



## DELIBERA N. 158

24 febbraio 2021.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla SIAB S.r.l.– Lavori di manutenzione straordinaria per adeguamento barriere stradali e relativo cordolo dal KM 445+800 al 459+200 in tratti saltuari lungo la S.S. n. 1 “Via Aurelia” - Importo a base di gara: euro 1.376.915,55 – S.A.: ANAS S.p.A. – Struttura territoriale Liguria  
**PREC 34/2021/L-PB**

### Riferimenti normativi

Art. 36 d.lgs. 50/2016

### Parole chiave

Procedura negoziata; Manifestazione di interesse; Possesso requisiti

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 24 febbraio 2021

## DELIBERA

VISTA l’istanza acquisita al prot. n. 3630 del 16 gennaio 2021 con cui la Soc. SIAB S.r.l. ha contestato l’esclusione dalla procedura in oggetto (*rectius* dal novero dei soggetti tra i quali effettuare il sorteggio ai fini dell’invito alla successiva procedura negoziata), disposta dalla Stazione appaltante in ragione della mancata comprova, in sede di manifestazione di interesse, del possesso dell’attestazione SOA per le categorie e classi previste dall’avviso; in particolare, la Soc. SIAB S.r.l. avrebbe dichiarato la volontà di ricorrere all’avvalimento ma non avrebbe indicato il nominativo dell’ausiliaria né allegato la sua attestazione SOA, impedendo, così, alla Stazione appaltante la verifica sull’effettivo possesso del requisito di partecipazione previsto dall’avviso;

VISTO che, secondo l’istante, l’esclusione sarebbe illegittima in ragione della natura meramente esplorativa della fase dell’indagine di mercato/manifestazione di interesse, che impedirebbe alla



Stazione appaltante di richiedere il possesso e la comprova dei requisiti di partecipazione; invero, è solo nella successiva procedura negoziata che il candidato/offrente sarebbe tenuto a possedere i requisiti di ordine speciale necessari per l'esecuzione dei lavori;

VISTO, inoltre, che l'istante ha contestato la contraddittorietà ed illegittimità dei comportamenti e delle azioni poste in essere dalla Stazione appaltante che, con una prima nota del 17/11/2020, avrebbe comunicato all'operatore economico che era stato sorteggiato e che sarebbe stato invitato a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione e poi lo avrebbe escluso dalla gara - senza darne peraltro alcuna comunicazione ed impedendo, in tal modo, l'esercizio del diritto alla difesa - per non aver prodotto l'attestazione SOA in sede di trasmissione della manifestazione d'interesse e non aver reso note le generalità del soggetto ausiliario;

VISTO che la Stazione appaltante ha rappresentato che la mail è stata generata in automatico dal sistema portale acquisti ma di non aver proceduto alla verifica dei requisiti in ragione della mancata allegazione dell'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria e dell'omessa indicazione del suo nominativo;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 7256 del 28 gennaio 2021 e le memorie pervenute;

CONSIDERATO che ove l'amministrazione aggiudicatrice ricorra a una procedura negoziata, preceduta come nel caso in esame, dalla pubblicazione di un avviso di indagine di mercato con richiesta agli operatori economici interessati di presentare una manifestazione di interesse ai fini di un eventuale invito successivo alla procedura, la giurisprudenza ha rilevato che «la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati» (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344);

CONSIDERATO che, in ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) e che l'operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella *lex specialis*, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 747 del 30 settembre 2020; Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150);

RILEVATO che, nel caso di specie, il disciplinare, all'art. 6, richiedeva ai concorrenti il possesso dell'attestazione SOA per categoria e classe adeguata ai lavori da eseguire, da allegare alla manifestazione di interesse e che l'istante, nel dichiarare la volontà di ricorrere all'avvalimento, non ha indicato il nominativo dell'impresa ausiliaria né allegato la sua attestazione SOA ma si è espressamente riservato di fornire le generalità dell'ausiliaria in caso di successivo invito alla procedura negoziata;

RITENUTO, pertanto, che l'esclusione dalla selezione in ragione della mancata allegazione dell'attestazione SOA dell'impresa ausiliaria si appalesa come atto doveroso e vincolato alla luce delle espresse previsioni dell'avviso che richiedevano il possesso e la comprova dei requisiti speciali già all'atto della presentazione della manifestazione di interesse;

RILEVATO, inoltre, che rispetto all'importo totale dei lavori (euro 1.376.915,55) l'avviso individuava due categorie di opere: OG3, prevalente, per un importo pari ad euro 1.025.406,75 e OS12A, scorponabile S.I.O.S., per un importo pari ad euro 351.508,80;



CONSIDERATO che l'art. 89, comma 11, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che "Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori";

CONSIDERATO che il *Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* approvato con Decreto Ministeriale 10 dicembre 2016, n. 248, all'art. 2, lett f) individua tra le cd. S.I.O.S. la categoria OS12A – Barriere stradali di sicurezza;

RILEVATO che, nel caso di specie, l'importo della categoria OS12A supera il dieci per cento dell'importo totale dei lavori;

RITENUTO, pertanto, che, in ogni caso, l'istante – nell'ipotesi in cui fosse stato sorteggiato ed invitato alla procedura negoziata - non avrebbe potuto avvalersi di un'impresa terza per soddisfare la richiesta di qualificazione nella categoria OS12A e, pertanto, sarebbe stato escluso dalla gara ai sensi dell'art. 89, comma 11, del d.lgs. 50/2016;

RITENUTO, quanto agli ulteriori profili dedotti nell'istanza di precontenzioso, che non essendo prevista dall'art. 76 del d.lgs. 50/2016 un'espressa sanzione per l'inosservanza dell'obbligo di comunicazione dell'esclusione dalla gara, la sua violazione non ha effetti sostanziali sul provvedimento, ma soltanto effetti processuali, incidendo esclusivamente sul *dies a quo* per l'impugnazione; invero, tanto la giurisprudenza che l'Autorità hanno rilevato come "*indipendentemente dal formale inoltro della comunicazione dell'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., per la regola generale di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., il termine decorre dal momento in cui il concorrente abbia acquisito "piena conoscenza" dell'aggiudicazione, del suo concreto contenuto dispositivo e della sua effettiva lesività*" (cfr. C.d.S. 20 settembre 2019, n. 6251; C.d.S., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5813; V, 23 luglio 2018, n. 4442; V, 2017, n. 1953; Cons. Stato, Sez. IV, n. 5491 del 6.10.2011; Parere Anac n. 181 del 7/11/2012); pertanto, nel caso di specie, la circostanza che l'istante sia venuto a conoscenza della propria esclusione solo conseguentemente alla richiesta di chiarimenti e accesso agli atti, incide esclusivamente sul *dies a quo* per l'impugnazione (i.e. per la presentazione dell'istanza di precontenzioso) che inizia a decorrere solo dalla piena conoscenza del provvedimento;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che, l'esclusione dalla gara dell'istante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente