

Parere n.185 del 20/10/2011

PREC 157/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Lucca - " *Procedura aperta per l'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di restauro presso l'immobile denominato Teatro del Giglio in relazione all'operazione Teatro del Giglio del progetto PIUSS Lucca dentro*" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.238.930,64 - S.A.: Comune di Lucca.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 giugno 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale il Comune di Lucca ha chiesto un parere circa il comportamento da adottare a seguito della aggiudicazione provvisoria disposta in favore della ditta Elettroquadri S.r.l. e delle vicende che a tale aggiudicazione hanno fatto seguito.

La Società Elettroquadri ha partecipato alla gara in oggetto presentando una certificazione SOA dalla quale risultava essere in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OS30 (Impianti elettrici), ma non nella categoria OG2 prevalente (Restauro e manutenzione), richieste nel bando, per la quale ultima ricorreva, ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti, all'istituto dell'avvalimento, presentando idonea documentazione anche da parte della ausiliaria Impresa edile Maset S.r.l. di Treviso.

A conclusione della procedura di gara, in data 7 marzo 2011, la società Elettroquadri è risultata prima nella graduatoria delle ditte concorrenti, con un ribasso del 42,169% ed è stata quindi invitata, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti, a comprovare, entro il termine di 10 giorni, quanto dichiarato in sede di partecipazione alla gara relativamente al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando. Alla suddetta richiesta, che porta la data del 15 marzo 2011, la Elettroquadri non ha dato riscontro e solo in data 29 marzo 2011 il responsabile del procedimento ha ricevuto una nota da parte di altra ditta, la Vitruvio S.r.l. di Treviso, con la quale la stessa comunicava di avere acquisito dalla Elettroquadri, in data 28 febbraio 2011, il ramo di azienda avente per oggetto le attività di costruzione e restauro di cui alle categorie OG1 e OG2 (categoria, quest'ultima, per la quale la Elettroquadri in sede di gara aveva dichiarato di ricorrere all'avvalimento), impegnandosi a trasmettere la documentazione richiesta alla cedente.

Tale cessione è stata possibile in quanto in data 16 novembre 2010, la Elettroquadri si era qualificata in OG2 (e OG1); quindi il 28 febbraio 2011, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la ditta in parola aveva ceduto alla Vitruvio il proprio ramo di azienda relativo alle categorie OG1 e OG2.

Pertanto, in forza di tale cessione, la Vitruvio ha ritenuto di poter subentrare alla cedente Elettroquadri nei rapporti con la stazione appaltante, tant'è che in data 19 aprile (quindi ben oltre il termine di 10 giorni richiesto dalla stazione appaltante) ha trasmesso al Comune di Lucca tutta la documentazione di comprova richiesta alla Elettroquadri ai sensi dell'art. 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, e, successivamente, in data 27 aprile 2011, ha trasmesso la documentazione inerente la cessione del ramo di azienda da parte della Elettroquadri.

Dall'esame della documentazione presentata, è stato rilevato, poi, che la società Vitruvio (cessionaria) non è qualificata per la categoria OS30 scorporabile (Impianti elettrici) - per la quale risulta aver stipulato apposito contratto di avvalimento con la stessa società Elettroquadri - ma che è comunque in possesso della categoria OG11 class. III, ammessa in alternativa alla OS30 per la partecipazione alla gara d'appalto.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8 luglio 2011, la S.A ha esplicitato ulteriormente la vicenda procedimentale della gara in oggetto, nei termini sopra sintetizzati.

Ritenuto in diritto

Per le ragioni rappresentate in fatto, il Comune di Lucca chiede il parere di questa Autorità circa il provvedimento da adottare a seguito della aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della ditta Elettroquadri che non ha comprovato il possesso dei requisiti speciali dichiarati in sede di offerta.

Come specificato in fatto, la società Elettroquadri (cedente) è entrata in possesso della categoria (di cui mancava e per la quale aveva fatto ricorso all'avvalimento) OG2 prevalente (Restauro e

manutenzione) in data 16 novembre 2010, ovvero dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (27 ottobre 2010). Pertanto, una volta qualificatasi, ha potuto cedere il proprio ramo di azienda alla Vitruvio relativamente alle categorie OG1 e OG2. Tuttavia, la circostanza che la Elettroquadri abbia validamente ceduto il proprio ramo di azienda alla Vitruvio S.r.l. non vale a far ritenere legittimo l'intervento di quest'ultima nei rapporti con la stazione appaltante, in quanto la cessione del ramo di azienda comporta che al cessionario (Vitruvio) è consentito di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti validamente posseduti (*rectius*: dichiarati) dall'impresa cedente (Elettroquadri) - compresi quelli derivanti dall'utilizzo del contratto di avvalimento specificamente dedicato alla gara di che trattasi - alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, che è anche quello entro cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione ad una gara pubblica e che nel caso di specie è stato fissato alla data del 27 ottobre 2010. La Vitruvio, cioè, per poter subentrare alla Elettroquadri, avrebbe dovuto essere qualificata in OG2 alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e non dopo, come invece è avvenuto nel caso di specie.

Il principio di parità delle condizioni dei concorrenti alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici impedisce, infatti, di attribuire rilevanza a vicende intervenute dopo la conclusione della procedura selettiva.

Con specifico riguardo alla validità dell'attestazione SOA, invero, si veda - fra le tante - la sentenza del C.G.A. n. 304 del 27 aprile 2009 che ha affermato che " *il termine a cui occorre fare riferimento ai fini della valutazione dei requisiti dei concorrenti alla gara è quello relativo al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, restando fermo, ovviamente, che la conservazione dei prescritti requisiti debba essere debitamente accertata al momento della stipulazione del contratto* ".

Senonché, nel caso di specie, una volta conclusa la procedura di gara, la società aggiudicataria provvisoria (Elettroquadri) è stata invitata, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti, a comprovare quanto dichiarato in sede di offerta, nel rispetto del termine indicato in detta disposizione, secondo cui " *La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni...si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione* ".

Sull'applicazione rigorosa della disposizione sopra richiamata è unanime l'interpretazione della giurisprudenza, secondo cui " *in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici, il termine previsto dall'art. 48 comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ha natura perentoria stante anche le ragioni di celerità e certezza che caratterizzano le procedure di aggiudicazione, le quali, altrimenti, rimarrebbero frustrate ove fosse sostanzialmente rimessa all'arbitrio dei concorrenti la scelta dei tempi entro i quali provvedere alla dimostrazione dei requisiti richiesti* " (vedansi, fra le tante, TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 8/10/2009, n. 1608; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23/7/2009, n. 7493).

Invero, il termine assegnato ai sensi dell'art. 48 comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 dalla stazione appaltante all'aggiudicatario per la produzione dei documenti di gara deve considerarsi perentorio, come quello previsto al primo comma, tenuto conto della ricorrenza, in entrambe le ipotesi, delle medesime esigenze di celerità e correttezza e dell'espressa comminatoria di sanzioni e della decadenza dall'aggiudicazione a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti nel termine accordato dalla stazione appaltante (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14/8/2008, n. 1971).

La *ratio* sottesa si spiega nel fatto che, una volta selezionata la migliore offerta ed intervenuta l'aggiudicazione provvisoria da parte della stazione appaltante, la procedura di gara risulta esaurita e ciò che ad essa segue, vale a dire il controllo sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, ove già non assoggettati a controllo per sorteggio (art. 48 comma 1, d.lg. n. 163 del 2006), è fase successiva alle operazioni di gara, che non riguarda tutti i concorrenti, ma unicamente i migliori due offerenti ed integra l'efficacia dell'aggiudicazione stessa, ai soli fini della stipulazione del contratto (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12/4/2010, n. 1905).

Non di meno, essendo parificabili, sotto il profilo sanzionatorio, le ipotesi distintamente previste dal comma 1, e dal comma 2, della citata disposizione, ne consegue che le previste sanzioni conseguenti alla loro inosservanza possono non essere applicate solo in caso di comprovata impossibilità per l'impresa di produrre la documentazione non rientrante nella sua disponibilità (v. *ex plurimis*, C.d.S., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804, Id., Sez. V, 13/12/2010, n. 8739).

Deve, pertanto, ritenersi che il termine di dieci giorni sia suscettibile di proroga, con atto motivato della stazione appaltante, ove l'impresa richiedente compri un impedimento a rispettare il termine, che non sia meramente soggettivo (ad es. disfunzioni organizzative interne all'impresa), ma che evidenzi un'oggettiva impossibilità ad osservarlo (v., in tal senso, oltre alla decisioni sopra citate, C.d.S., Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3066; Id., Sez. V, 15 maggio 2001, n. 2714; Id., Sez. VI, 15/6/2009, n. 3804; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 5/7/2010, n. 1648), purché la richiesta di proroga venga presentata prima della scadenza del termine; ché, diversamente, le imprese diverrebbero arbitre di dettare il corso temporale del procedimento di verifica e potrebbero procrastinare *ad libitum* il

tempo stabilito per il verificarsi dell'effetto preclusivo voluto dalla legge a garanzia del celere e trasparente svolgimento della gara, nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti.

Orbene, applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali, deve rilevarsi il mancato rispetto del termine nella fattispecie all'esame, unitamente al fatto che la società aggiudicataria provvisoria (Elettroquadri) è venuta meno all'onere di formulare tempestiva istanza di proroga, entro il termine di legge, già per tale ragione incorrendo nella sanzione d'esclusione dalla gara, da cui consegue - per il noto principio "*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*" - la mancanza di un valido titolo a contrarre della cessionaria Vitruvio S.r.l.. Tale cessionaria, cioè, avendo acquisito il ramo d'azienda dall'impresa che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non aveva alcun titolo a subentrare a quest'ultima nei rapporti con la stazione appaltante e, quindi, non aveva alcun titolo a trasmettere al Comune di Lucca la documentazione di comprova richiesta alla Elettroquadri S.r.l. in quanto aggiudicataria provvisoria.

Né vale argomentare *a contrario* facendo riferimento - come si evince dal parere reso al riguardo dall'Avv. Boris Cagnin, versato in atti - all'art. 116 del Codice dei contratti relativo a tutt'altra fattispecie ("*Vicende soggettive dell'esecutore del contratto*") allocata nella Parte II, Titolo I, Capo V, dedicato ai "*Principi relativi all'esecuzione del contratto*", concernente una fase successiva a quella ad evidenza pubblica per la scelta del contraente di cui si discute.

Rispondendo, quindi, alla richiesta di parere in epigrafe, si può senz'altro affermare che:

- l'art. 48 del Codice dei contratti prevede che le stazioni appaltanti chiedano ai soggetti offerenti, così come all'aggiudicatario, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (requisiti di "ordine speciale") e quando tale prova non sia fornita, esse dispongono l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti (v. *ex multis* TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 10/12/2010, n. 8108);

- qualora, in esito al controllo sui requisiti di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, l'offerta dell'aggiudicatario venga eliminata, l'aggiudicazione spetta al soggetto che si colloca in graduatoria nella posizione immediatamente successiva e, solo se anche quest'ultimo non dovesse comprovare il possesso dei requisiti richiesti e dichiarati in gara, si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione v. *ex multis* TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 16/1/2008, n. 44; Cons.St, sez.V, 13 marzo 2006, n. 1285).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante dovrebbe escludere la società Elettroquadri S.r.l. dalla gara, verificare il possesso dei requisiti in capo alla seconda in graduatoria ai fini dell'aggiudicazione della gara a quest'ultima e, solo nel caso in cui anche la seconda classificata non compri il possesso dei prescritti requisiti, procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Pietro Calandra

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito