

Parere n.39 del 16/9/2014

PREC 64/2014/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Impresa “Di Fiore Rita” – Procedura aperta per lavori di demolizione di due corpi di fabbrica ubicati nel Comune di Reggio Calabria, Viale Europa nn. 70-72 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: euro 341.039,43 – S.A.: Azienda Territoriale Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Reggio Calabria.

Art. 38, comma 1, lett. m-ter, d.lgs. n. 163/2006.

Art. 77, d.P.R. n. 207/2010. Consorzio stabile. Verifica triennale dell’attestazione SOA della consorziata.

Il Consiglio

Considerato in fatto

L’Impresa Di Fiore Rita ha presentato in data 24 febbraio 2014 istanza di parere in merito alla mancata esclusione, dalla procedura di gara in oggetto, di alcune ditte concorrenti che non avrebbero reso l’autodichiarazione ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. m-ter del d.lgs. n. 163/2006 in conformità alla lettera della norma. In particolare, l’istante ha contestato che gli operatori economici Milioti Antonino e Salvatore & C. S.n.c. e Canale S.r.l. si sarebbero limitati a cancellare la dichiarazione relativa alla predetta lettera m-ter sul modulo predisposto dalla S.A.; i direttori tecnici del Consorzio Polyart, gli institori dell’impresa Varian S.r.l. ed il socio accomandatario dell’impresa Demolscavi di Cosola S. & C. S.a.s. avrebbero omesso di rendere la medesima dichiarazione ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. m-ter del d.lgs. n. 163/2006.

L’istante ha lamentato, altresì, che l’impresa Green S.r.l. avrebbe partecipato ricorrendo all’avvalimento dell’attestazione SOA nella categoria OS23 classifica II, stipulando apposito contratto con il Consorzio GAP (Grandi Attività Progettuali Consorzio Stabile – Società Consortile a r.l.), il quale avrebbe richiesto la verifica triennale dell’attestazione in questione in ritardo rispetto ai termini di legge e, pertanto, la stessa non avrebbe potuto costituire oggetto di avvalimento nella procedura di gara.

L’avvio del procedimento è stato comunicato con nota del 21 marzo 2014.

Con nota del 31 marzo 2014, la stazione appaltante A.T.E.R.P. di Reggio Calabria ha trasmesso il parere reso dal Servizio Legale dell’ente sulle questioni sollevate dalla ditta Di Fiore Rita, con il quale si rappresenta che le dichiarazioni rese dalle imprese partecipanti sarebbero conformi al modulo predisposto dalla stazione appaltante e che, per quanto concerne l’attestazione SOA del Consorzio GAP, la verifica triennale riguarderebbe in realtà una ditta ad esso consorziata.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la mancata esclusione, dalla procedura di gara in oggetto, delle imprese concorrenti che non avrebbero reso la dichiarazione di cui all’art. 38, comma 1, lett. m-ter, d.lgs. n. 163/2006 nonché dell’impresa che si sarebbe avvalsa di attestazione SOA per la quale la relativa verifica triennale non sarebbe stata richiesta nei tempi previsti dalla legge.

In ordine al primo profilo, il disciplinare di gara prevede: “Nella busta “A” devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti atti: (...) 3) dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, (redatta in conformità al modello predisposto) (...): a) che l’impresa non si trova in stato di fallimento (...); b) che nei propri confronti non è pendente procedimento per l’applicazione di una delle misure di prevenzione (...); c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato (...); Le dichiarazioni rese di cui ai punti a) b) e c) devono essere rese dal titolare e dal Direttore tecnico (se figura diversa) se si tratta di

impresa individuale; dai soci e dal Direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; dagli amministratori muniti di rappresentanza e dal Direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio". Il disciplinare chiede poi di dichiarare, alla lettera m), con disposizione che ricalca la lettera *m-ter* dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, "che, pur essendo stata vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, ha denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Il contenuto delle suddette dichiarazioni è poi riportato, con formula dello stesso tenore, nel modulo da compilare predisposto dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione.

Premesso ciò, in ordine alla omessa dichiarazione di cui alla citata lettera m) del disciplinare di gara, da parte delle imprese Milioti Antonino e Salvatore & C. S.n.c. e Impresa Canale S.r.l., si osserva che il contenuto della stessa, sia nei documenti di gara sia nel modulo predisposto dalla stazione appaltante, è di carattere positivo ("pur essendo stata vittima dei reati... ha denunciato i fatti all'autorità giudiziaria").

Quindi, i concorrenti hanno calibrato le dichiarazioni sul predetto modello, barrando la parte che non contemplava l'opzione negativa.

Per le stesse ragioni, il Consorzio Polyart, l'impresa Varian S.r.l. e l'impresa Demolscavi di Cosola S. & C. S.a.s., avendo la *lex specialis* espressamente richiesto, sia nel disciplinare sia nel modulo predisposto per l'autodichiarazione, che le dichiarazioni da rendere da parte di determinati soggetti (titolare, Direttore tecnico, soci, amministratori) fossero solo quelle di cui ai punti a) b) e c), senza menzionare la lettera m), hanno riposto affidamento sulla idoneità delle stesse ai fini della partecipazione alla gara.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel valorizzare la buona fede e l'affidamento delle imprese nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge di gara, al fine di negare che ciò possa risolversi in un danno per le stesse, attraverso la loro espulsione dalla procedura (Cons. di Stato, sez. V 24/10/2013 n. 5155).

Come anche evidenziato dall'Autorità con Determinazione n. 4/2012, recante "BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici", "secondo la più recente giurisprudenza, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012, n. 2973): in tali ipotesi, all'esito di una attenta analisi del caso concreto, si può valutare l'ammissibilità di una eventuale regolarizzazione".

Appare quindi legittima l'ammissione alla gara dei concorrenti che abbiano prodotto autodichiarazioni conformi al modello predisposto dalla stazione appaltante, facendo affidamento sulle prescrizioni di gara.

In ordine alla seconda questione posta con l'istanza di parere, relativa alla produzione dell'attestato SOA del Consorzio GAP, consorzio stabile della cui qualificazione nella categoria OS23 classifica II si avvaleva l'impresa concorrente Green S.r.l, e per la quale la prescritta verifica triennale appariva richiesta fuori termine, si osserva quanto segue.

Dal parere legale reso dalla stazione appaltante sulla questione, si evince che la scadenza intermedia dell'attestazione riguardava più precisamente l'impresa consorziata Cesarato Costruzioni S.r.l., mentre il Consorzio avrebbe in corso solo l'adeguamento dell'attestazione SOA, e per tale motivo la Commissione di gara ha ritenuto valida l'attestazione ai fini dell'avvalimento. Ai sensi dell'art. 36, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006, "Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate".

Sul punto, l'Autorità ha specificato che "per i consorzi stabili, la verifica del possesso della capacità' strutturale non può' che essere il riscontro della permanenza nelle imprese consorziate delle qualificazioni che hanno consentito il rilascio dell'attestazione originaria. Va inoltre osservato che qualora l'efficacia dell'attestazione di uno o più' consorziati scada (scadenza intermedia) prima dei suddetti termini (tre anni e cinque anni) - come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei soggetti consorziati - non può' non correre l'obbligo per il consorzio di richiedere alla SOA l'adeguamento dell'attestazione" (Determinazione n.18/2003 del 29/10/2003).

La giurisprudenza, sulla questione, ha precisato che "a norma dell'art. 36, VII c., del D. Lgs. n. 163 del 2006, "il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate". Ne consegue che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento della attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziate colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione. Per il Consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere. Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento" (...) "non essendo logicamente possibile che la scadenza intermedia della attestazione dell'impresa consorziate fosse irrilevante ai fini della partecipazione alla gara, essendo intervenuta tempestivamente la domanda di rinnovo, e che la stessa scadenza intermedia possa rendere invalida la qualificazione del Consorzio che, a seguito di ciò, aveva conseguentemente inoltrato tempestivamente la richiesta di adeguamento" (cfr. Cons. di Stato, sez. V, sent. 08.09.2010, n. 6506).

Da quanto sopra rappresentato, si deduce che la domanda di verifica triennale presentata dalla singola impresa consorziate nei termini di cui all'art. 77, d.P.R. n. 207/2010 consente al consorzio stabile la partecipazione alle gare, qualora il consorzio stesso abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento entro il termine per la presentazione delle offerte.

Sulla base dei suesposti principi, verificherà la stazione appaltante la legittimità della partecipazione del consorzio alla gara in oggetto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

nei limiti di cui in motivazione, ritiene:

- è legittima l'ammissione alla gara dei concorrenti che abbiano prodotto autodichiarazioni conformi al modello predisposto dalla stazione appaltante, facendo affidamento sulle prescrizioni di gara;
- la scadenza intermedia dell'attestazione della consorziate, la cui domanda di verifica triennale sia intervenuta tempestivamente, non può rendere invalida la qualificazione del Consorzio che, a seguito di ciò, abbia inoltrato tempestivamente la richiesta di adeguamento.

Il Presidente Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito