



DELIBERA N. 176

10 aprile 2024

Oggetto

Istanza singola per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, presentata da Pietro Fiorentini S.p.A. – procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa di smart meter comprensiva della connettività - CIG: B009C6D7D2 - Importo a base di gara: € 8.210.612,10 - S.A.: Padania Acque S.p.A.»

UPREC-PRE-0070-2024-F-PREC - FASC. 999/2024

Riferimenti normativi

Art. 100, comma 11, d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Requisiti di partecipazione - Requisiti di ordine speciale – Requisiti di capacità tecnica e professionale -
- Forniture analoghe

Massima

Appalto pubblico – forniture – scelta del contraente – requisiti di partecipazione – requisiti di capacità tecnica e professionale – contratti analoghi - disciplina di settore - conforme

Non appare in contrasto con l'art. 100, commi 11 e 12, d.lgs. 36/2023, il requisito di capacità tecnica e professionale consistente nell'esecuzione di forniture analoghe a quella da affidarsi, ossia forniture di contatori per acqua fredda e uso idropotabile, anche non smart, escluse quelle di contatori gas ed elettricità, poiché la scelta di prevedere il requisito di contratti analoghi al settore oggetto dell'appalto è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile solo per manifesta irragionevolezza, illogicità, incongruenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 10 aprile 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza singola presentata dalla società Pietro Fiorentini S.p.A., acquisita al prot. gen. ANAC n. 25705 del 22.02.2024, consegnata via PEC il 21.02.2024, con cui l'istante contesta la legittimità della clausola del bando di gara (punto 5.1.9), riprodotta nel disciplinare di gara (art. 6.3, lett. b), per violazione dell'art. 100, commi 2, 10 e 11, d.lgs. n. 36/2023, anche in relazione all'art. 3 del d.lgs. 36/2023, che richiede il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito forniture di contatori per acqua fredda e uso idropotabile – anche non smart – a favore di soggetti pubblici e/o privati, con esclusione espressa di contratti per la fornitura di contatori gas o di energia elettrica, e ritenuta immediatamente escludente nel senso chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2018, oltre che gravemente lesiva dei suoi diritti e interessi legittimi, perché non ha potuto partecipare alla procedura in esame in quanto privo di detto requisito, pur avendo maturato una vasta esperienza nella produzione di contatori smart per il gas e una più limitata nel settore idrico;

CONSIDERATO che l'istante ha sottoposto all'Autorità il seguente quesito «se, avuto riguardo al disposto di cui all'art. 100, commi 10 e 11 del D.Lgs n. 36/2023 - da interpretarsi alla luce dei principi di concorrenza, proporzionalità e non discriminazione di cui all'artt. 3 e 4 del medesimo Codice - la clausola di cui al punto 5.1.9 del bando citato, riprodotta pedissequamente dall'art. 6.3, lett. b) del Disciplinare di gara, sia da considerarsi legittima»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 01.03.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante ritiene la propria condotta legittima perché la scelta di ammettere solo le forniture di smart meter idriche e non ammettere quelle del gas o dell'elettricità nell'ambito dei contratti analoghi a quello in affidamento, ai fini di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, è una scelta discrezionale e insindacabile. La scelta su cosa s'intenda per contratto analogo a quello in affidamento è lasciata alla discrezionalità della SA, incontestabile dai partecipanti, in virtù del principio della discrezionalità delle SA nella predisposizione dei requisiti tecnici di gara, affermato dalla giurisprudenza anche in una recente sentenza (Cons. St., Sez. IV, 1° febbraio 2024, n. 1048) e che la sua scelta, che deve essere logica e ragionevole ossia «giustificata e funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito», secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza ivi richiamata, è logica e ragionevole perché giustificata dalla disciplina regolatoria del sistema idrico, che distingue la produzione e fornitura dei contatori per l'acqua da quella dei contatori del gas e dell'energia elettrica, oltre che in linea con le illustrate procedure di gara indette da altri gestori del sistema idrico;

CONSIDERATO, altresì, che la SA ritiene l'istanza infondata poiché basata sull'erroneo presupposto che non sussisterebbe alcuna differenza tra la fornitura di contatori smart idrici e quella relativa a contatori smart del gas, con la conseguenza che questi ultimi sarebbero dovuti rientrare nella qualifica di "forniture analoghe" ai fini della dimostrazione del requisito di capacità tecnica e professionale e che, pertanto, la scelta della SA sarebbe irragionevole in quanto restrittiva della concorrenza, mentre tra le forniture di contatori per acqua fredda e uso idropotabile e quelli del gas non sussista analogia alcuna poiché non sussistono similitudini, non ritenendo a tal fine sufficiente la sola capacità del contatore di misurare il



dato, rilevando altresì la diversa specifica disciplina applicabile. La richiesta di comprovare l'esecuzione di "forniture analoghe a quella da affidarsi" solo con "forniture di contatori per acqua fredda e uso idropotabile" è giustificata dal fatto che l'appalto in esame afferisce al settore imprenditoriale delle forniture di smart meter idrici, che a parere della SA è diverso da quello del gas e dell'energia elettrica, avendo caratteristiche, settori, specifiche tecniche di produzione e destinatari diversi; pertanto, la fornitura di tali contatori non garantisce le capacità di svolgere anche la fornitura di contatori smart idrici. La SA ha così individuato il settore di riferimento e poi ha poi individuato elementi di "similitudine" nella produzione e fornitura di contatori idrici "smart" e "anche non smart" poiché entrambe le forniture sono rivolte a prodotti che presentano caratteristiche tecniche simili, dovendo sottostare a medesime prescrizioni regolatorie dettate per il settore idrico, anche se la tecnologia contenuta nel contatore è differente. Per l'effetto, ritiene che gli operatori con consolidata esperienza tecnica nello specifico settore idrico siano gli unici in grado di garantire la capacità di prestare le dovute cautele per scongiurare il rischio di contaminazione dell'acqua per uso umano e ciò è sufficiente a rendere ragionevole la sua scelta, citando a conferma una sentenza che l'ha riguardata (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 19.10.2021, 880);

CONSIDERATO, infine, che la SA ha rappresentato che l'appalto è stato ammesso ai finanziamenti del PNRR ed esiste, pertanto, una particolare urgenza di affidare l'appalto in esame entro il 30.4.2024 a causa degli stringenti termini connessi a detto finanziamento «in modo da rispettare il cronoprogramma concordato col MIT», potendo, in caso contrario, procedersi alla revoca del finanziamento da parte del Ministero. A tal fine, rappresenta che avendo concluso la valutazione delle offerte tecniche, ha fissato la data di apertura delle offerte economiche per il giorno 06.03.2024 e che l'urgenza le impone di non aderire all'istanza e di proseguire con le operazioni di gara anche in caso di parere negativo; chiede, pertanto, di dichiarare infondata l'istanza e confermare la legittimità del proprio operato;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte sulla conformità del requisito di capacità tecnica e professionale previsto negli atti di gara all'art. 100, commi 11 e 12, d.lgs. 36/2023, per quanto attiene alla qualificazione dei contratti richiesti, ossia la fornitura di contatori per acqua fredda e uso idropotabile, anche non smart, esclusi i contatori di gas o di energia elettrica, quale fornitura analoga a quella in affidamento;

CONSIDERATO che la clausola di cui al punto 5.1.9 del bando di gara, riprodotta nell'art. 6.3, lett. b) del disciplinare di gara, prevede quale requisito di ordine speciale di partecipazione, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale della «Esecuzione negli ultimi tre anni dalla data di pubblicazione del Bando di gara di forniture analoghe a quella da affidarsi, vale a dire forniture di contatori per acqua fredda e uso idropotabile – anche non smart – per un importo pari almeno a € 2.000.000,00 eseguite a favore di soggetti pubblici e/o privati; al fine di comprovare la capacità dell'operatore, tale importo potrà essere raggiunto tramite la somma di un massimo di n. 3 contratti. Si precisa fin d'ora che non è ammesso il soddisfacimento del predetto requisito mediante l'indicazione di contratti aventi ad oggetto la fornitura di contatori gas o di energia elettrica, in quanto caratterizzati da previsioni regolamentari e tecniche sostanzialmente differenti»;

CONSIDERATO che l'art. 100, commi 11 e 12, d.lgs. 36/2023, prevedono che «11. (...) per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel



precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati. 12. Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo»;

CONSIDERATO, preliminarmente, che dagli atti di gara e successiva memoria della SA emerge che l'appalto in esame è disciplinato dai principi e dagli obblighi specifici del PNRR e che all'appalto in esame si applica l'art. 100 d.lgs. 36/2023 poiché ad esso si applica la normativa speciale per gli appalti finanziati con fondi del PNRR o PNC di cui all'art. 225, comma 8, d.lgs. 36/2023 (d.l. 77/2021, d.l. 13/2023, d.l. 76/2020, in primis) e, pertanto, il d.lgs. 36/2023, per tutto quanto non derogato o oggetto di espresso rinvio al d.lgs. 50/2016, ai sensi del combinato disposto degli artt. 225, comma 8, e 226, comma 5, d.lgs. 36/2023 (cfr. Anac, parere di precontenzioso n. 51 del 31.01.2024), tenuto conto dei recenti interventi normativi (d.l. n. 69/2023, convertito dalla l. n.103/2023 e d.l. n. 13/2023, convertito dalla l. n. 41/2023), della recente giurisprudenza amministrativa (cfr. in tal senso TAR Lazio, Roma, n. 134 del 03.01.2024; TAR Umbria, Perugia, 23.12.2023, n. 758) oltre che degli interventi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Servizio Supporto Giuridico parere n. 2203 del 21.12.2023);

CONSIDERATO che l'Autorità si è già espressa sulla portata applicativa dell'art. 100 del nuovo Codice dei contratti di cui al d.lgs. 36/2023, con atto del Presidente dell'11 ottobre 2023 (Fasc. 4314/2023 – URCP 63/2023) in cui, facendo riferimento alla Relazione del Consiglio di Stato allo schema definitivo del Codice, è stato chiarito che «Nell'attesa che venga adottato il regolamento cui è rimessa, dal comma 10 del medesimo art. 100, la definizione della disciplina di qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture, trova applicazione la disciplina transitoria delineata nel comma 11. Il comma 11 dell'art. 100 prevede che la stazione appaltante possa richiedere [...] come requisito capacità tecnica e professionale, l'esecuzione di contratti analoghi a quello oggetto di affidamento, anche a favore di terzi, nel triennio antecedente alla data di indizione della procedura», precisando che «La portata della richiamata disposizione, ovvero se l'elenco dei possibili requisiti possa o meno intendersi meramente esemplificativo, è chiarita dal successivo comma 12, che, con finalità di semplificazione e chiarimento (cfr. Relazione cit.), prevede espressamente che le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal medesimo articolo, salvo quanto previsto dal successivo art. 102 (obblighi occupazionali) o da leggi speciali. La formulazione del comma 12 non lascia spazio a interpretazioni che consentano di riconoscere alla stazione appaltante la facoltà di prevedere requisiti di partecipazione diversi da quelli indicati dall'art. 100 (fatte salve le eccezioni sopra richiamate). In un cambio di prospettiva rispetto all'impostazione dei precedenti codici, la disposizione appare quindi finalizzata a limitare la discrezionalità della stazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione anche per le gare di servizi e forniture, a favore di un sistema in cui i soli requisiti utilizzabili per selezionare i concorrenti sono quelli stabiliti dal legislatore. In conformità al nuovo dettato normativo, al punto 6.3, il bando tipo n. 1/2023 prevede che la stazione appaltante possa richiedere quale requisito di capacità tecnica e professionale lo svolgimento, nell'ultimo triennio, di un numero minimo di servizi e forniture analoghe e altri eventuali requisiti previsti da leggi speciali»;

RILEVATO che la discrezionalità della SA nella predisposizione dei bandi di gara e nella definizione dei requisiti di partecipazione permane nell'attuale sistema delineato dal d.lgs. 36/2023, considerato, in particolare, il combinato disposto degli artt. 10, comma 3 e 100 del d.lgs. 36/2023, (delibera n. 32 del 17.01.2024; in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 01.02.2024, n. 1048);

RILEVATO che in tema di servizi analoghi sono confermati i consolidati approdi giurisprudenziali, richiamati anche dalla SA e che la nozione di servizi analoghi, come noto, è quella di servizi afferenti il



medesimo settore imprenditoriale o professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341, Cons. Stato, Sez. V, 03/11/2021, n. 7341)»(Cfr. Cons. St., 05.01.2024, n. 186);

CONSIDERATO che la valutazione sull'analogia tra le forniture oggetto di gara e quelle svolte dall'operatore rientra nell'ambito dell'attività discrezionale della SA ed è sindacabile dall'Autorità solo se e nella misura in cui appaia fondata su un iter logico viziato da irragionevolezza o illogicità, vale a dire se, dalla disamina delle prestazioni oggetto dell'affidamento e dei servizi pregressi svolti da un operatore, non risulti evidente la similitudine tra le prestazioni e la loro afferenza al medesimo settore imprenditoriale o professionale (cfr. parere di precontenzioso n. 60 del 07.02.2024);

CONSIDERATO che dalle memorie della SA non emerge che alla base di tale valutazione vi sia un iter argomentativo manifestamente irragionevole, illogico, incongruente o basato su un palese travisamento dei fatti, perché le caratteristiche in base alle quali la SA ha valutato la diversità di settore imprenditoriale o professionale e l'assenza di similitudini e, dunque, di analogia, tra le forniture di contatori per il gas e l'elettricità e quelle di contatori idrici, sono la differente regolamentazione e le differenti caratteristiche tecniche tra le stesse; la SA ha ritenuto, a tal fine, insufficiente la capacità del contatore di misurare il dato, ritenendo invece rilevante la diversa specifica disciplina ad esso applicabile mentre ha ritenuto assimilabili la produzione e la fornitura di contatori idrici "smart" e di quelli "non smart" che pur presentando caratteristiche tecnologiche differenti, sono assoggettate alla medesima disciplina regolatoria del settore idrico, che conferirebbe loro caratteristiche tecniche similari; pertanto, la valutazione operata dalla SA nel caso in esame non appare censurabile;

RITENUTO che, per le suindicate motivazioni, la clausola del bando di gara che stabilisce il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla SA non appare in contrasto con l'art. 100, commi 11 e 12, d.lgs. 36/2023;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono, che il requisito di ordine speciale di cui al punto 2.1 del bando di gara, riprodotto nell'art. 3 del disciplinare di gara, appare conforme all'art. 100, commi 11 e 12, d.lgs. n. 36/2023, poiché basato su un iter argomentativo che non appare manifestamente irragionevole, illogico, incongruente o basato su un palese travisamento dei fatti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Valentina Angelucci