

ANAC: no ai “lavori analoghi” come requisito di qualificazione ulteriore accanto alla SOA

21 Marzo 2018

L'**ANCE**, facendo seguito alle segnalazioni provenienti dal territorio, ha contestato, con **istanza di parere di precontenzioso** presentata in data 5 aprile 2017, la legittimità delle previsioni contenute in un avviso di costituzione di un elenco di imprese per la selezione degli operatori da invitare ad una procedura negoziata senza bando, di cui all'art. 36 del Codice.

Tale avviso pubblico infatti, richiedeva, ai fini della partecipazione, oltre all'idonea attestazione SOA, l'obbligo di aver eseguito un lavoro analogo a quello oggetto dell'affidamento, negli ultimi 5 anni.

L'**ANAC**, con delibera n. 23417 del 14 marzo 2018, **ha accolto l'istanza dell'ANCE, ritenendo illegittima tale ulteriore richiesta.**

In motivazione, l'Autorità ha infatti ribadito la vigenza del principio generale negli appalti pubblici di lavori di importo superiore ai 150.000 euro (*ndr* e fino a 20 mln di euro) secondo cui l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare, senza che vi sia la necessità (o meglio l'onere) per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione.

Tale principio, per ANAC, si fonda sulla vigenza in via transitoria - in attesa dell'adozione delle specifiche linee guida in tema di qualificazione degli operatori economici - del DPR 207/2010, ma ha trovato conferma anche “a regime”, come disposto dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

La normativa, afferma l'Autorità, consente di introdurre criteri ulteriori di selezione solo laddove ricorrano, ai sensi dell'art. 91 del Codice, i presupposti per applicare il meccanismo della cd forcilla, ossia nelle ipotesi eccezionali di **particolare difficoltà e complessità dell'opere** e sempre a condizione che tali criteri **siano oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità (art. 91, comma 2, D.lgs. 50/2016).**

Per l'Autorità, **la sussistenza di tali presupposti di complessità, oltre a non essere stata adeguatamente motivata da parte della stazione appaltante**, (cfr delibera ANAC n. 53 dell'8 febbraio 2017) non ricorreva nella specie (senza considerare che, peraltro, ai sensi dell'art. 3, lett.) oo, del Codice, sono “lavori complessi” quelli “**che superano la soglia di 15 milioni di euro**”, dunque ben al di sopra dell'importo dei lavori nel caso di specie).

L'impostazione del Codice è conforme a quanto rilevato dalla Commissione Ue, nella guida sugli appalti pubblici per le stazioni appaltanti, laddove anzitutto la possibilità di restringere la platea dei partecipanti, e quindi la concorrenza, viene ritenuta esercitabile dalla P.A. solo a fronte di un mercato degli operatori economici che abbia un alto livello di specializzazione (su cui vedi “*Public Procurement Guidance for practitioners*”, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_en.pdf, - News ID 31995 del 20 marzo 2018).

Tra le motivazioni che la Commissione annovera a favore dell'eccezionalità di tale procedura, vi è soprattutto il fatto che l'utilizzo della stessa incrementa il rischio di rapporti collusivi/corruptivi tra le

parti, dovuto all'aumento della discrezionalità in capo alla stazione appaltante.

Per ANAC, avrebbe semmai potuto darsi punteggio in offerta ad alcuni requisiti professionali.

Ma, a ben vedere, questa possibilità andrebbe evitata, come chiarito dalla stessa Commissione Europea nella citata guida sugli appalti pubblici per le stazioni appaltanti, che considera una “**bad practice**”, ossia un errore della stazione appaltante, prevedere, in fase di valutazione dell'offerta, elementi attinenti ai requisiti soggettivi dell'offerente, che devono avere rilevanza ai soli fini della partecipazione alla gara (vedi, pag. 74)

In ogni caso, come affermato dalla giurisprudenza nazionale, la valutazione di elementi di tipo soggettivo potrebbe riguardare solo gli appalti di servizi (e non quindi gli appalti di lavori), e ciò solo al ricorrere di precise condizioni (cfr Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 17 gennaio 2018, n. 279 – News ID 31431 dell'8 febbraio 2018).

Nel caso di specie, l'ANAC ha comunque ritenuto di escludere la presenza di caratteristiche di particolare difficoltà e complessità nei lavori oggetto della procedura, invitando pertanto *“l'amministrazione a tenere conto dei principi enunciatiai fini del corretto affidamento delle opere”*.