



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 413

DEL 8 maggio 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Cooperativa sociale La Piramide – Indagine di mercato per la selezione di operatori economici finalizzata all'avvio di una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di pulizia, giardinaggio e diserbo dei cimiteri cittadini della durata di 8 mesi - Importo a base d'asta: euro 217.597,36 – S.A.: Comune di Cagliari.

PREC 37/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, acquisita al prot. n. 12955 del 15 febbraio 2019, la Cooperativa sociale La Piramide ha rappresentato di avere manifestato al Comune di Cagliari l'interesse ad essere invitata a partecipare ad una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di pulizia, giardinaggio e diserbo dei cimiteri cittadini della durata di 8 mesi, la cui indizione è stata resa nota mediante pubblicazione sul sito internet di un avviso recante indagine di mercato, ma di essere stata esclusa dalla fase preselettiva con provvedimento del 30 gennaio 2019, prot. n. 0025618, ai sensi dell'art. 89, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, a fronte della contemporanea partecipazione (alla fase di prequalifica) dell'istante e dell'impresa indicata quale ausiliaria (nonché gestore uscente).

Ha esposto, altresì, la Cooperativa istante di avere formulato istanza di annullamento in autotutela del predetto provvedimento espulsivo, segnalando che il divieto di contemporanea partecipazione dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata sia applicabile *“soltanto in fase di apertura delle offerte presentate in fase di gara pubblica o negoziata e non in fase “preliminare”, ossia in caso di indagini di mercato”*, ma di avere ricevuto, in data 15/02/2019, la conferma dell'esclusione da parte della stazione appaltante. In particolare, nella nota di diniego all'intervento in autotutela, il Comune ha rappresentato che la ditta indicata dall'istante come ausiliaria (Cooperativa Sadriana) non potrebbe eseguire *“direttamente”* i servizi oggetto di gara, essendo l'affidataria uscente del servizio alla quale l'avviso pubblico *de quo* preclude l'invito alla procedura negoziata; la stazione appaltante ha, inoltre, rilevato che la manifestazione di interesse è vincolante per l'operatore economico, trattandosi di una fase prodromica alla gara.

Tanto premesso, la Cooperativa istante chiede all'Autorità: 1) se il divieto di partecipazione contestuale della concorrente e dell'impresa ausiliaria, di cui all'art. 89, comma 7, del d.lgs. n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

50/2016, si applichi alla fase preliminare di manifestazione di interesse, oltre che alla procedura di gara vera e propria; 2) se la stazione appaltante, ritenendo non ammissibile l'avvalimento delle capacità tecniche della ditta uscente, piuttosto che procedere all'esclusione dell'istante, avrebbe dovuto applicare l'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 obbligando la concorrente alla sostituzione dell'impresa ausiliaria.

A seguito dell'avvio del procedimento, effettuato con nota prot. n. 0030203 del 12 aprile 2019, non sono pervenuti ulteriori documenti e memorie dalle parti.

Ritenuto in diritto

La preselezione di che trattasi è regolata dall'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 nonché dalle Linee Guida ANAC n. 4 (recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018), nelle quali, per quanto concerne la *ratio* dell'indagine di mercato, viene precisato che essa "è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura" (§ 5.1.2) e che, una volta conclusa l'indagine di mercato, la stazione appaltante seleziona gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero non inferiore a cinque ed invita contemporaneamente gli operatori selezionati a formulare un'offerta; la lettera di invito contiene, *inter alia*, i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara nonché data, ora e luogo della prima seduta pubblica di apertura dei plichi e della documentazione amministrativa.

In base alla lettura congiunta del citato art. 36 del Codice e delle Linee guida ANAC n. 4, si può rilevare che, nel caso in cui la stazione appaltante faccia ricorso ad una procedura negoziata, preceduta dalla pubblicazione di un avviso di indagine di mercato, la procedura di scelta del contraente è strutturata in due fasi (la fase preliminare di manifestazione di interesse o cd. prequalifica e quella di formulazione dell'offerta), le quali, ancorché legate da un nesso di stretta strumentalità sono, tuttavia, autonome, dal momento che solo con la trasmissione della lettera di invito si instaura una relazione giuridicamente vincolante tra l'operatore economico e la stazione appaltante, facendo acquisire al primo la qualità di "candidato" alla procedura (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. bb) del Codice) nonché di "offerente" (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. bb) ovvero di soggetto che, mediante la presentazione dell'offerta, assume un effettivo e concreto impegno nei confronti della stazione appaltante anche sotto l'aspetto della modalità di partecipazione alla gara e di esecuzione del contratto (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 luglio 2018, n. 259, nonché TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 14 marzo 2019, n. 1431, secondo la quale "la fase esplorativa e la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fase di vera e propria competizione – o di gara ancorché con procedura negoziata – devono essere tenute nettamente distinte” dal momento che nell’avviso pubblico di manifestazione di interesse “non vi è ancora alcuna selezione tra i partecipanti e l’interesse perseguito è solo di tipo esplorativo”).

Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, *“la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati”* (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; nonché TAR Campania, Napoli, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 481).

Dalla valenza meramente esplorativa dell’avviso di indagine di mercato la giurisprudenza ha fatto discendere diverse conseguenze: a titolo esemplificativo, è stata ammessa la modifica della composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese che abbia già positivamente superato la fase di pre-qualificazione (TAR Friuli Venezia Giulia, n. 259/2018 cit.; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; TAR Toscana, sez. I, 20 luglio 2011 n. 1254); è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409); è stato, inoltre, precisato che in sede di indagine di mercato l’operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella *lex specialis*, può limitarsi ad indicare la propria intenzione di ricorrere all’avvalimento (cfr. Delibera dell’Autorità del 12 dicembre 2018, n. 1150).

Questi stessi principi conducono ad affermare che il divieto di partecipazione contemporanea alla stessa gara del concorrente e dell’impresa ausiliaria, di cui all’art. 89, comma 7, del Codice, vada circoscritto alla procedura di gara in senso stretto e non vada esteso alla fase preliminare della manifestazione di interesse.

A supporto di tale conclusione, oltre a quanto dianzi rilevato, militano ulteriori considerazioni. Innanzitutto, vi è un dato letterale: il divieto *de quo* è posto dal comma 7 dell’art. 89 con riferimento alla *“partecipazione”* alla stessa gara dell’impresa ausiliaria e del concorrente e quest’ultima qualifica presuppone la ricezione dell’invito a partecipare ad una procedura negoziata e non la sola presentazione di una manifestazione di interesse.

Inoltre, il predetto divieto, rappresentando una limitazione all’istituto dell’avvalimento (sebbene funzionale a prevenire l’insorgenza di conflitti di interesse nell’ambito di una procedura di gara), va interpretato in senso restrittivo, per cui, ad esempio, la sua violazione viene esclusa in caso di partecipazione a distinti lotti di gara. La predetta esigenza conduce ad interpretare in via restrittiva anche il concetto di *“gara”*, di cui all’art. 89, comma 7, del Codice identificandolo con la procedura selettiva in senso stretto che prende avvio con la trasmissione delle lettere di invito.

Va altresì rilevato che, nel caso di specie, l’avviso pubblicato dal Comune di Cagliari, oltre a prevedere che l’indagine di mercato non vincolava in alcun modo la stazione appaltante all’avvio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della procedura negoziata, prescriveva che “*la partecipazione all’indagine esplorativa non costituisce prova di possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per l’affidamento del servizio, che invece dovrà essere dichiarato dall’interessato ed accertato dalla stazione appaltante in occasione della procedura negoziata*” (art. 11 dell’avviso). In buona sostanza, la stessa Amministrazione ha previsto che i requisiti di partecipazione (dunque, anche quelli oggetto di avvalimento) dovevano essere dichiarati ed accertati in occasione della partecipazione alla successiva procedura negoziata; con ciò avvalorando la tesi sopra esposta secondo la quale solo con la trasmissione delle lettere di invito viene avviata la procedura di gara, con ciò che ne consegue anche per quanto concerne gli obblighi e i divieti conseguenti al ricorso all’istituto dell’avvalimento.

In conclusione, in risposta al primo quesito, si ritiene che, in assenza di una espressa e chiara prescrizione contenuta nell’avviso pubblico di manifestazione di interesse, il divieto di contemporanea partecipazione di un operatore economico e dell’impresa ausiliaria, di cui all’art. 89, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, non si applichi alla fase preliminare dell’indagine di mercato, che precede l’avvio di una procedura negoziata, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016. Pertanto, sotto questo profilo, il provvedimento di esclusione dalla partecipazione alla gara della Cooperativa istante non è conforme alla normativa di settore.

Il quesito dianzi esaminato ha carattere assorbente, in quanto il provvedimento di esclusione (*rectius* di mancato invito) dalla procedura negoziata è stato motivato dal Comune di Cagliari mediante il richiamo al cit. art. 89, comma 7, del Codice.

Il secondo quesito viene, dunque, assorbito dal primo, in quanto, non potendo la stazione appaltante escludere dalla fase di prequalifica la Cooperativa istante per l’asserita violazione dell’art. 89, comma 7, del Codice, non si pone in concreto un problema di sostituzione “obbligatoria” dell’impresa ausiliaria.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l’operato della Stazione appaltante non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 maggio 2019

Il segretario Maria Esposito