



Presidente

Provincia di Macerata
[... OMISSIS ...]

Impresa [... OMISSIS ...]

Fasc. Anac n. 1441/2024 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

PROCEDURA NEGOZIATA FINALIZZATA ALL'APPALTO DEI LAVORI DI RISANAMENTO PAVIMENTAZIONE VARI TRATTI DELLA S.P. 1 "ABBADIA DI FIASTRA - MOGLIANO" (CUP: [... OMISSIS ...] - CIG: [... OMISSIS ...] – Stazione appaltante: Provincia di Macerata – Nota di definizione dell'istruttoria a firma del Presidente ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018 e s.m.i.

Risultano pervenute all'Autorità le risultanze degli accertamenti svolti dalla SOA [... OMISSIS ...] in occasione della verifica triennale dell'attestazione di qualificazione posseduta dall'impresa [... OMISSIS ...], conclusasi con il diniego dell'attestazione relativa alla verifica triennale e la decadenza dell'attestazione originaria n. [... OMISSIS ...], a far data dalla rescissione del contratto di affitto di ramo d'azienda annotata nel Registro delle imprese dal 04.06.2021, che aveva consentito il rilascio del predetto attestato.

Conseguentemente, con nota prot. n. 40636 del 28.03.2024, l'Autorità comunicava l'avvio dell'istruttoria nei confronti della Provincia di Macerata e dell'impresa [... OMISSIS ...] ai fini della verifica della corretta applicazione della normativa in tema di contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, in relazione al possesso dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa aggiudicataria dell'appalto in esame, nonché riguardo alla veridicità delle dichiarazioni rese dalla medesima. Ciò, in quanto l'appalto in oggetto, giusta determinazione dirigenziale n. 1000126 del 23.06.2022, risultava aggiudicato all'impresa [... OMISSIS ...] per l'importo di € 163.111,87 (di cui € 158.658,35 al netto del ribasso del 13,471% ed € 4.453,52 per oneri di sicurezza), oltre IVA nella misura di legge, per opere inquadabili nella Categoria OG3-I Classifica.

A tal fine, si assegnava il termine di venti giorni nei riguardi della stazione appaltante al fine di conoscere, oltre alle eventuali controdeduzioni, gli adempimenti svolti in merito all'accertamento della veridicità delle dichiarazioni rese dall'OE, nonché le valutazioni in ordine all'accertamento della regolarità dei lavori eseguiti da parte di impresa priva dell'adeguata qualificazione, anche in relazione ai presupposti per il rilascio del relativo Certificato di Esecuzione Lavori (CEL).

La Provincia di Macerata riscontrava l'avvio del procedimento con nota acquisita al prot. 46021 del 15.04.2024, laddove, con riferimento alle verifiche condotte nei riguardi dell'impresa in esame, veniva evidenziato di aver proceduto alla verifica dei requisiti di partecipazione generali e speciali dichiarati dalla ditta destinataria della proposta di aggiudicazione e che *"dall'analisi della documentazione acquisita in sede di comprova tramite il sistema AV/Pass e depositata agli atti della pratica, tra cui il Casellario informatico Anac ... e il Registro delle imprese ...", nulla poteva rilavarsi in merito alla perdita d'efficacia del contratto d'affitto di ramo d'azienda, così come "a contrario" dettagliato nella comunicazione di avvio del procedimento notificata da Anac*, con l'ulteriore precisazione che *"sulla base delle dichiarazioni fornite dalla summenzionata ditta per*



la partecipazione alla gara (... Domanda di partecipazione e ... DGUE) e delle predette risultanze documentali, non era nella possibilità di assumere alcuna notizia circa il venir meno dei requisiti di qualificazione della ditta sopra citata e la sua conseguente inidoneità a svolgere i lavori richiesti'.

Inoltre, veniva rilevato che "al momento dell'aggiudicazione dei lavori in oggetto, l'attestazione SOA della società appaltatrice risultava valida ed efficace, rendendo conforme la documentazione acquisita a comprova con le dichiarazioni dalla stessa rilasciate per la partecipazione alla gara e per la presentazione dell'offerta", ritenendo che "non vi erano i presupposti giuridici che potessero giustificare l'esclusione della ditta [... OMISSIS ...] dalla procedura di gara per mancanza dei requisiti speciali di partecipazione".

In conclusione, la S.A. precisava che "il contratto d'appalto in oggetto è concluso e che per tali lavori si è provveduto anche all'approvazione del certificato di regolare esecuzione con Determina Dirigenziale n.4000323 del 03/11/2022", dando atto "di non dover assumere ulteriori determinazioni in merito alla veridicità delle dichiarazioni rese dall'OE, come anche in merito ad una eventuale risoluzione del contratto visto che tale appalto risulta concluso ed in ogni caso non si ritiene che si sia verificata una perdita dei requisiti speciali né in fase di gara né durante l'esecuzione del contratto vista la validità della SOA fino alla data del 15/03/2024".

Con ulteriore comunicazione acquisita al prot. n. 45427 del 11.04.2024, l'impresa [... OMISSIS ...] presentava le proprie controdeduzioni alle contestazioni formulate in sede di avvio istruttorio, contestando in primo luogo il provvedimento adottato dalla SOA per la dichiarazione di decadenza dell'attestazione [... OMISSIS ...], facendo presente che lo stesso era stato impugnato innanzi al T.A.R. territorialmente competente "in quanto illegittimo e comunque adottato in spregio alle norme procedurali che regolano il procedimento di attestazione".

In particolare, è stata contestata la decadenza dell'attestato in quanto "assunta dalla SOA senza avviare alcun contraddittorio con l'impresa, né tantomeno facendo precedere il diniego opposto da una comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della richiesta di attestazione SOA", facendo altresì presente che "l'intervenuta cessazione del contratto di ramo d'azienda a far data dall'anno 2021 doveva già essere conosciuta dalla SOA, in quanto presente nel sistema camerale e comunque rientrando nel novero dei controlli sulla permanenza dei requisiti di carattere tecnico-professionali di sua esclusiva spettanza", contestando pertanto la sussistenza di un dovere di comunicazione a suo carico.

Con riferimento al profilo della veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara, che qui interessa, la stessa impresa ha ritenuto di escludere qualsiasi addebito a suo carico, rappresentando che "l'attestazione SOA in possesso della Scrivente impresa era valida ed efficace, con la conseguenza che, al momento in cui sono state rese, le dichiarazioni presentate dall'operatore economico in merito al possesso dei requisiti di qualificazione erano perfettamente valide e veritiere" e che "l'operatore economico (né tantomeno la Stazione appaltante) non poteva(no) sostituirsi alle valutazioni effettuate dall'unico Organismo competente, cioè la SOA, come cristallizzate nel certificato [... OMISSIS ...]".

Sul punto, l'impresa faceva altresì presente che "Dunque, nel sistema della qualificazione nei lavori pubblici, solo e soltanto la SOA ha il potere di certificare il possesso (o il non possesso) dei requisiti di qualificazione in capo all'operatore economico. Certamente, nessun presunto ulteriore obbligo istruttorio o dichiarativo può essere addossato sull'impresa (o sulla Stazione appaltante) in merito alla correttezza dell'attestato SOA originariamente presentato in gara", precisando ulteriormente che "Pertanto, la [... OMISSIS ...] (e né la Stazione appaltante) non doveva e non poteva interrogarsi sulla validità e/o correttezza del certificato rilasciato dalla SOA che, occorre ribadire con forza, al momento di presentazione dell'offerta, dell'intervenuta aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto era assolutamente valido ed efficace".

In conclusione, l'impresa, rappresentando la propria disponibilità ad essere eventualmente audita presso l'Autorità, chiedeva l'archiviazione del procedimento avviato nei confronti della medesima società.



In primo luogo, in riferimento al contenzioso giurisdizionale amministrativo instaurato dall'impresa innanzi al TAR competente, si osserva che l'ambito oggettivo di tale contenzioso instaurato nei riguardi della SOA non interferisce con le verifiche da svolgere nel corso del procedimento in esame, le cui finalità consistono nel verificare il corretto operato della stazione appaltante, nonché l'assolvimento degli obblighi dichiarativi dell'impresa nell'ambito della procedura di gara, con particolare riferimento al mantenimento dei requisiti. Ciò, tenuto conto, al di là della formale validità dell'attestazione, dell'intervenuta circostanza in merito al venir meno dell'affitto di ramo d'azienda, su cui si fondava la qualificazione dell'impresa, tacitata dall'impresa in sede di gara.

Nel merito, si rileva che l'impresa [... OMISSIS ...] si è aggiudicata la gara in oggetto per opere inquadrate nella Categoria OG3-I Classifica, con la spendita dell'attestazione [... OMISSIS ...], rilasciata in data 09.03.2021 dall'Organismo di attestazione SOA [... OMISSIS ...], conseguita con i requisiti rivenienti dal ramo d'azienda concesso in affitto dalla società [... OMISSIS ...].

A far data dal 04.06.2021, presso la Camera di Commercio risulta annotata la perdita di efficacia del predetto contratto di affitto a seguito del recesso da parte dell'impresa locatrice annotato nel Registro delle imprese in data 04.06.2021, che non è stato comunicato dall'impresa in sede di partecipazione alla procedura di gara, la cui circostanza è stata poi riscontrata dalla SOA [... OMISSIS ...], in sede di verifica triennale dell'attestazione in data 15.03.2024, con la dichiarazione formale di decadenza dell'attestazione [... OMISSIS ...] del 09.03.2021, a far data dal 04.06.2021.

In tale contesto risulta evidente che la società [... OMISSIS ...] si è aggiudicata ed ha eseguito il contratto in argomento in carenza dei requisiti di qualificazione richiesti, dovendosi intendere sprovvista di adeguata qualificazione a far data quantomeno dal 04.06.2021.

Va, pertanto, rilevato che la circostanza della perdita dei requisiti di qualificazione risultava apprezzabile già al momento dello svolgimento della procedura negoziata svolta dalla Stazione appaltante, atteso che nel Casellario informatico dell'Autorità la predetta impresa risultava inserita in "Elenco imprese la cui attestazione è stata rilasciata a seguito di operazioni che hanno comportato l'utilizzo di requisiti propri e di requisiti di altre imprese", riferendosi all'affitto di ramo d'azienda dell'impresa [... OMISSIS ...] all'impresa [... OMISSIS ...], in data 15.11.2018, per le categorie OG1, OG3, OG6 e OS21.

Tuttavia, come già esposto, nel Registro delle Imprese riferito all'impresa aggiudicataria [... OMISSIS ...] risultava pubblicata la notizia dell'intercorso recesso dal contratto di affitto sopra richiamato, giusta annotazione protocollata presso la CCIAA in data 04.06.2021.

In considerazione di ciò, nell'avvio dell'istruttoria è stato contestato alla Provincia di Macerata che la stessa, nel corso di svolgimento della procedura negoziata, aggiudicata con determinazione dirigenziale n. 1000126 del 23.06.2022, era in grado di assumere la notizia del venir meno dei requisiti di qualificazione dell'impresa aggiudicataria [... OMISSIS ...], con conseguente necessità di disporre gli accertamenti conseguenti.

Nell'ambito delle verifiche svolte dalla stazione appaltante sul possesso dei requisiti in esame in capo all'aggiudicataria era compresa la verifica del Registro delle Imprese, laddove risultava già evidente nelle informazioni generali presenti nella relativa visura camerale l'intercorsa restituzione del ramo d'azienda da [... OMISSIS ...] a [... OMISSIS ...], rendendo palese la sopravvenuta inidoneità della società allo svolgimento dei lavori.

L'esame incrociato tra la visura camerale ed il casellario delle imprese (anch'esso soggetto a verifica in sede di accertamento dei requisiti in capo all'aggiudicatario) avrebbe consentito di rilevare la perdita dei requisiti sottesi alla qualificazione SOA, in quanto non più supportati dall'affitto del ramo d'azienda.

Al riguardo, si richiama il principio generale di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (Cons. Stato, Ad. Pl. 20 luglio 2015 n.8), precisando che *"tali requisiti ... devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di*



esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (in tal senso ex multis, Anac delibera n. 146/2022, prec 27/2022/L, delibera n. 18/2021, delibera n.76/2019-prec248/18/L; Cons. Stato n. 2698/2020) e che "qualora in corso di esecuzione del contratto d'appalto intervenga la perdita dei requisiti di ordine generale o di ordine speciale, da parte dell'appaltatore, la stazione appaltante è tenuta a valutare l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto d'appalto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016".

Sul punto la stazione appaltante ha controdedotto, come rilevato in premessa, di aver verificato i requisiti di partecipazione generali e speciali dichiarati dalla ditta destinataria della proposta di aggiudicazione [... OMISSIS ...] tramite il sistema AVCpass, con la consultazione del Casellario informatico Anac e del Registro delle imprese, rilevando l'assenza di notizie in merito alla perdita d'efficacia del contratto d'affitto di ramo d'azienda.

Nel prendere atto di quanto controdedotto, si rileva che effettivamente l'analisi del registro delle imprese, come ricavato da AVCpass, riportava informazioni limitate in relazione alla compagine sociale, che non comprendevano notizie sullo storico delle modifiche societarie intercorse, ritenendo tuttavia che una più approfondita verifica dei requisiti, anche in riferimento ai soggetti cessati nell'anno precedente alla pubblicazione del bando ex art. 80, comma 3 del d.lgs. 50/2016, avrebbe potuto ricomprendere anche l'esame della visura camerale storica.

In tale contesto, comunque, rileva quanto dedotto dalla stazione appaltante, laddove si afferma di aver confidato nella dichiarazione dei requisiti formulata dalla ditta per la partecipazione alla gara laddove, sulla base del DGUE e della domanda di partecipazione, la stessa non era stata posta "nella possibilità di assumere alcuna notizia circa il venir meno dei requisiti di qualificazione della ditta sopra citata e la sua conseguente inidoneità a svolgere i lavori richiesti".

In ordine a tale profilo di mancanza di veridicità delle dichiarazioni rese l'impresa, a sua volta, ha controdedotto negando, come sopra accennato, la sussistenza di obblighi istruttori o dichiarativi a proprio carico, deducendo che la stessa "non doveva e non poteva interrogarsi sulla validità e/o correttezza del certificato rilasciato dalla SOA che, occorre ribadire con forza, al momento di presentazione dell'offerta, dell'intervenuta aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto era assolutamente valido ed efficace".

Sulla scorta di quanto rappresentato dall'impresa, emerge che la stessa, per tre anni, ha taciuto la circostanza, a lei ben nota, riguardante l'intercorsa rescissione del contratto d'affitto di ramo d'azienda – che, come confermato dalla SOA, aveva determinato la perdita dei requisiti speciali - partecipando alle gare d'appalto e conseguendo, tra l'altro, l'aggiudicazione evidenziata nell'istruttoria.

Al riguardo, si rammenta che l'art. 76, comma 12 del d.p.r. 207/2010 all'epoca vigente (ora art. 16, comma 12 dell'Allegato II.12 al d.lgs. 36/2023) prevedeva l'obbligo a carico dell'impresa di depositare, entro trenta giorni, presso l'Autorità e la camera di commercio, industria e artigianato per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 2556 del codice civile, gli atti di fusione o altre operazioni societarie, ivi compresi quelli inerenti l'affitto di ramo d'azienda ed il suo eventuale recesso.

A prescindere da tale circostanza, va tuttavia rilevato che l'obbligo dichiarativo in fase di gara delle circostanze che incidono sul possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione dei lavori discende dall'art. 1, comma 2.-bis della legge 24/1/90, in base al quale "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Sul punto, si richiama la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che ha confermato che la richiamata disposizione di legge "ha posto un principio generale sull'attività amministrativa e si estende indubbiamente anche allo specifico settore dei contratti pubblici (C.d.S., Sez. III, 19 febbraio 2024, n. 1591; Sez. V, 16 agosto 2021, n. 5882)", con richiamo all'ulteriore giurisprudenza, laddove risulta specificato, in relazione all'onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, che lo stesso "non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore 'operatore economico' (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica



ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica (...)' (cfr. Adunanza Plenaria n. 7 del 24 aprile 2024).

Tale assunto esprime un dovere di diligenza a carico dell'operatore economico, laddove si rileva che "La giurisprudenza, infatti, è ormai costante e conforme (cfr., tra le tante TAR Lombardia, sentenza n. 2598/2021, TAR Campania, sentenza n. 1936/2022) nel ritenere che, in ossequio al principio di autoresponsabilità, all'impresa che partecipa a pubblici appalti deve essere richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media. Diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche (TAR Piemonte, sent. n. 616/2022), tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara" (cfr. TAR Emilia Romagna, sentenza n. 707/2023).

Ad oggi tali considerazioni hanno trovato espresso riconoscimento nel nuovo codice mediante la codificazione dei principi della fiducia ex art. 2 e di buona fede e di tutela dell'affidamento ex art. 5 del d.lgs. 36/2023.

In relazione a tali principi, si ricorda che nella delibera dell'Autorità n. 262 del 20 giugno 2023, nella disciplina di funzionamento del FVOE, ai fini della verifica dell'assenza delle cause di esclusione e dei requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubbliche, è richiesto agli operatori economici un onere di inserimento dei dati e dei documenti non presenti nel FVOE che non sono già in possesso della stazione appaltante e quelli che non possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la PDND.

Nel confermare, pertanto, la sussistenza di un onere dichiarativo a carico dell'impresa, va rilevato che i principi richiamati non sono stati assolti dall'impresa [... OMISSIS ...] la quale, essendo a conoscenza del venir meno del presupposto per la spendita della qualificazione SOA, correlato alla sopravvenuta inefficacia del contratto d'affitto di ramo d'azienda, ha espressamente dichiarato, nell'ambito della gara in esame, ai sensi del d.p.r. 445/2000, dichiarava " di possedere tutti i requisiti di generali di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e, ove previsti, di esecuzione, prescritti dagli atti di gara in misura tale che la stazione appaltante potrà agevolmente acquisirne prova documentale tramite il sistema AVCpass o mediante il rilascio di apposita certificazione da parte di competenti uffici pubblici o comunque in possesso della stessa ditta concorrente", impegnandosi pertanto a far conoscere alla stazione appaltante anche le circostanze non acquisibili tramite AVCpass.

Altresì, nel DGUE è riportata solamente la circostanza del possesso dell'attestazione di qualificazione, senza far riferimento all'intervenuta rescissione del contratto d'affitto di ramo d'azienda, configurandosi la non veridicità della dichiarazione resa dall'impresa in merito al possesso dei requisiti di carattere speciale.

Sul punto, viene in rilievo l'applicazione dell'art. 80, comma 12 del d.lgs. 50/2016, in base al quale "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia".

Alla luce di quanto esposto, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 10 luglio 2024 ha disposto la trasmissione della presente nota, ritenendo di confermare che la gara in esame è stata affidata all'impresa [... OMISSIS ...] sulla scorta dell'attestazione [... OMISSIS ...], che è risultata tuttavia non utilizzabile, a fronte dell'intervenuta rescissione del contratto di affitto del ramo annotata nel Registro delle imprese il 04.06.2021, che aveva consentito la dimostrazione dei requisiti di qualificazione da parte della medesima impresa.



In tale contesto, rileva il comportamento della medesima impresa che ha partecipato alla gara e ha conseguito l'aggiudicazione, attestando in modo non veritiero il possesso dei requisiti di carattere speciale e tacendo, invero, la circostanza, a lei ben nota, riguardante l'intercorsa rescissione del contratto d'affitto di ramo d'azienda, che, come confermato dalla SOA, aveva determinato la perdita dei requisiti speciali.

Ciò consente di configurare, peraltro, la violazione da parte dell'impresa medesima degli obblighi dichiarativi e dei doveri di lealtà e buona fede esigibili nei riguardi degli operatori economici nell'ambito della partecipazione alle procedure di gara per la realizzazione di un corretto confronto concorrenziale, in relazione alla necessità di dover rendere note le circostanze che influiscono sul possesso dei requisiti, ancor più se non immediatamente desumibili dalle verifiche effettuate tramite le banche dati in uso, evitando di rendere dichiarazioni non veritiere sul possesso dei requisiti.

Da quanto sopra emerso, anche se i lavori risultano allo stato ultimati, la stazione appaltante è tenuta a verificare la mancanza di veridicità delle dichiarazioni rese dall'impresa, procedendo di conseguenza, ai sensi dell'art. 35 del Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - reso in attuazione dell'art. 213, comma 10, del previgente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di cui alla delibera n. 861 del 02.10.2019, modificato con decisione del Consiglio del 29.07.2020, applicabile alla fattispecie - alle comunicazioni previste al fine di consentire l'annotazione nel Casellario informatico, con le modalità indicate dall'Autorità.

Al riguardo, ai sensi dell'art. 222, comma 13 del d.lgs. 36/2023 si assegna il termine di trenta giorni per far conoscere all'Autorità gli esiti degli accertamenti condotti al riguardo.

Infine, si rappresenta alla Stazione appaltante la necessità di provvedere alle dovute segnalazioni agli Organi competenti, attesa la possibile rilevanza penalistica del comportamento assunto dalla citata impresa.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente