



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 484**

**DEL 10 GIUGNO 2020**

Istanza presentata da \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_. - Lavori di miglioramento adeguamento sismico scuola via Gramsci - Importo a base di gara: euro 1.703.711,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Nocera Inferiore

**PREC 80/20/L**

**Art. 100 d.lgs. n. 50/2016**

**Requisiti di esecuzione – modalità di esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento – impegno dell'operatore economico sul piano contrattuale – non sono criteri selezione**

**I requisiti di esecuzione di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 si traducono in impegni che gli operatori economici assumono con riferimento alle modalità di esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento - la cui eventuale inosservanza si riverbera, tra le parti, nell'ambito del rapporto contrattuale - e non consistono nella dimostrazione dell'esperienza acquisita in forza di pregressi contratti ai fini della selezione dei partecipanti.**

VISTA l'istanza, acquisita al protocollo n. 31234 del 28 aprile 2020, con la quale l'operatore economico \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ ed escluso dalla gara per non avere comprovato il possesso dei requisiti di cui all'art. 100 d.lgs. n. 50/2016 - consistenti nell'esecuzione, negli ultimi tre anni, di un intervento della stessa tipologia e dello stesso valore di quello posto a base di gara - ha censurato il provvedimento di esclusione dalla gara, per avere la stazione appaltante travisato i contenuti dell'art.100 e violato il principio di divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione nel settore dei lavori, non trattandosi né di lavori complessi né di lavori rientranti nei settori speciali;

CONSIDERATA l'istanza procedibile sotto il profilo dell'integrità del contraddittorio (art. 4, comma 2, Regolamento precontenzioso), in ragione del fatto che, oltre alla stazione appaltante (alla quale l'istante ha provveduto a comunicare l'istanza), non sono ravvisabili altri soggetti interessati cui indirizzare la comunicazione, giacché il secondo classificato, quando non dichiarato contestualmente aggiudicatario, non è titolare di una posizione soggettiva attiva qualificata e differenziata in forza della quale possa dirsi controinteressato nel relativo giudizio (Cfr. la giurisprudenza del Consiglio di Stato, di segno univoco, 2 settembre 2019, n. 6024; 19 marzo 2018 n.1745; 25 febbraio 2014 n. 886; 12 febbraio 2007 n. 593);



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 32784 del 6 maggio 2020, recante la precisazione che il termine di cinque giorni per la produzione di memorie e documenti, sospeso fino al 15 maggio 2020 ai sensi dell'art. 103, comma 1, d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 come modificato dall'art. 37 del d.l. n. 23/2020, decorre dal 16 maggio 2020;

VISTE le argomentazioni sviluppate dall'istante a supporto delle proprie doglianze, secondo le quali: 1) in una gara, come quella in esame, per l'affidamento di lavori di importo di euro 1.703.711,00 con il criterio del minor prezzo, la qualificazione SOA costituisce «condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria» (art. 60, comma 3, del d.p.r. 207/2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016), con la conseguenza che è vietato alla stazione appaltante richiedere requisiti diversi o ulteriori (v. art. 60, comma 4), non ricorrendo l'ipotesi, di cui al comma 7 dell'art. 84, di lavori di importi notevoli né i presupposti per l'applicazione del meccanismo della cosiddetta forcilla con fissazione di criteri di selezione ai sensi dell'art. 91 d.lgs. n. 50/2016; 2), l'art. 100 d.lgs. 50/2016 consente la fissazione di requisiti da richiedere in fase esecutiva, riguardanti, in particolare, condizioni di esecuzione che attengono a esigenze sociali e ambientali, mentre il requisito richiesto nel caso di specie è un requisito di partecipazione consistente nell'aver eseguito un lavoro analogo, per oggetto e importo, a quello oggetto dell'appalto;

VISTA la documentazione e la memoria acquisita al prot. n. 33240 del 7 maggio 2020, con la quale l'operatore economico istante ha ribadito le censure avverso la propria esclusione, evidenziando di avere ritenuto di potere partecipare alla gara in quanto in possesso di SOA con categorie e classifiche sufficienti a ricoprire gli importi richiesti dal bando di gara e di avere prodotto documentazione a comprova degli interventi pregressi in conformità alla dichiarazione resa in sede di offerta;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 36763 del 20 maggio 2020, con la quale il Comune di Nocera Inferiore ha replicato alle censure dell'operatore economico evidenziando come \_\_\_\_\_ OMISSIS\_\_\_\_\_. abbia espressamente dichiarato di accettare la *lex specialis* di gara che, a sua volta, la stazione appaltante è tenuta ad applicare, pena la lesione della concorrenza;

VISTO il Disciplinare di gara, paragrafo 5 "Requisiti di partecipazione alla gara", recante la richiesta, quale "requisito speciale" ulteriore all'attestato di qualificazione SOA (nelle categorie OS21 e OS30), della realizzazione da parte dei concorrenti, "*Ai sensi dell'art. 100 dl.vo 50/2016 (...) negli ultimi tre anni, [di] un intervento di adeguamento o miglioramento sismico di edifici di cui all'elenco B dell'Allegato 1 del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 21/10/2003, per un importo di esecuzione dell'intervento pari a quello posto a base di gara pari ad 1.705.500,11 ultimato senza contenziosi regolarmente collaudato*";



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTO l'art. 100 d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «*Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali*»;

VISTA la portata applicativa della sopra richiamata norma, come desumibile dai Considerando 98 e 99 e dall'art. 70 della Direttiva 2014/24/UE, da considerare circoscritta alla possibilità della stazione appaltante di richiedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto da affidare, purché compatibili con il diritto europeo, volte a promuovere, in particolare, istanze di carattere sociale, quali “l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali” (Considerando 98, Direttiva 24/2014/UE), ovvero l'assunzione di disoccupati di lunga durata oppure di disabili o lo sviluppo di azioni di formazione per categorie svantaggiate o il rispetto delle disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nell'ipotesi in cui non siano già presenti nella legislazione nazionale, o anche l'assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale (Considerando 99, Direttiva 24/2014/UE); oppure volte alla promozione di istanze di carattere ambientale attraverso la richiesta, ad esempio, di “condizioni di imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti oppure la riduzione al minimo dei rifiuti e l'uso efficiente delle risorse” (Bando-tipo n. 1 Nota illustrativa); ovvero, assecondando, alla luce dell'art. 70 della Direttiva, un'accezione ampia di clausole sociali e ambientali, condizioni particolari di esecuzione finalizzate all'innovazione, che potrebbero agire tanto sul piano del miglioramento dei prodotti, quanto dei processi, non solo con riferimento all'avanzamento tecnologico, ma anche alla produzione di beni eco compatibili, alle nuove tecnologie energetiche e alla tutela della salute (cfr. Bando-tipo n. 1 Nota illustrativa);

CONSIDERATO che tali requisiti di esecuzione si traducono in impegni che gli operatori economici assumono con riferimento alle modalità di esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento - la cui eventuale inosservanza si riverbera, tra le parti, nell'ambito del rapporto contrattuale - e non consistono nella dimostrazione dell'esperienza acquisita in forza di pregressi contratti ai fini della selezione dei partecipanti;

VISTO altresì l'art. 60, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010, secondo cui l'attestazione di qualificazione SOA costituisce “*condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici*”, con l'eccezione (non applicabile al caso in esame) degli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni, per i quali la stazione appaltante può richiedere i requisiti aggiuntivi di cui all'art. 84, comma 7, d.lgs. n. 50/201, e fatta salva la possibilità di richiedere, in presenza dei presupposti – del pari non ricorrenti



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

nel caso di specie - previsti dall'art. 91, d.lgs. n.50/2016, ulteriori requisiti al fine di individuare gli operatori economici da invitare a presentare offerta in una procedura ristretta;

CONSIDERATO che tale principio risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione (cfr. Parere di precontenzioso n. 108 del 9 giugno 2011), come confermato dall'Autorità nel "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro", dove è precisato che l'attestazione di qualificazione in corso di validità costituisce di per sé certificazione abilitante alla partecipazione ad una procedura di gara senza necessità di dimostrazione del possesso di ulteriori requisiti (cfr. anche Pareri di precontenzioso n. 601 del 31 maggio 2017 e n. 471 del 23 maggio 2018 e, *ex multis*, Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 21 dicembre 2017, n. 559);

CONSIDERATO, infine, che la stessa Autorità, nel citato Manuale, ha altresì esplicitato che la possibilità per le amministrazioni di prescrivere ulteriori adempimenti rispetto alle previsioni normative per la partecipazione agli appalti pubblici viene a cadere di fronte al disposto di una norma cogente, quale è l'articolo 60, comma 3, del d.p.r. n. 207/2010, che vieta la dimostrazione di ulteriori requisiti di capacità tecnica e finanziaria rispetto all'attestato SOA;

RITENUTO, alla luce di quanto sopra, che la clausola della *lex specialis* che richiede, ai fini della partecipazione, oltre all'attestato SOA, la realizzazione di un intervento analogo a quello oggetto della gara *de qua*, non solo non trovi fondamento, per le ragioni sopra esposte, nell'art. 100 d.lgs. n. 50/2016, ma altresì costituisca esercizio, da parte della stazione appaltante, di un potere *praeter legem*, consistente nel richiedere requisiti in violazione della normativa di settore, con l'effetto di vanificare la *ratio* della disciplina della qualificazione SOA e di ledere la parità di trattamento e il principio di massima partecipazione;

RITENUTO che la clausola *de qua*, per le ragioni sopra esposte, sia riconducibile alla fattispecie di divieto di cause di esclusione atipiche e, in quanto tale, affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 21 dicembre 2017, n. 559);

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'esclusione dalla gara dell'operatore economico \_\_\_\_\_ OMISSIS \_\_\_\_\_. non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito  
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente