

Deliberazione n. 80 Adunanza del 1 agosto 2012

Fascicolo n. 2932/2011

Oggetto: Servizi di consulenza specialistica di supporto all'Ufficio Tecnico relativi ai lavori di riconversione irrigua e sistemazione idraulica zona S. Tammaro - Comprensorio irriguo Carditello in Sinistra Volturmo Il lotto.

Importo euro 223.000,00.

Bando di gara pubblicato in GUCE il 12/05/2011

Stazione Appaltante: Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturmo

Esponente: Ecomar Srl

Il Consiglio

Visto il d.lgs. n. 163/2006;

Vista la Relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture

Considerato in fatto

La questione segnalata all'attenzione dell'Autorità riguarda l'affidamento di servizi di consulenza specialistica di supporto all'Ufficio Tecnico relativi a lavori di riconversione irrigua e sistemazione idraulica affidati nel 2011 dal Consorzio generale di bonifica del bacino inferiore del Volturmo.

In merito alla suddetta procedura di gara questa Autorità si era già espressa con Parere di Precontenzioso n. 239 del 21.12.2011 su istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n), attivata dalla Ecomar s.r.l., che chiedeva di vedere riconosciuta l'illegittimità della propria esclusione dalla gara. Il citato parere n.239/2011 rilevava la non conformità dell'operato della SA all'ordinamento di settore, di qui la SA veniva invitata a far conoscere i provvedimenti assunti a seguito della suddetta pronuncia.

Successivamente, a mezzo del proprio legale, la Ecomar s.r.l. richiedeva l'intervento dell'Autorità "per l'accertamento delle responsabilità personali dei dirigenti intervenuti nonché per la comunicazione degli atti alla Corte dei Conti competente per l'accertamento del danno erariale cagionato" a seguito del mancato adeguamento, da parte del Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturmo, all'orientamento espresso dall'Autorità con il citato Parere n. 239 del 21.12.2011.

Con Disposizione 11726 del 7.2.2012 veniva disposto l'avvio, d'ufficio, dell'istruttoria nei confronti della stazione appaltante ai fini della verifica dell'adeguamento al citato parere di Precontenzioso e della sussistenza di eventuali profili di danno all'erario, pertanto si invitava la SA, con nota prot. 18660 del 24.2.2012, a far conoscere i provvedimenti assunti a seguito della pronuncia suddetta.

Con nota n.2894 del 3.5.2012 (prot. Autorità 45301 del 11.5.2012) il Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturmo comunicava quanto segue:

- "che la deliberazione di aggiudicazione definitiva è stata assunta in data antecedente rispetto alla ricezione della nota AVCP stessa cui sono stati chiesti chiarimenti in ordine alla istanza dello Ecomar";

- il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali con nota del 03/04/2012 prot. n.292 indirizzata alla stazione appaltante "ha ritenuto che allo stato non siano emersi fatti dai quali possa desumersi una condotta inadempiente del Consorzio rispetto agli obblighi assunti con il Disciplinare di concessione tali da giustificare un eventuale provvedimento di revoca del finanziamento".

Alla luce di quanto sinteticamente premesso, si riscontra che la stazione appaltante, sulla base di un mero dato cronologico (aggiudicazione intervenuta prima del parere di questa Autorità) e citando una nota del Commissario ad acta per la gestione delle attività ex Agensud, il quale non rileva margini di intervento in ordine alla revoca del finanziamento, di fatto comunica alla scrivente Autorità di avere dato corso all'affidamento contestato con l'aggiudicazione e la stipula del relativo contratto.

Ritenuto in diritto

In via preliminare, confermati in fatto e in diritto i contenuti del parere di Precontenzioso n.239 del 21.12.2011, si rileva che sul bando in questione erano emerse diverse anomalie.

In particolare il bando di gara ha quale oggetto l'affidamento di "Servizi di consulenza specialistica di supporto all'ufficio tecnico".

In realtà, la descrizione dell'oggetto dell'affidamento contenuto nel bando è la seguente:

“ Trattasi di servizi di consulenza specialistica per la redazione di un progetto definitivo delle opere civili e di distribuzione irrigua a servizio dei territori nei tenimenti del Comune di San Tamaro. E' prevista la progettazione delle opere civili di compenso e opere elettromagnetiche”.

Dall'analisi della documentazione di gara, si può evincere che l'affidamento in questione richiede espressamente attività inquadrabili come servizi tecnici di progettazione.

Tale aspetto può essere rilevato anche dall'Allegato 3 al Bando, classificato "Relazione di affidamento di servizi di ingegneria - Attività di progettazione definitiva" nel quale, all'art. 2- Servizi tecnici da espletare - paragrafi 2.2 e 2.3, vengono espressamente richieste attività da svolgere quali:

-un approfondimento progettuale per i lavori di realizzazione di una vasca di accumulo;

-la definizione di soluzioni progettuali efficaci in relazione all'articolazione delle fasi di esecuzione della nuova Vasca;

-lo sviluppo progettuale delle opere elettromeccaniche ed impiantistiche a servizio della nuova Vasca di accumulo;

-elementi di dettaglio riguardanti i manufatti di alimentazione e scarico della nuova Vasca;

-lo sviluppo progettuale delle opere elettromeccaniche ed impiantistiche a servizio della nuova Vasca di accumulo.

Al riguardo, occorre evidenziare che l'Autorità, tramite la Determina n. 5 del 2010 - Linee guida per l'affidamento dei servizi di Architettura e Ingegneria - ha chiarito che "In relazione all'affidamento

di attività di supporto alla progettazione, si ribadisce quanto affermato con la deliberazione n.76/2005 in merito al fatto che la "consulenza" di ausilio alla progettazione di opere pubbliche nel quadro normativo nazionale non è contemplata. Ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista, e la responsabilità di quest'ultimo rimane impregiudicata quando è fatto divieto di avvalersi del subappalto (ad eccezione di alcune attività, cfr. articolo 17, comma 14-quinquies, legge n. 109/1994 cit.). Peraltro, la consulenza alla progettazione non appare riconducibile alle attività a supporto del responsabile unico del procedimento. A questo proposito giova ricordare che al responsabile unico del procedimento è affidata la responsabilità, la vigilanza ed i compiti di coordinamento sull'intero ciclo dell'appalto (progettazione, affidamento, esecuzione), affinché esso risulti condotto in modo unitario, in relazione ai tempi ed ai costi preventivati. In particolare, in materia di progettazione, al responsabile unico del procedimento è demandato il compito di redigere il documento preliminare alla progettazione e di coordinare le attività necessarie alla redazione del progetto preliminare definitivo ed esecutivo. Pertanto, gli eventuali soggetti esterni individuati possono supportare il responsabile unico del procedimento nelle sue attività di coordinamento e vigilanza sulla progettazione, fermo rimanendo che la progettazione è compito di esclusiva competenza del progettista".

Pertanto, il bando di gara, qualificato come un affidamento di servizi di consulenza specialistica e avente ad oggetto anche servizi di progettazione, non è conforme al d.lgs. 163/2006.

Riguardo ai requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando, tra questi erano previsti servizi tecnici ricadenti in categorie VII b secondo le specifiche ex art. 66, comma 1, del d.P.R.554/99 riportate al punto 2.3.1. del disciplinare di gara, in cui, per semplicità di calcolo, le varie categorie di opere e/o lavori venivano accorpate in un'unica macro categoria prevalente individuata come categoria VII b secondo la suddivisione in classi e categorie prevista dall'art.14 della legge 2 marzo 1949, n.143 (bonifiche ed irrigazioni con sollevamento meccanico di acqua - esclusi i macchinari derivazioni d'acqua per forza motrice e produzione di energia elettrica). Sulla base di tale previsione l'esponente veniva escluso dalla gara, sebbene avesse prodotto certificazioni di progettazioni di impianti irrigui della classe VIII, ritenute analoghe a quelle della classe VII b in conformità ad un parere espresso dal Consiglio nazionale degli ingegneri.

L'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto delle certificazioni di progettazione di impianti irrigui prodotti dall'esponente, indipendentemente dal tipo di classificazione assegnata in sede di rilascio dell'analoga certificazione da parte dell'ente committente, conformemente alle indicazioni fornite anche da questa Autorità nella determina già citata, ove viene richiamato anche l'interesse dell'Amministrazione a verificare l'attitudine tecnica del candidato in riferimento alla tipologia delle attività effettivamente svolte, indipendentemente da come esse siano state classificate da altri soggetti, rifuggendo ogni inutile formalismo.

La condotta della SA appare in netto contrasto con la normativa vigente e con le Linee guida per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria (Determina n.5 del 2010), e in manifesto contrasto con il fondamentale principio di diritto della dimostrazione del possesso dei requisiti dei concorrenti da un punto di vista sostanziale e non già meramente formalistico, principio chiarito anche dalla novella recata dal legislatore all'art. 46 del Codice con l'aggiunta del comma 1-bis che, sebbene non applicabile temporalmente al bando, poneva principi di apprezzamento comunque valutabili dall'Amministrazione in ossequio al principio del *favor participationis*, così come osservato anche in sede di parere di precontenzioso.

Peraltro anche l'Autorità, nell'audizione del 29/09/2011, ha pubblicato un documento dal titolo "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", ove ha avuto modo di chiarire i criteri e i modi di applicazione dell'istituto del c.d. "soccorso istruttorio", nell'ottica di un approccio di tipo sostanzialistico al tema delle cause di esclusione: "L'art.46,

comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma, soprattutto in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, codifica piuttosto un ordinario modus procedendi, volto a far valere, pur se entro dati limiti, la sostanza sulla forma. In questo senso, l'art. 46, comma 1, costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del favor participationis, essendo volto sia ad evitare che il numero dei concorrenti possa restringersi per carenze documentali di ordine formale sia ad orientare l'azione amministrativa sulla concreta verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti".

Pertanto, pur se "il soccorso istruttorio non può colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti, poiché ciò costituirebbe ex se violazione del principio della par condicio", esso si configura, come emerso anche dal copioso dibattito giurisprudenziale al riguardo, non come mera facoltà, ma come dovere dell'amministrazione procedente, in coerenza, e non in contrasto, con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Alla luce di quanto sopra, l'esclusione del concorrente appare immotivata.

Si deve sottolineare, infine, che l'Autorità, in data 08/11/2011, con nota prot. 011561, invitava la SA a rendere chiarimenti in ordine alla vicenda in oggetto e "a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità".

Successivamente, con parere di precontenzioso n.239/11 del 28.12.2011, l'Autorità si esprimeva ritenendo l'operato della SA non conforme all'ordinamento di settore.

La SA ha totalmente disatteso le indicazioni date dall'Autorità non assumendo provvedimenti in autotutela né sospendendo ulteriori decisioni, ma anzi aggiudicando definitivamente in data 4.11.2011 e stipulando il contratto in data 1.2.2012, dunque dopo avere avuto piena contezza e conoscenza del parere dell'Autorità.

In considerazione di tutto quanto precede, si ritiene che l'errata formulazione del bando in merito alla richiesta dei requisiti di capacità tecnica, nonché l'esclusione del concorrente attuale esponente, operata in difformità all'art. 46 del Codice, abbia in concreto violato l'interesse pubblico alla scelta del contraente più idoneo, avendo impedito la valutazione delle qualificazioni tecniche comprovate dall'esperienza pregressa, nonché violato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che in senso lato presiedono all'esercizio di ogni funzione amministrativa. La violazione delle norme richiamate, avendo influito sul corretto andamento del confronto concorrenziale ed avendo impedito la scelta del concorrente più idoneo alla realizzazione di un'opera per la quale peraltro sono richieste capacità tecniche specifiche, lascia supporre altresì la ricorrenza dell'ipotesi del danno erariale.

Per le motivazioni sopra indicate

Il Consiglio

- censura il comportamento della Stazione Appaltante, in contrasto con la normativa di settore, e dispone la trasmissione degli atti alla Corte dei Conti per la valutazione di eventuali danno all'erario;
- dispone altresì la trasmissione degli atti al Ministero delle Politiche Agricole e Forestali/ Gestione attività ex Agensud, ente finanziatore, per i profili di competenza;

- dispone l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture della presente deliberazione al Consorzio Generale di Bonifica del Bacino Inferiore del Volturno ed al Responsabile del Procedimento;

- dispone altresì l'invio da parte della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture della presente deliberazione all'esponente.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 settembre 2012

Il Segretario: Maria Esposito