



Delibera n. 430/2025

Adunanza del 5 novembre 2025

Parere motivato ai sensi dell'articolo 220 comma 3 d.lgs. 36/2023

Fascicolo 3961/2025

(da citare nella risposta)

Oggetto

Verifica ex art. 220 d.lgs. 36/2023 - Appalto di Lavori - Procedure di Appalto PNRR - Lavori di manutenzione straordinaria, messa in sicurezza ed efficientamento del sistema portuale di interesse regionale. Importo € 18.810.025,60. CIG B7B939DA55

Riferimenti normativi

Art. 100, co. 4, del d. lgs. n. 36/2023; art. 1, comma 2, Allegato II.12 al d. lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Lavori, requisiti di partecipazione, SOA, requisito necessario e sufficiente, tassatività, divieto introduzione ulteriori requisiti non previsti dall'ordinamento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

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

Visto il "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", adottato con Delibera ANAC 268/2023;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e pareri motivati.

1. La lex specialis di gara e le risultanze istruttorie

Con esposto acquisito al prot. ANAC I n. 128712 del 2 ottobre 2025, è stata trasmessa una segnalazione in relazione alla procedura di affidamento di lavori in oggetto, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con particolare riferimento all'assenza di progettazione a base di gara, alla richiesta di un requisito di partecipazione ultroneo rispetto alla qualificazione SOA e alla richiesta di prestazioni aggiuntive quali criteri premiali dell'offerta tecnica. Al fine di valutare la sussistenza di margini di intervento, con nota prot. U. n. 132063 del 14 ottobre 2025, l'Autorità ha formulato una richiesta di informazioni preliminare alla stazione appaltante, da questa riscontrata con nota prot. I. n. 134377 del 20 ottobre 2025.

Dall'esame della documentazione di gara e all'esito di un più ampio approfondimento istruttorio, condotto in contraddittorio con la stazione appaltante, è emersa una criticità sussumibile nell'alveo applicativo della fattispecie legittimante dell'art. 6 co. 1 lett. i)¹ del "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", adottato con Delibera ANAC 268/2023, che giustificano l'adozione di un parere motivato ex art. 220 co. 3 d.lgs. 36/2023, oltre che alcune ulteriori criticità da evidenziare nel presente parere motivato in ottica di collaborazione con la stazione appaltante, anche al fine di orientare l'operato della stessa in prospettiva della eventuale riedizione della gara e di futuri affidamenti.

In tal senso appare opportuno riepilogare i tratti caratterizzanti dell'affidamento in questione.

La procedura aperta in esame, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria, messa in sicurezza ed efficientamento del sistema portuale di interesse regionale, con al massimo cinque operatori economici e con riapertura del confronto competitivo, per la durata di anni quattro, per un importo complessivo espressamente stimato di € 18.810.025,60 (art. 3.4 del disciplinare), nel quale sono ricompresi l'importo a base di gara, l'importo relativo all'opzione di cui all'art. 120, comma 9, del Codice (estensione delle prestazioni fino al quinto), l'importo relativo alla proroga tecnica (art. 120 co. 11 del Codice) e l'importo relativo al riaffidamento di lavori analoghi (art. 76, comma 6 del Codice).

¹ "*clausole, misure, o condizioni ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza*".

Il bando di gara è stato pubblicato su piattaforma PVL in data 24 luglio 2025, con termine di scadenza delle offerte previsto – in seguito a rettifica - per il 22 settembre 2025.

Dall'esame della documentazione di gara è dunque sinteticamente emerso che:

- non è stato approvato un progetto a base di gara, posto che la redazione del progetto esecutivo (trattandosi di lavori di manutenzione straordinaria) sarà effettuata dalla medesima stazione appaltante prima della riapertura del confronto competitivo con i cinque aggiudicatari della procedura per l'affidamento dell'accordo quadro, in occasione dei singoli contratti attuativi;
- il disciplinare di gara, all'art. 6.2, tra i requisiti di partecipazione di capacità economica e finanziaria - oltre al possesso di certificazioni SOA per le categorie relative alle opere da realizzare - richiede anche un "*b) Fatturato, maturato nei migliori tre anni del quinquennio precedente, almeno pari a € 5.000.000,00, (euro cinque milioni) Iva esclusa*";
- ai sensi dell'art. 3.4 del disciplinare, la stazione appaltante si riserva di modificare il contratto in corso di esecuzione, come di seguito riportato: "*...a. ai sensi dell'art. 76, comma 6, D.lgs. n. 36/2023, nel triennio successivo alla stipula del contratto originario, di affidare all'aggiudicatario nuovi lavori consistenti nella ripetizione di lavori analoghi già affidati, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto a base di gara*";
- relativamente ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica (sia per l'accordo quadro che per gli appalti specifici) è previsto un punteggio premiale incrementale in caso di offerta di un periodo di manutenzione ordinaria delle opere realizzate per un certo periodo temporale (artt. 16.1, lett. G) e 23.5, lett. G).

Al riguardo, in sede istruttoria, nel rendere le proprie controdeduzioni, la stazione appaltante ha illustrato le motivazioni a sostegno della ritenuta legittimità delle citate previsioni; motivazioni che tuttavia non consentono di superare le criticità evidenziate dall'Autorità, per i seguenti motivi in

DIRITTO

2. Violazione dell'art. 100, comma 4, d.lgs. 36/2023 e dell'art. 1, comma 2, dell'Allegato II.12 al Codice. Illegittimità dell'art. 6.2, lett. b) del disciplinare di gara

2.1) Appare illegittima la previsione dell'art. 6.2, lett. b) del disciplinare di gara che prevede, in aggiunta alla certificazione SOA per gli importi precisati nel disciplinare, quale requisito di capacità economica finanziaria un "*fatturato, maturato nei migliori tre anni del quinquennio precedente, almeno pari a € 5.000.000,00, (euro cinque milioni) Iva esclusa*".

2.2) Al riguardo, occorre innanzitutto inquadrare la normativa di riferimento, costituita dall'art. 10, dall'art. 100 del Codice e dall'Allegato II.12 del Codice.

In primo luogo, va evidenziato che l'art. 100 co. 12 del Codice prevede che *"Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono **esclusivamente** i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti dal presente articolo"*.

Al riguardo l'Autorità, in diverse occasioni (cfr. da ultimo Delibera 284/2025), ha precisato che:

- *"la formulazione del comma 12 non lascia spazio a interpretazioni che consentano di riconoscere alla stazione appaltante la facoltà di prevedere requisiti di partecipazione diversi da quelli indicati dall'art. 100 (fatte salve le eccezioni sopra richiamate). In un cambio di prospettiva rispetto all'impostazione dei precedenti codici, la disposizione appare quindi finalizzata a limitare la discrezionalità della stazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione anche per le gare di servizi e forniture, a favore di un sistema in cui i soli requisiti utilizzabili per selezionare i concorrenti sono quelli stabiliti dal legislatore"* (Comunicato del Presidente dell'11 ottobre 2023 (Fasc. 4314 - URCP 63/2023; in termini cfr. anche Delibera Anac 414/2024);
- *"Appare quindi evidente l'intento del legislatore di prescrivere un limite netto alla discrezionalità dell'Amministrazione di imporre ai candidati requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti; "In tal senso, la disciplina legislativa dei requisiti di qualificazione appare inderogabile, perché il comma 12 dell'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023 (completando quanto stabilito dall'art 10, comma 2, dello stesso testo legislativo) stabilisce che le stazioni appaltanti "richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti" nel medesimo art. 100" (vd. Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 15 marzo 2024, n. 386)" (Delibera Anac 395/2024).*

Con particolare riferimento ai requisiti di partecipazione in materia di appalti di lavori, ed in sostanziale continuità con il previgente sistema di qualificazione dei lavori pubblici (cfr. Relazione del Consiglio di Stato al Codice 2023) all'art. 100, comma 4, d.lgs. 36/2023, come modificato dal correttivo del 2024 prevede, che: *"4. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati... Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare **rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto"**;*

Il comma 6 della medesima disposizione chiarisce poi che *"6. L'organismo di attestazione rilascia l'attestazione di qualificazione per la categoria di opere generali o specializzate per l'esecuzione delle quali l'operatore economico **risulti essere in possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata dotazione di attrezzature tecniche e risorse umane, e dispone la classificazione per importi in ragione della documentata pregressa esperienza professionale."***

Dal combinato disposto delle citate norme emerge chiaramente come il legislatore abbia voluto considerare come "autosufficiente" l'attestazione SOA, a comprova delle capacità tecniche e della stabilità finanziaria dell'operatore economico, come da apposita certificazione rilasciata dagli organismi certificati di attestazione. Tale assunto è inoltre ribadito nell'Allegato II.12 al Codice –

specificamente relativo al sistema di qualificazione e ai requisiti per gli esecutori di lavori – il cui art. 1, comma 2, dispone che: **“2. Fatto salvo quanto stabilito dagli articoli 2, comma 6, e 3, *l’attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente allegato costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici*”.**

In altre parole, si rileva come l’art. 100, comma 4, del d.lgs. 36/2023, in linea di perfetta continuità con il precedente Codice, individui nell’attestazione SOA un presupposto *“necessario e sufficiente”* per la partecipazione alle gare di appalto di lavori, senza che vi sia la necessità per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione. Come chiarito in alcuni precedenti dell’Autorità, *“anche in una indagine di mercato, preordinata all’affidamento di un appalto di lavori, il possesso di una adeguata attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell’affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti. Il possesso di qualificazione SOA, infatti assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione, con l’effetto che ogni ulteriore richiesta di requisiti ulteriori, a pena di esclusione, è da ritenersi illegittima.”* (cfr. Delibera n. 14 del 10 gennaio 2024; in termini cfr. anche Delibera Anac 140 del 4 aprile 2023; Delibera n. 601 del 31.05.2017; Parere n. 108 del 9 giugno 2011).

Tale principio è inoltre confermato anche dalla giurisprudenza, la quale afferma che *“Il sistema di qualificazione previsto per i lavori pubblici è appunto (vincolato, vincolante e) unico, nel senso che per regola generale le stazioni appaltanti possono richiedere solamente l’attestazione SOA per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, essendo tale attestazione “condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria”. Su questa regola generale, riposa il senso stesso del sistema delle SOA, “che è volto ad evitare proprio che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria debbano essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare”*(ex multis CGA Reg. Sicilia n. 559 del 21.12.2017; TAR Campania – Salerno, n. 513 del 26.2.2021).

2.3) È dunque di chiara evidenza la circostanza che la richiesta di requisiti di partecipazione ulteriori a comprova della capacità tecnica e della stabilità economico-finanziaria dell’impresa partecipante appare del tutto ultronea – e come tale potenzialmente limitativa della concorrenza - rispetto alla richiesta dell’attestazione SOA, atteso che tale certificazione già di per sé presuppone una qualificazione idonea dell’operatore economico rispetto ai lavori da eseguire. Né, in relazione a tale ultimo profilo, paiono congrue le motivazioni addotte dalla stazione appaltante in riscontro alla richiesta istruttoria dell’Autorità, secondo cui - in considerazione delle diverse opzioni predeterminate all’art. 3.4, del Disciplinare - il valore totale dell’appalto sarebbe superiore all’importo definito dall’art. 103 del Codice (euro 20.658.000), con conseguente facoltà per la stazione appaltante di prevedere requisiti aggiuntivi per verificare la capacità economico finanziaria

dell'operatore economico. A tal riguardo - ferma restando l'illegittimità dell'opzione relativa alla ripetizione dei lavori analoghi, che da sola determinerebbe una rimodulazione a ribasso del valore dell'appalto (cfr. par. 3.3) - è sufficiente evidenziare come nel medesimo art. 3.4. del disciplinare sia infatti chiaramente esplicitato il valore globale dell'affidamento, quantificato dalla medesima stazione appaltante - ai sensi dell'art. 14, comma 4, del Codice e quindi tenendo espressamente conto di tutte le 3 opzioni ivi indicate (proroga tecnica, opzione di proroga e ripetizione di servizio analogo) - in euro 18.810.025,19, importo questo inferiore alla soglia che ai sensi del citato art. 103 del Codice avrebbe consentito alla stazione appaltante di richiedere requisiti di partecipazione ulteriori.

A riprova del carattere restrittivo della concorrenza della clausola in esame, va soggiunto che il rilascio dell'attestazione SOA prevede quale presupposto il possesso di una capacità economico finanziaria, dimostrata mediante una cifra d'affari maturata in un periodo di 15 anni, antecedenti la data della sottoscrizione del contratto con la SOA (cfr. art. 21 dell'Allegato II.12 del Codice).

Pertanto, la richiesta di un fatturato in un orizzonte temporale inferiore (5 anni) e con una diversa decorrenza (dalla pubblicazione del bando), si pone in chiaro contrasto con la normativa di riferimento, ulteriormente restringendo il novero dei potenziali concorrenti.

2.4) Né potrebbe diversamente sostenersi che nella tabella esemplificativa contenuta alla pag. 15 del disciplinare di gara, la stazione appaltante non abbia conteggiato l'opzione di proroga tecnica che, diversamente, se conteggiata, avrebbe determinato il superamento della soglia dell'art. 103.

A tal riguardo, si osserva infatti in primo luogo che il medesimo art. 3.4 è puntuale nell'affermare che *"in caso di ricorso ad una o più delle suddette clausole facoltative, ai fini dell'art. 14, comma 4, del Codice, il valore globale stimato dell'appalto è pari ad euro 18.810.025,60 al netto di IVA..."*. In altre parole, il valore globale stimato è già comprensivo del valore della proroga contrattuale, poiché il suddetto importo è la sommatoria dell'importo a base di gara e delle tre modifiche contrattuali ipotizzate (opzione di proroga, proroga tecnica e ripetizione del servizio analogo), per come espressamente riportare al par. 3.4 del disciplinare.

Del resto, anche a voler ammettere che tale opzione non sia stata computata nella stima del valore globale dell'affidamento, dovrebbe in ogni caso concludersi per l'illegittimità della stima compiuta dalla stazione appaltante: in questa prospettiva, infatti, la proroga non sarebbe stata computata perché non predefinita sul piano temporale (e di conseguenza, neppure quantificata sul piano economico). Ne conseguirebbe comunque una violazione dell'art. 14, comma 4, del Codice - nella misura in cui non sarebbe stato correttamente determinato l'importo a base di gara - elemento questo che non potrebbe dunque comunque essere invocato dalla stazione appaltante quale criterio, peraltro di incerta determinazione, a sostegno della legittimità del requisito di partecipazione aggiuntivo.

2.5) Ferme restando le considerazioni di cui sopra – e premesso che per le ragioni anzidette la previsione del requisito di fatturato aggiuntivo rappresenta una grave illegittimità limitativa della partecipazione e della concorrenza – si osserva in aggiunta che, anche a voler considerare complessivamente superato il valore-soglia di euro 20.658.000, il citato requisito di fatturato, interpretato nel complesso delle disposizioni del disciplinare di gara, non può essere comunque ascritto ad un requisito aggiuntivo imposto ai sensi dell'art. 103, comma 1, lett. a) del codice.

Ai sensi di tale disposizione, infatti, in aggiunta ai requisiti dell'art. 100, la stazione appaltante può richiedere, per gli appalti di importo superiore alla citata soglia, un requisito aggiuntivo per verificare la capacità economico-finanziaria dell'operatore economico; *"in tal caso quest'ultimo fornisce i parametri economico-finanziari significativi richiesti, certificati da società di revisione ovvero da altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione, da cui emerga in modo inequivoco l'esposizione finanziaria dell'operatore economico al momento in cui partecipa a una gara di appalto"*.

Orbene, premesso che nel disciplinare di gara non sussiste alcun richiamo, espresso o implicito, alla disposizione dell'art. 103 – elemento questo già significativo della circostanza per cui anche per la stazione appaltante la normativa richiamata non sarebbe applicabile in concreto – il requisito di fatturato aggiuntivo richiesto non risponde in alcun modo ai criteri dell'art. 103 citato, costituendo piuttosto una elencazione pedissequa del requisito di fatturato ordinariamente richiesto dall'art. 100, comma 11, del Codice. Nel disciplinare non è infatti richiesto alcun "parametro economico-finanziario significativo certificato da società di revisione dal quale emerga l'esposizione finanziaria dell'operatore economico", ma un generico fatturato maturato nei migliori tre anni del quinquennio precedente, proprio in analogia all'art 100, comma 11, del Codice.

È dunque evidente che, per come costruito, il requisito di capacità economico-finanziaria imposto dall'art. 6.2, lett. b) del disciplinare rappresenta a tutti gli effetti, anche nell'intenzione della stessa stazione appaltante, un requisito di cui all'art. 100, comma 11, del Codice e non un requisito valutabile ai sensi dell'art. 103.

2.6) In definitiva, posto che negli appalti di lavori pubblici *"l'attestazione SOA assolve alla funzione di dimostrare il possesso delle capacità economiche e tecniche necessarie all'esecuzione dell'opera, con la conseguenza che le Stazioni appaltanti non possono richiedere requisiti ulteriori (ad esempio fatturato e lavori analoghi)"* (cfr. Parere di Precontenzioso n. 28 del 30 gennaio 2025), l'introduzione di un requisito ulteriore, oltre a porsi in contrasto con le norme prima citate, limita la concorrenza, poiché ragionevolmente l'aumento delle condizioni di partecipazione riduce la platea dei potenziali concorrenti o comunque ne rende più complessa la partecipazione. Ne consegue la piena sussumibilità della violazione nell'alveo applicativo della grave violazione prevista dell'art. 6 co. 1 lett. i) del *"Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"*, adottato con Delibera ANAC 268/2023 e che legittima l'adozione di un parere motivato, ex art. 220 co. 3 d.lgs. 36/2023.

3. Le ulteriori criticità

3.1) Come anticipato, l'attività istruttoria ha evidenziato ulteriori criticità che, seppur non sussumibili nell'alveo applicativo del Regolamento di legittimazione straordinaria, vengono segnalate alla stazione appaltante in ottica di collaborazione istituzionale e al fine di fornire indirizzi operativi nell'indizione di future procedure di gara.

3.2) In primo luogo va evidenziato come in relazione alla procedura di affidamento, avente ad oggetto la conclusione di un Accordo Quadro per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria, **non sia possibile rinvenire alcun tipo di progettazione posto a base di gara**, circostanza pacificamente confermata dalla s.a., che ne ha rinviato la redazione alla seconda fase del confronto competitivo prevista nell'ambito dell'A.Q.

Al riguardo, pare sufficiente evidenziare come l'impianto normativo di riferimento (artt. 41, co. 5 e 5bis) richiede che a base dell'affidamento di lavori possa *"essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso"*; il co.5bis, introdotto dal decreto correttivo al Codice, n. 209/2024, prevede poi che, in alternativa al progetto esecutivo, per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria (con esclusione di quelli che prevedono rinnovo o sostituzione di parti strutturali di opere o impianti) possa essere inserito a base di gara un PFTE semplificato, comprensivo solo di alcuni elaborati, individuati nel dettaglio dall'art. 6, comma 8-bis, dell'Allegato I.7 al Codice.

Nessuna deroga viene invece contemplata dalla normativa di riferimento per l'affidamento di accordi quadro di soli lavori, per i quali non può che applicarsi la disciplina generale in materia di lavori pubblici. Ed anzi, il co. 5bis significativamente reca l'inciso *"nel rispetto delle procedure di scelta del contraente"*, a dimostrazione che anche per tali tipologie di lavori valgono le regole generali che impongono un obbligo generalizzato di predisporre un progetto a base di un affidamento di lavori, seppur con alcune semplificazioni legate alla tipologia di affidamento.

Come infatti ha riconosciuto la medesima stazione appaltante nella nota di riscontro all'Autorità, *"l'accordo quadro non è una procedura di affidamento, bensì uno strumento negoziale che, nel caso di accordo concluso con più operatori economici, demanda l'effettiva realizzazione delle attività al successivo confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro"*; ciò, tuttavia, non vale a derogare al livello minimo di progettazione richiesto dalla normativa vigente, che non può che essere previsto già nella prima fase di selezione (quella aperta alla partecipazione di tutti i concorrenti), a nulla rilevando che il progetto definitivo venga posto a base della riapertura del confronto competitivo tra i soli 5 aggiudicatari dell'Accordo Quadro.

Al riguardo va soggiunto che la fase di progettazione ha la funzione di definire esattamente l'oggetto delle prestazioni e, conseguentemente, i requisiti di partecipazione richiesti (in caso di lavori, attraverso la previsione di SOA congruenti), al chiaro fine di mettere tutti gli o.e. nella condizione di comprendere esattamente le prestazioni richieste nell'ambito dell'affidamento. Né, in assenza della

progettazione, appare chiaro in che modo sia stata determinata la quantificazione delle lavorazioni richieste. Per converso, l'assenza della progettazione produce l'effetto di rendere incerta, se non impossibile la determinazione dell'offerta.

3.3) Come anticipato, nell'ambito del paragrafo sub 2), l'art. 3.4, lett. a) del disciplinare di gara consente la **ripetizione del lavoro analogo**, disponendo che la stazione appaltante si riserva la facoltà *"ai sensi dell'art. 76, comma 6, D.lgs. n. 36/2023, nel triennio successivo alla stipula del contratto originario, di affidare all'aggiudicatario nuovi lavori consistenti nella ripetizione di lavori analoghi già affidati, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto a base di gara"*.

Per effetto di tale disposizione – e in aggiunta alle ulteriori opzioni di cui all'art. 120, commi 9 e 11, del d. lgs. n. 36/2023, il valore globale dell'affidamento è stato quantificato dalla stazione appaltante in euro 18.810.025,60.

Orbene, la disposizione richiamata dalla stazione appaltante - in linea di continuità con la precedente sostanzialmente identica formulazione dell'art. 63, comma 5, d. lgs. n. 50/2016 e dell'art. 57, comma 5, lett. b) d. lgs. n. 163/2006 - consente il legittimo riaffidamento al medesimo operatore economico in presenza di determinate condizioni, previste dalla norma: deve, perciò, trattarsi di ripetizione di lavori analoghi con il medesimo contraente, disposti in conformità ad un progetto a base di gara a sua volta oggetto di un appalto aggiudicato con procedura aperta, ristretta o con altra procedura di cui all'art. 70, comma 1, del Codice, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l'aggiudicatario della prima procedura, di tale possibilità di ripetizione (sui presupposti per la ripetizione dell'affidamento analogo, cfr. Delibera ANAC 199/2024).

Il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando per la ripetizione di lavori analoghi, anche per come interpretata dalla granitica giurisprudenza formatasi nel vigore del codice precedente, è legata dunque alla ricorrenza degli stringenti presupposti, richiamati dalla norma, i quali devono ricorrere tutti cumulativamente, trattandosi di ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto alla regola principale secondo cui la procedura di evidenza pubblica costituisce l'indispensabile presidio a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle amministrazioni. Si tratta dunque di *"norma di stretta interpretazione, la cui applicazione è ammessa nei soli casi tassativi individuati dal legislatore"* (cfr. TAR Lazio, Roma, sent. 4924/2008), trattandosi di procedura dal carattere eccezionale, *"in deroga all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale"* (Delibera AVCP n. 22/2013).

Nella procedura di aggiudicazione dell'accordo quadro in oggetto, tuttavia, non paiono rispettate le richiamate condizioni di legittimità disciplinate dal citato art. 76, comma 6: la ripetizione di lavori analoghi è stata infatti prevista nel disciplinare in assenza di un progetto a base di gara, non essendo nel caso di specie redatto neppure un progetto di fattibilità tecnico economica ed essendo

posticipata la definizione di un progetto esecutivo all'esito della prima fase di selezione degli operatori economici, antecedentemente alla riapertura del confronto competitivo.

Né può sostenersi, in proposito, che la ripetizione dei lavori analoghi possa essere disposta in relazione ai singoli contratti attuativi – e dunque dopo la redazione di un progetto esecutivo a cura della stazione appaltante - posto che il medesimo disciplinare di gara è puntuale nel prevedere la citata opzione "*nel triennio successivo alla stipula del contratto originario*", richiamando, peraltro, proprio un progetto a base di gara, allo stato inesistente. In aggiunta, se effettivamente l'opzione di ripetizione fosse esperibile a far data dalla stipula dei contratti attuativi, si verificherebbe l'assurda conseguenza che la ripetizione possa essere esercitata entro tre anni dall'ultimo contratto attuativo stipulato alla scadenza (quadriennale) dell'accordo quadro.

Tralasciando le possibili criticità sottese all'aggiudicazione di un accordo quadro per l'esecuzione di lavori la cui progettazione esecutiva verrà sviluppata in un secondo momento, la previsione che consente la ripetizione del lavoro analogo, proprio per l'assenza di progettazione a base di gara, si pone in contrasto con l'art. 76, comma 6, del Codice; ne consegue, in aggiunta a quanto già contestato nel paragrafo sub 2), che anche il valore globale dell'appalto, calcolato ai sensi dell'art. 14 del Codice, è stato a sua volta determinato in rialzo, in quanto comprensivo della citata opzione stimata dalla stazione appaltante per un importo pari ad euro 5.532.360,45.

È evidente, inoltre, che l'importo globale dell'affidamento deve essere rideterminato in poco più di € 13 milioni, aggravando la criticità di cui al par. 2.

Tale criticità è in ogni caso *ex se* determinante, nella misura in cui altera significativamente – seppur in rialzo - il valore totale stimato dell'appalto.

In ottica di *favor participationis* e di maggiore trasparenza in fase di gara si raccomanda pertanto, in fase di riedizione della presente procedura, l'espunzione della citata clausola di ripetizione dei lavori analoghi, con conseguente rideterminazione del valore dell'appalto, complessivamente calcolato ai sensi dell'art. 14 del Codice. Anche in prospettiva di futuri analoghi affidamenti, si invita a valutare la sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa di riferimento di attivazione della clausola di ripetizione dei lavori e servizi analoghi.

3.4) Tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica è prevista l'attribuzione di **un punteggio premiale** (incrementale, fino ad un massimo di 5 punti) **per l'offerta aggiuntiva di un servizio di manutenzione ordinaria delle opere realizzate per un certo periodo di tempo** (lettera G).

Tale previsione è riproposta in maniera sostanzialmente analoga tra i criteri dell'offerta tecnica previsti per l'aggiudicazione dei singoli appalti specifici, in seguito alla riapertura del confronto con gli operatori economici selezionati nell'affidamento dell'Accordo Quadro.

Al riguardo la stazione appaltante ha affermato la legittimità della previsione e ha ribadito che si tratterebbe di attività necessarie alle opere di manutenzione straordinaria.

Al riguardo si evidenzia che tale previsione si appalesa illegittima sia in relazione alla procedura originaria per l'affidamento del contratto quadro, sia relativamente al subprocedimento per

l'aggiudicazione di appalti specifici, in quanto contrastante con la disposizione di cui all'art. 108, comma 11, del Codice che, nella versione modificata dal correttivo, prevede che in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *"le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere o prestazioni aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta"*.

È di tutta evidenza, dunque, come l'attribuzione di un punteggio incrementale riconosciuto agli offerenti a fronte di una prestazione coincidente con la manutenzione ordinaria delle opere realizzate per un periodo di tempo più o meno lungo si ponga in contrasto con la citata normativa; ed invero, la *ratio* della norma è da ricercare chiaramente nella finalità di evitare premialità connesse a prestazioni non concernenti la corretta esecuzione dei lavori richiesta dalla stazione appaltante per finalità di interesse pubblico, delimitando le valutazioni della commissione giudicatrice unicamente agli ulteriori profili (soggettivi e oggettivi) richiesti quali criteri dell'offerta tecnica.

In questa prospettiva, nel caso di specie, l'assenza di un progetto esecutivo a base di gara (che già di per sé può rappresentare autonoma criticità, cfr. par. 3.4), lungi dal poter rappresentare uno "strumento" per vanificare l'applicazione della norma, rende sostanzialmente ancora più grave la previsione premiale del disciplinare di gara oggetto di contestazione, nella misura in cui la stazione appaltante finisce per riconoscere fino a 5 punti a prestazioni ed opere ultronee rispetto a quelle effettivamente richieste quale prestazione fondante della procedura di gara, in assenza di progettazione.

Inoltre, va osservato che se davvero le attività aggiuntive fossero considerate dalla stazione appaltante come essenziali, andrebbero previste quali requisiti minimi dell'offerta, e non in riferimento a criteri premiali; non a caso, la riconducibilità di tali lavorazioni a criteri premiali comporta che, ove non offerte dall'aggiudicatario, le medesime prestazioni non sarebbero comunque garantite alla stazione appaltante.

Infine, si osserva che l'offerta di un periodo ulteriore di manutenzione (fino a 30 mesi aggiuntivi al periodo minimo), potrebbe determinare un'elusione del limite massimo di durata dell'A.Q. che è di 4 anni, determinando un'ulteriore violazione.

La citata previsione si appalesa, inoltre, ancor più grave nella misura in cui gli artt. 14 e 23.3 del disciplinare impongono al concorrente risultato aggiudicatario dell'appalto, contestualmente alla sottoscrizione del contratto e in aggiunta alle altre garanzie già previste dal Capitolato, la stipula *"di una polizza fideiussoria a garanzia del periodo di manutenzione, di importo pari al 20% del contratto"*. Anche sotto tale profilo, dunque, la richiesta di un onore aggiuntivo, non previsto per legge, in capo all'aggiudicatario rappresenta una rilevante criticità.

3.5) Infine, relativamente ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica relativi all'appalto specifico, si evidenzia la difformità tra le disposizioni contenute nel disciplinare di gara (art. 23.5) e quelle dedotte nel documento "richiesta di offerta per confronto competitivo" (art. 3.2).

Nel primo caso, infatti, sono previsti fino a 10 punti per la "CANTIERIZZAZIONE" delle opere (criterio A) e fino a 26 punti per il criterio "ORGANIZZAZIONE DEI LAVORI" (criterio C, ripartito in 5 sub -criteri); tali punteggi e criteri differiscono da quelli invece contenuti nella citata richiesta di offerta a base della riapertura del confronto competitivo (documento questo pure allegato alla documentazione di gara), per la quale i 20 punti del criterio A) sono ripartiti in 3 sub criteri – non contemplati invece nel disciplinare di gara, per il quale al citato criterio corrispondono massimo 10 punti – e il criterio della "ORGANIZZAZIONE DEI LAVORI" è suddiviso in tre sub-criteri (in luogo dei 5 previsti dal disciplinare), con un massimo di 16 punti (anziché 26) attribuibili.

È dunque ragionevole presumere che si tratti di un evidente refuso, atteso che sono previste modalità di valutazione dei criteri diverse per la medesima offerta relativa all'aggiudicazione di appalti specifici; in ottica di trasparenza, si raccomanda dunque di uniformare le due previsioni nell'eventuale riedizione della procedura di gara in oggetto.

4. La fattispecie legittimante e i rimedi da adottare

La criticità descritta al paragrafo 2) è chiaramente sussumibile entro l'alveo applicativo dell'art. 6 co. 2 lett. i) del "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", adottato con Delibera ANAC 268/2023, a mente del quale costituiscono gravi violazioni le "*clausole, misure, o condizioni ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza*".

Appare infatti evidente che la richiesta di un requisito di partecipazione aggiuntivo determina una limitazione della concorrenza, precludendo la presentazione di offerte ad operatori economici non in possesso del medesimo requisito.

Alla luce di tale criticità, la stazione appaltante è invitata ad annullare in autotutela gli atti di gara (bando, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* eventualmente adottati), stante la presenza del vizio gravante la *lex specialis* sopra esposto.

In sede di riedizione della gara – e in prospettiva di futuri analoghi affidamenti – si *raccomanda* in ogni caso di conformarsi alle indicazioni fornite dall'Autorità, sintetizzate nei precedenti paragrafi sub 3) e seguenti.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (bando, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* eventualmente adottati), stante la presenza del vizio gravante la *lex specialis* esposto in parte motiva (par. 2), riconducibile alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. i) del Regolamento ANAC adottato con Delibera 268/2023;

- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera (par. 3 e ss.);
- ai sensi del richiamato art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 si assegna un termine di **30 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 220 d.lgs. 36/2023 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il segretario Laura Mascali