



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 655 DEL 10 luglio 2019

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Alechi Servizi Soc. coop. Procedura aperta per l'affidamento in concessione dei servizi cimiteriali di custodia – pulizia-cura del verde- manutenzione ordinaria- formazione del catasto – polizia mortuaria e illuminazione votiva perpetua e occasionale. Importo a base di gara: 1.131.600,00. S.A. Comune di Somma Vesuviana.

PREC. 75/19/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n 70489 del 14 agosto 2018 con cui la Alechi Servizi Soc. coop. chiede un parere sulla legittimità del bando relativo alla gara in oggetto che stabilisce il valore complessivo dell'appalto senza prevedere un calcolo presuntivo dei costi medi relativi all'attività di sepoltura dell'ultimo triennio nonché una tabella riassuntiva dei posti disponibili in relazione alle salme e tanto non permetterebbe un apprezzamento del rischio operativo a carico del concessionario e una valutazione dell'equilibrio di gestione che si potrebbe realizzare; la società istante contesta inoltre la mancanza, tra le voci dell'importo complessivo, del servizio di catasto cimiteriale, pur richiesto nel bando, in cui è previsto un punteggio massimo fino a 15 punti per tale voce, attribuzione che viene ritenuta sproporzionata dall'istante; contesta inoltre la decisione di porre un termine di sei mesi per la realizzazione di tale servizio a fronte della durata della concessione di sessanta mesi; segnala la violazione dell'art.83 D.lgs. n.50/2016 per la formulazione dei requisiti di capacità tecnica per cui si richiede l'esecuzione di servizi identici e non analoghi nel triennio che precede il bando e infine contesta la mancata suddivisione in lotti della procedura di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7 giugno 2019;

VISTE le memorie e la documentazione prodotte dalle parti;

VISTA la determinazione dirigenziale n.305 del 3 luglio 2018, con cui la Città di Somma Vesuviana ha autorizzato l'indizione della procedura aperta ai sensi degli artt. 60 e 71 D.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento in concessione dei servizi cimiteriali per la durata di anni cinque;

CONSIDERATO che l'equilibrio economico e finanziario, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera fff), del codice dei contratti pubblici, individuato dall'amministrazione nell'indire una gara per affidamento di una concessione è rappresentato *dalla contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento* e si realizza quando *i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte* (vd. Linee guida n.9/2018);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, come indicato nelle Linee guida Anac n. 9 del 2018: *“Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti”*;

CONSIDERATO che è obbligatoria l'indicazione nel bando di gara del valore della concessione, in quanto dato utile a *“garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta cognita causa, ovvero nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere (Tar Toscana sez. II – sentenza 1° febbraio 2017 n. 173; Cons. Stato, sez. V, sentenza 20 febbraio 2017 n. 748; sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343)”*;

RITENUTO tuttavia che nel caso di specie, in coerenza con il disposto di cui all'art. 167 D.lgs. n. 50/2016, l'ente appaltante ha determinato il valore dell'appalto tenendo conto del *“fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto calcolato al momento della pubblicazione del bando di gara o di avvio della procedura di affidamento”*, allegando altresì il quadro tariffario, elementi che in relazione alla tipologia specifica dei servizi possono ritenersi per la formulazione dell'offerta;

RITENUTO, come afferma Cons. di Stato sez. V del 20.2.2017 n.748, *“che la stima del fatturato non possa essere demandata al concorrente anziché all'amministrazione, né che possa essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale”*, e soltanto quando non sia possibile calcolare il fatturato presunto, l'amministrazione è tenuta quantomeno a fornire indicazioni analitiche, idonee a consentire la formulazione di un'offerta economica consapevole, circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare (vd. T.A.R. Lazio, sez. II, 25 luglio 2016, n. 8439);

CONSIDERATO che *“le Amministrazioni non possono introdurre nei bandi di gara prescrizioni che risultano irragionevoli avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche particolari e in contrasto con i principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici. Le clausole che richiedono requisiti di partecipazione ulteriori a quelli individuati dalla legge trovano un limite nella ragionevolezza e logicità della previsione [...], di talché ogni requisito di capacità tecnica[...] deve necessariamente essere il frutto di una consapevole valutazione svolta dall'Amministrazione appaltante – verosimilmente all'esito di una apposita istruttoria – e deve essere adeguatamente motivata, sotto il profilo della indispensabilità per l'esecuzione del servizio o della fornitura da affidarsi che il contraente sia in possesso proprio di quello speciale requisito richiesto dalla lex specialis”* (TAR Lazio Roma sez. II 19 gennaio 2009, n. 383).

RILEVATO che il disciplinare di gara richiede: *attestati comprovanti l'esecuzione, nel triennio 2015-2017 di servizi analoghi – e non identici - a quelli oggetto di gara, contenuti in uno o più contratti o commesse che complessivamente comprendano tutti i servizi oggetto di gara”*;

RITENUTO che tale previsione, in quanto cumulativa e quindi relativa ad appalti anche diversi e svolti per diverse amministrazioni quando possibile e cioè in relazione a tutti i servizi richiesti tranne il servizio di catasto cimiteriale, non appare manifestamente irragionevole o sproporzionata all'oggetto dell'affidamento;

RILEVATO che, data la mancata previsione di un importo specifico quale remunerazione del servizio di catasto cimiteriale, sia da ritenersi applicabile la clausola residuale di cui al punto che richiama, per tutto quanto non espressamente previsto, i prezzi regionali;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che in base all'art. 51 D.lgs. n. 50/2016, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali e, in caso di mancata suddivisione, indicarne la motivazione congrua e plausibile a tutela della concorrenza;

RILEVATO che l'unica giustificazione a tale carenza rintracciabile nei documenti trasmessi è il vago riferimento a “*disciplinari di altri Comuni in cui per il tipo di appalto non risulta motivata la mancata suddivisione in lotti*”, argomento che non ha il pregio di una motivazione specifica come richiesto dalla norma di cui all'art. 51 D.lgs. 50/2016;

RITENUTO quindi che nel caso di specie, l'amministrazione non ha fornito motivazioni adeguate alla propria scelta derogatoria rispetto alla previsione dell'art. 51 del D.Lgs. 50/2016;

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, il bando di gara relativo alla procedura selettiva in oggetto carente della formale motivazione in ordine alla scelta della mancata suddivisione in lotti, come richiesto dall'art. 51 comma 1 D.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 luglio 2019

Il Segretario, *Maria Esposito*