



DELIBERA N. 447 del 9 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Comune di Corleone (PA) - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per l'affidamento di lavori di realizzazione di un edificio da adibire a sede del Commissariato di Pubblica Sicurezza nella via Giuseppe Verdi in Corleone – 2° stralcio – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 306.079,36 – S.A. Comune di Corleone (PA)

PREC 116/2021/L

Riferimenti normativi

Artt. 84, comma 4 e 86, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 50/2016

Art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2016

Parole chiave

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – Lavori pubblici – Categoria scorporabile - Importo inferiore a 150.000 euro – Qualificazione - Lavori eseguiti nel quinquennio – Certificati esecuzione lavori

Massime

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara - Lavori di importo inferiore a 150.000 euro – Lavori analoghi eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando

Nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, in assenza di diversa indicazione contenuta nell'avviso di manifestazione di interesse, il requisito relativo ai *lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando* di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 deve computarsi a ritroso rispetto alla data di trasmissione della lettera di invito.

Art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010

Lavori di importo inferiore a 150.000 euro – Data di rilascio del CEL

Il CEL prodotto a comprova del requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010, in quanto presenta natura costitutiva del requisito di partecipazione alla procedura di gara inerente l'esecuzione di lavori analoghi nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, deve essere conseguito dal concorrente entro il termine previsto per la presentazione dell'offerta.

Artt. 84, comma 4 e 86, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 giugno 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 36618 del 7 maggio 2021 presentata dal Comune di Corleone con riferimento alla procedura negoziata in oggetto, conclusa con l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico S.M. S.r.l. e rispetto alla quale la società Impregida S.r.l. classificatasi seconda in graduatoria ha presentato richiesta di riesame degli atti di gara contestando la inidoneità di taluni CEL trasmessi ai fini della comprova dei requisiti ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010; con la richiesta di parere, il Comune di Corleone ha sottoposto all'Autorità i seguenti quesiti:

1. Se il quinquennio utile alla dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 per i lavori appartenenti alla categoria scorporabile OS30 di importo inferiore a euro 150.000 sia riferito all'arco temporale tra il 01/01/2015 e il 31/12/2019 come ritenuto dalla stazione appaltante oppure tra il 20/12/2015 e il 21/12/2020 secondo la tesi della società che ha richiesto il riesame;

2. Se sia possibile ritenere valido un CEL con data di rilascio del 31/12/2015 nell'ambito dell'arco temporale proposto dalla società che ha richiesto il riesame;

3. Se possano essere presi in considerazione, ai fini della dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010, gli ulteriori

due CEL, trasmessi dall'aggiudicataria con nota del 28/04/2021, riferiti a lavori eseguiti nel quinquennio precedente, ma con data di rilascio del CEL posteriore alla data di presentazione dell'offerta;

4. Se sia ammissibile l'eventuale impugnazione, da parte della impresa che ha richiesto il riesame, della determina dirigenziale n. 274 dell'11/03/2021, con la quale è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. n.50/2016 e sono stati affidati i lavori all'aggiudicataria, tenuto conto che sono decorsi oltre trenta giorni dalla pubblicazione della determina e dalla trasmissione della documentazione in sede di accesso agli atti;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 38578 del 12 maggio 2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

PREMESSO che, sulla questione dibattuta tra le parti concernente l'eventuale inoppugnabilità del provvedimento di aggiudicazione da parte della società che ha richiesto il riesame, l'Autorità non ha competenza a pronunciarsi se non nei limiti di una valutazione di ammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, questione che non si pone nel procedimento in esame attivato su richiesta dell'amministrazione comunale; trattandosi di richiesta di parere su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, l'Autorità si esprime limitatamente ai restanti quesiti sollevati dalla stessa, tenuto conto delle memorie e dei documenti in atti;

CONSIDERATO che il Comune di Corleone avviava una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, pubblicando l'avviso di manifestazione di interesse sull'albo pretorio on line dal 24/11/2020 al 04/12/2020, sul sito internet del Comune e sul sito del MIT e trasmettendo, in data 21/12/2020, la lettera di invito agli operatori economici sorteggiati tra coloro che avevano manifestato interesse a partecipare; l'art. 5 della lettera di invito indicava come termine ultimo per la presentazione delle offerte la data dell'1/01/2021;

CONSIDERATO che la lettera di invito richiedeva ai fini della partecipazione il possesso in capo ai concorrenti della seguente qualificazione: per le lavorazioni relative a "*edifici civili ed industriali*", con valore stimato pari a euro 218.822,03, la lettera di invito richiedeva come requisito la qualificazione SOA in OG1 (class. I); per le lavorazioni scorporabili relative a "*impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi*", con valore stimato pari a euro 87.257,33, la lettera di invito richiedeva la relativa qualificazione nella categoria OS 30 consentendo di dichiarare i requisiti ai sensi dell'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 in considerazione dell'importo inferiore a 150.000 euro (art. 7, lett. b) della lettera di invito), relativamente ai *lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando* (art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010);



CONSIDERATO che, con determina n. 274 dell'11/03/2021, la stazione appaltante dichiarava l'efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016; tuttavia, in data 09/04/2021, a seguito di accesso agli atti, la seconda concorrente in graduatoria presentava istanza di riesame ritenendo che i CEL presentati dall'aggiudicataria non fossero idonei;

CONSIDERATO che i quesiti sollevati dall'amministrazione comunale sostanzialmente vertono: a) sull'idoneità di un CEL rilasciato da committente privato per lavori ricondotti a categoria OG11, per un valore pari a euro 80.364,21, con data di inizio lavori al 12/01/2015, data di ultimazione lavori al 30/09/2015 e data di rilascio al 31/12/2015; b) sull'idoneità di un CEL rilasciato da un committente pubblico per lavori ricondotti a categoria OS30 per un importo pari a euro 14.125,23 con data di inizio lavori al 29/01/2015, data di ultimazione lavori al 17/12/2015 e data di rilascio al 10/02/2015; c) sulla idoneità di CEL rilasciati in data successiva alla data di presentazione delle offerte e riferiti a lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. a d.lgs. n. 50/2016, «tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti» e, ai sensi dell'art. 86, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016 «L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies (...);»;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 4, d.P.R. n. 207/2010 prescrive che «I certificati di esecuzione lavori (...) contengono la espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito»; per quanto concerne i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro l'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 prescrive tra i requisiti che gli operatori economici abbiano eseguito lavori analoghi a quelli in affidamento «direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando» e di importo «non inferiore all'importo del contratto da stipulare»;

RITENUTO che, rispetto al primo quesito sollevato concernente il decorso del quinquennio utile alla dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 cui riferire l'esecuzione dei lavori, rileva il periodo immediatamente a ritroso rispetto alla pubblicazione del bando di gara; poiché l'amministrazione aggiudicatrice è ricorsa a una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, deve tenersi conto della data di trasmissione della lettera di invito; ne consegue che il quinquennio utile di riferimento per l'esecuzione dei lavori analoghi deve individuarsi nell'arco temporale che va tra il 20/12/2015 e il 21/12/2020 secondo la tesi della società che ha richiesto il riesame e non nell'arco temporale considerato dal seggio di gara che va tra il 01/01/2015 e il 31/12/2019;

RITENUTO che, rispetto al secondo e al terzo quesito concernenti la data di rilascio del CEL, rileva l'orientamento espresso sulla natura del certificato da parte della giurisprudenza e dell'Autorità quale requisito di partecipazione alle gare cosicché il CEL deve essere rilasciato entro la data prevista per la presentazione delle offerte; il Consiglio di Stato, sez. V, sent. 15/12/2020, n. 8025, richiamando un precedente orientamento espresso nella sentenza 28 dicembre 2017, n. 6135, ha ribadito che «*l'operatore economico acquista il possesso del requisito di qualificazione tecnico-organizzativo solo a seguito dell'accertamento della regolare esecuzione dei lavori e del buon esito dell'appalto tramite l'emissione del certificato di esecuzione dei lavori. In detto certificato si dà, infatti, atto dell'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori. (...) il certificato di regolare esecuzione non ha valenza meramente probatoria, ma valore costitutivo del requisito di partecipazione e pertanto deve essere conseguito dal concorrente prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda*»; anche l'ANAC, richiamando la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha evidenziato che il quadro giuridico di riferimento conduce alla tesi secondo cui l'impresa acquisisce il requisito tecnico-organizzativo, costituito dall'aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria, con il rilascio del certificato di esecuzione lavori poiché in esso si dà atto dell'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori effettuati, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito alla loro esecuzione (delibera n. 35 del 15/01/2020; delibera n. 681 del 17/07/2019);

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni sopra riportate, che i CEL prodotti dall'istante riferiti a lavori eseguiti in un arco temporale diverso da quello relativo all'arco temporale 20/12/2015-21/12/2020 non potessero essere utilizzati nella procedura di gara in esame, anche ove rilasciati entro la data prevista per la presentazione delle offerte, così come non possono utilizzarsi i CEL con data di rilascio successiva alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte anche se riferiti a lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la trasmissione della lettera di invito;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente