevista nel bando, per cui dovrebbe trovare applicazione il principio del favor participationis, che impone, nei casi di ambiguità delle regole di gara, di ammettere le imprese che abbiano omesso un adempimento imposto da clausole equivoche.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la Città di Fiumicino, dopo aver precisato di non aver assunto alcun atto di annullamento e/o revoca d'ufficio della gara in oggetto, ha rappresentato di aver inizialmente proceduto solo alla restituzione alla Commissione di gara degli atti dalla stessa trasmessi, con invito di richiedere, in presenza di offerte anormalmente basse, le giustificazioni di cui all'art. 87, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m..

Quindi, la stazione appaltante medesima ha evidenziato che i componenti della predetta Commissione di gara sono stati successivamente sostituiti, a seguito delle elezioni amministrative che hanno comportato la decadenza dei Dirigenti a suo tempo nominati dal Sindaco uscente.

La nuova Commissione una volta insediata ha deciso di procedere all'analisi amministrativa di tutta la documentazione di gara, pervenendo all'esclusione della società istante per la mancata indicazione nell'offerta degli elementi di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 e, propriamente, delle parti/quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici, ed ha altresì proseguito i lavori nel rispetto del principio di conservazione degli atti, senza rinnovare la valutazione discrezionale eseguita dalla precedente Commissione e ricalcolando solo i punteggi delle offerte relativi alle voci "tempo di consegna" degli elaborati e "offerta economica", trattandosi di una mera formula matematica.

L'attività posta in essere dalla predetta nuova Commissione si qualifica, pertanto, a giudizio della stazione appaltante, quale mero rinnovo di fasi della procedura di gara e, quindi, risulta perfettamente legittima ed in linea con il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale il potere di annullamento degli atti amministrativi può sempre essere esercitato parzialmente.

Infine, in merito all'esclusione, la stazione appaltante ha sostenuto che, poichè la specificazione delle quote del servizio da suddividersi tra gli operatori è richiesta da una norma di legge, e precisamente dal comma 4 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, la relativa dichiarazione non deve essere necessariamente esplicitata nel bando di gara, atteso che lo stesso deve intendersi integrato ex lege, trattandosi di norma imperativa.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione di questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati consiste nello stabilire se ed in quali limiti è ammissibile il riesame da parte della Commissione di gara della fase del procedimento di sua competenza già espletato.

Al riguardo è opportuno, preliminarmente, precisare che la Commissione di gara è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560), la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita e approvata dagli organi competenti della predetta amministrazione. Infatti, essa svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente rispetto all'amministrazione appaltante, essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata all'individuazione del miglior contraente possibile, attività che si concreta nella c.d. aggiudicazione provvisoria. Come è intuitivo, pertanto, la funzione di detta Commissione si esaurisce soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva.

In considerazione di quanto sopra, un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che la Commissione di gara sia titolare di un potere di autotutela decisoria, sostenendo che la stessa possa riesaminare il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, "anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente", (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360), che costituisce propriamente il profilo che è venuto in rilievo nel caso di specie, e senza che ciò possa configurare un autonomo procedimento cui ricollegare l'obbligo di comunicazione dell'avvio del

procedimento (in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7833), essendo unitario, ancorchè articolato in varie fasi, il procedimento per la scelta del contraente da parte della stazione appaltante che si conclude con l'aggiudicazione definitiva (tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1909).

Al riguardo è altresì opportuno evidenziare che, sebbene la Commissione di gara, in sede di revisione, possa riesaminare, annullare e/o rettificare gli atti già posti in essere, nell'esercizio del potere di autotutela, fino a quando l'amministrazione non proceda all'approvazione degli atti di gara, tuttavia tale attività di riesame deve comunque avvenire, a buste aperte e quindi ad offerte conosciute, solo per l'attività valutativa vincolata a parametri oggettivi e predeterminati dal bando, senza alcun esercizio di discrezionalità tecnica (Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683), come ha dichiarato di aver fatto nel caso di specie la stazione appaltante, la quale ha affermato di essersi limitata a ricalcolare i soli punteggi delle offerte relativi alle voci "tempo di consegna" degli elaborati e "offerta economica", trattandosi di una mera formula matematica.

Tale potere di riesame costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, consacrati dall'art. 97 Cost., che devono informare qualsiasi attività della Pubblica Amministrazione e che impongono, conseguentemente, l'adozione di atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che, con riguardo all'attività della Commissione di gara, si configura proprio come autotutela.

Quanto al principio di continuità e concentrazione della gara, invocato dall'impresa istante, che pure costituisce esplicitazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione ed è finalizzato a garantire che le operazioni di gara si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, si evidenzia che il principio in questione può in concreto subire eccezioni in quelle particolari situazioni che obiettivamente impediscono la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta, tra le quali può certamente annoverarsi anche quella che legittima la rinnovazione del procedimento, tanto più quando tale rinnovazione è finalizzata all'eliminazione, in via di autotutela, di vizi di legittimità del precedente operato.

Nessun rilievo, pertanto, può sollevarsi nel caso di specie in merito al riesame condotto, nelle more del provvedimento di aggiudicazione definitiva, dalla Commissione di gara sul procedimento già espletato, per emendarlo da errori commessi in relazione alla illegittima ammissione alla gara di un concorrente.

Per quanto riguarda, invece, il merito dell'esclusione dell'istante con la motivazione che "L'offerta non contiene gli elementi di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare non sono specificate le parti/quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici", si deve rilevare, innanzitutto, che l'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che i raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi, qualora partecipino a gara d'appalto di servizi e forniture, devono specificare in sede di offerta "le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati", e che tale prescrizione, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, discendendo direttamente dalla fonte primaria, non deve necessariamente essere ripetuta nel bando di gara (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2007, n. 5005).

Al tempo stesso, tuttavia, occorre segnalare l'orientamento che si è affermato in relazione ai previgenti artt. 11, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e 10 D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, che contenevano prescrizioni analoghe al citato l'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, circa la corretta interpretazione da attribuire a disposizioni di siffatto tenore letterale.

In particolare, muovendo dal rilievo che il legislatore parla propriamente di “parti” della prestazione e non di quote, la giurisprudenza ha escluso che sussista un obbligo di specificare la ripartizione quantitativa di un “unico” servizio tra le imprese raggruppate. Di conseguenza si è dedotto che la disposizione di cui trattasi è applicabile alla sola ipotesi di raggruppamenti “verticali” o “misti”, vale a dire con scorporo di singole parti per le quali rispondono in solido solo l’impresa esecutrice e quella mandataria, rendendosi in tal caso necessario specificare i diversi servizi destinati a essere svolti da ciascuna impresa. Viceversa, la suddetta disposizione non trova margini di applicazione nel caso di riunioni “orizzontali”, laddove tutti gli operatori economici eseguono il tutto, e quindi il medesimo tipo di prestazione, e tutte le imprese sono responsabili dell’intero in solido (Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; Tar Lazio, Roma, Sez. IIIter 25 agosto 2006, n. 7524; parere dell’Autorità n. 28 del 26 febbraio 2009).

Stante la carenza in atti di documentazione idonea a stabilire la natura, orizzontale, verticale o mista del costituendo raggruppamento con il quale l’istante GEOSYSTEM s.a.s. ha partecipato alla gara in oggetto, si può concludere nel senso che l’esclusione disposta dal Comune di Fiumicino può ritenersi legittima solo laddove il raggruppamento in questione sia di tipo verticale o misto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

1. nelle more del provvedimento di aggiudicazione definitiva, è ammissibile il riesame da parte della Commissione di gara del procedimento di sua competenza già espletato, per emendarlo da errori commessi anche in relazione alla illegittima ammissione alla gara di un concorrente ;
2. in assenza di una specifica disposizione nella lex specialis, l’esclusione dalla gara del RTI concorrente per mancata specificazione nell’offerta delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici è legittima solo laddove il raggruppamento in questione sia di tipo verticale o misto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 luglio 2009