



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 130 del 22 Luglio 2015

PREC 21/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Comune di Bisacchino – Lavori di realizzazione di un centro servizi per l'impresa all'interno di aree da destinare ad insediamenti produttivi e rete integrata – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.124.761,90

Contratto di avvalimento – Soccorso istruttorio - Presentazione di contratto con contenuto diverso – Legittimità – Non sussiste

Il soccorso istruttorio nei riguardi del contratto di avvalimento non può ammettere la presentazione di un contratto con contenuto diverso da quello già depositato in sede di gara.

Art. 38, comma 2-bis – art. 46 – art. 49

Soglia di anomalia delle offerte – Aggiudicazione provvisoria – Soccorso istruttorio – Immodificabilità della soglia ex art. 38, comma 2-bis, ult per. – Successivamente alle integrazioni

L'art. 38, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici, lungi dal consentire il soccorso istruttorio in ogni stato e grado del procedimento, afferma il principio di immutabilità del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, soltanto a seguito della avvenuta regolarizzazione degli atti di cui all'art. 38, contenuti nella busta A.

Art. 38, comma 2-bis

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. 118071 del 24 ottobre 2014 presentata da Comune di Bisacchino nell'ambito della procedura di appalto per l'affidamento del contratto avente ad oggetto "*Lavori di realizzazione di un centro servizi per l'impresa all'interno di aree da destinare ad insediamenti produttivi e rete integrata*", da aggiudicarsi con criterio del prezzo più basso;

VISTI gli atti di gara allegati, bando, disciplinare atti della commissione aggiudicatrice depositati dal Comune di Bisacchino, unitamente all'istanza di precontenzioso;

VISTO l'avvio dell'istruttoria prot. 10345 del 02 febbraio 2015;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la memoria della ditta Reale, assistita dallo Studio legale associato Caudullo, pervenuta con nota prot. 130533 del 20 novembre 2014;

VISTA la memoria della ditta Azzurra costruzioni srl, assistita dall'Avv. Riccardo Rutigliano, pervenuta con nota prot. 15951 del 13 febbraio 2015;

VISTA la memoria della ditta Reale, assistita dallo Studio legale associato Caudullo, pervenuta con nota prot. 17655 del 17 febbraio 2015;

VISTA la nota del Comune di Bisacchino 52546 del 29 aprile 2015;

CONSIDERATO che, nel procedimento di gara, a seguito della comunicazione di aggiudicazione provvisoria, quattro imprese escluse proponevano istanza di riesame avverso la loro esclusione;

CONSIDERATO che tre imprese venivano riammesse alla procedura dalla Commissione in virtù dei principi espressi nel Parere di precontenzioso Avcp 9 ottobre 2013, n. 160, nel quale si afferma che il divieto di partecipazione alla gara di consorzio stabile (art. 36) e consorziato si applica soltanto al consorziato partecipante designato dal consorzio e non agli altri consorziati;

CONSIDERATO che la quarta delle imprese escluse richiedenti riesame, Quadrifoglio Group, presentava istanza di soccorso istruttorio allegando nuovo contratto di avvalimento con indicata la corretta categoria dei lavori, idonea alla partecipazione all'appalto, adducendo quale giustificazione il mero errore materiale di battitura, in quanto l'impresa ausiliaria non era in possesso della categoria OG11 classifica III, bensì della categoria OG11 classifica I;

CONSIDERATO che, la Commissione di gara riteneva di poter rendere il contratto di avvalimento oggetto di soccorso istruttorio e, conseguentemente, consentiva all'impresa Quadrifoglio group di produrre il novo contratto di avvalimento con la categoria idonea ai lavori;

CONSIDERATO che, in seguito alla riammissione dei suddetti partecipanti le offerte economiche degli stessi sono state considerate utili alla rideterminazione della soglia di anomalia, in quanto la Commissione ha ritenuto che non sussistessero i presupposti di cui all'art. 38, comma 2-bis, ult. capoverso e art. 46, comma 1-ter, del Codice;

CONSIDERATO, tuttavia, che l'aggiudicataria provvisoria, Azzurra costruzione, ha proposto reclamo ex art. 243, invitando la Stazione appaltante a confermare la graduatoria provvisoria, ritenendo illegittimo il rinnovo del calcolo della media, attuato in violazione dell'art. 38, comma 2 bis, del D.lgs. 163/2006, in quanto le procedure di riammissione non avrebbero dovuto determinare effetti sul ricalcolo delle medie per l'aggiudicazione, così come disposto dall'art. 38, comma 2 bis;

CONSIDERATO, ancora, che nel reclamo si lamenta altresì l'illegittima applicazione dell'art. 46, comma 1, Codice, riguardante l'accoglimento della istanza di riammissione del concorrente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Quadrifoglio Group, il quale non avrebbe potuto produrre nuovo contratto di avvalimento in sostituzione del precedente presentato in sede di gara, con viziata indicazione della categoria in avvalimento;

RITENUTO che la prima questione rimessa all'attenzione dell'ANAC riguarda la problematica della rideterminazione della soglia di anomalia a seguito delle integrazioni avvenute in esercizio del soccorso istruttorio;

RITENUTO che la seconda questione proposta riguarda i limiti del soccorso istruttorio e, in particolare, la legittimità dell'integrazione del contratto di avvalimento in sostituzione del precedente avente un contenuto diverso, in ragione di un asserito errore materiale;

CONSIDERATO che la seconda problematica assumere precedenza logica rispetto alla prima;

CONSIDERATO, con riguardo alla integrazione del contratto di avvalimento, che l'Autorità nella Determinazione 1/2015, ha chiarito, in tema di avvalimento, che *“l'integrazione del contratto mancante può essere consentita con un contratto che in ogni caso sia stato siglato alla data di presentazione dell'offerta”* e che, nel fatto in esame, il concorrente ha integrato il contratto presentato con un nuovo contratto, avente diverso contenuto e sottoscritto successivamente alla richiesta di integrazione;

RITENUTO che il contratto di avvalimento possa essere integrato, anche se mancante, purché sia stato siglato alla data di presentazione dell'offerta e, dunque, che non sia consentito sottoporre in fase di integrazione in soccorso istruttorio un contratto nuovo, avente contenuto diverso da quello originariamente depositato;

RITENUTO che, per questi motivi, l'operatore economico Quadrifoglio group non poteva essere riammesso alla procedura;

CONSIDERATO, con riguardo alla rideterminazione della soglia di anomalia, che la disciplina della gara *de qua* prevede l'applicazione del criterio del prezzo più basso, avuto come valore di riferimento il massimo ribasso percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo complessivo dei lavori di gara e *“con esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse (...)”* (art. 14 Bando di gara);

CONSIDERATO, pertanto, che la eventuale ri-determinazione di anomalia appare decisiva per la individuazione esatta dell'aggiudicatario;

VISTA la Determinazione di questa Autorità 8 gennaio 2015, n. 1, recante criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163;

CONSIDERATO che la lettera dell'art. 38, comma 2-bis dispone che *“ogni variazione che intervenga (...) successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”, postulando pertanto il principio di immodificabilità della soglia di anomalia solo a seguito della doverosa e necessaria fase di integrazione delle offerte, la quale – per interpretazione logico- sistematica – non può essere altro che quella che segue alla verifica dei requisiti dell’art. 38, in cui tale disposizione è inserita;

CONSIDERATO, dunque, che deve intendersi che il legislatore abbia inteso escludere quelle variazioni che intervengano successivamente alla regolarizzazione di cui all’art. 38 medesimo, cioè alla verifica della documentazione amministrativa (cd Busta A);

CONSIDERATO che le integrazioni avvenute hanno riammesso in gara tre concorrenti, giusta applicazione dei principi espressi dal Parere Avcp 9 ottobre 2013, n. 160;

RILEVATO, in conclusione, sul punto della variazione della graduatoria, che il soccorso istruttorio che impone la rivisitazione della graduatoria debba essere esclusivamente quello esercitato al fine di regolarizzare *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2”* (art. 38, comma 2-bis, primo per.);

CONSIDERATO che nel procedimento in parola la Commissione aggiudicatrice ha concesso termini per la regolarizzazione solo successivamente all’aggiudicazione provvisoria, revocando la medesima e che l’affermazione di tale principio si dimostra in patente contrasto con lo scopo della norma che vuole evitare una fluttuazione perpetua di quanto acquisito nella fase procedimentale precedente;

Visto l’art. 8 del Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all’art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

il Consiglio

ritiene che il soccorso istruttorio nei riguardi del contratto di avvalimento non possa ammettere la presentazione di un contratto con contenuto diverso da quello già depositato in sede di gara;

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’art. 38, comma 2-bis, lungi dal consentire il soccorso istruttorio in ogni stato e grado del procedimento, imponga il principio di immutabilità del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, soltanto a seguito della avvenuta regolarizzazione degli atti di cui all’art. 38, contenuti nella busta A.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2015

Il Segretario Maria Esposito