



DELIBERA N. 840

21 dicembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS] – Accordo Quadro per la progettazione, produzione, consegna e messa in servizio di treni metropolitani comprensivi della garanzia estesa quinquennale - Importo a base di gara: € 414.000.000,00 - S.A.: Azienda Trasporti Milanesi S.p.A.

PREC 224/2021/F

Riferimenti normativi

Articolo 83 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisito di capacità tecnica e professionale - Forniture analoghe

Massima

Requisito di capacità tecnica e professionale - Forniture analoghe - Importo minimo - Esperienze pregresse

Il requisito dell'esecuzione nell'ultimo triennio di forniture analoghe per un importo minimo, se accompagnata dalla richiesta di comprovare le esperienze pregresse con indicazione di tipologia e caratteristiche delle forniture seguite, è qualificabile come requisito di capacità tecnico-professionale dal quale desumere il dato esperienziale dell'attività svolta nel settore.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 dicembre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 77476 del 26 ottobre 2021, con la quale l'operatore economico [OMISSIS] ha contestato la legittimità del bando nella parte in cui richiede, ai fini della partecipazione alla gara in esame, quale requisito di "Capacità professionale e tecnica", l'aver fornito «con buon esito, nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura di gara, treni metropolitani e/o ferroviari per un importo complessivo, nel triennio, non inferiore a 400.000.000 euro». Ad avviso dell'istante, la richiesta di un fatturato specifico minimo nel triennio andrebbe necessariamente inteso come requisito attinente alla capacità economico-finanziaria dei concorrenti perché è solo con riferimento al requisito di capacità economico-finanziaria che il Codice, in conformità alla Direttiva 2014/24/UE (art. 58, par.3), prevede che le stazioni appaltanti possano richiedere ai fini della partecipazione «un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto» (art. 83, comma 4, lett. a, d.lgs. n. 50/2016). Al contrario, secondo la ricostruzione



dell'istante, ai fini della comprova della capacità tecnico-professionale, il Codice, sempre in conformità alla Direttiva, avrebbe delineato una differente disciplina (art. 83, comma 6; art. 86, comma 5 e Allegato XVII parte II), secondo la quale la stazione appaltante può richiedere un elenco delle principali forniture o servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione delle rispettive date, destinatari e importi mentre non è previsto da nessuna parte che le stazioni appaltanti possano richiedere che detti importi corrispondano a un quantitativo minimo. La previsione del bando si porrebbe pertanto in contrasto con la disciplina dettata da Codice, perché non consente di provare il possesso delle capacità tecnica e professionale facendo ricorso ai mezzi di prova alternativi ivi previsti, tenuto anche conto che, ai sensi dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, «*le stazioni appaltanti non esigono mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo, all'allegato XVII e all'art. 87*». L'effetto ultimo sarebbe quello di restringere ingiustificatamente l'accesso al mercato degli operatori economici, tra i quali anche la stessa istante, che, anche in ragione della crisi economica determinata dall'emergenza Covid, non possiedono nell'ultimo triennio l'importo complessivo minimo richiesto. Alla luce di quanto sopra, l'istante ha chiesto all'Autorità se il requisito in esame vada qualificato come requisito economico-finanziario ovvero tecnico-professionale e, nella seconda ipotesi, che ne venga accertata l'illegittimità per contrasto con la normativa nazionale ed europea;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 15 novembre 2021 con nota prot. n. 82106;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Visto, in particolare, quanto replicato dall'Azienda Trasporti Milanesi S.p.A., con nota acquisita al prot. n. 83234 del 18 novembre 2021. La stazione appaltante ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. f) e g) del Regolamento Precontenzioso, in quanto volta ad un controllo generalizzato del procedimento di gara e manifestamente mancante dell'interesse concreto al conseguimento del parere, stante l'ampio potere discrezionale di cui gode la stazione appaltante nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione, anche ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti. Nel merito, la stazione appaltante ha evidenziato che il requisito contestato è finalizzato a garantire che i partecipanti possiedano l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto - che si configura complesso comprendendo le fasi di progettazione, produzione e messa in servizio - con "adeguato standard di qualità" (art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50/2016). Nel caso di specie, il fatturato minimo richiesto non sarebbe un indice di solidità finanziaria dell'impresa ma sarebbe funzionale a dimostrare, sotto il profilo tecnico, la capacità e l'esperienza dell'operatore economico. Viene rappresentato che la richiesta di un fatturato minimo per fornitura di treni metropolitani e/o ferroviari costituirebbe un modo per quantificare l'esperienza minima richiesta, alternativo alla richiesta della fornitura di un numero minimo di treni, con il risultato di consentire di ampliare la concorrenza ammettendo anche il fatturato per treni ferroviari i quali, avendo un valore economico più elevato rispetto ai treni della metropolitana, sono sufficienti ai fini dell'integrazione del requisito in numero minore rispetto ai treni metropolitani;

Ritenuto che l'istanza è ammissibile perché veicola censure puntuali nei confronti di una specifica clausola del bando impeditiva della partecipazione dell'istante. Tanto basta a evidenziare l'infondatezza di entrambi i profili di inammissibilità sollevati dalla stazione appaltante: l'istante, privo del requisito contestato, vanta un interesse concreto al conseguimento del parere e l'istanza non è finalizzata al controllo generalizzato della procedura di gara bensì alla confutazione di detta singola clausola;

Considerato che il possesso di requisiti di capacità tecnico-professionale è richiesto dalla stazione appaltante a garanzia della capacità dei concorrenti di eseguire correttamente il contratto. Come noto l'art. 58, par. 4, dir. 2014/24/UE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. In particolare, il legislatore comunitario prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza. L'art. 83, comma 6, d.lgs. n.



50/2016 riproduce la previsione della direttiva («*le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*») e rinvia, per l'individuazione dei mezzi di prova all'art. 86, comma 5;

Visto l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale le condizioni di partecipazione richieste, indicate dalle stazioni appaltanti nei bandi, «*possono essere espresse come livelli minimi di capacità*»;

Visto il Bando-tipo n. 1, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, che fornisce indicazioni con riguardo alla richiesta dei requisiti di carattere tecnico-professionale nel senso che «*Il concorrente deve avere eseguito nell'ultimo triennio servizi/forniture analoghi a [...] di importo complessivo minimo pari a ...*» (punto 7.3), mentre con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria richiede un fatturato specifico minimo annuo e/o un fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi esercizi finanziari disponibili (punto 7.2);

Visto il Disciplinare di gara, par. 6.1.2, dove è chiesta, ai fini della partecipazione, la dichiarazione sostitutiva attestante «*di avere fornito con buon esito, nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura di gara, treni metropolitani e/o ferroviari per un importo complessivo, nel triennio, non inferiore a 400.000.000 euro. Solo all'impresa dichiarata aggiudicataria in via provvisoria, a dimostrazione del requisito dichiarato in fase di gara, saranno richiesti il committente, il modello dei veicoli venduti con una sintetica descrizione delle loro caratteristiche e le relative attestazioni di buon esito rilasciate dai committenti*»;

Considerato che l'importo (minimo) delle forniture analoghe (treni metropolitani e/o ferroviari), chiesto da ATM ai fini della partecipazione, costituisce l'unità di misura scelta dalla stazione appaltante, in conformità a quanto previsto dal Bando-tipo, per quantificare l'ammontare delle esperienze pregresse aventi oggetto analogo a quello della presente gara e potere verificare che essa raggiunga il livello minimo ritenuto sufficiente a garantire che l'appalto sia eseguito con un adeguato standard di qualità. Pertanto, a differenza di quanto rappresentato dall'istante, l'importo (minimo) delle forniture analoghe non costituisce il mezzo di prova della capacità tecnico-professionale ma un criterio per quantificarla. Mezzo di prova della capacità tecnico-professionale rimangono, in conformità all'Allegato XVII parte II, le forniture pregresse aventi oggetto analogo, atte a dimostrare una precisa competenza e capacità di esecuzione dell'appalto specificamente bandito. Conformemente al sistema dell'autocertificazione, è chiesto ai concorrenti in sede di gara la dichiarazione di avere effettuato forniture di oggetto analogo per l'ammontare minimo richiesto (espresso in termini di importo), che l'aggiudicatario dovrà comprovare tramite le relative attestazioni di buon esito rilasciate dai committenti e l'indicazione del modello dei veicoli venduti con una sintetica descrizione delle loro caratteristiche;

Considerato che la previsione del comma 8 dell'art. 83 della possibilità di esprimere le condizioni di partecipazione indicate nel bando come livelli minimi di capacità va a completare il quadro delle cause tassative di esclusione che risultano consistere, oltre che nelle ipotesi di violazione di prescrizioni a pena di esclusione previste dal Codice e da altre disposizioni di legge vigenti, nella mancata dimostrazione del possesso dei requisiti minimi richiesti ai fini della partecipazione;

Considerato, a ulteriore conferma, quanto osservato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, n. 755/2019) circa la possibilità di assegnare anche al fatturato specifico finalità confermatrice della capacità tecnica, come dimostrazione di avere già utilmente impiegato, nelle pregresse esperienze lavorative, la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione». In tal caso, «*se non si fosse trattato di un requisito di capacità tecnica, non avrebbe avuto senso richiedere indicazioni specifiche sulla tipologia e sulle caratteristiche dei servizi espletati, né verificare la corretta esecuzione degli stessi in sede di comprova, mediante allegazione delle relative autocertificazioni*» (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755). Cfr. anche Parere di precontenzioso n. 606/2021;



Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che il requisito contestato è qualificabile come requisito di capacità tecnico-professionale, in conformità al vigente quadro normativo;

Considerato, con riferimento al lamentato eccessivo ed ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza determinato dal requisito contestato, che, come ben noto, le stazioni appaltanti godono di un ampio potere discrezionale nella fissazione dei requisiti speciali necessari ai fini della partecipazione. Secondo un principio ampiamente consolidato in giurisprudenza, i bandi di gara possono prevedere requisiti di partecipazione più stringenti e rigorosi di quelli minimi indicati dalla legge, sostanzialmente volti a limitare la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati, tutte le volte in cui tale scelta è preordinata ad assicurare l' idoneità dei concorrenti allo svolgimento del peculiare servizio oggetto di gara e non è eccessivamente, quanto irragionevolmente, limitativa della concorrenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, n. 9/2017 e sez. III, n. 284/2020). L'ampiezza della discrezionalità della stazione appaltante nella definizione dei requisiti di partecipazione incontra il limite della logicità e della ragionevolezza nonché della pertinenza e congruità dei requisiti rispetto all'oggetto del contratto e allo scopo perseguito. La congruità e la ragionevolezza dei requisiti devono essere sempre vagliate in concreto, ponendo attenzione alla natura delle prestazioni effettivamente rimesse all'appaltatore (Cfr., delibere n. 99/2015 e n. 393/2020);

Considerato che non sono stati dedotti dall'istante elementi che consentano di formulare alcuna valutazione al riguardo;

Considerato che, tenuto conto di quanto previsto dall'Allegato XVII, parte II, circa la possibilità della stazione appaltante di prendere in considerazione un periodo più ampio degli ultimi tre anni al fine di assicurare un livello adeguato di concorrenza, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione dell'opportunità di ampliare oltre gli ultimi tre anni il lasso temporale utile all'integrazione del requisito;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- qualificabile come requisito di capacità tecnico- professionale il requisito della fornitura con buon esito, nel triennio antecedente la pubblicazione della gara, di treni metropolitani e/o ferroviari per un importo complessivo, nel triennio, non inferiore a 400.000.000 euro, in conformità al vigente quadro normativo;
- rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione dell'ampliamento, oltre gli ultimi tre anni, del lasso temporale utile all'integrazione del requisito.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 dicembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente