

Parere n.21 del 23/02/2012

PREC 238/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Nardolillo Lavori s.r.l. – “*Lavori di adeguamento impianto di pubblica illuminazione alle nuove normative sul risparmio energetico ed inquinamento luminoso*” – euro 519.954,03– S.A.: Comune di Cagliari

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 settembre 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la ditta Nardolillo Lavori s.r.l. contesta la legittimità della procedura di gara indetta dal Comune di Cagliari per l'affidamento dei lavori di adeguamento dell'impianto di pubblica illuminazione indicati in oggetto.

Dagli atti pervenuti a questa Autorità, anche in riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 27 ottobre 2011, la vicenda può riassumersi come segue:

- con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 17 agosto 2011, il Comune di Cagliari ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto in epigrafe (importo a base di gara di euro 519.954,03), indicando ai fini della qualificazione la categoria OG11 – classifica III o superiore e fissando, per la presentazione delle offerte, il termine ultimo del 23 settembre 2011;
- allo specifico quesito posto dalla Nardolillo Lavori s.r.l. in pendenza del termine per la presentazione dell'offerta, il Comune ha risposto con messaggio di posta elettronica del 13 settembre 2011, chiarendo che il possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG11 – classifica III consente la partecipazione fino all'importo corrispondente alla classifica posseduta, aumentata di un quinto (ai sensi dell'art. 3, secondo comma, del D.P.R. n. 34 del 2000, oggi confluito nell'art. 61, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010);
- la Nardolillo Lavori s.r.l. ha spedito l'offerta in data 15 settembre 2011 ed il plico è pervenuto al Comune in data 19 settembre 2011;
- nel frattempo, accogliendo alcune richieste di rettifica avanzate da imprese interessate alla selezione, l'Ufficio tecnico comunale ha disposto, con determinazione dirigenziale n. 9276 del 16 settembre 2011, la modifica della categoria necessaria per l'ammissione alla gara (OG10 in luogo di OG11);
- l'avviso di rettifica del bando è stato pubblicato sul sito *web* del Comune in data 16 settembre 2011 e sulla G.U.R.I. del 21 settembre 2011, con l'espressa avvertenza che: la categoria di lavoro prevalente ed unica deve intendersi OG10 anziché OG11; il termine per la presentazione delle offerte è prorogato al 17 ottobre 2011; le offerte eventualmente già inoltrate devono essere ritirate e ripresentate;

- in risposta alle rimostranze della Nardolillo Lavori s.r.l., il Comune ha puntualizzato, con nota del 27 settembre 2011, che l'avviso di rettifica andava inteso nel senso che i concorrenti che avessero già presentato domanda di partecipazione, e che fossero comunque in possesso della qualifica OG10, avrebbero potuto limitarsi a confermare via *fax* il contenuto integrale dell'offerta, salvo il riferimento alla diversa categoria necessaria per l'ammissione;

- la Nardolillo Lavori s.r.l. si è avvalsa di tale facoltà ed ha confermato in ogni parte il contenuto della domanda spedita il 15 settembre 2011 ma, nella seduta di gara del 19 ottobre 2011, è stata esclusa, in quanto l'impresa ausiliaria indicata nell'offerta risultava qualificata soltanto per la classifica I, insufficiente rispetto all'importo dei lavori da appaltare.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto la società istante lamenta di aver subito un danno patrimoniale ingiusto, cagionato dalla condotta negligente del Comune di Cagliari che, a suo dire, avrebbe tardivamente pubblicato l'avviso di rettifica al bando, in relazione ad un elemento decisivo ai fini della stessa ammissione alla gara quale è la categoria di qualificazione (OG10 in luogo di OG11).

Al riguardo vale rilevare che la stazione appaltante è senz'altro titolare del potere di modificare in autotutela il bando di gara, quando si avveda che una o più clausole riguardanti i requisiti tecnico-economici di qualificazione siano viziate ovvero inopportune (cfr. in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5668). E' altrettanto pacifico che la rettifica del contenuto del bando di gara è priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti, ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando: quest'ultimo, infatti, pur non avendo la natura giuridica di offerta o promessa al pubblico, genera comunque in capo ai concorrenti un livello di affidamento, circa il rispetto da parte dell'Amministrazione della *lex specialis* della procedura, non inferiore a quello generato dai predetti atti negoziali (tra molte: Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2306; Id., sez. V, 27 settembre 2004 n. 6291).

Nella fattispecie, non è contestato che il Comune abbia pubblicato l'avviso di rettifica sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sul proprio sito informatico e che abbia, inoltre, inviato via *fax* a questa Autorità la relativa scheda di modifica (così come affermato dal responsabile del procedimento, nella nota in data 8 novembre 2011).

Dal punto di vista formale, risulta perciò rispettata la vigente disciplina del Codice dei contratti pubblici, e segnatamente del combinato disposto dell'art. 66, ottavo comma (per il quale gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione sulla G.U.R.I.) e dell'art. 122, comma 5 (che, per gli appalti di lavori sottosoglia, dispone che i bandi di importo pari o superiore a 500.000 euro sono pubblicati sulla G.U.R.I., sul profilo di committente della stazione appaltante, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e sul sito informatico presso l'Osservatorio), e comma 6, che prevede un termine minimo di 26 giorni dalla pubblicazione del bando in GURI alla scadenza del termine di ricezione delle offerte.

Quanto all'esclusione dalla gara, la Nardolillo Lavori s.r.l. si limita a generici rilievi critici e non nega la circostanza che l'impresa ausiliaria indicata in avvalimento fosse sprovvista della necessaria qualificazione per la categoria OG10 – classifica III. In assenza di contrarie deduzioni, l'esclusione deve pertanto ritenersi legittima.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Cagliari abbia legittimamente approvato una rettifica al bando di gara, in relazione alla categoria necessaria ai fini della qualificazione;
- che l'esclusione della Nardolillo Lavori s.r.l. sia legittima.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito