

## **Parere n. 11 del 12/01/2011**

### **PREC 291/10/L**

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da Lista Appalti spa più altri e dall'API Basilicata Matera - Procedura aperta per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori denominati "interventi per la lotta alla erosione costiera della fascia jonica lucana anche mediante realizzazione di interventi di ricucitura e ricostruzione dei sistemi dunali attraverso azioni avanzate di restauro ambientale e valorizzazione attiva del paesaggio" – Importo a base d'asta €14.060.000,00 – S.A.: Comunità Montana Basso Sinni

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 19 novembre 2010 è pervenuta da parte dell'API Basilicata Matera l'istanza in oggetto, con cui l'Associazione ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura indicata in epigrafe, ritenendola viziata in quanto, da un lato, la stazione appaltante ha indetto la gara in esame senza avere la preventiva copertura finanziaria, e, dall'altro, ha previsto un termine di ricezione delle offerte di 60 giorni che, non solo non tiene conto della necessità di concedere la proroga di cui all'art. 70, comma 10, Dlgs. 163/2006, ma non rispetta neanche il termine di 80 giorni fissato dall'art. 70, comma 6, Dlgs. citato.

In seguito in data 22 novembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con la quale le società Lista Appalti srl, SO.GE.MI. Ingegneria srl, Medit Costruzioni srl, ICOS srl hanno censurato la procedura in esame per le medesime ragioni di diritto già evidenziate dall'API, rappresentando come l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici intimamente connessa nell'ambito della contrattualistica pubblica alle ragioni di correttezza, efficienza ed efficacia dell'*agere* amministrativo, impongono che la pubblicazione di un bando implichi, indefettibilmente, la copertura finanziaria dell'intervento oggetto di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato eccependo, preliminarmente e con riferimento alla sola istanza presentata dalle società su indicate, la carenza di legittimazione a contestare il bando di queste ultime, in quanto le stesse non hanno partecipato alla gara in questione.

Nel merito, sulla prima censura la stazione appaltante ha ritenuto di aver correttamente operato, in quanto ha chiaramente indicato che "per l'opera sussistono le procedure di richiesta di finanziamento su fondi di scopo di ripartizione regionale" (punto III.1.2 del bando) e nel disciplinare di gara punto VII.1.3 ha richiesto alle imprese esecutrici di dichiarare: "di accettare espressamente, con la sottoscrizione della presente, che non vanterà diritti e/o interessi se nel corso della procedura d'appalto e di affidamento non si perfezioneranno le procedure di cui al punto III.1.2) del bando di gara" e "di non richiedere oneri, compensi o risarcimenti aggiuntivi, in caso di non aggiudicazione dei lavori". Quindi, secondo la stazione appaltante, le sopra richiamate disposizioni della *lex specialis* la tutelerebbero nei confronti di qualsiasi pretesa risarcitoria connessa ad una sua eventuale responsabilità precontrattuale conseguente alla mancata stipula del contratto, legittimando la stessa procedura concorsuale. Inoltre, la stazione appaltante invoca l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui, a prescindere da un'espressa riserva inserita nel bando, l'amministrazione conserva il potere di non aggiudicare la gara per ragioni di interesse pubblico anche sopravvenute.

Quanto alla seconda censura, la stazione appaltante osserva che il termine minimo per la presentazione delle offerte non deve essere inferiore a 60 giorni dalla trasmissione del bando quando il contratto ha ad oggetto la progettazione esecutiva, mentre se il contratto ha ad oggetto anche la progettazione definitiva il predetto termine non può essere inferiore a 80 giorni. Ne deriva, secondo la stazione appaltante, che qualora il concorrente debba in sede di gara presentare un solo livello di progettazione il termine è di 60 giorni, mentre in caso di presentazione di due livelli di progettazione tale termine è ovviamente più ampio e pari ad 80 giorni. Nel caso in esame la Comunità ha richiesto un solo livello di progettazione, pertanto ritiene congruo il termine assegnato di 60 giorni.

Quanto al mancato rispetto della proroga di cui all'art. 70, comma 10, DLgs. citato, la stazione appaltante ritiene che nel caso di specie tale disposizione non trova applicazione in quanto ha posto a base di gara un progetto preliminare estremamente ampio e analiticamente supportato da studi e rilievi tecnici, conseguentemente i concorrenti, sin dall'avvio della procedura concorsuale erano in possesso di tutte le informazioni necessarie per presentare l'offerta.

### *Ritenuto in diritto*

In via preliminare, in relazione all'asserita assenza di legittimazione delle società istanti a contestare il bando di gara, si osserva che nella prassi dell'Autorità la partecipazione alla procedura concorsuale contestata viene generalmente considerata requisito necessario per poter presentare istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n) del DLgs. n. 163/2006, anche in considerazione della specifica causa di inammissibilità della stessa di cui all'art. 3 del Nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie, adottato dall'Autorità e concernente "l'assenza di una controversia insorta tra le parti", dal momento che chi non ha presentato la propria offerta non può essere considerato parte della procedura concorsuale rimanendo soggetto terzo rispetto alla stessa.

Conseguentemente, non può negarsi che in linea di principio la stazione appaltante possa correttamente ritenere che la mancata partecipazione ad una gara impedisca ad un operatore economico di impugnare la relativa *lex specialis* per carenza di interesse. Tuttavia, va considerato il principio più volte ribadito anche dall'Autorità secondo cui, laddove si sia in presenza di clausole c.d. escludenti - cioè di clausole che precludono la partecipazione alla gara, impedendo l'ammissione alla stessa, o di quelle che non consentono di effettuare un'offerta concorrenziale - l'onere di presentare la domanda di partecipazione costituisce un inutile aggravio a carico dell'impresa (Consiglio Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217).

Inoltre, nei casi in cui, come quello in esame, la richiesta di parere censuri profili della *lex specialis* che attengono alla corretta applicazione della disciplina legislativa di settore, impedendo la partecipazione, ostacolando o, comunque, restringendo la concorrenza, può sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi che possano orientare, anche in futuro, le stazioni appaltanti nella stesura dei bandi di gara nel pieno rispetto della disciplina legislativa vigente in materia di appalti pubblici.

Peraltro, come già evidenziato l'Autorità è competente ad esaminare l'avvenuto rispetto della concorrenza sotto il profilo della garanzia di un'ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore ed in particolare è chiamata a vigilare su un'effettiva concorrenza che, come statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 22 novembre 2007, n. 401, deve essere intesa come concorrenza "per" il mercato, in cui il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali (AVCP pareri n. 33 del 10.2.2010 e n. 95 del 20.3.2008). Pertanto questa Autorità, valutate le doglianze delle società istanti, ha ritenuto di potersi pronunciare sulla procedura in oggetto, censurando l'istanza profili che si riflettono sulla concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche.

Passando all'esame del merito, si deve osservare che risulta pacificamente dagli atti di gara e non è contestato dalla stazione appaltante che al momento della pubblicazione del bando in esame essa non disponeva delle somme necessarie per far fronte all'impegno di spesa scaturente dall'aggiudicazione ed esecuzione del contratto in oggetto. Erroneamente la stazione appaltante ritiene che tale circostanza non abbia alcun riflesso sulla procedura di gara, solo per il fatto che, avendo indicato nel bando che sono ancora in corso le procedure per accedere al finanziamento necessario per far fronte alla spesa in questione, sarebbe esente da responsabilità precontrattuale per mancanza di buona fede e correttezza nei comportamenti posti in essere.

In realtà la stazione appaltante non considera che l'azione dell'amministrazione conosce dei limiti interni, costituiti dal necessario rispetto dei principi costituzionali ed in particolare dei principi di contabilità pubblica ex art. 81 e di legalità e buon andamento ex art. 97. Pertanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, "il corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed un generale principio di contabilità dello Stato risalente all'art. 81 della Costituzione esigono che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati solo se provvisti di adeguata copertura finanziaria" (Cons. Stato, sez. IV, 19.3.2003 n. 1457), e tale non può considerarsi il riferimento contenuto in un bando di gara ad un finanziamento solo ipotetico e potenziale come quello in esame. Né giova alla stazione appaltante la copiosa giurisprudenza richiamata, che riconosce all'amministrazione la facoltà di negare l'aggiudicazione definitiva quando non sarebbe possibile l'assunzione dell'impegno di spesa, perché la stessa si è formata su fattispecie diversa da quella in esame: ossia la sopravvenuta assenza di finanziamenti, mentre nel caso in oggetto la procedura è stata bandita senza la disponibilità *ab initio* dei necessari fondi.

A ciò si aggiunga che l'art. 151 del Dlgs. n.167/2000 prevede che "i provvedimenti dei responsabili di servizio che comportano impegni di spesa sono esecutivi con l'apposizione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria", e che il successivo art. 153, comma 5, del medesimo Dlgs. n.167/2000 dispone che "il responsabile del servizio finanziario effettua le attestazioni di copertura della spesa in relazione alle disponibilità effettive esistenti negli stanziamenti di spesa". Ne deriva che nel caso in esame l'amministrazione non avrebbe potuto dar corso ad una procedura ad evidenza pubblica avente quale atto presupposto una determinazione a contrarre non esecutiva per mancanza del visto di regolarità contabile.

Stante il carattere dirimente ed assorbente del motivo di illegittimità sopra esaminato, si rende superfluo valutare gli ulteriori profili di non conformità del bando di gara alla specifica normativa di settore evidenziati dalle istanti.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura di gara in oggetto non sia conforme ai principi di legalità e buon andamento (ex artt. 81 e 97 Cost.).

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 febbraio 2011*

Il Segretario: Maria Esposito