



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Pareri

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. Uscita del 31/01/2020

Numero: 0008211

Ufficio: SG - UPAG Ufficio Precontenzioso e Pareri

Spett.le LU.NA. Costruzioni S.r.l.

PEC: lu.na.costruzioni@impresa-costruzioni-pec.it

Spett.le Provincia di Bergamo

PEC: protocollo@pec.provincia.bergamo.it

Spett.le Consorzio Stabile GE.CO. General

Contract c/o Avv. Luca Spaziani Studio

Tonucci & Partners

PEC: consorzio-stabilegeco@emalcertificatipec.it

PEC: avv.luca.spaziani@pec.it

Spett.le Comune di Grassobbio (BG)

PEC: comune.grassobbio@pec.regione.lombardia.it

RIF. _PREC 205/19/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da LU.NA. Costruzioni Srl – Lavori di ampliamento scuola primaria via Fornacette in Comune di Grassobbio (BG) – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 1.506.000,00 – S.A.: Provincia di Bergamo

Si comunica che in data 22/1/2020 il Consiglio dell'Autorità ha approvato la delibera N. 44/2020 che si allega in copia.

Ai sensi dell'art. 13 comma 2 del Regolamento del 9 gennaio 2019 per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si invitano le parti in indirizzo a voler far conoscere le proprie determinazioni conseguenti alla predetta pronuncia (proposizione di ricorso, provvedimenti assunti, acquiescenza), entro 60 giorni dal ricevimento della presente comunicazione, mediante compilazione del modulo (allegato).

Si evidenzia che, nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni rese ai sensi del sopra citato articolo 13, si applica l'art. 213, comma 13 del d.lgs. 50/2016 con trasmissione dei relativi atti all'ufficio dell'Autorità competente per l'applicazione delle sanzioni.

Il Dirigente
Adolfo CANDIA

/DA_ delibera



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 44

DEL 22 GENNAIO 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 LU.NA. Costruzioni Srl – Lavori di ampliamento scuola primaria via Fornacette in Comune di Grassobbio (BG) – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 1.506.000,00 – S.A.: Provincia di Bergamo
PREC 205/19/L

Consorzio stabile – Verifica triennale dell’attestazione SOA delle consorziate – Domanda di adeguamento attestazione del consorzio stabile – Ultrattività attestazione SOA per le singole consorziate e per il consorzio stabile

L’impresa che concorre da sola può partecipare alla gara esibendo alla Stazione appaltante anche soltanto la domanda, proposta nel termine, con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo dell’attestazione. Analoga disciplina non è tuttavia prevista per il consorzio stabile, in quanto in caso di scadenza intermedia, l’adeguamento dell’attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria attestazione.

Per il consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l’adempimento dovrebbe essere posto in essere. Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento.

Art. 47, comma 2 e art. 84, comma 1 d.lgs. n. 50/2016; art. 76, comma 5, art. 77 e art. 81 d.P.R. n. 207/2010

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 0086632 del 31.10.2019, la società LU.NA. Costruzioni Srl, risultata collocata al secondo posto della graduatoria definitiva della gara in oggetto, contesta la legittimità dell’aggiudicazione al Consorzio Stabile GE.CO. – General Contract in quanto, a suo giudizio, tale Consorzio, al momento dell’aggiudicazione, sarebbe stato privo di regolare attestazione SOA, al pari delle altre due consorziate ITAL.CO.EL. Srl e IDROEDIL di Rossignoli Roberto.

