DELIBERA N. 1126 del 5 dicembre 2018

OGGETTO: Istanze di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da SOFIL Marmi S.r.l. – Procedura aperta per la fornitura mediante somministrazione di materiali in marmo per l'unità di progetto C.O.I.M.E. – Importo a base di gara: euro 1.441.119,69 - S.A.: Comune di Palermo **PREC 39/18/F**

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 75606 del 1° giugno 2017, l'operatore economico Sofil Marmi S.r.l., terzo graduato nella gara in epigrafe, ha lamentato l'operato della stazione appaltante quanto a:

1) l'ammissione dell'aggiudicataria Fratelli Lampasona di Lampasona Girolamo & C. che, secondo l'istante, sarebbe carente dei requisiti di idoneità e capacità tecnico-professionale (poiché titolare di codici ATECO incongrui con l'oggetto della gara e per non avere fornito indicazione dettagliata di importi, date e destinatari delle esperienze pregresse) e non avrebbe reso una valida dichiarazione di assenza di cause ostative (perché difforme dalle prescrizioni del bando e non riconducibile alla totalità dei soggetti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016);
2) l'ammissione della seconda graduata R.G. S.r.l. che, secondo l'istante, sarebbe, come l'aggiudicataria, carente dei requisiti di capacità tecnico-professionale (per omessa indicazione dettagliata delle date delle esperienze pregresse), non avrebbe validamente sottoscritto il DGUE (firma illeggibile e timbro privo delle generalità della persona che ha agito per l'impresa) e non avrebbe reso una valida dichiarazione di assenza di cause ostative (impossibilità di identificare l'autore del DGUE);
3) l'aggiudicazione, che sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, per avere la stazione appaltante omesso di svolgere la verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicatario ai sensi delle lettere c) e d) del comma 2 dell'art. 97, ovvero ai sensi dell'art. 6 della stessa norma nonostante la presenza di indici sintomatici di anomalia. In particolare, ad avviso dell'istante, la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare la verifica di conformità, benché le offerte fossero in numero inferiore a cinque, perché la giurisprudenza e l'Anac hanno chiarito che i criteri per il calcolo della soglia di anomalia di cui alle lettere c) e d) risultano comunque utilizzabili anche quando le offerte sono meno di cinque.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 7824 del 26 gennaio 2018, la stazione appaltante, con memoria acquisita al prot. n. 9660 del 31 gennaio 2018, ha replicato puntualmente alle doglianze dell'istante sostenendone l'infondatezza.

Ritenuto in diritto

Il punto 15.a) del bando richiedeva quale requisito di idoneità professionale l'iscrizione «alla C.C.I.A.A. per la categoria adeguata all'oggetto dell'appalto». L'oggetto dell'appalto è descritto al punto 4) come «fornitura materiali in marmo». L'aggiudicatario ha dichiarato nel DGUE di essere iscritto alla C.C.I.A.A. di Palermo e dal certificato camerale risulta che l'attività esercitata è quella di «commercio al dettaglio di

materiali di costruzione, materiale elettrico, ferramenta, idro-termo sanitario, colori vernici (…) commercio di autoveicoli, commercio al dettaglio di calzature e accessori».

Al riguardo, nel Parere di precontenzioso n. 194 del 1° marzo 2018, alla stregua della più recente giurisprudenza, è stato sottolineato che la funzione della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, da tale ratio si desume la necessità di una congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto e ciò in quanto l'oggetto sociale va inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale. A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della idoneità professionale richiesta, e quindi in virtù di una considerazione globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto (Consiglio di Stato, sez. III, 8 novembre 2017 n. 5170). Nel caso in esame, il certificato camerale attesta lo svolgimento da parte dell'aggiudicatario dell'attività di commercio di materiale da costruzione, categoria generale che dovrebbe ricomprendere tutti i materiali normalmente utilizzati per la realizzazione di costruzioni edilizie e opere d'ingegneria civile, ivi compresi i materiali lapidei, oggetto della presente fornitura. L'idoneità professionale a svolgere tale attività non è inficiata dallo svolgimento di attività commerciale avente ad oggetto anche altre categorie merceologiche. Per quanto concerne il codice ATECO, si osserva, unitamente al Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 262 del 17 gennaio 2018, che «quale che sia la natura del medesimo, non ne era prescritto uno specifico come requisito di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara. In ogni caso, l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata sui codici ATECO sia perché non previsto dalla *lex specialis,* sia perché tale sistema ha principalmente funzione statistica, in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente od accessoria». Alla luce di tali considerazioni non appare censurabile la valutazione della stazione appaltante che, come richiesto dal bando di gara, ha ritenuto "adeguata" all'oggetto dell'appalto la categoria di iscrizione alla C.C.I.A.A. dell'aggiudicatario.

Per quanto concerne la dichiarazione inerente il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale, il punto 15.b) del bando prevedeva che il partecipante fornisse l'«elenco delle principali forniture effettuate negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati, nel settore oggetto del presente appalto, complessivamente di importo non inferiore a euro 1.441.119, 69 al netto di I.V.A..

L'aggiudicatario ha indicato nel DGUE le forniture complessivamente effettuate nel periodo di riferimento a favore del Comune di Palermo aventi ad oggetto materiali edili vari, ponteggi e legnami e, in una dichiarazione integrativa, le forniture aventi ad oggetto materiale edile vario effettuate a favore di altri soggetti pubblici e privati, per un totale complessivo di euro 1.456.271,13. Le dichiarazioni sono state rese raggruppando le singole forniture per destinatario. L'oggetto delle forniture – materiali edilizi vari – può essere considerato riconducibile al "settore oggetto dell'appalto" (come richiesto dal bando di gara) da intendersi come settore imprenditoriale ed economico nel quale ricadono le prestazioni in cui si estrinseca l'appalto (forniture di materiale edile), non avendo la stazione appaltante espressamente richiesto esperienze pregresse consistenti nella fornitura di materiale edile identico a quello della gara in esame. L'operatore economico secondo classificato R.G. S.r.l. ha elencato nel DGUE le principali forniture di materiali lapidei effettuate nel periodo di riferimento indicando importi, destinatari e anno di espletamento.

Non appaiono pertanto meritevoli di accoglimento le censure sollevate sul punto dall'istante né nei confronti dell'aggiudicatario né nei confronti del secondo classificato.

Per quanto riguarda la sottoscrizione del DGUE e la sua riconducibilità ai soggetti di cui all'art. 80, si evidenzia che lo schema di DGUE utilizzato dai concorrenti riferisce la dichiarazione relativa ai motivi di esclusione del comma 1 dell'art. 80 ai soggetti di cui al comma 3 del medesimo articolo senza richiedere la indicazione nominativa di ciascuno di essi. Tale impostazione dello schema di dichiarazione trova corrispondenza nelle indicazioni fornite dall'Autorità nel Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016, nel testo vigente *ratione temporis*, laddove, nell'ottica di perseguire la semplificazione delle procedure di gara e la riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse, è stato prescritto che la dichiarazione debba essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, senza prevedere l'indicazione dei nominativi dei singoli soggetti, nominativi che la stazione appaltante deve richiedere alle imprese solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese. Quanto alla sottoscrizione del DGUE, in particolare, da parte della seconda classificata, non appare censurabile la condotta della Commissione di gara che ha ricondotto la sottoscrizione apposta in calce al DGUE alla persona del legale rappresentante dell'impresa, Romilda Ciotti, in quanto soggetto che ha allegato alla dichiarazione il proprio documento d'identità in ottemperanza a quanto disposto dal punto 17.A.1 del bando di gara. Al riguardo si osserva che, fermo restando che l'Autorità nella determinazione n. 1/2015 ha ritenuto che l'eventuale carenza della sottoscrizione, sia dell'offerta che della domanda di partecipazione, sia sanabile tramite soccorso istruttorio perché, pur costituendo la sottoscrizione un elemento essenziale, la sua eventuale mancanza non impatta sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la

giurisprudenza ritiene che la sottoscrizione costituisca lo strumento giuridico per imputare una determinata dichiarazione a un soggetto e che la comminatoria di esclusione possa scattare soltanto nelle ipotesi in cui la sottoscrizione apposta generi obiettiva incertezza sul soggetto a cui imputare l'offerta: il Consiglio di Stato ha richiamato il principio generale per cui non è causa di invalidità di un atto amministrativo la circostanza che sia illeggibile la sottoscrizione, quando non sussista dubbio sulla provenienza dell'atto da chi risulti nell'intestazione o nel corpo del medesimo e sulla qualifica del sottoscrittore (sentenza del 15 dicembre 2016 n. 5317).

Infine, con riferimento alla mancata verifica della congruità dell'offerta, si evidenzia che il bando - pubblicato prima dell'introduzione da parte del decreto correttivo del comma 3-bis dell'art. 97 («Il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque») - rinvia al Comunicato del Presidente dell'Autorità del 5 ottobre 2016 precisando che «Tale verifica avrà luogo in presenza di almeno cinque offerte ammesse, giusta Comunicato del Presidente A.N.A.C. del 05.10.2016».

Il tenore della legge di gara è chiaro nell'escludere la verifica della congruità dell'offerta in presenza di un numero di offerte inferiore a cinque a prescindere dal metodo di calcolo della soglia di anomalia utilizzato tra quelli indicati al comma 2 dell'art. 97.

Il richiamo al Comunicato del Presidente ANAC non consente una diversa interpretazione giacché anche l'Autorità, nell'affermare che «è necessario indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante ricorso ai metodi di cui all'art. 97, comma 2, del Codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse», non ha inteso operare distinzioni tra i metodi di calcolo. Infatti, anche per i metodi diversi dai metodi a) ed e), benché tecnicamente possibile, il calcolo della soglia con meno di cinque offerte non sarebbe comunque significativo. Tale approccio interpretativo risulta confermato dal successivo intervento del legislatore che, come visto, con l'introduzione ("in via ricognitiva" secondo la giurisprudenza, TAR Campania sez. VIII 7 novembre 2017 n. 5221) del comma 3-bis dell'art. 97, in presenza di meno di cinque offerte, ha escluso l'applicazione del comma 2 *in toto*.

Per quanto riguarda la mancata attivazione della verifica c.d. facoltativa della congruità dell'offerta ai sensi del comma 6, ultimo periodo dell'art. 97 («La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa»), si rappresenta che sul punto l'orientamento della giurisprudenza è consolidato e univoco nel ritenere che «l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, 29 gennaio 2018 n. 604; 25 maggio 2017, n. 2460)» (TAR Lazio, Roma, sez. I ter 15/10/2018 n. 9992). Secondo il Consiglio di Stato, l'indirizzo ora richiamato si giustifica sull'ampiezza (o sostanziale indeterminatezza) del relativo presupposto di legge (art. 86, comma 3, d.lgs. 163 del 2006 oggi trasfuso nel comma 6 dell'art. 97): «in base ad elementi specifici», a sua volta correlato ad una situazione di mero sospetto di anomalia

dell'offerta (che «appaia anormalmente bassa»), tutto ancora da accertare a quel momento della procedura di affidamento.
Nel caso in esame, l'Autorità non dispone di elementi per vagliare l'esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante sotto il profilo dell'eventuale macroscopica irragionevolezza. L'unico parametro noto (e su cui si incentrano le censure dell'istante), ovvero il ribasso offerto dall'aggiudicatario del 35,55% (a fronte dei ribassi del 18,10% e del 20,231% degli altri concorrenti), pur essendo un ribasso significativo non è di portata tale da ritenere censurabile come macroscopicamente irragionevole l'operato della stazione appaltante, tenuto anche conto che, secondo la giurisprudenza, «un ribasso considerevole, è da escludere (…) che esso possa costituire ex se causa di inaffidabilità e, quindi, di (sospetta) anomalia dell'offerta» (TAR Sicilia sez. I 11 febbraio 2016 n. 390).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

– l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2018
Il Segretario Maria Esposito
Formato pdf 219 kb