



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 898 DEL 6 settembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Costruzioni Tonnino Giovanni Battista – Lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria e adeguamento al DA 890/2002 delle U.O.C. di Medicina e Diabetologia ubicate al piano 4° del P.O. Civico di Partinico (PA) – Importo a base di gara: euro 629.286,15 - S.A.: ASP – Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo

PREC 131/16/L

Qualificazione SOA – Categoria scorporabile – importo inferiore a 150.000,00 euro - qualificazione in gara

In caso di lavorazioni scorporabili di importo inferiore a 150.000,00 euro, l'operatore economico esecutore non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 d.p.r. 207/2010.

Articoli 90 e 92, comma 7, d.P.R. n. 207/2010

Importo inferiore a 150.000,00 euro - qualificazione in gara – valutazione lavori analoghi eseguiti nel quinquennio precedente – discrezionalità della stazione appaltante

In caso di qualificazione in gara, spetta alla stazione appaltante, nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, il compito di effettuare un giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, sulla base di un riscontro concreto ed oggettivo che tenga conto della specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica.

Articoli 90 e 92, comma 7, d.P.R. n. 207/2010

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 173711 del 23 novembre 2016 presentata da Costruzioni Tonnino Giovanni Battista nella quale l'istante ha lamentato la mancata esclusione dalla gara in epigrafe dell'impresa ILSI S.r.l. (erroneamente indicata come aggiudicataria provvisoria dell'appalto) per non avere dimostrato il possesso dell'attestato di qualificazione SOA con riferimento alla categoria scorporabile OG11, classifica I; in particolare, l'istante rappresenta che, a fronte delle lavorazioni di cui si compone l'oggetto dell'appalto (categoria prevalente OG1, classifica II, euro 498.356,54; categoria scorporabile OG11, classifica I, euro 119.441,36), l'impresa ausiliaria Cangialosi Antonino, di cui ILSI Srl si è avvalsa per la dimostrazione dei requisiti in entrambe le categorie, a sua volta qualificata per la sola categoria prevalente OG1 ma non per la categoria scorporabile OG11, ha ritenuto di dimostrare il possesso di tale requisito facendo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ricorso alla qualificazione in gara ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. a), b) e c) d.P.R. n. 207/2010, sebbene la legge di gara non consentisse tale facoltà, e ha dichiarato di avere conseguito nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando lavori impiantistici per un importo di euro 235.719,35. Inoltre, in sede di comprova dei requisiti dichiarati, i lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente alla pubblicazione del bando si sarebbero rivelati non aventi ad oggetto, se non in minima parte (un contratto di 56.144,87 euro), lavori riguardanti la categoria OG11, essendo gli altri afferenti a lavori rientranti nella categoria OG1 o eseguiti antecedentemente al quinquennio rilevante ai fini del possesso dei requisiti;

VISTA la memoria di replica della stazione appaltante acquisita, dopo l'avvio del procedimento, al prot. n. 11241 del 24 gennaio 2017, nella quale l'ASP Palermo ha evidenziato che, anche se il bando di gara non lo prevede espressamente, trattandosi, per la categoria OG11 di opere di importo inferiore a 150.000,00 euro, risulta comunque applicabile *ex lege* l'art. 90, comma 1, lett.a) d.P.R. n. 207/2010 che consente un sistema di qualificazione semplificato alternativo alla SOA e che i contratti eseguiti nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, sebbene non fossero stati banditi come rientranti nella categoria OG11, sono stati valutati come analoghi, dalla stazione appaltante, sulla base della documentazione tecnico contabile esibita dall'impresa ausiliaria;

VISTO quanto eccepito dalla controinteressata impresa aggiudicataria Agostaro Costruzioni s.r.l. nella memoria acquisita al prot. n. 10359 del 24 gennaio 2017 in ordine al rapporto di analogia tra i lavori eseguiti e quelli da affidare che andrebbe inteso, come da deliberazione dell'Autorità n. 165/2003, come «coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri» la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante;

VISTI i livelli minimi di capacità tecnica richiesti dal bando di gara: categoria prevalente OG1, classifica II (euro 498.356,54) e categoria scorporabile OG11, classifica 1 (119.441,36 euro);

VISTA la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria Cangialosi Antonino di possedere «i requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lettera a), b) e c) del D.P.R. n. 207/2010 relativamente alla categoria scorporabile OG11, ossia: di avere seguito nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando lavori impiantistici per un importo di euro 235.719,35 (...);»;

VISTI gli articoli 90, comma 1, d.p.r. 207/2010 («Fermo restando quanto previsto dall'articolo 38 del codice in materia di esclusione dalle gare, gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di ordine tecnico - organizzativo: a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare (...)» e 92, comma 7, d.p.r. 207/2010 («Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90 »).;

CONSIDERATO che «per poter affermare l'obbligatorietà dell'attestazione di qualificazione e ritenere legittimi eventuali provvedimenti di esclusione, occorre aver riguardo all'importo dei lavori (...), nel senso che solo se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000, l'attestazione in capo all'esecutore è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei necessari requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Ma se l'importo dei lavori è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore di questi non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 D.P.R. 207/2010» (Parere di precontenzioso n.86 del 30 maggio 2012); ciò con riferimento all'importo delle singole lavorazioni e anche se il bando richiede il possesso di attestazione SOA, poiché l'obbligo di presentare l'attestazione SOA deve intendersi sussistente in quanto non sia applicabile l'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010 e l'eventuale interpretazione di tale disposizione del bando nel senso di impedire l'applicazione della norma citata ne determinerebbe la nullità per violazione dell'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 (TAR Toscana 9 maggio 2013 n. 739);

CONSIDERATO ulteriormente che, in caso «di lavorazione superspecialistica di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori ma inferiore ai 150.000 euro, il concorrente può dimostrare i requisiti secondo quanto previsto dall'art. 90 del Regolamento medesimo. Ne deriva che la mancata aggiudicazione in favore della ditta risultata prima in graduatoria diventa illegittima se fondata unicamente sulla dedotta assenza dell'attestato SOA nella Categoria OG11, posto che tale certificazione non è necessaria ai fini della qualificazione nelle ipotesi previste dal richiamato art. 92 comma 7 del Regolamento» (Parere di precontenzioso n.144 dell'11 settembre 2013);

TENUTO CONTO che, per quanto concerne il rapporto di analogia tra lavori eseguiti e lavori da eseguire di cui all'art. 90, d.P.R. n. 207/2010, «l'Autorità ha chiarito che [tale] analogia [è] da intendere come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri, il cui accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stazione appaltante cui spetta di valutare “la minima correlazione tecnica oggettiva fra lavori eseguiti e da eseguire, necessaria per accertare la coerenza tecnica che dà titolo per la partecipazione alla gara” (così A.V.C.P., deliberazione 11 giugno 2003 n. 165)»



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

(Parere di precontenzioso n. 8 del 16 gennaio 2014) e che «il rapporto di analogia tra categorie, stabilito in astratto [nella deliberazione n. 165/2003], deve trovare un riscontro concreto ed oggettivo nella specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica. In altri termini, rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, di volta in volta operante, il compito di effettuare un giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando. Ne consegue che i lavori eseguiti dall'impresa che concorre all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000,00 euro non possono che avere caratteristiche simili a quelle che connotano i lavori da affidare, seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico di qualificazione, dal momento che quest'ultimo non riguarda gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro» (Parere di precontenzioso n. 35 del 26 febbraio 2014);

CONSIDERATO, dunque, che il rapporto di analogia tra lavori eseguiti e lavori da eseguire non va limitato ad una esatta corrispondenza tra categorie eseguite e lavori da eseguire ma si traduce in coerenza tecnica tra la natura dei lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto, valutata caso per caso dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato n. 352 del 21 gennaio 2002: «Ora è pur vero che la verifica della similarità non sembra esaurirsi nell'ambito di ciascuna categoria, ma è altrettanto vero che la estensione a lavori di altre categorie deve trovare riscontri oggettivi nella analogia tra detti lavori e quelli appaltati»);

RITENUTO che, nel caso di specie, poiché la lavorazione scorporabile OG11, classifica I, è di importo inferiore a 150.000,00 euro ed è altresì una categoria cd. superspecializzata (in quanto elencata nell'art. 107 comma 2 del d.P.R. n. 207/2010), di importo inferiore ad euro 150.000 ma singolarmente superiore al 15% dell'importo complessivo dell'opera (euro 119.441,36 = 18,98 % del totale), trova applicazione l'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 che consente all'operatore economico che non sia in possesso dell'attestazione SOA di qualificarsi nella singola gara sulla base, tra l'altro, dell'importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare (art. 90, comma 1, lett. a) d.P.R. n. 207/2010);

CONSIDERATO che l'impresa ausiliaria Cangialosi Antonino ha dichiarato il possesso del requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 e ha prodotto documentazione a comprova;

RITENUTO che spetta alla stazione appaltante, nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, il compito di effettuare un giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente, sulla base di un riscontro concreto ed oggettivo che tenga conto della specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica;

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha dichiarato nell'ambito del presente procedimento di avere evinto dalla documentazione tecnico contabile esibita dall'impresa ausiliaria l'analogia tra i lavori eseguiti nel quinquennio precedente dall'impresa e quelli oggetto della presente gara;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- che l'operato dell'Amministrazione sia conforme alla normativa di settore, purché la riscontrata analogia tra i lavori eseguiti nel quinquennio precedente dall'impresa ausiliaria e i lavori da eseguire sia debitamente motivata sulla base di riscontri concreti ed oggettivi che tengano conto della specificità del contenuto della presente gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2017

Il Segretario Maria Esposito