



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 42 DEL 17 gennaio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Cosmav. S.r.l. e da Ministero della Difesa 8° Reparto Infrastrutture - Lavori di completamento 1° piano Pal. Bertelli (Caserma S. Barbara) Sabaudia (LT) - S.A. - Ministero della Difesa - 8° Reparto Infrastrutture - Importo a base d'asta: euro 391.372,00

PREC 346/17/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza congiunta di parere prot. n. 128586 del 21 novembre 2017, la Cosmav. S.r.l. e il Ministero della Difesa - 8° Reparto Infrastrutture - rappresentano che la S.A. escludeva la concorrente Cosmav. S.r.l. in quanto essa faceva ricorso all'avvalimento per la categoria OS30, contrariamente a quanto previsto dagli artt. 1 e 2 del d.m. 10 novembre 2016 n. 248 che non ammette l'avvalimento per le categorie di opere di elevato contenuto tecnologico. La S.A. specifica che il divieto di avvalimento per la categoria OS30 era previsto anche nel bando di gara. La concorrente esclusa, che aveva dichiarato di possedere l'attestazione SOA conseguita in data 18 settembre 2013 tramite avvalimento con la Cosman S.r.l., osserva tuttavia che il Comunicato dell'Autorità del 31 maggio 2016 fa salve le attestazioni SOA rilasciate nel regime previgente ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e nel rispetto degli artt. 88 e 89 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207. Essa specifica infatti di non aver fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per la singola gara, bensì di aver prodotto l'attestazione SOA, in corso di validità, ottenuta tramite avvalimento ai sensi delle predette disposizioni anche per la categoria OS30.

Le parti chiedono pertanto all'Autorità conferma del citato Comunicato in relazione alla perdurante efficacia, per tutte le categorie di opere, dei contratti di attestazione sottoscritti in regime di cd. avvalimento permanente.

Ritenuto in diritto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la perdurante validità, alla luce del Comunicato del Presidente dell'Autorità del 31 maggio 2016, di un'attestazione SOA nella categoria OS30, conseguita in regime di cd. avvalimento permanente ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 163/2006 e nel rispetto degli artt. 88 e 89 del d.p.r. 207/2010.

L'art. 50 dell'abrogato codice dei contratti pubblici contemplava la possibilità di conseguire l'attestazione SOA tramite avvalimento in ipotesi di rapporti di controllo fra imprese. L'art. 88 del d.p.r. 207/2010 dettava poi la disciplina specifica della qualificazione richiesta mediante avvalimento, con la quale l'ausiliaria si obbligava a mettere a disposizione le proprie risorse per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA.

Con Comunicato del Presidente del 31 maggio 2016 l'Autorità, nel premettere che l'art. 50 d.lgs. 163/2006 non ha trovato conferma nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha ritenuto che «trovano ancora applicazione, nelle more dell'emanazione delle Linee guida a cura dell'ANAC, e tenuto conto che i contratti di attestazione sono stati sottoscritti sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, gli artt. 88 e 89 d.p.r. 207/2010 e, in generale, i principi dettati all'art. 50, d.lgs. 163/2006».

Tale orientamento è stato ribadito con ulteriore Comunicato del successivo 3 agosto, con il quale è stato confermato che «in ossequio alla necessità di una interpretazione sistematica delle disposizioni [...] deve ritenersi, ai limitati fini in esame, applicabile quanto previsto dall'art. 50 del d.lgs. 163/2006, in quanto richiamato dall'art. 88 del citato d.p.r. n. 207/2010».

Per quel che riguarda in particolare le categorie di opere cd. superspecialistiche, è noto poi che il d.m. 10 novembre 2016 n. 248 ha recato l'elencazione di tali categorie, «per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori». Coerentemente con tale previsione, il bando di gara in oggetto ha previsto che per la categoria OS30 «non è ammesso l'avvalimento».

La S.A. riteneva pertanto di escludere la concorrente che produceva un'attestazione SOA nella categoria OS30, conseguita in avvalimento permanente ai sensi del precedente codice dei contratti.

Nel caso di specie, tuttavia, occorre osservare che la concorrente Cosmav. S.r.l. non faceva ricorso all'istituto dell'avvalimento per la singola gara, producendo il relativo contratto in una categoria per la quale l'avvalimento non è più ammesso, bensì produceva un'attestazione SOA in corso di validità idoneamente conseguita nel 2013 in regime di cd. avvalimento permanente.

Ciò premesso, si ritiene quindi, alla luce dei citati Comunicati del Presidente dell'Autorità del 31 maggio 2016 e del successivo 3 agosto, che in via transitoria, nelle more dell'emanazione delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Linee guida, permangono, per tutte le categorie, i contratti di attestazione sottoscritti in vigenza del d.lgs. 163/2006, conseguiti nel rispetto degli artt. 50 d.lgs. 163/2006, 88 e 89 d.p.r. 207/2010, e tuttora validi.

E' da ritenere pertanto legittima, in base a quanto sopra, la partecipazione del concorrente che abbia prodotto l'attestazione SOA nella categoria OS30, in corso di validità, conseguita in vigenza del d.lgs. 163/2006 e ai sensi delle predette disposizioni.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- alla luce dei Comunicati del Presidente dell'Autorità del 31 maggio 2016 e del 3 agosto 2016, è da ritenere in via transitoria legittima la partecipazione del concorrente che abbia prodotto in gara un'attestazione SOA nella categoria OS30, in corso di validità, conseguita in vigenza del d.lgs. 163/2006 nel rispetto degli artt. 50 d.lgs. 163/2006, 88 e 89 d.p.r. 207/2010.

Raffaele Cantore

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 gennaio 2018

Il Segretario Valentina Angelucci



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente