AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 233

24 maggio 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal costituendo RTP ing. Antonio NIGRO (capogruppo mandatario), ing. Antonio NIGRO, ing. Maurizio SALVO (giovane professionista) e geologo Luigi SPINA – Affidamento diretto, mediante confronto concorrenziale della progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione con riferimento alla "Realizzazione polo dell'infanzia in via Tripoli-Via Campo Sportivo" – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 125.310,92 – S.A.: Comune di Terlizzi (BA).

UPREC-PRE 522/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 32, comma 7 e 86, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Verifica possesso requisiti di capacità tecnica e professionale – Mezzi di prova ammessi – Natura del termine per la produzione della documentazione probante.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Servizi di ingegneria e architettura – Selezione del contraente – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Verifica dei requisiti dichiarati in fase di presentazione dell'offerta – Mezzi di prova ammessi – Natura del termine per la produzione della documentazione probante – Esclusione dell'aggiudicatario – Legittimità.

Il termine che la stazione appaltante discrezionalmente attribuisce all'operatore economico prima dell'aggiudicazione per produrre la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione alla gara che sono nella sua esclusiva disponibilità è perentorio anche se ciò non è espressamente previsto nella lex specialis di gara: si deve ritenere, infatti, la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e a non rallentarne l'iter a tempo indefinito, dovendosi perciò interpretare in questo senso la ratio delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0024362 del 27.3.2023, con la quale l'ing. Antonio Nigro, mandatario del RTP costituendo indicato in oggetto, contesta il provvedimento con cui la Stazione appaltante, dopo la proposta di aggiudicazione, ha disposto l'esclusione della parte odierna istante per la mancata comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale autodichiarati in sede di gara;

CONSIDERATO, in particolare, che l'Amministrazione committente richiedeva al RTP istante, tra gli altri documenti a comprova del possesso dei suddetti requisiti, come previsto dall'art. 10, pag. 10, primo capoverso dell'Avviso esplorativo, i *"contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse"*, con specifico riferimento ai servizi resi per i Comuni di Castellina in Chianti, Portocannone, Valledolmo e Sambuca di Sicilia e che tale verifica si concludeva con il provvedimento di esclusione dell'istante in quanto quest'ultimo non produceva la richiesta fattura quietanzata del servizio reso presso il Comune di Portocannone, con la conseguenza della mancata comprova *"dei requisiti per le seguenti prestazioni e categorie — richiesta dall'art. 10 dell'Avviso Esplorativo:*
IA.01 > € 450.000,00: Direzione lavori e CSE
IA.03 > €150.000,00: Direzione lavori e CSE";

CONSIDERATO che la parte istante chiede all'Autorità *«se in presenza di una clausola della lex specialis di gara che, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica richiesti e dichiarati dal concorrente, prevede peraltro non a pena di esclusione che "La comprova dei requisiti deve essere supportata da: certificati rilasciati da Amministrazione/Ente contraente con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; contratti stipulati con le Amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento alle stesse", la Stazione appaltante possa escludere la aggiudicataria non ritenendo comprovato il servizio dichiarato e diversamente documentato dal concorrente, per la sola assenza delle fatture quietanzate o documenti bancari attestanti il pagamento, omettendo qualsivoglia verifica e controllo direttamente presso l'Amministrazione pubblica (nel caso di specie Comune di Portocannone) che ha ricevuto il servizio dichiarato dal concorrente e, soprattutto, ignorando il pur prodotto certificato di regolare esecuzione che inequivocabilmente attesta che il servizio dichiarato è stato svolto e completato e che quindi va valutato con conseguente raggiungimento da parte dell'istante del requisito richiesto dall'articolo 10 dell'Avviso e con conseguente necessità dell'annullamento della disposta e contestata esclusione e derivante aggiudicazione della gara all'istante stessa»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7.4.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

PRESO ATTO che la Stazione appaltante non ha partecipato al contraddittorio, non avendo presentato alcuna memoria controdeduttiva o prodotto alcuna documentazione relativa alla gara in contestazione e

che quindi il presente parere è espresso sulla base dell'esposizione dei fatti e della documentazione prodotta dall'odierno istante, nonché delle memorie difensive della controparte;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare l'eccezione di improcedibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. a) del Regolamento di precontenzioso, avanzata da "Studio Alfa Architetti Associati", in qualità di operatore economico secondo classificato e divenuto successivamente aggiudicatario a seguito dell'esclusione del RTP istante, in quanto quest'ultimo ha dichiarato di aver regolarmente notificato a mezzo di posta elettronica certificata (con ricevute di consegna e accettazione datate 27.3.2023) l'istanza in oggetto;

CONSIDERATO che l'art. 10 dell'Avviso di gara, riproducendo *in toto* quanto previsto al riguardo dal Bando tipo n.1/2021, in merito alla comprova dei requisiti di capacità tecnico-professionale, stabilisce che questa è fornita mediante:

- certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;
- contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse;
- attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;
- contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse;

RILEVATO che con nota del 11.1.2023 la Stazione appaltante formalizzava la richiesta della comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale da parte del RTP odierno istante specificando che la relativa documentazione avrebbe dovuto essere trasmessa a mezzo pec *"**entro e non oltre il termine perentorio di 10 giorni**"*dal ricevimento della nota medesima e che il citato raggruppamento riscontrava siffatta richiesta in data 23.1.2023;

RILEVATO che con nota del 30.1.2023 la Stazione appaltante provvedeva a dare comunicazione al RTP istante di avvio del procedimento di esclusione *«reputando la documentazione presentata non idonea a soddisfare i requisiti prescritti dal disciplinare di gara»* per le motivazioni ivi specificate e sostanzialmente riguardanti, per quanto concerne, specificamente, il servizio espletato presso il Comune di Portocannone che è oggetto di contestazione, la mancata produzione del "Certificato di buona esecuzione", nonché ad assegnare un ulteriore termine di 10 giorni *«per l'inoltro di eventuali memorie, osservazioni e chiarimenti»*;

RILEVATO, altresì, che dopo l'inoltro di tale ultima documentazione (effettuato in data 9.2.2023), la Stazione appaltante, con nota del 21.2.2023, valutata la documentazione trasmessa, richiedeva allo stesso RTP *«di inviare ulteriori integrazioni in quanto nella pec n. 3661 del 9.2.2023 non risultavano allegate (sebbene dichiarate) alcune fatture quietanzate attraverso documenti bancari attestanti il pagamento»*, assegnando un ulteriore termine di 5 giorni per l'inoltro della documentazione ancora mancante e che l'O.E., a riscontro di tale richiesta, *«con successiva ultima nota pec n. 5170 del 27.2.2023, contrariamente a quanto dallo stesso dichiarato nelle precedenti note (in merito alle allegate seppur mancanti "fatture liquidate" per il servizio presso il comune di Portocannone) chiarisce "... di non aver ancora trasmesso la fattura elettronica finale relativa all'espletamento regolare del servizio in questione. Provvederò al più presto ad emetterla"»*, con la conseguenza, appunto, di indurre la Stazione appaltante a disporne l'esclusione dalla gara per le motivazioni più sopra riportate;

RITENUTO che le questioni da dirimere per rispondere al quesito posto dalla parte istante sono sostanzialmente due: la prima concerne la legittimità della tipologia di documentazione richiesta dalla Stazione appaltante per comprovare i requisiti tecnico-professionali stabiliti dal Bando di gara; la seconda riguarda invece la natura del termine fissato dalla Stazione appaltante per effettuare la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario in fase di presentazione dell'offerta, ovvero se tale termine debba intendersi perentorio o meramente ordinatorio, stante la produzione sicuramente tardiva del documento che avrebbe attestato la effettiva regolare esecuzione del servizio in contestazione;

RITENUTO, in ordine alla prima questione, di concludere nel senso della legittimità della clausola della *lex specialis* che prevede che la comprova dei requisiti venga attestata mediante «*certificati rilasciati da Amministrazione/Ente contraente con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; contratti stipulati con le Amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento alle stesse*», considerato non solo che essa appare conforme alle disposizioni contenute nell'art. 86 e nell'Allegato XVII del Codice, ma anche che la clausola in discussione ripropone, senza alcuna modifica, quanto già previsto al riguardo dal Bando tipo n.1/2021 (recante "Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra le soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo") e confermato dal Bando tipo n.1/2023 (documento predisposto dall'Autorità a seguito dell'adozione del nuovo codice-d.lgs. n. 36/2023 e attualmente in fase di consultazione);

RITENUTO, pertanto, che la mancata esplicitazione, all'interno della clausola in discussione, dell'applicazione della sanzione dell'esclusione in caso di produzione di documentazione diversa da quella prevista non modifichi la natura della previsione medesima, la quale mira sostanzialmente a indicare con carattere di tassatività la tipologia dei documenti costituenti i soli mezzi di prova ammessi dei requisiti speciali richiesti per la partecipazione alla gara, con la conseguenza che la produzione di qualsiasi altro mezzo, diverso da quelli menzionati, non potrebbe che condurre all'esclusione del concorrente a causa della mancata comprova dei requisiti dichiarati in fase di presentazione dell'offerta;

CONSIDERATO, in merito alla seconda questione, innanzitutto, che il procedimento di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in fase di presentazione dell'offerta dal RTP aggiudicatario messo in atto dalla Stazione appaltante denota una notevole "elasticità" nella valutazione tanto della documentazione probatoria, quanto, soprattutto, del rispetto dei termini (indiscutibilmente considerati come perentori dall'Amministrazione medesima) fissati per adempiere alle richieste istruttorie: dalla documentazione prodotta dalle parti, infatti, emerge che nonostante il raggruppamento istante non abbia, entro i termini perentori fissati dalla Stazione appaltante, prodotto tutta la documentazione probatoria prevista dalla *lex specialis*, quest'ultima, ancorché nell'ambito del diverso procedimento di esclusione, ha esteso considerevolmente i termini per tale adempimento (assegnando al concorrente, rispettivamente, altri 10 e 5 giorni);

RITENUTO, sotto un primo profilo, che tale circostanza dimostra un atteggiamento piuttosto collaborativo da parte della Stazione appaltante, motivato dal comprensibile intento di salvare l'aggiudicazione a favore dell'odierna istante, per legittime ragioni di efficienza, efficacia ed economicità della procedura di gara e non di certo un intento inutilmente vessatorio volto ad agevolarne l'esclusione, come invece sembrerebbe suggerire la ricostruzione dei fatti e il seguente quesito proposti dall'istante;

RITENUTO, sotto un secondo e più dirimente profilo, che la circostanza che in data 23.3.2023, ovvero dopo quasi un mese dal provvedimento di esclusione (emesso in data 27.2.2023), il raggruppamento istante abbia prodotto il "Certificato di regolare esecuzione" del servizio effettuato presso il Comune di

Portocannone non assume alcun rilievo ai fini dell'eventuale annullamento del provvedimento di espulsione dalla gara, atteso che tutta la documentazione probatoria prevista dalla *lex specialis* e, in fase di verifica post-aggiudicazione, richiesta dalla Stazione appaltante relativamente ai servizi espletati presso il menzionato Comune è stata prodotta successivamente alla scadenza di tutti i termini fissati per tale adempimento e quindi il suo deposito (ormai tardivo) è da considerare, sotto il profilo probatorio, necessariamente *tamquam non esset*;

RITENUTO che in merito alla questione circa la perentorietà o meno del termine che la Stazione appaltante discrezionalmente attribuisce all'operatore economico per produrre la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione alla gara, l'Autorità aderisce all'orientamento secondo cui *«[la perentorietà] risponde alla prioritaria esigenza di assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente, con conseguente inammissibilità del soccorso istruttorio e della rimessione in termini»* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2021, n. 5517; Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 febbraio 2019, n. 1476; Tar Cagliari, sez. I, 27 gennaio 2018, n. 50); in quest'ottica, è ininfluente che il d.lgs. n. 50/2016 non preveda una disposizione analoga a quella dell'art. 48 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 a norma del quale *«Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito»* (comma 1). […] *La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione»* (comma 2), poiché la *ratio* di tali disposizioni non può considerarsi essere venuta meno nonostante il silenzio sul punto da parte del legislatore dell'attuale Codice (in ordine a tali motivazioni sia sufficiente richiamare il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 10, secondo cui *«l'esigenza di celerità, e certezza, di tale fase è provata, sul piano normativo, dalla previsione del condizionamento sequenziale degli adempimenti e dalla preordinazione di termini per la verifica e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, per l'inoltro della richiesta di verifica dei requisiti da parte dell'amministrazione e per la stipulazione, approvazione e controlli del contratto (articolo 11, commi 9 e 10, articolo 12, articolo 48, comma 2, del Codice), e, sul piano teleologico, dalla diretta strumentalità di questa fase al perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione, assumendo particolare rilevanza i principi generali di tempestività ed efficacia delle procedure di affidamento, di cui all'art. 2 del Codice, nel momento della conclusione utile della lunga e complessa attività svolta in precedenza per la scelta del contraente»; […] «in questo quadro si deve ritenere la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e non a rallentarne l'iter a tempo indefinito dovendosi perciò (…) interpretare per quanto possibile in questo senso la ratio delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata»*;

CONSIDERATO, altresì, che anche la giurisprudenza formatasi nel vigore dell'attuale Codice ha sancito che *«Il termine che la stazione appaltante discrezionalmente attribuisce all'operatore economico prima dell'aggiudicazione per produrre la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione alla gara che sono nella sua esclusiva disponibilità è perentorio se, come tale, viene previsto nella legge di gara. Il fondamento normativo di tale opzione, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che consente di superare anche la previsione di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, può essere rinvenuto nella norma dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016,*

la quale per l'affidamento e l'esecuzione di appalti, ai sensi del codice, impone il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza» (TAR Lazio, Roma, 19 Febbraio 2018, n. 1893);

CONSIDERATO, inoltre, quanto recentemente ritenuto da Consiglio di Stato, sez. V, 11.10.2022 n. 8685, secondo cui "*anche nel vigore del codice attuale e pur in mancanza di espressa previsione nella lex specialis, è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d'appalto (eventualmente anche ai sensi dell'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), rendendosi anzi necessario ad evitare l'indefinito protrarsi della fase evidenziale precedente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 738);*"

RITENUTO, infine, che l'assenza di una espressa indicazione di un termine per l'effettuazione delle verifiche in discussione (al pari di quello contenuto nel sopra menzionato art. 48 dell'abrogato Codice), potrebbe intendersi come volontà del legislatore di non replicare l'imposizione di un vincolo temporale *ex lege,* ma di rimettere alla discrezionalità delle Stazioni appaltanti la fissazione del termine ritenuto, caso per caso, più congruo per la produzione della documentazione probante,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle norme in materia di verifica dei requisiti di partecipazione dichiarati dagli operatori economici in fase di presentazione dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 maggio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente