

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Il possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica da parte di un'impresa di nuova costituzione

[Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607](#)

SERVIZIO REFEZIONE SCOLASTICA – RICHIESTA NUMERO PASTI TRIENNIO – SOCIETÀ NEO-COSTITUITA – MEDIA PONDERATA – LEGITTIMITÀ



Una società specializzata nell'ambito della ristorazione, prima graduata in una procedura aperta per l'affidamento di un **servizio di refezione scolastica** comunale, proponeva appello contro la sentenza del TAR piemontese che aveva accolto il ricorso della seconda classificata, che riteneva che l'aggiudicataria fosse carente del requisito di capacità tecnico-professionale. Il disciplinare della gara richiedeva che il concorrente avesse eseguito *“nell'ultimo triennio (2015, 2016, 2017), servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, erogando un **numero di pasti** all'anno non inferiore a n. 70.000 senza revocche di contratto”*. La società prima classificata, costituitasi nel 2015, aveva dichiarato di aver prodotto complessivamente per il triennio più di 400 mila pasti, ma di aver erogato per l'anno 2015, essendo la società costituitasi nel giugno di quell'anno, circa 5.000 pasti. Ad avviso della seconda graduata, l'aggiudicataria era dunque **carente del requisito di capacità tecnico-professionale**.

Tale prospettazione, condivisa dal giudice di primo grado, è stata tuttavia ribaltata dal giudice dell'appello. Il Consiglio di Stato, aderendo a una lettura **sostanzialista** e **pro-concorrenziale** della norma della *lex specialis*, ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante, che ha valutato la **media ponderata** dei pasti prodotti nel triennio di **effettiva attività** dell'impresa da poco costituita (ovvero circa 103.000 unità). Tale interpretazione consente infatti, ad avviso dei giudici, di dare un **senso** alla parola **“triennio”**, che indica un **intervallo di durata**, ove poi la distinta locuzione **“all'anno”** indica correttamente il valore per indicare la **media**; se è incontestabile che nella legge di gara non vi fosse un espresso riferimento al dato medio dei pasti annuali, è anche vero che non veniva richiesto un numero minimo di pasti “per ciascun anno” nel triennio. Per favorire l'**ampliamento della platea dei concorrenti**, la stazione appaltante ha dunque correttamente **proporzionato** il requisito al periodo di effettiva attività, non operando con ciò alcuna modificazione o integrazione della *lex specialis* di gara, o alcuna violazione dei principi di trasparenza e *par condicio* fra i concorrenti.

Ai fini della valutazione dell'offerta tecnica è possibile prevedere sub-criteri di valutazione di carattere soggettivo?

[Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 611](#)

OEPV – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE – ART. 95, C. 6, LETT. E), DEL CODICE – LIMITE – INFLUENZA SIGNIFICATIVA SULL'ESECUZIONE



La sentenza in esame affronta il tema dei limiti entro cui l'art. 95, c. 6, lett. e), del d.lgs. 50/2016 ammette la possibilità di inserire aspetti di **carattere soggettivo** dell'operatore economico ai fini della **valutazione** delle offerte sul **piano tecnico**.

L'appellante – aggiudicatario di una procedura per l'affidamento di lavori di rifunzionalizzazione di campi sportivi – censura la sentenza di primo grado che aveva ritenuto **illegittimo** il **sub-criterio** di valutazione previsto nel disciplinare di gara, in base al quale si attribuivano dei **punti** per il numero di campi omologati che l'operatore economico aveva **realizzato** prima dell'indizione della gara. Secondo i giudici del TAR, l'illegittimità della *lex specialis* derivava dalla violazione dell'art. 95, c. 6, lett. e), del Codice, il quale ammette la possibilità di inserire **aspetti di carattere soggettivo** ai fini della valutazione dell'offerta concernenti *“l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto”*, purché vi sia *“un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”*; influenza non ritenuta sussistente nel caso oggetto di giudizio.

Il Consiglio di Stato conferma la statuizione del giudice di primo grado e respinge l'appello. In motivazione, il Collegio evidenzia che il limite previsto dal citato articolo 95, c. 6, lett. e), del Codice, consistente nel richiedere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto, implica che sia **dimostrato** in modo **incontrovertibile** che per le qualificazioni soggettive possedute il concorrente offra **garanzie di qualità** nell'esecuzione dell'appalto apprezzabili in sede di valutazione delle offerte tecniche. Ciò si giustifica per le esigenze di effettiva concorrenzialità e per i principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento i quali impongono che la selezione avvenga su **basi oggettive** e che i criteri di aggiudicazione non siano confezionati in modo da assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico.

Inquadrata così la portata dell'art. 95, c. 6, lett. e) del Codice, il Collegio conclude nel senso di ritenere che, nel caso di specie, **non è dimostrato** come il sub-criterio di valutazione di natura soggettiva (e cioè aver realizzato campi sportivi omologati) avrebbe potuto avere un **effettivo riflesso sul piano qualitativo** nell'**esecuzione** dell'appalto: l'appellante infatti non ha indicato quale previsione del disciplinare o del capitolato speciale prevederebbe l'omologazione dei campi sportivi oggetto dell'appalto e neppure ha specificato in base a quale specifico elemento la realizzazione di impianti sportivi omologati avrebbe una significativa influenza sul piano qualitativo nell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

Il contributo ANAC è dovuto anche per gli appalti di servizi ed il mancato pagamento è causa di esclusione

[Consiglio di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746](#)

APPALTO SERVIZI – OMESSO VERSAMENTO CONTRIBUTO ANAC – CAUSA DI ESCLUSIONE – LEGITTIMITÀ



Nella sentenza in esame il supremo organo di giustizia nell'amministrazione, dopo aver evidenziato di condividere la sentenza di primo grado, che ha ritenuto come l'onere del **pagamento del contributo ANAC sia condizione di ammissibilità dell'offerta**, ricorda, altresì, che non è possibile operare il soccorso istruttorio.

La vicenda trae origine dall'esclusione da parte della stazione appaltante di un'impresa per omesso pagamento del contributo ANAC (previsto, peraltro, dal disciplinare di gara a pena di esclusione); investito del ricorso, il TAR Campania aveva già respinto il ricorso proposto avverso l'esclusione.

In ragione di ciò parte appellante sostiene di aver pagato il **contributo** (ma non ne fornisce prova), lamentando, altresì, che l'obbligo, a pena di esclusione, del pagamento del contributo ANAC sarebbe previsto **unicamente** in relazione alle procedure di gara riguardanti i **lavori pubblici** e non già per quelle relative all'affidamento di servizi. In estremo subordine contesta, infine, il mancato esperimento del soccorso istruttorio, in quanto detto contributo costituirebbe elemento formale e non essenziale della domanda, che avrebbe dovuto e potuto essere integrata.

Ai fini della decisione, il Consiglio di Stato richiama la prevalente giurisprudenza, in caso di **omesso pagamento del contributo ANAC**, per la quale trova applicazione per tutti gli appalti pubblici il principio in virtù del quale tale omissione non può essere *“sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una ‘condizione di ammissibilità dell’offerta’ e la sanzione dell’esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge”* (Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572).

La mancata allegazione della ricevuta di pagamento è **sanabile** solo qualora l'operatore economico dimostri con **data certa anteriore** alla scadenza dell'offerta l'adempimento. Nel caso in questione, peraltro, non risulta la prova del pagamento del contributo.

Invero, l'obbligo del pagamento del contributo è stato originariamente previsto come *“condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”* dall'**art. 1, c. 67, della l. 23 dicembre 2005, n. 266**, quando la sfera di attribuzioni dell'Autorità di vigilanza, istituita con l'art. 4 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), era limitata al settore delle opere pubbliche (*“Autorità di vigilanza sui lavori pubblici”*).

Solo con l'art. 6, c. 1, del d.lgs. 163/2006 la competenza dell'Autorità è stata estesa a tutti i contratti pubblici; il legislatore, con gli artt. 6, c. 7, e 8, c. 12, del suddetto decreto, nel richiamare espressamente l'art. 1, c. 67, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, ha inteso estendere implicitamente l'applicazione dell'obbligo di pagamento del contributo a tutti i contratti pubblici.

NORMATIVA

Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Limiti al subappalto: prime indicazioni

Con **sentenza di data 26 settembre 2019**, la Quinta Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulla conformità della disciplina nazionale in materia di subappalto, rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria. Nella pronuncia la Corte di giustizia ha dichiarato: *“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che **osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi**”*. La sentenza dichiara l'illegittimità dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 nella parte in cui limita in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto, stabilendo una percentuale massima rispetto all'importo complessivo del contratto, *“cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori”*, nonché in quanto *“un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*.

In attesa di un intervento da parte del legislatore nazionale, la Giunta provinciale è intervenuta adottando **linee guida** che recano indicazioni per supportare le valutazioni delle amministrazioni aggiudicatrici in ordine al ricorso al subappalto.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

All'Adunanza plenaria l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato all'attività contrattuale della pubblica amministrazione

[Cons. Stato, sez. III, ord. 16 dicembre 2019, n. 8501](#)

APPALTI PUBBLICI – PROCEDURA DI GARA – IMPRESA NON AGGIUDICATARIA – ACCESSO ORDINARIO – ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO – FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO – RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CDS

Con l'**ordinanza** in commento, il Consiglio di Stato rimette all'**Adunanza plenaria** le **questioni pregiudiziali** relative all'applicabilità dell'**accesso civico generalizzato** all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, alla possibilità o meno per quest'ultima e per il giudice di qualificare autonomamente l'istanza di accesso al di là dei riferimenti normativi in essa eventualmente contenuti e se l'**accesso documentale** di cui alla **l. 241/1990** sia esercitabile sugli atti riguardanti l'**esecuzione del contratto** di cui è parte un operatore economico collocatosi al secondo posto in graduatoria nella procedura di gara.

La controversia dinanzi al Consiglio di Stato trae origine dalla richiesta, inoltrata ad un'azienda sanitaria da un'impresa partecipante ad una gara indetta dall'azienda medesima e nella quale si è collocata **seconda in graduatoria**, finalizzata ad ottenere il rilascio dei documenti relativi alla **fase esecutiva dell'appalto** affidato alla prima classificata. Obiettivo dell'istante era quello di **verificare la corretta esecuzione del contratto** da par-

te dell'impresa aggiudicataria: l'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore avrebbe determinato l'obbligo dell'Amministrazione di procedere alla **risoluzione del contratto** con conseguente affidamento del servizio all'appellante in virtù delle regole dello "scorrimento della graduatoria".

L'istanza è stata rigettata dall'Amministrazione sul presupposto della **carenza di un interesse qualificato** in capo all'impresa e della **non applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato** al settore dei contratti pubblici.

Il diniego è stato a sua volta impugnato dinanzi al TAR Toscana che ha però respinto il ricorso sulla base delle seguenti ragioni: a) l'istanza sarebbe stata finalizzata ad un'**inammissibile indagine esplorativa** circa la condotta dell'impresa esecutrice del servizio; b) l'**accesso civico generalizzato** sarebbe stato **inoperante** nel settore dei contratti pubblici; c) circa la fase **esecutiva** del rapporto tra impresa e stazione appaltante, "*l'interesse della ex partecipante alla gara può configurarsi solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti dell'accesso ordinario*" in assenza di elementi che possano far dubitare della correttezza dell'esecuzione del servizio.

Pertanto, con l'ordinanza in parola, il Collegio, nel sottoporre le questioni all'esame dell'Adunanza plenaria ha rilevato la sussistenza di tre interrogativi da dirimere:

1. la **sussistenza o meno della titolarità del diritto di accesso ordinario** ex art. 22 della l. 241/1990 in capo all'operatore economico, il quale, facendo valere il proprio interesse strumentale allo scorrimento della graduatoria o alla ripetizione della gara, intenda conoscere i documenti relativi all'**esecuzione di un contratto pubblico** al fine di verificare l'esistenza dei presupposti per il suo scioglimento;
2. la sussistenza o meno del dovere dell'Amministrazione di accogliere un'istanza di accesso, basata formalmente sulla disciplina ordinaria o sui suoi presupposti sostanziali, qualora, in difetto di interesse differenziato in capo al richiedente, siano comunque riscontrabili, in concreto, tutti i presupposti per l'esercizio del **diritto di accesso civico generalizzato** di cui al d.lgs. 33/2013;
3. in caso di **convertibilità** dell'istanza di accesso in istanza di accesso civico generalizzato, la questione relativa al **rapporto tra la disciplina dell'accesso civico e quella dell'accesso ordinario**, nella specifica materia degli atti di gara e della fase **esecutiva del rapporto contrattuale** con l'impresa aggiudicataria.

* * * * *

Il TAR Puglia rimette alla CGUE la questione della mancata previsione del contraddittorio in favore del soggetto destinatario di informazione interdittiva antimafia
[TAR Puglia, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28](#)

RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE – INFORMAZIONE ANTIMAFIA - MISURE DI PREVENZIONE – CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE – D.LGS. 6 SETTEMBRE 2011, N. 159

Con l'ordinanza in commento, il **TAR Puglia** ha chiesto alla **Corte di giustizia** di chiarire se gli **artt. 91, 92 e 93 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159**, nella parte in cui non prevedono il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto destinatario di in-

formazione antimafia interdittiva, siano compatibili con il principio del contraddittorio, così come riconosciuto dal diritto dell'UE.

Nel caso di specie, il **provvedimento interdittivo antimafia** era stato rilasciato dalla Prefettura di Foggia nei confronti della ricorrente, senza alcun contraddittorio tra l'Amministrazione e la società interessata.

Il Collegio prende le mosse dalla disamina della disciplina nazionale di riferimento, in base alla quale l'informazione interdittiva avrebbe natura di **misura preventiva a carattere amministrativo**, finalizzata ad anticipare la soglia della difesa sociale in modo da garantire una tutela avanzata contro le attività della criminalità organizzata.

L'autorità prefettizia competente, al fine di tutelare la salvaguardia dell'**ordine pubblico economico**, della **libera concorrenza** fra le imprese e del **buon andamento dell'azione amministrativa**, può adottare l'informazione interdittiva anche sulla base di semplici indizi, presunzioni e **senza possibilità per il destinatario** di addurre elementi idonei ad orientare, in senso favorevole, l'Amministrazione decidente.

Tuttavia, secondo i giudici remittenti, al provvedimento prefettizio in esame non potrebbe attribuirsi **natura cautelare** e, quindi, non dovrebbe ritenersi giustificata l'esclusione di una fase partecipativa al procedimento di rilascio, non trattandosi di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità il rapporto giuridico controverso, bensì di **atto conclusivo del procedimento amministrativo**, avente effetti dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la Pubblica Amministrazione. All'adozione del provvedimento segue, infatti, il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione di un contratto, nonché la sostanziale messa al bando dell'operatore economico, estromesso dal circuito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

A livello europeo e sovranazionale è, invece, riconosciuto quale principio fondamentale, quello del contraddittorio di carattere endoprocedimentale. Il principio in esame, in quanto espressione fondamentale di civiltà giuridica, appartiene al catalogo dei principi generali del diritto dell'Unione ed è espressamente riconosciuto anche dall'**art 41 della CEDU**.

Sulla scorta delle suesposte valutazioni, il TAR ha quindi deciso di sospendere il giudizio di primo grado e richiedere l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

Nell'attesa che la Corte adita si pronunci, si segnala per completezza la presa di posizione della terza sezione del **Consiglio di Stato**, che con la sentenza n. **820 del 31 gennaio 2020** ha ribadito, facendo riferimento anche all'ordinanza in commento, come l'assenza di un'interlocuzione procedimentale in questa materia, non costituisca un **vulnus**, ma sia finalizzata a non frustrare la finalità perseguita dalla legislazione antimafia: **prevenire il tentativo di infiltrazione** da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia ha assunto forme e travestimenti sempre più insidiosi.

Secondo la terza sezione del **Supremo Consiglio**, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE avrebbe chiarito che proprio il raggiungimento di tale finalità giustificerebbe l'eliminazione del contraddittorio endoprocedimentale, che *"del resto, non è un valore assoluto o slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un **principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione** (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al **principio di legalità sostanziale** (art. 3, c. 2, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo"*.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Il mancato utilizzo del modello di offerta economica messo a disposizione dell'Amministrazione può comportare l'esclusione dalla procedura?

[TRGA Trento, 17 gennaio 2020, n. 4](#)

Un istituto di formazione professionale alberghiero bandiva sul mercato elettronico provinciale (MEPAT), con lettera di invito-richiasta di offerta (RDO), una gara telematica al prezzo più basso per la **fornitura** di attrezzature per la ristorazione. Quanto all'**offerta economica**, la lettera di invito prevedeva la presentazione di un allegato contenente l'**elenco** dei beni e attrezzature oggetto di gara; a fini di ausilio dei concorrenti per la formulazione dell'offerta, l'Amministrazione metteva a loro disposizione un modello in formato .pdf, che era sottoscritto digitalmente dal legale rappresentante dell'Istituto.

All'esito dell'espletamento della procedura, tuttavia, la seconda graduata impugnava l'aggiudicazione, lamentando – fra gli altri motivi di ricorso – che l'aggiudicataria illegittimamente **non avesse utilizzato il modulo** messo a disposizione dei concorrenti, caricato a sistema e munito di firma digitale del legale rappresentante della stazione appaltante; la ricorrente riteneva infatti "tassativa" tale modalità di redazione in quanto, con la creazione di un nuovo documento da parte del concorrente, non sarebbe stata dimostrabile la provenienza dello stesso.

I giudici, tuttavia, nel rigettare il ricorso hanno chiarito che dalla *lex specialis* **non** emergeva in nessun modo una **correlazione** fra il **mancato utilizzo del modulo** e una **sanzione espulsiva**. Nella fattispecie in esame, dunque, i giudici hanno riconosciuto la legittimità dell'operato della stazione appaltante che, verificando i contenuti dei documenti dimessi in gara dal concorrente e riscontrando la **corrispondenza** delle voci delle liste con quelli presenti nel modello messo a disposizione dall'Amministrazione, non ha disposto l'esclusione del concorrente per mancato utilizzo dello stesso.

In via generale, pur non essendo legittimo correlare al mancato utilizzo dei modelli messi a disposizione dall'Amministrazione la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara, si suggerisce l'**utilizzo**, da parte dell'operatore economico, dei **modelli** forniti dalla stazione appaltante, al fine di garantire una **verifica** più tempestiva dei documenti dimessi in gara, a tutto vantaggio della **speditezza** del procedimento.

Mancata aggiudicazione per valutazione di non convenienza dell'offerta: poteri e limiti della stazione appaltante

Con apposito parere precontenzioso ([cfr. delibera 29 gennaio 2020, n. 79](#)), l'**ANAC** analizza il tema del **potere** della stazione appaltante di **non aggiudicare** una gara (anche in presenza di una sola offerta) a fronte di un giudizio di **non convenienza o inidoneità dell'offerta** in relazione all'oggetto del contratto.

La facoltà di non aggiudicare trova fondamento nell'art. 95, c. 12, del d.lgs 50/2016, purché ciò sia indicato espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito.

Si tratta di un potere dal carattere **“amplissimo”** ed altamente **discrezionale**, sindacabile solo qualora sia **manifestamente illogico** o viziato da **travisamento dei fatti**, in quanto conseguenza di un apprezzamento di merito riservato alla stazione appaltante.

A parere di un consolidato orientamento giurisprudenziale la facoltà in esame non è riconducibile all'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione ma dipende da una **negativa valutazione delle offerte** presentate che, pur formalmente rispondenti alle prescrizioni della *lex specialis*, sono ritenute **inidonee a soddisfare gli obiettivi** perseguiti con la gara per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce di una generale riconsiderazione dell'appalto; conseguentemente è necessario che la **motivazione del provvedimento** di mancata aggiudicazione consenta di ricostruire l'**iter logico** mediante il quale la stazione appaltante è pervenuta al giudizio di non convenienza o inidoneità dell'offerta.

Nel merito, l'istante, unico offerente, lamenta tra l'altro che la stazione appaltante non avrebbe potuto valutare la convenienza e/o la congruità dei prezzi unitari nel caso di gara, come quella in esame, da aggiudicarsi secondo il **criterio del minor prezzo**.

Al contrario l'Autorità rileva come anche nel caso di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante mantiene il **potere discrezionale** di effettuare una **valutazione di convenienza economica dell'unica offerta** rimasta in gara; si evidenzia in particolare che *“nonostante il **potere** dell'Amministrazione sia sensibilmente **più ampio** nel caso di **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, non può a priori escludersi che, a prescindere dal giudizio di anomalia o di congruità dell'offerta presentata dall'unico operatore rimasto in gara, la stazione appaltante possa pervenire ad una valutazione di non convenienza dell'offerta nonostante questa presenti un ribasso rispetto all'importo posto a base di gara”*.

Nell'ambito di tale giudizio, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata, è legittimo che la stazione appaltante, come avvenuto nel caso di specie, effettui un'**indagine di mercato** per comparare l'offerta con i **prezzi medi di mercato**, nonché con quelli praticati dallo stesso operatore nell'ambito di altra gara relativa all'affidamento di prestazioni analoghe.

Alla luce delle predette considerazioni, nel caso in esame, l'ANAC ritiene **legittimo** il **provvedimento di non aggiudicazione** della gara in oggetto ai sensi dell'art. 95, c. 12, del Codice degli appalti, in quanto **la valutazione di non convenienza economica** dell'unica offerta rimasta in gara appare adeguatamente **motivata** e non viziata da manifesta illogicità o da travisamento dei fatti, nonché **coerente** con i principi sanciti sia dalla giurisprudenza che dalla stessa Autorità in materia.

* * * * *

Requisiti speciali negli affidamenti di servizi e forniture – Parte III: i requisiti di capacità tecnico-professionale

Concludiamo la trattazione relativa alla Rassegna ragionata ANAC in tema di requisiti speciali di partecipazione negli affidamenti di servizi e forniture, pubblicata a novembre.

Come la recente giurisprudenza precisa ed altresì prevede la direttiva 2014/24/UE, le stazioni appaltanti possono, in virtù della loro discrezionalità, richiedere requisiti per garantire il possesso da parte degli operatori economici delle **risorse umane e tecniche, nonché dell'esperienza, necessarie** per un'esecuzione dell'appalto con **adeguato stan-**

dard di qualità (TAR Lazio, sez. II, n. 8327/2018). Inoltre, è assodato che il concorrente debba possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale **al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta**, a pena di esclusione, considerato che i requisiti individuati come necessari per l'ammissione alla procedura sono requisiti essenziali per la partecipazione (TAR Piemonte, sent. n. 514/2018). D'altro canto la P.A., nel perseguimento dell'interesse pubblico, non può che incentivare la partecipazione alle gare di soggetti **particolarmente qualificati** in modo che le prestazioni oggetto di gara siano svolte al meglio. A dimostrazione della propria idoneità ad eseguire a regola d'arte l'attività oggetto dell'appalto, l'offerente può esibire **l'elenco dei principali servizi** come risultanti dai certificati di regolare esecuzione o da atti similari: ad assumere rilevanza non sarà tanto il numero dei committenti, quanto, invece, il dato oggettivo della **pluralità ed entità** dei contratti di servizi analoghi svolti.

La discrezionalità di definizione di criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, propria della stazione appaltante (da esercitarsi nei limiti della proporzionalità, ragionevolezza, pertinenza e congruità), può esplicarsi in vario modo: a titolo esemplificativo, mediante la previsione di requisiti di capacità attestati dal possesso di specifica **certificazione**, nel caso di RTI o consorzi, anche **in capo a tutti i concorrenti riuniti o consorziati**, anziché solamente nei confronti del concorrente del gruppo deputato allo svolgimento della parte di servizio per la quale si richiede la certificazione. **La valutazione** dei requisiti, essendo di competenza specifica della stazione appaltante, sarà **sindacabile** esclusivamente nella misura in cui appaia fondata su un *iter* illogico o irrazionale.

Così come affermato da ANAC, è possibile anche la previsione di requisiti di capacità **particolarmente rigorosi**, **“purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto”**.

L'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato, posta a fondamento della possibilità di previsione nella *lex specialis* di gara di credenziali e qualificazioni pregresse in capo all'offerente, deve, però, essere **contemperata** con il principio di massima partecipazione. Conseguentemente, come ha chiarito la giurisprudenza e ribadito più volte ANAC, la **corretta interpretazione** del requisito del pregresso svolgimento di servizi o forniture “analoghi” (a quelli oggetto dell'affidamento) si fonda sulla distinzione tra servizi “identici” e servizi “analoghi” e sulla definizione di **“analogo”** quale servizio **“rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto”** (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5944/2017); si tratta, dunque, di un'interpretazione ampia volta a permettere l'apertura del mercato a tutti i concorrenti per i quali si possa esprimere un complessivo giudizio di affidabilità. Resta, comunque, ferma la possibilità, in determinati casi, di richiedere ai concorrenti il pregresso esercizio di servizi **strettamente analoghi**, se non **identici**, a quello oggetto di gara, purché ciò risponda ad un preminente interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara.

Sul tema della **commistione** tra i **requisiti di partecipazione** e i **criteri di aggiudicazione**, l'Autorità ha offerto una ricognizione dei principi espressi dalla normativa e dai precedenti giurisprudenziali e propri, richiamando, altresì, le proprie linee guida n. 2. Con l'elenco dei criteri di aggiudicazione dell'art. 95, c. 6, lett e), d.lgs. n. 50/2016 è stata superata la rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione, potendo essere valutati, ai fini delle offerte tecniche, profili di carattere soggettivo, purché consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzarne caratteri-

stiche particolarmente meritevoli (si veda, a tal proposito, la sentenza riportata sopra nella sezione "Giurisprudenza": Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 611).

Tra i requisiti tecnici che le stazioni appaltanti possono prevedere nelle procedure ad evidenza pubblica vi è il possesso di una determinata **certificazione di qualità** (coerente con le finalità perseguite e le caratteristiche dell'attività da affidarsi), rilasciata da un organismo qualificato, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, volta ad assicurare che l'affidataria sia idonea ad effettuare la prestazione oggetto del contratto, secondo un livello minimo. Vigge, comunque, il **principio dell'equipollenza**, in base al quale non può essere escluso l'offerente che possieda una certificazione equivalente e dimostri che il prodotto offerto abbia caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti allo specifico standard richiesto. Per sopperire alla mancanza delle certificazioni in parola, vi è la possibilità di ricorrere all'**avvalimento**, a condizione che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale con tutte le risorse che le hanno concesso di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione: deve, in sostanza, trattarsi di una messa a disposizione effettiva e non fittizia. Eventuali carenze documentali relative alle certificazioni di qualità richieste possono essere integrate con il **soccorso istruttorio**, ma i requisiti di partecipazione devono essere posseduti al termine di presentazione dell'offerta, altrimenti non sarà valido il soccorso istruttorio.

L'avvalimento dei requisiti di capacità tecnico-professionali (avvalimento operativo) è uno strumento ammesso. L'**art. 89, c. 1, d.lgs. n. 50/2016** prevede, però, che gli operatori possano avvalersi delle capacità di altri soggetti solo a condizione che questi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste e ciò nell'ottica di soddisfare le esigenze di concretezza ed effettività del requisito esperienziale. Occorre quindi che il contratto di avvalimento da prodursi in sede di gara rechi il dettaglio delle risorse messe a disposizione e l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi.

È possibile fare affidamento sui requisiti e sulle referenze di un altro soggetto attraverso un **contratto di affitto di ramo di azienda e/o di cessione**, con la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale attraverso l'esperienza dell'azienda cedente; tuttavia, in ossequio al **principio della continuità del possesso dei requisiti** di partecipazione alla gara, l'ANAC ha di recente precisato che la dichiarazione di fallimento della società cedente, con cessazione dell'attività di impresa comporta in capo alla cessionaria la perdita dei requisiti acquistati con il contratto di affitto.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di:

Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Carloalberto Siciliano, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agazia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agazia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.