

Parere n. 07 del 16 gennaio 2014

PREC 226/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalle società G.F. Costruzioni s.r.l., Edil Restauri s.r.l. e Impresa di Costruzioni Ing. Filippo Colombrita & C. s.r.l. – “*Lavori di realizzazione della nuova sede COM nel Comune di Ramacca*” – Importo a base di gara euro 1.227.603,56 – S.A.: Regione Sicilia.
Rettifica del bando di gara e riapertura del termini per la presentazione delle offerte.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 19 dicembre 2012, la Regione Sicilia – Dipartimento Protezione Civile ha indetto una procedura aperta per l’appalto dei lavori di *realizzazione della nuova sede COM nel Comune di Ramacca*, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 1.227.603,56 da aggiudicarsi al massimo ribasso.

Per quanto qui rileva, il paragrafo 3.5. del bando di gara richiedeva la qualificazione nelle seguenti categorie: OG1 (classifica III – euro 880.784,67), prevalente e subappaltabile nei limiti del 30%; OS21 (classifica I – euro 218.862,13) e OS30 (classifica I – euro 127.956,76), entrambe scorporabili e subappaltabili.

La commissione di gara aveva deliberato l’esclusione di numerosi concorrenti privi dell’attestazione SOA nella categoria OS21, che avevano dichiarato in sede di offerta di voler subappaltare il 100% delle relative lavorazioni (opere strutturali speciali).

Su istanza della stazione appaltante, l’Autorità ha reso il parere di precontenzioso n. 116 del 17 luglio 2013, statuendo: “che la Regione Sicilia – Dipartimento Protezione Civile ha legittimamente escluso dalla gara in epigrafe i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21, subappaltabile nei limiti del 30%; che, in relazione a tale profilo, dovrà essere considerata l’opportunità di rettificare in autotutela il bando di gara e di riaprire il termine per la presentazione delle offerte”.

L’Autorità ha rilevato che il divieto di subappaltare le lavorazioni OS21 in misura eccedente il 30% doveva farsi discendere direttamente dal combinato disposto degli artt. 37 e 118 del Codice dei contratti pubblici e degli artt. 108 e 109 del Regolamento, sebbene la *lex specialis* di gara enunciasse genericamente la possibilità di subappaltare le opere rientranti nelle categorie scorporabili OS21 e OS30. Ma poiché numerosi concorrenti erano stati così indotti in errore ed avevano presentato offerta senza preoccuparsi della carenza di qualificazione per la categoria OS21, l’Autorità ha invitato la stazione appaltante a “valutare l’opportunità di modificare in autotutela il bando di gara (inserendovi, al paragrafo 3.5., l’esplicita specificazione dei limiti percentuali entro i quali è possibile il subappalto delle categorie scorporabili, secondo la normativa vigente), con conseguente annullamento degli atti di gara fin qui adottati e riapertura dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione”.

A tanto ha immediatamente provveduto la Regione Sicilia, con atto del 27 agosto 2013 recante la rettifica del bando di gara (nel paragrafo relativo alla possibilità di subappalto della categoria OS21) e la contestuale riapertura del termine di presentazione delle offerte (fino al 30 settembre 2013).

Con le istanze in epigrafe, pervenute all’Autorità in data 26 settembre 2013, le società G.F. Costruzioni s.r.l., Edil Restauri s.r.l. e Impresa di Costruzioni Ing. Filippo Colombrita & C. s.r.l. espongono di essere state già ammesse alla procedura di gara ed affermano che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente riservato la riapertura del termine in favore delle sole concorrenti già escluse e delle imprese che non avevano precedentemente presentato domanda di

partecipazione, senza invece consentire alle concorrenti qualificate ed ammesse di ritirare l'offerta per ripresentarla entro il nuovo termine. Ciò determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, tenuto conto del tempo trascorso dalla presentazione dell'offerta originaria e dei mutamenti che frattanto potrebbero essersi verificati, specialmente in relazione al possesso dei requisiti soggettivi di ammissione e qualificazione.

Inoltre, le società istanti affermano che i paragrafi 17.d) e 17.i) del bando di gara conterrebbero prescrizioni illegittime in merito alle modalità di costituzione della cauzione definitiva ed alle modalità di adempimento agli obblighi di tracciabilità dei pagamenti.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa alla stazione appaltante ed alle imprese interessate con nota dell'Autorità del 10 ottobre 2013.

Ritenuto in diritto

Torna all'esame dell'Autorità la procedura aperta indetta dal Dipartimento Protezione Civile della Regione Sicilia, con bando del 19 dicembre 2012, per l'appalto dei lavori di realizzazione della nuova sede COM nel Comune di Ramacca.

Le società istanti contestano, in primo luogo, la decisione della stazione appaltante di non consentire loro il ritiro e la ripresentazione dell'offerta entro il nuovo termine del 30 settembre 2013.

La censura è fondata.

Da un lato è comprovato che il termine di efficacia obbligatoria delle offerte fosse ormai scaduto al 13 agosto 2013, secondo quanto previsto dall'art. 11, sesto comma, del Codice dei contratti pubblici.

Dall'altro va osservato che, quando la stazione appaltante modifica in autotutela il bando di gara e riapre i termini per la presentazione delle offerte, non può ammettersi che le concorrenti già ammesse (perché regolarmente qualificate in relazione alla iniziale formulazione del bando) siano penalizzate rispetto alle altre concorrenti (quelle che sono state escluse e ripresentano l'offerta e quelle che presentano per la prima volta l'offerta, dopo che il bando è stato emendato su una o più clausole escludenti).

A tal fine, la verifica non può essere circoscritta alle dinamiche di variazione dei prezzi di mercato, che la Regione Sicilia ha giudicato trascurabili e non influenti sulle scelte di ribasso praticate dalle imprese concorrenti.

Nella fattispecie controversa, ha piuttosto assunto rilievo determinante il lungo tempo trascorso (circa sette mesi) tra l'iniziale ed il nuovo termine di scadenza per la presentazione delle offerte, un tempo durante il quale è astrattamente possibile che le concorrenti in forma individuale o associata siano state interessate da vicende modificative dei loro assetti aziendali o, addirittura, dalla perdita o diminuzione della qualificazione SOA ovvero dal sopraggiungere di cause di esclusione dalle pubbliche gare. Tutte sopravvenienze che potrebbero comportare l'esigenza di modificare le forme e le modalità di partecipazione alla gara.

Ed infatti, secondo un principio ormai consolidato in tema di qualificazione, i requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti pubblici devono essere posseduti dai concorrenti non soltanto al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità, in ossequio alle esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, che nel nostro ordinamento è imperniato sul rilascio, da parte degli organismi di attestazione, di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire i contratti pubblici, ed inoltre allo scopo di evitare che le stazioni appaltanti siano esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto della qualificazione, in corso di gara, da parte delle ditte offerenti (cfr. A.V.C.P., parere 21 marzo 2012 n. 44; in giurisprudenza, per tutte: Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4).

Ne consegue che la Regione Sicilia avrebbe dovuto tener conto del lungo intervallo temporale

intercorso tra i due termini di scadenza ed avrebbe dovuto consentire a tutte le concorrenti, anche a quelle già ammesse, di formulare una nuova offerta. Pertanto, il provvedimento di rettifica del bando di gara e di fissazione del nuovo termine al 30 settembre 2013 è illegittimo, nella parte in cui non consente alle concorrenti già qualificate di ritirare la propria offerta.

Sono viceversa infondate le censure mosse dalle società istanti, in termini peraltro del tutto generici, avverso le clausole del bando di gara che disciplinano le modalità di prestazione della garanzia fideiussoria e le modalità di adempimento agli obblighi di tracciabilità da parte dell'appaltatore.

Quanto al primo profilo, il paragrafo 17.d) del bando costituisce nient'altro che la riproduzione del disposto dell'art. 113, primo comma, del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 7, secondo comma – lett. a), della legge regionale siciliana n. 12 del 2011.

Quanto alla tracciabilità dei pagamenti e dei flussi finanziari, il paragrafo 17.i) del bando di gara riproduce sinteticamente le prescrizioni contenute nell'art. 3 della legge n. 136 del 2010.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la Regione Sicilia – Dipartimento Protezione Civile ha illegittimamente negato alle imprese concorrenti già ammesse alla gara in epigrafe la facoltà di ritirare l'offerta, al fine di ripresentarla entro il nuovo termine fissato con l'avviso di rettifica.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 febbraio 2014

Il Segretario Maria Esposito