



DELIBERA N. 570

1 luglio 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Geop Srls – Procedura negoziata su MEPA per l’affidamento, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., di lavori di efficientamento energetico del Municipio del Comune di Santa Cristina Gela sito in Via Skanderberg n. 8 - Importo a base di gara: euro 231.799,43 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Santa Cristina Gela

PREC 81/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016

Art. 1, comma 67, l. 266/2005

Art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Art. 81, d.lgs. n. 50/2016

Art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Opere scorporabili superspecialistiche

Cauzione provvisoria

Massime

Opere scorporabili superspecialistiche – Qualificazione – Avvalimento

Ai sensi dell'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 l'avvalimento non è consentito per le opere superspecialistiche, vale a dire opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, che abbiano un valore superiore al 10% dell'importo totale dei lavori.

Cauzione provvisoria a corredo dell'offerta

L'offerta deve essere corredata da una garanzia fideiussoria "provvisoria" pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito sotto forma di cauzione o fideiussione, a scelta dell'offerente, salvo nei casi di affidamento di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 nei quali è facoltà della stazione appaltante non richiederla.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 luglio 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 31740 del 30/04/2020 con la quale la Geop Srls, già aggiudicataria dell'affidamento in oggetto con determinazione dirigenziale n. 06 del 28/02/2020, revocata con determinazione n. 16 del 25/03/2020, chiede un parere all'Autorità in ordine alla legittimità della revoca dell'aggiudicazione e del successivo provvedimento di annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara comunicato sul MEPA in data 28/04/2020;

VISTA la determinazione dirigenziale n. 06 del 28/02/2020 con quale l'amministrazione aggiudicatrice approvava i verbali della commissione e aggiudicava il contratto alla Geop Srls;

VISTO il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, adottato nei confronti della Geop Srls con determinazione n. 16 del 25/03/2020 in quanto l'amministrazione verificava che l'aggiudicatario, privo di qualificazione nella categoria scorporabile OG11, presentava contratto di avvalimento nonostante le opere avessero un valore superiore al 10% dell'importo totale a base di gara, incorrendo nel divieto di avvalimento di cui all'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016;

VISTO il provvedimento di annullamento della procedura di gara, a valle del procedimento avviato con comunicazione su MEPA in data 17/04/2020, adottato con determinazione n. 28 del 28 aprile 2020, con cui la stazione appaltante annullava tutti gli atti di gara considerando l'«innegabile equivocità della lex specialis e la mancanza della richiesta esplicita dei documenti obbligatori che ne giustificano l'ammissibilità alle procedure di gara, nello specifico, la garanzia provvisoria, il versamento A.N.A.C. e il PassOE, così come previsto, rispettivamente dall'art. 93, comma 1 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dall'art. 1 della Delibera A.N.A.C. n. 1174 del 19 dicembre 2018 e la Delibera A.N.A.C. n. 111 del 20 dicembre 2020», tenuto conto che «il chiarimento dato alla ditta D'Anna Giuseppe non è stato reso pubblico agli altri O.E. risultanti partecipanti alla procedura di gara, favorendo così il suddetto O.E. nella presentazione dei documenti nella busta inviata»;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 32786 del 06/05/2020;

VISTE le memorie e la documentazione trasmesse in atti dalle parti interessate;



RITENUTA ammissibile la richiesta di parere con riferimento agli aspetti di conformità dei provvedimenti adottati alla normativa sui contratti pubblici e per quanto di interesse dell'operatore economico istante, l'Autorità non avendo competenza ad esprimere pareri sulla legittimità del provvedimento di annullamento in autotutela per i profili connessi a valutazioni discrezionali né tantomeno può esprimere parere in ordine alla conformità dello stesso alle norme procedurali dettate dalla legge n. 241 del 1990; h

CONSIDERATO che, in data 10/02/2020, nella pendenza del termine di presentazione delle offerte, un operatore economico inviava una richiesta di chiarimenti attraverso la funzione del MEPA "comunicazioni con i fornitori" domandando se, nel silenzio della lex specialis di gara, fosse obbligatorio allegare alla domanda anche la garanzia provvisoria, il contributo all'ANAC e il PassOE rispetto ai quali alcuna menzione era presente nella documentazione di gara; la stazione appaltante riscontrava la richiesta di chiarimenti dell'operatore economico in data 14/02/2020, indicando la necessità di trasmettere la garanzia provvisoria, il versamento ANAC e il PASSOE, ma non rendeva conoscibile anche agli altri operatori economici il chiarimento reso;

CONSIDERATO che in data 13/03/2020 lo stesso concorrente contestava la partecipazione dell'istante e del secondo in graduatoria in quanto risultavano privi della qualificazione richiesta dalla normativa per la categoria specialistica OG11; con particolare riferimento alla partecipazione dell'istante, costui aveva dichiarato di voler ricorrere all'avvalimento operativo per l'intera categoria OG11 in contrasto con l'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016; inoltre, contestava la mancata trasmissione della cauzione provvisoria, il mancato versamento del contributo all'ANAC e la mancanza del PassOE;

CONSIDERATO che l'affidamento in esame prevede, come da capitolato speciale d'appalto, la categoria prevalente di lavori OG1 e la categoria scorporabile superspecialistica OG11 (impianti tecnologici) per un importo pari al 28,41% dell'importo a base di gara;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 è vietato il ricorso all'istituto dell'avvalimento «qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali», ove tali lavori superino il 10% dell'importo totale dei lavori in affidamento; con riferimento alle SIOS, invece, l'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 ammette il subappalto nei limiti indicati dalla norma;

CONSIDERATO che l'istante partecipava presentando un contratto di avvalimento per la qualificazione nella categoria superspecialistica OG11 in contrasto con l'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 e con le previsioni contenute nel capitolato speciale d'appalto concernenti la categoria di riferimento dei lavori scorporabili;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione in atti, deve presumersi che l'istante non versava il contributo all'Autorità, né perfezionava una garanzia provvisoria né si registrava nel sistema AVCPass, così come anche il secondo in graduatoria, probabilmente in ragione dell'assenza di ogni riferimento a tali adempimenti obbligatori nella lex specialis di gara;

CONSIDERATO che l'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità trova la sua fonte direttamente nella legge all'art. 1, comma 67, l. 266/2005 e che l'Autorità ha sempre comunicato nei propri atti che il contributo è condizione di partecipazione alla procedura di gara, determinante l'esclusione dell'operatore economico ove non pagato nel termine di presentazione delle offerte (tra gli altri, si vedano il parere di precontenzioso n. 112 del 17.12.2014; la deliberazione n. 163 del 22 dicembre 2015); anche

recentemente, sia nel Bando Tipo n. 1/2017 sia nella Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018, resa in attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2019, l'Autorità ha confermato la necessità del pagamento del contributo sanzionabile con l'esclusione dalla procedura ove l'adempimento non sia stato compiuto nei termini di presentazione dell'offerta; in giurisprudenza si veda, tra le altre, la sentenza 12.03.2018, n. 1572 del Consiglio di Stato (Sez. III) che ha considerato che la partecipazione dell'operatore economico alla gara in questione è assoggettata al pagamento del contributo ex art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005 a pena di esclusione, considerando che tale carenza non *«avrebbe potuto essere sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una "condizione di ammissibilità dell'offerta" e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge»*;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, l'offerta deve essere corredata da una garanzia fideiussoria "provvisoria" pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito sotto forma di cauzione o fideiussione, a scelta dell'offerente, salvo nei casi di affidamento di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 ove è facoltà della stazione appaltante non richiederla, cui non è riconducibile la procedura in esame;

CONSIDERATO che la mancata registrazione nel sistema AVCPASS presso il portale ANAC, cui è correlato l'onere di produrre in gara il PassOE, costituisce "l'unica modalità idonea per la prova dei requisiti oggetto del sistema stesso, a ciò deponendo il termine «esclusivamente», presente nell'art. 81 comma 1, dlgs. n. 50/2016 ..." (TAR Lazio, sez. II ter, 23/03/2020);

RITENUTO, pertanto, in conclusione e sulla base delle considerazioni sopra esposte, che la determinazione n. 16 del 25/03/2020 concernente la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della Geop Srls sia conforme alla normativa di settore in ragione della carenza di qualificazione riscontrata in capo all'istante incorso nel divieto di cui all'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTO, altresì, che la determinazione n. 28 del 28/04/2020 avente ad oggetto l'annullamento in autotutela della procedura di gara sia conforme alla normativa di settore con riferimento ai profili di rilevata "innegabile equivocità della *lex specialis* di gara", in particolare con riferimento alla mancanza della richiesta esplicita di documenti obbligatori che condizionano l'ammissibilità delle offerte alle procedure di gara, a fronte del chiarimento reso singolarmente a un solo operatore economico, con conseguente violazione dei principi di efficacia ed economicità, nonché di pubblicità, trasparenza e par condicio dei concorrenti ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016;

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della Geop Srls sia conforme alla normativa di settore;
- il provvedimento di annullamento della procedura di gara sia conforme alla normativa di settore con riferimento ai profili di rilevata equivocità della *lex specialis* di gara e di violazione dei principi di efficacia ed economicità, nonché di pubblicità, trasparenza e par condicio dei concorrenti.



Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio In data 8 luglio 2020

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente