



DELIBERA N. 157

19 aprile 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da GENERAL Costruzioni S.r.l. I.P. e n.q. di capogruppo dell'ATI con Consorzio Stabile ENERGOS - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per i lavori di realizzazione di un asilo nido in località Moio di Agropoli - Importo a base di gara euro: 750.000,09 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: CUC dell'Unione dei Comuni "Paestum Alto Cilento

UPREC/PRE/499/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 36 d.lgs. 50/2016

Art. 1 d.l. 76/2020, conv. in L. 120/2020

Linee guida n. 4

Parole chiave

Elenco operatori qualificati – Iscrizione – Possesso requisiti - Invito

Massima

Appalto pubblico – Lavori - Scelta del contraente – Procedura negoziata – Selezione operatori economici da invitare - Elenchi operatori qualificati – Iscrizione – Necessità - Sussiste

Non è consentita la partecipazione alla gara dell'operatore economico privo dei requisiti necessari per l'iscrizione e la permanenza nell'elenco degli operatori qualificati, dal quale la Stazione appaltante abbia selezionato le imprese da invitare alla specifica procedura negoziata.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 19 aprile 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 19113 dell'8 marzo 2023, con cui la Soc. General Costruzioni a r.l. ha contestato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara in oggetto;

RILEVATO che nel suddetto provvedimento la Stazione appaltante ha rappresentato di aver invitato la Soc. General Costruzioni a r.l. a presentare offerta per la gara in oggetto poiché risultante in possesso del requisito necessario alla realizzazione dei lavori (Attestazione SOA, OG1), dichiarato e allegato dall'impresa all'atto della registrazione all'elenco degli operatori economici dei Comuni "Paestum Alto Cilento", da cui sono state selezionate le dieci imprese invitate. Ed infatti, all'atto dell'iscrizione, l'impresa era in possesso di attestazione SOA per la categoria Og1, class. III bis. Tuttavia, la suddetta attestazione riportava quale termine di validità quinquennale il 14 novembre 2022 (termine antecedente alla lettera d'invito, trasmessa in data 29 dicembre 2022) e nonostante l'avviso pubblico per la formazione dell'elenco, all'art. 3, prevedesse espressamente l'obbligo degli operatori economici di comunicare il mutamento o la perdita dei requisiti dichiarati all'atto dell'iscrizione, l'impresa non aveva effettuato alcuna comunicazione. L'invito, pertanto, era stato rivolto ad un soggetto non in grado di soddisfare la condizione necessaria per la permanenza nell'Elenco degli operatori qualificati, ovvero sfornito dell'Attestazione SOA per la categoria OG1. La circostanza che l'impresa avesse perduto i requisiti speciali per la permanenza nell'elenco e per la partecipazione alla gara risultava dimostrata dal ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA dell'ausiliaria Consorzio Stabile Energos;

VISTE le censure sviluppate dalla General Costruzioni S.r.l. L'impresa sostiene di aver dimostrato, nella specifica gara, di possedere tutti i requisiti speciali previsti dalla lettera d'invito mediante il ricorso all'avvalimento, la cui praticabilità non potrebbe essere esclusa solo in ragione della tipologia di procedura (negoziata) prescelta dalla Stazione appaltante, pena la violazione dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e massima partecipazione alle gare pubbliche. Inoltre, del tutto ininfluenza, ai fini della decisione sull'ammissione o esclusione dalla procedura di gara, risulterebbe il mancato aggiornamento dell'iscrizione nell'elenco; l'iscrizione, infatti, non costituiva requisito per la partecipazione alla procedura di gara e, in ogni caso, la permanenza dell'iscrizione non può essere considerata quale *conditio sine qua non* dell'invito nelle procedure negoziate, ostandovi la *ratio* sottesa a tale procedure, chiaramente tratteggiata nella recente sentenza del Consiglio di Stato n. 4968 del 2022;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 20632 del 14 marzo 2023;

VISTA la memoria della Stazione appaltante acquisita al prot. n. 21846 del 17 marzo 2023;

VISTO il vigente Regolamento di precontenzioso;

RITENUTO che la soluzione della questione prospettata dall'istante richiede un previo esame della normativa di riferimento in tema di procedure negoziate, nonché sulla funzione e sulla *ratio* sottesa alla formazione degli elenchi degli operatori economici;

CONSIDERATO che l'art. 3, comma 1, lett. uuu) del d.lgs. 50/2016 definisce le procedure negoziate come le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Per i contratti di importo superiore alla soglia di rilevanza eurounitaria, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è consentito



nei soli casi tassativamente indicati dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016. Con riferimento, invece, alle procedure sottosoglia, l'art. 36 del Codice detta una disciplina speciale che prevede la possibilità di utilizzo della procedura negoziata per tutti gli affidamenti di lavori, servizi o forniture non superiori a determinati importi (soglia di rilevanza eurounitaria per servizi e forniture, 1.000.000,00 di euro per i lavori). Com'è noto, il d.l. 76/2020, conv. con mod. in L. 120/2020, "al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19" (art. 1, comma 1), ha introdotto una disciplina derogatoria delle disposizioni codicistiche relative ai contratti sottosoglia, innalzando gli importi degli affidamenti entro i quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata. Elemento comune all'art. 36 del Codice e all'art. 1, comma 2, lett. b) e c) del d.l. 70/2020, conv. in L. 120/2020, è la espressa previsione della modalità di selezione degli operatori economici da consultare/invitare alla procedura (in numero diversificato in ragione degli importi): le stazioni appaltanti, infatti, procedono all'individuazione degli stessi o in base a indagini di mercato (preordinate a conoscere gli operatori interessati a partecipare alla procedura selettiva) o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti;

CONSIDERATO che l'Autorità, nelle Linee guida n. 4 (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), ha fornito importanti indicazioni circa le modalità di costituzione degli elenchi degli operatori economici. Ai paragrafi 5.1.6 e seguenti si legge, infatti, che "Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o altre forme di pubblicità. Il predetto avviso indica i requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie. La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico, eventualmente facendo ricorso al DGUE. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione 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. 5.1.7 L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. L'operatore economico è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante rispetto alle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa. 5.1.8 La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a novanta giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute. 5.1.9 La stazione appaltante prevede le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi, così da disciplinarne compiutamente modi e tempi di variazione (i.e. cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti o loro collocazione in diverse sezioni dell'elenco). La trasmissione della richiesta di conferma dell'iscrizione e dei requisiti può avvenire via PEC e, a sua volta, l'operatore



economico può darvi riscontro tramite PEC. La stazione appaltante esclude, altresì, dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale. Possono essere del pari esclusi quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio”;

CONSIDERATO che le richiamate disposizioni codicistiche e gli indirizzi forniti dall'Autorità concorrono a qualificare l'elenco di operatori economici come strumento idoneo a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, rotazione e trasparenza nell'affidamento di appalti pubblici non mediato dalla previa pubblicazione di un bando di gara – nella misura in cui la costituzione dell'elenco è preceduta da un avviso, opportunamente pubblicato, in cui sono indicati i requisiti necessari per l'iscrizione e che assicura a tutti gli operatori economici la possibilità di presentare domanda di iscrizione –, nonché il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa prescritti dall'art. 30, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 smi, richiamato dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016, in quanto mezzo che consente l'identificazione celere degli operatori economici in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della specifica procedura negoziata e dunque selezionabili ai fini dell'invito a presentare offerta;

RITENUTO, alla luce delle funzioni assolte dagli elenchi degli operatori qualificati, che quando la Stazione appaltante scelga di selezionare le imprese da invitare ad una procedura negoziata attingendo da un elenco precedentemente formato, l'iscrizione e il possesso dei requisiti necessari per la permanenza nell'elenco assurge a condizione indefettibile per essere invitati a presentare un'offerta; in difetto dell'iscrizione – lo stesso è da dirsi con riferimento ad un'iscrizione non più valida – l'impresa non vanta alcun titolo giuridicamente apprezzabile per essere selezionata e per poter partecipare alla gara bandita dall'Ente;

RILEVATO che, nel caso di specie, la lettera d'invito, nelle "Premesse", stabiliva che *"La Stazione Appaltante intende invitare n. 10 Operatori Economici dall'Elenco Operatori dell'Unione dei Comuni "Paestum Alto Cilento" gestito dalla piattaforma telematica della maggiori " APPALTI & CONCORSI - E-PROCUREMENT GARE TELEMATICHE"*;

RILEVATO che nell'avviso per la formazione del suddetto elenco era previsto che gli operatori economici interessati all'iscrizione attestassero e allegassero la documentazione idonea a comprovare il possesso dei requisiti speciali idonei alla realizzazione delle singole categorie di lavorazioni, corrispondenti alle categorie di opere generali e speciali di cui all'allegato A del D.P.R. 207/2010. L'art. 3 dell'avviso stabiliva, poi, che *"I soggetti iscritti nell'elenco sono tenuti, a pena di cancellazione d'ufficio, a comunicare senza ritardo, ogni atto o fatto che implichi la perdita o il mutamento dei requisiti previsti per l'iscrizione, nonché ogni ulteriore modifica che possa avere rilevanza ai fini della tenuta e gestione dell'elenco medesimo"*;

RILEVATO che l'istante, alla data di avvio della procedura di gara in oggetto (29 dicembre 2022), aveva perduto il requisito speciale in forza del quale aveva originariamente domandato l'iscrizione nell'elenco formato dalla CUC. Infatti, come correttamente rilevato dall'Amministrazione nelle memorie trasmesse, la Soc. General Costruzioni S.r.l., in possesso di attestazione SOA con scadenza quinquennale al 14 novembre 2022, aveva stipulato il contratto per il rinnovo dell'attestazione solo 41 giorni prima della scadenza quinquennale e non nel termine fissato dall'art. 76 del D.P.R. 207/2010 (almeno novanta giorni prima), con ogni conseguenza circa l'impossibilità di far valere il principio di ultravigenza dell'attestazione originariamente posseduta;



CONSIDERATO che se tale circostanza fosse stata rappresentata alla Stazione appaltante, l'impresa non avrebbe potuto mantenere la propria iscrizione all'elenco di operatori economici da cui sono stati individuati i 10 operatori invitati alla gara in oggetto e quindi non avrebbe avuto alcun valido titolo per essere selezionata e invitata a presentare un'offerta. La decisione assunta dalla Stazione appaltante, di escludere l'impresa dalla gara, si appalesa, pertanto, coerente e vincolata alla luce delle modalità di selezione degli operatori economici espressamente richiamate nella *lex specialis*, conforme ai principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, e la più idonea a consentire il rispetto della *par condicio competitorum* non solo tra i partecipanti alla procedura negoziata ma anche tra l'istante e la platea dei potenziali operatori economici che, sforniti dell'attestazione SOA per la categoria OG1, non abbiano potuto avanzare richiesta di iscrizione all'elenco in relazione a tale categoria e che, pertanto, non hanno avuto la possibilità di essere selezionati dalla Stazione appaltante per essere invitati alla gara in oggetto;

CONSIDERATO che tale conclusione non si pone in antitesi con quanto recentemente statuito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4968/2022, citata dall'istante. A ben vedere, il caso affrontato nella sentenza concerneva l'iscrizione stabile ad un elenco di operatori qualificati mediante lo strumento dell'avvalimento e non la mera partecipazione alla singola procedura mediante il ricorso all'avvalimento di mezzi e risorse di un'impresa terza;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione della Soc. General Costruzioni S.r.l. dalla procedura di gara in oggetto è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 aprile 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente