



DELIBERA N. 291

21 giugno 2022.

Oggetto

Istanza presentata dalla New Città di Catania O.D.V. - Procedura aperta per il servizio di assistenza passeggeri a ridotta mobilità. Importo a base di gara euro: 6.856.109,21. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Aeroporti di Puglia S.p.A.

PREC 71/2022/S

Riferimenti normativi

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – requisiti di capacità tecnico – organizzativa – esclusione - conforme

Massima

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – requisiti di capacità tecnico – organizzativa – esclusione - conforme

L'esclusione è legittima laddove il disciplinare di gara articola espressamente su tre anni specificamente indicati l'arco di tempo in cui devono essere stati svolti i principali servizi analoghi funzionali alla dimostrazione dei requisiti di capacità, preliminari all'ammissione alla gara, e manca la dimostrazione per una delle annualità. Tale previsione, così interpretata, trova una sua giustificazione nella maggiore affidabilità intrinseca di una impresa che sia risultata presente in un determinato settore di attività per un periodo minimo triennale ritenuto come congruo in sede di legge di gara, piuttosto che per un periodo inferiore che non garantisca analoga affidabilità. L'esclusione comminata non può, pertanto, intendersi come posta in essere in conseguenza di un vizio meramente formale, in quanto la mancata possibilità in fatto di indicare servizi analoghi svolti per un anno, oltre a non rispondere sul piano formale ad una precisa indicazione di disciplinare, non permette di corroborare una valutazione di affidabilità sostanziale dell'impresa partecipante che l'Amministrazione ha ritenuto sussistere solo nel caso in cui la medesima avesse svolto servizi analoghi a quelli di cui all'appalto in esame nel corso dei tre anni specificamente indicati.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 giugno 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 33822 del 4 maggio 2022, con la quale la New Città di Catania O.D.V. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della esclusione comminata per la carenza del requisito di ordine speciale sub. 4b.3 del Disciplinare di gara per non avere eseguito nel triennio 2017 – 2018 – 2019 contratti analoghi a quelli oggetto della procedura bandita da Aeroporti di Puglia s.p.a., deducendo in particolare che detto triennio andrebbe calcolato con riferimento al periodo immediatamente antecedente la gara, quindi 2018 – 2019 – 2020;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 34423 del 5.5.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA la contestazione formulata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata Novability Cooperativa Sociale a r.l. in cui la stessa lamentava la tardività dell'istanza di precontenzioso ai sensi dell'art. 7, co. 1 lett. c) del Regolamento di Precontenzioso, secondo cui sono inammissibili le istanze rispetto alle quali siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale. In particolare evidenziando che nel caso di specie la *lex specialis* di gara (le cui clausole sono oggetto della presente istanza) fosse stata pubblicata in data 10.10.2021;

CONSIDERATO che, secondo quanto previsto dai principi generali in materia, nel caso di specie l'atto direttamente lesivo è il provvedimento di esclusione comminato all'o.e. istante (come tale direttamente ed autonomamente impugnabile, *cfr. ex multis* Cons. Stato 2534/2019) e disposto dalla stazione appaltante con provvedimento reso in data 4.4.2022, come espressamente indicato nell'istanza medesima al punto 4, istanza che pertanto deve ritenersi legittimamente procedibile in quanto notificata in data 4.5.2022;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto sulla base della clausola del disciplinare sub 4b.3, ai sensi della quale veniva richiesta la dimostrazione di avere eseguito contratti analoghi nel triennio – espressamente indicato – 2017 – 2018 – 2019;

PRESO ATTO che l'istante non avendo invece dimostrato il possesso di detto requisito per l'anno 2017, ma solo per gli anni successivi, veniva così escluso dalla procedura *de qua*;

VISTO che la *lex specialis* di gara espressamente richiede che il possesso dei requisiti di ordine speciale, segnatamente di capacità tecnica mediante l'esecuzione di contratti analoghi nel triennio 2017 – 2018 – 2019, e che "*la comprova del requisito di cui al punto 4b.3 è fornita mediante elenco dei servizi principali effettuati negli anni di riferimento sopra indicati*";

CONSIDERATO inoltre che secondo l'istante tale interpretazione della *lex specialis* seguita dalla stazione appaltante avrebbe avuto l'effetto di incidere sul favor participationis, oltre a costituire un *quid novis* rispetto al senso comune desumibile dal tenore letterale della disposizione richiamata, che riferendosi al



triennio 2017 – 2018 – 2019, andrebbe inteso come periodo complessivo antecedente la gara (quindi 2018 – 2020) e comunque non per ciascun anno espressamente indicato;

CONSIDERATO che, in generale, sul possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza (*ex multis* Cons. Stato n. 9/2017) ha affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara e che l’Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, ha stabilito che «I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge»;

CONSIDERATO, altresì, che le scelte così operate dall’Amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, riguardano il merito dell’azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo e dell’Autorità, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie;

PRESO ATTO che la scelta della stazione appaltante di non includere nel triennio di riferimento l’anno 2020 (e quindi considerare il triennio immediatamente antecedente la gara), appare coerente anche con le indicazioni formulate da questa Autorità con il Comunicato del 13.4.2021 che, al fine di scongiurare gli effetti dell’epidemia di COVID 19, *“per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti effetti più di tre anni prima”*, sul presupposto della notevole contrazione del traffico aereo nel 2020 tale da non consentire sul periodo una efficace valutazione di affidabilità;

VISTA la previsione della *lex specialis* sopra richiamata, da cui appare evidente il contenuto secondo cui il possesso dei requisiti di capacità tecnica deve sussistere in tutti e tre gli anni ivi espressamente indicati, conformemente anche alle indicazioni della giurisprudenza secondo cui quando il *“disciplinare di gara articola espressamente su tre anni specificamente indicati ... l’arco di tempo in cui devono essere stati svolti i principali servizi analoghi funzionali alla dimostrazione dei requisiti di capacità, preliminari all’ammissione alla gara; Tale previsione, così interpretata, trova una sua giustificazione nella maggiore affidabilità intrinseca di una impresa che sia risultata presente in un determinato settore di attività per un periodo minimo triennale ritenuto come congruo in sede di legge di gara, piuttosto che per un periodo inferiore che non garantisca analoga affidabilità. L’esclusione comminata non può, pertanto, intendersi come posta in essere in conseguenza di un vizio meramente formale, in quanto la mancata possibilità in fatto di indicare servizi analoghi svolti”* per un anno *“... oltre a non rispondere sul piano formale ad una precisa indicazione di disciplinare, non permette di corroborare una valutazione di affidabilità sostanziale dell’impresa partecipante che l’Amministrazione ha ritenuto sussistere solo nel caso in cui la medesima avesse svolto servizi analoghi a quelli di cui all’appalto in esame nel corso dei tre anni specificamente indicati”*. (TAR Puglia – Bari n.1216/2015);

RITENUTO che, alla luce delle predette indicazioni conformemente alla *lex specialis* di gara, il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante si è rivelato conforme alla normativa di settore. Si osserva peraltro che una diversa interpretazione della clausola del disciplinare di gara si tradurrebbe in una inammissibile modifica *ex post* dei criteri di selezione degli offerenti;



Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti delle censure dedotte, che l'operato della stazione appaltante risulti conforme alla normativa di settore ed alle indicazioni della lex specialis di gara avendo escluso un operatore economico che non aveva dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnica per il periodo espressamente richiesto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 giugno 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente