

Parere n.145 del 11/09/2013

PREC 132/13/S

OGGETTO: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da C.E.P.I.E. Energy Project Soc. Coop. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico di edifici del centro storico e scolastici di Castelbuono- Importo a base di gara €1.212.151,00 – S.A.: Comune di Castelbuono.

Fasi dell'aggiudicazione: inosservanza della lex specialis – Vizio della procedura di aggiudicazione – Controllo preventivo sui requisiti di ordine generali – Controllo ex art. 48, comma 1 e 2, D.Lgs. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 maggio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale C.E.P.I.E. Energy Project Soc. Coop ha chiesto un parere in merito alla lamentata illegittimità dell'omesso ricalcolo della soglia di anomalia in seguito alle esclusioni disposte dalla commissione nei confronti dei concorrenti privi dei requisiti generali di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006 (in specie Durc irregolare). L'istante ha rappresentato che il Comune di Castelbuono ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei lavori per l'efficientamento energetico di alcuni edifici comunali, cui ha partecipato anche l'istante in A.T.I. con la mandante CO.GI.PA srl.. All'esito delle operazioni di gara la società CO.E.S.I. srl è stata individuata quale aggiudicataria provvisoria, mentre l'istante è risultata collocata al secondo posto. A seguito delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, alcune imprese partecipanti alla gara (n. 18 - ATI Nuovaedil-Marconi-Ceit; n. 21 - ATI Effepi s.r.l. - Futura Impianti; n. 4 - Consorzio CAEC) sono risultate prive del requisito della regolarità contributiva, pertanto la commissione ha riaperto le operazioni di gara, al fine di procedere all'esclusione delle suddette imprese, senza tuttavia procedere a calcolare la nuova soglia di anomalia, avendo ritenuto "non conforme alla normativa di settore una ulteriore attività di ricalcolo della soglia di anomalia con conseguente riformulazione della graduatoria basata sulla circostanza che talune imprese, diverse dalle prime due sono successivamente risultate non in regola con le norme in materia contributiva". Di contro, l'istante ha sostenuto che, in caso di esclusioni dalla gara per carenza dei requisiti di carattere generale la riformulazione delle medie e della graduatoria finale s'impone quale atto dovuto e privo di discrezionalità. Ciò varrebbe, a maggior ragione, nella fattispecie in cui — come nel caso in esame — il disciplinare di gara abbia previsto che il controllo sul possesso dei requisiti di ordine generale sia effettuato prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità sono pervenute le memorie del Comune di Castelbuono e della società C.O.E.S.I. srl.

La stazione appaltante ha confermato la legittimità degli atti assunti, precisando che la commissione di gara non ha ripetuto il procedimento di verifica dell'anomalia e, quindi, ha confermato l'aggiudicazione provvisoria, in quanto una volta aperte e conosciute le offerte economiche, l'Amministrazione non potrebbe più assumere alcuna decisione discrezionale e ciò a garanzia della par condicio dei concorrenti.

La società C.O.E.S.I. srl ha osservato che la stazione appaltante doveva, comunque, limitarsi ad ottemperare a quanto prescritto dall'art. 48, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e dal disciplinare di gara (pag. 12), che imponeva alla stazione appaltante di procedere al controllo dei requisiti solo nei confronti dell'aggiudicataria provvisoria e del secondo in graduatoria, conseguentemente la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere a diverse verifiche ed a nuove esclusioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne il corretto svolgimento del procedimento di aggiudicazione ed in particolare del sub procedimento di verifica dell'anomalia.

Valore dirimente al riguardo assumono le specifiche prescrizioni della *lex specialis*, che disciplina puntualmente la procedura di aggiudicazione (pag.11 del disciplinare di gara), prevedendo quanto segue:

- a) la commissione di gara verifica la correttezza formale delle offerte e della documentazione presentata dai concorrenti anche con riferimento alle situazioni di controllo ed alla partecipazione dei consorzi;
- b) la commissione di gara procede "altresì, ad una immediata verifica circa il possesso dei requisiti generali, sulla base delle dichiarazioni da essi presentate, dalle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici. La commissione di gara, ove lo ritenga necessario, e senza che ne derivi un aggravio probatorio per i concorrenti, ai sensi dell'art. 71 del DPR n. 445/2000 può altresì effettuare ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni, contenute nella busta A, attestanti il possesso dei requisiti generali previsti dal punto 4.A del disciplinare e per gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria del requisito della regolarità contributiva con riferimento eventualmente ai medesimi concorrenti individuati con il sorteggio oppure individuati secondo criteri discrezionali. La commissione di gara procede all'esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti generali. La commissione di gara procede poi all'apertura delle buste B offerta economica ed alla lettura delle offerte economiche, anche di quelle escluse ... " (pag. 11);
- c) la commissione di gara individua le offerte anomale secondo le prescrizioni dell'art. 86, comma 1, D.Lgs. 163/2006 e 19, comma 6, L.R. 12/2001 e procede alla loro esclusione automatica;
- d) la commissione di gara predisporre la graduatoria;
- e) l'Amministrazione acquisisce nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e del secondo in graduatoria la documentazione, eventualmente non ancora acquisita, attestante il possesso dei requisiti generali previsti dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 nonché del requisito di regolarità contributiva.

La lettura in combinato disposto delle disposizioni su richiamate evidenzia che la stazione appaltante, nel disciplinare le fasi della procedura di aggiudicazione mediante l'esercizio della discrezionalità che la connota, ha imposto alla commissione di gara di procedere prima dell'apertura delle offerte economiche alla verifica dei requisiti generali di tutti i concorrenti. Si tratta all'evidenza di un controllo di natura sommaria, da effettuarsi, come indicato nella *lex specialis*, "sulla base delle dichiarazioni da essi presentate, dalle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici", distinto, rispetto a quelli disciplinati dall'art. 48, comma 1 e 2, D.Lgs. 163/2006.

Di contro dall'esame dei verbali di gara non risulta che la commissione abbia rispettato le vincolanti prescrizioni sopra indicate. La stessa, infatti, nella seduta del 30.1.2013 ha preso atto delle offerte pervenute ed ha iniziato la verifica della correttezza formale delle stesse, mediante il confronto tra i documenti contenuti nei plichi e quelli previsti nel bando; successivamente nelle sedute del 31.1.2013, 1.2.2013 e 4.2.2013 ha proseguito la predetta verifica e, al termine della stessa, nella seduta del 5.2.2013 prima il Presidente ha precisato che per tutte le imprese partecipanti si sarebbe proceduto alla verifica della veridicità del requisito di regolarità contributiva presso gli enti previdenziali e poi la commissione, aperte le buste contenenti l'offerta economica, ha preso atto dei ribassi offerti. Sulla base degli stessi ha calcolato la soglia di anomalia, procedendo all'esclusione automatica delle offerte che eguagliavano o superavano la predetta soglia; successivamente, riscontrata la correttezza e la validità delle offerte recanti il primo ed il secondo maggiore ribasso non anomalo, la commissione ha individuato l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria.

Non risulta, quindi, che la commissione abbia preventivamente controllato il possesso da parte di tutti i partecipanti dei requisiti generali sulla base dei documenti indicati nella lex specialis. Tale verifica non solo era atto dovuto in virtù dell'espressa previsione del disciplinare di gara (in senso conforme cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2746/2012), ma anche fase particolarmente rilevante del procedimento di aggiudicazione, in considerazione del fatto che la stazione appaltante si è avvalsa della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 19, comma 6 L.R. n.12/2011. Conseguentemente l'esatta osservanza delle fasi della procedura di aggiudicazione avrebbe potuto portare ad un diverso numero di offerte ammesse e, quindi, ad una diversa soglia di anomalia ed, in ultima analisi, ad un differente aggiudicatario.

Su quest'ultimo aspetto la stazione appaltante non ha fornito alcuna prova volta a dimostrare che l'errore in cui è incorso la commissione non ha in realtà viziato l'aggiudicazione. Né risulta fondata la motivazione riportata nel verbale del 18.4.2013, in virtù della quale la commissione ha confermato i risultati della gara. Quest'ultima in particolare ha richiamato le pronunce del Consiglio di Stato n. 5583/2009 e n.4840/2007, il cui insegnamento in punto di diritto non può però essere richiamato nel caso in esame, in quanto a ben vedere le predette sentenze attengono a fattispecie diverse da quella odierna, la quale – come già sottolineato – è regolata da una lex specialis, che imponeva alla commissione di effettuare il controllo dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e tale punto della disciplina di gara non è contestato dall'istante.

Allo stesso modo non trova fondamento l'eccezione dell'aggiudicatario, secondo cui ai sensi dell'art. 48, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e di quanto previsto a pag. 12 del disciplinare di gara la commissione di gara avrebbe dovuto controllare solo il primo ed il secondo in graduatoria ed astenersi, quindi, dall'assumere qualsiasi provvedimento nei confronti degli ulteriori concorrenti, in quanto il controllo che è stato omesso non è quello disciplinato dalle disposizioni appena richiamate, bensì quello diverso espressamente disposto a pag. 11 del disciplinare.

Stando così le cose, si rileva che l'operato della Commissione di gara non è stato conforme alle specifiche prescrizioni della lex specialis.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Commissione di gara non sia stato conforme alle specifiche prescrizioni della lex specialis.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2013

Il Segretario Maria Esposito