

PARERE N. 170 DEL 10/10/2012

PREC 204/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal CIRE – Comitato interassociativo Reti Elettriche e Illuminazione Pubblica – “Procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara per l’appalto dei lavori di installazione e manutenzione di linee aeree e interrato in MT e BT, cabine secondarie MT/BT e lavori su gruppi di misura elettrici, con/senza presenza di tensione, interventi su chiamata per guasto, nonché attività accessorie come attività propedeutiche alle progettazioni di linee/impianti (inclusi i rilievi celerimetrici e catastali, elaborati tecnici ecc), interventi edili di modeta entità in cabina primaria AT/MT ed eventuale attività accessoria di taglio/potatura piante e sfascio erba” – Data di pubblicazione del bando: 2.2.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 1.600.000.000,00 – S.A.: ENEL Servizi srl.

Requisiti di partecipazione e fase di prequalificazione

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara indetto da ANAS Servizi S.r.l. per le ragioni indicate in fatto.

Il pertinente richiamo dell’istante ai precedenti giurisprudenziali ed ai pareri resi sull’argomento della prequalificazione da questa Autorità consentono di ritenere fondata la censura mossa nei confronti del bando di gara che il Comitato Interassociativo istante ritiene “*affetto da vizi tali da rendere illegittima la procedura di gara in quanto le clausole in esso contenute sono tali da stravolgere la natura della prequalificazione*”.

Invero, nelle procedure ristrette e negoziate precedute da bando, come nella procedura in esame, l’art. 56 del Codice dei contratti prescrive, per quanto ne occupa, che le stazioni appaltanti negozino con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d’oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l’offerta migliore con il criterio di selezione prescelto; nel caso di specie, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Nulla, quindi, consente di desumere che, in questo caso, la suddetta negoziazione possa prescindere dalla plurifasicità: prequalificazione-invito *ad offerendum*-aggiudicazione.

La prima delle suddette fasi assolve, infatti, alla imprescindibile funzione di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione prescritti dal bando e dal disciplinare di gara, per individuare gli operatori economici che, in possesso dei requisiti minimi prescritti per la partecipazione alla gara, possano essere invitati a presentare le loro offerte, sulle quali successivamente negoziare.

La suddetta fase, dunque, è funzionale al riscontro dell’effettivo possesso dei requisiti prescritti dal bando, con la conseguenza che la mancanza di uno o più di questi, preclude la presentazione dell’offerta, né è possibile verificarne la ricorrenza nella successiva fase concorsuale di valutazione di quest’ultima (costituita da una procedura ristretta comparativa delle offerte presentate dai

concorrenti prequalificati), fino all'aggiudicazione definitiva con il criterio prescelto. Fermo restando, quindi, il rispetto dei principi di ampia partecipazione e *par condicio* nelle pubbliche gare, è rimessa all'amministrazione procedente la previa ponderazione degli specifici requisiti che si richiedono ai soggetti offerenti, in rapporto alla tipologia dell'appalto da affidare. A tale riguardo, va sottolineato come detta procedura non si ponga comunque in contrasto con i principi di libera circolazione e massima partecipazione, tale da risultare impeditiva dell'inserimento di nuovi operatori nel mercato, in quanto sussistono pur sempre strumenti contemplati dall'ordinamento di settore che consentono il superamento di eventuali difficoltà di inserimento, quali l'associazione temporanea di imprese o l'avvalimento.

Nel caso di specie, quindi, la stazione appaltante nel prevedere che entro 60 gg. dall'eventuale aggiudicazione definitiva, il concorrente possa acquisire ulteriori profili professionali e mezzi d'opera nella quantità e tipologia previste nel documento "Requisiti tecnici e professionali", ha inserito nella disciplina di gara una clausola assolutamente in contrasto con i principi e con la normativa di settore se si considera che *"il possesso dei requisiti previsti dal bando deve sussistere sia nella fase di prequalificazione sia nella fase concorsuale vera e propria. La carenza degli stessi requisiti già nella prima delle citate autonome fasi preclude l'accoglimento della richiesta di invito e non può in alcun modo essere sostituito dal sopravvenuto possesso nell'ambito della successiva fase concorsuale vera e propria, mentre la sopravvenuta perdita dello stesso in capo ad un'impresa che aveva superato positivamente la fase di prequalificazione ne impone l'esclusione"* (TAR Lombardia –Milano- sez I- 30 gennaio 2007 n. 107, TAR Lazio – Roma sez II 20 giugno 2005, n. 5158). Lo stesso è a dirsi rispetto alle altre clausole in contestazione, che consentono a soggetti privi di certificazioni di qualità o di qualificazione nel relativo comparto Enel, di superare la fase di prequalifica e di arrivare all'aggiudicazione definitiva presentando mere dichiarazioni di disponibilità ad acquisire, rispettivamente, entro il 31.12.2012 le certificazioni ISO 14001 e OHSAS 18001 e, entro 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva, la qualificazione nel comparto Enel relativa al gruppo merceologico "impianti elettrici di distribuzione in MT e BT".

Argomentando poi dall'art. 46, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui prevede l'esclusione in caso di mancato adempimento alle prescrizioni contenute nel codice e nel regolamento, può desumersi che la violazione delle prescrizioni che impongono il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione (art. 38) legittima l'esclusione del concorrente e che, analogamente a quanto prescritto per i suddetti requisiti di ordine generale, anche i requisiti di ordine speciale devono essere posseduti dall'operatore economico al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Tant'è che all'operatore economico che non sia in condizioni di partecipare alla gara perché privo dei necessari requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, è data la possibilità di ricorrere ad istituti disciplinati dallo stesso codice degli appalti e di avvalersi, ad esempio, dei requisiti di un altro soggetto, di associarsi in raggruppamento temporaneo oppure, sussistendo i presupposti di cui all'art 118 del codice, di subappaltare la parte della prestazione che non è in grado di eseguire.

D'altra parte, la necessità che il concorrente sia in possesso dei requisiti in parola già nella fase di prequalificazione vale anche a garantire il corretto svolgimento delle procedure di gara, rispetto alle quali il codice prevede e disciplina l'espletamento di determinati adempimenti, collocati in specifiche fasi procedurali (il riferimento è, ad esempio, all'art. 48, che disciplina il controllo sul possesso dei requisiti che il concorrente sorteggiato deve necessariamente possedere prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate, senza che sia pensabile che ai requisiti dichiarati e da dimostrare possa sostituirsi una dichiarazione di impegno ad acquisirli, o ancora alla fase di determinazione della soglia di anomalia che non può essere duplicata una volta acquisito il requisito da parte del concorrente che non ne era in possesso in quel determinato momento della procedura). Quanto sopra vale quindi ad affermare che la stazione appaltante non può ritenere equivalente la posizione di chi possiede in fase di prequalificazione i requisiti di ordine speciale richiesti nel bando e chi invece si limita, in quella fase, a rendere una dichiarazione di impegno ad acquisirli una volta

aggiudicatosi definitivamente la gara.
In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le citate clausole del bando di gara indetto da Enel Servizi s.p.a. per l'affidamento dell'appalto in oggetto non siano conformi alla normativa e ai principi di settore e che il possesso dei requisiti di ordine speciale debba necessariamente sussistere al momento di scadenza del termine di presentazione delle offerte, senza che a tale possesso possa sostituirsi, per espressa previsione della *lex specialis* di gara alcuna dichiarazione di impegno ad acquisirlo.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito