



DELIBERA N. 342

20 luglio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]S.r.l. – Procedura aperta telematica per l'affidamento del accertamento e riscossione, ordinaria e coattiva delle entrate tributarie ed extratributarie e di tutti i servizi connessi e complementari con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo - Importo a base di gara: 7.550.000,00 euro - S.A.: Comune di Modica

UPREC/PRE/565/2023/PREC-S

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett c-ter, d.lgs. 50/2016,

Parole chiave

Precedenti risoluzioni - Esclusione automatica

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Cause di esclusione - Risoluzione per inadempimento – Automatico effetto escludente – Clausola nulla

La clausola del bando che richiede come requisito di partecipazione che il concorrente non abbia subito negli anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara risoluzioni contrattuali per inadempimento è nulla se interpretata come avente un effetto automaticamente escludente, perché in tale caso introdurrebbe un'ipotesi di esclusione automatica dalla gara non prevista dal d.lgs. n. 50/2016, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Riferimenti normativi

Art. 83 d.lgs. 50/2016

Parole chiave



Direttore tecnico – Discrezionalità della stazione appaltante

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità tecnica e organizzativa – Obbligo di Direttore tecnico – Illegittimità

In un appalto di servizi di accertamento e riscossione delle entrate tributarie, la richiesta del requisito del certificato camerale recante l'indicazione del Direttore tecnico, è censurabile per difetto di logicità, ragionevolezza e proporzionalità in quanto eccessivamente e irragionevolmente limitativa della concorrenza. Essa infatti richiede la presenza di una figura professionale, tipizzata dal legislatore e identificata da uno specifico *nomen juris*, tipica del settore dei lavori pubblici, che le imprese operanti nel settore oggetto dell'appalto non hanno l'obbligo di nominare, per perseguire un obiettivo (quello di selezionare partecipanti dotati delle necessarie capacità organizzative e di gestione del servizio) che potrebbe essere conseguito, con minor sacrificio della concorrenza, tramite la richiesta di una figura professionale particolarmente qualificata e dotata di specifica esperienza nel campo di interesse.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2023

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 33036 del 28 aprile 2023, con la quale l'operatore economico [OMISSIS]S.r.l. ha sollevato le seguenti contestazioni nei confronti del bando della gara in epigrafe:

- a) illegittimità del requisito di cui all'art. 6.1 lett. a), consistente nella richiesta del certificato camerale con indicazione del direttore tecnico. L'istante ha evidenziato che il direttore tecnico è figura prevista per gli appalti di lavori e che nel caso, come quello di specie, di gara per l'affidamento di servizi, tale figura s'intende riferibile al legale rappresentante. Inoltre la stazione appaltante avrebbe fornito indicazioni contraddittorie sul punto, in sede di risposta alle richieste di chiarimento, laddove nel chiarimento n. 19 ha precisato che "la figura del direttore tecnico poteva essere soddisfatta dal legale rappresentante" mentre nel chiarimento n. 49, in risposta all'istante, ha confermato "in tutto quanto già scritto nel disciplinare";
- b) illegittimità del requisito di cui all'art. 6.1 lett.d), consistente nel "*non avere subito negli anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara risoluzioni contrattuali per inadempimento ovvero non aver commesso inadempienze definitivamente accertate che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni e/o penali*". Al riguardo l'istante ha rilevato che il requisito introduce una causa di esclusione non prevista dalla legge e contrastante con quanto disposto dall'art. 80, comma 5, lett.c), d.lgs. n. 50/2016 che rimette alla Commissione la valutazione di precedenti contenziosi o risoluzioni contrattuali;
- c) la mancata proroga della scadenza del termine per la presentazione delle offerte in conseguenza dell'intervenute modifiche apportate alla documentazione di gara con riferimento al requisito di cui all'art. 6.3 lett. i), riguardante l'esecuzione nel triennio 2019/2020/2021 di servizi di gestione, accertamento e riscossione tributaria di importo complessivo pari ad almeno due milioni di euro, esteso anche ai servizi in corso e resi nei confronti di più comuni anche con popolazione inferiore a 50.000 abitanti, e al requisito relativo alle perdite di esercizio nel triennio 2019/2020/2021 anticipato al triennio 2017/2018/2019, nonché in ragione di problemi tecnici che avrebbero impedito di inserire la Busta A nella piattaforma utilizzata per l'espletamento della gara con conseguente onere per gli operatori di trasmetterla via PEC e rischio di compromissione del principio di segretezza delle offerte;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 18 maggio 2023 con nota prot. n. 38050;



Visto quanto replicato con nota acquisita al prot. n. 39602 del 23 maggio 2023 dalla stazione appaltante, la quale ha riferito di avere prorogato il termine di presentazione delle offerte (dal 4 maggio al 6 giugno 2023) e di avere cambiato la piattaforma (MEPA e non più SINTEL) attraverso la quale gestire la procedura di gara. Quanto ai requisiti contestati, il Comune di Modica ha ribadito la legittimità delle previsioni della legge di gara e la loro efficacia vincolante, nonché la loro coerenza con l'oggetto dell'attività del concorrente e con l'interesse dell'ente. Con specifico riferimento al requisito di cui all'art. 6.1 lett.d), la stazione appaltante ha evidenziato che si tratta di un grave motivo di esclusione e che pertanto è stato ritenuto opportuno legiferare puntualmente nello stesso bando;

Considerato preliminarmente che la disposta proroga del termine per la presentazione delle offerte, comprovata dalla produzione del relativo "Avviso proroga termini", determina la sopravvenuta carenza di interesse dell'istante alla pronuncia di parere sulla relativa censura, con conseguente improcedibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. c), del Regolamento di precontenzioso del 9 gennaio 2019 limitatamente a detta doglianza;

Vista la documentazione acquisita al procedimento;

Considerato, con riferimento al contestato requisito del certificato camerale recante l'indicazione del Direttore tecnico, che, ai sensi dell'art. 87 d.P.R. n. 207/2010, «*La direzione tecnica è l'organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori*». Si tratta di una figura codificata quanto a titoli professionali (art. 87, comma 2), al tipo di rapporto con l'impresa (art. 87, comma 3), e avente effetti diretti sulla qualificazione SOA (art. 87, commi 4, 5 e 6). Nel settore dei servizi, con l'eccezione delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti - per le quali è obbligatoria (ai sensi dell'art. 15, comma 2, d.m. n. 120 del giugno 2014) la figura del responsabile tecnico, che costituisce elemento indispensabile per l'iscrizione all'Albo e che la giurisprudenza equipara al Direttore tecnico sotto il profilo dell'obbligo di rendere le dichiarazioni di possesso dei requisiti di carattere generale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3364/2010 sebbene riferito al d.lgs. n. 163/2006) - non sussiste l'obbligo di nominare un Direttore tecnico. In particolare, tale obbligo non sussiste per le imprese che operano nel settore dei servizi di riscossione, per le quali l'art. 7 del decreto n. 101/2022 prescrive, quali requisiti tecnici necessari ai fini dell'iscrizione nel relativo Albo, «*il possesso di idoneo apparato organizzativo funzionale allo svolgimento dei servizi affidati, nonché la presenza delle necessarie figure professionali*» e «*la disponibilità di idonei sistemi informativi*». Ne consegue che le imprese operanti in tale settore non sono tenute ad avere in organico una figura professionale identificata come "Direttore tecnico";

Considerato che, nel disciplinare di gara, la stazione appaltante ha precisato «*che la figura del direttore tecnico è espressamente richiesta per le attività inerenti la gestione dei servizi previsti e contenuti nel capitolato e nel presente disciplinare e quale interfaccia operativa con il Comune*»;

Considerato che alla stazione appaltante è riconosciuto un ampio potere discrezionale nella individuazione dei requisiti speciali, ivi compresa la possibilità di fissarne di particolarmente rigorosi, quando per la corretta esecuzione dell'appalto siano ritenute necessarie peculiari competenze tecniche o una determinata capacità economica. Nel bando di gara possono pertanto essere previsti requisiti di partecipazione più stringenti e rigorosi di quelli minimi indicati dalla legge, sostanzialmente volti a limitare la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione alla gara solamente a soggetti particolarmente qualificati, tutte le volte in cui tale scelta è preordinata ad assicurare l'idoneità dei concorrenti allo svolgimento del peculiare servizio oggetto di gara e non è eccessivamente, quanto irragionevolmente, limitativa della concorrenza (*ex multis*, Cons. Stato, V, n. 9/2017 e Cons. Stato, III, n. 284/2020). Tale discrezionalità va esercitata nel limite della logicità e della ragionevolezza nonché della pertinenza e della congruità dei requisiti rispetto all'oggetto del contratto e allo scopo perseguito con lo schema negoziale, da vagliare in concreto, ponendo attenzione alla natura delle prestazioni effettivamente rimesse all'appaltatore (ANAC, delibere n. 99/2015 e n. 393/2020);



Considerato che, nel caso in esame, la stazione appaltante ha dichiarato di avere imposto l'obbligo del Direttore tecnico con l'obiettivo di selezionare partecipanti dotati delle necessarie capacità organizzative e di gestione del servizio;

Considerato che appare censurabile per difetto di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, la richiesta, ai predetti fini, della presenza di una figura, tipizzata dal legislatore e identificata da uno specifico *nomen juris*, tipica del settore dei lavori pubblici, che le imprese operanti nel settore oggetto dell'appalto, a cui il bando è per definizione rivolto, non hanno l'obbligo di nominare. Ciò comporta il rischio di restringere eccessivamente la platea dei potenziali partecipanti per perseguire un obiettivo che potrebbe essere conseguito, con minor sacrificio della concorrenza, tramite la richiesta di una figura professionale particolarmente qualificata e dotata di specifica esperienza nel campo di interesse, come in effetti la legge di gara richiede laddove, nell'art. 20 del Capitolato tecnico, prevede che **«L'aggiudicatario dovrà garantire, per la corretta esecuzione dei servizi, la nomina di un Direttore dell'Esecuzione che si occuperà della gestione operativa e dovrà indicare all'interno dell'offerta tecnica il nominativo del Referente Aziendale, in possesso di comprovata esperienza nella gestione di commesse analoghe, che rappresenterà l'aggiudicatario nei rapporti con il Comune»;**

Ritenuto che, alla luce di quanto sopra, anche in considerazione della richiesta del requisito del Referente aziendale per le medesime ragioni dichiarate alla base della richiesta del Direttore tecnico, l'obbligatoria presenza anche di quest'ultimo appare illogica e sproporzionata in quanto eccessivamente e irragionevolmente limitativa della concorrenza;

Considerato, con riferimento al contestato requisito di *"non avere subito risoluzioni contrattuali"* e di *"non aver commesso inadempienze definitivamente accertate che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni e/o penali"*, che l'art. 80, comma 5, lett. c) -ter, d.lgs. n.50/2016 prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico qualora *«abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa»;*

Considerato che la richiamata fattispecie è derivata dallo scorporo dall'art. 80, comma 5, lett.c), d.lgs. n. 50/2016, ad opera della novella di cui al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, di quelle che, nella formulazione originaria della norma, erano ipotesi esemplificative della fattispecie generale e che sono state elevate ad autonome cause di esclusione. Come anche le coeve fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c- bis) e all'art. 80, comma 5, lett c- quater), la causa di esclusione in esame non opera automaticamente, ma spetta all'amministrazione valutare la rilevanza dell'infrazione o violazione commessa e la sua incidenza sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico. Al riguardo la giurisprudenza afferma che *«Trattasi, all'evidenza, di una fattispecie escludente ad applicazione non automatica (né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice), in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche "al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa": ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio aliunde adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra "sanzione comparabile") a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", queste sono a loro volta autonomamente valutabili dall'Amministrazione ai fini dell'esercizio del potere escludente dalla specifica gara»* (Cons. Stato, Sez. III 22 dicembre 2020, n. 8238; cfr. anche TAR Lazio, Roma, III, 21 marzo 2022 n. 3197; Consiglio di Stato, V, 12 aprile 2021 n. 2922; TAR Lombardia, Brescia, I, 10 febbraio 2021; TAR Lombardia Milano n. 2173/2022; Consiglio di Stato, sez. V, 24.03.2022 n. 2154);



Considerate le Linee guida Anac n. 6, recanti «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice*», adottate con deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017, che al par. 2.2.1 precisano che l'esclusione dalla gara va disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata (v. anche parere n. 579 del 26 giugno 2019);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la clausola in esame, se interpretata come avente un effetto automaticamente escludente dell'operatore economico che si trovi in una delle situazioni dalla stessa previste, sarebbe nulla, in quanto introdurrebbe una ipotesi di esclusione automatica dalla gara non prevista dal d.lgs. n. 50/2016, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- il requisito di cui all'art. 6.1 lett. a) del bando, illogico e sproporzionato in quanto eccessivamente e irragionevolmente limitativo della concorrenza;
- requisito di cui all'art. 6.1 lett.d), del bando, nullo se interpretato come avente un effetto automaticamente escludente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente