

Parere AVCP 30/05/2012, n.83

PREC 40/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Comune di FRASCINETO (CS) – “*Procedura aperta per l’affidamento dell’appalto: REGIMAZIONE DEI CORSI D’ACQUA inerente al P.S.R. Calabria 2007/2013 – Misura 2.2.7. – Azione F*” – Importo a base d’asta : € 280.272,00 oltre IVA, Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – S.A.: Comune di FRASCINETO (CS).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 gennaio 2012 è pervenuta la prefata istanza di parere, con la quale la Stazione Appaltante, Comune di Frascineto, ha chiesto l’avviso dell’Autorità in ordine a taluni rilievi mossi da parte di due ditte concorrenti all’esito dell’aggiudicazione provvisoria resa in favore della Impresa Di Iacovo Domenico & Figli srl.

In particolare, il primo rilievo è quello sollevato dall’Impresa Falbo Pietro, che con lettera di diffida ex art. 243 bis D.lgs. n. 163/2006, ha chiesto alla Stazione Appaltante di revocare l’aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti dell’Impresa Di Iacovo Domenico & Figli srl e di convocare nuova seduta di gara, in quanto tutte le altre ditte concorrenti, ivi compresa l’aggiudicataria, avrebbero reso le dichiarazioni relative alle condizioni di cui all’art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) ed m-quater) in maniera non conforme alle previsioni di cui al Codice dei Contratti, come novellato dalla L.n. 106/2011.

Secondo rilievo è stato invece formulato dal Consorzio CIPEA, il quale ha contestato la legittimità dell’aggiudicazione provvisoria in favore della Di Iacovo Domenico & Figli srl, atteso che, secondo quanto risultato dal modello di dichiarazione visionato in sede di accesso agli atti, questa avrebbe dichiarato di “*non essere soggetta alla Cassa Edile*”, mentre, trattandosi nel caso in esame di appalto che prevede l’esecuzione di lavorazioni di natura prettamente edile, sarebbe da ritenersi obbligatoria l’iscrizione alla Cassa Edile e conseguentemente illegittima l’aggiudicazione in favore del concorrente privo di tale iscrizione.

Dal proprio canto la Stazione Appaltante ha evidenziato come la Commissione di gara avesse, al contrario, ritenuto corrette le dichiarazioni prodotte dalle ditte concorrenti e che

l’Amministrazione avrebbe proceduto in ogni caso, come di prassi, a richiedere all’impresa aggiudicataria provvisoria tutta la documentazione in originale comprovante i requisiti dichiarati in sede di gara, prima di addivenire all’aggiudicazione definitiva.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 29 febbraio 2012, ha fatto seguito, in data 6 marzo 2012, la memoria dell’Impresa Falbo Pietro, con la quale l’impresa istante ha ribadito che le dichiarazioni relative alle condizioni soggettive ex art. 38 comma 1, lett. b), c), m-ter) ed m-quater) del D.lgs.163/2006, rilasciate dalle altre ditte concorrenti, non sarebbero

state rese in maniera conforme alla normativa di recente introdotta con il D.L. n. 70 del 13.05.2011, convertito con la legge n. 106 del 12.07.2011.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità attiene alla legittimità o meno del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, disposto in favore dell'impresa Di Iacovo Domenico & Figli s.r.l, secondo un duplice profilo di contestazione rispettivamente rappresentato dalle imprese istanti, che investe, da un lato, la conformità a legge della dichiarazione relativa alla insussistenza delle condizioni soggettive di cui all'art. 38 comma 1, lett.b), c), m-ter ed m-quater) del D.lgs.163/2006, prodotta dalla ditta aggiudicataria, e dall'altro la mancata iscrizione alla Cassa Edile dell'impresa in questione a fronte della natura prettamente edile delle lavorazioni in appalto.

Per quanto attiene al primo rilievo, occorre prendere le mosse dal tenore dell'intervento normativo richiamato dall'istante Impresa Falbo Pietro, consolidatosi attraverso la promulgazione del decreto legge n. 70/2011 concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia (convertito in legge n. 106/2011).

In particolare, per quanto qui interessa, in relazione alle condizioni previste dalle lettere b) e c) del comma 1 dell'art.38, il legislatore ha esteso l'obbligo di rendere la relativa dichiarazione sostitutiva anche al ***“...socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”***, prevedendo altresì che *“l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del Bando di gara...”*.

Anche per quanto riguarda la lett. m-ter, pure invocata dall'istante, il legislatore ha ristretto l'arco temporale di riferimento ai fini della individuazione delle omesse denunce di fatti ascrivibili alle fattispecie di reato *“previste e punite dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203”*, stabilendo che *“La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del Bando...”*.

La lettera m quater) in fine, (non modificata peraltro dal D.L. n.70/2011) prevede l'ipotesi che il concorrente si trovi, rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo ai sensi del codice civile (art.2359) *“o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

Or dunque, fatta questa necessaria premessa in ordine alle novità più significative introdotte dalla nuova disciplina in ordine al settore dei pubblici appalti, occorre interrogarsi innanzitutto sulla soggezione o meno della gara in oggetto alle sue variegate disposizioni. Viene in realtà a configurarsi un fenomeno di successione nel tempo delle norme regolatrici *in subiecta materia*, che è regolamentato dallo stesso legislatore mercè la modifica introdotta all'art. 4 comma 3 con la Legge di conversione (n. 106/11), la quale stabilisce che le disposizioni di cui al comma 2, lett. b), l) e dd) si applicano *“alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”*. La

giurisprudenza, infatti, preso atto dell'assetto normativo risultante dalla legge di conversione, con particolare riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione, ha utilizzato il suddetto criterio temporale al fine di dirimere la questione dell'applicabilità o meno della nuova disciplina legale alle procedure in corso, affermando che *“il principio della tassatività delle cause legali che legittimano l'esclusione dalle gare di appalto ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del codice appalti, come modificato dal d.l. n. 70 del 2011 non è, in ogni caso, estendibile alla procedura oggetto del presente giudizio iniziata in data antecedente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore della predetta norma”* (v. Cons. Stato, ordinanza 12 ottobre 2011, n. 4497; T.A.R. Palermo, Sez. III, sentenza n. 2437 del 21 dicembre 2011).

Alla luce del *discrimen* temporale normativamente fissato, ineluttabilmente connesso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina (D.L.n. 70/2011 ovvero, in caso di modificazioni, legge di conversione n. 106/2011) rispetto alla data di emanazione della legge di gara, deve quindi inferirsi la piena applicabilità al caso di specie della nuova disciplina in materia di possesso di requisiti generali di partecipazione, avuto riguardo al fatto che il bando, come risulta *per tabulas*, è stato pubblicato all'albo pretorio dal 30 settembre al 21 novembre 2011, quindi successivamente allo sbarramento temporale del 14 maggio 2011, cui risale l'entrata in vigore del D.L.n. 70/2011.

Orbene, evidenziata l'applicabilità alla procedura di gara in esame della disciplina sui requisiti di ordine generale così come modificata dalla novella legislativa del 2011, di contro non risulta dagli atti del procedimento di gara che la Stazione Appaltante abbia adeguato la modulistica per la predisposizione delle domande di partecipazione alla nuova disciplina, non recando le relative indicazioni in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale.

Sul punto, giova richiamare quanto costantemente affermato da questa Autorità in merito alla problematica concernente la redazione da parte della Stazione Appaltante di modelli allegati al bando di gara ad esso non conformi, laddove si è affermato che *“la predisposizione di uno schema di domanda di partecipazione difforme dalle prescrizioni della lex specialis costituisce un comportamento equivoco della Stazione Appaltante, idoneo a generare convincimenti non esatti e a dare indicazioni o avvertenze fuorvianti, per cui non è legittima l'esclusione dalla gara del concorrente in tal modo indotto in errore. La tutela dell'affidamento e la correttezza amministrativa impediscono, infatti, che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione Appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla gara”* (Cfr tra gli altri, Parere Avcp n.139 del 20.07.2011).

Tale orientamento risulta, del resto, condiviso da un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“In applicazione dei principi del favor participationis e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al fac simile all'uopo approntato dalla Stazione Appaltante... tenendo conto che le imperfezioni degli atti predisposti dall'Amministrazione non possono risolversi in danno dei concorrenti operando come un moltiplicatore dei casi di esclusione per motivi formali a detrimento dell'interesse pubblico alla massima partecipazione alle gare”* (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7278).

La incompletezza della modulistica e la mancata richiesta di integrazione documentale sono dunque da considerarsi comportamenti addebitabili all'operato della Stazione Appaltante dai quali non può ricavarsi una conseguenza sfavorevole ai soggetti partecipanti alla procedura di gara.

Ne consegue, in definitiva, che, nel caso in esame, stante la evidenziata carenza da cui era affetta la modulistica predisposta dalla Stazione Appaltante, in applicazione dei principi prima richiamati, non può essere considerata illegittima l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'Impresa

Di Iacovo Domenico & Figli srl, alla luce della circostanza che questa ha presentato la domanda di partecipazione alla gara semplicemente compilando il modello a tal uopo predisposto dal Comune di Frascineto.

Con autonomo rilievo il concorrente Consorzio CIPEA, risultato secondo in graduatoria, eccepiva la illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria in favore della Di Iacovo Domenico & Figli srl, atteso che questa avrebbe rilasciato la dichiarazione di "*non essere soggetta alla Cassa Edile*", mentre tale iscrizione è da ritenersi obbligatoria, ad avviso dell'istante, trattandosi, nel caso di specie, di appalto avente ad oggetto lavorazioni di natura edile.

Preliminarmente, circa l'obbligo di iscrizione alle Casse Edili, si osserva che lo stesso è previsto dal Codice dei Contratti, sia nell'art. 118, comma 6, che stabilisce: "*(...) L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, **inclusa la Cassa edile**, assicurativi e antinfortunistici (...)*", sia nell'art. 40, comma 4 lett. d), che, in ordine alla qualificazione per eseguire lavori pubblici, afferma: "*il regolamento definisce in particolare (...) i requisiti di ordine generale in conformità all'articolo 38 e i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui al comma 3, lettera b), con le relative misure in rapporto all'entità e alla tipologia dei lavori. Vanno definiti, tra i suddetti requisiti, anche quelli relativi alla regolarità contributiva e contrattuale, ivi compresi i **versamenti alle casse edili***".

Sul punto si richiama, poi, una precedente pronuncia di questa Autorità (resa a riscontro di un quesito posto nel contesto di procedura concorsuale finalizzata alla realizzazione di lavori edili, nella quale una delle imprese concorrenti assumeva di non essere tenuta all'iscrizione perché i propri dipendenti erano inquadrati nel contratto di lavoro dei metalmeccanici) nella quale si osservava che "*Per quanto attiene all'obbligo di iscrizione alla Cassa Edile, nel far presente che l'iscrizione sussiste ipso facto per tutte le imprese aderenti al contratto collettivo degli edili, si precisa che, indipendentemente dal comparto di riferimento, le imprese che eseguono appalti di lavori pubblici sono anch'esse obbligate ad iscrivere i propri lavoratori alla Cassa Edile territorialmente competente. (Cfr.Deliberazione Avcp n.91 del 29.03.2007)*

Tale orientamento è, peraltro, condiviso da diverse pronunce giurisprudenziali che confermano come "*ai fini della valutazione della regolarità contributiva non viene infatti in rilievo il c.c.n.l. in concreto applicato dall'impresa, ma quello che la stessa dovrebbe applicare in ragione della natura delle prestazioni oggetto del contratto posto a base di gara nonché delle relative qualificazioni possedute (...) è del tutto evidente che un diverso opinare consentirebbe agevolmente a qualunque concorrente di eludere (in parte) le previsioni normative e amministrative, in tema di verifica di regolarità del requisito della regolarità contributiva usando la semplice accortezza di optare per l'applicazione di una disciplina contrattuale collettiva diversa da quella del settore edile. In questo modo si perverrebbe al risultato, certamente da scongiurare, di consentire a un'impresa di impegnarsi, con varie stazioni appaltanti, a effettuare lavori edili, senza mai dover dimostrare la sua regolarità contributiva nei confronti delle Casse edili".(CGA, n. 1411/10 del 10 novembre 2010 e dello stesso tenore anche TAR Campania, Salerno, sez.I, n.11812 del 18 ottobre 2010, CdS, sez.V, n.4248 del 8 settembre 2008)*

I principi richiamati appaiono applicabili al caso di specie, trattandosi di appalto di lavori in cui è prevista la realizzazione di opere rientranti nella categoria OG8; l'impresa Di Iacovo Domenico & Figli, pertanto, per poter risultare aggiudicataria definitiva, dovrà procedere all'iscrizione dei propri lavoratori alla Cassa Edile competente per territorio, essendo pacifico che, come già affermato dalla richiamata deliberazione di questa Autorità nonché da giurisprudenza del Consiglio di Stato, il

requisito dell'iscrizione deve essere posseduto dall'impresa anteriormente all'aggiudicazione definitiva e debba quindi necessariamente sussistere prima della stipula del contratto.

Pertanto, alla luce della disciplina e della giurisprudenza su riportate, andrà considerato illegittimo l'eventuale affidamento definitivo dei lavori in esame all'Impresa Di Iacovo Domenico & Figli, qualora tale impresa risultasse priva dell'iscrizione alla Cassa Edile, così come previsto dalla normativa in materia, non potendosi invece, allo stato, considerare illegittimo il provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente reso in favore dell'Impresa medesima, essendo possibile effettuare il previsto adempimento nelle more dell'aggiudicazione definitiva.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'aggiudicazione provvisoria disposta dal Comune di Frasinetto in favore dell'Impresa Di Iacovo Domenico & Figli s.r.l. sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito