

Parere n. 79 del 23 aprile 2014

PREC 122/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla MEC 2000 srl – “Procedura ristretta semplificata per l’appalto di lavori di riparazione con miglioramento sismico PEU N. 1 e SPN N. 1” – Data di pubblicazione del bando: 18.7.2012 (Avviso) - 24.1.2013 (lettera di invito) – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: euro 1.108.051,00 – S.A.: Comune di Guglionesi (Campobasso).
Art. 123 D.Lgs. n. 163/2006 - Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 7 maggio 2013 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito alla legittimità dell’esclusione dalla gara della ditta istante in qualità di capogruppo dell’ATI con Termocrisci S.U.R.L.

La gara di appalto dei lavori in oggetto è stata esperita ai sensi dell’art. 123 del D.Lgs. n. 163/2006 (“Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori”). Il relativo avviso, formulato ai sensi del secondo comma del citato art. 123 per la formazione dell’elenco di imprese interessate ad essere invitate, è stato pubblicato in data 18.7.2012.

L’elenco suddetto – formato in esito alla fase preselettiva delle domande pervenute ed all’ordine di iscrizione dei soggetti aventi titolo conseguente al sorteggio pubblico effettuato ai sensi e per gli effetti dell’art. 123, comma 10 – è stato approvato in data 24.10.2012.

In esito alla suddetta fase l’ATI, avente quale capofila la MEC 2000 S.r.l., è stata ammessa con la seguente configurazione: MEC mandataria con cat. OG1 Cl. III in avvalimento con la ditta TRIVEL PALI S.r.l. per la categoria prevalente OS21 Cl. III; TERMOCRISCI S.U.R.L. mandante con cat. OG1 Cl. II e cat. OG11 Cl. I.

Con determinazione del 23.1.2013 è stato approvato lo schema di lettera di invito da inviare alle n. 32 ditte utilmente inserite nell’elenco *ut supra* costituito.

Il successivo 24.1.2013 l’ATI, nella configurazione di cui sopra, è stata invitata, unitamente ad altri 31 partecipanti, a presentare la propria offerta unitamente alla documentazione amministrativa richiesta.

In data 21.2.2013 l’ATI ha trasmesso la propria offerta nella seguente diversa configurazione: MEC mandataria con cat. OG1 Cl. III in avvalimento con la ditta TRIVEL PALI S.r.l. per la categoria prevalente OS21 Cl. III; TERMOCRISCI S.U.R.L. mandante in avvalimento con la ditta G.M.T. Service per la cat. OG11 Cl. I (a qualificazione obbligatoria ai sensi del combinato disposto dell’art. 107, comma 2, e dell’art. 108, comma 3, D.P.R. n. 207/2010) in quanto è stata dichiarata la perdita dei requisiti specifici da parte della TERMOCRISCI S.U.R.L.

In data 5.3.2013 è stata comunicata all’ATI predetta l’esclusione dalla gara, ribadita in data 8.4.2013, per i seguenti motivi, che si deducono dalla nota della S.A. del 7 giugno 2013 che fa seguito all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 30 maggio 2013.

1. Violazione dell’art. 37, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto al momento dello svolgimento della seconda fase della procedura, la TERMOCRISCI non era più in possesso dei requisiti speciali (OG1 Cl. II e OG11 Cl. I) dichiarati nella precedente fase, con conseguente ricorso all’avvalimento di cui sopra della ditta G.M.T. Service.

A questo riguardo, l’istante obietta che nessuna violazione della citata disposizione è stata

realizzata nel caso concreto, in quanto la stessa vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, "atteso che, nella fase della presentazione della domanda di partecipazione, ovvero prima della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante, il costituendo raggruppamento dichiarava che la TERMOCRISCI (mandante) si sarebbe avvalsa - quanto alla Cat. OG11 Class I - della GMT, presentando all'uopo tutta la documentazione di rito (come la stessa Commissione da atto) e quindi consentendone la verifica preliminare richiesta ex lege".

2. Violazione dell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto le opere in appalto appartenenti alla Cat. OG11, pari alla percentuale del 21,32, ai sensi del combinato disposto dell'art. 107, comma 2, e 108, comma 3 e 109, comma 2, del D.P.R. 207/2010, sono considerate strutture, impianti ed opere speciali, realizzabili direttamente dall'affidatario solo se in possesso della specifica qualificazione o subappaltabili con i limiti di cui all'art. 170, comma 1, del D.P.R. 207/2010 ed alle condizioni di cui all'art. 118, comma 2, 1) del D.Lgs. n. 163/2006.

A questo riguardo, l'istante obietta che "l'istituto dell'avvalimento è preordinato a consentire, a soggetti che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo a requisiti di altri soggetti. A tanto si sono conformate -del tutto legittimamente- la Termocrisci - mandante - che, in mancanza del requisito della qualificazione SOA Cat. OG11 Class. I, si è avvalsa della qualificazione della GMT (qualificazione da questa integralmente posseduta) e la MEC 2000-mandataria- che si è avvalsa della Trivelpali per la cat. OS21 Class. II (da questa parimenti integralmente posseduta)".

3. Violazione dell'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto le opere in appalto appartenenti alla Cat. OG11, che ai sensi del combinato disposto dell'art. 107, comma 2, e dell'art. 108, comma 3 e dell'art. 109, comma 2, del D.P.R. 207/2010 sono considerate SIOS, avrebbero dovuto essere realizzate direttamente dalla mandante TERMOCRISCI.

Obietta al riguardo l'istante che "la TERMOCRISCI possiede il requisito suindicato - OG11 - in virtù dell'avvalimento del requisito della ditta GMT".

Considerato in diritto

L'assorbente questione sottoposta al parere di questa Autorità, sottesa all'articolato motivazionale *ut supra* fornito dalla S.A. al riguardo dell'esclusione dell'ATI istante, è strettamente inerente al carattere bifasico della procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori di cui all'art. 123 del D.Lgs. n. 163/2006 ed alla *ratio* della stessa.

Si tratta, invero, di una procedura che, per appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori di importo inferiore ad una certa soglia, è tesa ad una scelta del contraente improntata al criterio della snellezza e rapidità della sua conclusione, cui è strettamente inerente la suddetta struttura bifasica. Ciò traspare in tutta evidenza dalla stessa lettera della norma *de qua*, laddove essa abilita le stazioni appaltanti, senza procedere a pubblicazione di bando, ad invitare a presentare offerta almeno venti concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione ai lavori oggetto dell'appalto, individuati tra gli operatori economici iscritti in apposito elenco disciplinato come segue: "I lavori che le stazioni appaltanti intendono affidare...vanno resi noti mediante avviso, pubblicato con le modalità previste per l'avviso di preinformazione, entro il trenta novembre di ogni anno. Gli operatori economici interessati ad essere invitati alle procedure di affidamento...presentano apposita domanda, entro il quindici dicembre successivo ... Ogni domanda di iscrizione deve essere corredata da un'autocertificazione, ai sensi della normativa vigente, con cui il richiedente afferma di essere in possesso dei requisiti di qualificazione necessari e di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione previsti per l'esecuzione di lavori di pari importo con procedure aperte o ristrette. Le stazioni appaltanti formano l'elenco entro il trenta dicembre, iscrivendovi tutti i soggetti la cui domanda sia regolare e corredata dell'autocertificazione ... L'ordine di iscrizione, tra i soggetti aventi titolo, è stabilito mediante sorteggio pubblico ... Le stazioni appaltanti applicano l'articolo 48. Gli operatori inseriti nell'elenco sono invitati secondo l'ordine di iscrizione, sempre che in possesso dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'oggetto dell'appalto ...".

Dai seguenti incisi – “Gli operatori economici interessati ad essere invitati alle procedure di affidamento...”; “Ogni domanda di iscrizione deve essere corredata da un’autocertificazione, ai sensi della normativa vigente, con cui il richiedente afferma di essere in possesso dei requisiti di qualificazione necessari e di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione previsti per l’esecuzione di lavori di pari importo con procedure aperte o ristrette”; “Le stazioni appaltanti applicano l’articolo 48” – emerge che di una prequalificazione trattasi, a valere quale provvista di operatori economici disponibili ad nutum a corrispondere al successivo invito ad offerendum, senza cioè che sia necessario provvedere nuovamente al controllo dei requisiti di partecipazione, come dimostra l’esplicito richiamo all’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, dedicato per l’appunto ai controlli sul possesso dei requisiti.

Pertanto, non è compatibile con la procedura bifasica sopra delineata che l’operatore economico, singolo o raggruppato, qualificatosi (prima fase) per essere iscritto nell’elenco di cui sopra dal quale attingere (seconda fase) i concorrenti da invitare a presentare offerta – nel caso di specie costituita da una percentuale di ribasso – muti la propria soggettività, ancorché nella forma dell’avvalimento, destinata come tale ad un nuovo vaglio di ammissibilità dei requisiti di partecipazione.

Pertanto, nel caso di specie appare legittimo il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ATI istante.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l’operato della S.A.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014

Il segretario: Maria Esposito