



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 473 DEL 23 maggio 2018

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Fondazione Architetti e Ingegneri liberi professionisti iscritti INARCASSA – Avviso pubblico di indagine di mercato ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di certificazione energetica dei “Lavori del 1^ Lotto del nuovo Polo universitario della Valle d'Aosta nell'ambito del recupero dell'ex caserma Testafoschi di Aosta”. Importo a base di gara euro: 51.123,88. S.A.: Nuova Università Valdostana S.r.l.

PREC 276/17/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n.41583 del 17.3.2017 presentata dalla Fondazione Architetti e Ingegneri liberi professionisti iscritti INARCASSA relativamente all'avviso pubblico di indagine di mercato ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di certificazione energetica dei “Lavori del 1^ Lotto del nuovo Polo universitario della Valle d'Aosta nell'ambito del recupero dell'ex caserma Testafoschi di Aosta”;

VISTI i profili di doglianza con i quali parte istante contesta il prescritto requisito di capacità economica e finanziaria laddove l'avviso pubblico richiede, al punto 5, lettera c): “*fatturato relativo a servizi di rilascio di attestato di certificazione/prestazione energetica degli edifici maturato negli ultimi 5 (cinque) esercizi disponibili in misura non inferiore, complessivamente, a euro 26.000,00, al netto d'IVA*”, ritenendo che fosse legittimo richiedere il solo fatturato minimo annuo. Contesta, inoltre, il requisito di capacità tecnica (punto 5, lettera d) dell'avviso pubblico) che prevede: “*l'avvenuto rilascio di almeno 1 (uno) attestato di certificazione/prestazione energetica degli ultimi 5 (cinque) anni*”, ritenendo che fosse legittimo richiederlo riferito agli ultimi tre anni;

VISTO l'avvio dell'istruttoria con nota dell'11.09.2017;

VISTE le controdeduzioni formulate dalla stazione appaltante con le quali ribadisce la legittimità degli atti di gara predisposti nonché la correttezza dell'operato posto in essere. Precisa, infatti che il requisito di capacità economica e finanziaria così come richiesto sia, sotto diversi profili, legittimo e non lesivo della partecipazione in quanto fa riferimento alla modalità di determinazione del fatturato attraverso un valore complessivo, pari alla sommatoria dei fatturati annui, anziché a un valore minimo annuo. L'entità del fatturato richiesto risulta essere pari alla metà dell'importo presunto dell'incarico e che il periodo documentabile è esteso agli ultimi cinque esercizi disponibili. Analogamente per il prescritto requisito di capacità tecnica la cui maturazione è consentita dalla stazione appaltante in un arco temporale più ampio di quello “degli ultimi tre anni”. Infine, la Nuova Università Valdostana S.r.l., evidenzia che sono comunque pervenute numero dodici manifestazioni di interesse da parte di diverse categorie di professionisti, anche in raggruppamento tra loro;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che, giova ricordare in generale, quanto precisato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018: ” *L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura. Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità [...] L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.*”;

CONSIDERATO altresì quanto precisato nelle Linee Guida n. 1, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria” Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016 e Aggiornate al d.lgs. 56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018, in ordine alla disciplina delle indagini di mercato (capitolo IV, punto 1.2): “*Anche l'indagine di mercato deve essere svolta previo avviso, da pubblicarsi secondo le medesime modalità dell'elenco degli operatori. Nella scelta degli operatori economici da invitare, tramite indagini di mercato (ma le stesse considerazioni valgono in caso di elenco), si ricorda la grande importanza del rispetto dei principi generali di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. In tal senso vanno evitati riferimenti a principi di territorialità. Pertanto, nell'avviso di selezione dovranno essere indicati i requisiti minimi richiesti dalla stazione appaltante che consentano al professionista – tramite un elenco delle prestazioni effettuate negli anni precedenti – la dimostrazione del possesso di un'esperienza professionale adeguata alla tipologia e all'importo dell'incarico. La scelta dell'affidatario deve essere tempestivamente resa nota mediante la pubblicazione dell'esito della selezione, al massimo entro trenta giorni (art. 36, comma 2, lett. b), ultimo periodo, codice);*

CONSIDERATO l'art. 86, comma 4, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. che prevede che: “*Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I. L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*”. Come ricorda l'art. 83 comma 2 su “*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*” infatti : “*I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione*”;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che l'Autorità ha più volte evidenziato che, ai fini della salvaguardia del principio generale di più ampia partecipazione, il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operatività della stessa (in tal senso vedasi pareri di precontenzioso Anac n. 308/2007; n.191/2012; n. 191/17/S; n. 113/17/S; n. 315/17/S);

TENUTO CONTO che, secondo costante e pacifica giurisprudenza, i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge (v., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2017 n. 9);

RILEVATO che con riferimento alle censure avanzate alle prescrizioni contenute nell'avviso pubblico come sopra descritte, se da un lato possono apparire maggiormente gravose nei confronti degli operatori economici che accedano alla selezione, dall'altro, in concreto sembrano consentire al concorrente di poter dimostrare il possesso di determinati requisiti (capacità economica e finanziaria e tecnica), non con riferimento alla voce di fatturato minimo annuo e relativo importo, ma complessivamente su un'estensione temporale degli ultimi cinque anni, sia con riferimento al fatturato maturato relativo a servizi di rilascio di attestato di certificazione/prestazione energetica degli edifici che per l'avvenuto rilascio di almeno 1 (uno) attestato di certificazione/prestazione energetica e, comunque nel limite dell'importo pari a euro 26.000,00 (per la capacità economica e finanziaria);

RITENUTO che, nel caso in esame, i requisiti di capacità economica e di capacità tecnica richiesti dalla Nuova Università Valdostana S.r.l. nell'avviso pubblico, ancorché rigorosi, non appaiono in contrasto con l'attuale disciplina codicistica né con gli orientamenti giurisprudenziali più sopra richiamati e non sembrano lesivi del principio del *favor participationis*, anche considerando il numero delle manifestazioni di interesse pervenute alla stazione appaltante,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, nel caso in esame, l'operato della stazione appaltante risulta conforme.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2018

Il segretario Maria Esposito