



DELIBERA N. 32

17 gennaio 2024

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla ditta individuale Massimiliano Marino e dal Comune di Battipaglia – Procedura negoziata telematica sottosoglia, tramite R.D.O. aperta sul MePA, per l'affidamento dei servizi di microfonia e filodiffusione per attività istituzionali – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 39.200,00 – S.A.: Comune di Battipaglia (SA).

UPREC-PRE 834-2023-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 100 del d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Requisiti di ordine speciale – Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento
– Rischio *lock-in* tecnologico.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 gennaio 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza singola presentata dalla ditta individuale Massimiliano Marino, acquisita al prot. gen. ANAC n. 0107532 del 1.12.2023, e la successiva adesione all'istanza di precontenzioso in oggetto, comunicata dalla Stazione appaltante, Comune di Battipaglia, con apposito modulo acquisito al prot. gen. ANAC n. 0108576 del 5.12.2023;

CONSIDERATO che l'istante contesta la legittimità dell'esclusione disposta dalla Stazione appaltante *«per carenza del requisito di ordine speciale di cui all'art. 100, comma 1, lett. c), del vigente Codice dei contratti pubblici, concernente le capacità tecniche all'uso del sistema microfonico per conferenze, denominato "Paso CS 2100", richieste per l'esecuzione del servizio di microfonia e gestione delle sedute consiliari di cui all'art. 3 del Capitolato Speciale»*, in quanto – a proprio giudizio – tale requisito di ordine speciale del disciplinare *«evidenzia la sola possibilità di partecipare alla ditta avente tale requisito. Il Comune di Battipaglia sapeva già prima che l'unico operatore economico che aveva tale certificazione (che certificazione non è, ma è un attestato di partecipazione fatto da PASO s.p.a. per presentare il sistema, vedasi PEC Paso), è la ditta [omissis] visto che da anni tale ditta lavora per il Comune di Battipaglia, il suddetto Comune è sicuro dell'attestato in possesso della ditta [omissis] in quanto tale attestato è stato rilasciato dalla ditta PASO s.p.a. al montaggio e collaudo del sistema microfonico all'interno dell'aula consiliare, alla presenza della ditta [omissis] che già lavorava al Comune da anni»*;

CONSIDERATO che la parte istante, quindi, chiede che l'Autorità accerti:

1. se i requisiti di ordine speciale chiesti dal Comune di Battipaglia siano realmente in contrasto con le proprie dichiarazioni in ordine al loro effettivo possesso;
2. se la ditta aggiudicataria abbia avuto vantaggi competitivi dall'Amministrazione per quanto riguarda la possibilità di partecipare ad un corso tecnico di presentazione del sistema PASO 2100 nel 2011, da cui poi discende la principale motivazione per cui è risultata l'unica in grado di dimostrare il possesso del requisito oggetto di contestazione;
3. i pregressi contratti tra la Stazione appaltante e la ditta aggiudicataria, visto che per la formulazione dell'offerta si è cercato invano di trovare affidamenti simili (nella sezione Amministrazione trasparente del sito web del Comune) per capire l'andamento dei prezzi e per formulare una offerta congrua;
4. se la Stazione appaltante, prima di indire la gara, abbia fatto le dovute verifiche e chiesto alla ditta PASO Spa se il sistema microfonico denominato PASO 2100 fosse del tutto analogo ad altri sistemi che sono sul mercato tanto da non richiedere specifiche abilitazioni o corsi tecnici per poter essere utilizzato, essendo sufficienti le indicazioni fornite nel manuale d'uso a corredo e, in ogni caso, se sia stato valutato l'impatto dell'adozione di tale sistema microfonico sulla concorrenza e sulla possibilità di attuare una effettiva rotazione tra gli operatori economici interessati;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante difende la legittimità del proprio operato sostenendo che: «

1. *la circostanza che in occasione dell'installazione del predetto sistema microfonico fossero state rilasciate alla Ditta [omissis] (partecipante alla competizione) certificazioni, attestazioni o altra documentazione comprovante acquisite abilitazioni all'uso del suddetto sistema e, soprattutto, che tale documentazione fosse anche l'unica rilasciata, è circostanza appresa leggendo la narrazione dell'istante Marino Massimiliano, che non emerge da atti entrati nella sfera conoscenza di questa stazione appaltante, nella persona degli scriventi (RUP e Segretario Generale del Comune – n.d.r.);*



- II. *l'esclusione del concorrente Marino non è di certo ascrivibile alla incolpevole impossibilità di certificare la partecipazione ad un corso abilitante, quanto piuttosto alla dirimente circostanza che i servizi svolti dall'istante non sono assimilabili e, quindi, analoghi, al servizio di "microfonia e gestione delle sedute consiliari" oggetto dell'appalto aggiudicato;*
- III. *le esigenze istituzionali del Comune di Battipaglia richiedono il possesso di capacità tecniche per l'utilizzo non di strumentazione per riprese audio-video né per l'uso di un qualsiasi impianto microfonico, ma capacità di gestire un sistema microfonico per conferenze, rectius per discussione e votazione Paso CS100 o similare, ossia appartenente alla medesima gamma tecnologica. Nessun servizio reso presso le Amministrazioni menzionate dalla parte istante a comprova del possesso del requisito richiesto ha caratteristiche analoghe a quelle richieste con l'appalto de quo;*
- IV. *la stazione appaltante non ha ancorato il motivo di esclusione alla circostanza di essere iscritti alla CCIA con determinati codici ATECO, ma si è limitata semplicemente a constatare che le attività di ripresa professionale in concreto svolte dall'istante coincidono proprio con una delle due principali attività esercitate dall'istante e risultanti dal Registro delle Imprese, ossia quella di "studio fotografico ... produzione di opere cinematografiche e audiovisive ..." »;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 12.12.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RILEVATO che, per pacifica giurisprudenza, 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 (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);

CONSIDERATO che l'art. 7 del Disciplinare di gara ("Requisiti di ordine speciale") prevede «*In relazione alle attività di cui alla lettera a) dell'art. 3, comma 1, del Capitolato Speciale, avente ad oggetto "utilizzo, manutenzione ed assistenza impianto microfonico, già in dotazione all'Ente, in occasione delle sedute consiliari" la ditta partecipante dovrà dichiarare, all'interno dell'apposita sezione del DGUE o con separata dichiarazione sostitutiva di certificazione, di essere in possesso delle capacità tecniche all'uso del sistema microfonico per conferenze, denominato "Paso CS 2100". Quanto dichiarato dovrà essere comprovato, in sede di verifica dei requisiti, ai sensi dell'art. 105, del Codice*»;

RITENUTO, preliminarmente, che rispetto alla questione di legittimità della menzionata clausola sollevata dalla parte istante, non assumono alcun rilievo esimente né la circostanza che il RUP e il Segretario Generale del Comune non conoscessero la pregressa situazione contrattuale e le abilitazioni/certificazioni possedute dalla ditta risultata aggiudicataria, né tantomeno la circostanza che gli stessi soggetti siano stati «*investiti della competenza ad indire la gara di cui trattasi solo a partire dal 01/07/2023, data di efficacia della nuova macrostruttura organizzativa dell'Ente, ridefinita in sede di*



adozione del PIAO 2023/2025, giusta Deliberazione di Giunta Comunale n. 150/2023»; e ciò per la tanto semplice quanto evidente ragione che le disposizioni organizzative o i diversi riparti di competenze tra Uffici e rispettivi dipendenti responsabili delle procedure di gara potrebbero semmai avere effetto in relazione all'accertamento delle responsabilità contabili, disciplinari o penali, ma non certo rispetto alla regolarità delle procedure di gara, che devono essere garantite a prescindere dagli aspetti gestionali interni delle amministrazioni committenti;

RITENUTO che, proprio per i suddetti motivi, chi ha la responsabilità finale di indire e gestire la procedura di gara non può esimersi dal verificare la correttezza formale e sostanziale degli atti di gara pur predisposti da altri soggetti precedentemente competenti e che, nel caso specifico, tale controllo si sarebbe dovuto tradurre nel valutare attentamente la congruità e proporzionalità del requisito tecnico-professionale in discussione rispetto all'oggetto dell'affidamento e, altresì, che l'effetto di tale omissione ha generato, quale prima rilevante conseguenza, la estrema limitazione della concorrenza, atteso che alla procedura selettiva in oggetto hanno partecipato solo 2 operatori economici, ovvero la ditta risultata poi aggiudicataria e l'odierno istante, la cui esclusione, essendo stata comminata per i descritti motivi, dimostra che il requisito in parola ha avuto, oggettivamente, un effetto escludente tanto a monte quanto a valle della procedura;

CONSIDERATO che per evitare tali vizi procedurali sarebbe stato sufficiente consultare – come è stato fatto dallo stesso istante prima di presentare domanda di partecipazione – la società produttrice e fornitrice dell'apparecchiatura già da tempo utilizzata per i medesimi scopi dall'Amministrazione comunale per appurare che il requisito tecnico-professionale richiesto non solo è di per sé incongruo e gravemente limitativo della concorrenza, quindi, già per tale motivo, illegittimo, ma soprattutto superfluo ai fini della corretta esecuzione dell'appalto; e ciò perché – come appunto precisato dalla stessa società PASO Spa – *“Ormai, dopo 12 anni, confermiamo che la Paso non tiene più incontri tecnici su questo sistema, anche perché è un sistema che per il suo utilizzo risulta del tutto analogo ad altri sistemi che sono sul mercato e non richiede specifiche abilitazioni o corsi tecnici per poter essere utilizzato. Per l'utilizzo e la gestione di questo sistema sono sufficienti le indicazioni che vengono fornite nel manuale d'uso a corredo”*;

RITENUTO, quindi, che la richiesta *“di essere in possesso delle capacità tecniche all'uso del sistema microfonico per conferenze, denominato “Paso CS 2100”*, per le motivazioni dianzi esposte, sortisce il solo effetto di eliminare in radice ogni concorrenza per il servizio oggetto di affidamento, atteso che l'unico operatore economico in grado di produrre una dimostrazione del possesso del requisito in questione è anche l'unico che potrà mai esserlo, non esistendo una certificazione, per così dire, *“indipendente”* del sistema utilizzato ed essendo per giunta venuta a mancare qualsivoglia attività formativa/certificativa da parte della società produttrice/fornitrice;

RITENUTO, conseguentemente, che non hanno alcun pregio le argomentazioni spese dalla Stazione appaltante per dimostrare che l'esclusione dell'istante è legittima in quanto, a prescindere dal possesso di tale requisito tecnico-professionale, il servizio che offre sarebbe oggettivamente diverso (*rectius* più circoscritto) rispetto a quello richiesto, atteso che se per la corretta esecuzione del servizio oggetto di gara è sufficiente l'utilizzo del suddetto sistema *“Paso CS 2100”* e se tale sistema è di agevole utilizzo sia perché *“risulta del tutto analogo ad altri sistemi che sono sul mercato”*, sia perché *“sono sufficienti le indicazioni che vengono fornite nel manuale d'uso a corredo”* allora non si comprende la necessità di richiede, a pena di esclusione, il suddetto requisito speciale né altra dimostrazione di conoscenza di tale specifico sistema;



RITENUTO che le motivazioni appena svolte offrono una risposta diretta a tutti i quesiti sollevati dalla parte istante con la richiesta di parere tale da rendere superflua una loro trattazione puntuale, mentre la richiesta di accertare l'esistenza e la natura giuridica di tutti gli eventuali pregressi rapporti tra la Stazione appaltante e la ditta aggiudicataria della gara in esame non può essere soddisfatta in sede di precontenzioso poiché esorbita dai limiti di competenza attribuiti dalla legge a tale istituto;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono, che:

- il requisito di ordine speciale di cui all'art. 7 del Disciplinare di gara non sia conforme alle disposizioni normative di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 sotto il profilo della mancanza di proporzionalità e congruità rispetto all'oggetto dell'appalto;
- conseguentemente sia illegittima l'esclusione dalla gara della ditta odierna istante.
- considerata la natura dei vizi procedurali censurati, la stazione appaltante dovrà procedere all'annullamento della R.D.O. svolta e indirne una nuova, doverosamente emendata dai vizi accertati;

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, 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 24 gennaio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente