



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 709

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 Costrame S.r.l. – Procedura di affidamento di un accordo quadro per la gestione, sorveglianza, manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e della rete fognaria del Comune di Pozzuoli e di tutti gli impianti a servizio della rete – Importo a base di gara: euro 8.501.636,20 – S.A.: Comune di Pozzuoli

PREC 83/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 33804 del 26/04/2019, la Costrame S.r.l. ha presentato richiesta di parere di precontenzioso con riferimento alla procedura di affidamento di un accordo quadro per la gestione, sorveglianza, manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e della rete fognaria del Comune di Pozzuoli e di tutti gli impianti a servizio della rete, indetta in data 27/03/2018 e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società istante contesta l'illegittima ammissione alla procedura di gara dei primi tre operatori economici ammessi - che precedono immediatamente nella graduatoria dei punteggi assegnati il raggruppamento in cui la società Costrame è mandataria - per carenza in capo agli stessi dei requisiti di idoneità professionale e capacità tecnico-professionale richiesti, ai sensi dell'art. 83, d.lgs. 50/2016, dall'art. 7 del disciplinare di gara. In particolare, la società contesta l'assenza dei requisiti di idoneità professionale in capo agli operatori economici che la precedono in graduatoria per i seguenti motivi: 1) con riferimento al RTI Infratech-Easy Servizi, la mandante EASY Servizi, avendo dichiarato di voler eseguire integralmente la componente del servizio di allaccio/distacco utenze idriche e la lettura dei contatori per una quota di partecipazione ed esecuzione pari al 10,165% dell'appalto, ha presentato visura camerale da cui risulta, dal 30/06/2016 (inferiore al triennio), l'attivazione di un oggetto sociale individuato con riferimento al codice ATECO 82.99.99 (servizi di lettura contatori, registrazione ed elaborazione dati, verifica sigillatura misuratori, digitazione dati e acquisizione ottica); con riferimento al medesimo RTI anche la consorziata IDROAMBIENTE non avrebbe l'idoneità professionale richiesta in base alle risultanze dell'iscrizione CCIAA (codice ATECO 41.2) da cui non emergerebbe un oggetto sociale riferito alla gestione di reti acquedottistiche e di distribuzione idropotabile; 2) con riferimento al RTI Cons. Prod. e Lavoro Forlì - Centro Costruzioni Meridionali S.r.l., entrambi gli operatori economici non risulterebbero in possesso dei requisiti di idoneità professionale previsti dall'art. 7 del disciplinare di gara in quanto il codice ATECO inserito nel certificato della CCIAA (41.2) non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sarebbe compatibile con quanto richiesto dalla normativa di gara; 3) con riferimento al RTI Opus S.p.A. – Coget S.r.l., quest'ultimo pur avendo un oggetto sociale riferito a lavori di manutenzione e costruzione di reti acquedottistiche e per la relativa gestione dei servizi, non possiederebbe il requisito di iscrizione CCIAA per i servizi di allaccio e/o distacco di utenze idriche, incluse le attività di lettura dei contatori e le altre attività correlate.

L'avvio dell'istruttoria è stato comunicato con nota prot. n. 46925 del 11/06/2019 alle parti interessate che hanno trasmesso memorie e documenti.

Nelle memorie trasmesse dagli operatori economici Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro e Opus Costruzioni S.p.A. si rileva la tardività dell'istanza di parere essendo divenuto inoppugnabile il verbale di ammissione delle concorrenti alla procedura di gara, pubblicato dalla stazione appaltante in data 13/11/2018 e non impugnato nei termini previsti dall'art. 120, comma 2bis, d.lgs. 104/2010.

Rispetto alle contestazioni di merito, la stazione appaltante da una parte evidenzia come l'iscrizione camerale sia stata richiesta con riferimento ad attività "similari" nel senso di attività rientrante nella stessa tipologia di quella richiesta, vale a dire affine o simile a quella da appaltare ma non necessariamente identica; dall'altra parte, evidenzia, rispetto all'oggetto del contratto in affidamento, come la componente dei lavori e quella dei servizi di conduzione e sorveglianza delle reti identificano in valore circa il 90% dell'appalto, dovendosi ridimensionare la parte relativa all'attività di allacci di utenze e relative letture, su cui l'istante contesta sostanzialmente le visure camerali. Quindi, nel ritenere conformi alla prescrizione del disciplinare di gara i certificati camerali che la Costrame S.r.l. contesta, la stazione appaltante pone l'accento sugli altri requisiti tecnici richiesti dal bando attinenti al fatturato globale, al fatturato specifico, allo svolgimento di servizi analoghi e alle referenze bancarie, al fine di evidenziare come anche e soprattutto la richiesta di tali requisiti sia funzionale alla comprova della capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei concorrenti. Infine, la stazione appaltante precisa che l'ammissione dei concorrenti è stata disposta in base alle autocertificazioni presentate dagli stessi in sede di presentazione della domanda, ma sarà cura dell'amministrazione di verificare l'effettivo possesso di tutti i requisiti dichiarati in sede di aggiudicazione definitiva.

In linea con le argomentazioni espresse dalla stazione appaltante, anche le concorrenti la cui partecipazione è contestata evidenziano la conformità delle iscrizioni camerali a quanto richiesto dal disciplinare di gara, al contempo ponendo l'attenzione sull'oggetto dell'affidamento e sugli ulteriori requisiti speciali richiesti ai fini della dimostrazione della capacità tecnica ed economico-finanziaria necessaria alla partecipazione.

Ritenuto in diritto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con la richiesta di parere in oggetto, la società istante contesta l'illegittima ammissione alla procedura di gara dei primi tre operatori economici ammessi - che la precedono immediatamente nella graduatoria dei punteggi assegnati nella valutazione delle offerte - ritenendo che le iscrizioni camerali relative ai concorrenti non siano idonee a comprovate il requisito di idoneità professionale richiesto, ai sensi dell'art. 83, d.lgs. 50/2016, dall'art. 7 del disciplinare di gara e relativo all'iscrizione camerale per "attività similari" a quelle oggetto dell'affidamento.

In via preliminare, in ordine all'addotta tardività dell'istanza di parere presentata, si rileva che il menzionato art. 120, comma *2bis*, c.p.a. è stato abrogato dall'art. 1, d.l. 18 aprile 2019, n. 32. Con la soppressione del rito "super speciale" previsto dall'art. 204, d.lgs. n. 50/2016 si pone una questione attinente agli atti che, sotto la vigenza dell'abrogata norma, dovevano essere contestati nel termine di 30 giorni dalla loro comunicazione considerato che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso del 9 gennaio 2019 ai sensi del quale sono inammissibili le istanze di parere di precontenzioso "dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale".

Sulla questione prospettata, l'istanza è ritenuta ammissibile in quanto, l'intervenuta modifica normativa rende attuale l'interesse al rilascio di un parere visto che, in ragione dell'intervenuta abrogazione, risulterebbe contestabile l'aggiudicazione sotto il profilo dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario, nonostante la procedura e la fase delle ammissioni alla stessa si siano svolte sotto la vigenza della norma dettata dall'art. 120, comma *2bis*, c.p.a., abrogata durante l'espletamento della procedura. A tale orientamento induce la norma di diritto transitorio dettata all'art. 1, comma 23, d.l. n. 32/2019 che statuisce che il nuovo regime si applica "ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Come osservato, recentemente, dal TAR Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, nella sentenza 324 del 13 maggio 2019, nella norma di cui al comma 5 il legislatore ha "assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito, oltretutto, secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo".

In relazione, invece, al merito delle censure sollevate, le censure sollevate dall'istante non appaiono suffragate da fondamento sia alla luce dei principi normativi applicabili alla materia dei requisiti speciali di partecipazione sia tenuto conto dello stesso tenore delle clausole del disciplinare che l'istante ritiene che giustifichino l'esclusione dei concorrenti considerate le visure camerali trasmesse in atti.

L'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento ai criteri di selezione degli operatori economici previsti al comma 1, tra i quali sono menzionati i requisiti di idoneità professionale,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prevede che essi siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più alto numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e di rotazione.

Come rilevato dalla giurisprudenza, dalla normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici "si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto di appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953)» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10.11.2017, n. 5182)". Inoltre, con specifico riferimento ai codici ATECO, la giurisprudenza ha evidenziato che "il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo irrilevante l'identificazione delle attività in base ai codici ATECO, poiché tale sistema ha funzione prevalentemente statistica in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza alcun rilievo sulla connotazione quale attività prevalente o accessoria (Cons. Stato, sez. V, sent. 17/01/2018, n. 262)".

In considerazione dei principi sopra richiamati le contestazioni sollevate dall'istante non appaiono idonee a sostenere la mancanza del requisito in capo ai concorrenti, tenuto anche conto di quanto indicato dalla stazione appaltante all'art. 7 del disciplinare di gara, che prevede l'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Agricoltura o altro registro ufficiale "per attività similari" a quelle di cui al presente affidamento.

La stazione appaltante ha evidenziato come l'iscrizione camerale sia stata richiesta con riferimento ad attività "similari" nel senso di attività rientrante nella stessa tipologia di quella richiesta, vale a dire affine o simile a quella da appaltare ma non necessariamente identica, rilevando al contempo, rispetto all'oggetto del contratto in affidamento, come la componente dei lavori e quella dei servizi di conduzione e sorveglianza delle reti identificano in valore circa il 90% dell'appalto, dovendosi ridimensionare la parte relativa all'attività di allacci di utenze e relative letture, su cui l'istante contesta sostanzialmente le visure camerali dei concorrenti.

Invero, la scelta compiuta dalla stazione appaltante è stata nel senso di richiedere l'iscrizione alla Camera di Commercio per *attività similari a quelle di cui al presente affidamento*, laddove la richiesta iscrizione concerne la globalità dell'attività contrattuale (inclusiva di lavori e servizi) senza essere limitata ad una specifica categoria o sottocategoria di prestazioni. Inoltre, ai fini della comprova della idoneità tecnico professionale, sempre l'art. 7 del disciplinare ha richiesto garanzie



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

effettive della stessa agli operatori economici visto che i concorrenti devono anche dimostrare di: “Avere eseguito nel triennio antecedente (2015 – 2016 – 2017) e relativamente alla gestione e manutenzione di reti ed impianti idrici e/o fognari pubblici, un fatturato specifico minimo annuo pari o superiore ad 1 volta l’importo dei servizi posto a base di gara ovvero ad € 2.806.636,20” e di “Avere eseguito, nel triennio antecedente (2015 – 2016 – 2017) almeno un servizio di gestione e manutenzione di reti ed impianti idrici e/o fognari pubblici di importo minimo pari o superiore al 60% dell’importo dei servizi posto a base di gara ovvero ad € 1.683.981,72”.

Considerato che i requisiti di idoneità professionale devono essere attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, il requisito di idoneità professionale relativo all’iscrizione nella Camera di Commercio per attività similari deve essere verificato tenuto conto anche della descrizione dell’oggetto sociale in relazione all’oggetto complessivo dell’affidamento e in maniera coordinata con gli altri requisiti speciali di partecipazione previsti dalla *lex specialis* di gara.

Tenuto conto delle attività in affidamento come descritte all’art. 1 del disciplinare di gara, consistenti sostanzialmente in attività di conduzione, sorveglianza, manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e della rete fognaria del Comune di Pozzuoli e di tutti gli impianti a servizio della rete, viste le memorie delle parti e vista la documentazione di gara da cui non si evince che fosse richiesto un codice ATECO determinato né che l’iscrizione camerale rispetto all’attività dovesse risalire ad almeno il triennio precedente, considerato che la clausola del disciplinare di gara relativa all’iscrizione camerale deve essere applicata secondo proporzionalità e ragionevolezza ai sensi dall’art. 83, d.lgs. n. 50/2016, appare conforme alla richiesta del disciplinare di gara l’iscrizione camerale della EASY Servizi S.r.l. dove è indicata come attività prevalente “servizi di lettura contatori, servizi di registrazione ed elaborazione dati, servizi di verifica sigillatura misuratori, servizi di digitazione dati e acquisizione ottica” (l’oggetto sociale è inclusivo comunque anche di “interventi tecnici sulle reti di distribuzione gas, acqua ed energia elettrica” e “sostituzione contatori gas, acqua ed energia elettrica”) così come possono ritenersi conformi alla clausola del disciplinare di gara le iscrizioni camerali delle società IDROAMBIENTE (“lavori generali di costruzione edifici e lavori di ingegneria”), Consorzio Produzione e Lavoro Forlì (“lavori pubblici”), Centro Costruzioni Meridionali S.r.l. (“lavori edili...”), Opus Costruzioni S.p.A. (“... lavori edili...”).

Resta ferma la verifica che la stazione appaltante dovrà compiere sugli altri requisiti speciali di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara (attestazione SOA e altri requisiti di idoneità tecnico-professionale per la gestione dei servizi in affidamento).

Pertanto, sulla base di quanto sopra esposto,

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, l'operato della stazione appaltante sia stato conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2019
Il segretario Rosetta Greco