

DELIBERA N. 661

28 settembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Fibro Service S.r.l. – Manifestazione di interesse alla procedura negoziata per l'esecuzione dei lavori di "Sgombero macerie e demolizioni dei fabbricati pericolanti delle aree urbane colpite dagli eventi franosi del 25 e 29 gennaio 2019 in corso Vittorio Emanuele" - Importo a base di gara: € 1.847.155,76 - S.A.: CUC del Bradano, Montescaglioso, Pomarico

PREC 176/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 36 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 1 d.l. n. 76/2020

Parole chiave

Procedura negoziata - Selezione partecipanti

Massima

Procedura negoziata - Selezione partecipanti – Requisiti di partecipazione – Prima valutazione - Parametri oggettivi

Non è conforme alla normativa di settore l'avviso esplorativo che prevede che la selezione degli operatori economici da invitare a presentare offerta sia effettuata sulla base di una prima valutazione di requisiti, sulla base di generici criteri afferenti *all'affidabilità, alle referenze e all'organizzazione aziendale* – il cui possesso, nella misura necessaria e sufficiente all'invito, è stato già attestato dagli operatori economici che hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti ai fini partecipativi – in assenza di una griglia di parametri oggettivi e predefiniti sulla cui base operare un'ulteriore scelta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 settembre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 57250 del 22 luglio 2021, nella quale la società Fibro Service S.r.l. ha rappresentato di avere ritualmente presentato la propria manifestazione di interesse alla partecipazione ad una procedura per l'affidamento di lavori di sgombero macerie e demolizione di fabbricati pericolanti del



valore di 1.847.155,76 euro in risposta all'avviso esplorativo pubblicato dalla CUC del Bradano-Montescaglioso- Pomarico e di non essere stata invitata a presentare offerta, a suo avviso, del tutto arbitrariamente. L'istante ha quindi chiesto all'Autorità di valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante sotto il duplice profilo *(i)* della mancata indicazione di criteri predefiniti per la selezione degli operatori economici da invitare a presentare offerta e *(ii)* della richiesta, quale requisito di partecipazione alla procedura, della titolarità di attestazioni SOA nelle categorie OG1 e OG12 e non invece nelle categorie OS23 e OG12, che correttamente riguardano demolizione di opere e bonifiche di materiali;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 29 luglio 2021 con nota prot. n. 58915;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato, con riferimento alla prima doglianza, che la stazione appaltante ha inteso acquisire manifestazioni di interesse per procedere all'affidamento di lavori di sgombero macerie e demolizione di fabbricati pericolanti, secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1, comma 2, lett. b, d.l. n. 76/2020;

Considerato che il regime derogatorio temporaneo alla disciplina degli affidamenti sotto soglia del Codice introdotto dal d.l. n. 76/2020 (e successivamente emendato dal d.l. n. 77/2021) prevede, per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 d.lgs. n. 50/2016, l'affidamento tramite procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 d.lgs. n. 50/2016, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. La disposizione ricalca quanto già previsto dall'art. 36, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 nella versione anteriore alla novella introdotta dallo "Sblocca-Cantieri", e dall'attuale art. 36, comma 2, lett. c), con l'eccezione dell'introduzione del criterio della diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate;

Considerato che la norma va letta tenendo conto del contesto normativo in cui è inserita, a partire dal comma 1 dell'art. 36, d.lgs. n. 50/2016, non inciso dalla deroga, che sancisce, anche negli affidamenti sotto soglia, il necessario rispetto, oltre che del principio di rotazione, dei principi di cui all'art. 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, ma anche libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità);

Considerato che nelle Linee guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" (adottate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate con delibere n. 206 del 1 marzo 2018 e n. 636 del 10 luglio 2019), l'Autorità ha ribadito che le procedure sotto soglia devono essere condotte nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, declinando in particolare il principio della libera concorrenza quale effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati e il principio di pubblicità e trasparenza quale conoscibilità della procedura di gara e facilità di accesso alle informazioni. Per quanto attiene, in particolare, i criteri per selezionare i soggetti da invitare a presentare offerta, le medesime Linee guida prevedono che la stazione appaltante indichi nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato (ovvero di costituzione dell'elenco) i criteri di selezione degli operatori da invitare a presentare offerta, *«che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza»* e che se la stazione appaltante non ritiene di poter invitare tutti gli operatori economici risultanti dall'indagine di mercato deve indicare, nell'avviso, il numero massimo di operatori che selezionerà ai fini del successivo invito, e i relativi criteri, nel rispetto dei medesimi principi;



Visto l'Avviso esplorativo pubblicato sul sito internet della CUC, nel quale la stazione appaltante ha reso nota l'intenzione di individuare 15 soggetti idonei, con la precisazione che qualora il numero degli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti fosse stato superiore a 15, prima di procedere agli inviti avrebbe proceduto "ad una prima valutazione quali affidabilità, referenze, organizzazione aziendale";

Vista la manifestazione di interesse dell'istante, recante la dichiarazione del possesso dei requisiti richiesti nell'Avviso esplorativo, ovvero iscrizione alla CCIAA per posa in opera di coperture di tetti, installazione di pluviali e rimozione di materiali contenenti amianto, insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 e attestazione SOA nelle categorie OG1 cl. III bis, OG2 cl. II e OG12 cl. III bis;

Considerato che dall'Avviso esplorativo emerge l'intenzione della stazione appaltante di affidare la selezione degli operatori economici da invitare ad una "prima valutazione" di requisiti, attinenti sia l'idoneità morale (affidabilità) che l'idoneità tecnica e organizzativa (referenze e organizzazione aziendale) delle imprese, il cui possesso, nella misura, necessaria e sufficiente, richiesta dalla legge (art. 80) e dalla stazione appaltante (attestazione SOA) ai fini della partecipazione, è stato già attestato dagli operatori che, come l'istante, hanno dichiarato il possesso dei requisiti, generali e speciali, richiesti ai fini partecipativi. In altre parole, gli operatori in possesso dei requisiti di partecipazione dovrebbero essere tutti ugualmente affidabili (secondo la definizione del legislatore) e possedere le referenze (CEL) sufficienti al conseguimento della SOA richiesta per l'esecuzione dei lavori oggetto del contratto;

Ritenuto che la previsione di una selezione basata su una "prima valutazione" di questi stessi requisiti, in assenza di una griglia di parametri oggettivi predefiniti alla luce dei quali operare una ulteriore scelta, non garantisce il rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016;

Considerato, con riferimento alla seconda doglianza, che, dalla documentazione in atti, emerge che l'istante è titolare delle attestazioni SOA OG1 e OG12 richieste dalla stazione appaltante e oggetto di contestazione e che, dunque, risulta carente di interesse concreto al conseguimento del parere sul punto (art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento precontenzioso);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- in relazione alla prima doglianza, l'Avviso esplorativo non conforme alla normativa di settore nella parte in cui stabilisce le modalità di selezione degli operatori economici da invitare a presentare offerta;
- in relazione alla seconda doglianza, l'istanza inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento precontenzioso

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(atto firmato digitalmente)

