



DELIBERA N. 236 del 15 maggio 2024

Oggetto

Istanza di parere ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: [OMISSIS]- SA: S.A.S.I. S.p.A. – Procedura negoziata Gara #99 - Servizio di aggiornamento, formazione, verifica e vigilanza sul Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D.Lgs. 231/01, con attribuzione delle relative funzioni di Organismo di Vigilanza (ODV). - Importo a base di gara: euro 92.000,00.

UPREC-PRE-0095-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Articolo 10, d.lgs. n. 36/2023

Articolo 100, d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – Determinazione - Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento - Valutazione discrezionale della stazione appaltante

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente - Requisiti di partecipazione – Determinazione - Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento - Valutazione discrezionale della stazione appaltante

La Stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 maggio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 38744 del 24 marzo 2024 presentata da [OMISSIS] e relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva un parere di precontenzioso in relazione alla legittimità della disciplina di gara lamentando il fatto che l'avviso prevedeva quale requisito di partecipazione l'iscrizione all'ordine degli avvocati da almeno 10 anni, limitando la partecipazione alla gara in quanto «*la redazione del MOGC ai sensi del D.lgs. 231/2001 e s.m.i., così come l'assunzione dell'incarico di ODV non richiedono l'iscrizione a nessun albo professionale, semmai richiedono l'aver maturato consolidata esperienza nel settore sia presso soggetti privati che presso soggetti pubblici*»;

VISTA la nota del 27 marzo 2024, prot. n. 40266, con cui si chiedeva l'integrazione dell'istanza con la prova dell'avvenuta comunicazione dell'istanza a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione



controversa, secondo quanto previsto all'articolo 5, comma 2, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso ai sensi dell'articolo ed il relativo riscontro del 28 marzo 2024, prot. n. 40541; nonché le ulteriori richieste integrative, formulate per le vie brevi, a cui è stato dato riscontro con nota prot. n. 41539 del 2 aprile 2024;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 3 aprile 2024, con nota prot. n. 42030;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante depositata con nota prot. n. 42848 del 4 aprile 2024, ai cui dettagli si rinvia, con la quale la S.A.S.I. S.p.A. rappresentava di aver agito correttamente dichiarando che *«l'avviso è volto all'affidamento diretto – previa consultazione di più operatori economici – dell'aggiornamento, formazione, verifica e vigilanza sul modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, con attribuzione delle relative funzioni di organismo di vigilanza (ODV), per un periodo di quattro anni ed un compenso annuo determinato in € 23.000,00 (oltre IVA ed altri oneri di legge)»* e che *«aveva ritenuto di pubblicare l'avviso al fine di raccogliere le candidature degli operatori del settore, indicando che il criterio di scelta del professionista consisterà nella valutazione comparativa dei curricula professionali, tenuto conto in primis delle pregresse esperienze professionali maturate nel settore del Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, e che saranno, altresì, tenuti in considerazione: la pregressa esperienza nel settore del Modello 231 maturata all'interno di società per azioni partecipate da enti pubblici, titoli accademici; l'ulteriore attività svolta in materia di Modello 231 (es. docenza, pubblicazioni, partecipazione a convegni in qualità di relatore); il possesso di ulteriori titoli conferenti con l'incarico (es. corsi di specializzazione). Tra i requisiti discrezionali di carattere specifico per la partecipazione alla selezione, che la stazione appaltante ha facoltà di inserire al fine di meglio delineare il profilo professionale dell'operatore ritenuto più rispondente alle esigenze societarie, S.A.S.I. S.p.A. ha previsto, tra gli altri, l'iscrizione, alla data di presentazione della manifestazione, ad un albo professionale (e non necessariamente di avvocati, come indicato dall'istante) da almeno dieci anni ininterrottamente. Ciò in ragione del fatto che la società ha ritenuto e ritiene che l'appartenenza ad un albo professionale per un determinato lasso temporale rappresenti non solo, anche secondo il senso comune, indice di maggiore esperienza e competenza del professionista da tenere in considerazione per l'affidando incarico, ma soprattutto perché tale requisito è considerato di maggiore aderenza alle necessità aziendali e più confacente con l'incarico di specie, tenuto conto della tipologia di servizio di cui la stazione appaltante necessita»*. Infine, l'amministrazione evidenziava come la previsione di tale requisito non ha limitato la partecipazione alla selezione, dal momento che è pervenuto *«un numero di istanze superiore a quello di altre analoghe procedure selettive indette da questa stazione appaltante»*;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, adottato con Delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 9, del citato Regolamento;

RILEVATO che la procedura è stata indetta ai sensi del d.lgs. n. 36/2023;

VISTA la documentazione di gara depositata in atti;

VISTA la disciplina di gara e, in particolare, l'articolo 2 dell'avviso in contestazione che prevede, quali requisiti specifici di partecipazione: la laurea in giurisprudenza; l'iscrizione, alla data di presentazione della manifestazione, ad un albo professionale da almeno dieci anni ininterrottamente; essere o essere stato membro di un Organismo di Vigilanza (OdV) ai sensi del Decreto n. 231/2001; comprovate competenze attinenti all'affidando incarico (con particolare riguardo alla pregressa esperienza maturata nel settore del Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in esito all'espletamento di attività di consulenza/supporto, aggiornamento, formazione, verifica e vigilanza in merito al predetto Modello 231);



CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene a clausole della *lex specialis* relative ai requisiti di partecipazione asseritamente non legittime;

VISTO quanto previsto dall'articolo 100, del d.lgs. n. 36/2023 che, al comma 2, sancisce: «*le stazioni appaltanti richiedono requisiti i partecipazione proporzionali e attinenti all'oggetto dell'appalto*»;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui «*Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*»;

RITENUTO, in generale, che tale previsione normativa, che riconosce la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, già presente nel previgente quadro normativo (articolo 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), come precisato dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 1 febbraio 2024 n. 1048, attua un principio generale dell'ordinamento secondo cui «*le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*»: ciò in quanto «*la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. [...] A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito (Cons. Stato sez. III, 17 novembre 2020, n. 7138; Corte di giustizia, 31 marzo 2022, in causa C-195/21; Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2023, n. 2992)*»;

RITENUTO altresì che il nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica (cfr., in tal senso, TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738): tra essi, oltre al richiamato principio di cui all'articolo 10, comma 3, sopra citato, rileva evidenziare il particolare ruolo che il codice attribuisce al principio del risultato e al correlato principio della fiducia. In particolare, «*Il primo, previsto dall'articolo 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento*». Il secondo principio, quello della fiducia, introdotto dall'articolo 2 del d.lgs. n. 36/2023, «*porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità*



della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa, infatti, che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa» (cfr., in tal senso, TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738);

RILEVATO pertanto che, alla luce dei principi sopra richiamati e della pacifica giurisprudenza sul punto, la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; 2 marzo 2020, n. 1484; sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440) e considerato, inoltre, che le prescrizioni di gara devono essere frutto di una adeguata istruttoria, nonché ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante, in modo da contemperare l'interesse pubblico ad ottenere il miglior servizio con il massimo risparmio di spesa, assicurando, nel contempo, la partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti che consenta all'amministrazione di aggiudicare l'appalto a quella ritenuta più vantaggiosa dopo aver vagliato una molteplicità di offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7597; cfr. ANAC, delibera n. 32 del 17 gennaio 2024);

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, nell'ambito dell'ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara che l'ordinamento le riconosce, la stazione appaltante, per come argomentato dalla stessa nella propria memoria difensiva, ha definito requisiti di partecipazione che possono essere ritenuti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, rispondenti ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto.

Il Consiglio

ritiene pertanto, per le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che, alla luce di tutto quanto sopra considerato, l'operato della stazione appaltante sia conforme ai principi e alle disposizioni in materia di contrattualistica pubblica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 maggio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente