



DELIBERA N. 543

13 luglio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Maren Servizi Srls - Procedura aperta per fasc. 107/21 - Attività di carenamento del Smg Gazzana da eseguirsi presso un bacino di Marinarsen Taranto. Importo a base di gara euro: 350.000,00. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Ministero della Difesa - Stato Maggiore della Marina Militare - Comando in Capo della Squadra Navale - COMFLOTSOM

PREC 145/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 83 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti di capacità tecnica e professionale – Discrezionalità nella scelta dei requisiti di partecipazione – Limiti della Stazione appaltante – Obbligo dei concorrenti di provare il possesso di tutti i requisiti richiesti.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 luglio 2021

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0044193 del 2.6.2021, con la quale la società Maren Servizi Srls contesta l'esclusione dalla gara in oggetto disposta, a seguito dell'esito negativo di apposito soccorso istruttorio, dalla Stazione appaltante *«per assenza di documentazione che attesti, in almeno un esercizio finanziario dell'ultimo triennio (2018, 2019, 2020), l'effettuazione di: 1) attività di carenamento di almeno € 125.000,00; 2) attività di congegnatoria generale di almeno € 50.000,00»;*

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione atteso che il requisito di partecipazione in discussione *«nel caso di specie potesse essere dimostrato in due modi:*

- o attraverso l'elencazione dei servizi effettuati nell'ultimo quinquennio, con la concorrenza degli importi indicati all'interno della legge di gara;

- ovvero, ed in alternativa, attraverso l'indicazione dei medesimi servizi effettuati nell'ultimo triennio, da cui doveva risultare che in almeno un anno erano stati raggiunti i relativi importi indicati nella clausola in commento»; e che pertanto, avendone dimostrato il possesso attraverso la prima "modalità", l'esclusione a causa della mancata dimostrazione del possesso del secondo requisito sarebbe immotivata;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 15.6.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che il Disciplinare di gara prevede come requisito di capacità tecnica e professionale che *«Ai sensi dell'art. 83 c. 1 lett. c), c. 2,6,7, All. XVII parte II lett. a) alinea ii del D/Lgs. 50/2016 e ss mod. al fine di dimostrare le capacità tecniche e professionali, ciascun Concorrente dovrà presentare l'elenco dei servizi effettuati, come di seguito specificato, negli ultimi cinque anni, esercizi finanziari 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse. Se trattasi di servizi prestati a favore di Amministrazioni o Enti Pubblici, gli elenchi dovranno riportare il fascicolo/contratto di riferimento, la descrizione delle attività eseguite ed essere provati da certificati rilasciati e visti dalle Amministrazioni o dagli Enti medesimi. Se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettiva effettuazione delle prestazioni è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente mediante certificazione sostitutiva. Da tale elenco dovrà desumersi che il concorrente abbia realizzato, in almeno un esercizio finanziario dell'ultimo triennio, pena l'esclusione, prestazioni di servizi inerenti quelli oggetto del bando di gara, svolti nel settore delle lavorazioni su UU.NN. militari, almeno pari, per ciascuna delle tipologie di attività riportate di seguito, agli importi indicati:*

- carenamento per un importo complessivo almeno pari a 125.000 euro;

- congegnatoria generale per un importo complessivo almeno pari a 50.000 euro»;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, in merito alle contestazioni della società istante, ha precisato che la presentazione dell'elenco dei servizi effettuati negli ultimi cinque anni, esercizi finanziari 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse, *«mira ad ottenere una visione generale dei progressi professionali dell'operatore economico partecipante alla gara per le finalità di cui all'art. 83 co. 6 del Codice dei contratti pubblici»;* mentre (la richiesta di dimostrare di) aver realizzato, in almeno un esercizio finanziario dell'ultimo triennio, prestazioni di servizi inerenti a quelli oggetto del bando di gara, svolti nel settore delle lavorazioni su UU.NN. militari, almeno pari a 125.000 euro per carenamento e a 50.000 euro per



congegnatoria generale, «è un requisito tecnico - economico non alternativo a quello su indicato nel primo periodo, bensì esplicativo di ciò che è oggetto di valutazione»;

RILEVATO che negli affidamenti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti godono di un ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica da richiedere ai fini della partecipazione, da esercitare nei limiti dell'oggetto dell'appalto e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (cfr., *ex multis*, parere di precontenzioso n. 508 del 30 maggio 2018) e che le stazioni appaltanti possono decidere di fissarne di particolarmente rigorosi, quando per la corretta esecuzione dell'appalto sono necessarie particolari competenze tecniche o una determinata capacità economica (purché ciò non restringa oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e non preconstituisca situazioni di assoluto privilegio) oppure, tenuto conto della tipologia di prestazioni dedotte nel contratto, possono anche ritenere non necessaria la richiesta di alcun requisito speciale;

RILEVATO che, come precisato anche dalla giurisprudenza, «le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità» (Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza del 23 luglio 2018, n. 8327), e il concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, a pena di esclusione, atteso che «i requisiti individuati dalla stazione appaltante come necessari per l'ammissione alla procedura costituiscono elementi essenziali in mancanza dei quali è inibita la partecipazione alla gara» (Tar Piemonte, Torino, sentenza del 3 maggio 2018, n. 514);

RITENUTO, stante tali principi generali, che la mera indicazione degli importi, delle date e dei destinatari dei servizi effettuati negli ultimi cinque anni, in assenza di una previsione che specifichi, in relazione a tali servizi, i requisiti minimi ritenuti necessari e sufficienti per l'ammissione alla gara, risulta formalmente inidonea ad attestare la capacità tecnico-professionale degli operatori economici, oltre ad ingenerare – come dimostra l'istanza di parere in oggetto – interpretazioni del dato letterale potenzialmente foriere di contenziosi;

RITENUTO che, dunque, quella che l'istante ritiene essere solo una seconda, differente e alternativa modalità di comprova del requisito di capacità professionale (sostanzialmente riferibile ai cc.dd. "servizi analoghi") risulta essere in realtà l'unica modalità di attestazione di tale capacità conforme alle disposizioni normative in materia di criteri di selezione di cui all'art. 83 del Codice appalti, in quanto contenente dei parametri determinati e pertinenti rispetto ai quali effettuare la valutazione preliminare di ammissibilità delle offerte;

RITENUTO che ogni argomentazione dell'istante basata sull'asserita previsione nella *lex specialis* di una duplice modalità, alternativa, di comprova della capacità tecnico-professionale è destituita di fondamento, in quanto anche volendo prescindere dalle considerazioni che precedono, volendo cioè ritenere correttamente formulate le richieste della Stazione appaltante in ordine alla presentazione dell'elenco dei servizi degli ultimi 5 anni, appare abbastanza chiara la volontà della stessa di intendere in maniera coordinata e unitaria i due requisiti (viene, infatti, precisato che «*Da tale elenco dovrà desumersi che il concorrente abbia realizzato, in almeno un esercizio finanziario dell'ultimo triennio...*») e non come due modalità alternative offerte agli operatori economici per dimostrare il possesso della richiesta capacità professionale;

RILEVATO, sia pure solo incidentalmente, che il richiamo della Stazione appaltante alla possibilità di ovviare all'assenza dei requisiti richiesti facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, lungi dall'essere una sorta di iniqua "imposizione procedurale" – come sostenuto nella richiesta di parere – è, piuttosto, un



argomento difensivo giustificato dalla circostanza che l'impresa istante, per partecipare alla gara in esame, ha comunque fatto ricorso proprio a tale istituto avvalendosi dei requisiti tecnico-professionali, ancorché insufficienti, di un'altra società;

RITENUTO, infine, che nel caso di specie non possa essere neppure invocata l'applicazione del principio del *favor participationis* per garantire la permanenza in gara della società istante, atteso che essa dovrebbe essere giustificata da una palese ambiguità della disposizione della *lex specialis*, la cui oscura formulazione dovrebbe favorire una esegesi volta a salvaguardare l'interesse degli operatori economici alla partecipazione; e ciò sia perché tale disposizione non appare affatto ambigua (quanto piuttosto, come detto, inidonea allo scopo perseguito nella parte relativa alla richiesta della mera elencazione dei servizi effettuati negli ultimi cinque anni), sia perché il *'favor'* del legislatore verso il massimo ampliamento della concorrenza non può spingersi fino all'ammissione in gara di soggetti dichiaratamente privi dei requisiti minimi richiesti dall'Amministrazione committente,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'esclusione dalla gara della società istante sia conforme all'interpretazione logico-sistematica della clausola del disciplinare di gara e delle norme in materia di criteri di selezione degli operatori economici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente