

Parere n. 51 del 23 marzo 2011

PREC 248/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Comunità Montana del Taburno – Lavori di ripristino ed adeguamento funzionale della strada "Tagliata e Ciambrello" in Agro di Bucciano – Importo a base d'asta €287.840,56 – S.A.: Comunità Montana del Taburno (BN).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale la Comunità Montana del Taburno, in qualità di stazione appaltante, ha esposto di aver indetto la procedura aperta per l'affidamento dei lavori in questione, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, della quale era risultata inizialmente aggiudicataria provvisoria l'impresa Coppola Appalti s.r.l., con verbale di gara n. 7 del 3 agosto 2010.

Successivamente, diverse imprese hanno chiesto ed ottenuto di poter visionare tutta la documentazione amministrativa di gara, tra cui la ditta concorrente Belperio Luigi e Figli, che il 7 settembre 2010 ha fatto pervenire alla stazione appaltante una nota (acquisita agli atti della stessa con prot. n. 4652 in pari data e prodotta anche a questa Autorità), con la quale ha rappresentato una riscontrata anomalia nella documentazione dell'impresa SPICAR s.r.l. erroneamente non accertata dal seggio, con particolare riguardo alla mancata sottoscrizione dei modelli B1, B1-bis, B1-ter, B2, B6, D, E. Conseguentemente, il seggio di gara ha proceduto alla verifica di quanto rappresentato dall'impresa Belperio Luigi e Figli e, in data 13 settembre 2010, ha annullato, in autotutela, l'aggiudicazione provvisoria. La procedura di gara è stata riaperta e, in esito alla disposta esclusione dell'impresa SPICAR s.r.l. per le accertate anomalie, è stata rideterminata la media ed è stata disposta una nuova aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa Belperio Luigi e Figli. Tale operato della

Comunità Montana del Taburno è stato contestato dall'originaria aggiudicataria provvisoria Coppola Appalti s.r.l., per cui la stazione appaltante ha chiesto il parere di questa Autorità in ordine alla correttezza del comportamento adottato, producendo la documentazione amministrativa ufficiale della SPICAR s.r.l., risultata priva di sottoscrizione.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, l'impresa Coppola Appalti s.r.l., per un verso, ha manifestato perplessità sull'iniziale mancato accertamento da parte del seggio di gara delle anomalie presenti sulla documentazione prodotta dall'impresa SPICAR s.r.l., riscontrate solo dopo la segnalazione dell'impresa Belperio Luigi e Figli, per altro verso, ha contestato la legittimità dell'operato della stazione appaltante, sostenendo che, una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, lo stesso può essere revocato solo ove vi sia una motivazione riferita ad anomalie documentali concernenti l'impresa aggiudicataria, e non per anomalie documentali riscontrate in relazione ad altre imprese, dovendo queste ultime essere per legge accertate nella naturale sede istruttoria di gara e non *ex post* rispetto a tale fase.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la correttezza dell'operato della stazione appaltante istante, la quale, in seguito ad accertamenti condotti in ordine alla segnalata errata ammissione di un'impresa concorrente (SPICAR s.r.l.), avendo riscontrato anomalie nella necessaria documentazione amministrativa prodotta dalla stessa ai fini della partecipazione, ha provveduto ad annullare l'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta (in favore della Coppola Appalti s.r.l.) e, conseguentemente all'esclusione dell'impresa non in regola, a rideterminare la media e a disporre una nuova aggiudicazione provvisoria nei confronti di un'altra impresa concorrente (Belperio Luigi e Figli).

La contestazione dell'impresa originaria aggiudicataria provvisoria, Coppola Appalti s.r.l., secondo la quale una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione provvisoria lo stesso può essere revocato solo ove vi sia una motivazione riferita ad anomalie documentali concernenti l'impresa aggiudicataria, e non per anomalie documentali riscontrate in relazione ad altre imprese, non appare fondata.

Innanzitutto, nella presente sede precontenziosa si deve prendere atto della documentazione amministrativa ufficiale di gara prodotta dalla stazione appaltante, dalla quale risulta effettivamente che l'impresa concorrente successivamente esclusa (SPICAR s.r.l.) era carente della documentazione amministrativa richiesta per la partecipazione, in quanto priva di sottoscrizione, né sul punto sono stati forniti elementi specifici e rilevanti in senso contrario.

In secondo luogo, si evidenzia che la stazione appaltante è intervenuta sull'aggiudicazione provvisoria, la quale ha natura di atto non definitivo del procedimento di gara, essendo diretta a porre solo un primo punto nelle more della verifica proprio della correttezza degli atti di gara. In proposito, specie in seguito alla nuova disciplina dettata dalla c.d. direttiva ricorsi, attuata ex D.Lgs. n. 53/2010, la giurisprudenza prevalente ha evidenziato come nelle gare pubbliche l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti instabili e del tutto interinali, inidonei a produrre la lesione definitiva della posizione dell'impresa aggiudicataria, situazione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo o esecutivo, bensì un nuovo provvedimento che, anche quando recepisce i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, implica comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 80).

In terzo luogo, la natura non definitiva dell'atto inciso esclude che nel caso di specie si possa ragionare in termini di vera e propria autotutela, con conseguente inapplicabilità dei limiti propri dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990. Al riguardo a titolo esemplificativo è stato evidenziato in giurisprudenza che, proprio sulla scorta della ricordata natura, vantando in tal caso

l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7460).

Alla luce di tali considerazioni si deve concludere che la stazione appaltante, che successivamente all'aggiudicazione provvisoria, nell'opera di verifica di correttezza degli atti di gara, accerti alcune irregolarità incidenti sugli esiti di gara e provveda a porvi rimedio, pone in essere un'attività amministrativa discrezionale regolata prioritariamente dalle regole della gara stessa, dei cui esiti la stessa stazione appaltante deve dare adeguata motivazione.

Ebbene, nel caso di specie, la Comunità Montana del Taburno risulta aver correttamente esercitato tale attività di verifica dandone conto in termini motivazionali adeguati, quantomeno rispetto all'affidamento ingenerato sulla scorta di un atto meramente endoprocedimentale quale l'aggiudicazione provvisoria. Né può reputarsi che le singole fasi della gara costituiscano compartimenti stagni l'uno rispetto all'altro (in tal caso la fase di ammissione e quella di valutazione delle offerte), specie laddove come nel caso de quo l'una influenzi direttamente e giuridicamente gli esiti dell'altra attraverso la rideterminazione della media.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme ai principi vigenti in materia di procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito