DELIBERA N. 1009-16 del 21 settembre 2016

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da Comune di Galati Mamertino/Ema. Tru S.a.s. Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per l'affidamento di un appalto di lavori di messa in sicurezza, prevenzione e riduzione del rischio di vulnerabilità degli elementi anche no strutturali e manutenzione straordinaria della Scuola materna S. Basilio. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso. Importo a base di gara eu. 120.308,45 S.A. Comune di Galati Mamertino. Controinteressata: Ditta Serio Antonino.

PREC 15/16/S

Requisiti di partecipazione. Requisiti di ordine generale e speciale. Verifica del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico operativa ai sensi dell'art. 48 del Codice. Esclusione. Ricalcolo della soglia di anomalia.

Non è' legittima l'effettuazione del "ricalcolo della soglia di anomalia" e conseguente aggiudicazione definitiva in favore di impresa diversa dall'aggiudicataria provvisoria, a seguito dell' esclusione di un impresa concorrente per una carenza dei requisiti di ordine generale, riscontrata attraverso la verifica ex art. 48 del Codice, previo sorteggio del 10% dei candidati, per la comprova dei requisiti di ordine speciale.

Art. 38 e art.48 D.lgs.163/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 145184 del 2 novembre 2015, con la quale il Comune di Galati Mamertino chiedeva un parere all'Autorità sulla legittimità dello svolgimento della procedura di gara in oggetto. In particolare chiedeva se fosse rispondente alla normativa l'applicazione al caso di specie del procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione previsto dall'art. 48 comma 1 e, a seguito dell'esclusione di un concorrente per carenza di requisiti contributivi, il ricalcolo della soglia di anomalia con conseguente aggiudicazione definitiva in favore di impresa diversa dall'aggiudicataria provvisoria;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30 dicembre 2015;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dagli istanti possono essere decise ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006;*

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

RILEVATO che il bando con cui viene indetta la procedura è del 2015 e quindi relativo al periodo in cui era in vigore il vecchio Codice;

RILEVATO che la stazione appaltante riferisce che per la procedura negoziata senza bando in oggetto, per l'affidamento di un appalto di lavori e sevizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, dopo l'ammissione alla partecipazione di tutte le imprese che hanno formulato offerta, ha applicato la verifica dei requisiti speciali ex art. 48, tramite sorteggio di due imprese su un totale di quattordici (pari al 10% arrotondato in aumento) come previsto dalla legge e alla verifica dei requisiti dell'aggiudicataria provvisoria e della seconda in graduatoria;

RILEVATO che a seguito di tali operazioni, riscontrata una violazione degli obblighi contributivi a carico di una delle imprese sorteggiate, l'amministrazione ha proceduto a comminare l'esclusione dalla gara, al ricalcolo della soglia di anomalia e alla aggiudicazione definitiva in favore di impresa diversa, risultata questa volta prima in graduatoria;

CONSIDERATO che l'art. 48 del Codice prevede che la verifica tramite sorteggio di cui al primo comma sia effettuata al fine di accertare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando o dall'avviso con cui la gara è indetta; la fase relativa alla verifica dei requisiti di ordine generale per la partecipazione si chiude invece , ai sensi dell'art. 38, con l'ammissione delle imprese, in un momento antecedente l'apertura delle offerte, previo esame della documentazione amministrativa;

CONSIDERATO che, come chiarito nelle Linee guida sull'applicazione dell'art. 48 D.lgs. 163 del 2006 adottate dall'Autorità con Determinazione n. 5 del 21 maggio 2009, nonché nella Determinazione n.1 del 2008, l'ambito di applicazione dell'articolo citato è di stretta interpretazione trattandosi di norma sanzionatoria i cui effetti, in caso di violazione, vanno dall'esclusione dalla procedura di gara con escussione della cauzione provvisoria alla segnalazione all'Autorità con eventuale applicazione di pena pecuniaria ai sensi dell'art. 6 comma 11 del Codice e sospensione dall'attività;

RITENUTO che nel caso di specie, la stazione appaltante abbia proceduto all'esclusione di una concorrente in graduatoria per una violazione inerente il durc e quindi un requisito di ordine generale, dovuto ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i; tale provvedimento è stato adottato però soltanto a seguito della verifica a campione effettuata per sorteggio di cui all'art. 48, scambiando così i due tempi in cui la procedura viene scandita;

CONSIDERATO che l'art. 48 impone l'obbligo alla stazione appaltante di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia e alla riformulazione della graduatoria soltanto nel caso in cui, successivamente interpellate l'aggiudicataria provvisoria e la seconda in graduatoria siano risultate sprovviste dei requisiti di ordine speciale e invece in caso di carenza emersa per la sola aggiudicataria si procede all'aggiudicazione in favore della seconda in graduatoria (vd. Cons. di Stato sez. IV, n. 4840 del 17.9.2007; Parere di prec. Anac n.82 del 2009);

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 settembre 2016

Il Segretario Maria Esposito

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma