



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**Delibera n. 609 del 27 giugno 2018**

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da ANCE Udine – Procedura ristretta, ai sensi dell'articolo 61 del d.lgs. n. 50/2016, per la selezione di per la selezione di una Energy Service Company (ESCO) ai fini dell'affidamento di una concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica, miglioramento antisismico e la gestione della scuola secondaria di primo grado nonché della riqualificazione energetica e la gestione della centrale termica della palestra comunale di proprietà del Comune di Basiliano da realizzarsi con contributo in conto capitale della Regione Friuli Venezia Giulia e con Finanziamento Tramite Terzi (FTT) ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera m) ed art. 15 del d.lgs. n. 115/2008 - Importo a base di gara: 1.972.000,00 - S.A.: Comune di Basiliano

**PREC 37/18/S**

**Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 79716 del 9 giugno 2017, presentata da ANCE Udine relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestata la legittimità del bando di gara sotto diversi profili: innanzitutto perché ammetteva a partecipare alla procedura i soli soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera a), prevedeva l'obbligo di esecuzione dei lavori solo con la propria organizzazione e limitava l'invito ai soli concorrenti PMI o imprese singole, non ammettendo forme di raggruppamenti tra imprese, poi per la sproporzione dei requisiti richiesti in relazione al contratto oggetto di affidamento ed infine perché non consentiva il ricorso al subappalto

VISTO l'oggetto della gara consistente in una procedura ristretta, ai sensi dell'articolo 61 del d.lgs. n. 50/2016, per la selezione di una Energy Service Company (ESCO) ai fini dell'affidamento di una concessione mista di beni e servizi per la riqualificazione energetica, miglioramento antisismico e la gestione della scuola secondaria di primo grado nonché della riqualificazione energetica e la gestione della centrale termica della palestra comunale di proprietà del Comune di Basiliano da realizzarsi con contributo in conto capitale della Regione Friuli Venezia Giulia e con Finanziamento Tramite Terzi (FTT) ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera m) ed articolo 15 del d.lgs. n. 115/2008;

VISTA, nello specifico, la documentazione di gara nelle parti oggetto di contestazione, nonché la rettifica al bando pubblicata dall'amministrazione in cui si specifica che «la previsione di obbligatorietà di possedere il rating di legalità viene rettificata definendo il possesso del rating un elemento di premialità, la previsione di partecipazione di sola impresa singola inquadrata nell'ambito delle piccole e



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

medie imprese viene modificato con la possibilità di partecipazione di tutti i soggetti, singoli e associati, precisando che ogni impresa ancorché associata possieda tutti i requisiti tecnici ed economici previsti nell'avviso stesso ritenendo nel contempo un elemento di premialità la partecipazione delle PMI»;

VISTO il bando di gara nella sezione “Condizioni di partecipazione” che per la capacità economica e finanziaria stabilisce che sono ammessi a partecipare i soggetti che attestino il possesso dei seguenti requisiti: «in considerazione del fatto che l'aggiudicatario dovrà realizzare in proprio significativi investimenti possedere un capitale sociale interamente versato e risultante dall'ultimo bilancio depositato non inferiore al valore complessivo delle opere da realizzare e quindi almeno 2.500.000,00 euro; possedere un volume di affari, relativo ai tre anni precedenti la pubblicazione del bando per un importo complessivo nelle tre annualità almeno pari a 10.000.000 euro IVA esclusa; avere, alla data di pubblicazione del bando, i bilanci delle ultime tre annualità in utile»;

VISTO il bando di gara, nella sezione “Subappalto”, in cui è previsto che «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 105, comma 4, lettera a) in ragione della natura strettamente personale dell'affidamento, nonché dell'importanza riconosciuta alle qualità personali detenute dal concorrente, per i servizi in oggetto non è ammesso il subappalto»;

VISTA la documentazione in atti e in particolare i verbali di gara da cui risulta la partecipazione di due imprese, una della quali, in forma di raggruppamento, esclusa per mancato possesso dei requisiti richiesti;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26 gennaio 2018;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA la memoria difensiva dell'amministrazione nella quale è stata sostenuta la legittimità del proprio operato specificando preliminarmente che «non si tratta di una classica esecuzione di un'opera pubblica ma di fatto di un contratto di rendimento energetico con un'attività di prestazione di servizi, con progettazione, direzione dei lavori, contestuale esecuzione delle opere, manutenzione ordinaria e straordinaria e gestione, post realizzazione dell'investimento, fino ad ammortamento delle somme investite dalla ditta aggiudicataria stimate, nella procedura di gara in quindici anni garantendo contestualmente la funzionalità dell'immobile per le attività didattiche. [...] Per attuare le misure di risparmio ed efficientamento energetico degli edifici in premessa richiamati, compreso il miglioramento antisismico della scuola secondaria di primo grado, il Comune di San Basiliano stipulerà con la Esco contratti per servizi di efficientamento energetico, da attuarsi anche mediante finanziamento tramite terzi (FTT) affidati a seguito della presente gara ad evidenza pubblica sulla base del bando di gara, del disciplinare tecnico esecutivo e del capitolato di gestione e manutenzione»; inoltre, è stato precisato che «il rapporto che verrà instaurato, che sarà di carattere pluriennale (non di un anno ma probabili 10-12 anni, comunque il tempo necessario per il rientro del capitale investito, deve basarsi su inconfutabili requisiti reputazionali, in capo all'impresa concorrente, di solidità economica e finanziaria. Relativamente alla non ammissione del subappalto si evidenzia che alla data di indizione della procedura (18.04.2017) la norma stessa risultava giuridicamente ancora valida e quindi, per le caratteristiche della procedura di affidamento di che trattasi, applicabile», rigettando quanto sostenuto dall'istante al riguardo; infine, è stata chiarita l'importanza della individuazione dell'impresa idonea all'esecuzione dell'investimento, in ragione della natura pluriennale del rapporto contrattuale di rendimento energetico che verrà stipulato;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO preliminarmente che in ragione della rettifica effettuata al bando, la contestazione relativa ai soggetti ammessi a partecipare appare superata;

CONSIDERATO che, con riferimento alla questione relativa ai requisiti di capacità economica richiesti, in base al disposto dell'articolo 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante può fissare discrezionalmente i criteri di partecipazione, sulla base dell'attinenza, della proporzionalità e della necessità rispetto all'oggetto dell'appalto, in modo da garantire l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti (delibera n. 177 del 21 febbraio 2018, delibera n. 290 del 22 marzo 2017, e n. 794 del 19 luglio 2017);

CONSIDERATO dunque che tale facoltà presuppone che il requisito richiesto appaia preordinato ad assicurare l'idoneità degli operatori economici concorrenti allo svolgimento del servizio oggetto di gara, al fine di ottenere la necessaria garanzia qualitativa di esecuzione dell'instaurando rapporto contrattuale, e sia proporzionato all'oggetto dell'appalto. La proporzionalità e la ragionevolezza dei requisiti non va quindi valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara. (cfr., ex multis, TAR Lazio Roma, sez. II ter, 8 febbraio 2017 n. 2115; Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017 n. 9; Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2015 n. 4440; Parere di precontenzioso n. 102 del 9 giugno 2011 e n. 125 del 6 giugno 2014, delibera n. 75 del 24 gennaio 2018);

RITENUTO che, nel caso di specie, la stazione appaltante abbia adeguatamente motivato la scelta dei requisiti richiesti con le caratteristiche della prestazione contrattuale e la natura pluriennale del contratto che presuppone una specifica solidità economica e finanziaria;

CONSIDERATO che, per quanto concerne la questione giuridica relativa al divieto di subappalto, la previsione dell'articolo 105, comma 4, lettera a), nella versione in vigore al momento dell'indizione della gara, secondo cui è possibile ricorrere al subappalto purché tale facoltà sia espressamente prevista nel bando di gara, tenuto anche conto che nella legge delega non è contemplata l'introduzione di limiti alle possibilità di subappalto, non può essere letta, a contrario, come facoltizzante il divieto indiscriminato di subappalto ma va interpretata coerentemente con i principi comunitari di massima partecipazione e di incentivazione dell'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, alla stregua di quanto già affermato da questa Autorità nella delibera n. 1024 dell'11 ottobre 2017, nonché nel Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012 e ribadito nel Parere di Precontenzioso n.60 del 23 aprile 2013, ovvero che «l'introduzione nei bandi (...) di limiti o divieti al subappalto dovrà essere adeguatamente motivata e rispettosa del principio di proporzionalità e dei suoi corollari, e, in particolare, essere giustificata da esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio oggetto di affidamento, tali da rendere detti limiti o divieti proporzionati in relazione al principio di massima partecipazione e al sacrificio della libertà imprenditoriale degli operatori economici che da essi consegue»;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RITENUTO che, relativamente alla mancata previsione del subappalto, la stazione appaltante pur avendo agito in vigenza della formulazione legislativa antecedente alle modifiche di cui al d.l.gs. n. 50/2016, abbia fornito motivazioni non sufficienti a giustificare le esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio oggetto di affidamento che possano specificamente giustificare la scelta effettuata;

#### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, relativamente ai requisiti di partecipazione, la stazione appaltante abbia agito conformemente ai principi in materia di contratti pubblici e che, relativamente al divieto di subappalto, la stazione appaltante non abbia adeguatamente motivato la propria scelta in contrasto con gli indirizzi interpretativi *ratione temporis* elaborati.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito