



DELIBERA N. 85

8 marzo 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 dalla società [OMISSIS]– Avviso manifestazione di interesse per affidamento "Servizio omnicomprensivo invernale riguardante interventi preventivi e programmati di antighiaccio e sgombraneve con mezzi e personale dell'impresa periodo dal 01.12.2022 al 15.04.2023" - Lotto n. 3 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 39.900,00 (Lotto n. 3) – S.A.: ANAS Spa.

UPREC PRE 53/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 32 e 100 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Dichiarazione automezzi e strumenti per esecuzione del servizio – Requisiti di capacità tecnica e professionale – Requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione del contratto.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Servizio invernale antighiaccio e sgombraneve – Scelta del contraente – Requisiti di capacità tecnica e professionale – Dichiarazione disponibilità di mezzi e attrezzature da utilizzare in caso di aggiudicazione – Requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione del contratto – Assenza dei requisiti tecnici previsti degli automezzi dichiarati in fase di offerta – Apertura procedimento di annullamento – Mancato riscontro del concorrente aggiudicatario – Annullamento aggiudicazione – Legittimità.

La regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di



gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario. La Stazione appaltante, in considerazione della peculiarità dell'oggetto dell'appalto, al fine di garantire la serietà e l'effettività degli impegni assunti dai concorrenti con l'offerta può prevedere come requisito di capacità tecnico-professionale una dichiarazione circa l'effettiva disponibilità di specifici mezzi con relative caratteristiche tecniche obbligatorie da utilizzare in caso di aggiudicazione e pertanto anticipare la verifica del possesso di tale requisito alla fase immediatamente successiva alla deliberazione della proposta di aggiudicazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 marzo 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 002590 del 12.1.2023, con la quale la società [OMISSIS] chiede parere in ordine alla legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione del lotto n. 3 della gara in oggetto, disposto dalla Stazione appaltante a causa della riscontrata non conformità tecnico/funzionale di alcuni automezzi dichiarati in sede di partecipazione dall'odierna istante per l'esecuzione del servizio;

CONSIDERATO, in particolare, che ANAS ha dedotto che:

- «per il mezzo NAS04432, non risulta eseguita la revisione periodica prevista dal D.l. 28.02.2019 n. 80 "Revisione generale periodica delle macchine agricole ed operatrici" in quanto l'ultimo aggiornamento risale al 28.12.2020 mentre per i mezzi superiori a 35 q.li la revisione è annuale e, pertanto, risulta **non idoneo**;

- la carta di circolazione del mezzo CH231GB riporta annotate solo le specifiche della lama-sgombraneve, mentre non vi sono riferimenti relativi allo spargisale. Inoltre, non risulta eseguita la revisione periodica prevista dal D.l. 28.02.2019 n. 80 "Revisione generale periodica delle macchine agricole ed operatrici" in quanto l'ultimo aggiornamento risale al 11.09.2004 mentre per i mezzi superiori a 35 q.li la revisione è annuale e, pertanto, risulta **non idoneo**;

- la carta di circolazione del mezzo BW262PS non riporta annotata alcuna specifica in ordine alla dotazione invernale (lama e spargisale) di cui si può dotare il veicolo. Inoltre, non risulta eseguita la revisione periodica prevista dal D.l. 28.02.2019 n. 80 "Revisione generale periodica delle macchine agricole ed operatrici" in quanto l'ultimo aggiornamento risale al 07.12.2017 mentre per i mezzi superiori a 35 q.li la revisione è annuale e, pertanto, risulta **non idoneo**;

- per il mezzo GJ397PK è stato presentato un documento non valido per la circolazione, inoltre, non riporta annotata alcuna specifica in ordine alla dotazione invernale (lama e spargisale) di cui si può dotare il veicolo. Inoltre, non risulta eseguita la revisione periodica - prevista dal D.l. 28.02.2019 n. 80 "Revisione generale periodica delle macchine agricole ed operatrici" in quanto l'ultimo aggiornamento risale al 13.01.2021 mentre per i mezzi superiori a 35 q.li la revisione è annuale e, pertanto, risulta **non idoneo**»;

CONSIDERATO che a giudizio della società istante il provvedimento di revoca, tuttavia, non appare fondato né coerente con la normativa di settore e pertanto chiede all'Autorità di valutarne la legittimità, in particolare con riferimento:



a) al momento in cui la S.A. ha proceduto alla verifica tecnico/funzionale dei mezzi dichiarati dall'odierna istante in sede di partecipazione;

b) alla violazione procedimentale posta in essere dalla S.A. che non ha consentito al concorrente di sanare le irregolarità;

CONSIDERATO che secondo la Stazione appaltante la contestazione di cui al punto a) che precede «non è assolutamente veritiera in quanto è stato regolarmente avviato il procedimento di revoca, al quale non solo l'appaltatore non ha dato alcun riscontro per sanare le irregolarità contestate, peraltro facilmente sanabili anche con la sola dimostrazione di aver effettuato la prenotazione per la revisione annuale, ma in quei dieci giorni ha addirittura concesso in noleggio alla società GV Srls (aggiudicataria del lotto n. 2 della medesima gara) l'autocarro targato NAS04432 indicato per l'esecuzione dei servizi del lotto n. 3, manifestando, di fatto, il venir meno dell'interesse ad eseguire l'appalto»; mentre la contestazione di cui al successivo punto b) è infondata in quanto «Soltanto nella terza fase, quella della consegna dei servizi, la Stazione Appaltante avrebbe richiesto alla [OMISSIS] la disponibilità dei mezzi con la sottoscrizione di un verbale in contraddittorio con la DEC come previsto al punto 4.1 del CSA-Norme Tecniche. In questa fase, quindi, se la Stazione Appaltante avesse riscontrato delle difformità rispetto a quanto verificato nella fase di verifica documentale, avrebbe fissato un termine di sette giorni per un'ulteriore verifica e, in caso di inadempienza, avrebbe proceduto con la risoluzione contrattuale in danno. A questa fase, però, con la [OMISSIS] non si è mai arrivati a causa della revoca dell'aggiudicazione già in fase di verifica meramente documentale ed addirittura con sottrazione dei mezzi dedicati all'appalto in parola noleggiandoli a terzi»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30.1.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che il Disciplinare di gara prevedeva, in ordine ai requisiti di capacità tecnica e professionale ai fini della partecipazione, "Elenco e descrizione delle attrezzature tecniche, del materiale e dell'equipaggiamento secondo le caratteristiche minime di seguito indicate: • Disponibilità di mezzi attrezzature, da utilizzare in caso di aggiudicazione, in numero e caratteristiche tecniche non inferiori a quanto riportato nel CSA Norme Tecniche punto 4.1 e nell'elaborato "Stima dei servizi ed incidenza della manodopera" per ogni singolo lotto [...] La comprova del requisito è fornita mediante ogni opportuna documentazione atta a dimostrare la proprietà dei mezzi o, in alternativa, la loro disponibilità anche, a titolo esemplificativo e non esaustivo, mediante il ricorso a contratti di locazione o noleggio con soggetti terzi. Le attrezzature (quali lame/vomeri/spargisale, ecc.) montate o montabili sui mezzi dovranno essere necessariamente riportate nei libretti di circolazione di ciascun mezzo. [...] Il rispetto delle caratteristiche minime indicate dal Capitolato Norme Tecniche in relazione a mezzi, attrezzature e depositi e/o piazzali dichiarati dall'Appaltatore in fase di offerta sarà oggetto di specifica verifica in capo all'aggiudicatario prima dell'aggiudicazione efficace ovvero durante le operazioni di consegna del servizio da parte del Direttore per l'Esecuzione del Contratto" (art. 7.3, lett. e); a sua volta il Capitolato tecnico prevedeva che "La D.E.C., in fase di consegna del servizio, verificherà l'esatta corrispondenza del numero e delle caratteristiche tecnico/funzionali dei mezzi e delle attrezzature dichiarati in fase di offerta [...] "Qualora detta disponibilità non sussista al momento della consegna del servizio, o si siano riscontrate differenti caratteristiche tecnico/funzionali, la D.E.C. fissa un termine pari a 7 giorni per la ulteriore verifica. Decorso tale termine, in caso di inadempienza, ANAS potrà procedere alla risoluzione contrattuale in danno" (art. 4.1);

RILEVATO che il procedimento di revoca dell'aggiudicazione (che nel caso di specie deve essere, più esattamente, qualificato come annullamento), è stato attivato in esito alla verifica dei requisiti di partecipazione, eseguita dopo il provvedimento di aggiudicazione, in quanto dalla documentazione



relativa ai mezzi e alle attrezzature che la società istante ha dichiarato in fase di offerta che avrebbe messo a disposizione, in caso di aggiudicazione, per l'esecuzione del servizio, è emerso che taluni mezzi erano sprovvisti della revisione periodica nonché forniti di una carta di circolazione priva dell'annotazione specifica in ordine alla dotazione invernale (lama e spargisale);

RILEVATO, altresì, che la *lex specialis* di gara stabiliva con precisione, nell'ambito dei requisiti di capacità tecnico-professionale necessari ai fini della partecipazione, le caratteristiche tecniche e le dotazioni strumentali minime degli automezzi che gli operatori economici avrebbero dovuto mettere a disposizione della Stazione appaltante in caso di aggiudicazione del servizio e precisava, altresì, che «*La comprova del requisito è fornita mediante ogni opportuna documentazione atta a dimostrare la proprietà dei mezzi o, in alternativa, la loro disponibilità anche, a titolo esemplificativo e non esaustivo, mediante il ricorso a contratti di locazione o noleggio con soggetti terzi. Le attrezzature (quali lame/vomeri/spargisale, ecc.) montate o montabili sui mezzi dovranno essere necessariamente riportate nei libretti di circolazione di ciascun mezzo*»;

CONSIDERATO che secondo la società istante l'annullamento dell'aggiudicazione è il risultato di una indebita commistione operata dalla Stazione appaltante tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, con la conseguenza che la verifica tecnico/funzionale dei mezzi dichiarati, che sarebbe dovuta avvenire solo al momento della consegna del servizio e, quindi, successivamente alla stipula del contratto di appalto, è invece avvenuta nella fase immediatamente successiva al provvedimento di aggiudicazione;

CONSIDERATO che l'art. 32 del Codice prevede espressamente che, dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, l'Amministrazione provveda ad una fase di verifica degli atti della procedura di gara che si articola in due sotto-fasi: la prima riferita alla verifica dei requisiti auto-dichiarati dall'aggiudicatario; la seconda riferita a profili ulteriori eventualmente richiesti quale presupposto per la stipula del contratto o per la consegna in via d'urgenza;

CONSIDERATO che la giurisprudenza amministrativa, in materia di distinzione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di esecuzione del contratto, si è espressa nel senso che «*Riguardo invece ai requisiti di esecuzione l'approdo giurisprudenziale più recente, che si intende ribadire, è nel senso che essi sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090). Peraltro, non si può escludere che la richiesta della predisposizione ed organizzazione di beni e mezzi per l'esecuzione del servizio sia contenuta nel capitolato speciale soltanto ai fini dell'avvio dell'esecuzione, senza condizionare la stipulazione del contratto (così come ritenuto nel precedente di questa sezione V, 17 dicembre 2020, n. 8101, richiamato dal Comune appellato). In sintesi, fermando l'attenzione sull'appalto di servizi, nel quale la questione si pone in termini di organizzazione di beni e mezzi allo scopo di eseguire le prestazioni contrattuali, la regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario. In definitiva, spetta alla stazione appaltante, nella predisposizione degli atti di gara, conciliare le contrapposte esigenze, su cui si è variamente soffermata*



la giurisprudenza: da un lato, quella di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti per procurarsi già al momento dell'offerta la disponibilità di beni e mezzi, senza avere la certezza dell'aggiudicazione e con effetti discriminatorii ed anti-concorrenziali perché di favore per gli operatori già presenti sul mercato ed in possesso delle dotazioni strumentali, nonché con violazione del principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia U.E., sez. I, 8 luglio 2021, n. 428); dall'altro, quella della stazione appaltante di garantire la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dal concorrente di dotarsi dei mezzi necessari all'espletamento del servizio» (così Consiglio di Stato, sez. V, 2.2.2022, n. 722);

RITENUTO, che nel caso di specie, in considerazione della tipologia di servizio oggetto di affidamento e della sua rilevanza generale in considerazione dell'impatto diretto su una generalità indistinta di utenti stradali, l'esigenza di assicurare la serietà e l'effettività degli impegni assunti dai concorrenti con l'offerta, nonché quella di consentire la potenziale partecipazione alla competizione al più ampio numero di operatori economici attivi nel mercato di riferimento, trova un giusto temperamento nella scelta della Stazione appaltante di richiedere, come elemento essenziale dell'offerta, una dichiarazione contenente l'esatta indicazione dei beni e mezzi messi a disposizione dai concorrenti per l'esecuzione del servizio e, come condizione per la stipulazione del contratto, l'effettiva dimostrazione del possesso/disponibilità dei mezzi/strumenti dichiarati;

RILEVATO che nei dieci giorni assegnati dalla Stazione appaltante alla società istante, nell'ambito del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, al fine di presentare eventuali controdeduzioni o giustificazioni in relazione alle irregolarità riscontrate dall'Area Tecnica competente sugli automezzi indicati nell'offerta, la società stessa, invece di fornire un qualsiasi riscontro, ha stipulato (in data 1.12.2022) un contratto di noleggio (della durata di ben 5 mesi, corrispondente alla durata del servizio in affidamento) con la società GV Srls (aggiudicataria del lotto n. 2 della medesima gara) per l'autocarro targato NASO4432, che risulta essere tra quelli indicati per l'esecuzione dei servizi del lotto n. 3;

RITENUTO che tale azione, sebbene non possa condurre, *ipso facto*, alla conclusione cui giunge la Stazione appaltante, ovvero che la società istante, così facendo, avrebbe «manifestato, di fatto, il venir meno dell'interesse ad eseguire l'appalto», in ogni caso costituisce un rilevante indizio circa la poca considerazione per la serietà dell'impegno assunto con le dichiarazioni, vincolanti, effettuate in fase di presentazione dell'offerta, dimostrando in tal modo, ancorché involontariamente, la correttezza dell'impostazione della gara da parte dell'Amministrazione committente, la quale, con la richiesta di "opportuna documentazione atta a dimostrare la proprietà dei mezzi o, in alternativa, la loro disponibilità", prevista quale requisito di capacità tecnico-professionale, mirava appunto a scongiurare il rischio, evidentemente ritenuto, per esperienza, più che probabile, di una mancata o ritardata esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte degli operatori economici aggiudicatari, causate proprio dalla indisponibilità dei mezzi promessi o dalla loro inidoneità tecnica;

RITENUTO che, pur essendo tali considerazioni assorbenti rispetto a tutte le residuali eccezioni prospettate dalla parte istante, appare tuttavia opportuno evidenziare, relativamente alle "irregolarità" riscontrate dalla S.A. e rappresentate con il provvedimento di revoca che se è ben possibile, per quanto riguarda la carenza di revisione e la carta di circolazione, che tali attività di tipo amministrativo possano essere espletate – come sostenuto a propria difesa dall'istante – «in un momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto al fine di garantire l'immediato avvio del servizio», per quanto riguarda, invece, la presunta non idoneità tecnica (determinata dall'assenza della dotazione invernale di lama e spargisale) è evidente che in questo caso le tempistiche necessarie all'acquisizione e alla installazione della dotazione tecnica in questione, nonché al conseguente aggiornamento della carta di circolazione (con l'esecuzione dei collaudi obbligatori previsti ai sensi dell'art. 78 del Codice della strada),



potrebbero non essere congrue rispetto alle eventuali necessità di impiego immediato degli automezzi interessati, con i ben noti effetti negativi sull'efficienza ed efficacia del servizio affidato,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle norme che disciplinano le diverse fasi che caratterizzano le procedure di affidamento, nonché le verifiche attinenti ai requisiti auto-dichiarati dall'aggiudicatario e quelle riguardanti eventuali profili ulteriori richiesti quale presupposto per la stipula del contratto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2023

Il Segretario Valentina Angelucci