



DELIBERA N. 14

10 gennaio 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla [OMISSIS]- Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per i lavori di manutenzione straordinaria di Via Rovato, Via Bregnano, Via della Palmarola, Via Gandin, Via Luzzana, Via Brumano del Municipio XIV di Roma Capitale PT20220764 - CUP J87H22001410004 N. GARA 9392332 CUI L02438750586202300766 - Importo: euro: 1.434.050,94 - S.A.: Roma Capitale - Municipio XIV.

UPREC-PRE 826/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 50, co. 1 lett. c) del d.lgs. 36/2023

Art. 100, co. 4 del d.lgs 36/2023

All. II.1 – art. 2 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Indagini di Mercato – Attestazione SOA – Requisiti speciali – esclusione – non sussiste

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Indagini di Mercato – Attestazione SOA – Requisiti speciali – esclusione – non sussiste

Anche in una indagine di mercato, preordinata all'affidamento di un appalto di lavori, il possesso di una adeguata attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti. Il possesso di qualificazione SOA infatti assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione, con l'effetto che ogni ulteriore richiesta di requisiti ulteriori, a pena di esclusione, è da ritenersi illegittima.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 gennaio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 105367 del 24 novembre 2023, con cui la Soc. [OMISSIS] s.r.l. ha contestato la previsione della lex specialis con cui veniva richiesto, a pena di esclusione, oltre alla attestazione SOA, il possesso di uno specifico fatturato maturato nel triennio non inferiore all'importo della gara de qua, nonché l'indicazione dei lavori eseguiti sempre nel triennio per la categoria SOA richiesta e l'indicazione del numero dei dipendenti della ditta partecipante al momento della domanda di partecipazione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 107489 del 1 dicembre 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte e dalla stazione appaltante;

VISTO pertanto che l'Avviso di indagine di Mercato inerente la gara per l'affidamento dei "lavori di manutenzione straordinaria di Via Rovato, Via Bregnano, Via della Palmarola, Via Gandin, Via Luzzana, Via Brumano del Municipio XIV di Roma Capitale PT20220764" per un importo di € 1.434.050,94, premesso il possesso della categoria SOA OG 3 – III - bis, richiedeva, ai sensi di quanto sancito dall'art. 50 co. 1 lett. d) e dell'all. II.1 del d.lgs. 36/2023, ulteriori "criteri di selezione" per la formazione di tre graduatorie, di seguito indicati: "A) Fatturato globale dell'operatore economico nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione dell'avviso (da comprovare con dichiarazione annuali IVA o dai bilanci approvati con nota di deposito); non saranno presi in considerazioni candidature con fatturato globale dell'ultimo triennio inferiore all'importo posto a base d'asta; B) Importo complessivo dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione dell'avviso nella Categoria OG3 Classifica III - bis o superiore, da dimostrare mediante la presentazione di uno o più Certificati di Esecuzione Lavori...; C) Numero di personale dipendente al momento di presentazione della domanda di partecipazione". Nella medesima lex specialis era altresì previsto che "Saranno prese in considerazione esclusivamente le candidature degli operatori economici che presenteranno dichiarazioni e documentazione a corredo relativamente a tutti e tre i criteri di selezione; la mancanza, pertanto, di una o più dichiarazioni e della documentazione a corredo di taluno dei tre criteri indicati alle lettere A. – B. – C., comporta l'esclusione dell'operatore dalla procedura di selezione.";

PRESO ATTO che in data 11.11.2023, l'odierno istante presentava una domanda di partecipazione in cui, dopo avere dichiarato il possesso una attestazione SOA per la Cat. OG 3 – VI, ai predetti punti A), B), C), non dichiarava alcunché, bensì allegava una precipua istanza con la quale richiedeva la modifica in parte qua della lex specialis, sul presupposto che il possesso di una corretta attestazione SOA è di per sé condizione necessaria e sufficiente ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di gara, ritenendo i suddetti "criteri di selezione" A), B) e C) illegittimamente apposti;

PRESO ATTO della PEC del 20.11.2023, con la quale la stazione appaltante comunicava all'o.e. predetto che costui non era stato abilitato alla fase preliminare dell'indagine di mercato precisando che "si esclude per errata compilazione dell'allegato B - domanda di adesione alla procedura di selezione, ed assenza dei documenti richiesti in allegato A - criteri di selezione";



RILEVATO che la doglianza proposta verte essenzialmente sulla legittimità della clausola che ha determinato l'esclusione della [OMISSIS] s.r.l. a causa della mancata ottemperanza della richiesta di cui all'allegato B), non compilato dall'istante in ogni sua parte e privo di allegati. L'esclusione (*rectius* la non abilitazione alla fase successiva dell'indagine di mercato) è stata disposta per la carenza dell'indicazione del fatturato specifico, dell'indicazione dell'importo dei lavori eseguiti ed infine del numero dei dipendenti in servizio, mentre secondo l'o.e. istante la necessità di tali indicazioni, a pena di esclusione, violerebbe i principi in materia di qualificazione SOA;

PRESO ATTO che la stazione appaltante sul punto obietta che ai sensi del su richiamato art. 50 e relativo all. II.1, in tema di indagini di mercato il legislatore prevede che queste *"sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità"* eccedendo pertanto la massima discrezionalità in materia ed evidenziando che i contestati "criteri di selezione" afferiscano esclusivamente alla predisposizione delle graduatorie, altrimenti non formulabili sulla base delle sole attestazioni SOA;

RITENUTO che ai sensi dell'art. 100, co. 4 del d.lgs. 36/2023 viene espressamente previsto che *"Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati ... Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto."*, ne discende che, sulla base di una costante indicazione del Legislatore, si è consolidato l'orientamento della scrivente Autorità (da ultimo vd delibera n. 140/2023) secondo cui il possesso di una adeguata attestazione SOA *"per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti"*, in particolare è stato affermato il principio per il quale *"il possesso di qualificazione SOA assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione"* (Delibere n. 601 del 31.05.2017 e 1362 del 20.12.2017; in tal senso anche Parere n. 108 del 9 giugno 2011 e Linee Guida n. 4);

CONSIDERATO che anche in giurisprudenza è costante l'orientamento su esposto nel senso che *"il sistema di qualificazione previsto per i lavori pubblici sia appunto (vincolato, vincolante e) unico, nel senso che per regola generale le stazioni appaltanti possono richiedere solamente l'attestazione SOA per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, essendo tale attestazione "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria" (art. 60, co. 3, del d.p.r. 207/2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, co. 14, del d.lgs. 50/2016), con la conseguenza che è vietato, sempre alle stazioni appaltanti, richiedere requisiti diversi o ulteriori (v. art. 60, co. 4), a differenza di quanto è invece ammesso nel caso degli appalti di forniture e di servizi. Di questa regola generale, sulla quale riposa il senso stesso del sistema delle SOA e che è volto ad evitare proprio che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria debbano essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare"* (ex multis CGA Reg. Sicilia n. 559 del 21.12.2017; TAR Campania – Salerno, n. 513 del 26.2.2021);

RILEVATO quanto sopra, appare evidente pertanto che la richiamata previsione dell'art. 100, co. 4 del d.lgs. 36/2023 sia una norma cogente e che, come tale, deve ritenersi applicabile all'intero sistema delle procedure di affidamento degli appalti, ivi comprese le indagini di mercato, le quali, nonostante non



assurgano a procedure di gara (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3287/2021), tuttavia non si sottraggono all'applicazione delle norme a valenza generale come è quella in esame;

CONSIDERATO quanto sopra, ed in funzione della circostanza di fatto che i summenzionati "criteri di selezione" per la loro natura intrinseca (fatturato, precedenti lavori svolti, dotazione di organico) rappresentano oggettivamente dei requisiti che rientrano nel novero della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale degli oo.ee., fa emergere, con palmare evidenza, che la previsione della *lex specialis* che li contempla, ivi compreso l'effetto espulsivo dalla gara in caso di loro mancata indicazione, appare non conforme alla disciplina di riferimento sopra descritta, orientata, come osservato in precedenza, alla pacifica affermazione della natura necessaria e sufficiente della certificazione SOA;

CONSIDERATO quanto sopra, inoltre, non appare convincente anche quanto sostenuto a propria difesa da Roma Capitale – Municipio XIV, laddove afferma che i predetti "criteri di selezione" avrebbero rilevanza solo ai fini della predisposizione delle graduatorie (attraverso cui effettuare la selezione) e che sono stati previsti conformemente all'All. II.1 - art. 2 del d.lgs. 36/2023, per cui le stazioni appaltanti possono operare per le indagini di mercato secondo le "*modalità ritenute più convenienti*". Tale rilievo difensivo, tuttavia, non considera che l'ampia discrezionalità nella predisposizione delle modalità di svolgimento di tali forme di affidamento deve necessariamente svilupparsi nel rispetto dei richiamati principi di proporzionalità ed adeguatezza, senza trascurare peraltro che i criteri scelti dalla stazione appaltante, sempre ai sensi del citato All. II.1, "*... devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza*". Invero, l'evidente contrasto tra l'art. 100, co. 4 del Codice e la previsione della *lex specialis*, che espressamente richiede a pena di esclusione il possesso e la relativa indicazione degli anzidetti "criteri di selezione", determina anche la violazione dei suddetti principi – in particolare quelli di proporzionalità, di adeguatezza e di concorrenza – che invece sono stati posti espressamente dal Legislatore per delimitare il perimetro operativo della discrezionalità della stazione appaltante in materia di indagini di mercato. Ciò esclude che possa rientrare nelle prerogative della stazione appaltante prevedere gli elementi sopra citati quali requisiti, di fatto, aggiuntivi all'attestazione SOA, il cui mancato possesso, nei minimi stabiliti dalla *lex specialis*, conduca al mancato inserimento in graduatoria e quindi alla perdita di ogni *chance* di essere invitati alla procedura selettiva posta in essere a valle. Altro sarebbe stato, invece, chiedere l'indicazione di elementi (es. esplicitazione del fatturato globale posseduto; Importo complessivo dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio; ecc.), senza la prescrizione di una soglia minima, sulla cui base stilare una graduatoria secondo il criterio del maggior importo: graduatoria a cui attingere, in ordine di posizione decrescente, per invitare gli operatori economici alla successiva procedura di affidamento;

RILEVATO quanto sopra, pertanto, la previsione della *lex specialis* in esame, che richiede a pena di esclusione l'espressa indicazione di "criteri di selezione" in aggiunta ad una specifica attestazione SOA, appare illegittima, oltretutto superflua, giacché in contrasto con l'art. 100, co. 4 del d.lgs. 36/2023 oltre che con l'All. II.1 al Codice, con l'effetto che nel caso di specie l'operato della stazione appaltante non appare conforme alla disciplina di riferimento;



Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la previsione della *lex specialis*, la quale prescrive a pena di esclusione l'indicazione di requisiti speciali ulteriori rispetto al possesso di una attestazione SOA, non risulta conforme alla disciplina di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente