



DELIBERA N. 468

12 ottobre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Maren S.R.L. – Mantenimento in condizioni operative M.M.-A.P.P. Nave Garibaldi – Servizi di rinnovamento del sistema di piattaforma e dei relativi impianti - Base d'asta: importo complessivo 2.800.000,00 euro- importo sublotto di interesse 635.000,00 euro - S.A.: Marina Militare-Arsenale Militare Marittimo Taranto

PREC 105/2022/S

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 83

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 85

Parole chiave

Domanda di partecipazione - Prova documentale preliminare

Massima

Appalto pubblico – In genere – Selezione del contraente – Requisiti – Domanda di partecipazione – Mancata produzione di documentazione a comprova – Esclusione – Non conforme

Quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel DGUE costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara. Pertanto, fatta salva la facoltà della stazione appaltante di richiedere in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura, è nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola del bando che richiede, a pena di esclusione, la presentazione, unitamente alla domanda di partecipazione, di documentazione tecnica attestante il possesso di un requisito di partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 ottobre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 55252 del 5 luglio 2022, nella quale l'operatore economico Maren S.r.l. ha lamentato di essere stato escluso dalla gara in epigrafe per non avere prodotto, in sede di prequalifica,



parte della documentazione riguardante le caratteristiche tecniche del prodotto da utilizzare per il servizio di ripristino parziale del trattamento di carena della nave Garibaldi, richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara. L'insieme dei documenti richiesti dalla stazione appaltante, elencati nell'art. 4.3.7 della relazione preliminare (allegata al disciplinare) tra i requisiti di capacità tecnica, era finalizzato a comprovare **“caratteristiche essenziali ed indefettibili del prodotto richiesto”** (Cfr. Provvedimento di esclusione). Tenuto conto che oggetto della gara è il ripristino parziale del trattamento protettivo di carena precedentemente realizzato, secondo la ricostruzione dell'istante dette caratteristiche tecniche avrebbero dovuto garantire la compatibilità del nuovo prodotto con quello utilizzato in precedenza, come sarebbe dimostrato da un chiarimento reso dalla stazione appaltante nel corso della procedura, nel quale veniva dichiarato che *«poiché il precedente trattamento è stato realizzato con prodotti della ditta International Paint, questa Stazione Appaltante ritiene opportuno applicare il medesimo ciclo di pittura, in quanto prodotti diversi potrebbero generare difformità che comprometterebbero le prestazioni future dell'Unità Navale»* (Chiarimento del 25 gennaio 2022). L'istante ha riferito di avere dichiarato nella domanda di partecipazione l'impiego del prodotto della International Paint già utilizzato in precedenza, e di avere rappresentato alla stazione appaltante, in sede di soccorso istruttorio, l'impossibilità di reperire parte della documentazione richiesta, per il fatto che la ditta IFI srl, importatrice ufficiale della International Paint, medio tempore aveva stipulato un contratto di avvalimento con altro concorrente della stessa gara e ciò le impediva di fornire a terzi la suddetta documentazione. L'esclusione - deliberata nonostante l'impegno di Maren ad utilizzare proprio lo stesso prodotto richiesto dall'amministrazione - secondo l'istante sarebbe illegittima in quanto illogica e irragionevole, poiché non ha tenuto conto che l'utilizzo dello stesso ciclo di pittura impiegato per i precedenti trattamenti protettivi era già idoneo a soddisfare l'esigenza espressa dall'amministrazione con la richiesta delle certificazioni di cui all'art. 4.3.7, in quanto non avrebbe mai potuto compromettere le prestazioni future dell'Unità Navale (trattandosi appunto dell'identico ciclo di pittura già utilizzato), così da ossequiare direttamente la richiesta documentale della *lex specialis*. Inoltre, se la clausola dovesse essere interpretata come prescrittiva della produzione della documentazione anche in ipotesi di impiego del medesimo prodotto richiesto dalla committenza, secondo l'istante la clausola stessa sarebbe illegittima perché di fatto imporrebbe un obbligo inesigibile nei confronti di tutti gli operatori economici diversi dal concorrente che ha stipulato l'avvalimento con l'unica ditta importatrice del prodotto ma che sono in grado di garantire l'impiego del medesimo ciclo di pittura adoperato nei trattamenti precedenti. In subordine, l'istante ha anche evidenziato che la mancata produzione dei documenti di cui all'art. 4.3.7 non avrebbe mai potuto condurre all'esclusione perché si tratterebbe di un requisito di esecuzione della commessa (art. 100 d.lgs. n. 50/2016) e non di un requisito di partecipazione;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 13 luglio 2022 con nota prot. n. 57810;

Vista la replica della stazione appaltante acquisita al prot. n. 59133 del 19 luglio 2022. L'amministrazione ha affermato che la documentazione richiesta a pena di esclusione è stata ritenuta necessaria per attestare sia la correttezza e l'aggiornamento dei prodotti vernicianti da impiegare sia le capacità tecniche di ciascun concorrente. Inoltre, trattandosi di un'attività di carenamento parziale, la specifica tecnica indicava chiaramente il ciclo di pittura richiesto – Intersleek 1100 – fornito da International Paint marchio Akzonobel, in quanto già applicato sulla carena e pertanto unico in grado di assicurare la compatibilità tra i prodotti. Quanto all'impossibilità di produrre la documentazione mancante, eccepita dall'istante, essa sarebbe smentita da una comunicazione del Sales manager della Marine Division International Paint, secondo cui parte della documentazione poteva essere rilasciata direttamente dal produttore dei prodotti vernicianti (Akzonobel/international Paint) e altra parte da qualunque ispettore di Collaudo di cicli produttivi (Coating Inspector) opportunamente qualificato/certificato. Ne discenderebbe la legittimità dell'esclusione di Maren per non avere prodotto *«la documentazione prevista a pena di esclusione (ex Art. 83, Dlgs 50/2016) che non garantiva all'origine la rispondenza tecnica della prestazione richiesta contrattualmente»*;



Visto quanto controdedotto dall'istante con nota acquisita al prot. n. 59147 del 19 luglio 2022 relativamente alla circostanza che, con l'impegno ad utilizzare proprio il ciclo di pitturazione Intersleek 1100, la Maren ha soddisfatto la richiesta espressa della committenza pubblica di impiego di quello specifico prodotto e anche la richiesta espressa con la clausola di cui all'art. 4.3.7. del disciplinare, promettendo l'impiego di un ciclo di pitturazione che non avrebbe mai potuto compromettere le prestazioni future dell'unità navale. Per ciò che concerne l'oggettiva impossibilità di produrre parte della documentazione richiesta, l'istante ha ribadito che la AkzoNobel ha un accordo in esclusiva con la IFI srl per la distribuzione del prodotto e dunque che solo la IFI srl poteva garantire quella documentazione. Quanto alla possibilità di ottenerla da un Coating Inspector, secondo Maren, dalla comunicazione del manager International Paint, in realtà, si evincerebbe che anche il Coating Inspector indicato come deputato al rilascio della documentazione risulterebbe essere in organico alla IFI, con gli evidenti limiti derivanti dal contratto di avvalimento concluso da quest'ultima;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Vista la relazione preliminare richiamata dal disciplinare, che individua l'oggetto del lotto 2 della gara de qua come *«Servizi a corpo di ripristino parziale del trattamento di carena a tecnologia "foul release" ed attività accessorie di bacino»* e, all'art. 4.7.3, elenca la documentazione tecnica che il Concorrente partecipante al Lotto 2 deve presentare all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, pena l'esclusione;

Visto altresì il documento denominato Annesso tecnico Il Lotto 2 - Specifica tecnica, che descrive le prestazioni oggetto del Lotto 2 come *«un ripristino parziale del precedente trattamento protettivo di carena realizzato con prodotto della Ditta International Paint. Nello specifico, il presente Annesso Tecnico è finalizzato al ripristino parziale (...) del ciclo di pitturazione a tecnologia "foul release" della ditta International Paint, esente da biocidi marini di qualsiasi natura (ciclo Intersleek 1100 SR)*, e che, all'art. 3.1.4.1 prescrive che i concorrenti debbano presentare unitamente alla domanda di partecipazione proprio la specifica tecnica del ciclo di carenamento Intersleek 1100 SR (*«La Ditta deve presentare, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la "specifica tecnica di applicazione" del ciclo di carenamento Intersleek 1100 SR secondo quanto prescritto dal produttore»*). Lo stesso documento ammette altresì che *«(...) eventuali varianti relative all'impiego di prodotti diversi per denominazione commerciale, tipologia o prestazioni sono consentite in accordo con quanto ammesso dalla scheda tecnica del prodotto che viene offerto, con le limitazioni ivi stabilite. Dovranno pertanto essere esplicitate le motivazioni di carattere tecnico che inducono alle varianti proposte, nonché la dichiarazione e la giustificazione tecnica che la variante introdotta non comporti alcun decadimento o alterazione delle prestazioni complessive del ciclo. Nel caso delle suddette varianti, la Ditta deve altresì allegare un'apposita autocertificazione comprovante che, per effetto delle varianti introdotte, non vengano provocate alterazioni delle proprietà chimiche e tossicologiche dei materiali oggetto delle forniture»*;

Considerato che la stazione appaltante ha chiaramente manifestato nella documentazione di gara l'esigenza che sia garantita la compatibilità dei prodotti che saranno utilizzati per l'esecuzione del servizio di ripristino parziale del trattamento protettivo di carena con quelli impiegati in precedenza, per non compromettere le prestazioni future dell'Unità Navale, e ha inteso soddisfare detta esigenza tramite la richiesta, ai fini della partecipazione, del possesso di un requisito di capacità tecnica consistente nell'utilizzo dello stesso ciclo di pitturazione già impiegato nel precedente trattamento (a tecnologia "foul release" Intersleek 1100 SR della ditta International Paint). Tale requisito di capacità tecnica è ricostruibile in questi termini sulla base di una lettura combinata del Disciplinare di gara, della Relazione preliminare e dell'Annesso tecnico Il Lotto 2 che, come evidenziato, individua esplicitamente il prodotto richiesto per l'esecuzione. Quest'ultimo documento chiarisce altresì che i prodotti della International Paint non sono tuttavia da considerarsi beni infungibili, ossia gli unici in grado di garantire il soddisfacimento dell'esigenza dell'amministrazione di compatibilità tra vecchio e nuovo trattamento della carena, dal momento che consente l'utilizzo di prodotti diversi (per denominazione commerciale, tipologia o prestazioni), in presenza delle condizioni indicate nello stesso Annesso tecnico Il Lotto 2. In particolare, l'Annesso tecnico Il Lotto 2 prescrive, in caso di offerta di prodotti diversi, la produzione di



documentazione di fatto attestante la compatibilità dei differenti materiali offerti (dichiarazione e giustificazione tecnica che la variante non comporti decadimento o alterazione delle prestazioni complessive del ciclo, autocertificazione comprovante che, per effetto delle varianti introdotte, non vengano provocate alterazioni delle proprietà chimiche e tossicologiche dei materiali oggetto delle forniture), che si palesa diversa da quella richiesta a pena di esclusione dall'art. 4.3.7. del disciplinare;

Ritenuto che, in applicazione del canone di interpretazione sistematica delle singole clausole della *lex specialis* l'una per mezzo delle altre, quanto sopra porta a ritenere che la produzione della documentazione di cui all'art. 4.3.7. sia richiesta dalla legge di gara a tutti i concorrenti, ivi compresi quelli che offrono gli stessi prodotti usati in occasione del precedente trattamento, in quanto mezzo di prova del possesso di tale requisito di capacità tecnica, e che ai concorrenti che offrono prodotti diversi sia richiesta l'ulteriore documentazione indicata nell'Annesso tecnico II Lotto 2, a garanzia della loro compatibilità;

Considerato che la natura pubblica dell'interesse perseguito tramite l'appalto esige che le stazioni appaltanti dispongano degli strumenti idonei per effettuare un giudizio prognostico circa la capacità dei concorrenti di eseguire correttamente il contratto. Allo scopo, l'art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, e l'art. 83, comma 7, rinvia, per l'individuazione dei mezzi di prova, all'art. 86, comma 5, il quale a sua volta prescrive che le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'Allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture e dei servizi. Tra i mezzi di prova elencati nell'Allegato, figura anche, con riferimento alla fornitura di prodotti, la richiesta di certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti beni individuati mediante riferimenti a determinate specifiche tecniche o norme. Occorre tuttavia considerare che l'art. 83, comma 7, fa salvo quanto previsto in materia di prova documentale preliminare dall'art. 85, comma 1, ovvero che, al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettino, come prova documentale preliminare, in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa i requisiti di partecipazione, un'autodichiarazione resa dal concorrente, che nella disciplina dell'attuale Codice, in attuazione della direttiva n. 24/2014/UE, confluisce nel DGUE (documento di gara unico europeo). Come evidenziato dalla giurisprudenza, in conformità all'art. 85, le stazioni appaltanti devono accettare, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, o delle offerte, il documento di gara unico europeo con cui l'operatore autocertifica il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Con la conseguenza che «*Sembra dunque inferibile dalla disposizione ora ricordata [art. 85, comma 1] che è preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documenti e certificati comprovanti i requisiti a corredo della domanda o dell'offerta*» (Consiglio di Stato, V, n. 2675/2017). Ovvero, quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel DGUE costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara, che spetta alla commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, n. 1730/2019). Infatti, fatta salva la facoltà della stazione appaltante di richiedere in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura (art. 85, comma 5), l'art. 32, comma 7, rinvia la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima («*L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti*»); è questo il momento in cui la stazione appaltante controlla le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti rese in sede di presentazione della domanda di partecipazione tramite l'esame della documentazione prodotta a comprova;

Considerato che, nel caso in esame, la stazione appaltante ha richiesto, a pena di esclusione, la presentazione unitamente alla domanda di partecipazione della documentazione tecnica attestante il possesso del requisito



di partecipazione dell'utilizzo del ciclo di pittura Intersleek 1100 SR della ditta International Paint, senza tuttavia motivare la necessità, ai fini del corretto svolgimento della procedura, di anticipare la fase di verifica di tale requisito;

Ritenuto che la clausola *de qua*, non trovi fondamento, per le ragioni sopra esposte, nell'art. 85 d.lgs. n. 50/2016, e che sia pertanto 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;

Considerato che l'istante ha rappresentato di avere dichiarato nella domanda di partecipazione l'utilizzo del ciclo di pittura più volte menzionato richiesto dalla committenza e di avere anche prodotto alcuni dei documenti richiesti a comprova (scheda tecnica del prodotto, scheda tecnica di sicurezza, indicazione tramite certificato Frosio dei responsabili dei controlli ispettivi) e di essere stato oggettivamente impossibilitato a produrre i rimanenti documenti per le ragioni già illustrate;

Ritenuto che - in disparte ogni considerazione circa l'oggettiva indisponibilità di parte delle certificazioni richieste in quanto la documentazione versata dalle parti nel presente procedimento è risultata confusa e inidonea a fare chiarezza sul punto - l'esclusione dell'istante è stata comminata in applicazione di una clausola nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'esclusione di Maren S.r.l. non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente