

## **Parere n. 86 del 10/09/2009**

### **PREC 63/08/L**

**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 PIPPONZI s.r.l. – Lavori di rifacimento pista di atletica presso lo stadio Comunale – Importo a base d'asta €273.100,00 di cui euro 3.100,00 per oneri della sicurezza – S.A.: Comune di Cattolica (Rimini).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 gennaio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa PIPPONZI s.r.l. ha postulato l'illegittimità della clausola di cui al punto 2bis del Disciplinare di gara, concernente la “dichiarazione sostitutiva di avere eseguito, negli ultimi 10 anni, almeno una pista di atletica ad anello a 6 o 8 corsie con indicato il committente, il luogo e la data di esecuzione con allegata la fotocopia del relativo certificato di omologazione o dichiarazione di regolare esecuzione e conformità al Regolamento Tecnico I.A.A.F. rilasciati da F.I.D.A.L.”.

L'impresa istante ha inteso rappresentare le proprie perplessità – condivise dalla Confindustria di Macerata con nota del 19.12.2007 indirizzata al Comune di Cattolica, intesa alla rettifica del bando di gara – in ordine alla richiesta dell'ulteriore requisito suddetto, ai fini della partecipazione alla gara, rispetto all'attestazione SOA, categoria OS26, classifica I. A sostegno di tali perplessità, l'impresa evoca l'art. 1, comma 3, del DPR 34/2000, secondo cui “Fatto salvo quanto stabilito all'articolo 3, commi 6 e 7, e cioè per gli appalti di importo a base di gara superiore a 20.658.276 euro e per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea) l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici” ed il successivo comma 4, secondo cui “le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonchè dai titoli III [requisiti per la qualificazione] e IV [norme transitorie]”. Aggiunge, inoltre, citando il regolamento della F.I.D.A.L. che, in ogni caso, gli impianti sintetici devono essere conformi alle specifiche tecniche I.A.A.F., per essere utilizzati.

In risposta alla prefata nota della Confindustria di Macerata, il Comune di Cattolica, con nota del 20 dicembre 2007, pur concordando sul fatto che l'attestazione di qualificazione costituisca, ai sensi dell'art. 1, comma 3 del DPR n. 34/2000, condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica, ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, evidenzia la legittimità della clausola contestata, con la speciale natura dell'opera, sottoposta all'ingerente vaglio di un organismo terzo (omologazione da parte della F.I.D.A.L.), ai fini dell'indispensabile rilascio del collaudo sportivo.

Nelle deduzioni fornite a questa Autorità in data 18 febbraio 2008 a riscontro della richiesta di informazioni formulata nell'istruttoria procedimentale, inoltre, il Comune di Cattolica fa presente che, entro il termine perentorio stabilito dal bando, il giorno 28.12.2007 sono pervenuti n. 9 plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti alla gara per l'appalto dei lavori in oggetto, tra cui anche quella della ditta PIPPONZI s.r.l.. Successivamente la Commissione di gara, esaminata la documentazione a corredo delle offerte, secondo quanto stabilito dal Disciplinare di gara, decideva di escludere n. 4 offerte, tra cui quella presentata dalla ditta PIPPONZI s.r.l., per incompletezza della documentazione presentata, in quanto non è stata prodotta la "domanda di partecipazione". Al termine del procedimento la gara è stata aggiudicata all'impresa Olimpia Costruzioni s.r.l. di Forlì.

Ritenuto in diritto

La questione prospettata sembrerebbe non riguardare il motivo per cui, a cagione della incompletezza della documentazione presentata – "in quanto non è stata prodotta la "domanda di partecipazione" – sarebbe stata esclusa l'offerta dell'impresa istante, quanto piuttosto la possibilità, da parte della stazione appaltante, di prevedere, nei bandi di gara per l'affidamento di appalti di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, requisiti di partecipazione maggiori od ulteriori in aggiunta all'attestazione SOA.

Nei suesposti termini, peraltro, la suddetta questione avrebbe dovuto essere fatta tempestivamente valere con specifico gravame avverso il bando asseritamente limitativo della partecipazione alla gara (cfr. *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624; 3 febbraio 2009, n. 594; 28 ottobre 2008, n. 5384; 30 luglio 2008, n. 3804; Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 256).

Sicché, è dubitabile che la società istante – in disparte la *vexata quaestio* della pregiudizialità amministrativa – possa ricavare una concreta utilità dal vaglio di questa Autorità, avendo corrisposto all'invito di partecipare alla gara, dalla quale è stata (automaticamente) esclusa alla stregua dei requisiti imposti dalla *lex specialis*.

Non di meno, la valenza di ordine generale del quesito posto merita che sia specificato quanto segue.

Occorre, infatti, segnalare che sulla richiamata questione prospettata dall'impresa istante si è più volte pronunciata questa Autorità (si vedano *ex multis*: le deliberazioni n. 103/2007 e 112/2007 nonché i pareri n. 71 del 23 ottobre 2007 e n. 264 del 17 dicembre 2008) e che, tenendo conto di tali precedenti, si deve pervenire alla conclusione che, nella fattispecie in esame, risulta essere stato violato l'art. 1, commi 3 e 4 del DPR n. 34/2000, così come prospettato dall'impresa PIPPONZI s.r.l.

La citata disposizione regolamentare, infatti, come riportato in narrativa, prevede, al comma 3, che "Fatto salvo quanto stabilito all'articolo 3, commi 6 e 7, (e cioè per gli appalti di importo a base di gara superiore a 20.658.276 euro e per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea)l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" ed al successivo comma 4, stabilisce, altresì, che "le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonchè dai titoli III [requisiti per la qualificazione] e IV [norme transitorie]"lavori pubblici".

Da tale precetto normativo discende, quindi, che i requisiti di ordine generale, tecnico ed organizzativo che devono essere posseduti dalle imprese per poter partecipare alle gare di appalto di lavori pubblici, dettagliatamente individuati dagli articoli 17 e s.s. del suddetto Regolamento, devono intendersi come inderogabili da parte della stazione appaltante, che non può prevedere requisiti maggiori o ulteriori rispetto a quelli fissati per legge.

Conseguentemente, è da ritenere che la clausola di cui al punto 2bis del disciplinare di gara per l'appalto dei lavori in oggetto – con la quale si richiede la “dichiarazione sostitutiva di avere eseguito, negli ultimi 10 anni, almeno una pista di atletica ad anello a 6 o 8 corsie con indicato il committente, il luogo e la data di esecuzione con allegata la fotocopia del relativo certificato di omologazione o dichiarazione di regolare esecuzione e conformità al Regolamento Tecnico I.A.A.F. rilasciati da F.I.D.A.L.” – costituisce una ingiustificata restrizione dell'accesso alla gara, in contrasto con il citato art. 1, commi 3 e 4 del DPR 34/2000, oltreché con il *favor participationis*, cui devono uniformarsi le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Si rende, peraltro, opportuno evidenziare che la stazione appaltante avrebbe potuto, comunque, soddisfare il dichiarato obiettivo di interesse pubblico sotteso alla clausola di cui sopra - consistente nell'assicurare la conformità della prestazione oggetto del contratto di appalto alle specifiche tecniche IAAF, ai fini dell'indispensabile rilascio del collaudo sportivo - richiamando tali specifiche tecniche nel Capitolato Speciale d'Appalto e aggiungendo l'espressione “o equivalente”. Nel caso di specie, infatti, non essendo possibile individuare diversamente con la necessaria precisione l'oggetto della prestazione contrattuale, può trovare legittima ragione e giustificazione la deroga espressamente prevista dal comma 13 dell'art. 68 che recita: “A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né fare riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione <<o equivalente>>”.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009