



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1334 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Regione Molise Servizio Centrale unica di Committenza/ GT Costruzioni S.r.l./ RTI Fortuna costruzioni S.r.l. Procedura aperta ex artt. 36 e 60 D.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di miglioramento sismico dell'edificio Municipio nel Comune di Rocchetta al Volturno. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 253.701,94 euro.

PREC. 186/17/L

Il Consiglio

Considerato in fatto:

Con l'istanza prot. n. 25240 del 16 febbraio 2017, la Regione Molise, Servizio centrale unica di committenza, chiedeva a questa Autorità un parere sull'ammissibilità alla partecipazione di un concorrente che non avendo i requisiti di cui alla cat. OG11, intendeva ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione degli stessi; inoltre, chiedeva se fosse possibile, applicare la procedura del soccorso istruttorio per sanare tale carenza in accoglimento della richiesta formulata dallo stesso concorrente oltre i termini di presentazione delle offerte, in contraddizione con quanto dichiarato in precedenza.

In particolare, la Regione Molise ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di miglioramento sismico dell'edificio sede del Municipio nel Comune di Rocchetta al Volturno, da realizzare in conformità al progetto esecutivo approvato dall'Amministrazione comunale. Le opere da eseguire sono opere edili in OG1 cl. I per eu. 184.084,38, pari al 79,30% dei lavori, come categoria prevalente e OG11 cl. I per eu. 48.171,69 relativa a impianti tecnologici, per un valore del 20,70% dell'importo globale del contratto, come scorporabile.

L'istante chiede se sia applicabile il divieto di utilizzare l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 comma 11 al concorrente che voglia avvalersi della capacità di altri soggetti per l'esecuzione delle opere in categoria OG 11, giacché tali opere di elevato contenuto tecnologico, secondo quanto previsto all'art. 12 del D.l. 28 marzo 2014 n. 47 conv. il L. n. 80 del 23 maggio 2014, sono elencate nell'all. A del D.Pr. 207/2010 tra quelle che non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni.

Attualmente sono previste nell'elenco di cui all'art. 2 del d.m. 248 del 2016 (comma 1 lett. a): OG11 impianti tecnologici) in attuazione dell'art. 89 comma 11.

La Regione riferisce che l'impresa concorrente ritiene il decreto sopra citato inapplicabile al bando, (pubblicato in data 5.1.2017) perché entrato in vigore in data successiva (19.1.2017).

In data 1 marzo 2017, è pervenuta l'istanza prot. n. 32168 con cui il costituendo raggruppamento RTI Fortuna Costruzioni S.r.l., concorrente nella stessa gara, poneva lo stesso quesito relativo alla legittimità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'ammissione di alcune imprese che avevano dichiarato di voler utilizzare l'avvalimento per le lavorazioni in OG11; avanzava inoltre dubbi sull'ammissione alla partecipazione di altre imprese che avevano dichiarato di voler utilizzare il subappalto per le stesse opere nella misura del 100% in violazione del limite del 30% previsto dalla normativa e di altre ancora che avevano dichiarato di possedere i requisiti per l'esecuzione di tali opere senza avere l'attestato di qualificazione SOA.

In data 19 luglio 2017, si comunicava alle parti la riunione delle procedure per l'istruttoria.

Il disciplinare di gara prevede come requisito a pena di esclusione: a) per le imprese, il possesso dell'attestazione SOA nella cat. OG1 prevalente nonché nella cat. OG11 scorporabile; b) per i raggruppamenti il possesso dei requisiti prescritti per le imprese singole nei limiti previsti dall'art. 92 del DPR 207/2010. Inoltre prevede agli artt. 5 e 6 la possibilità di ricorrere all'avvalimento per il prestito dei requisiti richiesti e al subappalto nei limiti consentiti del 30% dell'importo del contratto.

Ritenuto in diritto

Il comma 11 dell'art. 89 del Codice prevede una novità rispetto alla previgente disciplina: il divieto assoluto di avvalimento per le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, se previste dal bando per un valore superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Si tratta delle cosiddette *opere superspecialistiche*, per le quali non è ammesso l'avvalimento quando superano il 10% dell'affidamento globalmente considerato, la cui concreta individuazione è stata demandata al Ministero delle Infrastrutture, con apposito decreto da emanarsi dopo l'entrata in vigore del codice. Fino all'emanazione del suddetto D.M. 248/2016, entrato in vigore il 19.1.2017, per l'indicazione di tali opere si è fatto rinvio all'art. 107 comma 2 del D.pr. 207/2010.

La procedura in oggetto, è stata bandita il 5 gennaio 2017, quindi ad essa deve applicarsi il nuovo Codice, entrato in vigore il 18 aprile 2016 ma, prima dell'entrata in vigore del suddetto D.M., per il periodo transitorio, occorre quindi far riferimento al Regolamento 207/2010.

L'all. A richiamato dall'art. 107 comma 2 del Regolamento riporta l'elenco delle categorie superspecialistiche tra cui la OG11 relativa a impianti tecnologici, quindi nulla cambia circa la qualificazione di tale categoria come superspecialistica.

Il divieto di avvalimento trova di conseguenza applicazione al caso di specie in quanto le opere in OG11 sono previste in misura superiore al 10%. Pertanto l'impresa che avrebbe fatto ricorso all'avvalimento per la dimostrazione dell'attestazione SOA in tale categoria doveva essere esclusa.

Il soccorso istruttorio non è più utilizzabile essendo l'affermazione di possesso dei requisiti in proprio oramai tardiva rispetto alla presentazione delle offerte. Come previsto nella Determinazione n. 1 del 2015 infatti: *“la disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda”*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In ordine alla contestazione relativa alle imprese che si avrebbero dichiarato di voler ricorrere al subappalto per l'intero valore delle opere in OG 11, si ricorda che l'art. 105 comma 5 del nuovo Codice prevede che: *“Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*.

Deve quindi dedursi che il subappalto sia normativamente consentito entro il limite sopra indicato, come correttamente previsto dal bando.

In ogni caso, va sottolineato che il bando richiedeva come requisito più stringente rispetto alle disposizioni di legge: a) per le imprese, il possesso dell'attestazione SOA nella cat. OG1 prevalente nonché nella cat. OG11 scorporabile a pena di esclusione; b) per i raggruppamenti il possesso dei requisiti prescritti per le imprese singole nei limiti previsti dall'art. 92 del D.PR. 207/2010.

Tale requisito appare congruo e, come la giurisprudenza unanime riconosce, rientra nelle facoltà della stazione appaltante prevedere nel bando di gara o nella lettera di invito requisiti più stringenti sul piano quantitativo ma non tipologicamente diversi rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa, purché si rispettino i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità.

Le imprese che, pur avendo dichiarato il contrario, non ne erano effettivamente in possesso devono essere legittimamente escluse. Infatti, colmare attraverso la procedura del soccorso istruttorio una carenza dei requisiti richiesti a pena di esclusione costituirebbe violazione del principio di par condicio.

La Regione con comunicazione del 19 giugno 2017, inoltrava verbale della seduta di gara del 19 aprile 2017 con cui aveva disposto l'esclusione nei confronti dell'impresa GT Costruzioni ed altre per carenza dei requisiti di qualificazione richiesti ai sensi della lex specialis.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Per il Segretario, Maria Esposito