AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Presidente

Al Rup e Responsabile Ufficio Tecnico

E p.c. al RPCT

c/o Comune di Palermiti

Fasc. Anac n. 4284/2024 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Comune di Palermiti: Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico, comprensivo di interventi per il miglioramento della prestazione energetica con interventi attivi e passivi, della qualità dell'aria e della sicurezza e fruibilità di un edificio di proprietà comunale destinato a scuola per l'infanzia e scuola primaria di Palermiti (CIG: 765898063c; importo a base di gara: 1.398.000 euro)

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 99206 del 28.08.2024 un cittadino segnalava talune anomalie in merito all'affidamento dei lavori in oggetto a soggetto diverso da quello partecipante alla procedura di gara, a fronte della modifica soggettiva dell'ATI, in seguito all'interpello intervenuto.

La procedura, indetta con bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 123 del 22.10.2018 è stata inizialmente aggiudicata dell'A.T.I. C.C.G. S.r.l. per un importo contrattuale netto pari a 948.150,17euro, tuttavia, a causa dell'inadempimento nell'esecuzione dei lavori e grave ritardo, con Determinazione n. 284 del 10.10.2023 stata disposta la risoluzione in danno del contratto ai sensi dell'art.107 D.lgs 50/2016.

Pertanto, con successiva Determina n. 82 del 28.05.2024 a firma del Responsabile Arch. con nota in data 18.10.2023, prot. n. 2970, sono stati interpellati, secondo l'ordine di graduatoria, gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.

In seguito alla rinuncia alla stipula del contratto da parte dei primi 9 classificati, veniva richiesto all'operatore classificatosi ultimo in graduatoria A.T.I. R.G. di confermare la disponibilità all'interpello per l'esecuzione dei lavori.

Entro il termine fissato l'A.T.I. R.G. ha riscontrato disponibilità all'interpello, in favore della quale, pertanto, veniva proposta l'aggiudicazione dell'appalto, "*alle medesime condizioni già proposte dall'aggiudicatario originario e cioè ribasso del 5,00%, per un importo dei lavori residuali di € 933.648,50 comprensivi degli oneri per la sicurezza pari ad € 34.488,51, al netto degli oneri fiscali*" come risulta dalla determina n. 82 del 28.05.2024.

Con successiva determina n. 124 del16.07.2024, a firma del medesimo dirigente, si prendeva atto della sostituzione delle imprese del raggruppamento originario, partecipante alla procedura di gara e formato dalle imprese Ditte R.G., S. e C.L.G. , e nel frattempo sciolto, con la nuova ATI formata da R.G. e *omissis* S.r.l.

In particolare, nella determina si legge che "*vista la comunicazione inoltrata tramite PEC dalla ditta R.G. nella quale si evince che in sede di partecipazione alle procedure di gara, per soddisfare alcuni requisiti richiesti (OG11, OS21), si impegnava a costituire un ATI con le Ditte S. e C.L.G.; essendo trascorso un lungo*

lasso di tempo dall'espletamento della gara e dalla l° aggiudicazione della stessa ad altra Ditta, le parti si sono automaticamente svincolate dagli impegni presi e pertanto la Ditta R.G. essendosi resa disponibile all'Interpello ha individuato nella ditta omissis SRL quella con qui costituire l'ATI essendo tra l'altro in possesso di entrambi le categorie (OG11, OS21)"; dando atto che "*la Ditta R.G. costituirà l'A.T.I. con la Ditta* OMISSIS *in possesso di entrambi le categorie (OG11, OS21) previste dal bando*".

Pertanto, l'Ufficio, previa analisi dell'esposto e della documentazione acquisita, ha inoltrato alla CUC comunicazione di avvio del procedimento con nota prot. n. 129570 del 06.11.2024, contestando la violazione della normativa in materia di modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei d'impresa, cui la stazione appaltante ha fornito riscontro con nota prot. n. 131878 del 12.11.2024.

La stipula del contratto di appalto con un ATI formata da imprese diverse da quelle partecipanti alla procedura costituisce, infatti, violazione del divieto di immodificabilità dei raggruppamenti nelle procedure di gara.

L'articolo 48 comma 9 D.lgs. 50/2016 – applicabile ratione temporis – dispone infatti quale regola generale, il divieto di modifica della composizione dei raggruppamenti e dei consorzi rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

La ratio della norma è da rinvenire nell'esigenza di evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto di cui non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, nonché nell'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale (ex multis: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenze nn. 9 e 10 del 27 maggio 2021).

Il medesimo articolo prevede alcune deroghe al generale principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti, consentendo la sostituzione della mandataria o della mandante, in determinate condizioni specificamente elencate ai commi 17 e 18, ovvero in caso di fallimento, liquidazione coatta, concordato, procedure di insolvenza, o in caso di morte, interdizione, inabilitazione, sino alla possibilità di recesso delle componenti dell'ATI per esigenze organizzative di cui al comma 19, senza che ciò comporti la automatica esclusione del raggruppamento in ragione della modifica dei propri componenti.

Il motivo della deroga è quella di garantire l'esecuzione dell'appalto anche a prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico, perché ad esempio estinto, ovvero in tutti quei casi in cui delle vicende imprevedibili si manifestano in sede esecutiva e colpiscono i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti (in tal senso Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27/05/2021 n. 9).

In particolare, secondo i più recenti sviluppi della giurisprudenza amministrativa, la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del D.lgs 50/2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 2 del 25.01.2022).

Da tale inquadramento emerge l'ammissibilità, dunque, del recesso di un'impresa del raggruppamento, non solo per vicende patologiche della stessa che ne impediscano la prosecuzione, bensì anche per

esigenze organizzative del raggruppamento, purché le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture da eseguire.

Conseguentemente è da ritenere vietato il subentro nel raggruppamento di un soggetto nuovo, non previsto in fase di gara, e su cui l'amministrazione non ha potuto compiere le verifiche in merito al possesso dei requisiti generali e speciali in fase di valutazione delle offerte, al fine di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive adattabili agli sviluppi della procedura di gara e, in quanto tali, lesive della par condicio.

La modifica soggettiva è ammessa, infatti, laddove operi in riduzione e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento con la conseguenza di evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza.

La modifica del raggruppamento mediante l'inserimento di un soggetto esterno all'originaria composizione costituisce un vulnus al principio di trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto l'iter della procedura dovrebbe svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico alla selezione del miglior offerente di cui è stata previamente valutata l'affidabilità, nonché la violazione del principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi e all'interesse pubblico (ex multis: Consiglio di Stato n. 37 del 20 gennaio 2021, TAR Sicilia, sez. I, 3 gennaio 2022, n. 1).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere per l'impossibilità di superare la sopravvenuta carenza di requisiti in capo al RTI affidatario mediante una sostituzione "additiva", con il subentro di una nuova impresa nella compagine associativa, come anche recentemente chiarita dal TAR Palermo (sent. n. 1 del 03.01.2022).

Parimenti l'Autorità ha affermato che "*Non è consentita, in sede di interpello ex art. 140 del d.lg 163/2006 (ora art. 110 del d.lgs. 50/2016), la modifica in riduzione del raggruppamento temporaneo di imprese, qualora la Stazione appaltante abbia accertato la sopravvenuta e parziale perdita, in capo al soggetto che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva, di un requisito di partecipazione di carattere speciale, tale da impedirgli di eseguire la quota parte di lavorazioni indicate in sede di offerta. La rimodulazione interna delle quote di esecuzione dei lavori può essere autorizzata previa verifica del possesso, in capo ai componenti del raggruppamento, della qualificazione necessaria ad eseguire la quota parte di lavorazioni indicata in sede di offerta*" (Delibera n. 213 del 27.04.2022).

Pertanto, non possono ritenersi accoglibili le controdeduzioni svolta dal Dirigente nella nota di riscontro secondo cui "*la stipula finale con l'A.T.I. R.G. è contemplata dalla normativa e da sentenze, che prevedono anche la sostituzione dell'impresa all'interno dell'A.T.I., difatti l'originaria ATI R.G. era costituita da n. 3 imprese, con le Ditte S. e C.L.G. ; essendo trascorso un lungo lasso di tempo dall'espletamento della gara e dalla l° aggiudicazione della stessa ad altra Ditta, le parti si sono automaticamente svincolate dagli impegni presi e pertanto la Ditta R.G. essendosi resa disponibile all'Interpello ha individuato nella ditta OMISSIS quella con qui costituire l'ATI ...".*

L'interpello - compiuto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 mediante lo scorrimento della graduatoria e l'affidamento del contratto all'ultimo concorrente ATI R. - costituisce una componente procedurale dell'originario procedimento di evidenza pubblica, priva di valenza autonoma (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 14.06.2021 n. 4619), e pertanto i requisiti di partecipazione, sebbene non debbano essere ininterrottamente posseduti dalla presentazione dell'offerta fino alla data dell'affidamento dell'appalto in esito all'interpello, ai fini del rispetto del principio di continuità degli stessi,

devono essere sussistenti al momento della presentazione dell'offerta originaria nonché all'atto della conferma di quest'ultima nella fase di interpello

Sotto altro profilo si rileva la mancata verifica dei requisiti e della sussistenza dell'ATI da parte del Rup, che in fase di scorrimento della graduatoria avrebbe dovuto essere espletata al fine di garantire il regolare affidamento del contratto.
Come osservato dall'Autorità, infatti, "*la riconosciuta natura della procedura di interpello alla stregua di un segmento procedurale privo di valenza autonoma comporta che l'aggiudicazione in favore del soggetto interpellato debba avvenire previa verifica del possesso, all'atto della manifestazione della disponibilità al subentro, della sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione dichiarati in fase di presentazione delle offerte e che, in ogni caso, non è consentito all'impresa interpellata apportare variazioni sostanziali all'offerta originariamente presentata, pena la violazione della par condicio competitorum*" (Delibera n. 213 del 27.04.2022).
Né può essere riservata alcuna efficacia scriminante alla determina di rettifica del Rup con cui dichiara di aver "*verificato il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara*", in quanto tale verifica non risulta in alcun modo compiuta dal medesimo con riferimento al soggetto avente preso parte all'originaria procedura di gara e risultante in graduatoria, a nulla rilevando le eventuali successive verifiche compiute sulle nuove imprese Omissis con cui la Ditta R. "costituirà l'ATI".

Ulteriormente si evidenzia un ritardo da parte dell'operatore R. nella comunicazione della modifica soggettiva, atteso che, a seguito dell'aggiudicazione di cui alla determinazione dirigenziale n. 108 del 03/07/2024, risulta la successiva determinazione del Comune 124 del 16.07.2024 di presa d'atto dell'indisponibilità delle precedenti mandanti e del subentro della ditta OMISSIS quella con qui costituire l'ATI.
Ne discende che l'impresa in fase di interpello non ha fatto presente la necessità di sostituzione delle mandanti con altre imprese, dovendosi invero rilevare che, in ossequio ai principi di diligenza, l'impresa avrebbe dovuto comunicare prontamente l'eventuale sopravvenienza di fatti idonei a modificare le condizioni iniziali della partecipazione, al fine di consentire all'amministrazione di effettuare una valutazione tempestiva, concreta ed effettiva sulla rilevanza di tali fatti.
In capo all'operatore economico sussiste, infatti, un dovere di diligenza nella comunicazione di qualsiasi elemento di novità, richiamato anche dalla giurisprudenza, secondo cui "in ossequio al principio di autoresponsabilità, all'impresa che partecipa a pubblici appalti deve essere richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media. Diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche" (ex multis: TAR Campania, sentenza n. 1936/2022), "tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara" (TAR Emilia-Romagna, sentenza n. 707/2023).
Tali considerazioni hanno trovato espresso riconoscimento nel nuovo Codice mediante la codificazione dei principi della fiducia di cui all'articolo 2 e di buona fede e di tutela dell'affidamento di cui all'articolo 5 del D.lgs. 36/2023.

In base a quanto sopra esposto, ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 30 gennaio 2025, atteso il configurarsi della violazione della normativa a fronte della illegittima modifica del raggruppamento aggiudicatario, nonché della mancata verifica da parte del Rup in merito al possesso dei requisiti da parte dell'operatore aggiudicatario, si comunica la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza materia di contratti pubblici, con invito a voler tener

conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un più adeguato e puntuale rispetto della normativa di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente