



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 866 del 2 ottobre 2018

Fascicolo UVLA 519/2017

Oggetto: Gara per l'affidamento dei “Lavori di completamento schema idrico Basento-Bradano. Attrezzamento irriguo settore G” (CIG 373161521d) – S.A. Consorzio di Bonifica della Basilicata (già Consorzio di Bonifica Vulture - Alto Bradano).

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell’Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Perveniva all’Autorità l’istanza di parere precontenzioso prot. 181984 del 07.12.2016, presentata dal Consorzio di Bonifica Vulture – Alto Bradano, finalizzata a “*conseguire un parere vincolante dell’ANAC in merito alla correttezza della procedura di verifica sul possesso continuativo dei requisiti in capo alla ditta aggiudicataria*”, riguardanti nello specifico “1) *se, nel caso di specie, si sia verificata una perdita temporanea in corso di gara, in capo alla ditta [... OMISSIS ...], del possesso del requisito della attestazione SOA per categoria OG6 classifica VIII e se tale perdita temporanea, ove verificatasi, avrebbe dovuto determinare l’esclusione dalla gara del suddetto concorrente, ovvero l’esito negativo della procedura di verifica dei requisiti effettuata a seguito della aggiudicazione definitiva disposta in data 5 aprile 2016;* 2) *se, nel caso di specie, la sostituzione in corso di gara dell’impresa ausiliaria e dell’oggetto dell’avalimento avrebbe dovuto determinare motivo di esclusione dalla gara del suddetto concorrente, ovvero di esito negativo della procedura di verifica dei requisiti effettuata a seguito della aggiudicazione definitiva disposta in data 5 aprile 2016*”.

Nella ricostruzione fattuale, la stazione appaltante dava preliminarmente atto di aver aggiudicato la gara all’impresa [... OMISSIS ...] con delibera commissariale n. 75 del 12 marzo 2015, che tale provvedimento era stato impugnato, con due distinti ricorsi, notificati entrambi in data 17 aprile 2015, proposti sia dal concorrente secondo classificato, ovvero l’a.t.i. [... OMISSIS ...], sia dal concorrente terzo classificato, ovvero l’a.t.i. [... OMISSIS ...], che all’esito del primo e del secondo grado di giudizio il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1269 depositata in data 31 marzo 2016, aveva confermato l’aggiudicazione definitiva della gara in favore della ditta [... OMISSIS ...] e che “*nelle more di tale sottoscrizione è pervenuta al Consorzio, in data 6 ottobre 2016, una diffida con la quale l’impresa [... OMISSIS ...],*

mandataria dell'A.T.I. seconda classificata, ha intimato alla stazione appaltante di disporre l'immediato annullamento, in via di autotutela, del provvedimento di aggiudicazione", facendo presenti "alcuni profili di asserita illegittimità dell'ammissione alla gara e della successiva aggiudicazione in capo alla ditta prima classificata che non erano stati oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato".

La medesima stazione appaltante evidenziava, altresì, che la *lex specialis* di gara "richiedeva (tra l'altro): - il possesso della attestazione SOA in categoria OG6 classifica VIII; - il possesso di un fatturato non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara. Al momento della partecipazione alla gara, in data 23 maggio 2012, la ditta [... OMISIS ...] era in possesso del requisito della attestazione SOA ma non anche di quello del fatturato, per il quale ha fatto ricorso ad un contratto di avalimento stipulato con il Consorzio Stabile [... OMISIS ...]. L'attestato SOA per categoria OG6 classifica VIII posseduto dalla ditta [... OMISIS ...] era l'attestato n. 5537/41/01 rilasciato in data 4 maggio 2011 dalla Axsoa S.p.A. ed avente come termine di scadenza per la verifica triennale la data del 3 maggio 2014".

Rilevava ulteriormente la S.A. che "il contratto per conseguire la verifica triennale SOA (stando agli atti prodotti alla stazione appaltante dall'impresa [... OMISIS ...]) è stato sottoscritto solo in data 8 luglio 2014, ovvero dopo il termine di avvenuta scadenza della data di verifica. A fronte di tale contratto la verifica ha avuto riscontro solo in data 12 dicembre 2014; con esito parzialmente positivo, avendo la [... OMISIS ...] conseguito una riduzione di classifica nella categoria OG6, ovvero con passaggio dalla classifica VIII alla classifica VII".

La S.A. evidenziava altresì che "risulta che, prima dell'esito della verifica triennale avutasi in data 12 dicembre 2014 - con il rilascio dell'attestazione con declassamento al di sotto della soglia di requisiti richiesti dalla lex di gara - l'impresa [... OMISIS ...] aveva stipulato, in data 26 settembre 2014, un contratto di avalimento con il Consorzio Stabile [... OMISIS ...], con il quale le parti davano atto del mancato possesso del requisito della qualificazione in categoria OG6 classifica VIII e, per tale motivo, stipulavano un contratto di avalimento con il quale il Consorzio [... OMISIS ...] sostituiva il precedente ausiliario Consorzio Stabile [... OMISIS ...], e metteva a disposizione della ditta [... OMISIS ...] non solo il requisito del fatturato ma anche quello della attestazione SOA per categoria OG6 classifica VIII".

In merito alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, la stazione appaltante, nell'istanza di precontenzioso rilevava che non vi fosse "una disposizione normativa tassativa che vieti la sostituzione dell'impresa ausiliaria in corso di gara e sul punto la Sez. Quarta del Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale "Se gli artt. 47 secondo alinea e 48 terzo alinea della Direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente" (Cons. Stato sez. IV ord. 16 aprile 2016 n.1522)".

In data 26.01.2017, prot. n. 12216, l'Autorità comunicava l'improcedibilità dell'istanza di parere di precontenzioso presentata dal Consorzio di Bonifica Vulture – Alto Bradano, alla luce delle sentenze del giudice amministrativo, intervenute in relazione alla procedura di gara in oggetto (TAR Basilicata n. 430/2015 e C.d.S. n. 1269/2016), trasmettendo il fascicolo all'Ufficio vigilanza lavori dell'ANAC "per gli eventuali profili di competenza ... con particolare riguardo alla modifica del contratto di avalimento dopo la presentazione delle offerte".

Con nota acquisita al prot. n. 19063 del 06.02.2017 il Consorzio di Bonifica, nel prendere atto della dichiarata improcedibilità di precontenzioso avanzata dallo stesso e dell'intervenuta trasmissione del fascicolo all'Ufficio vigilanza lavori, evidenziava, tra l'altro, che "a parere di S. A. la mera eventualità (attenendosi all'aggettivo utilizzato dall'Ufficio medesimo) che codesta Autorità rilevi uno o più vizi di legittimità non costituisce giusta causa per il rinvio a tempo indeterminato della sottoscrizione del contratto, atteso: l'obbligo di legge di procedere alla contrattualizzazione; la necessità di non rinviare oltre la stipula, già ritardata dalla pendenza del

contenzioso che ha peraltro visto confermata la legittimità degli atti adottati dalla S.A.; Il contenuto del parere espresso dall'Ufficio Precontenzioso e Pareri che ha ritenuto improcedibile la richiesta proprio per effetto della decisione di secondo grado”, comunicando al contempo che “decorsi 15 giorni dall'inoltro della si procederà alla sottoscrizione del contratto con la ditta [... OMISSIS ...], salvo che nello stesso termine codesta Autorità dovesse rappresentare ragioni ostative alla sottoscrizione”.

Successivamente, risultano pervenuti all'autorità alcuni solleciti d'intervento da parte di [... OMISSIS ...] “in proprio e quale mandataria della R.T.I. con [... OMISSIS ...]”, sollecitando la determinazione dell'Ufficio “*anche alla luce della recente sentenza del 14 settembre 2017 della Corte di Giustizia U.E.*”.

Con nota prot. 34136 del 18.04.2018 l'Ufficio precedente, in relazione alle istanze pervenute da parte dell'ATI [... OMISSIS ...] con [... OMISSIS ...], indirizzate in parte anche nei riguardi dello stesso Ente, formulava richiesta di chiarimenti in ordine alla compatibilità delle determinazioni eventualmente assunte in ordine alla stipula del contratto con l'impresa [... OMISSIS ...] con i principi applicabili in tema di avvalimento e di continuità nel possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, che devono sussistere non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso.

Nella medesima nota - nell'evidenziare la questione circa la sostituzione dell'impresa ausiliaria nel corso della procedura d'appalto cui è incorsa l'impresa aggiudicataria, nominando come ausiliaria il Consorzio [... OMISSIS ...] in sostituzione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] ai fini del prestito riferito alla qualificazione nella categoria OG6, classifica VIII con il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia del 14.09.2017 - si prospettava una modifica dell'oggetto di avvalimento dichiarato in sede di partecipazione, in riferimento al requisito del fatturato, ampliandosi l'operatività dello stesso a requisiti non dichiarati al momento della partecipazione, non coerentemente con i principi giurisprudenziali, volti a ritenere che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (cfr. sent. Consiglio di Stato n. 810/2012).

Si evidenziava, inoltre, nei riguardi della medesima S.A., che dalla consultazione del casellario informatico delle annotazioni risultava l'intervenuto svolgimento di una verifica straordinaria che ha riguardato le attestazioni rilasciate nel periodo dal 2009 al 2013 all'impresa [... OMISSIS ...], in esito alla quale la SOA AXSOA comunicava la parziale insussistenza dei requisiti di ordine speciale di cui al previgente art. 18 del d.p.r. 34/2000, con conseguente declassamento della categoria OG6 da VIII a VII, prospettandosi pertanto una carenza dei requisiti sottesi alla qualificazione OG6, classifica VIII già al momento della presentazione della domanda di partecipazione e delle offerte.

In data 22.05.2018, acquisita al prot. n. 43451, perveniva il riscontro fornito dal Consorzio di Bonifica della Basilicata (già Consorzio di Bonifica Vulture – Alto Bradano) il quale, nel richiamare la precedente corrispondenza intercorsa con l'Autorità e il giudizio di ottemperanza intrapreso dall'impresa [... OMISSIS ...] “*innanzi al TAR. Basilicata per imporre alla stazione appaltante l'immediata sottoscrizione del contratto d'appalto, in quanto imposta da una sentenza del C.d.S. passata in giudicato*”, veniva precisato che “*Ad ogni buon conto, stante la mancanza di qualsiasi rilievo o difforme indicazione tanto da parte dell'Ufficio Pareri e Precontenzioso quanto da parte dell'Ufficio Vigilanza, il Consorzio procedeva alla sottoscrizione del contratto di appalto con la ditta [... OMISSIS ...]; ad oggi la procedura di esecuzione è nella fase di verifica del progetto esecutivo redatto dall'impresa*”, asserendo che “*La condotta della stazione appaltante è stata quindi determinata dalle decisioni e dagli indirizzi espressi dall'Autorità*”.

Riguardo alla questione circa la sostituzione dell'ausiliaria in corso di gara, la stessa S.A., richiamando le visioni opposte da parte di dottrina e giurisprudenza, che avrebbero reso necessario

rimettere la questione alla Corte di Giustizia della Comunità, ha rilevato che “*Alla data della gara la commissione ha optato per l'ammissione in assenza di un divieto espresso posto dal Legislatore ed ha altresì aderito alla tesi che consentiva la sostituzione dell'ausiliario, anche in ossequio al principio della massima partecipazione; per cui a nulla potrebbe rilevare sulla predetta ammissione una decisione giunta solo dopo diversi anni*”.

Per quanto riguarda il tema del requisito della qualificazione in categoria OG6 per classifica VIII, viene inoltre rilevato che “*l'ammissione è stata disposta in funzione della sospensione della procedura di gara per effetto della sopravvenuta perdita (poi risultata solo temporanea) del finanziamento dell'opera. La scadenza per la presentazione delle offerte era fissata alla data del 23 maggio 2012, data in cui la ditta [... OMISSIS ...] risultava in possesso della qualificazione in categoria OG6 per classifica VIII in corso di validità fino alla data del 3 maggio 2014. La procedura di gara si è poi interrotta per effetto della perdita del finanziamento, per cui la stazione appaltante ha sospeso ogni attività stante l'impossibilità di procedere all'affidamento dell'appalto in mancanza del suddetto finanziamento; solo a seguito del rifinanziamento dell'opera la stazione appaltante ha potuto riavviare la procedura interrotta e chiedere ai concorrenti di confermare le offerte già presentate*” e che “*la commissione di gara avrebbe valutato il possesso dei requisiti di partecipazione rispetto al momento della ripresa delle operazioni di gara, ed a tale data la ditta [... OMISSIS ...] ha comprovato il possesso del requisito della qualificazione a mezzo del nuovo ausiliario*”, ritenendo sostanzialmente che “*La commissione ha quindi ritenuto rilevante una sospensione di oltre due anni e quattro mesi, reputando sufficiente che i concorrenti dimostrassero la continuità del possesso dei requisiti nel periodo di svolgimento della procedura di gara ma non anche durante il periodo di sospensione*”.

Infine, riguardo alla ricostruzione delle operazioni di gara, nel dare atto del rifinanziamento del progetto e dell'avvio delle procedure di gara nella seconda metà di settembre 2014, la stessa precisava che “*In sede di gara, in seduta pubblica, si accertava il possesso dei requisiti da parte dell'impresa [... OMISSIS ...] all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara; anche nella conferma del settembre 2014 il possesso dei requisiti veniva ritenuto fondato dalla Commissione, che decideva di ammettere al prosieguo della gara la [... OMISSIS ...], anche in virtù del favor participationis*” e che “*Esaurita la valutazione dell'offerta tecnica ed esaminate le offerte economiche e temporali, l'impresa [... OMISSIS ...] risultava prima in graduatoria, da sottoporre a verifica di anomalia; esperita tale procedura con giudizio positivo di congruità, in data 12.03.2015 i lavori venivano aggiudicati alla [... OMISSIS ...] con delibera commissariale n. 75*”, dando ulteriormente atto che “*L'aggiudicazione alla [... OMISSIS ...] veniva impugnata sia dalla seconda che dalla terza graduata, rispettivamente le ATI [... OMISSIS ...], in prima istanza innanzi al TAR. Basilicata che si pronunciava con sentenza n. 430/2015 ed in seconda innanzi al Consiglio di Stato; il quale, con sentenza n. 1269 del 31.03.2016 sanciva la validità dell'aggiudicazione definitiva in capo alla [... OMISSIS ...]*”.

Riguardo alle tempistiche per la stipulazione del contratto, il Consorzio rilevava che “*una volta accertato positivamente il possesso dei requisiti da parte della [... OMISSIS ...], si avviavano le procedure per la sottoscrizione del contratto, protrattesi per alcuni mesi causa divergenze tra la Stazione Appaltante e l'Impresa su alcuni punti cardine (a titolo di esempio, l'onere economico per la verifica bellica); l'Impresa, a fine settembre 2016, dichiarava infine di accettare le condizioni poste dalla S. A. alla sottoscrizione del contratto*” e che “*In prossimità della contrattualizzazione con la [... OMISSIS ...], tuttavia, in data 05.10.2016 la [... OMISSIS ...] inoltrava al Consorzio diffida al riesame ed annullamento in autotutela dell'aggiudicazione alla [... OMISSIS ...], riproponendo la mancata validità delle procedure di avvalimento poste in essere dalla [... OMISSIS ...], già esposte a codesta Autorità dalla [... OMISSIS ...]*”, evidenziando ulteriormente che “*L'Amministrazione consortile ed il RUP ritenevano a tal punto, a vincolo contrattuale non ancora formalizzato, di sottoporre la questione all'ANAC ... La sottoscrizione del contratto veniva sospesa nelle more del pronunciamento dell'ANAC*” e che “*Il Consorzio in data 01.02.2017 (cfr. nota allegata), a seguito del contenuto della comunicazione ANAC del 26.01.2017, nel motivare a codesta Autorità l'impossibilità di procrastinare ulteriormente la sottoscrizione del contratto comunicava che, ove entro 15 giorni non fossero intervenute ragioni ostative, avrebbe proceduto alla sottoscrizione del contratto di appalto, come poi avvenuto in data 23.02.2017 per alto notarile*”.

Infine, il Consorzio concludeva affermando che *“l’impresa ha provveduto a redigere il progetto esecutivo, consegnato in data 25 settembre 2017; attualmente, tale progetto è in fase di verifica da parte di società esterna individuata tramite gara di pubblica evidenza, attività propedeutica alla validazione da parte del RUP ed alla successiva consegna dei lavori all’impresa [... OMISSIS ...]”* e che *“si ritiene possano essere proseguite, salvo che non intervengano motivi ostativi da parte di codesta Autorità, possibilmente in tempi estremamente contenuti essendo le procedure di verifica progettuale prossime all’oro compimento”*, formulando richiesta di essere audito *“ove se ne ravvisi l’opportunità”*.

Con nota prot. 61084 in data 11.07.2018, in attuazione del deliberato consiliare dell’adunanza del 4 luglio 2018, l’Autorità comunicava le risultanze istruttorie, confermando i profili prospettati nell’ambito della richiesta informativa suddetta riguardo, in primo luogo, alla sostituzione dell’impresa ausiliaria, cui è incorsa l’impresa aggiudicataria [... OMISSIS ...], nominando come ausiliaria il Consorzio [... OMISSIS ...] in sostituzione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] ai fini del prestito riferito alla qualificazione nella categoria OG6, classifica VIII, ritenuta ammissibile dalla stazione appaltante, che ha proceduto alla stipula del contratto in data 23.02.2017. Tale ammissibilità veniva peraltro ritenuta sussistente dalla Stazione appaltante anche a seguito dell’intervenuta sentenza della Corte di Giustizia, la quale, riguardo all’applicazione dell’art. 49 dell’ex d.lgs. 163/2006, in riferimento alla Direttiva CE 2004/2018, testualmente recita: *“L’articolo 47, paragrafo 2, e l’articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l’operatore economico, che partecipa a una gara d’appalto, di sostituire un’impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l’esclusione automatica del suddetto operatore”*.

Nella suddetta nota l’Autorità evidenziava altresì che l’intervenuta sostituzione dell’ausiliario - intercorsa nelle more dell’aggiudicazione di cui alla delibera commissariale n. 75 del 12.03.2015, avvenuta al fine di integrare l’avalimento in riferimento al possesso della qualificazione SOA nella classifica VIII, non confermata in sede di rilascio della verifica triennale n. 9572/41/01 del 12.12.2014, che ha riconosciuto all’impresa aggiudicataria [... OMISSIS ...] in modo limitato la categoria OG6 nella classifica VII - integrasse una modifica dell’oggetto di avalimento dichiarato in sede di partecipazione, in riferimento al requisito del fatturato, ampliandosi l’operatività dello stesso a requisiti non dichiarati al momento della partecipazione, non coerentemente con i principi giurisprudenziali, volti a ritenere che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell’avalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (cfr. sent. Consiglio di Stato n. 810/2012).

Si prospettava, altresì, ferma restando la non ammissibilità di un avalimento non perfezionato nella fase di presentazione della domanda di partecipazione, una mancata coerenza con il principio della continuità del possesso dei requisiti, con richiamo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Inoltre, si evidenziava che nel riscontro fornito, la stessa S.A. non riferiva alcunché in ordine alla circostanza relativa all’annotazione contenuta nel casellario informatico del 13.06.2015, a carico dell’impresa [... OMISSIS ...], con la quale si evidenziava l’intervenuto svolgimento di una verifica straordinaria che ha riguardato le attestazioni rilasciate nel periodo dal 2009 al 2013 all’impresa citata in esito alla quale la SOA AXSOA aveva comunicato la parziale insussistenza dei requisiti di ordine speciale di cui all’Art. 18 del d.p.r. 34/2000, con conseguente declassamento della categoria OG6 da VIII a VII, prospettandosi pertanto una carenza dei requisiti sottesi alla qualificazione OG6, classifica VIII già utilizzata per la partecipazione alla gara *de qua*.

Da ultimo, si evidenziava l’irrelevanza delle argomentazioni svolte dall’Ente riguardo all’aver proceduto nella stipula del contratto con l’impresa [... OMISSIS ...] dopo aver comunicato all’Autorità

“che, ove entro 15 giorni non fossero intervenute ragioni ostative, avrebbe proceduto alla sottoscrizione del contratto di appalto, come poi avvenuto in data 23.02.2017 per atto notarile”, alla luce della improcedibilità della richiesta d'intervento da parte dell'Autorità, volto ad avallare l'operato prospettato dalla stazione appaltante in assenza di un riscontro nei termini indicati, tenuto conto di quanto precisato nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 16 novembre 2016 riguardo alla funzione svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui la stessa *“...non può né deve essere intesa come una forma di consulenza data ai richiedenti ma come un'attività strettamente connessa alle funzioni di vigilanza e regolazione che l'Autorità è chiamata a svolgere nei settori indicati”*.

Conclusivamente, si assegnava alla SA il termine di 30 giorni per formulare le proprie controdeduzioni sui rilievi sopra riportati, eventualmente allegando idonea documentazione di supporto, ovvero per manifestare la volontà di conformarsi alle indicazioni contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie; analoga facoltà veniva concessa all'impresa [... OMISIS ...] di presentare memorie e/o ulteriore documentazione probatoria.

Con nota acquisita al prot. 62583 del 16.07.2018, l'impresa sopra citata presentava quindi istanza di audizione all'ufficio *“allo scopo di poter riscontrare e controdedurre i rilievi riportati nella stessa, onde chiarire al meglio la posizione della scrivente e la legittimità del procedimento osservato dalla stazione appaltante”*; analogamente, la SA, con nota acquisita al prot. 62471 del 16.07.2018 avanzava istanza di audizione ai sensi dell'art. 16, comma 2 del vigente regolamento di vigilanza.

Successivamente, veniva acquisita al prot. 68840 del 06.08.2018 la memoria dell'impresa [... OMISIS ...] con la quale, al fine di confutare i rilievi esposti nella comunicazione delle risultanze istruttorie, veniva preliminarmente effettuata una ricostruzione dei fatti, evidenziando in primis di aver partecipato, in data 23 maggio 2012, ad una procedura di gara indetta dal Consorzio di Bonifica in oggetto, riferendo, in ordine a lungaggini della procedura, che *“Entro il termine di 180 giorni dalla presentazione delle offerte, previsto dall'art. 11, comma 6, del D. Lgs. n. 16312006, la stazione appaltante non ha provveduto - senza addurre alcuna motivazione - a fornire ai concorrenti la benché minima comunicazione relativa alla procedura di gara”* e che *“Tale silenzio, del tutto ingiustificato da parte del Consorzio, è stato interrotto con due richieste di rinnovo della validità delle garanzie provvisorie e di proroga della validità delle offerte”*, dando ulteriormente rilievo alla circostanza che *“Successivamente al 22 novembre 2013 la stazione appaltante non ha più chiesto ai concorrenti alcuna proroga né delle garanzie provvisorie, né delle offerte, sicché si poteva ragionevolmente ritenere che il Consorzio non intendesse neanche esaminare le offerte pervenute, manifestando un evidente disinteresse a portare avanti la procedura ad evidenza pubblica”*. In tale contesto, veniva evidenziato che solamente *“con nota 17 settembre 2014, prot. 2317 (dopo quasi un anno di totale e ingiustificato silenzio) la stazione appaltante ha informato i concorrenti che “i lavori, defianziati con D.L. n. 145 del 21.12.2013, sono stati successivamente rifianziati con D.L. n. 133 del 12.09.2014, all'art. 3 c. 2 letto A). Per quanto sopra, l'iter di aggiudicazione non si è concluso nel termine di scadenza dell'offerta indicato al punto IV.3.7.) del citato bando di gara; è necessario pertanto estendere i termini di validità della cauzione provvisoria e di confermare la validità dell'offerta formulate ...”*, richiedendo pertanto ai concorrenti, tra l'altro *“la conferma, a mezzo di idonee dichiarazioni, che non sono mutate le condizioni di partecipazione dell'offerente rispetto a quelle dichiarate in sede di offerta”*, con la precisazione che *“In tale sede, la [... OMISIS ...] ha, da un lato, confermato il possesso dei requisiti per la sua partecipazione alla procedura di gara; dall'altro, in ragione del decorso di ben ventotto mesi dall'iniziale scadenza di presentazione delle offerte (23 maggio 2012) e ad un anno quasi dalla scadenza del termine (già prorogato) entro il quale le stesse erano giuridicamente vincolanti – ha dichiarato che: (i) si è reso necessario procedere alla sostituzione dell'ausiliario “[... OMISIS ...] Consorzio Stabile”, in seguito all'approvazione della delibera con la quale era stato posto in liquidazione volontaria il suddetto consorzio; (ii) ha provveduto a nominare [... OMISIS ...], quale nuova Impresa ausiliaria ...”*.

In riferimento alla conclusione della procedura di aggiudicazione, veniva ulteriormente evidenziato che *“Il Consorzio di Bonifica Vulture - Alto Bradano, in data 5 aprile 2016, ha disposto*

l'aggiudicazione definitiva in capo all'impresa [... OMISSIS ...], in esito alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2016, n. 1269, con la quale è stato accolto l'appello della stessa, riformando la sentenza del TAR Basilicata 21 luglio 2015, n. 430 e confermando la legittimità dell'aggiudicazione definitiva precedentemente disposta in favore di [... OMISSIS ...], evidenziando la totale correttezza della relativa posizione” e che “In esito ad un'istanza ricevuta dal concorrente secondo classificato, avente ad oggetto i medesimi argomenti riportati nella Comunicazione, la Stazione appaltante ha inoltrato all'ANAC una richiesta di parere, in data 7 dicembre 2016, considerata dall'Autorità "improcedibile", come da provvedimento n. prot. 122116 del 26 gennaio 2017”, rilevando l'intervenuta sottoscrizione del contratto in data 23 febbraio 2017 a fronte del mancato intervento dell'ANAC e del ricorso presentato dalla stessa impresa al TAR Basilicata avverso il silenzio del Consorzio “ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante, essendo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto”.

Alla luce di tale ricostruzione fattuale, in merito al procedimento istruttorio svolto dall'Autorità, l'impresa contestava in primo luogo la “*Violazione e falsa applicazione art. 97 Costituzione. Violazione artt. 13, 14 e 19 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici dell'Autorità del 15 febbraio 2017*”, riferendo di non aver ricevuto “*la comunicazione di avvio del procedimento, non ha avuto indicazioni sulla data di avvio del procedimento (neanche con la Comunicazione), non ha potuto presentare memorie o documentazione probante, ma le è pervenuta - improvvisamente - la Comunicazione di risultanze istruttorie, formulate in assenza del benché minimo contraddittorio, in palese violazione delle disposizioni regolamentari che disciplinano le funzioni di vigilanza esercitate dall'ANAC*” e ritenendo che “*L' art. 13 del Regolamento ANAC imponeva, invece, di comunicare all'impresa [... OMISSIS ...] l'avvio del procedimento, prima di approvare le risultanze istruttorie*”. Sempre in ordine a tale rilievo, veniva altresì evidenziato che “*visto il numero di riferimento del procedimento (Fascicolo UVLA n. 519/2017), sembra evidente che non sia stato rispettato il termine di 180 giorni per la predisposizione della Comunicazione di risultanze istruttorie, ricevute l'11 luglio 2018, con le relative conseguenze sull'efficacia delle stesse*”.

Quale ulteriore profilo controdeduttivo formulato dall'impresa, veniva rilevata la “*Violazione di legge. Insussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241*”, in quanto “*L' Ufficio di Vigilanza, in modo del tutto illegittimo e senza attendere neanche le eventuali osservazioni dell'impresa, ignorando apertamente le ragioni della stessa, per l'ennesima volta, sembra già richiedere alla stazione appaltante di porre in essere un procedimento in autotutela*” e ritenendo, in riferimento ai presupposti “*affinchè la Pubblica Amministrazione possa legittimamente esercitare i suoi poteri di annullamento in autotutela*” che “*nella fattispecie in discussione i predetti presupposti, che legittimerebbero l'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione definitiva da parte della Stazione appaltante, non sussistono*”.

In ordine al presupposto circa l’“*esistenza di un vizio di legittimità del provvedimento da annullare*”, l'impresa asseriva “*l'impossibilità di qualificare come illegittimo il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto dalla Stazione appaltante*”, ritenendo l'irrelevanza della “*giurisprudenza comunitaria richiamata dall'ANAC sul principio della immodificabilità dell'ausiliaria in corso di gara per le seguenti ragioni*”, sulla scorta della considerazione che “*la sostituzione è avvenuta in connessione con (e in conseguenza di) una riapertura della procedura avvenuta quando tutte le offerte, come innanzi posto in luce, avevano ormai perso i propri requisiti essenziali di ammissibilità e in un contesto nel quale la stazione appaltante si è trovata costretta a permettere a tutti i concorrenti di sanare l'intervenuta mancanza di requisiti condizionanti la validità delle offerte stesse (primo fra tutti, l'impegno giuridicamente vincolante del garante di costituire la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione o l'esistenza di una valida ed efficace cauzione provvisoria)... sicché risulta necessario un temperamento del principio di immodificabilità soggettiva*”.

A sostegno delle proprie argomentazioni l'impresa richiamava, tra l'altro, il parere dell'ANAC n. 899 del 6 settembre 2017 che “*ha ritenuto legittima la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche in una gara bandita sotto la vigenza del D. Lgs. n. 163/2006, facendo leva sulla specificità del caso in esame (nel quale la perdita del*

requisito in capo all'ausiliaria dell'aggiudicataria era avvenuta solo dopo che la gara era stata aggiudicata in un primo momento ad altro operatore economico e, solo successivamente, in forza di una pronuncia giurisdizionale, al secondo in graduatoria”, rilevando che “Tale orientamento dell'ANAC è stato applicato anche al caso di specie, dal momento che dopo una simile sospensione e riapertura della gara non sarebbe stato ragionevole pretendere non solo il possesso dei requisiti, ma la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è stata alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione” e che “Il principio statuito dall'Adunanza Plenaria n. 8/2015 - secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità - non è correttamente invocato dall'ANAC quando si è in presenza di una procedura di gara con tempi del tutto disarticolati rispetto a quelli ordinari, caratterizzati da sospensione, non motivata, e da una conseguente riapertura improvvisa”.

Al fine di rilevare la mancata applicabilità del principio di continuità del possesso dei requisiti, la stessa impresa deduceva che “Al momento della riapertura della gara, pertanto, nessuna offerta era in possesso dei requisiti di ammissibilità (sull'essenzialità dell'impegno del fideiussore a costituire la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2015, n. 2717). Quella che la stazione appaltante definisce "conferma" delle offerte è stata in realtà, per tutti i concorrenti, l'integrazione di elementi nuovi diretti ad integrare requisiti di ammissibilità dell'offerta a suo tempo presentata” e che “Non si ricade, infatti, in una ipotesi di durata fisiologica del procedimento di gara, pur dilatato attraverso eventuali proroghe della validità delle offerte, bensì nella diversa ipotesi patologica del passaggio di un abnorme periodo di tempo (a) senza che la stazione appaltante si fosse preoccupata di far prorogare la validità delle offerte, ma (b) con l'improvvisa decisione di riavviare il procedimento e di ripescare a tal fine quelle stesse offerte, sollecitando però i concorrenti, attraverso la conferma e la costituzione di nuove garanzie, ad integrarne le condizioni di ammissibilità medio tempore irrimediabilmente venute meno da circa un anno ... Correttamente, pertanto, la stazione appaltante ha consentito di ricostituire i requisiti di ammissibilità delle offerte non solo attraverso la formazione di nuove cauzioni provvisorie e la produzione di nuovi impegni dei garanti a costituire la cauzione definitiva, ma anche attraverso l'integrazione di altri requisiti”.

La medesima impresa rilevava poi l'infondatezza della censura “con la quale si lamenta che la [... OMISSIS ...] avrebbe illegittimamente sostituito in corso di gara un'ausiliaria con un'altra ditta in possesso della SOA OG6 qualifica VIII”, argomentando che “In realtà [... OMISSIS ...], al momento della presentazione dell'offerta (maggio 2012) era in possesso della SOA richiesta, e della cifra d'affari in lavori richiesta dal bando di gara, requisito questo regolarmente posseduto dall'allora ausiliaria” e che “Al momento successivo della conferma dei requisiti, dopo oltre 24 mesi dalla presentazione dell'offerta (settembre 2014), [... OMISSIS ...] aveva la qualificazione SOA in attesa di rinnovo, tempestivamente richiesto il 3 aprile 2014 ... All'atto del riavvio della procedura di gara (settembre 2014), non essendo ancora stata rinnovata la SOA (per fatto non imputabile all'impresa richiedente), per evitare rischi di sorta la [... OMISSIS ...] ha deciso di ricorrere all'avvalimento non solo per il fatturato, ma anche per la SOA”, richiamando a tale riguardo l'applicazione del principio del *favor participationis*, nonché della disposizione di cui all'art. 77, comma 1 del DPR n. 207/2010 “che consente la partecipazione alle gare alle imprese che abbiano tempestivamente chiesto la verifica di mantenimento dei requisiti”.

A fronte di tali considerazioni, l'impresa [... OMISSIS ...] rilevava, altresì, la carenza anche del “secondo dei presupposti che legittimerebbero l'esercizio di un potere di annullamento in autotutela da parte della Pubblica Amministrazione (i.e. la sussistenza di evidenti ragioni di interesse pubblico che dovrebbero porsi a fondamento della determinazione adottata nell'esercizio del potere di autotutela)”, rilevando sostanzialmente che “L'eventuale annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva comporterebbe, pertanto, per la contabilità pubblica una spesa aggiuntiva di quasi dodici milioni, esponendo il Consorzio e la Regione, in solido, a risarcire l'operatore economico danneggiato da tale decisione, ovvero l'impresa [... OMISSIS ...], con un'ulteriore somma, superiore ad otto milioni di euro ..., con un potenziale maggiore esborso per il pubblico erario di venti milioni di euro”.

Risulta inoltre evidenziato dall'impresa anche che *“il terzo presupposto (i.e. la supremazia dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato, che deve emergere da una complessa ponderazione comparativa) risulta essere del tutto carente nella fattispecie in esame”*, ritenendo di sottolineare che *“che le risultanze dell'ANAC non tengono in nessuna considerazione il fatto che i lavori di cui si discute rientrano, come detto, tra le infrastrutture strategiche previste dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, in seguito disciplinati dalla parte II, titolo III, capo IV del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”* e che, per tali interventi *“l'art. 125, comma 2, del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, prevede che "Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3. Talché l'eventuale annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva non avrebbe alcun effetto nei confronti del contratto per espressa previsione di legge”*.

Sempre in riferimento ai presupposti per l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, l'impresa evidenziava altresì che *“Anche l'assenza del quarto presupposto (i.e. il rispetto del termine per annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo) comprova che l'autotutela non può essere esercitata. L'aggiudicazione definitiva è stata disposta in data 5 aprile 2016; ciò significa che, anche a voler prescindere da ogni altra considerazione nel merito, è scaduto il termine di 18 mesi fissato dall'art. 21-nonies, comma 1, della legge 241 del 1990, per poter annullare d'ufficio il citato provvedimento (da ultimo, TAR Lombardia - Milano, Sez. I, 2 luglio 2018, n. 1637)”*, rilevando conclusivamente che *“Il mancato rispetto del citato termine rende non legittimo ogni eventuale atto di ritiro, sicché è ormai evidente che non sussiste nessuno dei quattro presupposti che possono consentire ad una P.A. di procedere ad annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo”*.

Risulta, poi, argomentato in ordine alla *“nullità del provvedimento per elusione del giudicato, ai sensi dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241”*, ritenendo che *“l'accertamento della legittimità dell'aggiudicazione è ormai coperto dall'effetto di giudicato”* e che *“La stessa pronuncia del Consiglio di Stato n. 1269/2016, in più punti, si è espressa sul contratto di avalimento rimarcandone la legittimità, sicché l'eventuale raccomandazione ANAC difforme rispetto a tale pronuncia sarebbe affetta da nullità, ai sensi dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, per elusione del giudicato”*.

Da ultimo, l'impresa fa riferimento alla *“Violazione e falsa applicazione art 97 Costituzione. Violazione degli artt. 1 e 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione del principio di trasparenza degli atti amministrativi”*, asserendo *“la carenza, nell'ambito del provvedimento, di un elemento, quale è la motivazione che in linea di principio è fondamentale per gli atti amministrativi ai sensi dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241”*, da cui *“Ne deriva, ad ogni modo, anche la palese violazione del suddetto principio di trasparenza, che non costituisce una mera enunciazione del legislatore, ma un vero e proprio canone obbligatorio di legittimità, capace di invalidare, se inosservato, un atto amministrativo. Ne consegue un'evidente contraddittorietà, carenza, lacunosità della motivazione della Comunicazione, da soli elemento sufficiente per l'archiviazione del procedimento di vigilanza, ai quali va aggiunta la violazione dei principi di partecipazione al procedimento, diritto al contraddittorio, diritto alla difesa, trasparenza ed imparzialità dell'agere pubblico, soprattutto nel caso di esercizio del potere da parte di un'Autorità indipendente”*.

In accoglimento delle richieste di audizione formulate dal Consorzio di Bonifica della Basilicata e dall'impresa [... OMISSIS ...], in data 05.09.2018 si svolgevano le predette audizioni istruttorie dinanzi all'Ufficio. In tale sede, i rappresentanti del Consorzio, in ordine alle circostanze rappresentate nella comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 61084 del 11.07.2018, si riportavano *“integralmente alle deduzioni formulate nelle memorie del 06.12.2016 (inoltrata all'Ufficio Precontenzioso) e del 22.05.2018 (inoltrata all'ufficio vigilanza lavoro, ribadendo che tutte le tematiche oggetto della presente audizione erano state poste e sollevate dal Consorzio all'ANAC nella richiesta di parere precontenzioso a carattere vincolante sopra richiamata, formulata, in data 06.12.2016 e conclusasi con la declaratoria di improcedibilità “per effetto delle intervenute sentenze del giudice amministrativo (TAR Basilicata 430/2015 e Cons. Stato n. 1269/2016)”, al fine di precisare la legittimità e buona fede della condotta della stazione appaltante”*.

In ordine alla questione relativa alla verifica dei requisiti dell'impresa aggiudicataria che il

Consorzio deduceva di aver effettuato a seguito dell'aggiudicazione definitiva, disposta in data 05.04.2016, il Responsabile del procedimento rappresentava *“che non si è ritenuto di procedere alla verifica del possesso dei requisiti SOA per l'impresa aggiudicataria in quanto tale requisito era posseduto dall'ausiliaria subentrata Consorzio [... OMISSIS ...]”*.

Da ultimo, sullo stato del procedimento, il tecnico convenuto rappresentava che *“al momento sono in corso le ultime fasi dell'attività di verifica della progettazione esecutiva ad opera di soggetto esterno qualificato”*.

Nel corso dell'audizione l'impresa [... OMISSIS ...], invece, si riportava *“integralmente alla memoria trasmessa in data 6 agosto 2018 prot. ANAC 68840 del 6.8.2018, richiedendo all'ufficio di tenere presente nell'ambito dell'istruttoria in itinere gli sforzi economici ed organizzativi posti in essere dall'impresa per realizzare i lavori oggetto del contratto e richiamando in particolare i precedenti orientamenti ANAC riportati nella memoria”*; in ordine all'avanzamento del procedimento, i rappresentanti dell'impresa hanno evidenziato che *“al momento si è conclusa la progettazione esecutiva rispetto alla quale risultano evase nel luglio u.s. le integrazioni del soggetto verificatore”*.

Considerato in diritto

Le circostanze sopra riportate confermano i profili di criticità prospettati nell'ambito della richiesta informativa e della successiva comunicazione delle risultanze istruttorie, riguardo alla sostituzione dell'impresa ausiliaria, cui è incorsa l'impresa aggiudicataria, nominando come ausiliaria il Consorzio [... OMISSIS ...] in sostituzione del Consorzio Stabile [... OMISSIS ...] ai fini del prestito riferito alla qualificazione nella categoria OG6, classifica VIII, ritenuta ammissibile dalla stazione appaltante che, come sopra evidenziato, ha proceduto alla stipula del contratto in data 23.02.2017. Tale ammissibilità è stata ritenuta sussistente dalla Stazione appaltante anche a seguito dell'intervenuta sentenza della Corte di Giustizia, la quale, riguardo all'applicazione dell'art. 49 dell'ex d.lgs. 163/2006, in riferimento alla Direttiva CE 2004/18, testualmente recita: *“L'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore”*.

Anche a voler prescindere da tale profilo, si evidenzia che la sostituzione dell'ausiliario, intercorsa nelle more dell'aggiudicazione di cui alla delibera commissariale n. 75 del 12.03.2015, è avvenuta al fine di integrare l'avvalimento in riferimento al possesso della qualificazione SOA nella classifica VIII, non confermata in sede di rilascio della verifica triennale n. 9572/41/01 del 12.12.2014, che ha riconosciuto in modo limitato la categoria OG6 nella classifica VII, ponendo anche l'irrilevanza della questione circa la tempestiva sottoposizione al procedimento inerente alla conferma della validità triennale. Tali circostanze integrano, peraltro, una modifica dell'oggetto di avvalimento dichiarato in sede di partecipazione, in riferimento al requisito del fatturato, ampliandosi l'operatività dello stesso a requisiti non dichiarati al momento della partecipazione, non coerentemente con i principi giurisprudenziali, volti a ritenere che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (cfr. sent. Consiglio di Stato n. 810/2012).

In relazione a tali profili di contestazione, non risultano dirimenti le argomentazioni difensive svolte dal Consorzio di Bonifica, ribadite anche in sede di audizione, che ha ritenuto in primo luogo di poter fare riferimento alle sospensioni della procedura di gara per effetto della sopravvenuta perdita temporanea del finanziamento dell'opera, rilevando che la commissione di gara avrebbe valutato il possesso dei requisiti all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, nonché al momento

della ripresa delle operazioni di gara, dando atto che “*a tale data la ditta [... OMISSIS ...] ha comprovato il possesso del requisito della qualificazione a mezzo del nuovo ausiliario*”, ritenuta la non ammissibilità di un avvalimento inerente alla categoria di qualificazione SOA OG6-VIII classifica, non perfezionato nella fase di presentazione della domanda.

A tale riguardo, irrilevanti si ritengono, altresì, le considerazioni svolte dall'impresa nella memoria prodotta e ribadite in sede di audizione, laddove si rileva l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, argomentando tra l'altro l'inesistenza di vizi di legittimità richiesta dall'art. 21 *nonies*.

Al di là della valutazione dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, da esercitare nel rispetto dei presupposti di legge, non risultano condivisibili le argomentazioni svolte, tese a sostenere l'ammissibilità della modifica dell'oggetto dell'avvalimento.

Come evidenziato nelle premesse, l'impresa ha ritenuto di rappresentare che la sostituzione dell'ausiliaria è avvenuta a seguito di “*una riapertura della procedura avvenuta quando tutte le offerte, come innanzi posto in luce, avevano ormai perso i propri requisiti essenziali di ammissibilità e in un contesto nel quale la stazione appaltante si è trovata costretta a permettere a tutti i concorrenti di sanare l'intervenuta mancanza di requisiti condizionanti la validità delle offerte stesse (primo fra tutti, l'impegno giuridicamente vincolante del garante di costituire e la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione o l'esistenza di una valida ed efficace cauzione provvisoria)... sicché risulta necessario un temperamento del principio di immutabilità soggettiva*”, ritenendo che in ragione di tale specificità non trovasse applicazione il principio di continuità del possesso dei requisiti, invocando altresì l'applicazione dei principi espressi dall'ANAC nel parere n. 899 del 06.09.2017 “*che ha ritenuto legittima la sostituzione dell'impresa ausiliaria anche in una gara bandita sotto la vigenza del D. Lgs. n. 163/2006, facendo leva sulla specificità del caso in esame (nel quale la perdita del requisito in capo all'ausiliaria dell'aggiudicataria era avvenuta solo dopo che la gara era stata aggiudicata in un primo momento ad altro operatore economico e, solo successivamente, in forza di una pronuncia giurisdizionale, al secondo in graduatoria)*”.

A tale riguardo, si evidenzia che il caso in esame non risulta assimilabile alla fattispecie presa in esame nell'ambito del parere di precontenzioso dell'ANAC, comunque antecedente alla sentenza della Corte di Giustizia del 14.09.2017, riguardante la perdita dei requisiti dell'impresa ausiliaria e l'ammissibilità della sostituzione dell'ausiliaria, argomentata facendo riferimento, tra l'altro, alla “*fungibilità dell'impresa ausiliaria ... , la tempestiva stipula di un nuovo contratto di avvalimento con altra impresa ausiliaria vale a soddisfare il necessario possesso dei requisiti in capo alla nuova aggiudicataria*” e sull'esclusione che possa imputarsi all'impresa aggiudicataria “*una qualsiasi negligenza nella scelta del soggetto terzo sulla cui capacità fare affidamento per la partecipazione alla gara ...*”.

Viceversa, nel caso di specie, come già evidenziato, la perdita del requisito di qualificazione ha riguardato l'impresa concorrente, poi risultata aggiudicataria, con ampliamento dell'avvalimento alla categoria OG6, non dichiarato in sede di gara, e la sostituzione dell'impresa ausiliaria, con conseguente modifica delle condizioni di partecipazione.

L'inammissibilità di tale modifica risulta evidenziata anche dalle argomentazioni della stessa impresa, laddove si dà atto che la stazione appaltante ha richiesto, in data 17.09.2014, tra l'altro, in sede di conferma di validità dell'offerta, anche “*la conferma, a mezzo di idonee dichiarazioni, che non sono mutate le condizioni di partecipazione dell'offerente rispetto a quelle dichiarate in sede di offerta*”.

Peraltro, anche la recente giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla fase dell'interpello ex art. 140 del D.Lgs. 163/2006, ha evidenziato, con riferimento all'ipotesi di scorrimento delle graduatorie, che “*nella fase di interpello ex art. 140 D.Lgs. n. 163/2006, costituente appendice dell'originaria procedura di gara, non possono essere effettuate modificazioni dell'offerta né in senso oggettivo né in termini soggettivi, con la conseguenza che l'introduzione dell'avvalimento in tale ambito, nonostante l'ampia portata dell'istituto e la sua finalizzazione a consentire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici appalti, si porrebbe in*

contrasto con il principio generale di parità di trattamento, come evidenziato dalla Corte di Giustizia” (cfr. TAR Reggio Calabria sent. n. 318/2018); principio che si ritiene estensibile anche al caso in esame, ove peraltro la procedura di gara non era stata completata.

Alla luce di tali principi, si ritiene di poter evidenziare che, a voler prescindere dall'intervenuta pronuncia della Corte di Giustizia in tema di sostituzione dell'impresa ausiliaria e del principio della continuità del possesso dei requisiti, non risulta comunque ammissibile una modifica dell'offerta in termini soggettivi (realizzatasi con l'introduzione di un avvalimento non dichiarato in sede di gara), anche nell'ipotesi di riapertura della procedura di gara, come si argomenta nel caso di specie.

Peraltro, nell'ambito delle controdeduzioni, la S.A. non ha riferito alcunché in ordine alla circostanza riferita all'annotazione contenuta nel casellario informatico del 13.06.2015, a carico dell'impresa [... OMISSIS ...], con la quale si evidenzia l'intervenuto svolgimento di una verifica straordinaria che ha riguardato le attestazioni rilasciate nel periodo dal 2009 al 2013 all'impresa citata in esito alla quale la SOA AXSOA ha comunicato la parziale insussistenza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 18 del d.p.r. 34/2000, con conseguente declassamento della categoria OG6 da VIII a VII, prospettandosi pertanto una carenza dei requisiti sottesi alla qualificazione OG6, classifica VIII già utilizzata per la partecipazione alla gara *de qua*. Tale circostanza non risulterebbe essere stata rilevata nel corso della verifica dei requisiti, da parte della stazione appaltante; verifica che lo stesso Consorzio deduce di aver effettuato a seguito dell'aggiudicazione definitiva, disposta in data 05.04.2016.

Nel corso dell'audizione, i rappresentanti dell'amministrazione hanno ritenuto di rappresentare *“che non si è ritenuto di procedere alla verifica del possesso dei requisiti SOA per l'impresa aggiudicataria in quanto tale requisito era posseduto dall'ausiliaria subentrata Consorzio [... OMISSIS ...]”*, considerazione non condivisibile alla luce della ritenuta inammissibilità dell'oggetto dell'avvalimento.

Non condivisibile appare, altresì, l'operato del Consorzio di Bonifica, laddove lo stesso ha ritenuto di procedere nella stipula del contratto con l'impresa [... OMISSIS ...] dopo aver comunicato all'Autorità *“che, ove entro 15 giorni non fossero intervenute ragioni ostative, avrebbe proceduto alla sottoscrizione del contratto di appalto, come poi avvenuto in data 23.02.2017 per atto notarile”*.

A tale riguardo, si rileva in primo luogo che la richiesta in esame, di intervento da parte dell'Autorità, volto ad avallare l'operato prospettato dalla stazione appaltante in assenza di un riscontro nei termini indicati non è risultata ammissibile, tenuto conto di quanto precisato nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 16 novembre 2016 riguardo alla funzione svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui la stessa *“...non può né deve essere intesa come una forma di consulenza data ai richiedenti ma come un'attività strettamente connessa alle funzioni di vigilanza e regolazione che l'Autorità è chiamata a svolgere nei settori indicati”*, dovendosi pertanto precisare che rientra nelle spettanze della S.A. la valutazione delle circostanze e dei fatti rappresentati, senza poter assumere alcuna pregiudizialità - in riferimento all'adozione degli atti ritenuti necessari e/o adottabili nell'ambito delle procedure di affidamento - le eventuali iniziative di vigilanza attivabili dall'Autorità.

Tra l'altro, si osserva che nella richiesta di parere, la stessa stazione appaltante ha fatto riferimento a dei dati incontrovertibili, riportandosi alla circostanza che, al di là delle possibili interpretazioni sulla continuità del requisito della qualificazione SOA sino alla data di effettuazione della verifica triennale, *“l'esito non è stato positivo rispetto alla richiesta classifica VIII della categoria OG6”*, in relazione all'intervenuto declassamento alla classifica VII, dandosi l'ente nella sostanza risposta al quesito identificato come n. 1, dal medesimo proposto.

Da ultimo si evidenzia, in riferimento alle argomentazioni svolte dall'impresa sulla ritenuta violazione del Regolamento di vigilanza in merito alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, che il contraddittorio attivato nei riguardi dell'impresa esecutrice con la comunicazione delle risultanze istruttorie ha comunque consentito alla medesima di poter controdedurre su ogni

aspetto dell'istruttoria mediante la presentazione di memorie e mediante l'audizione istruttoria presso l'Ufficio competente, non inficiando pertanto la completezza dell'istruttoria svolta.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, si confermano i profili di criticità già evidenziati nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, che non sono risultati smentiti alla luce delle controdeduzioni rese.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

DELIBERA

- di confermare i rilievi e le criticità contestate alle parti in epigrafe con la comunicazione delle risultanze istruttorie prot. 61084 in data 11.07.2018, in ordine alla perdita del requisito di qualificazione nella categoria OG6-VIII classifica, nei riguardi dell'impresa [... OMISSIS ...], risultata aggiudicataria della gara in oggetto, con intervenuta stipula del contratto in data 23.02.2017 e all'inammissibilità dell'ampliamento dell'avvalimento alla categoria OG6, non dichiarato in sede di gara, con sostituzione dell'impresa ausiliaria e conseguente modifica delle condizioni di partecipazione;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ai soggetti già destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie;
- la presente delibera è trasmessa alla stazione appaltante per l'eventuale azione di competenza affinché comunichi, entro 30 giorni dal ricevimento, le conseguenti valutazioni, tenuto conto dello stato attuale della procedura, fornendo al contempo assicurazione per il futuro per l'adozione di procedure conformi alle indicazioni e ai principi esplicitati nella presente delibera.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 ottobre 2018

Il Segretario
Maria Esposito