



# DELIBERA N. 1137

22 dicembre 2020

## Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ghiaccio S.r.l. Unipersonale – Programma Straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia Lotto funzionale 1.1 "Lavori di ristrutturazione e rifunionalizzazione ex scuola via Dante in comunità integrata per anziani - Importo a base di gara: euro 1.227.145,70 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Carbonia

### **PREC 238/2020/L**

## Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Soccorso istruttorio – Possesso dei requisiti

Qualificazione SOA – RTI orizzontale

## Massime

### **Carenza dei requisiti di partecipazione – Disciplina del soccorso istruttorio - Inapplicabilità**

L'avvenuto accertamento del mancato possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara.

### **RTI orizzontale – Importo della singola lavorazione superiore a 150.000,00 euro – Singola quota inferiore a 150.000 euro – Qualificazione SOA - Necessità**

In caso di RTI orizzontale, quando l'importo della singola lavorazione richiede, ai fini della partecipazione, il possesso dell'attestato SOA, il principio, alla base del sistema di qualificazione SOA, per cui l'attestazione di qualificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria (art. 60, comma 3, d.P.R. n. 207/2010), impone che tutti gli esecutori di quella lavorazione, anche per quote di importo inferiore a 150.000,00 euro, siano qualificati SOA.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 dicembre 2020

## DELIBERA

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 84447 del 10 novembre 2020, con la quale l'operatore economico Ghiaccio S.r.l. Unipersonale ha contestato la propria esclusione dalla gara, a cui partecipava come mandataria in RTI con PM Tecnosystem S.r.l., comminata, secondo quanto riferito, per la mancata dichiarazione dei requisiti relativi alla categoria scorporabile OG11;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 18 novembre 2020 con nota prot. n. 87517;

Vista le memorie e la documentazione prodotta dalle parti;

Vista la doglianza dell'istante, secondo la quale la stazione appaltante avrebbe rigettato la richiesta di soccorso istruttorio e proceduto all'esclusione illegittimamente, poiché l'omessa dichiarazione del possesso dei requisiti non rientra tra le cause tassative di esclusione previste dalla vigente disciplina. L'operatore economico riferisce di essere in possesso della totalità dei requisiti riferiti alla cat. OG1 richiesti per la categoria prevalente e di possedere i requisiti di cui all'art. 90 d.P.R. n. 207/2010 riferiti alla scorporabile OG11 per una quota inferiore a 150.000,00 euro;

Visto l'oggetto dell'appalto, suddiviso nella categoria prevalente OG1 (Edifici civili e industriali) per un importo di euro 942.348, 83, pari al 75,33% dell'appalto, e nella scorporabile OG11 (Impianti tecnologici) per un importo di euro 308.603,83, pari al 24,67% dell'appalto, entrambe a qualificazione obbligatoria;

Vista la "Dichiarazione per costituenda ATI", prodotta ai fini della partecipazione, dalla quale risulta che la costituenda associazione è di tipo misto (con sub-raggruppamento orizzontale per l'esecuzione della categoria scorporabile) e che la mandataria Ghiaccio S.r.l. Unipersonale si è impegnata ad eseguire le lavorazioni della categoria prevalente OG1 al 100% e della scorporabile OG11 al 7,67% mentre la mandante PM Tecnosystem S.r.l. quelle della scorporabile OG11 nella misura del 92,33%;

Visti i requisiti di qualificazione di cui all'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, richiesti dal Disciplinare di gara, ovvero, attestazione SOA che documenti il possesso della qualificazione con riferimento alla Categoria OG1, classifica III, e alla Categoria OG11, classifica II (con ammissibilità anche della classifica I);

Vista la memoria acquisita al prot. n. 88355 del 20 novembre 2020, nella quale la stazione appaltante ha rappresentato di avere verificato, sulla base del DGUE e dell'attestazione SOA dell'istante, la mancanza di qualsiasi attestazione SOA della mandante nella categoria OG11. Ad avviso della stazione appaltante, la pretesa dell'istante di comprovare il requisito avvalendosi di quanto previsto dall'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010 per gli operatori economici che partecipano ad appalti di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro non sarebbe fondata perché, per usufruire di tale modalità semplificata di qualificazione, occorre che il valore complessivo della categoria sia pari o inferiore a 150.000,00, non rilevando a questi fini il valore della quota di esecuzione in caso di RTI orizzontale; ne conseguirebbe che, nel caso cui il valore dell'appalto, o, come quello in esame, anche solo della singola categoria, sia superiore a 150.000,00 euro, ogni componente del RTI orizzontale deve essere necessariamente in possesso dell'attestato SOA (in senso conforme, TAR Lazio, 14 gennaio 2019, n. 417). Inoltre, la stazione appaltante rileva che non sarebbero state comunque rispettate neppure le percentuali minime di requisiti richieste, in caso di RTI orizzontale, dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010;

Considerato che l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 rende doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di *i/* carenza di qualsiasi "elemento formale della domanda", *ii/* mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali "degli elementi e del documento di gara unico europeo". Come già rilevato nel Parere di precontenzioso n. 830 del 18 settembre 2019, il meccanismo del soccorso istruttorio è utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. L'istituto rende quindi possibile la sanatoria delle dichiarazioni riguardanti il possesso dei requisiti, purché l'operatore economico sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione delle offerte, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara;

Ritenuto che, nel caso in esame, la stazione appaltante non ha rilevato omissioni dichiarative ma ha contestato all'istante una carenza sostanziale, ovvero il mancato possesso del requisito dell'attestato SOA nella categoria OG11, come chiaramente desumibile dalla motivazione dell'esclusione espressa nel verbale n. 3 («*Esclusa per mancanza di qualificazione, in quanto l'impresa mandataria dichiara di volere eseguire il 7,67% delle lavorazioni ricadenti in categoria scorporabile OG11 senza possedere alcuna qualificazione SOA nella categoria medesima*»), e che il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione, per evidenti ragioni di tutela della *par condicio*, non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara (Cfr., per l'illustrazione del principio di carattere generale, Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017);

Considerato, per ciò che attiene la fondatezza dell'esclusione per difetto dei requisiti da parte dell'istante, l'art. 84, commi 1, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale «*Fermo restando quanto previsto dal comma 12 e dall'articolo 90, comma 8, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. (...)*»;

Considerato che gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo di cui all'art. 90, comma 1, lettere a), b) e c), d.P.R. n. 207/2010;

Considerato che le norme sopra richiamate giustificano l'interpretazione, sostenuta dall'Autorità (cfr. Pareri di precontenzioso n. 463 del 27 maggio 2020; n. 753 del 5 settembre 2018; n. 898 del 6 settembre 2017; n. 682 del 28 giugno 2017; n. 86/2012) e dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. III, n.3541/2017; TAR Brescia, 17 settembre 2018, n. 859), in ordine alla possibilità di comprovare la qualificazione nella singola categoria in cui è suddiviso l'appalto di importo inferiore a 150.000 euro con il possesso dei requisiti di cui all'art. 90, d.P.R. n. 207/2010 anche quando l'importo complessivo dei lavori (dato dalla somma di tutte le categorie) è superiore a 150.000,00 euro, ma non possono giustificare un'interpretazione, come quella sostenuta dall'istante, che consenta al componente di un RTI orizzontale di eludere il possesso dell'attestazione SOA, necessario per l'esecuzione di lavori di importo superiore a 150.000,00 euro, ritagliandosi una quota di esecuzione di valore inferiore. Quando, come nel caso in esame, l'importo della singola lavorazione richiede, ai fini della partecipazione, il possesso della SOA, il principio, alla base del sistema di qualificazione SOA, per cui l'attestazione di qualificazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria (art. 60, comma 3, d.P.R. n. 207/2010), impone che tutti gli esecutori di quella lavorazione, anche per quote di importo inferiore a 150.000,00 euro, siano qualificati SOA;



Ritenuto che, oltre a quanto previamente osservato, nel caso di specie è da ritenersi assorbente la circostanza che, comunque, con riferimento alla categoria scorporabile OG11, come correttamente rilevato dalla stazione appaltante, la mandataria ha inteso dimostrare, avvalendosi dell'art. 90 d.P.R. n. 2017/2010, il possesso di un requisito minimo di qualificazione inferiore a quanto richiesto dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, il quale, prevede che, per i raggruppamenti di tipo orizzontale (ivi compresi i sub-raggruppamenti di tipo orizzontale, cfr. Pareri precontenzioso n. 76 del 16 maggio 2012 e n. 50 del 19 marzo 2014), i requisiti di qualificazione richiesti nel bando devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10%, con la specificazione che la mandataria in ogni caso assume, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara;

Considerato che la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione nella misura sopra indicata, da parte di mandataria e mandanti, va effettuata non con riferimento all'appalto nel suo complesso ma ad ogni categoria di lavorazione la cui esecuzione sia assunta dagli operatori economici in raggruppamento orizzontale, con riferimento ai requisiti effettivamente spesi e non astrattamente posseduti (Parere di precontenzioso n. 1381 del 21 dicembre 2016);

Considerato che, secondo la giurisprudenza, nel caso, come quello di specie, di RTI misto, nel quale, al raggruppamento verticale, si affianca, ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile, un sub-raggruppamento orizzontale, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo ai lavori scorporabili è rivestita dall'operatore economico che ha assunto la quota percentuale di esecuzione superiore rispetto alle altre componenti del sub-raggruppamento, dovendo a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 la mandataria essere individuata nel soggetto che assume i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, apparendo a tal fine decisivo l'importo dei lavori assegnati (Consiglio di Stato, 15 ottobre 2018, n. 5919);

Ritenuto che, nel caso in esame, individuata la mandataria del sub-raggruppamento orizzontale nella PM Tecnosystem S.r.l. (mandante del RTI verticale) in ragione della spendita sostanziale della maggioranza dei requisiti di qualificazione (92,33%), l'istante Ghiaccio Srl Unipersonale, in qualità di mandante del sub-raggruppamento orizzontale, avendo speso requisiti nella misura del 7,67%, non ha comunque dimostrato il possesso del requisito minimo di qualificazione (10%) richiesto, appunto, alle mandanti, che «*assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate*» (Consiglio di Stato, cit.);

#### Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara del RTI Ghiaccio S.r.l. Unipersonale - PM Tecnosystem S.r.l.;

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 gennaio 2021

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente