



DELIBERA N. 747

30 settembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da GRM Costruzioni S.r.l. – Procedura negoziata previa manifestazione di interesse per interventi di efficientamento energetico dell’immobile comunale destinato a sede del municipio sito nella via Trapani n. 1 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 568.665,48 - S.A.: Comune di Buseto Palizzolo (TP)

PREC 157/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 86, comma 5, d.lgs. n. 50/2016

Art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2016

Art. 216, comma 14, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Lavori di importo pari o inferiore a 150.000,00 – Requisiti di qualificazione – Certificati di esecuzione lavori

Avviso per manifestazione di interesse – Lettera di invito a procedura negoziata – Possesso dei requisiti di qualificazione

Massime

Requisiti relativi a lavori pubblici di importo pari o inferiore a euro 150.000,00 – Certificati di esecuzione lavori emessi da committenti privati – Discrezionalità tecnica della stazione appaltante

Negli appalti relativi a lavori di importo pari o inferiore a euro 150.000,00, ai fini della comprova dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara ai sensi dell’art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010, le stazioni appaltanti acquisiscono i Certificati di esecuzione dei lavori che attestino la realizzazione di interventi, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, analoghi ai lavori in affidamento.

Nella valutazione e verifica dei lavori eseguiti, al fine di ascriverli alle categorie di lavori in affidamento indicate nel bando di gara, nell’esercizio dell’attività valutativa caratterizzata da discrezionalità tecnica, la stazione appaltante acquisisce anche documentazione istruttoria a comprova della tipologia dei lavori eseguiti, in conformità a quanto previsto dall’art. 86, comma 5, d.P.R. n. 207/2010.

Nelle procedure negoziate, salvo diversa indicazione contenuta nell’avviso di avvio di indagine di mercato per la manifestazione di interesse, i requisiti di cui all’art. 90, comma 1, lett. a), b) e c), d.P.R. n. 207/2010 devono essere posseduti entro la data di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura negoziata.

Art. 90, comma 1, lett. a) e comma 3, d.P.R. n. 207/2010

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 55612 del 21/07/2020 con la quale la GRM Costruzioni S.r.l., nella qualità di mandataria in ATI con la ditta Grimaudo Giuseppe, seconda in graduatoria, contesta il provvedimento di aggiudicazione n. 271 del 19/06/2020 adottato dal Comune di Buseto Palizzolo in favore dell'ATI Siciliana Edile S.r.l. – Scavone Matteo nell'ambito della procedura negoziata previa manifestazione di interesse indetta per l'affidamento di interventi di efficientamento energetico dell'immobile comunale destinato a sede del municipio sito nella via Trapani n. 1; in particolare, a seguito di accesso agli atti di gara in data 26/06/2020, l'istante verificava che la mandante impresa Scavone Matteo partecipava alla procedura dichiarando, con riferimento alla richiesta qualificazione nelle categorie OS 28 e OS 30, il possesso dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lettere a), b) e c), d.P.R. n. 207/2010 e presentando documentazione relativa alla lettera a) composta di certificati di esecuzione lavori e di un elenco relativo alle fatture emesse, a suo avviso idonei a comprovare la qualificazione della mandante per i lavori ascrivibili alle categorie OS 28 e OS 30;

VISTE le specifiche censure sollevate dall'istante rispetto a una parte dei CEL presentati dall'aggiudicataria che possono così enuclearsi in sintesi: 1) taluni CEL non riporterebbero la descrizione dell'oggetto dei lavori, limitandosi ad attestare le categorie cui i lavori sono riconducibili, ciò che impedirebbe alla stazione appaltante di svolgere una valutazione di analogia dei lavori rispetto a quelli in affidamento; 2) taluni CEL riporterebbero fatture con richiamo a categorie di lavori che non risultano sempre coerenti con l'elenco delle fatture trasmesso in atti dal concorrente; 3) taluni CEL risulterebbero riferiti a lavori eseguiti oltre il quinquennio e non potrebbero quindi essere utilizzati; 4) taluni CEL sarebbero stati emessi in data successiva al termine previsto dall'avviso di avvio di indagine per la presentazione della manifestazione di interesse con conseguente inutilizzabilità nella procedura; 5) taluni CEL sarebbero privi di data di emissione; 6) il CEL attestante l'esecuzione di lavori ascritti alla categoria OG 11 sarebbe stato erroneamente ritenuto idoneo a comprovare la qualificazione per i lavori in OS 28 e OS 30;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 57723 del 29/07/2020;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

VISTA la documentazione di gara che classificava i lavori in affidamento in *Edifici civili e industriali* (Categoria OG1, Classifica II, importo € 352.121,38, Prevalente), *Impianti civili e industriali* (Categoria OS 28, Classifica I, € 101.866,94, Scorporabile), *Impianti elettrici interni, ecc.* (Categoria OS 30, Classifica I, € 114.677,16, Scorporabile), prevedendo che i concorrenti comprovassero la qualificazione necessaria per la partecipazione alla procedura e l'esecuzione dei lavori, per la categoria OG1 con l'attestazione SOA e per le categorie OS 28 e OS 30 con l'attestazione SOA, o in alternativa, attraverso la comprova dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lettere a), b) e c) del D. P.R. n. 207/2010, con la specificazione che il possesso della qualificazione nella categoria *OG 11* classifica I avrebbe assorbito la qualificazione nelle categorie scorporabili OS 28 e OS 30;



CONSIDERATO che il Comune di Buseto Palizzolo, con nota del 10/07/2020 in riscontro a reclamo presentato dall'ATI GRM Costruzioni S.r.l. – Grimaudo Giuseppe in data 02/07/2020, confermava l'istruttoria compiuta fornendo chiarimenti sull'espletamento della stessa, in particolare elencando i CEL ritenuti idonei a comprovare la qualificazione, senza quindi tenere conto dell'elenco descrittivo delle fatture presentato dal concorrente aggiudicatario ed evidenziando di avere tenuto conto dei CEL riferiti ai lavori eseguiti nei cinque anni precedenti (2015/2019), con esclusione quindi dei CEL scaduti; in particolare, nella nota di riscontro al reclamo, l'amministrazione elencava, quali documenti tenuti in considerazione ai fini della comprova della qualificazione, n. 7 CEL attestanti l'esecuzione di lavori ricondotti dal direttore dei lavori e dal committente alla categoria OS 28, n. 7 CEL attestanti l'esecuzione di lavori ricondotti dal direttore dei lavori e dal committente alla categoria OS 30, n. 1 CEL attestante l'esecuzione di lavori ricondotti alla categoria OG11, che la stazione appaltante riteneva idoneo a comprovare la qualificazione richiesta;

CONSIDERATO che i certificati menzionati dal Comune di Palizzolo, ritenuti idonei, sono emessi da committenti privati e riferiti a lavori privati;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lettera a), d.P.R. n. 207/2010, allo stato vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, «gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare»;

CONSIDERATO che l'art. 90, comma 3, d.P.R. n. 207/2010 prescrive: «I requisiti, previsti dal bando di gara, dall'avviso di gara o dalla lettera di invito, sono determinati e documentati secondo quanto previsto dal presente titolo, e dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta con le modalità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; la loro sussistenza è accertata dalla stazione appaltante secondo le disposizioni vigenti in materia»;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 86, comma 5bis, d.lgs. n. 50/2016 «l'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori ...»;

CONSIDERATO che, con riferimento ai lavori appaltati da committenti privati e non soggetti alla normativa del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010, acquisiscono anche altri documenti oltre ai Certificati di esecuzione lavori, ai sensi dell'art. 86, comma 5, d.P.R. n. 207/2010;

CONSIDERATO che, nel caso di appalti di importo pari o inferiore a euro 150.000,00, l'Autorità ha rilevato che la descrizione della natura dei lavori oggetto dell'appalto in termini di categorie SOA è meramente indicativa e, a prescindere dalla categoria di lavori indicata nell'oggetto, le stazioni appaltanti sono chiamate a verificare che i lavori eseguiti possano ritenersi analoghi ai lavori in affidamento e, quindi, idonei a integrare la qualificazione richiesta nella *lex specialis* di gara (delibera ANAC n. 681 del 17/07/2019); tuttavia, tale accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stazione appaltante (parere di precontenzioso n. 8 del 16 gennaio 2014) e il rapporto di analogia tra categorie deve trovare un riscontro concreto ed oggettivo nella specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica, rientrando nell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante il giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando (parere di precontenzioso n. 35 del 26 febbraio 2014);

RITENUTO che, rispetto all'assunta inidoneità di taluni CEL trasmessi che non riporterebbero l'oggetto del contratto e contenenti informazioni non conformi a talune informazioni riscontrabili nell'elenco descrittivo delle fatture trasmesso dall'ATI aggiudicataria, correttamente l'amministrazione ha tenuto conto di quanto attestato nei CEL dal direttore dei lavori e dal committente in ordine alla riconduzione dei lavori alle categorie OS 28 e OS 30 e alle date di inizio e ultimazione dei lavori; se l'elenco delle fatture costituisce un documento di natura descrittiva proveniente dalla concorrente che non appare decisivo nell'attività di verifica di competenza della amministrazione aggiudicatrice, potendo contenere inesattezze ed errori così come anche evidenziato dalla stessa difesa dell'aggiudicataria, tuttavia a fronte di CEL carenti di talune informazioni, come la mancata descrizione dell'oggetto del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice doveva valutare complessivamente la documentazione anche alla luce dei documenti acquisiti ai sensi dell'art. 86, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, ciò che sembrerebbe avvenuto considerato che – sostiene l'aggiudicatario – le informazioni sull'oggetto del contratto erano acquisibili dalle fatture trasmesse con i CEL contestati;

RITENUTO che la censura dell'istante in ordine alla non utilizzabilità di taluni CEL emessi nel 2014 riferiti a lavori eseguiti nel 2006 non possa trovare seguito in quanto la nota del Comune di Buseto Palizzolo chiarisce che erano tenuti in considerazione esclusivamente i CEL riferiti a lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la trasmissione della lettera di invito; tuttavia, l'aggiudicatario chiarisce in ordine al CEL rilasciato dal Committente Di Giovanni che la documentazione allegata comprova l'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente;

CONSIDERATO che, rispetto alla censura concernente la inutilizzabilità in gara di CEL contenenti una data di emissione successiva alla data di scadenza del termine di presentazione della manifestazione di interesse, l'ATI Siciliana Edile S.r.l. – Scavone Matteo sostiene l'infondatezza della stessa ritenendo che in base all'avviso di avvio dell'indagine i requisiti di qualificazione ex art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 dovevano essere posseduti entro la data del 24/02/2020 prevista nella lettera di invito per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura negoziata e della relativa offerta (art. 9), mentre l'avviso pubblico di avvio di indagine di mercato, nel fissare il termine per la presentazione della manifestazione di interesse alla data del 03/12/2019, avrebbe inteso richiedere solo indicativamente il possesso dei requisiti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 poiché gli stessi andavano comprovati con riferimento al momento della trasmissione della lettera di invito e al momento di trasmissione della domanda di partecipazione alla gara alla procedura di gara negoziata;

CONSIDERATO che, ove l'amministrazione aggiudicatrice ricorra a una procedura negoziata, preceduta come nel caso in esame, dalla pubblicazione di un avviso di indagine di mercato con richiesta agli operatori economici interessati di presentare una manifestazione di interesse ai fini di un eventuale invito successivo alla procedura, la giurisprudenza ha rilevato che «la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati» (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344);

CONSIDERATO che, in ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) e che l'operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella *lex specialis*, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150);



RITENUTO che la tesi espressa dall'ATI aggiudicataria sia condivisibile in un'ottica di apertura alla concorrenza della gara e ove si consideri che l'avviso di avvio dell'indagine di mercato richiedeva agli operatori economici interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di trasmettere la documentazione per la manifestazione di interesse entro la data del 03/12/2019, prescrivendo che il plico, a pena di esclusione, dovesse contenere, tra l'altro «... 3) *Attestazione di qualificazione SOA, in corso di validità, in originale o copia conforme all'originale, ovvero dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (D.P.R. n. 445/2000) attestante di essere in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara, di cui all'art. 90, comma 1, lettera a), b), c) del D.P.R. n. 207/2010 ossia: a) l'importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data della lettera di invito è superiore all'importo del contratto da stipulare; (...)*»; ne consegue che, con riferimento alla richiesta qualificazione per le categorie OS 28 e OS 30, poiché il possesso dei requisiti ex art. 90, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 era specificamente richiesto rispetto all'importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente "*nel quinquennio antecedente la data della lettera di invito*", le imprese potevano correttamente ritenere che, per quanto concerne i lavori da comprovare ai sensi dell'art. 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010, la qualificazione dovesse sussistere al momento della presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta con allegata la relativa documentazione e non al momento della manifestazione di interesse;

RITENUTO che, con riferimento ai CEL privi di data di emissione, ma completi di timbro e firma del direttore dei lavori e del committente, con indicazione della data di inizio e di ultimazione dei lavori e la dichiarazione che l'esecuzione è stata regolare, l'amministrazione aggiudicatrice poteva ritenerli validi e idonei ai fini della qualificazione in gara, purché trasmessi entro la data prevista per la presentazione della domanda di partecipazione, ciò anche ove si consideri quanto previsto dall'art. 86, comma 7, d.P.R. n. 207/2010 che, con riferimento all'attività di verifica compiuta dalle SOA rispetto ai CEL emessi da committenti non tenuti al rispetto delle norme del Codice e del regolamento, prescrive a carico dell'impresa l'onere di «presentare la certificazione di esecuzione lavori rilasciata dal committente e sottoscritta dal direttore dei lavori»;

RITENUTO, infine, con riferimento alla censura sollevata inerente l'utilizzo del CEL attestante lavori in categoria OG 11, che le prescrizioni della *lex specialis* di gara, secondo cui la qualificazione nella categoria OG 11, classifica I, avrebbero assorbito la qualificazione nelle categorie OS 28 e OS 30 (art. 79, comma 11, d.P.R. n. 207/2010), non giustificavano la valutazione del CEL riferito alla categoria OG11 compiuta dalla stazione appaltante come idonea a comprovare l'esecuzione di lavori riconducibili nelle categorie OS 28 e OS 30, ove quest'ultime non siano specificamente indicate nel Certificato; infatti, anche se i lavori ascrivibili alla categoria generale OG 11 si compongono della sommatoria di categorie speciali, tra cui la OS 28 e la OS 30, indicando la capacità dell'impresa di eseguire un insieme coordinato di impianti da realizzarsi congiuntamente (parere n. 27 del 13/03/2013; delibera n. 1035 del 30/10/2018; delibera n. 935 del 16/10/2019), l'amministrazione avrebbe dovuto verificare i contratti e i lavori eseguiti richiedendo documentazione ai sensi dell'art. 86, comma 7, d.P.R. n. 207/2010 ai fini della verifica della tipologia di lavori impiantistici eseguiti dall'operatore economico;

RITENUTO che l'Autorità non possa sostituirsi all'amministrazione aggiudicatrice nella verifica dei CEL agli atti della stessa, che esprime attività valutativa di natura tecnico-discrezionale;

RITENUTO, pertanto, per i motivi sopra evidenziati, che le censure evidenziate dall'istante siano condivisibili con riferimento al CEL relativo alla categoria OG 11 (CEL con committente Di Caro per un importo di lavori pari a euro 45.000,00), indeterminato nell'oggetto e riferito genericamente a lavori in categoria OG 11, l'amministrazione potendo svolgere un'ulteriore verifica della documentazione ai sensi dell'art. 86, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, tenuto conto che l'ATI Siciliana Edile S.r.l. – Scavone Matteo, nella memoria trasmessa, segnala altri CEL, non menzionati dalla stazione appaltante, che ne comproverebbero la qualificazione;

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia fondata la censura dell'istante concernente l'utilizzo del CEL attestante l'esecuzione dei lavori ricondotti alla categoria OG 11.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

In data 5 ottobre 2020

Il Segretario Maria Esposito