Più in dettaglio, l’istante sostiene che il Consorzio GE.CO. era in possesso dell’attestazione SOA ESNA (n. 20200/16/00), con data scadenza intermedia al 30 agosto 2019; che in data 6 settembre 2019 lo stesso



Autorità Nazionale Anticorruzione

Preside

Conorzio ha ottenuto una nuova attestazione SOA (n. 20988/16/00), con scadenza intermedia al 21 ottobre 2019 e che in data 17 ottobre 2019 ha ottenuto un'altra attestazione SOA (n. 21231/16/00), che ha sostituito quella intermedia n. 20988/16/00, e che sostituisce l'attestazione originaria (ovvero la n. 20200/16/00) e non quella intermedia n. 20988/16/00 del 6 settembre 2019, con la conseguenza che *«Ove mai il seggio di gara avesse proceduto alla nuova aggiudicazione in data 3 settembre 2019 – così come era indicato nella relativa comunicazione del 28 agosto 2019 – il Conorzio, a tale data, non risultava in possesso di attestazione regolare; ciò per la scadenza intermedia del 30 agosto 2019 e per non aver prodotto il relativo contratto di rinnovo».*

L'istante, inoltre, con riferimento alle due già citate consorziate, chiede più genericamente all'Autorità, senza spendere argomentazioni specifiche, di accertare il loro effettivo possesso di regolari attestazioni SOA, senza soluzione di continuità, dal momento della presentazione della domanda di partecipazione fino alla definitiva aggiudicazione.

A seguito della comunicazione di avvio dell'istruttoria, sono pervenute, in data 30.11.2019 e 3.12.2019, le memorie difensive, rispettivamente, del Conorzio GE.CO. e della Stazione appaltante, con le quali vengono respinti gli addebiti e argomentate le ragioni della legittimità di tutte le operazioni di gara e della conseguente aggiudicazione.

Ritenuto in diritto

Le doglianze dell'istante appaiono fondate.

E' noto che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Pertanto è indubbio che tra vecchia e nuova attestazione non deve esservi soluzione di continuità, nemmeno per un solo giorno, altrimenti la nuova attestazione non costituirebbe rinnovo della precedente, venendo così meno, in capo all'impresa, il requisito della qualificazione *medio tempore* (cfr. sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015 e, in ultimo, ribadito all'art. 81, comma 1 del Codice dei contratti d.lgs. 50/2016).

Ciò premesso, da un punto di vista teorico, si potrebbe ritenere che la richiesta di rinnovo dell'attestazione varrebbe ad escludere la soluzione di continuità nel possesso del requisito.

Sul punto giova considerare che l'art. 84, comma 1 del Codice prevede che *«La qualificazione della SOA ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nel regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies»* e l'art. 76, comma 5 del d.P.R. n. 207/2010 precisa che *«L'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'art. 77, comma 5. Almeno novanta giorni*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione».

Ora, l'adempimento di cui al citato art. 76, comma 5, del d.P.R. citato discende direttamente dalla diligente condotta dell'impresa richiedente l'attestazione, mentre il superamento dei termini prescritti per l'istruttoria può comportare sanzioni a carico dell'Organismo di certificazione, ma – come da tempo chiarito dalla giurisprudenza amministrativa – non preclude l'effetto retroattivo della certificazione stessa, ove infine positivamente rilasciata, con riconosciuta ultravigenza del precedente attestato, in pendenza della procedura di verifica ritualmente attivata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3398).

Tuttavia il richiamato indirizzo interpretativo presuppone che il procedimento di rinnovo sia comunque formalmente avviato e che siano in corso le relative verifiche sulla perduranza dei requisiti in capo all'Impresa; l'insorgenza di un tale obbligo sull'Organismo di attestazione presuppone che sia configurabile almeno un nucleo minimo di accordo contrattuale (richiesta, accettazione, avvio delle operazioni, corrispettivo dell'attività, etc.) ovvero che tale obbligo possa conseguire a semplice richiesta sulla base di un accordo, senza che siano configurabili ulteriori attività negoziali. In tal senso, quindi, è necessario che la richiesta di rinnovo sia stata tempestivamente e ritualmente presentata (v. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2017 n. 1091).

Ribaditi tali principi generali, la cui indiscutibilità rende ridondante ogni ulteriore chiarimento, occorre valutare se, come nel caso di specie, essi siano *tout court* applicabili anche ai consorzi stabili oppure la loro particolare natura e struttura giuridica ne giustifichi una deroga o una applicazione, per così dire, attenuata.

Come è noto, il consorzio stabile si qualifica presso una società di attestazione SOA mediante il meccanismo del c.d. 'cumulo alla rinfusa', ossia cumulando alla rinfusa, nella fase costitutiva, quanto oggetto di attestazione SOA delle singole consorziate (categorie e classifiche), ciascuna delle quali deve a sua volta possedere l'attestazione di qualificazione SOA (art. 81 d.P.R. 207/2010, che rinvia al comma 7 dell'art. 36 d.lgs. 163/06 da intendersi, ora, come rinvio al comma 2 dell'art. 47 d.lgs. 50/2016); ai fini dell'apporto non è richiesto alle consorziate di avere dei "valori" minimi di una data classifica.

Di talché, come è stato correttamente segnalato dal Consorzio stabile GE.CO. nella propria memoria difensiva, l'Autorità stessa, già nella Determinazione n. 18/2003 (richiamata nel Parere n. 74/2014), ha avuto modo di precisare che «è la qualificazione della singola impresa consorziata ad acquisire una posizione di centralità nell'ambito del sistema di qualificazione del consorzio stabile», aggiungendo che «per i consorzi stabili, la verifica del possesso della capacità strutturale non può che essere il riscontro della permanenza nelle imprese consorziate delle qualificazioni che hanno consentito il rilascio dell'attestazione originaria. Va inoltre osservato che qualora l'efficacia dell'attestazione di uno o più consorziati scada (scadenza intermedia) prima dei suddetti termini (tre anni e cinque anni) – come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazioni dei soggetti consorziati – non può non correre l'obbligo per il consorzio di richiedere alla SOA l'adeguamento dell'attestazione».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Tutto ciò considerato, si deve confermare anche in questa sede l'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, secondo cui se da un lato è vero che l'impresa che concorre da sola «può partecipare alla gara esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda, proposta nel termine, con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo dell'attestazione», è altrettanto indubbio che «analoga disciplina non è tuttavia prevista per il consorzio stabile», in quanto «in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del consorzio stabile solo dopo che la impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione. Per il Consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere. Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento» (Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 6506/2010).

L'obbligo di adeguamento, quindi, sembra configurarsi come un adempimento finalizzato a garantire chiarezza e speditezza della procedura concorsuale, da osservare ai fini della partecipazione alla gara, ma che può considerarsi assolto con la presentazione dell'attestazione che tale adeguamento è stato richiesto alla SOA competente prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta (così Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 3878/2009).

Ora, al fine di risolvere la questione sottoposta al parere dell'Autorità, si ritiene opportuno, preliminarmente, riassumere brevemente le principali scadenze temporali relative al caso in oggetto.

Il termine per la presentazione delle offerte per la partecipazione alla gara di cui trattasi scadeva in data **31.7.2019**.

Il certificato SOA del Consorzio Stabile GE.CO., dichiarato in sede di presentazione dell'offerta, aveva scadenza intermedia alla data del **30.8.2019**, che coincideva con la scadenza intermedia del certificato SOA della ITAL.CO.EL S.r.l., consorziata del medesimo Consorzio Stabile.

Detta consorziata, nel corso dello svolgimento della procedura, con contratto del 30.05.2019 stipulato con una nuova SOA, ITAL.CO.EL ha provveduto al rinnovo dell'attestazione SOA n. 19953/16/00 ottenendo il rilascio *ex novo* dell'attestazione SOA n. 54515/10/00 del **27.8.2019** con termine di scadenza validità triennale al 26.8.2022 e quinquennale al 26.8.2024.

Il Consorzio suddetto ha chiesto la verifica della propria attestazione in data **28.8.2019** ovvero il giorno dopo il rilascio di una nuova attestazione SOA alla consorziata ITAL.CO.EL S.r.l., concludendo il contratto volto ad adeguare il termine intermedio con la suddetta attestazione avente ad oggetto "*Variazione minima (...) a seguito di modifica della compagine di un consorzio stabile*" e così conseguendo la formale attestazione SOA n. 20988/16/00 del **6.9.2019** recante data di scadenza intermedia aggiornata al 21.10.2019 e data di scadenza triennale e quinquennale invariata (12.1.2020 e 12.1.2022).

In data 16.9.2019, dopo aver effettuato il calcolo per la determinazione della soglia di anomalia e aver individuato nell'offerta del Consorzio GE.CO. il primo ribasso non anomalo, il Seggio di gara ha provveduto ad esaminare la documentazione amministrativa del Consorzio primo in graduatoria e delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

relative imprese esecutrici, nonché del secondo operatore economico in graduatoria (ovvero l'odierno istante), "dichiarandone la correttezza, regolarità e completezza".

Ebbene, dalla semplice osservazione della scansione temporale sopra riportata emerge che il Consorzio GE.CO. ha presentato richiesta di verifica della propria attestazione, a seguito del rinnovo dell'attestazione SOA della consorziata ITAL.CO.EL., in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Pertanto, facendo applicazione in concreto dei principi generali più sopra enunciati, ai fini dell'ammissibilità alla gara del Consorzio GE.CO. sarebbe stato necessario che la richiesta di verifica dell'attestazione fosse stata presentata prima della scadenza del bando, ovvero entro il 31.7.2019.

L'argomento, peraltro corretto, secondo cui, nel caso dei consorzi stabili, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere (poiché è incerto il giorno in cui le consorziate otterranno la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione), non può però essere addotto a legittimazione dell'operato della Stazione appaltante: ciò che si richiede al consorzio stabile per l'ammissibilità ad una gara, per il profilo di attuale interesse, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il consorzio stesso abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento dell'attestazione, essendo indifferente – come giustamente sostenuto – il rispetto di qualsiasi altro termine prescritto invece per i singoli consorziati (ovvero per tutti gli operatori economici singoli).

Nel caso di specie, poi, il rispetto di tale regola era reso particolarmente agevole dalla conoscenza del sopravvenuto contratto della consorziata ITAL.CO.EL. con la nuova SOA quantomeno dalla data della sua stipula, il 30.5.2019, ovverosia ben due mesi prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara *de qua*.

In ogni caso, anche a prescindere da tale rilievo, dalla documentazione acquisita al fascicolo istruttorio emerge che dalla data del 30.8.2019 (ovvero della scadenza intermedia del primo certificato SOA) al 5.9.2019 il Consorzio GE.CO. risultava di fatto privo di regolare attestazione, in quanto solo in data 6.9.2019, in esecuzione del contratto stipulato in data 28.8.2019, è stata rilasciata l'attestazione SOA n. 20988/16/00 di adeguamento all'intervenuta nuova attestazione SOA della consorziata ITAL.CO.EL., generandosi in tal modo quella soluzione di continuità nel possesso della certificazione che, nel nostro ordinamento, impedisce la partecipazione ad una procedura di gara.

In merito alla richiesta di accertamento del rispetto del termine di 90 giorni di cui all'art. 76, comma 5 del d.P.R. 207/2010 da parte delle due consorziate ITAL.CO.EL. Srl e IDROEDIL di Rossignoli Roberto – avanzata dall'istante nella richiesta di parere – si ritiene che, avendo ottenuto, la prima consorziata in data antecedente alla scadenza del termine di validità triennale e la seconda in data antecedente alla scadenza del termine di validità quinquennale, entrambe il rilascio di una nuova attestazione, sia irrilevante la verifica di cui sopra in quanto tale nuova attestazione ha garantito comunque la continuità nel possesso dei requisiti secondo le disposizioni normative e i principi generali più sopra enucleati.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

pertanto, sulla base delle motivazioni che precedono, ritiene che il Consorzio Stabile GE.CO. non avesse al momento della partecipazione alla gara il requisito dell'attestazione SOA, previsto nella relativa *lex specialis*.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

30/01/2020

Il Segretario Maria Esposito