

Deliberazione n. 7 Adunanza del 25 gennaio 2012

Rif. Fascicolo: **689/2010**

OGGETTO: Comune di Lazise (VR)- fraz. Colà - Lavori di realizzazione di una scuola materna in località Possoi, nel quadro del PUA "San Giorgio".

IMPORTO A BASE D'ASTA: €1.000.000,00.

STAZIONE APPALTANTE: Società San Giorgio s.a.s. di Laura Dalla Valentina & C (ai sensi dell'art. 122, co. 8 D.lgs 163/06).

ESPONENTI: Eugenio Azzali e Luca Sebastiano, consiglieri di opposizione del Consiglio Comunale.

Il Consiglio

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

Considerato in fatto

In data 11/10/2010 è giunto all'Autorità l'esposto prot. 70497 con cui gli esponenti - consiglieri comunali di opposizione - hanno denunciato presunte irregolarità nell'affidamento dell'appalto in argomento, aggiudicato ai sensi dell'art. 122, comma 8 dalla Società San Giorgio S.a.s., soggetto attuatore privato del Piano Urbanistico Attuativo (in seguito PUA) "San Giorgio". Fra le clausole previste nella convenzione stipulata con il Comune di Lazise, infatti, era previsto che il soggetto attuatore provvedesse alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori, sia per l'ambito della lottizzazione che per la realizzazione della scuola materna in argomento, da costruire nella frazione di Colà.

Come stabilito dal sopracitato articolo, la società San Giorgio s.a.s., assumendo le funzioni di stazione appaltante, ha provveduto ad invitare, con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, n. 5 operatori economici per l'affidamento dei lavori.

Gli esponenti hanno segnalato che la commissione giudicatrice, composta dal RUP, scelto dall'amministrazione comunale in una terna di professionisti proposta dal soggetto attuatore, e da due tecnici comunali, ha aggiudicato i lavori alla ditta individuale Lonardi Francesco, primo marito della titolare della Società San Giorgio Sas. Hanno segnalato, inoltre, che la ditta aggiudicataria è priva di attestazione SOA e che è ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Con lettera prot. 7447 del 25/01/2011 è stata comunicata l'apertura di istruttoria nei confronti del Comune di Lazise, chiedendo di controdedurre in ordine a quanto eccepito dagli esponenti, atteso l'onere, in capo al Comune, del controllo, della sorveglianza e della direzione nella realizzazione delle opere; funzioni che anche questa Autorità, nella Determinazione n. 4/2008, ha ribadito di spettanza delle amministrazioni che stipulano accordi e convenzioni con i privati.

Con nota acquisita al prot. dell'Autorità n. 24661 il 02/03/2011, il responsabile del Servizio LL.PP. del Comune di Lazise ha fatto pervenire le proprie considerazioni. Innanzitutto, ha tenuto a precisare che sono stati imposti, a tutela della normativa vigente, un RUP con l'onere di attuare le procedure per l'esplicazione dell'affidamento e per il controllo sull'esecuzione dell'opera, ed un collaudatore tecnico-amministrativo in corso d'opera. Entrambi i tecnici sono stati nominati dall'Amministrazione comunale sulla base di una tematica di nominativi proposti dalla società privata San Giorgio Sas.

Ha, quindi, evidenziato che le richieste di offerta sono state inviate ad imprese risultate affidatarie negli ultimi anni di opere pubbliche appaltate con procedura ad evidenza pubblica, prive tra loro di controllo, collegamento o collaborazione, che sono e che hanno operato con professionalità con l'Amministrazione comunale.

Inoltre, ha dichiarato di essere a conoscenza del legame di parentela fra la titolare della Società San Giorgio e l'appaltatore e di aver valutato attentamente la situazione prima di attivare le procedure di selezione, mediante la disamina di sentenze di vari Tar, del Consiglio di Stato e della Grande Sezione della Corte di Giustizia, nonché di alcuni provvedimenti dell'Autorità, da cui non si sono riscontrate cause ostative ma, anzi, «è stato stabilito che il legame di parentela tra imprenditori non debba essere considerato aspetto conflittuale o di possibile controllo o collegamento ma esplicazione della libertà imprenditoriale».

Lo stesso responsabile dell'Ufficio LL.PP. ha riferito che, sulla base di quanto sopra, l'amministrazione comunale ha ritenuto che l'interesse ad eseguire l'opera da parte della ditta Lonardi l'avrebbe indotta a formulare un'offerta migliorativa, come di fatto è avvenuto.

Si evidenzia che, sulla base di quanto sopra, l'Ufficio istruttore ha comunicato preliminari osservazioni al Comune di Lazise ed ha richiesto copia dei documenti relativi alla selezione, nonché dell'attestazione SOA della Ditta Lonardi Francesco.

E' stato fatto, inoltre, presente al Comune che, oltre al richiamato legame di parentela fra il legale rappresentante della Società San Giorgio S.a.s. e il titolare della Ditta Francesco Lonardi, ulteriori elementi inducono a ritenere che possa essersi configurato un unico centro decisionale; elementi che sono emersi a seguito di un controllo eseguito da cui si è accertato che il Sig. Francesco Lonardi è stato socio accomandante della Società San Giorgio S.a.s. fino a poco tempo prima della gara informale.

Il Comune di Lazise, con lettera assunta al prot. dell'Autorità n. 67899 il 24/06/2011 ha confermato il proprio convincimento dell'insussistenza di legittime cause ostative alla partecipazione a gare d'appalto da parte della Ditta Lonardi, sostenendo che l'amministrazione comunale, visto che le circostanze contemplate dall'art. 2359 c.c. non si potevano applicare al caso in esame, legalmente non aveva possibilità di contestare nessun'altra situazione di controllo a meno di assumersi tutte le responsabilità, anche economiche, in caso di contenzioso con la Ditta Lonardi. Ha, infine, accluso i documenti di gara da cui è risultato che l'appaltatore, non possedendo in effetti alcuna attestazione di qualificazione per eseguire i lavori, ha dichiarato di avvalersi dell'impresa Eurocostruzioni D/G Srl per la categoria OG1 cl. II.

Ritenuto in diritto

La tematica delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria a scomputo degli oneri concessori stabilita dall'art. 16 del DPR 380/01 (Testo unico sull'edilizia) è stata oggetto di varie discussioni e pronunciamenti in sede comunitaria e nazionale che sono confluiti in una serie di provvedimenti di aggiornamento del Codice dei contratti pubblici. Il problema di base emerso nella normativa italiana riguarda, infatti, la facoltà data dal succitato articolo del Testo Unico sull'edilizia alle Amministrazioni locali di affidare l'esecuzione di opere pubbliche direttamente al soggetto privato titolare del Permesso di Costruire. Con il D. Lgs 152/08 è stata stabilita una disciplina che prevede, sia per importi sopra che sotto soglia comunitaria, l'ipotesi che l'affidamento di tali opere possa avvenire con gara svolta sia direttamente dall'Amministrazione pubblica sia dal privato, che assume in tal modo la veste di altro soggetto aggiudicatore.

Attualmente, dunque, l'art. 122, co. 8 del D.gs 163/06, rinviando all'art. 32 del medesimo Decreto, richiama anche per gli appalti sottosoglia comunitaria le due distinte modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori, ossia la prima, che prevede da parte dell'Amministrazione pubblica l'acquisizione dal privato titolare del PdC del progetto preliminare e la successiva selezione dell'appaltatore con la procedura prevista dall'art. 57, co. 6 del Codice dei contratti pubblici; la seconda che sposta sul privato la responsabilità di tale operazione, fermo restando in capo all'Amministrazione pubblica l'onere della vigilanza sulle procedure attuate. In tal caso, infatti, il soggetto privato, in virtù della convenzione onerosa stipulata con l'Amministrazione che rilascia il PdC, assume il ruolo di altro soggetto aggiudicatore di opere pubbliche, ossia di opere che, una volta ultimate, sono acquisite al patrimonio del Comune, ossia della collettività. Si comprende, quindi, l'importanza di garantire il rispetto della correttezza delle procedure poste in essere al fine di tutelare gli interessi pubblici.

Nel caso in questione, il Comune di Lazise ha ritenuto di rimettere al titolare del PdC la procedura di aggiudicazione dei lavori per la costruzione della scuola materna di Colà, individuando ed "imponendo" nel contempo, come evidenziato dal responsabile del Settore LL.PP., sia un RUP per l'attuazione del PUA, sia un collaudatore tecnico amministrativo in corso d'opera.

In merito alla problematica che investe la ditta aggiudicataria dei lavori, si sollevano le seguenti osservazioni. Innanzitutto, come peraltro evidenziato alla stessa amministrazione comunale, i controlli effettuati sulla Società San Giorgio Sas hanno potuto appurare che il sig. Lonardi, titolare della ditta individuale aggiudicataria dei lavori, solo in data 20/10/2009, si è dimesso dalla carica di socio accomandante della società San Giorgio S.a.s. ed al suo posto sono subentrati tre figli (uno in qualità di socio accomandatario e due in qualità di soci accomandanti). Pertanto, in virtù della sua partecipazione al capitale sociale e, soprattutto, del suo ruolo di socio accomandante, non solo poteva essere a conoscenza prima degli altri concorrenti dell'imminente avvio di una procedura di selezione, nonché dell'oggetto e delle modalità con la quale la stessa sarebbe stata espletata, ma avrebbe potuto condizionare anche le scelte in merito alle predette modalità, alla tempistica o agli operatori economici da invitare.

Infatti, da quanto si è potuto constatare, l'invio delle lettere di invito alla procedura negoziata ai cinque operatori economici individuati dalla Stazione Appaltante è avvenuto il 23/10/2009, ossia appena tre giorni dopo la data di cessazione del Sig. Lonardi dalla carica di socio accomandante della San Giorgio Sas; fatto che non può che destare il ragionevole dubbio che l'uscita di Lonardi dalla società sia stata artatamente studiata per poter partecipare alla selezione.

Sul punto questa Autorità ha più volte evidenziato (es. Determinazioni n. 7 del 16/07/2009 e n. 4 del 02/04/2008), che è da ritenersi inammissibile, da parte del titolare del permesso di costruire, la partecipazione indiretta ad una gara mediante soggetti con i quali sussistono rapporti di controllo ai sensi dell'art 2359 c.c. (Società controllate e Società collegate) o tali da configurare un unico centro decisionale. Ciò a salvaguardia del generale principio di imparzialità che deve essere anche a fondamento dell'azione del privato titolare del Permesso di Costruire il quale, in quanto "altro soggetto attuatore" rispetto alla P.A., è tenuto ad appaltare opere pubbliche a terzi nel rispetto della disciplina dei contratti pubblici come prevista dal D.lgs 163/06. Il TAR Puglia – Bari, con la Sentenza 1909 del 22/07/2009, ha evidenziato, inoltre, che le situazioni di conflitto di interesse possono essere rinvenute allorquando esistano contrasto e incompatibilità anche solo potenziali tra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite.

Vi è, inoltre, un ulteriore aspetto da porre in evidenza. E' stato rilevato che la Ditta del sig. Lonardi è l'unica delle cinque invitate a non essere in possesso di attestazione SOA; infatti, come riscontrato nella documentazione inviata dal Comune, la Ditta, per la partecipazione alla gara (importo base pari ad €1.000.000,00), ha dichiarato di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la categoria OG1 cl. II (tramite l'impresa Eurocostruzioni D/G Srl). Si rappresenta al riguardo che l'art. 57, co. 6 attribuisce alla stazione appaltante l'onere di individuare gli operatori economici sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato. L'AVCP, nella Determinazione n. 2/2011, ha chiarito che la ratio della norma dell'art. 57, co. 6 è di garantire che le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richieste dalla stazione appaltante coincidano con quelle necessarie per la partecipazione alle procedure selettive e che, nel caso di lavori, sia necessario fare riferimento al possesso della qualificazione SOA. La scelta delle imprese da invitare, dunque, deve essere compiuta mediante una preventiva acquisizione di informazioni dal mercato e sempre nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza al fine individuare operatori economici le cui caratteristiche siano proporzionate al tipo di intervento; ciò anche nell'ottica della salvaguardia dell'interesse pubblico, soprattutto in caso di adozione di procedure di selezione, quali quella negoziata senza bando, che rappresentano di fatto una sottrazione degli appalti alla libera concorrenza. A tal proposito, proprio a garanzia dei principi di concorrenza e trasparenza, nella medesima Determinazione n. 2/2011, questa Autorità ha evidenziato che, anche se la pubblicità preventiva non è obbligatoria per le procedure semplificate, sarebbe auspicabile che, oltre alla doverosa esplicitazione nella determina a contrarre dei criteri da utilizzare per l'individuazione delle imprese da invitare, venissero considerate necessarie, sia la pubblicazione del cosiddetto avviso di post-informazione contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti, sia l'adozione di tutti gli strumenti che consentano di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua "appetibilità" per i potenziali concorrenti (es. pubblicazione dell'avviso sul sito internet della stazione appaltante); sia, infine la predisposizione di "opportuni elenchi aperti di operatori economici".

Nel caso in questione, l'aver invitato un operatore economico non in possesso di qualificazione adeguata al tipo di prestazione richiesta, indica che la stazione appaltante quantomeno non ha agito con la dovuta accortezza nella selezione dei concorrenti; inoltre, la circostanza sopra esaminata induce ragionevolmente a ritenere che ci sia stato un comportamento volto a favorire tale Ditta rispetto ad altre più idonee sul mercato a garantire il soddisfacimento della prestazione richiesta; in ciò non rispettando, quindi, il principio di parità di trattamento che vieta non solo le discriminazioni palesi ma anche quelle dissimulate (cfr. Sentenza Corte di Giustizia CE 3.6.1992, causa C-360/89).

Si ribadisce che, specie in casi come quello in esame, in cui, in vece dell'amministrazione pubblica, il privato assume le funzioni di altro soggetto aggiudicatore di opere pubbliche, è di indiscutibile

necessità l'azione di vigilanza da parte dell'amministrazione, al fine di garantire la regolarità delle varie fasi dell'appalto. Come già espresso da questa Autorità, anche se nel caso di opere a scomuto degli oneri concessori è applicabile al privato il concetto di mandato quale conferimento dei poteri relativi all'espletamento delle gare, rimangono in capo all'amministrazione quelli relativi alla sorveglianza, al controllo ed alla direzione nella realizzazione delle opere.

Alla luce di quanto sopra, dunque, non può che rilevarsi l'inadeguatezza e l'inefficacia dell'azione di controllo e sorveglianza da parte dell'Amministrazione comunale sia per quanto riguarda la fase di scelta degli operatori economici invitati alla procedura negoziata, sia, soprattutto, per ciò che concerne i rapporti fra la Società San Giorgio Sas e la ditta Lonardi.

Sulla base di quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- ritiene il comportamento della S.A. - Società San Giorgio s.a.s. - non rispettoso dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione sanciti dall'art. 2 del D.lgs. 163/2006;
- ritiene inadeguata ed inefficace l'azione di sorveglianza da parte del Comune di Lazise sull'azione della Stazione Appaltante;
- dispone l'invio, da parte della Direzione Generale VI.CO. - Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture, della presente deliberazione al Sindaco del Comune di Lazise ed al Responsabile del Servizio LL.PP. del medesimo Comune affinché comunichino i provvedimenti adottati in relazione alle precedenti osservazioni entro il termine di 30 giorni dalla ricezione della presente delibera, alla Società San Giorgio Sas, nonché agli esponenti;
- dispone, infine, l'invio, da parte della Direzione Generale VI.CO. - Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture, della presente Deliberazione alla competente Procura generale della Corte dei Conti per i profili di interesse della stessa.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2012.

Il Segretario Maria Esposito