



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 827 DEL 18 settembre 2019**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Icil S.r.l. – Avviso di indagine di mercato per l'individuazione di operatori economici da invitare alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett b) del d. lgs. 50/2016 per la realizzazione di un impianto di illuminazione artistica degli edifici dell'Amministrazione Centrale dell'INAF - Importo a base di gara: euro 199.820,00 - S.A.: Istituto Nazionale di Astrofisica

#### **PREC 120/19/L**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza singola prot. n. 44152 del 31 maggio 2019 presentata dalla società Icil S.r.l., con la quale l'istante lamenta la presunta illegittimità dei criteri di selezione inseriti nell'avviso pubblico di indagine di mercato indicato in oggetto, ritenendo in particolare discriminatoria la richiesta, oltre al possesso dell'attestazione di qualificazione nella categoria OS30, di ulteriori requisiti di capacità economica (fatturato minimo annuo di euro 350.000,00) e tecnico professionale (aver eseguito un intervento analogo su immobile vincolato ai sensi del d. lgs. 42/2004 di importo almeno pari a euro 100.000,00; aver eseguito un impianto di illuminazione che prevede protocolli di regolazione DALI e DMX; possesso di certificazioni UNI EN ISO 9001:2015, UNI EN ISO 14001:2015, OHSAS 18001:2012 o ISO 45001:2018). L'istante contesta inoltre la legittimità del criterio adottato per individuare i soggetti da invitare alla procedura di selezione, che prevedeva, nel caso in cui il numero delle domande pervenute fosse risultato superiore a tre, che l'invito sarebbe stato rivolto ai primi tre candidati, in base all'ordine cronologico di arrivo istanze di partecipazione;

CONSIDERATO che il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale è ritenuto necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, alla luce della causa di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, relativa alla "assenza di una questione controversa insorta fra le parti interessate", a meno che i requisiti richiesti nel bando o avviso impediscano la partecipazione: nella fattispecie, la società istante si è collocata al tredicesimo posto dell'elenco cronologico delle domande di partecipazione, pertanto il presente parere esamina le contestazioni relative a tali requisiti;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 24 luglio 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTA in particolare la memoria della stazione appaltante, con la quale essa evidenzia la necessità di concludere la gara in tempi molto ristretti e sostiene la piena legittimità del criterio di individuazione dei soggetti da invitare basato sull'ordine temporale di arrivo delle domande, in quanto modalità di selezione casuale, al pari del sorteggio. Inoltre, nel caso di specie tale metodo non si porrebbe in conflitto neanche con il principio di rotazione, in quanto non si tratta di un appalto ricorrente e non esiste un gestore uscente;

CONSIDERATO che la determina a contrarre che ha dato avvio alla procedura in oggetto reca la data del 7 maggio 2019 e che, pertanto, la disciplina ad essa applicabile *ratione temporis* va individuata nell'art.36, comma 2, lett. b) del d. lgs. 50/2016 come modificato dal d. l. 18 aprile 2019 n. 32, nella versione antecedente alla relativa legge di conversione (l. 55/2019). Nello specifico, la norma prevedeva, per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 200.000 euro, il ricorso alla procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici;

CONSIDERATO, per quanto attiene alla doglianza relativa ai requisiti ulteriori all'attestazione SOA richiesti ai fini della partecipazione, che, per regola generale, nell'ambito del sistema unico di qualificazione previsto per i lavori pubblici, tale attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria (art. 60, comma 3, del d.P.R 207/2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016), con la conseguenza che non è consentito richiedere requisiti diversi o ulteriori (delibere ANAC n. 601 del 31.05.2017 e n. 1362 del 20.12.2017, p.to 5.1.6 delle Linee guida n. 4 recanti "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", adottate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate con delibere n. 206 del 1 marzo 2018 e n. 636 del 10 luglio 2019);

CONSIDERATO che di questa regola generale, sulla quale riposa la *ratio* stessa del sistema delle SOA, volto ad evitare che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria debbano essere stabiliti ed accertati di volta in volta nel corso delle singole gare, si ha conferma - *a contrario* - dall'art. 84, comma 7, del d.lgs. 50/2016, ove è prevista una sorta di qualificazione rafforzata, ulteriore alla SOA, ma limitatamente agli appalti di importo pari o superiore a 20 milioni di euro e comunque in forme e secondo modalità definite dal legislatore e non rimesse alla libera scelta delle stazioni appaltanti (CGARS, 21 dicembre 2017, n. 559). In senso analogo, di natura eccezionale va considerato anche il sistema di qualificazione autonomo previsto per i settori speciali (artt. 133 e segg. d. lgs. 50/2016), ove si riepande il principio secondo cui spetta alle stazioni appaltanti il compito di individuare e verificare i requisiti che devono possedere i candidati o i concorrenti, tenuto conto della natura del contratto e in modo proporzionale al valore dello stesso (delibera ANAC n. 286 del 22 marzo 2017);



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

CONSIDERATO, con riferimento alle certificazioni richieste nell'avviso di indagine di mercato della procedura in oggetto, che le certificazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali e di contenimento dei consumi energetici sono previste quali elementi di valutazione della qualità nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 6, lett. a) del d. lgs. 50/2016): la stazione appaltante avrebbe potuto utilizzare tale criterio in luogo del minor prezzo, al fine di valorizzare tali aspetti (con la sola precisazione che la scelta avrebbe richiesto apposita motivazione, secondo quanto previsto dall'art. 36, comma 9-*bis* del d. lgs. 50/2016 vigente *ratione temporis*);

CONSIDERATO, per quanto attiene alla doglianza relativa al criterio di individuazione dei soggetti da invitare basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, che le richiamate "Linee guida n. 4" ribadiscono che le procedure sotto soglia devono essere condotte nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti, declinando in particolare il principio della libera concorrenza quale effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati e il principio di pubblicità e trasparenza quale conoscibilità della procedura di gara e facilità di accesso alle informazioni. Le medesime Linee guida suggeriscono, ove non siano stati previsti criteri oggettivi per la selezione dei fornitori e risulti idoneo a partecipare alla procedura un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato, di ricorrere al sistema del sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente reso noto nell'avviso a manifestare interesse;

RITENUTO che il criterio di selezione basato sull'ordine cronologico di arrivo, cioè sulla tempestività della domanda, non è in grado di garantire la medesima casualità del sorteggio e di neutralizzare il possibile rischio di asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti. La pubblicità, ove (come nel caso di specie) si decida di rendere nota la procedura mediante un avviso di manifestazione di interesse, deve essere "funzionale", nel senso che il mezzo prescelto deve essere idoneo allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali operatori interessati all'affidamento, in relazione all'entità e all'importanza dell'appalto (deliberazione AVCP n. 13 del 23 aprile 2014). Tale obiettivo risulta sostanzialmente vanificato dall'utilizzo del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle candidature, quale metodo di selezione per gli operatori da invitare. Questa criticità in fase applicativa è stata più volte riscontrata dall'Autorità nell'ambito dell'attività di vigilanza ed è stata segnalata anche nel documento di consultazione predisposto ai fini dell'aggiornamento delle Linee guida n. 4 (febbraio 2019). In quella sede, allo scopo di orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti in materia di affidamenti sotto soglia, è stato confermato il divieto di prevedere l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione ai fini della selezione degli operatori da invitare, come pure il divieto di richiedere requisiti di partecipazione ulteriori rispetto al possesso dell'attestazione SOA;

RITENUTO, pertanto, che le previsioni contenute nell'avviso di indagine di mercato all'esame possano, in ragione di quanto sopra evidenziato, aver determinato una possibile lesione dei principi di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

trasparenza dell'azione amministrativa, nonché di libera concorrenza, non discriminazione e *par condicio*  
dei concorrenti;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che i criteri e le modalità di selezione dei soggetti da invitare alla procedura di affidamento utilizzati dalla stazione appaltante non siano conformi ai principi generali in materia di contratti pubblici.

- Il Presidente f.f.  
- Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2019

Il Segretario Maria Esposito