

Parere n. 82 del 30/07/2009

PREC 47/09/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 Società MI.AM. s.n.c. - Appalto di lavori di ricostruzione edificio scolastico di via Diaz - Polo scolastico di Faiano - 1° Lotto funzionale - Importo a base d'asta: € 1.269.948,86 - S.A.: Comune di Pontecagnano Faiano (SA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 22 aprile 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la Società MI.AM. s.n.c., concorrente nella procedura di gara in oggetto indetta dal Comune di Pontecagnano Faiano, in relazione all'attività posta in essere dalla Commissione di gara nel corso delle operazioni di aggiudicazione, ha rappresentato quanto segue.

Nelle sedute del 16, 17, 18 e 19 dicembre 2008, come risulta dai relativi verbali di gara, la Commissione ha dapprima provveduto al controllo della regolarità formale dei plichi pervenuti e della regolarità della documentazione presentata, individuando le imprese ammesse, quindi ha proceduto a sorteggiare il dieci per cento delle offerte ammesse, al fine di effettuare le verifiche relative al possesso dei requisiti generali procedendo, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, al controllo delle dichiarazioni rese dai concorrenti e, immediatamente dopo, ha aperto le buste contenenti le offerte, determinando le offerte anomale e dichiarando aggiudicataria provvisoria la ditta MI.AM. s.n.c.

Successivamente, in data 2 gennaio 2009, il Comune ha comunicato al concorrente aggiudicatario provvisorio e al secondo in graduatoria l'esito della gara e, avendo già provveduto nel corso delle sedute di gara a verificare con esito positivo la veridicità delle attestazioni SOA per i concorrenti, ha dichiarato che avrebbe proceduto d'ufficio alla verifica del possesso dei requisiti di ordine generale del concorrente aggiudicatario, del secondo in graduatoria e di quelli sorteggiati ed ha richiesto la produzione di alcuni documenti.

Nella seduta del 20 aprile 2009, la Commissione di gara ha escluso dalla procedura un concorrente (ditta CO.GE.DI. S.r.l.), incorso in un'irregolarità documentale e, successivamente, ha predisposto il sorteggio di un ulteriore concorrente, onde raggiungere il dieci per cento delle offerte ammesse, al fine delle verifiche ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 delle dichiarazioni rese.

Nella medesima seduta, la Commissione di gara, dopo aver esaminato la documentazione richiesta per la verifica dei requisiti di ordine generale per i concorrenti sorteggiati, il secondo in graduatoria e l'aggiudicatario provvisorio, unitamente alla verifica al Casellario delle imprese qualificate, istituito presso il sito internet dell'Autorità, ha escluso un altro concorrente (ditta Tecno Impianti S.r.l.), perché privo dei requisiti di ordine generale previsti dal bando ed ha rideterminato la media per il calcolo della soglia di anomalia, procedendo ad individuare un nuovo soggetto aggiudicatario provvisorio.

Con riferimento ai fatti rappresentati, la società MI.AM. s.n.c. intende conoscere il parere dell'Autorità, al fine di accertare la legittimità dell'operato della Stazione appaltante.

Si è, pertanto, avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale il Comune ha rappresentato gli avvenimenti verificatisi in sede di gara richiamando i contenuti dei verbali delle sedute espletate e sostenendo che, sebbene la società MI.AM. s.n.c. abbia, già nel corso della seduta del 20 aprile 2009, invitato la Commissione a considerare l'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché la sentenza del Consiglio di Stato n. 4840 del 17 settembre 2007, che sancisce che la rideterminazione della soglia di anomalia è possibile solo quando l'aggiudicatario provvisorio e il secondo classificato non comprovino il possesso dei requisiti di carattere speciale, tale argomentazione non avrebbe rilievo nel caso di specie in quanto l'articolo 48 si riferisce all'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti speciali, mentre la verifica effettuata dalla Stazione Appaltante attiene ai requisiti di carattere generale di cui all'articolo 38.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene alla correttezza dell'operato di una Stazione Appaltante che abbia proceduto ad effettuare il controllo dei requisiti generali solo successivamente all'apertura delle offerte economiche e all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio, procedendo a realizzare tale verifica oltre che nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e del secondo classificato anche relativamente ai soggetti risultanti dal sorteggio del dieci per cento delle offerte ammesse.

Al riguardo, occorre, in via generale, premettere che il Legislatore del Codice dei Contratti Pubblici ha chiaramente inteso distinguere la verifica sul possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006 dal controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, previsto all'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006.

Mentre per quanto riguarda i requisiti generali l'articolo 38, terzo comma, stabilisce che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono stipulare i relativi contratti i soggetti" che si trovano nelle condizioni di indicate alle successive lettere da a) a m-bis) e prevede che "ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445"; in relazione ai requisiti speciali l'articolo 48, primo comma, dispone che "le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6, comma 11."

Inoltre, il comma successivo sancisce che "la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, nel caso in cui non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione."

La disposizione di cui all'articolo 38 mira, pertanto, ad escludere dalla partecipazione alla gara tutti i soggetti privi dei requisiti di carattere generale previsti dall'ordinamento, al fine di evitare che soggetti non in grado di garantire l'affidabilità morale e professionale possano entrare in rapporto con la Stazione Appaltante e aggiudicarsi un contratto pubblico.

Diversamente, l'articolo 48 consente l'accesso alle successive fasi di gara ai soli concorrenti in grado di dimostrare il possesso dei requisiti speciali prescritti dal bando.

Entrambe le disposizioni intendono tanto scongiurare il rischio che la Stazione Appaltante possa stipulare il contratto con soggetti non affidabili e inidonei a garantire una corretta esecuzione della prestazione, quanto evitare che siano ammesse, alla fase di apertura delle buste economiche e dunque di aggiudicazione, offerte inappropriate che incidano sulla determinazione della soglia di anomalia.

In tale ottica, un'interpretazione sistematica delle predette disposizioni consente di riconoscere che entrambe attribuiscono una specifica funzione al controllo operato dalla Stazione Appaltante e hanno un preciso ambito di applicazione e permette altresì di conferire al controllo sul possesso dei requisiti di carattere generale un ruolo di attività necessariamente prodromica alle successive fasi, finalizzate all'apertura delle buste contenenti le offerte tecnico-economiche e all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio. Ciò comporta che l'attività di controllo di cui all'articolo 48 si colloca tra la verifica del possesso dei requisiti di carattere generale e l'apertura delle buste contenenti le offerte tecnico-economiche, anche in ossequio al disposto della norma stessa che prevede che le Stazioni Appaltanti provvedano al controllo dei requisiti speciali "prima dell'apertura delle offerte presentate."

Tanto premesso in via generale, procedendo all'analisi della questione specifica verificatasi nel caso in esame, rileva evidenziare che il disciplinare di gara, al punto II).

Procedura di aggiudicazione, stabilisce che il Presidente di gara, il giorno fissato per l'apertura delle offerte, in seduta pubblica, sulla base della documentazione contenuta nelle offerte presentate, procede a: "a) verificare la correttezza formale delle offerte e della documentazione ed in caso negativo ad escludere dalla gara i concorrenti cui esse si riferiscono; [b)...]; c) verificare immediatamente il possesso dei requisiti generali dei concorrenti al fine della loro ammissione alla gara, sulla base delle dichiarazioni da essi presentate, delle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità

per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ed in caso negativo ad escluderli dalla gara; [d...]; e) sorteggiare un numero di concorrenti pari al 10 per cento del numero dei concorrenti ammessi arrotondato all'unità superiore, ai fini dei controlli a campione; f) aprire le buste "A - offerta economica" presentate dai concorrenti non esclusi dalla gara ed aggiudicare provvisoriamente l'appalto ai sensi dell'articolo 82, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e dell'articolo 43, comma 3, della L.R. n. 3/2007 e s.m.i. con applicazione dell'articolo 86, comma 1, e articolo 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., dell'articolo 46, commi 1, 2, 4 e 5 della L.R. n. 3/2007 e della determinazione assunta dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di offerte di ribasso anormalmente basse pubblicata nella G.U.R.I. n. 24 del 31 gennaio 2000. Le medie sono calcolate fino alla terza cifra decimale arrotondate all'unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a cinque."

Inoltre, la *lex specialis* prevede che la Stazione Appaltante proceda, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 con riferimento ai concorrenti individuati con sorteggio, nonché all'aggiudicatario provvisorio al secondo in graduatoria, qualora non compresi tra i concorrenti sorteggiati, al controllo della veridicità delle dichiarazioni, contenute nella busta B attestanti il possesso dei requisiti generali, senza che ne derivi un aggravio probatorio per i concorrenti, prevedendo altresì che gli stessi presentino la documentazione ivi elencata.

E', altresì, ulteriormente precisato che, acquisiti i documenti richiesti, la Stazione Appaltante procede: a) ad approvare in via definitiva la graduatoria di gara, nel caso in cui tutti i concorrenti (sorteggiati, aggiudicatario provvisorio e secondo in graduatoria) abbiano confermato il possesso dei requisiti generali; ovvero, in caso contrario, b) ad escludere dalla gara i concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti di carattere generale e a comunicare il fatto al responsabile del procedimento per gli adempimenti di competenza; c) a determinare, nel caso in cui anche per uno solo dei concorrenti indicati [sorteggiati, aggiudicatario provvisorio e secondo in graduatoria] non sia confermato il possesso dei requisiti generali, una nuova media e alla nuova aggiudicazione provvisoria.

La Commissione di gara ha dato puntuale applicazione a tali disposizioni, come già ricostruito in narrativa alla luce dei verbali di gara presenti in atti e, pertanto, stante le considerazioni giuridiche svolte, così operando, ha agito contravvenendo alla specifica finalità perseguita dal Legislatore nel disporre con l'articolo 38 una preventiva verifica dei requisiti generali e con l'articolo 48 un successivo controllo a campione sui requisiti speciali (quest'ultimo da ripetere in capo all'aggiudicatario provvisorio e al secondo in graduatoria, se non precedentemente sorteggiati) volti ad ammettere alla fase di apertura delle offerte esclusivamente i soggetti con i requisiti prescritti.

L'utilizzo del procedimento ex articolo 48 per il controllo dei requisiti generali viola infatti il disposto normativo che specificamente indica il proprio campo di azione limitandolo ai soli requisiti speciali.

In tal senso depone anche la determinazione dell'Autorità n. 1 del 10 gennaio 2008 che nel descrivere il contenuto dell'articolo 48 e nel precisare che la sua ratio è quella di incentivare la speditezza del procedimento consentendo alle Stazioni Appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di appalto dei partecipanti che non siano in possesso dei requisiti di ordine speciale oltre che di evitare che offerte inappropriate possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia, ha espressamente precisato l'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

Lo stesso orientamento è statuito nelle recenti "Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006" adottate dall'Autorità (determinazione n. 5 del 21 maggio 2009) che, nel definire l'ambito di applicazione dell'articolo 48 precisano espressamente la non estendibilità dello stesso ai requisiti generali, proprio in ragione del fatto che l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porta ad escludere, trattandosi di norma sanzionatoria e quindi di stretta interpretazione, che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al controllo disposto dalle Stazioni Appaltanti sulle dichiarazioni sostitutive prodotte a comprova dei requisiti generali.

Inoltre, la scelta adottata dalla Commissione di gara, in attuazione della specifica disposizione della *lex specialis*, di procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia per il solo fatto che alcuni concorrenti sorteggiati non avevano dimostrato di possedere i requisiti generali richiesti si pone ulteriormente in contrasto con il disposto dell'articolo 48, che prevede l'obbligo in capo alla Stazione Appaltante di rideterminare la soglia di anomalia solo quando, a seguito della verifica dei requisiti speciali posseduti dall'aggiudicatario provvisorio e dall'impresa seconda qualificatasi, entrambi i concorrenti siano risultati sprovvisti di tali requisiti; mentre qualora la carenza emersa sia limitata all'impresa aggiudicataria, il contratto spetta al concorrente che segue in graduatoria. Solo nell'ipotesi in cui anche costui non dovesse comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in gara si procede alla rideterminazione della soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 4840 del 17 settembre 2007; TAR Piemonte, Torino, sez. II, sentenza 16 gennaio 2008 n. 44; Determinazione AVCP n. 5 del 21 maggio 2009).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la formulazione della *lex specialis* posta in essere dal Comune di Pontecagnano Faiano e la conseguente applicazione operata dalla Commissione di gara non è conforme alla normativa di settore.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 11 Settembre 2009