

Parere n.19 del 30/01/2014

PREC 205/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'a.t.i. RES.CO. s.r.l. – “*Redazione del progetto esecutivo ed esecuzione dei lavori di restauro conservativo dell'ex Monastero di San Pietro Martire*” – Importo a base di gara euro 3.130.889,05 – S.A.: Comune di Vercelli.

Riesame in autotutela della documentazione di gara – pubblicità della seduta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 18 marzo 2013, il Comune di Vercelli ha indetto una procedura aperta per l'appalto della progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di restauro dell'ex Monastero di San Pietro Martire, di importo a base di gara pari ad euro 3.130.889,05 da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Per quanto qui interessa, nella seduta pubblica del 5 giugno 2013 la commissione di gara ha escluso 56 delle 180 imprese concorrenti, per irregolarità riscontrate nelle rispettive allegazioni documentali. In seguito, determinata la soglia percentuale di anomalia (pari al 25,478%), è stata deliberata l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. capeggiata dalla RES.CO. s.r.l., che ha offerto il corrispettivo di euro 2.361.453,85 (con un ribasso pari al 25,420%).

Il giorno successivo, su segnalazione di una delle imprese concorrenti, i membri della commissione hanno sottoposto a verifica le percentuali di ribasso riportate nel verbale di gara ed hanno appurato che per due offerte economiche (quella della Cognolato s.r.l. e quella dell'a.t.i. Carlo Agnese s.p.a.) era stata erroneamente trascritta la misura del ribasso: la ditta Cognolato s.r.l. aveva offerto un ribasso pari al 24,644% anziché al 26,644%, mentre il ribasso offerto dalla Carlo Agnese s.p.a. era del 24,614% e non del 26,614% come trascritto nel verbale.

Pertanto, con determinazione del 19 giugno 2013 il responsabile del procedimento ha rideterminato la soglia di anomalia, ha riformulato la graduatoria ed ha aggiudicato provvisoriamente l'appalto alla ditta Coveco s.c.p.a., che ha offerto il corrispettivo di euro 2.362.846,22 (con un ribasso pari al 25,374%).

Con il quesito in esame, pervenuto all'Autorità il 23 luglio 2013, la RES.CO. s.r.l. contesta il riesame effettuato dal Comune di Vercelli e la conseguente determinazione assunta in via di autotutela, con la quale il Comune ha rettificato la graduatoria dei ribassi ed ha aggiudicato l'appalto a diversa concorrente, individuata sulla base della rideterminata soglia percentuale di anomalia.

In sintesi, la società istante lamenta che le operazioni di riesame e di verifica delle offerte sarebbero avvenute in seduta non pubblica e che, in tal modo, alle imprese concorrenti sarebbe stata negata la possibilità di presenziarvi. Inoltre, i verbali di gara non recherebbero indicazioni circa le modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte e le cautele adottate per prevenire eventuali manomissioni dei documenti. Pertanto, il provvedimento comunale di revoca dell'aggiudicazione provvisoria sarebbe illegittimo per violazione delle regole di pubblicità e trasparenza, nonché per violazione dei principi che governano l'esercizio dell'autotutela amministrativa nelle pubbliche gare.

Il Comune di Vercelli, informato dell'avvio del procedimento di precontenzioso con nota dell'Autorità del 18 settembre 2013, ha trasmesso le proprie deduzioni scritte rappresentando:
- che la commissione di gara, su istanza di altra impresa concorrente, la Rolla geom. Pietro s.r.l., si è nuovamente riunita in seduta pubblica il giorno 5 agosto 2013 ed ha rilevato, confermando le ragioni di quest'ultima, l'irregolarità della documentazione amministrativa prodotta da altre due partecipanti, l'a.t.i. Bellio Libero e la Tecton soc. coop. (che sono state escluse);

- che la soglia percentuale di anomalia e la graduatoria sono state ancora una volta riformulate ed è risultata provvisoriamente aggiudicataria la ditta Coveco s.c.p.a.;
- che tuttavia, dall'istruttoria svolta in merito alle censure della RES.CO. s.r.l. e dell'esame di numerosi precedenti giurisprudenziali, è scaturita la decisione di riconsiderare la legittimità dell'autotutela, con la conclusione che " ... l'operato di questo Comune, seppur evidentemente motivato dall'esigenza di garantire la correttezza della gara mediante l'individuazione dell'offerta recante l'effettivo miglior ribasso, non è conforme ai canoni di governo dell'autotutela delineati dal Consiglio di Stato. Nel caso di specie, infatti, l'originario verbale del 5.6.2013 non dà atto delle modalità di conservazione dei plichi a seguito della chiusura delle operazioni di gara, né il successivo controllo del contenuto delle buste avvenuto a seguito della segnalazione dell'impresa Carlo Agnese s.p.a. è stato svolto in seduta pubblica";
- che, pertanto, l'aggiudicazione in favore della Coveco s.c.p.a. è stata a sua volta revocata ed è stata, invece, confermata l'originaria aggiudicazione in favore dell'a.t.i. RES.CO. s.r.l., salvo l'eventuale contrario avviso dell'Autorità adita in sede di precontenzioso.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la procedura aperta indetta dal Comune di Vercelli per l'appalto della progettazione ed esecuzione dei lavori di restauro dell'ex Monastero di San Pietro Martire.

Come lealmente ammesso dallo stesso Comune in sede di controdeduzioni, è accaduto che i membri della commissione di gara hanno riesaminato tutte le offerte economiche, a ciò indotti dalla segnalazione di un'impresa concorrente il cui ribasso percentuale era stato erroneamente riportato a verbale e nella graduatoria. Il riesame delle offerte è però avvenuto in seduta non pubblica e non è stato preceduto da rituale avviso di convocazione ai concorrenti.

In relazione a fattispecie analoghe a quella in esame, la giurisprudenza ha affermato che l'autotutela deve svolgersi secondo modalità coerenti con le regole sostanziali che governano le singole fasi di aggiudicazione e, innanzitutto, nel rispetto della piena pubblicità della fase di apertura delle buste contenenti le offerte.

In questo senso, il procedimento di riesame deve svolgersi con cautele idonee ad assicurare garanzie uguali o sostanzialmente equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di rivalutazione, specialmente quando i vizi riguardino le descrizioni di operazioni materiali o gli accertamenti di fatti storici compiuti dalla commissione: a fronte dell'attestazione contenuta nei verbali di gara circa l'esistenza o la mancanza di determinati documenti allegati alle offerte, già verificata in seduta pubblica, l'accertamento di eventuali errori è possibile solo seguendo procedure idonee a non vanificare il rigore formale dell'asta pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000 n. 661, ove si chiarisce altresì che "... Le operazioni di verifica devono essere svolte non solo alla presenza della commissione di gara nella sua integrità, ma soprattutto in modo da consentire la partecipazione dei concorrenti, o, quanto meno, dei soggetti direttamente interessati dal riesame delle precedenti operazioni. Fra tali soggetti va sicuramente incluso l'originario aggiudicatario, il quale deve essere posto in grado di verificare personalmente (o tramite un rappresentante), la consistenza effettiva della documentazione di gara").

I suesposti principi non sono stati rispettati dal Comune di Vercelli, che ha agito in autotutela incorrendo in evidenti omissioni procedurali poiché ha riesaminato il contenuto delle offerte in seduta non pubblica, senza avvisare preventivamente i concorrenti interessati alla riformulazione della graduatoria e senza dare atto della cautele adottate, in tale fase, per garantire l'integrità del contenuto dei plichi.

In conclusione, alla luce del complessivo svolgimento della procedura e tenuto conto che la stazione appaltante ha annullato tanto l'aggiudicazione disposta nei confronti dell'a.t.i. capeggiata dalla RES.CO. s.r.l. (a seguito della riformulazione della prima graduatoria) quanto quella nei confronti della Coveco s.c.p.a. (in ragione dell'illegittimo esercizio dell'autotutela), si ritiene opportuno che il Comune di Vercelli ripeta, nel rispetto delle regole sostanziali che si impongono nelle singole fasi

di aggiudicazione, le suddette operazioni di verifica al fine di pervenire ad una aggiudicazione immune da vizi.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura in epigrafe:

- che il Comune di Vercelli abbia illegittimamente riesaminato in seduta non pubblica i documenti di gara e le offerte economiche, senza darne preventivo avviso ai concorrenti;
- che non sia legittima la conferma dell'originaria aggiudicazione in favore dell'a.t.i. RES.CO s.r.l. essendo questa avvenuta sulla base di un calcolo errato della soglia percentuale di anomalia;
- che il riesame compiuto vada ripetuto nel rispetto dei principi che governano l'autotutela che deve svolgersi secondo modalità coerenti con le regole sostanziali proprie di ogni singola fase di aggiudicazione.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2014

Il Segretario Rosetta Greco