



DELIBERA N. 28

30 gennaio 2025.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220 del decreto legislativo 131 marzo 2023, n. 36 presentata dalla [OMISSIS] S.r.l. - Appalto specifico nell'ambito sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura e posa in opera di impianti e beni per la produzione di energia da fonti rinnovabili e per l'efficienza energetica per la realizzazione di impianti fotovoltaici da installare negli edifici del distretto navile in via della Beverara 123/1 e in via Gobetti 85, 93, 93/2, 93/3 a Bologna.- CIG: B36F54DC56 - Importo a base di gara: euro 1.551.375,92 - S.A.: Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

UPREC/PRE/0394/2024/F/PREC

Riferimenti normativi

Art. 100 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – Clausole escludenti – Onere di immediata impugnazione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Requisiti di partecipazione – Clausole escludenti – Onere Immediata impugnazione – Sussiste

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza e dell'Autorità, i requisiti di partecipazione rientrano nel novero delle cc.dd clausole escludenti, soggette all'onere di immediata impugnazione, ovvero alla contestazione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del bando, anche da parte dell'operatore economico che non abbia presentato un'offerta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 gennaio 2025



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 150652 del 17 dicembre 2024, con cui la [OMISSIS] S.r.l. ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta in ragione del mancato possesso del requisito speciale di partecipazione richiesto dall'art. 7.1.2, lett. a), del disciplinare di gara;

RILEVATO che l'istante ha rappresentato di aver fatto ricorso all'avvalimento per soddisfare la richiesta di qualificazione nella categoria OG9, classifica III-bis, richiesta dall'art. 7.1.2 lett. b) del disciplinare di gara e domanda all'Autorità un parere sulla possibilità di ritenere soddisfatto, mediante avvalimento, anche il requisito di capacità tecnico-professionale di cui alla lett. a), con il quale la Stazione appaltante richiedeva di dimostrare l'avvenuta "Esecuzione di contratti analoghi a quelli oggetto alla categoria merceologica, anche a favore di soggetti privati, nel triennio antecedente a quello dell'invio della lettera di invito di importo minimo pari a € 750.000,00 Iva esclusa";

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 2153 dell'8 gennaio 2025;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 3734 del 10 gennaio 2025, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che l'appalto specifico in oggetto è una fornitura con posa in opera, atteso che l'interesse che si intende soddisfare consiste nell'acquisto di una res (impianto fotovoltaico) e le lavorazioni di posa in opera rivestono carattere strumentale, rendendo possibile l'uso del bene. L'appalto include a titolo accessorio lavori di posa in opera e di installazione. Qualora in un contratto di appalto sia previsto l'acquisto di un bene e, unitamente a questo, l'esecuzione a carico del contraente di lavori di posa in opera e di installazione, il contratto va qualificato come "appalto pubblico di fornitura". Come chiarito anche dall'Autorità, tale situazione si verifica ogni volta che i lavori posti a carico del contraente siano concepiti quali opere indispensabili al corretto funzionamento del bene acquistato, per essere, in tal caso, la causa del contratto, intesa quale funzione economico – individuale, inequivocabilmente diretta a poter disporre del bene e servirsene al meglio, piuttosto che a dar luogo alla realizzazione di una nuova opera pubblica. Ciò significa che nella "fornitura con posa in opera", l'elemento "posa in opera", rispetto alla "fornitura", concerne specificamente le prestazioni esecutive necessarie a posare in opera un bene prodotto, nel senso di renderlo idoneo ad essere utilizzato secondo la sua destinazione in uso. Nel caso di specie, l'affidamento richiedeva dei lavori di posa in opera funzionali all'utilizzo dei beni forniti: ciò implica che la richiesta di requisiti di partecipazione attinenti specificamente all'esperienza maturata nella fornitura e posa in opera di impianti fotovoltaici è coerente con l'oggetto dell'affidamento. Tanto è vero che la stessa Consip, nel bando istitutivo dello SDAPA, prescrive quale requisito di partecipazione non derogabile ma solo modulabile nel quantum dalle singole stazioni appaltanti, quello dell'esecuzione di forniture analoghe, facoltizzandole, invece, a richiedere o meno anche la certificazione Soa. Ne consegue che l'operatore economico, risultato privo del requisito di partecipazione di cui all'art. 7.1.2 lett. a) del disciplinare di gara, è stato correttamente escluso dalla gara;

VISTI gli atti di gara e la documentazione trasmessa dalle parti;

CONSIDERATO, in merito al quesito di diritto sollevato dall'istante, che l'art. 100, comma 4, del d.lgs. 36/2023, in perfetta continuità con il precedente Codice, stabilisce che *"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"*. Come più volte chiarito dall'Autorità, l'attestazione SOA costituisce presupposto sufficiente per la partecipazione alle gare di appalto di lavori, senza che vi sia la



necessità per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione (in tal senso, da ultimo Delibera n. 140 del 4 aprile 2023, n. 26 del 07 gennaio 2021). In particolare, è stato affermato il principio per il quale “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” (Delibera n. 601 del 31.05.2017; in tal senso anche Parere n. 108 del 9 giugno 2011). Tale principio è confermato anche dalla giurisprudenza, la quale afferma che “Il sistema di qualificazione previsto per i lavori pubblici è appunto (vincolato, vincolante e) unico, nel senso che per regola generale le stazioni appaltanti possono richiedere solamente l’attestazione SOA per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, essendo tale attestazione “condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria”. Su questa regola generale, riposa il senso stesso del sistema delle SOA, “che è volto ad evitare proprio che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria debbano essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare” (ex multis CGA Reg. Sicilia n. 559 del 21.12.2017; TAR Campania – Salerno, n. 513 del 26.2.2021);

RITENUTO, pertanto, in via generale, che negli appalti di lavori pubblici l’attestazione SOA assolve alla funzione di dimostrare il possesso delle capacità economiche e tecniche necessarie all’esecuzione dell’opera, con la conseguenza che le Stazioni appaltanti non possono richiedere requisiti ulteriori (ad esempio fatturato e lavori analoghi);

RILEVATO, tuttavia, che, nel caso di specie, il bando di gara, pubblicato in data 16 ottobre 2024, prevedeva, accanto all’attestazione SOA nella categoria OG9 III bis, anche la dimostrazione dell’avvenuta esecuzione di forniture analoghe; in particolare, l’art. 7.1.2 del disciplinare di gara, rubricato Requisiti di ordine speciale, stabiliva che: “I concorrenti devono essere in possesso, a pena di esclusione, dei requisiti di idoneità professionale e tecnico professionale riportati di seguito. In particolare, con riferimento specifico ai requisiti d’idoneità professionale e tecnico professionale, detti requisiti sono individuati per il presente appalto specifico, secondo le regole stabilite nel paragrafo 3.2 del Capitolato d’Oneri del Bando Istitutivo, così come segue: **idoneità professionale:** Iscrizione nel registro tenuto dalla CCIAA oppure nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato per attività pertinenti anche se non coincidenti con quelle oggetto della categoria merceologica. **Capacità tecnico professionale:** a) Esecuzione di contratti analoghi a quelli oggetto alla categoria merceologica, anche a favore di soggetti privati, nel triennio antecedente a quello dell’invio della lettera di invito di importo minimo pari a € 750.000,00 Iva esclusa; b) Attestazione SOA per la Categoria OG 9 - Impianti per la produzione di energia elettrica classifica III bis;

RILEVATO che la richiesta del possesso di requisiti attinenti alle forniture e ai lavori deriva – secondo quanto si apprende dalla lettura delle memorie sopra richiamate – dall’inquadramento dell’appalto in oggetto come fornitura con posa in opera, nonché, secondo quanto riferisce sempre la Stazione appaltante nelle memorie, dalle indicazioni fornite da CONSIP in merito ai requisiti che possono essere richiesti agli operatori economici per la partecipazione ad appalti specifici indetti nell’ambito dello SDAPA, dalle quali si evincerebbe che il requisito dell’esecuzione di forniture analoghe costituisce requisito obbligatorio, mentre la richiesta dell’attestazione SOA è rimessa alle valutazioni della singola Stazione appaltante;

CONSIDERATO che, in disparte le motivazioni addotte dalla Stazione appaltante, si deve rilevare che l’istante, [OMISISS] S.r.l., non ha contestato nei termini la richiesta del requisito di partecipazione consistente nell’avvenuta esecuzione di forniture analoghe. A fronte, infatti, di una previsione chiara ad inequivoca circa la natura cumulativa e non alternativa dei due requisiti (lett. a) e b)), correva l’obbligo per



l'operatore economico di contestarne la previsione. Per pacifica giurisprudenza, infatti, i requisiti di partecipazione rientrano nel novero delle cc.dd. clausole escludenti, ovvero di quelle clausole soggette ad onere di immediata impugnazione (*id est* entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando di gara), anche da parte dell'operatore economico che non abbia presentato un'offerta. In mancanza di una simile contestazione, la previsione della *lex specialis*, si stabilizza facendo sorgere in capo alla stessa Stazione appaltante l'autovincolo, ovvero l'obbligo di assumere provvedimenti applicativi coerenti con la previsione medesima;

RILEVATO, inoltre, che l'operatore economico non risulta neppure aver avanzato richieste di chiarimenti sulla possibilità di ritenere assorbito nella SOA il requisito di partecipazione di cui all'art. 7.1.2 lett. a);

VISTO il contratto di avvalimento, avente ad oggetto il prestito delle risorse e dei mezzi che hanno consentito all'ausiliaria di ottenere l'attestazione SOA nella categoria OG9 III bis e che non menziona anche il possesso, da parte dell'ausiliaria, del requisito di cui all'art. 7.1.2 lett. a) del disciplinare di gara;

CONSIDERATO, nel contesto sopra descritto, che l'esclusione dell'istante dalla gara si appalesa come provvedimento necessitato dalla previsione del disciplinare di gara, cristallizzatasi per omessa contestazione nei termini da parte dell'istante, che richiedeva il possesso del duplice requisito (forniture analoghe e attestazione SOA) in capo ai concorrenti, nonché provvedimento coerente con i principi del risultato, della fiducia e della leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, stante anche la mancata attivazione di un contatto con la pubblica amministrazione – tramite una richiesta di chiarimenti – volto a rappresentare la reale natura dell'appalto (lavori) e, di conseguenza, l'unica tipologia di requisiti di qualificazione ammissibili (attestazione SOA);

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che, nel caso di specie, stante la mancata impugnazione del bando di gara nei termini di legge, l'attestazione SOA non poteva ritenersi idonea a soddisfare anche l'ulteriore requisito di partecipazione di cui all'art. 7.1.2 lett. a) del disciplinare di gara. Conseguentemente, l'esclusione dell'istante si appalesa conforme alle regole della *lex specialis* di gara.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 febbraio 2025
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente