

Delibera n. 465/2024

Adunanza del 23 ottobre 2024

Fascicolo 3451/2024

(da citare nella risposta)

Oggetto

Procedura aperta per l'individuazione del soggetto attuatore per l'esecuzione, in prosecuzione, delle attività relative ai servizi di accoglienza e integrazione per n. 25 beneficiari del progetto territoriale sai del comune di Borgiallo – periodo 01.04.2024 – 31.12.2026 – CIG B066B3FE53 – Asmel Consortile scarl

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

visto il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

visto il *"Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici"* (approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023);

visti gli atti del procedimento di vigilanza in oggetto;

PREMESSA IN FATTO

Il comune di Borgiallo, al tempo dell'avvio della procedura di gara in oggetto, non era iscritto nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, detenuto dall'ANAC.

La procedura di gara in esame doveva essere svolta da soggetto qualificato, in quanto avente ad oggetto un servizio di importo pari ad € 1.045.082,50, superiore all'importo per il quale è prevista la necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, ex art. 63, co. 2, d.lgs. 36/2023. Pertanto, come emerge dalla decisione a contrarre n. 24 del 12.2.2024, il comune ha delegato ad Asmel Consortile scarl lo svolgimento della procedura di gara, in quanto quest'ultima al tempo era iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, come centrale di committenza¹. Il ricorso ad Asmel Consortile scarl, peraltro, è avvenuto in virtù dell'adesione del comune ad Asmel Associazione (nel 2015) e ad Asmel Consortile scarl (nel 2019) e del relativo regolamento operativo.

¹ Asmel Consortile scarl è stata poi cancellata dall'elenco delle stazioni appaltanti qualificate con Delibera ANAC 195 del 23.4.2024.

La procedura di gara è stata indetta mediante bando pubblicato il 15.2.2024². In particolare, il par. 6.3 del disciplinare di gara prevedeva quale requisito di capacità tecnica, tra gli altri che: *"L'affidatario ha l'obbligo di: - reperire unità immobiliari per civile abitazione e/o strutture collettive situate nel territorio del Comune di Borgiallo e/o dei Comuni confinanti con il territorio comunale di Borgiallo, purché facilmente raggiungibili con i mezzi del trasporto pubblico locale, per complessivi 17 posti di accoglienza. Ogni struttura alloggiativa dovrà rispettare i requisiti minimi di superficie e igienico sanitari dettati dal Decreto Ministeriale 05/07/1975; (cfr. art. 3 C.S.A.)"*.

Alla procedura ha partecipato un solo concorrente; l'offerta è stata esaminata da una commissione giudicatrice nominata dal comune non qualificato (determina 48/2024) e il contratto è stato aggiudicato con determina comunale n. 116 del 16.7.2024, previa verifica dei soli requisiti di carattere generale.

Sulla base degli esposti elementi, l'Autorità ha avviato un'interlocuzione istruttoria con le parti (comune di Borgiallo ed Asmel Consortile scarl) ed ha poi avviato un procedimento di vigilanza ordinaria, nell'ambito del quale, con nota prot. U ANAC 92985 del 6.8.2024, sono stati assegnati i termini per l'esercizio delle facoltà procedimentali previste dal Regolamento di vigilanza dell'Autorità, contestando le seguenti criticità:

1. Violazione dell'art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023 per omessa nomina del responsabile del progetto da parte della stazione appaltante qualificata;
2. Violazione dell'art. 62-63 e dell'art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023 per svolgimento della procedura di gara da parte di soggetto non qualificato;
3. Violazione dell'art. 100 co. 11-12, per la previsione di un requisito di capacità tecnica illegittimo e comunque sproporzionato;
4. Violazione dell'art. 17 co. 5 e dell'art. 99 d.lgs. 36/2023 per omessa verifica dei requisiti speciali.

Le parti hanno presentato memorie, in riferimento alle specifiche violazioni contestate.

Le criticità contestate non paiono superate neanche a seguito dei chiarimenti offerti in sede istruttoria e che vengono riportati nell'ambito dei seguenti paragrafi.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Anche in ragione delle eccezioni formulate, va preliminarmente chiarito il quadro normativo di riferimento.

Per un verso, l'art. 17 co. 1 d.lgs. 36/2023 prevede che prima dell'avvio del procedimento è adottata una decisione a contrarre recante gli elementi essenziali del contratto e della gara; provvedimento che può essere adottato dall'amministrazione beneficiaria, ancorché non qualificata.

Per altro verso, l'art. 62 co. 1, 5 e 13 d.lgs. 36/2023 prevedono che le procedure di gara superiori a certe soglie previste dalla legge siano svolte da soggetti qualificati, i quali assumono la

² <https://piattaforma.asmecomm.it/gare/dettaglio.php?codice=21258>

responsabilità delle stesse; in tal senso, l'art. 1, co. 2, Allegato II.4 prevede che *"La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza attesta la loro capacità di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro e riguarda almeno uno dei seguenti ambiti: a) progettazione tecnico-amministrativa e affidamento delle procedure; (...)"* (cfr. anche Considerando 69 della Dir. 24/2024).

Il Legislatore, dunque, con l'introduzione del delineato sistema di necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, ha riservato a soggetti qualificati (centrali di committenza o stazioni appaltanti) lo svolgimento delle procedure di affidamento superiori a determinate soglie previste dalla legge, in ragione della maggiore complessità delle stesse e della maggiore competenza degli enti qualificati. Con la qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, si è inteso prevedere un sistema idoneo ad attestare le capacità di gestione delle attività che caratterizzano il processo di affidamento dei contratti pubblici.

Pertanto, i soggetti non qualificati sono tenuti a ricorrere necessariamente agli strumenti messi a disposizione da altre stazioni appaltanti qualificate, con la conseguenza che il soggetto qualificato deve assumere la responsabilità dell'intera fase di gara, mentre l'adozione di atti e i provvedimenti della fase di affidamento da parte della stazione appaltante non qualificata determina un'elusione del sistema di necessaria qualificazione.

Diversamente opinando, e ove dunque la responsabilità della legittimità dei criteri di selezione o degli elementi essenziali del contratto ricadesse sull'ente beneficiario delegante non qualificato (come invece eccepito da Asmel Consortile scarl), sarebbe completamente stravolta *la ratio* essendi dell'innovazione introdotta dal sistema di qualificazione necessaria delle stazioni appaltanti e cioè l'esigenza di garantire che le procedure di gara più complesse siano svolte da soggetti qualificati i quali, proprio perché qualificati, sono in grado di verificare la legittimità dei provvedimenti adottati, assumendone le responsabilità.

Deve quindi affermarsi che, fermo l'obbligo dell'adozione della decisione a contrarre da parte della stazione appaltante beneficiaria dell'intervento non qualificata, spetta al soggetto qualificato (centrale di committenza o stazione appaltante) delegato la responsabilità della fase di gara e quindi del contenuto degli atti di gara e dello svolgimento dell'intera procedura fino al provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento³.

³ In tal senso, in riferimento al comma 9 dell'art. 37 d.lgs. 50/2016 (norma di contenuto identico al comma 13 dell'art. 62 d.lgs. 36/2023 in parola), il Consiglio di Stato ha recentemente precisato che *"La norma, dunque, fa gravare sulla centrale di committenza l'onere del rispetto dei principi e delle regole introdotte dal codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'errore sull'esclusione di un operatore economico dalla gara o sulla aggiudicazione della procedura non può che gravare sulla stessa centrale. La disposizione riprende il considerando n. 69 della direttiva n. 24 del 2014, secondo cui "Occorre inoltre stabilire regole per ripartire tra la centrale di committenza e le amministrazioni aggiudicatrici che ad essa fanno direttamente o indirettamente ricorso la responsabilità di vigilare sull'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Nel caso in cui la responsabilità esclusiva per lo svolgimento delle procedure di appalto compete alla centrale di committenza, la stessa è anche esclusivamente e direttamente responsabile della legittimità delle procedure. Se un'amministrazione aggiudicatrice gestisce*

Deve soggiungersi che, per evitare vuoti formalismi ed in ossequio alla descritta *ratio essendi*, l'intervento del soggetto qualificato non può limitarsi ad un mero recepimento di indicazioni altrui (soprattutto se provenienti da soggetti non qualificati), ma deve consistere nella sostanziale adozione dei provvedimenti caratterizzanti la procedura di gara, secondo i diversi moduli organizzativi previsti dalla legge (art. 62, co. 9 e ss., d.lgs. 36/2023), anche in ottica correttiva delle indicazioni fornite dal soggetto non qualificato (ove recanti criticità o illegittimità): solo tale assunzione di responsabilità, infatti, giustifica il coinvolgimento di un soggetto qualificato nello svolgimento di attività più complesse (come la fase di affidamento di una gara superiore agli importi superiori previsti dalla norma), nonché il pagamento del corrispettivo normalmente connesso a tale coinvolgimento.

1. Violazione dell'art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023: omessa nomina del responsabile del progetto da parte della stazione appaltante qualificata.

- 1.1) In sede di avvio del procedimento è stata contestata la violazione dell'art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023 – il quale dispone: *"Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza"* – in quanto, nel caso in esame, Asmel Consortile scarl ha nominato solo un responsabile di fase e non anche, in quanto soggetto qualificato, un proprio responsabile unico del progetto, ex art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023.
- 1.2) In sede istruttoria, le parti hanno sottolineato che Asmel Consortile scarl, ai sensi del comma 13 dell'art. 62 del Codice, ha nominato un "Responsabile della fase di affidamento" della Centrale di Committenza per evitare ambiguità nell'individuazione delle diverse responsabilità attribuitegli dal Codice rispetto a quelle del responsabile unico del progetto. Per poi successivamente evidenziare che il Responsabile Unico del Progetto, ai sensi dell'art. 15 del Codice, non può competere ad una Centrale di committenza alla quale può essere delegato esclusivamente il solo procedimento relativo alla fase di affidamento.
- Inoltre, sono evidenziate criticità relative alla interoperabilità tra le piattaforme digitali e le diverse banche dati che compongono l'ecosistema digitale dei contratti pubblici, ciò inducendo

alcune parti della procedura, ad esempio la riapertura della gara nell'ambito di un accordo quadro o l'aggiudicazione dei singoli appalti basata su un sistema dinamico di acquisizione, la stessa amministrazione dovrebbe continuare ad essere responsabile per le fasi che gestisce". Nel caso all'esame del Collegio non è dubbio che la procedura di gara è stata svolta dal consorzio, che ha proceduto anche alla revoca dell'aggiudicazione (rispettivamente, determina 17 gennaio 2020, n. 14, e determina 17 febbraio 2020, n. 34), e che, quindi, è responsabile della stessa. L'onere risarcitorio non può, quindi, che gravare sul consorzio (fatti salvi i successivi rapporti con il Comune che dell'attività del consorzio ha beneficiato)" (Cons. St., III, 2544/2024).

ad una serie di forzature del sistema, come l'acquisizione del CIG da parte del RUP dell'ente beneficiario.

- 1.3) Le eccezioni proposte non sono condivisibili, in quanto nel caso in cui una stazione appaltante non qualificata si rivolga per lo svolgimento dell'affidamento ad altro soggetto qualificato, come visto, il comma 13 dell'art. 62 d.lgs. 36/2023 espressamente prevede che l'ente qualificato nomini un proprio RUP (cfr. Delibera ANAC n. 255/2024, Parere MIT n. 2286/2023).

Infatti, come già evidenziato da codesta Autorità, per quanto la disposizione normativa possa generare dubbi interpretativi (soprattutto con riguardo ai compiti dei RUP e dei responsabili di fase), la stessa ha il fine ultimo di garantire che la procedura di gara sia svolta da un soggetto dotato delle competenze richieste per lo svolgimento della procedura di gara, e cioè dal RUP della stazione appaltante o della centrale di committenza qualificata, in coerenza con il principio del risultato introdotto nel nuovo codice.

Si ricorda, a tal fine, che il nuovo Codice innova la figura del RUP, diventando un responsabile unico "dell'intervento" complessivamente inteso; pertanto, in considerazione di quanto previsto all'art. 15 co. 9 e all'art. 62 co. 13 del d. lgs. n. 36/2023, nonché all'art. 9 co. 5 dell'Allegato I.2., le centrali di committenza e le stazioni appaltanti qualificate, che svolgono attività di committenza ausiliarie per conto di altri enti, nominano un RUP che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, così da garantire la gestione della procedura d'appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti non qualificate.

Ferma l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti beneficiarie possono nominare un responsabile per la fase di affidamento a cui demandare i compiti e le responsabilità della singola fase a cui è proposto.

Non appare accoglibile l'eccezione di Asmel Consortile scrl, secondo la quale l'ente qualificato sarebbe tenuto solo alla nomina di un RFA. Ciò significa, di fatto, consentire all'ente non qualificato di svolgere esso stesso la procedura di gara pur essendo sprovvisto della qualificazione richiesta ai sensi dell'art. 62 del d.lgs. 36/2023.

In tal senso, deve osservarsi che l'art. 6 dell'All. I.2 d.lgs. 36/2023 prevede che *"Il RUP, anche avvalendosi dei responsabili di fase nominati ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice, coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata"*; inoltre, l'art. 15 co. 4 e gli artt. 7 e 8 dell'All. I.2 d.lgs. 36/2023 assegnano al RUP un ruolo di coordinamento delle altre figure coinvolte nel processo di approvvigionamento. Ed infatti, nella Relazione di accompagnamento al codice redatta dal Consiglio di Stato, si legge che *"In caso di nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti."* (p. 32).

Ove si ammettesse che la stazione appaltante non qualificata nomini un RUP e la stazione appaltante qualificata nomini invece un RFA si giungerebbe all'assurdo che l'ente non qualificato sarebbe sottoposto al coordinamento e controllo di un soggetto incardinato in un ente non qualificato, sovvertendo uno dei cardini della riforma del codice del 2023.

2. Violazione dell'art. 62-63 e dell'art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023: svolgimento della procedura di gara da parte di soggetto non qualificato.

2.1) In sede di avvio del procedimento è stata contestata la violazione dell'art. 62 co. 2 d.lgs. 36/2023, in quanto la gara in esame è stata in via di fatto condotta dall'ente comunale non qualificato, invece che da Asmel Consortile scarl.

L'ente comunale, non avendo il necessario livello di qualificazione, si è rivolto ad Asmel Consortile scarl, affinché quest'ultima svolgesse la fase di affidamento per conto della prima (ex art. 62 co. 1-2 d.lgs. 36/2023). Pertanto, Asmel Consortile scarl avrebbe dovuto condurre l'intera fase di gara (ex art. 62 co. 5, 6 e 7, nonché art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023) e quindi adottare tutti i relativi provvedimenti ed assumerne la relativa responsabilità, ex art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023.

Tuttavia, in sede istruttoria è emerso come alcuni atti e provvedimenti fondamentali e caratterizzanti la fase di gara siano stati adottati dall'ente comunale non qualificato; in particolare, il RUP (nominato dall'ente comunale non qualificato) ha sostanzialmente determinato il contenuto del disciplinare di gara e stabilito tutti gli elementi propri della procedura - quali l'individuazione dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte - nonché nominato la commissione giudicatrice e adottato il provvedimento di aggiudicazione.

Inoltre, come visto, l'ente comunale si è prima associato ad Asmel Associazione e successivamente si è avvalsa di Asmel Consortile scarl, quale centrale di committenza, sulla base del relativo Regolamento operativo.

Tuttavia, dall'esame delle previsioni contenute nel Regolamento, che dovrebbe regolare lo specifico rapporto e le reciproche competenze, non sembra che Asmel Consortile scarl abbia effettivamente assunto l'obbligo di svolgere la procedura di gara per conto del comune delegante non qualificato, fornendo piuttosto un mero supporto tecnico/legale con riguardo alla procedura affidata. Il regolamento operativo dei servizi resi da Asmel Consortile scarl, posto a base del rapporto tra l'ente comunale e la società, prevede che: *"per la preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante, Asmel Consortile, oltre a quanto sopra elencato, svolge anche le seguenti attività:*

gg) profilazione della S.A. come Centro di Costo di Asmel Consortile, nella gestione del CIG, dalla fase di Pubblicazione fino alla Proposta di Aggiudicazione

hh) redazione del bando e disciplinare nel rispetto delle indicazioni contenute nella determina a contrarre, ai sensi dell'art. 50 del Codice dei Contratti.

ii) verifica con il RUP in merito al pieno recepimento delle indicazioni fornite dalla S.A.

jj) trasmissione al RUP della SA dei verbali di Gara e della Proposta di Aggiudicazione formulati dalla Commissione di Gara.

Restano di esclusiva competenza della Stazione Appaltante tutti i provvedimenti che competono all'organo di amministrazione attiva, oltre ad ogni attività contrattuale conseguente all'aggiudicazione della procedura di gara." (pag. 4).

Quindi, anche esaminando le previsioni del citato regolamento emerge che Asmel Consortile scrl svolge mere funzioni di supporto, non assumendo alcuna attività di *"gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata"* (art. 3, co. 1, lett. z), n. 4 dell'Allegato I.1 del d.lgs. 36/2023).

- 2.2) Nella memoria presentata da Asmel Consortile scrl (e alla quale anche il comune ha fatto rinvio), le parti si sono limitate ad affermare che il RFA nominato da Asmel Consortile scrl ha redatto documentazione di gara, recependo tutte le informazioni contenute nei documenti progettuali e relativi capitolati, dell'ente beneficiario; mentre con riguardo alla nomina della commissione giudicatrice le parti hanno affermato che la stazione appaltante beneficiaria ha solo formalizzato la nomina della commissione giudicatrice mediante proprio provvedimento, considerato che il Codice non specifica quale sia il soggetto a cui compete la formalizzazione della nomina.
- 2.3) Le criticità contestate in sede di avvio del procedimento devono ritenersi confermate. Richiamando il quadro normativo di riferimento sopra esposto, deve ribadirsi che l'ente qualificato delegato per la fase di gara debba adottare tutti gli atti e i provvedimenti caratterizzanti la stessa, assumendone la relativa responsabilità e tra questi vanno certamente inclusi i documenti di gara, la nomina della commissione giudicatrice, il provvedimento di aggiudicazione, in relazione ai quali l'ente qualificato dovrà assicurarne la legittimità, proprio in ragione della asserita maggiore competenza. Sicchè, a titolo di esempio, dovrà verificare che i componenti della commissione giudicatrice abbiano i requisiti richiesti dalla legge per essere nominati, raccogliendo le relative dichiarazioni e svolgendo le eventuali verifiche. Diversamente, ove l'atto sia formalmente assunto dall'ente non qualificato è a quest'ultimo imputabile.
- Nel caso in esame può, quindi, ritenersi integrata la violazione dell'art. 62 d.lgs. 36/2023, in quanto una parte significativa degli atti della fase di affidamento è stata adottata dall'ente comunale non qualificato e, in ogni caso, Asmel Consortile scrl non ha assunto l'obbligo giuridico di svolgere la fase di affidamento per conto dell'ente comunale, come emerso all'esito dell'attività istruttoria condotta dall'Autorità e dall'esame del regolamento operativo di Asmel Consortile scrl.

Peraltro, le stesse parti affermano che la redazione della documentazione di gara è avvenuta recependo tutte le informazioni contenute nei documenti progettuali e relativi capitolati, nonché delle decisioni relative ai criteri di selezione degli operatori economici e di valutazione delle offerte. In altre parole, Asmel Consortile scarl non ha fornito alcun contributo sostanziale nella redazione della documentazione di gara e nello svolgimento della procedura di gara.

Pertanto, sulla base di quanto sopra rappresentato sembra che Asmel Consortile scarl abbia svolto la mera attività di consulenza e assistenza nelle procedure di appalto e di messa a disposizione della piattaforma, non anche la fase di affidamento per conto di altri soggetti (non qualificati), non avendo adottato alcun provvedimento o atto caratterizzante la fase di affidamento.

3. Violazione dell'art. 100 co. 11-12: previsione di un requisito di capacità tecnica sproporzionato.

3.1) Il disciplinare di gara prevede quale requisito di capacità tecnica anche il reperimento di una unità immobiliare, ossequiosa dei criteri previsti dal Decreto Ministeriale 05/07/1975, ubicata nel territorio comunale o nel territorio confinante. Come osservato in sede di avvio del procedimento, la previsione si pone in contrasto con l'art. 100 co. 11-12 d.lgs. 36/2023.

3.2) Le parti hanno svolto eccezioni complementari.

Per un verso, si è confermato che la scelta dei requisiti di partecipazione è stata effettuata dall'ente beneficiario non qualificato, afferendo ad una fase antecedente allo svolgimento della gara, tanto che Asmel Consortile scarl avrebbe solamente recepito le altrui indicazioni.

Per altro verso, l'ente comunale ha precisato che la scelta di imporre requisiti di partecipazioni così stringenti è stata dettata dalle difficoltà logistiche dovute al territorio montano del comune stesso e che gli stessi sarebbero previsti dall'Allegato A delle Linee Guida del Ministero dell'interno DM 18.11.2019.

3.3) Al riguardo, in primo luogo, si osserva che le citate Linee Guida prevedono il possesso o la disponibilità dell'immobile già al *momento della gara*, ma solo che l'immobile sia immediatamente e pienamente fruibile nell'ambito del servizio, ben potendo quindi riferirsi al successivo avvio del servizio stesso.

Inoltre, l'art. 19, co. 1, lett. c) delle citate Linee Guida prevede che le strutture siano *"ubicate nel territorio dell'ente locale proponente o di altro ente locale nell'ambito della medesima provincia, ovvero di provincia differente, purché limitrofo, ad esso associato o consorziato o aderente al progetto"*. Quindi, la struttura può essere ubicata nell'ambito del territorio provinciale o di altra provincia limitrofa.

Il requisito di partecipazione previsto nel disciplinare in esame quindi:

- viola l'art. 100 co. 11-12 d.lgs. 36/2023, che ormai limita i requisiti di partecipazione da porre a base di gara degli affidamenti di servizi al fatturato generale e speciale (cfr. Delibera ANAC 414/2024);
- è sproporzionato, in quanto la zona interessata è oggettivamente di ridotte dimensioni, ponendosi in contraddizione rispetto alle Linee Guida ministeriali richiamate dallo stesso comune, che estende l'area al territorio provinciale o di altra provincia limitrofa.

Quanto alle difficoltà logistiche rappresentate dall'ente comunale, deve osservarsi che la disponibilità dell'immobile avrebbe potuto prevedersi come requisito di esecuzione (ex art. 113 d.lgs. 36/2023), con l'obbligo di individuare l'immobile al momento della stipula contrattuale, consentendo una più ampia partecipazione.

In sintesi, il requisito di capacità tecnica in esame, così come previsto nel disciplinare di gara, è illegittimo in quanto contrario all'art. 100 co. 11-12 d.lgs. 36/2023 e alle richiamate Linee Guida ministeriali, oltre che sproporzionato e dunque limitativo della concorrenza.

Appare evidente, infine, che la previsione illegittima è stata determinata da una scarsa dimestichezza nella gestione di procedure di gara complesse, da parte dell'ente non qualificato, e da un mancato intervento del soggetto qualificato delegato nella gestione della stessa.

4. Violazione dell'art. 17 co. 5 e dell'art. 99 d.lgs. 36/2023: omessa verifica dei requisiti speciali

- 4.1) In sede di avvio del procedimento, è stato contestato che la determina di aggiudicazione non fa riferimento alla verifica dei requisiti speciali di partecipazione (previsti dall'art. 6 del disciplinare di gara), di cui non vi è traccia nella documentazione istruttoria trasmessa da Asmel Consortile scarl, la quale peraltro risulta aver svolto solo le verifiche relative ai requisiti generali.
- 4.2) Al riguardo, Asmel Consortile scarl ha eccepito che la documentazione relativa ai requisiti speciali sarebbe acquisita nel FVOE, e che sarebbe stata trasmessa solo la documentazione relativa ad alcuni requisiti non reperibili nel FVOE per la mancata interoperabilità dei sistemi.
- 4.3) Ebbene, si evidenzia che ai sensi dell'art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023, secondo periodo, *«L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace»*, mentre l'art. 18, comma 2, stabilisce che *«Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi sessanta giorni anche in pendenza di contenzioso»*.

Dall'esame delle disposizioni normative richiamate appare evidente come il Legislatore abbia inteso esplicitare l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in

ordine al reale possesso dei requisiti di partecipazione, *prima* dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto. Con la conseguenza che «è possibile procedere all'aggiudicazione solo dopo che la stazione appaltante abbia verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente (...)» (Parere MIT n. 2075/2023), In altre parole, l'art. 17, comma 5, secondo periodo, del nuovo codice ha stabilito che l'aggiudicazione, provvedimento immediatamente efficace, può essere disposta soltanto dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente (cfr. Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 15.04.2024, n. 1281).

In tal senso, l'Autorità con parere n. 57/2023 ha chiarito che *"nelle more della piena operatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati, le stazioni appaltanti effettuano le verifiche di competenza. Dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, viene disposta l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace. Solo all'esito del positivo riscontro del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ai fini dell'aggiudicazione, è possibile procedere alla stipula del contratto"*.

Nel caso in esame, oltre alla violazione relativa all'adozione del provvedimento di aggiudicazione da parte dell'ente non qualificato, risulta omessa la verifica dei requisiti speciali, né vi è prova della richiesta eventualmente sollecitata dei documenti necessari.

Ciò evidenzia la chiara violazione dell'art. 17 co. 5 d.lgs. 36/2026, in quanto il provvedimento di aggiudicazione è stato adottato senza la necessaria previa verifica dei requisiti speciali posti a base di gara in capo all'aggiudicatario. Violazione occasionata dalla omessa qualificazione dell'ente comunale che ha effettivamente gestito la procedura di gara.

5. Raccomandazioni dell'Autorità

Complessivamente valutate, le criticità emerse appaiono estremamente gravi, afferendo sia alla competenza dello svolgimento del procedimento di gara che alla sua concreta conduzione.

Tali criticità dovrebbero condurre all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, valutazione che è comunque rimessa al prudente apprezzamento discrezionale dell'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 21 octies L. 241/90.

L'Autorità, comunque, **raccomanda** di tenere conto, anche *pro futuro*, delle osservazioni nella presente Delibera e di provvedere ad un'applicazione rigorosa della disciplina codicistica.

Per tutto quanto esposto, il Consiglio dell'Autorità, ai sensi dell'art. 18 del *"Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici"*, approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023,

DELIBERA

che l'affidamento in oggetto è caratterizzato dalle criticità esposte ai par. 1, 2, 3 e 4 esprime le raccomandazioni di cui al par. 5.

Si invitano le parti a comunicare all'Autorità le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **30 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Si avvisa che la reiterazione delle violazioni accertate nella presente delibera può dar luogo all'attivazione dei poteri di cui all'art. 220, co. 3, d.lgs. 36/2023, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. j) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Legittimazione straordinaria) - Del. n. 268 del 20.06.2023.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il segretario Laura Mascali