

Parere n.182 del 6/11/2013

PREC 152/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria – “Lavori di costruzione della nuova caserma della Guardia di Finanza in contrada Giallonghi – Castelvetrano – lotto di completamento” – Importo a base d’asta di euro 994.904,49 – S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria.

Dichiarazione ai sensi dell’art. 38, primo comma, lett. m-quater del Codice.

Certificazione di qualità aziendale scaduta in corso di gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 maggio 2013 è pervenuta l’istanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria, riguardante la procedura aperta per l’affidamento dei lavori di completamento della nuova caserma della Guardia di Finanza di Castelvetrano, indetta con bando del 30 gennaio 2013, di importo a base di gara pari ad euro 994.904,49 da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

La stazione appaltante chiede il parere dell’Autorità in merito alle decisioni da assumere sulla diffida stragiudiziale inoltrata dalla società CO.E.SI s.r.l., mandataria dell’a.t.i. costituenda con la Azzurra s.r.l., che è stata esclusa dalla gara per aver offerto il ribasso del 30,888%, risultato superiore alla soglia di anomalia del 30,263% calcolata ai sensi dell’art. 86, primo comma, del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, trattandosi di appalto di lavori sottosoglia, il bando ha previsto l’esclusione automatica delle offerte anormalmente basse per l’ipotesi in cui il numero di concorrenti ammessi sia pari o superiore a dieci, così avvalendosi della facoltà tuttora riconosciuta dall’art. 122, nono comma, del Codice. All’esito dell’esame della documentazione amministrativa, la commissione di gara ha ammesso soltanto dieci concorrenti e, dopo aver aperto le buste contenenti le offerte economiche ed aver calcolato la soglia percentuale di anomalia, ha provveduto ad escludere l’offerta dell’a.t.i. CO.E.SI s.r.l.; l’aggiudicazione provvisoria è stata quindi disposta in favore dell’a.t.i. IPE s.r.l., con un ribasso del 28,876% sul prezzo a base d’asta.

La CO.E.SI s.r.l. lamenta l’illegittima ammissione alla gara di due concorrenti, l’a.t.i. Consorzio Stabile Aedars e l’a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio, che a suo dire avrebbero invece dovuto essere escluse (per quanto si dirà *infra*), con la conseguenza che sarebbe divenuto inapplicabile il meccanismo dell’esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, fermo il potere discrezionale della stazione appaltante di verificare la congruità del miglior ribasso ai sensi dell’art. 86, terzo comma, del Codice.

In sintesi, secondo la tesi della CO.E.SI s.r.l.:

1) l’a.t.i. Consorzio Stabile Aedars avrebbe allegato alla propria offerta una erronea dichiarazione circa l’insussistenza della causa di esclusione prevista dall’art. 38, primo comma, lett. m-quater del Codice;

2) l’a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio avrebbe allegato un’attestazione SOA, per l’impresa capogruppo, riportante la certificazione di qualità aziendale rilasciata da Certiquality valida fino al 4 marzo 2013, termine ultimo per la presentazione delle offerte, mentre la nuova certificazione di qualità le sarebbe stata rilasciata da Perry Johnson Registrars con decorrenza dal 13 marzo 2013.

Formalmente avvisata dell'istruttoria con nota di questa Autorità del 27 giugno 2013, la CO.E.SI s.r.l. ha trasmesso le proprie osservazioni.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la procedura aperta indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria, per l'appalto dei lavori di completamento della nuova caserma della Guardia di Finanza di Castelvetrano.

E' controversa l'ammissione alla gara di due concorrenti, l'a.t.i. Consorzio Stabile Aedars e l'a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio, la cui esclusione avrebbe determinato un differente risultato nel calcolo della soglia aritmetica di anomalia, con l'effetto di impedire l'esclusione automatica dell'a.t.i. CO.E.SI s.r.l. che ha offerto il maggior ribasso percentuale tra le concorrenti rimaste in gara.

1) In primo luogo, le censure dedotte dalla CO.E.SI s.r.l. avverso la mancata esclusione dell'a.t.i. Consorzio Stabile Aedars sono infondate.

Le dichiarazioni rese dall'impresa capogruppo, dalla consorziata Fracla s.r.l. e dalla mandante Tecno Soluzioni s.r.l. fanno tutte esplicito riferimento, tra l'altro, all'insussistenza della causa di esclusione prevista dall'art. 38, primo comma, lett. *m-quater* del Codice, dando atto che non sussiste una situazione di controllo con altro partecipante alla medesima procedura. Le prime due, inoltre, menzionano espressamente le società con le quali intercorre una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del Codice civile.

La non perfetta corrispondenza delle dichiarazioni rese dal Consorzio Stabile Aedars, dalla Fracla s.r.l. e dalla Tecno Soluzioni s.r.l. con la formulazione alternativamente prescritta dall'art. 38, secondo comma, del Codice (a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 70 del 2011) non consente, in ogni caso, di pervenire alla conclusione della necessaria esclusione del raggruppamento, così come preteso dalla CO.E.SI s.r.l., non essendo in dubbio il fatto che le dichiarazioni circa l'insussistenza di situazioni di collegamento siano state rese da tutte le imprese raggruppate e dovendosi, al più, ipotizzare la necessità di un'integrazione delle stesse ovvero di una verifica d'ufficio da parte della commissione di gara in caso di aggiudicazione, secondo il principio generale codificato nell'art. 46 del Codice (nel senso dell'attenuazione degli oneri formali circa l'insussistenza di situazioni di controllo e della prevalenza degli aspetti sostanziali, cfr. A.V.C.P., parere 25 luglio 2012 n. 130).

Va aggiunto, peraltro, che l'esclusione ai sensi dell'art. 38, primo comma, lett. *m-quater* del Codice non potrebbe comunque prescindere dall'esame del contenuto sostanziale delle offerte economiche, come stabilito espressamente dal legislatore (cfr. A.V.C.P., determinazione 16 maggio 2012 n. 1; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012 n. 844).

Per quanto detto, l'a.t.i. Consorzio Stabile Aedars non doveva essere esclusa dalla gara in epigrafe.

2) Non è fondata la censura riguardante la posizione dell'a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio, che ha partecipato alla gara facendo valere una certificazione di qualità aziendale valida fino al 4 marzo 2013, data di scadenza per la presentazione delle offerte, alla quale è seguito il rilascio di una nuova certificazione di qualità (da parte di altro organismo certificatore) con decorrenza dal 13 marzo 2013. La stazione appaltante ha specificato di aver proceduto ad accertare che la ditta aveva in corso la procedura di rinnovo della certificazione. Tale circostanza appare in sintonia con il brevissimo lasso temporale entro il quale la ditta si è trovata sprovvista della certificazione di qualità.

Come evidenziato dalla giurisprudenza, qualora la ditta sia in possesso della certificazione di qualità al momento della sua partecipazione alla gara, e abbia altresì chiesto il rinnovo della stessa prima della sua scadenza, rinnovo poi accordato, "il tempo intercorso medio tempore non può essere addebitato all'interessata" (Tar Campania, 11 gennaio 2008, n. 144).

Ne discende la legittimità dell'ammissione alla gara dell'a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che, nella gara in epigrafe, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria abbia legittimamente ammesso alla procedura di gara gli operatori economici a.t.i. Consorzio Stabile Aedars e a.t.i. Prom.Edil di Di Stefano Giorgio.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito