



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 708

DEL 23 luglio 2019

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da ANCE – Lavori di completamento pista ciclabile della Val Nervia in Comune di Camporosso tra la centrale elettrica e il confine con Dolceacqua – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 300.000,00 – S.A.: Comune di Camporosso (IM).

PREC 52/19/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0061714 del 13.7.2018, con la quale l'ANCE contesta la legittimità della procedura di gara in oggetto in quanto la Stazione appaltante, nell'Avviso pubblico finalizzato ad individuare operatori economici da invitare a presentare offerta, relativamente ai requisiti di partecipazione, prevede che *«i concorrenti devono essere in possesso di attestazione SOA per la categoria OG3, classifica II»* e, al contempo, viene previsto che *«La manifestazione di interesse dovrà essere presentata mediante altra documentazione: 1)[...]; 2) elenco delle esperienze contrattuali relative a opere appartenenti alla categoria OG3 realizzate dall'impresa richiedente negli ultimi dieci anni antecedenti la pubblicazione dell'avviso»;*

CONSIDERATO, in particolare, che secondo l'istante appare di dubbia legittimità il punto in cui l'Avviso pubblico prevede che *«Trattandosi di una preliminare indagine di mercato, propedeutica al successivo espletamento della procedura negoziata in oggetto, l'Amministrazione si riserva di individuare tra gli aspiranti operatori economici partecipanti alla presente indagine di mercato, quindici soggetti cui rivolgere l'invito alla procedura negoziata medesima, secondo il criterio delle esperienze contrattuali registrate nei confronti dell'impresa richiedente l'invito, mediante valutazione discrezionale da parte del Comune nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità»;*

CONSIDERATO che l'istante contesta la legittimità di tale suesposta previsione perché *«non si evince chiaramente se l'elemento delle pregresse esperienze contrattuali sia considerato dalla stessa stazione appaltante un requisito di qualificazione in mancanza del quale gli operatori economici, pur in possesso di adeguata attestazione SOA, non potranno essere invitati alla procedura negoziata, quand'anche il numero dei soggetti che hanno manifestato interesse sia inferiore al numero massimo previsto nell'avviso (15); ovvero se sia considerato come un mero criterio di selezione degli operatori da utilizzare nel sol caso in cui le domande di partecipazione di operatori in possesso di idonea attestazione SOA siano superiori al numero massimo previsto»;*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 13.5.2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 84, comma 1 del codice appalti stabilisce che «*Fermo restando quanto previsto dal comma 12 e dall'articolo 90, comma 8, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC*»; che l'art. 216, comma 14 prevede che «*Fino all'adozione delle linee guida indicate all'articolo 83, comma 2 del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies* (prima della modifica di cui all'art. 1, comma 20, lettera gg), della legge n. 55 del 2019 il riferimento era invece alle Linee Guida Anac – n.d.r.), *continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207*» e che l'art. 60, comma 3 del d.P.R. n. 207/2010 stabilisce che «*...l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici*»;

CONSIDERATO che la stessa Autorità ha più volte ribadito la vigenza del principio generale negli appalti pubblici di lavori secondo cui l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare, senza che vi sia la necessità (o meglio l'onere) per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione (v., *ex multis*, Parere n. 128/2013, Delibera n. 1362/2017);

RITENUTO che, dalla lettura della documentazione di gara, emerge chiaramente che «*il criterio delle esperienze contrattuali registrate nei confronti dell'impresa richiedente l'invito*» è stato introdotto dalla Stazione appaltante per consentire alla stessa di selezionare, tra tutti gli operatori economici richiedenti e in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG3-classifica II, un numero massimo di soggetti (15) da invitare alla gara nel caso in cui i richiedenti in possesso di tale attestazione fossero stati in numero superiore a quello massimo previsto;

PRESO ATTO che alla gara *de qua*, dei 15 operatori economici inviati dalla Stazione appaltante, entro il termine perentorio per la presentazione delle offerte, hanno presentato domanda di partecipazione e sono state ammesse 11 imprese;

RILEVATO che, in ogni caso, quand'anche la richiesta di dimostrare l'esecuzione di lavori analoghi a quello oggetto di affidamento, aggiuntiva alla richiesta dell'attestazione SOA, possa essere considerata ammissibile ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla gara e criterio di selezione migliore del semplice sorteggio (laddove le domande fossero superiori al limite massimo consentito), la Stazione appaltante avrebbe dovuto esplicitare i criteri in base ai quali sarebbe stata compiuta la valutazione discrezionale al fine di eliminare la possibilità di decisioni arbitrarie proprio in danno ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità richiamati nell'avviso pubblico;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che nel caso di specie non sussistono i presupposti per derogare, sia pur eccezionalmente, al principio sopra esposto (cfr., ad esempio, Delibera n. 1129/2018 con riferimento alla richiesta del possesso, oltre all'attestazione SOA, di registrazione EMAS oppure di certificazione secondo la norma ISO 14001, o secondo norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali con riferimento ai CAM-criteri ambientali minimi di cui al combinato disposto degli artt. 34 e 71 del Codice appalti);

RITENUTO, in merito all'applicazione del meccanismo della c.d. forcella, che sebbene non sembrano sussistere i presupposti formali per la limitazione del numero dei candidati ai sensi dell'art. 91 del Codice (che richiede la predeterminazione di criteri oggettivi e non discriminatori, che vincolino *ex ante* l'operato della stazione appaltante per quanto attiene alla scelta che sarà operata a valle), nel caso concreto non può non valutarsi positivamente la circostanza che il numero massimo di candidati ammessi (ossia 15) sia comunque ben cinque volte superiore al numero minimo previsto dal comma 2 del medesimo art. 91 e che pertanto la platea dei concorrenti potenzialmente ammessi è tale da non potersi configurare un chiaro *vulnus* al principio di massima concorrenza come invece asserito dalla parte istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, l'operato della Stazione appaltante non conforme alla vigente normativa di settore con riferimento alla richiesta di requisiti ulteriori rispetto all'attestazione SOA per la parte in cui la stessa non ha provveduto a precisare preventivamente, nei documenti di gara, i criteri sulla base dei quali sarebbero state valutate le esperienze contrattuali pregresse ai fini dell'individuazione dei quindici operatori economici cui rivolgere l'invito alla procedura negoziata.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2019

Il Segretario Rosetta Greco