



## DELIBERA N. 225 del 8 maggio 2024.

### Oggetto

Istanza di parere ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: Impresa Edile Falcone Pasquale s.r.l. - SA: ASL Napoli 3 Sud - Procedura per l'affidamento dei Lavori di realizzazione del nuovo reparto per il servizio psichiatrico di diagnosi e cura SPDC presso il PO di Boscotrecase da svolgersi mediante RDO aperta con inversione procedimentale – CIG: B09D3C3424 - Importo a base di gara: 1.509.905,00 euro.

**UPREC-PRE-0098-2024-L-PREC**

### Riferimenti normativi

Articolo 10, d.lgs. n. 36/2023

Articolo 100, comma 4, d.lgs. n. 36/2023

Allegato II.12, d.lgs. n. 36/2023

### Parole chiave

**Requisiti di partecipazione – Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento - Valutazione discrezionale della stazione appaltante**

**Qualificazione – Categoria OG11 – Principio assorbimento – Esecuzione lavorazioni OS3, OS28 e OS30 – Classifica posseduta – Pari all'importo delle categorie assorbibili indicate nel bando – Necessità**

### Massima

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente - Requisiti di partecipazione – Determinazione - Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento - Valutazione discrezionale della stazione appaltante**

*La Stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto.*

**Appalto pubblico – Lavori - Scelta del contraente – Qualificazione – Categoria OG11 – Principio assorbimento – Esecuzione lavorazioni OS3, OS28 e OS30 – Classifica posseduta – Pari all'importo delle categorie assorbibili indicate nel bando – Necessità**

*In base al principio dell'assorbimento, l'operatore economico in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG11, può eseguire le lavorazioni di cui alle categorie OS3, OS28 e OS30, purché la classifica posseduta sia tale da coprire la somma degli importi di tutte le lavorazioni riconducibili alle citate categorie "assorbibili" indicate dal bando di gara.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 maggio 2024



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 39643 del 26 marzo 2024 presentata da Impresa Edile Falcone Pasquale s.r.l. e relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva un parere di precontenzioso in relazione alla legittimità della disciplina di gara lamentando l'impossibilità di partecipare per imposizione da parte della stazione appaltante di filtri illegittimi di partecipazione sulla piattaforma MEPA per effetto dei quali con riferimento alla categoria OS30 non sarebbe consentito il ricorso al subappalto qualificante, né la partecipazione con qualificazione equipollente (OG11);

VISTA la documentazione di gara depositata in atti;

VISTA la disciplina di gara, indetta ai sensi del d.lgs. n. 36/2023, e, nello specifico, la lettera di invito che prevede quale requisito di partecipazione la qualificazione nelle categorie OG1, classe III, prevalente, subappaltabile; OS3, classe I, scorporabile, subappaltabile; OS30, classe II, scorporabile, subappaltabile; e che consente il subappalto ai sensi dell'articolo 119 d.lgs. n. 36/2023 e la partecipazione plurima;

VISTA la qualificazione posseduta dall'istante;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 3 aprile 2024, con nota prot. n. 42042;

VISTE, in particolare, le memorie della stazione appaltante depositate con nota prot. n. 41435 del 29 marzo 2024 e con nota prot. n. 42761 del 4 aprile 2024, ai cui dettagli si rinvia, con cui la stessa ritiene di aver agito correttamente e, a sostegno della legittimità dei filtri imposti, dichiara, allegando il verbale di gara, che alla procedura hanno partecipato 43 operatori economici e che l'aggiudicatario provvisorio è un'impresa singola in possesso di attestazione SOA categoria OG1, classifica IV bis, che ha dichiarato di possedere gli ulteriori requisiti previsti mediante subappalto qualificante (OS3 e OS30);

VISTA la memoria dell'istante, depositata con nota prot. n. 43793 dell'8 aprile 2024, ai cui dettagli si rinvia, con la quale si confermavano le contestazioni di cui all'istanza di precontenzioso;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, adottato con Delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene a clausole della *lex specialis* relative ai requisiti di partecipazione asseritamente non legittime;

VISTO quanto previsto dall'articolo 100, del d.lgs. n. 36/2023 che, al comma 2, sancisce: «*le stazioni appaltanti richiedono requisiti i partecipazione proporzionali e attinenti all'oggetto dell'appalto*» e al comma 4, definisce: «*per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. [...] Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto*»;

RICHIAMATO il costante orientamento sul punto secondo cui il possesso di una adeguata attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti, in quanto il possesso di qualificazione SOA assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di



aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione (cfr. ANAC, da ultimo, delibera n. 14 del 10 gennaio 2024 e precedenti in essa citati);

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui *«Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese»;*

RITENUTO, in generale, che tale previsione normativa, che riconosce la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, già presente nel previgente quadro normativo (articolo 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), come precisato dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 1 febbraio 2024 n. 1048, attua un principio generale dell'ordinamento secondo cui *«le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità»;* ciò in quanto *«la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. [...] A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito (Cons. Stato sez. III, 17 novembre 2020, n. 7138; Corte di giustizia, 31 marzo 2022, in causa C-195/21; Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2023, n. 2992)»;*

RITENUTO altresì che il nuovo codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica (cfr., in tal senso, TAR Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738): tra essi, oltre al richiamato principio di cui all'articolo 10, comma 3, sopra citato, rileva evidenziare il particolare ruolo che il codice attribuisce al principio del risultato e al correlato principio della fiducia. In particolare, mentre il principio di risultato di cui all'articolo 1 del d.lgs. n. 36/2023 costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è inscindibilmente connesso con il principio di concorrenza, affinché sia conseguito il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti; il principio di fiducia, di cui all'articolo 2, del d.lgs. n. 36/2023, mira a valorizzare l'autonomia decisionale, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità della stazione appaltante, la quale ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture nel modo più rispondente agli interessi della collettività (cfr., in tal senso, TAR Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738);

RILEVATO pertanto che, alla luce dei principi sopra richiamati e della pacifica giurisprudenza sul punto, la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, oltre che alla legalità formale, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; 2 marzo 2020, n.



1484; Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440) e considerato, inoltre, che le prescrizioni di gara devono essere frutto di una adeguata istruttoria, nonché ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante, in modo da contemperare l'interesse pubblico ad ottenere il miglior servizio con il massimo risparmio di spesa, assicurando, nel contempo, la partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti che consenta all'amministrazione di aggiudicare l'appalto a quella ritenuta più vantaggiosa dopo aver vagliato una molteplicità di offerte (cfr. Cons. St., Sez. V, 15.11.2021, n. 7597; cfr. ANAC, delibera n. 32 del 17 gennaio 2024);

CONSIDERATO che, con particolare riferimento alla qualificazione dei lavori pubblici nel nuovo assetto normativo di cui al d.lgs. n. 36/2023, la più recente giurisprudenza ha affrontato la questione della vigenza del d.l. n. 47/2014 (cfr. TAR Bolzano, 6 marzo 2024 n. 62; TAR Piemonte, sentenza 16 gennaio 2024, n. 23; TAR Calabria, sentenza 26 ottobre 2023, n. 782) e, con sentenza del TAR Piemonte, Torino, 16 gennaio 2024 n. 23, ha chiarito che l'art. 12 D.L. 47/2014, «*in un'ottica concorrenziale, consente all'operatore economico in possesso della qualificazione per la categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni. Detta norma non è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (cfr. relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119 e TAR Calabria sez. I – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782) ed anzi, in base alle prime indicazioni giurisprudenziali in tema, il superamento, nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici, della distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", avrebbe piuttosto l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (cfr. TAR Calabria sez. I – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782 cit.)*»;

RILEVATO che, sempre con riferimento alla qualificazione dei lavori pubblici e al sopra richiamato art. 12 del D.L. 47/2014, la giurisprudenza ha chiarito i limiti del subappalto precisando che esso «*non è espressione di autonomia organizzativa, ma è imposto dalla circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; è, perciò, "necessario" perché il subaffidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni è vincolato dal difetto di qualifica ad eseguire tale tipo di prestazioni. Conseguentemente, sebbene il concorrente non sia tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, è tuttavia tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, dichiarando, sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario*» (cfr. TAR Piemonte, Torino, 16 gennaio 2024 n. 23; Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180; Cons. Stato Sez. V, 1.7.2022, n. 5491);

VISTO altresì l'allegato II.12 e nello specifico l'articolo 18, comma 21, secondo cui: «L'impresa qualificata nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta»;

CONSIDERATO che l'ordinamento riconosce il principio dell'assorbimento, per effetto del quale l'operatore economico in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG11, può eseguire le lavorazioni di cui alle categorie OS3, OS28 e OS30, purché la classifica posseduta sia tale da coprire la somma degli importi di tutte le lavorazioni riconducibili alle citate categorie "assorbibili" indicate dal bando di gara (cfr. in tal senso, ANAC, ex multis, delibera n. 185 del 3 maggio 2023);

RITENUTO che il quadro normativo sopra richiamato costituisce un contemperamento di interessi plurimi;



RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, alla luce dei principi sopra richiamati, nell'ambito dell'ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara che l'ordinamento le riconosce, la stazione appaltante ha definito requisiti di qualificazione che possono essere ritenuti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, rispondenti ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto, tuttavia, la mancata previsione, nei filtri di accesso sulla piattaforma informatica, della possibilità di dimostrare il possesso della qualificazione nelle categorie specialistiche secondo il principio dell'assorbimento sopra richiamato e riconosciuto dall'ordinamento, costituisce una violazione della disciplina in materia di affidamento dei contratti pubblici;

Il Consiglio

ritiene pertanto, per le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che, alla luce di tutto quanto sopra considerato, l'operato della stazione appaltante non sia conforme ai principi e alle disposizioni in materia di contrattualistica pubblica.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente