



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 415**

**DEL 8 maggio 2019**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale.  
– Procedura aperta per l'affidamento di opere di ammodernamento e potenziamento in attuazione del Piano regolatore portuale- 2° fase delle Opere a mare – 1° stralcio – lavori di completamento e funzionalizzazione della nuova banchina rettilinea e dei piazzali retrostanti – 1° stralcio funzionale CIG: 6044692DA0. Importo a base di gara: 34.639.097,94 euro.

**PREC. 26/19/L**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza prot. n.51704 del 14 giugno 2018 con cui la Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale chiedeva un parere sulla possibilità, secondo la normativa reggente l'appalto, di stipulare il contratto con il raggruppamento aggiudicatario nella sua composizione modificata, ai sensi dell'art. 37 comma 19 D.lgs. 163/2006, a seguito del subentro della S.C.S. Soc. coop. in sostituzione della mandante UNIECO Soc. coop., a far data dal Decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 7.4.2017 che la poneva in liquidazione coatta amministrativa;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 10 aprile 2019;

VISTE le memorie e la documentazione prodotte dalle parti;

RILEVATO che, con bando di gara pubblicato in data 26.1.2015, la stazione appaltante indicava una gara con procedura aperta ai sensi dell'art. 54 D.lgs.163/2006 e succ. mod. e int.. per i lavori di cui all'oggetto e le opere venivano aggiudicate, con provvedimento del 12.01.2017, al costituendo raggruppamento con impresa Mentucci Aldo in qualità di capogruppo mandataria, ICAM S.r.l., CME Imprenditori edili e UNIECO Soc. Coop. in qualità di mandanti;

RILEVATO che la mandante UNIECO Soc. coop., a far data dal Decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 7.4.2017 veniva posta in liquidazione coatta amministrativa e quindi, successivamente all'aggiudicazione del 12.01.2017, con atto notarile del 7 aprile 2017 veniva sostituita dalla S.C.S. Società Cooperativa "ora per allora";

RILEVATO che il secondo classificato RTI Sales S.p.a - C.M.C. Coop. Muratori Cementisti Ravenna ha impugnato la delibera di aggiudicazione dinanzi al Tar e successivamente innanzi al Consiglio di Stato, sostenendo che la sostituzione dell'impresa mandante UNIECO nel raggruppamento sarebbe *"in contrasto con il principio di immodificabilità delle offerte, di continuità nel possesso dei requisiti e par condicio tra i concorrenti"*; infatti l'art. 37 comma 9 D.lgs. 163/2006 stabilisce che, *"salvo quanto disposto dai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione nella composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*". A sostegno della propria tesi, cita copiosa giurisprudenza e pareri ANAC tra cui *Cons. di Stato sez. V, 20 gennaio 2015* nonché *Parere Anac n. 52 del 23 marzo 2011, ecc.*;

RILEVATO che entrambi i ricorsi proposti dalla Sales S.p.a. venivano respinti con pronunce recanti analoga motivazione, le quali enunciavano i principi secondo cui *la messa in liquidazione coatta amministrativa non determina l'automatica perdita del requisito ex art. 38 comma 1 lett. g) D.lgs. 163/2006 (cfr. art. 37 comma 19 D.lgs. 163/2006)* e la sopraggiunta procedura concorsuale non può incidere sulla legittimità di atti già adottati prima della sua dichiarazione ma potrà se mai essere valutata dall'Amministrazione in relazione ad atti ancora da adottare dopo il suo intervento come, nel caso di specie, la stipula del contratto;

RITENUTO quindi che il provvedimento di aggiudicazione, adottato in maniera definitiva con Delibera del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale il 12.01.2017, non possa essere dichiarato illegittimo in base a un provvedimento di messa in stato di liquidazione intervenuto in data posteriore (Decreto del Ministero dello Sviluppo economico n.161 del 7.4.2017);

CONSIDERATO, tuttavia, che il principio di continuità dei requisiti che opera a tutela della parità di trattamento tra tutte le imprese concorrenti a procedure di affidamento, viene declinato dalla costante giurisprudenza amministrativa nel senso che tali requisiti devono permanere per tutta la durata della procedura di affidamento e anche dopo la stipula del contratto (ex multis: *Cons. di Stato Ad. Plenaria 20.11.2015 n.8*; *Cons. di Stato sez. III del 6.3.2017 n.1050*; *sez. IV del 8.2.2017 n.549*; *sez. V del 23.2.2017 n.852*; *n.4558 del 31.10.2016*; *n.3866 del 13.9.2016*);

CONSIDERATO infatti che *"il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata"* (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101).

CONSIDERATO che *il principio in questione ed il conseguente divieto sancito dall'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 di modificare la composizione del raggruppamento temporaneo opera anche nella fase di verifica di tali requisiti ex art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006, come specificato ex multis in Cons. di Stato n.3539 del 18 luglio 2017*;

CONSIDERATO che, come affermato dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.10 del 25 febbraio 2014, il controllo del permanere dei requisiti in capo all'aggiudicatario ha natura di



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva "e, dunque, si colloca all'interno della procedura di gara, per cui non può essere invocata l'eccezione di cui al comma 19 del medesimo art. 37";

CONSIDERATO inoltre che, a seguito della procedura di verifica sul perdurare della titolarità dei requisiti generali e speciali posta in essere dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 11 comma 8 D.lgs. 163/2006, le imprese residue all'ATI aggiudicataria non sono risultate in possesso dei requisiti richiesti dal bando: in particolare sono state ritenute carenti della cat. OS21 cl.V necessaria per l'esecuzione;

CONSIDERATO altresì che la UNIECO, società cui dopo la messa in liquidazione coatta amministrativa, è subentrata la S.C.S. Soc. Coop, dalle verifiche effettuate, è risultata non in regola con la normativa fiscale e contributiva per violazioni gravi e definitivamente accertate in un momento posteriore rispetto all'aggiudicazione;

RITENUTO quindi che dopo l'aggiudicazione definitiva e nelle more della stipula del contratto, l'impresa sostituita ex art. 37 comma 9 D.lgs. 163/2006 non sarebbe peraltro risultata in possesso dei requisiti generali e speciali per partecipare alla gara;

RITENUTO quindi che in virtù del principio di par condicio tra i concorrenti, la stazione appaltante nel caso di specie non possa stipulare il contratto con il raggruppamento aggiudicatario nella nuova composizione e quindi può legittimamente esercitare i propri poteri di autotutela ai sensi dell'art. 11 comma 9 D.lgs. 163/2006;

VISTO l'art. 75 comma 6 D.lgs. 163/2006 ai sensi del quale la cauzione provvisoria copre il rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittimo il comportamento della stazione appaltante di non procedere alla stipula del contratto con l'A.T.I. Mentucci, provvedendo contestualmente all'escussione della cauzione provvisoria.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 maggio 2019

Il Segretario Maria Esposito