DELIBERA N. 681 DEL 17 luglio 2019

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dal xxx S.r.l./Comune di Setzu – Affidamento dei lavori di riqualificazione idraulica del tratto tombato di Rio Srubireddu – Importo a base di gara: euro 75.618,03 - S.A.: Comune di Setzu

PREC 95/19/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 50304 del 21 giugno 2019, l'operatore economico xxx S.r.l. e il Comune di Setzu hanno congiuntamente chiesto all'Autorità di valutare la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto di XXX. S.r.l., aggiudicatario provvisorio, per carenza del requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010. Le parti hanno rappresentato che XXX. S.r.l., essendo priva di certificazione SOA, ha partecipato alla gara (di importo inferiore a 150.000,00 euro) dichiarando, ai sensi dell'art. 90 d.P.R. n. 207/2010, di avere eseguito, nel quinquennio precedente, lavori analoghi per il Comune di Uta e per la ex Provincia di Ogliastra. In sede di verifica del possesso del richiamato requisito, la stazione appaltante ha constatato che i lavori per il Comune di Uta, benché eseguiti nel quinquennio precedente alla pubblicazione del bando della presente gara, sono stati certificati con Certificato di Esecuzione dei Lavori emesso solo dopo la data di pubblicazione del bando (e di scadenza del termine per la presentazione delle offerte) e che il Certificato di Esecuzione dei Lavori relativo all'appalto eseguito per la ex Provincia di Ogliastra reca una categoria di lavori (OG3) diversa da quella richiesta per la partecipazione alla gara in questione (OG8). A seguito dell'esclusione di XXX. S.r.l., le parti si interrogano se il requisito di cui all'art. 90 comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 debba intendersi conseguito all'atto dell'effettiva ultimazione dei lavori o all'atto dell'emissione del Certificato di regolare esecuzione e/o collaudo e se il Rup della stazione appaltante possa entrare nel merito della declaratoria della categoria delle lavorazioni eseguite e attestate in un precedente CEL, emesso da un'altra amministrazione, scorporando le attività che tecnicamente e oggettivamente rientrano in un'altra categoria.

Le parti pongono inoltre un quesito relativo alla legittimità del ricalcolo della soglia di anomalia - a cui, nel caso in esame, la stazione appaltante ha proceduto a seguito dell'esclusione di XXX. S.r.l. - alla luce del principio dell'invarianza della soglia di anomalia di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016.

A seguito dell'avvio del procedimento, comunicato con note prot. n. 51479, 51483 e 51485 del 25 giugno 2019, né le parti né altri soggetti interessati hanno presentato ulteriori memorie.

Ritenuto in diritto

Per gli appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, in assenza di qualificazione SOA, la partecipazione delle imprese alle gare è subordinata al possesso dei requisiti previsti dall'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010 (tuttora vigente in ragione del regime transitorio dettato dall'art. 216, comma 14, d.lgs. n. 50/2016). Tra gli altri requisiti, l'art. 90 prevede quello dell'importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del

bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare. La norma mira a garantire che tutti gli esecutori di lavori pubblici, anche al di fuori del sistema di qualificazione SOA, siano in possesso di una professionalità qualificata con riferimento alla specificità dell'attività oggetto della gara. L'unica modalità di comprova dell'avvenuta esecuzione di lavori, consentita dal Codice dei contratti, è rappresentata dal Certificato di esecuzione dei lavori emessi dalla stazione appaltante (art. 86, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016, nella versione vigente, ratione temporis, al momento della pubblicazione del bando, «l'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'Anac con le linee guida di cui all'articolo 83 comma 2»).

Ai sensi dell'art. 83, comma 4, del d.P.R. n. 207/2010, «I certificati di esecuzione dei lavori (…) contengono la espressa dichiarazione dei committenti che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito; se hanno dato luogo a vertenze in sede arbitrale o giudiziaria, ne viene indicato l'esito». Ciò in quanto, i lavori da valutare (ai fini della qualificazione SOA, ma anche, analogicamente, ai fini della qualificazione in gara) «sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito» (art. 83, comma 2, d.PR. n. 207/2010).
La lettura sistematica delle norme richiamate ha indotto il Consiglio di Stato a ritenere che solamente l'impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del Certificato Esecuzione Lavori può dichiarare il possesso del requisito, poiché solo quell'impresa è in grado di comprovarlo. Secondo il supremo consesso di giustizia amministrativa, le citate disposizioni, lette in combinato disposto tra loro, conducono ad affermare che l'impresa acquisisce il requisito tecnico organizzativo, costituito dall'aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria, col rilascio del Certificato di esecuzione lavori, poiché in esso si dà atto dell'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori. «In ultimo, allora, il requisito dell'esecuzione dei lavori coincide con quello del possesso del Certificato di esecuzione dei lavori» (sentenza n. 6135 del 28 dicembre 2017).

Nel caso in esame, XXX. S.r.l. ha prodotto un CEL, quello relativo ai lavori eseguiti per il Comune di Uta, emesso dalla stazione appaltante dopo la data di scadenza di presentazione delle offerte. Così facendo, secondo la condivisibile ricostruzione del Consiglio di Stato, XXX. S.r.l. ha partecipato alla gara in assenza del requisito richiesto, poiché il requisito può ritenersi integrato non dalla mera esecuzione dei lavori nel periodo di riferimento ma della esecuzione regolare e con buon esito dei lavori, così come certificata dalla stazione appaltante.
Ne consegue l'impossibilità di avvalersi dell'istituto del soccorso istruttorio ai fini dell'acquisizione del CEL che sia stato emesso medio tempore, perché, come noto, il soccorso istruttorio non può essere attivato al fine di consentire all'operatore economico di dotarsi di un requisito di cui era privo al momento della presentazione dell'offerta, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti. L'istituto consente infatti la sanatoria di elementi o dichiarazioni mancanti o irregolari, purché l'operatore economico sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo per la presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara (Cfr. Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015: «la nuova 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»).
Relativamente al CEL emesso in ordine all'appalto eseguito per la ex Provincia di Ogliastra, si rileva che con riguardo alla valutazione dell'analogia dei lavori eseguiti nel quinquennio precedente (e certificati dalla stazione appaltante) rispetto a quelli oggetto dell'appalto l'Autorità ha chiarito che la stessa debba essere intesa come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri il cui accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stazione appaltante (Parere di precontenzioso n. 8 del 16 gennaio 2014) e che «il rapporto di analogia tra categorie, stabilito in astratto [nella deliberazione n. 165/2003], deve trovare un riscontro concreto ed oggettivo nella

specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica. In altri termini, rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, di volta in volta operante, il compito di effettuare un giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando. Ne consegue che i lavori eseguiti dall'impresa che concorre all'affidamento di appalti di valore inferiore ai 150.000,00 euro non possono che avere caratteristiche similari a quelle che connotano i lavori da affidare, seppure non esprimibili in termini di categoria secondo il sistema unico di qualificazione, dal momento che quest'ultimo non riguarda gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro» (Parere di precontenzioso n. 35 del 26 febbraio 2014). Ne discende che il rapporto di analogia tra lavori eseguiti e lavori da eseguire non va limitato ad una esatta corrispondenza tra categorie eseguite e lavori da eseguire ma si traduce in coerenza tecnica tra la natura dei lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto, valutata caso per caso dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato n. 352 del 21 gennaio 2002: «Ora è pur vero che la verifica della similarità non sembra esaurirsi nell'ambito di ciascuna categoria, ma è altrettanto vero che la estensione a lavori di altre categorie deve trovare riscontri oggettivi nella analogia tra detti lavori e quelli appaltati»). Ciò in quanto, nel caso di appalti inferiori a 150.000,00 euro, la descrizione della natura dei lavori oggetto dell'appalto in termini di categorie SOA è meramente indicativa, ponendosi, detti appalti, al di fuori del sistema di qualificazione SOA.
Nel caso in esame, a fronte di un CEL emesso dalla ex Provincia di Ogliastra relativo a lavori di importo pari a euro 228.613,90 rientranti nella categoria OG3, XXX. S.r.l. ha dichiarato di potere dimostrare all'Amministrazione, sulla base di elaborati progettuali e atti contabili, che parte dei lavori eseguiti (pari ad un importo di 78.159,57) sarebbero riconducibili nella categoria OG8 e ne ha fornito un puntuale elenco. Da quanto emerge dagli atti, il Comune di Setzu si è limitato a chiedere riscontro alla stazione appaltante che ha emesso il CEL ma non ha effettuato una valutazione della coerenza tecnica della lista di lavorazioni fornita dall'operatore economico rispetto all'oggetto dell'appalto, omettendo quindi di accertare, nel caso concreto, l'analogia di (parte dei) lavori certificati.

Infine, per quanto concerne il quesito riguardante la correttezza dell'avvenuto ricalcolo della soglia di anomalia a seguito dell'esclusione di XXX. S.r.l., si rileva che nella Nota illustrativa al Bando-tipo n. 1, l'Autorità ha considerato l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, come una espressione di un principio generale di celerità e certezza della definizione del procedimento di gara, alla stregua di quanto espresso dal Consiglio di Stato, sez. V, con decisione n. 847 del 26 gennaio 2017, (dove è stato chiarito che "il principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze pur se determinate da vicende giudiziarie…. [assume] valenza generale e [mira] all'obiettivo – probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di interpositio legislatoris in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale – di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara"). Alla luce del considerato principio, nel parere di precontenzioso n. 344 del 5 aprile 2018, riconosciuta la ratio della disposizione nella volontà di assicurare stabilità agli esiti dei procedimenti di gara, semplificare le procedure e disincentivare forme di tutela indiretta e opportunistica, scongiurando gli effetti indiretti sulla soglia di anomalia delle ammissioni ed esclusioni disposte ad offerte economiche note, l'Autorità ha ritenuto che non sia legittimo il ricalcolo della media e della soglia di anomalia a seguito dell'esclusione dalla gara di alcuni operatori economici anche quando pronunciata successivamente all'avvenuta aggiudicazione provvisoria. Nello stesso senso anche TAR Campania n. 727 del 2 febbraio 2018 e la recente pronuncia del TAR Lazio - Roma n. 5385 del 29 aprile 2019.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- la deliberazione dell'esclusione dalla gara di XXX. S.r.l.:

- conforme alla normativa di settore nella parte in cui ha ritenuto l'operatore economico carente del requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 con riferimento al mancato possesso del CEL del Comune di Uta al momento della presentazione dell'offerta;

- non conforme alla normativa di settore nella parte in cui ha ritenuto l'operatore economico carente del richiamato requisito anche con riferimento al CEL della ex Provincia di Ogliastra per lavori nella categoria OG3 senza avere valutato in concreto la coerenza tecnica tra la natura dei lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto;

- la deliberazione di ricalcolo della soglia di anomalia non conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il segretario, *Maria Esposito*