



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 210 DEL 02 DICEMBRE 2015

PREC 188/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dalla Autorità Portuale di Palermo –Procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori di manutenzione di edifici, viabilità e impianti del porto di Palermo. Importo a base di gara euro: 1.579.049,90. S.A.: Autorità Portuale di Palermo.

Soglia di anomalia delle offerte – Aggiudicazione provvisoria – Soccorso istruttorio – Immodificabilità della soglia ex art. 38, comma 2-bis, ult. per. – Successivamente alle integrazioni.

L'art. 38, comma 2-bis, lungi dal consentire il soccorso istruttorio in ogni stato e grado del procedimento, afferma il principio di immutabilità del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, soltanto a seguito della avvenuta regolarizzazione degli atti di cui all'art. 38, contenuti nella busta A.

Art. 38, comma 2-bis d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n.6819 del 29.5.2015 presentata dalla Autorità Portuale di Palermo relativamente alla procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori di manutenzione di edifici, viabilità e impianti del porto di Palermo;

VISTO in particolare il quesito avanzato in ordine alla corretta applicazione dell'art. 38, comma 2-bis d.lgs. 163/2006. Risulta, infatti, che la concorrente Appalti e Noleggi S.r.l. sia stata esclusa all'esito dell'apertura delle offerte economiche, all'individuazione della soglia di anomalia, al sorteggio pubblico per l'individuazione dell'aggiudicataria provvisoria, e poi riammessa con riserva al fine di consentire l'integrazione documentale invocata dall'interessata circa la sussistenza della richiesta avanzata alla SOA di riferimento per l'adeguamento dell'attestazione del Consorzio Stabile Real Europe Group, quale impresa ausiliaria. La suddetta riserva è stata sciolta positivamente con apertura dell'offerta economica dell'impresa in questione con conseguente conferma dell'aggiudicazione provvisoria in favore della CA.TI.FRA S.r.l. Successivamente, la concorrente ATI Geom. Rizzo Antonino & C. sas ha richiesto la riapertura delle operazioni di gara contestando la cd. cristallizzazione della graduatoria;

VISTO l'avvio dell'istruttoria con nota del 26.8.2015, con successiva integrazione del contraddittorio mediante nota dell'8.9.2015 a seguito di comunicazione da parte della stazione appaltante dell'avvenuta revoca dell'aggiudicazione provvisoria nei confronti di CA.TI.FRA. S.r.l. e il conseguente scorrimento della graduatoria in favore dell'impresa Agostaro Rosario;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la memoria della CA.TI.FRA. S.r.l. con la quale censura la riammissione dell'impresa Appalti e Noleggi S.r.l. sostenendo la legittimità dell'esclusione originariamente disposta in quanto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, la concorrente ha partecipato avvalendosi di un certificato SOA dell'ausiliario Consorzio Stabile Real Europe Group non in regola e ciò fino alla fase conclusiva delle operazioni di gara. Inoltre, evidenzia che non è possibile considerare la relativa offerta economica della società riammessa al fine di determinare una nuova soglia di anomalia. Conseguentemente sostiene che anche la richiesta di riapertura delle operazioni di gara avanzata dalla concorrente ATI Geom. Rizzo Antonino & C. s.a.s. appare del tutto illegittima nonché in contrasto con la previsione dell'art. 38, comma 2-bis d.lgs. 163/2006;

VISTE le osservazioni della ATI Impresa Edile e Stradale Geom. Rizzo Antonino & C. s.a.s. e Geom. Biondo Tommaso Massimo con le quali si contesta alla stazione appaltante la c.d. cristallizzazione delle operazioni di gara in erronea applicazione del principio della invarianza delle medie di cui all'art. 38, comma 2-bis d.lgs. 163/2006;

VISTA la memoria dell'impresa Agostaro Rosario, odierna aggiudicataria, con la quale preliminarmente solleva perplessità circa il sussistere di un utile interesse da parte dell'impresa Appalti e Noleggi S.r.l. a una riammissione successivamente all'avvenuta apertura delle offerte economiche e conseguente formulazione della graduatoria con aggiudicazione provvisoria, in quanto anche se riammessa, nel caso di riformulazione della media, non sarebbe mai comunque divenuta aggiudicataria. Contesta, sulla scorta delle medesime considerazioni anche la fondatezza delle pretese avanzate dalla ATI Impresa Edile e Stradale Geom. Rizzo Antonino & C. s.a.s. e Geom. Biondo Tommaso Massimo;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO che, anche se in disparte ogni valutazione circa la vicenda relativa all'impresa Appalti e Noleggi S.r.l. e dinamiche intercorrenti tra essa, il Consorzio Stabile Real Europe Group e l'eventuale impresa consorziata interessata, giova comunque richiamare quanto previsto, in tema di Consorzi stabili e qualificazione, dall'art. 36, comma 7 d.lgs. 163/2006 che stabilisce che il Consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Occorre, altresì ribadire quanto meglio specificato dall'Autorità con Determinazione 29.10.2003, n. 18 ovvero «è la qualificazione della singola impresa consorziata ad acquisire una posizione di centralità nell'ambito del sistema di qualificazione del consorzio stabile»; inoltre, la stessa Determinazione ha indicato con riferimento all'attestazione di qualificazione del Consorzio stabile: «Sembra, pertanto, più corretto prevedere che la durata dell'efficacia della qualificazione sia pari a quella di legge e cioè cinque anni con l'obbligo di sottoporre la stessa alla prescritta verifica triennale in ordine al mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché del possesso di requisiti di capacità strutturale. Va rilevato 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 variazioni dei soggetti consorziati – non può non correre l'obbligo per il consorzio di richiedere alla SOA l'adeguamento dell'attestazione»;

RILEVATO che sul punto, costante giurisprudenza ha affermato che l'obbligo di adeguamento sussistente in capo al Consorzio stabile «sembra configurarsi come un adempimento finalizzato a garantire chiarezza e speditezza della procedura concorsuale, da osservare ai fini della partecipazione alla gara, ma che può considerarsi assolto con la presentazione dell'attestazione che tale adeguamento è stato richiesto alla SOA competente prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta». Il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 8 settembre 2010, n. 6506, nell'evidenziare che l'impresa che concorre da sola «può partecipare alla gara esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda, proposta nel termine, con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo dell'attestazione», ha altresì evidenziato che «analoga disciplina non è tuttavia prevista per il consorzio stabile». Quindi, ha osservato che «in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata 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 (Vedasi parere di precontenzioso n. 74 del 28.10.2014). Orientamento ribadito anche da recente pronuncia sempre del Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 30 ottobre 2015, n. 4971 nella quale ha affermato che ai fini di una valida partecipazione alla procedura è sufficiente che il Consorzio stabile abbia presentato la propria istanza di aggiornamento entro il termine per la presentazione delle offerte, non occorrendo che entro tale scadenza la verifica intermedia si sia anche perfezionata;

CONSIDERATO che, la questione sollevata dalla stazione appaltante istante si incentra sulla possibile applicazione al caso di specie della previsione contenuta nell'art. 38, comma 2-bis d.lgs. 163/2006 ultimo periodo;

VISTA la Determinazione di questa Autorità 8 gennaio 2015, n. 1, recante criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO che la lettera della norma sopra richiamata dispone che «ogni variazione che intervenga (...) successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte», postulando pertanto il principio di immodificabilità della soglia di anomalia solo a seguito della doverosa e necessaria fase di integrazione delle offerte, la quale – per interpretazione logico-sistematica



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

– non può essere altro che quella che segue alla verifica dei requisiti dell'art. 38, in cui tale disposizione è inserita;

RILEVATO che - con la novella della l. 90/2014 che ha introdotto il comma 2-bis all'art. 38 – il legislatore ha inteso consentire un più ampio ricorso alla facoltà di integrazione e regolarizzazione documentale;

CONSIDERATO, dunque, che deve intendersi che il legislatore abbia inteso escludere quelle variazioni che intervengano successivamente alla regolarizzazione di cui all'art. 38 medesimo, cioè alla verifica della documentazione amministrativa (cd. Busta A);

RILEVATO, in conclusione, sul punto della variazione della graduatoria, che il soccorso istruttorio che impone la rivisitazione della graduatoria debba essere esclusivamente quello esercitato al fine di regolarizzare *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2”* (art. 38, comma 2-bis, primo per.);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la Commissione aggiudicatrice ha concesso sì termini per la integrazione documentale alla riammessa impresa Appalti e Noleggi S.r.l., successivamente all'aggiudicazione provvisoria, ma senza che ciò determinasse effetti sul ricalcolo delle medie per l'aggiudicazione, così come disposto dall'art. 38, comma 2 bis, secondo lo scopo della norma che vuole evitare una fluttuazione perpetua di quanto acquisito nella fase procedimentale precedente;

RILEVATO che sulla scorta delle medesime considerazioni sopra svolte, anche le obiezioni avanzate dalla ATI Impresa Edile e Stradale Geom. Rizzo Antonino & C. s.a.s. e Geom. Biondo Tommaso Massimo in ordine alla «cristallizzazione della graduatoria», non trovano fondamento,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 38, comma 2-bis, lungi dal consentire il soccorso istruttorio in ogni stato e grado del procedimento, imponga il principio di immutabilità del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, soltanto a seguito della avvenuta regolarizzazione degli atti di cui all'art. 38, contenuti nella busta A.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 dicembre 2015

Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf 189 kb