



DELIBERA N. 436

30 settembre 2024

Oggetto

Istanza presentata da Kobak s.r.l. – Procedura aperta per affidamento, tramite accordo quadro con unico operatore economico, del servizio di noleggio, trasporto, pulizia e manutenzione di bagni chimici e in monoblocco, lavandini da campo, monoblocchi ad uso ufficio e container tipo navale necessari per lo svolgimento dei grandi eventi del Giubileo della Chiesa Cattolica 2025 - CIG: B250D13658 - Importo a base di gara: euro: 1.483.143,61 - S.A.: Giubileo 2025 S.p.A.

UPREC-PRE-0238-2024 - FASC. 3774/2024

Riferimenti normativi

artt. 3, 4, 10, comma 3, 100, commi 11 e 12, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto - servizi – noleggio bagni e servizi accessori - requisiti di partecipazione – requisiti speciali - capacità tecnico-professionale – congruità e proporzionalità all'oggetto del contratto

Massima

Appalto pubblico – Servizi -- Noleggio - Scelta del contraente – Requisiti – Capacità tecnico-professionale – Esecuzione servizi analoghi – Numero minimo e importo minimo - Congruità e proporzionalità all'oggetto del contratto - legittimità

La clausola del disciplinare di gara che prevede quale requisito speciale di partecipazione di capacità tecnico-professionale, l'aver eseguito almeno due contratti, aventi ad oggetto l'esecuzione di servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento, per un importo minimo per ciascun contratto – importo minimo, in ogni caso, inferiore al 10% di quello presunto di gara – appare congrua e proporzionata all'oggetto del contratto che riguarda il noleggio di un elevato numero di beni in relazione a un singolo evento, per un importo elevato

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 settembre 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 90533 del 31.07.2024 presentata da Kobak s.r.l., che contesta la clausola di cui al punto 6.3 del disciplinare di gara della procedura in oggetto, indetta da Giubileo 2025 S.p.A., che prevede quale requisito speciale di partecipazione ex art. 100 d.lgs. 36/2023, l'aver eseguito nel triennio antecedente la presentazione delle offerte, almeno due contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento, ossia servizi di noleggio di bagni chimici mobili e/o bagni in monoblocco, compresi di trasporto, posizionamento e successivo ritiro, pulizia e manutenzione, per un importo minimo per ciascun contratto di € 100.000,00, in quanto immediatamente lesiva del suo interesse a partecipare alla procedura in oggetto poiché attiene ad un requisito speciale di partecipazione, la cui mancanza non consente la presentazione di un'offerta; in particolare, si contesta la richiesta di aver stipulato almeno due contratti aventi a oggetto l'esecuzione di servizi analoghi a quelli oggetto di gara, aventi ciascuno un importo minimo di € 100.000,00, anziché l'aver svolto, «anche attraverso più contratti», servizi analoghi a quelli oggetto di gara per l'importo complessivo indicato;

CONSIDERATO, in particolare, che l'istante rappresenta che l'oggetto del contratto riguarda il noleggio di bagni per singoli e diversi eventi giubilari e che pertanto l'operatore deve garantire la disponibilità dei bagni e delle risorse umane e materiali necessarie per i servizi accessori, e ritiene pertanto che la capacità organizzativa dell'operatore economico si valuti in base alla quantità dei servizi svolti in un preciso arco temporale, a prescindere se in esecuzione di uno o più contratti. Un singolo contratto stipulato con un unico committente può riguardare, infatti, una pluralità di noleggi e servizi e il fatto che il committente sia unico non rileva ai fini della valutazione della capacità di eseguire i servizi in esame. Alla luce di ciò, ritiene che il limite posto al requisito speciale di due contratti, ciascuno dell'importo di € 100.000,00, appaia incongruente e sproporzionato all'oggetto del contratto, non risponda alla finalità di prevedere servizi o contratti di punta e preclude l'accesso alla gara a operatori economici che hanno fatturati specifici relativi al servizio oggetto dell'appalto, di molto superiori a € 100.000,00. Pertanto, la clausola di cui al punto 6.3. del disciplinare di gara non sarebbe conforme all'art. 58 Direttiva 2014/24/UE e all'art. 100 d.lgs. 36/2023 perché non è proporzionata all'oggetto dell'appalto e quindi contraria all'interesse pubblico di garantire l'accesso al mercato degli appalti al più ampio numero di potenziali concorrenti, con particolare riferimento alla possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese, in violazione degli artt. 3 e 10 d.lgs. 36/2023;

CONSIDERATO che il quesito sottoposto all'Autorità è di accertare la non conformità della clausola di cui al punto 6.3. del disciplinare di gara agli artt. 58, Direttiva 2014/24/UE e 3, 4, 10, 100, d.lgs. n. 36/2023;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 04.09.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della Stazione Appaltante che ha affermato la legittimità della clausola del disciplinare di gara, rappresentando l'urgenza della conclusione del procedimento per «l'imminenza dei grandi eventi del Giubileo della Chiesa Cattolica 2025 per il cui svolgimento sono propedeutici ed essenziali i servizi qui d'interesse», tenuto conto della proposta di aggiudicazione formulata il 04.09.2024 e della prossima aggiudicazione del servizio, all'esito dell'analisi della documentazione amministrativa;



RILEVATO che la SA ha chiesto di respingere l'istanza, con conseguente archiviazione ovvero di concludere il procedimento con parere che accerti la legittimità della clausola del disciplinare di gara dato che i servizi oggetto della procedura in esame «si terranno in due diversi siti nel territorio di Roma Capitale: il parco archeologico di Centocelle e l'area di Tor Vergata» e il servizio di Tor Vergata riguarda un singolo evento di notevoli dimensioni, della durata di due giorni, con la partecipazione presunta di oltre un milione di pellegrini, con necessità d'installazione e manutenzione di circa quattromila bagni chimici contemporaneamente, per un valore a base d'asta pari a € 1.069.615,06. A fronte di tali caratteristiche del servizio, è stato chiesto agli operatori economici di avere un'esperienza pregressa dimostrabile tramite l'esecuzione di due contratti per servizi analoghi, per un importo minimo ciascuno di € 100.000,00. Pertanto, a differenza di quanto sostenuto dall'istante, il servizio da appaltare non riguarda "un numero di bagni variabile per determinati periodi di tempo variabili e circoscritti" bensì un'elevata fornitura per pochi specifici eventi. La SA non condivide, dunque, le conclusioni dell'istante sull'illiceità della clausola contestata, che appaiono inconferenti e infondate, posto che l'appalto concerne l'impiego di un elevato numero di forniture con riferimento a pochi specifici eventi, che non rendono sovrapponibile l'esperienza maturata in plurime "piccole forniture", anche se di pari importo complessivo, con quella maturata in forniture di notevoli dimensioni, che necessitano di differenti capacità professionali e organizzative. La SA ha rilevato, inoltre, che il valore di ciascuno dei due contratti richiesti, risulta inferiore al 10% del valore del servizio di Tor Vergata (20% considerando il valore di entrambi i contratti) e inferiore al 7% del valore dell'intero accordo quadro (13% per entrambi i contratti). Ritiene, dunque, il proprio operato assolutamente corretto, coerente e ragionevole;

RILEVATO che la SA, a sostegno della legittimità del proprio operato, ha richiamato quanto rappresentato dall'Autorità nella Relazione illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, in merito al requisito di capacità tecnica e professionale, oltre che recenti pronunce giurisprudenziali (Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2024, n. 1048; TAR Campania, Salerno, sez. I, 30 luglio 2024, n. 1602) e pareri dell'Autorità (Delibera n. 395 del 30.07.2024). Ritiene, dunque, di aver ben ponderato i contrapposti interessi, «da una parte quello di garantire l'accesso all'appalto al più ampio numero di potenziali concorrenti e, dall'altra, quello di tutelare l'interesse pubblico teso a garantire la corretta esecuzione del servizio nell'ambito di grandi eventi di portata internazionale - quali quelli giubilari - stabilendo, a tal fine, importi dei contratti analoghi ben inferiori a quello della base d'asta, ma con una dimensione minima che assicuri comunque la corretta esecuzione del servizio [...] la dimensione e la complessità del servizio da rendere nel sito di Tor Vergata per un singolo evento - il più grande in termini di partecipanti che verrà organizzato nell'Anno Santo - impone di selezionare operatori economici che siano in grado di gestire singoli contratti di volume sufficiente, che dispongano di una struttura organizzativa adeguata all'evento per cui il servizio deve essere reso». Ritiene, dunque, che il requisito contestato sia ragionevole rispetto all'oggetto e al valore dell'appalto, nel rispetto della normativa di settore e avendo la SA esercitato il «proprio potere discrezionale in perfetta ottemperanza dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità»;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", approvato con delibera del Consiglio n. 267 del 20 giugno 2023;

VISTI gli artt. 3 e 4, d.lgs. 36/2023, che prevedono che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità» e che «Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»;



VISTO l'art. 10, comma 3, d.lgs. 36/2023, che prevede che «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»;

VISTO l'art. 100, d.lgs. 36/2023, che al comma 11 prevede che «Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati» e al comma 12 prevede che «Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo»;

VISTO il punto 6 del disciplinare di gara (requisiti di ordine speciale e mezzi di prova) che prevede che «I concorrenti devono possedere, a pena di esclusione, i requisiti previsti nei commi seguenti» e il punto 6.3 che prevede «a. Esecuzione negli ultimi tre anni antecedenti alla data di scadenza per la presentazione delle offerte di almeno n. 2 contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento (id est servizi di noleggio di bagni chimici mobili e/o di bagni in monoblocco comprensivi di trasporto, posizionamento e successivo ritiro, pulizia e manutenzione) per un importo minimo di ciascun contratto pari a € 100.000,00»;

RILEVATO che dai documenti in atti emerge che su un importo a base di gara di € 1.483.143,61 (al netto degli oneri per la sicurezza da interferenze, non soggetti a ribasso), l'importo per il servizio per il sito di Tor Vergata è pari a € 1.069.615,06, da erogarsi per la quasi totalità nella settimana dal 28 luglio al 4 agosto 2025 (eccetto n. 8 container da fornire da maggio a settembre 2025 e n. 20 bagni chimici da cantiere e n. 15 container da fornire dal 21 luglio al 4 agosto) e che, pertanto, appare provato che l'appalto concerne il noleggio di un elevato numero di beni in relazione a un singolo evento e non la fornitura di un numero di bagni variabile, per periodi di tempo variabili e circoscritti, caratteristiche non rendono sovrapponibile l'esperienza maturata in plurime "piccole forniture", anche se complessivamente dello stesso importo, con quella maturata in singole forniture di notevoli dimensioni, che necessitano di differenti capacità professionali e organizzative;

CONSIDERATO che l'Autorità si è da subito espressa sulla scelta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 100 del d.lgs. 36/2023, chiarendo che, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'art. 100, co. 4, sesto periodo, d.lgs. 36/2023, «trova applicazione la disciplina transitoria delineata nel comma 11 [...] [che] prevede che la stazione appaltante possa richiedere [...] come requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione di contratti analoghi a quello oggetto di affidamento, anche a favore di terzi, nel triennio antecedente alla data di indizione della procedura», evidenziando quanto previsto dal «successivo comma 12, che, con finalità di semplificazione e chiarimento [...] prevede espressamente che le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal medesimo



articolo, salvo quanto previsto dal successivo art. 102 (obblighi occupazionali) o da leggi speciali. 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. In conformità al nuovo dettato normativo, al punto 6.3, il bando tipo n. 1/2023 prevede che la stazione appaltante possa richiedere quale requisito di capacità tecnica e professionale lo svolgimento, nell'ultimo triennio, di un numero minimo di servizi e forniture analoghe e altri eventuali requisiti previsti da leggi speciali» (atto del Presidente dell'11.10.2023 - Fasc. 4314/2023 – URCP 63/2023);

CONSIDERATO che il Bando tipo n. 1-2023 (Schema di disciplinare di gara -Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), al punto 6.3 (requisiti di capacità tecnica e professionale) prevede quale requisito *«[facoltativo] esecuzione negli ultimi tre anni di almeno n. servizi analoghi [o forniture analoghe] a ... [indicare il tipo di servizio/fornitura analogo che si richiede] di importo minimo pari a € ...: [se richiesto un elenco di servizi/forniture in prestazioni diverse ripetere la dicitura per ogni prestazione];»*;

RILEVATO che nella relazione illustrativa del citato bando tipo si precisa quanto segue: «Il Disciplinare contiene indicazioni in ordine ai requisiti speciali di partecipazione alla gara e alle modalità con cui gli stessi possono essere richiesti e comprovati. Si è tenuto conto della previsione contenuta nell'articolo 100, comma 12, secondo cui, salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti nel medesimo articolo 100. In conformità a tale previsione è stata quindi prevista la possibilità di richiedere esclusivamente l'iscrizione alla Camera di Commercio, un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e i servizi analoghi maturati nel medesimo periodo. Con riferimento ai servizi analoghi si raccomanda la necessità di richiedere servizi proporzionati al valore dell'appalto e assimilabili alle prestazioni richieste sia nell'oggetto che nell'importo. Si chiarisce che le indicazioni contenute nel Disciplinare rivestono natura meramente esemplificativa e pertanto resta ferma la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella declinazione del requisito anche in ragione dello specifico settore merceologico di riferimento» (punto 12 - Requisiti speciali e mezzi di prova);

RILEVATO che la discrezionalità della SA nella predisposizione dei bandi di gara e nella definizione dei requisiti di partecipazione permane nell'attuale sistema delineato dal d.lgs. 36/2023, alla luce del combinato disposto degli artt. 10, co. 3, e 100, d.lgs. 36/2023 (delibera n. 32 del 17.01.2024; in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 01.02.2024, n. 1048) e che, in particolare, la SA gode 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 (Delibera n. 236 del 15.05.2024; Delibera n. 225 del 08.05.2024); dovendosi, altresì, evidenziare che «la tutela del principio della libera concorrenza [...] non può automaticamente trasformarsi in un "diritto di partecipazione" per tutti gli operatori economici operanti nel settore interessato a prescindere dall'interesse pubblico che l'Amministrazione



committente persegue attraverso l'indizione di una procedura di gara» (Delibera n. 368 del 24 luglio 2024);

VISTA la pronuncia del GA, che ha rappresentato che «va ricordato che la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale, nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, è stabilita sia dal previgente (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016) che dall'attuale codice dei contratti (art. 10, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023), in attuazione del principio, dapprima affermato dalla Corte di giustizia (17 settembre 2002, in causa C-513/99), poi trasfuso della direttiva 2014/24/UE, [...] che "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" (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale 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)» (Cons. St., sez. IV, 01.02.2024, n. 1048);

RILEVATO, conseguentemente, che nel caso in esame, il contestato requisito speciale di partecipazione rispetta sia il limite della congruità con l'oggetto della gara, perché riguarda il noleggio di un elevato numero di beni, in relazione a un singolo evento, per un importo elevato, sia quello della proporzione con l'importo del contratto, dato che l'importo richiesto di € 100.00,00 per ciascun contratto è inferiore al 10% dell'importo del servizio da prestare nel sito di Tor Vergata, cui si riferisce. Il requisito richiesto appare, dunque, congruo, proporzionato e pertinente all'oggetto del contratto e la condotta della SA appare conforme alla normativa di settore, in quanto non appare viziata da manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o da palese travisamento dei fatti, stante il noto principio secondo cui le scelte rimesse alla discrezionalità della stazione appaltante sono sindacabili solo sotto tali profili;

Il Consiglio

sulla base della documentazione in atti e alla luce delle motivazioni tutte che precedono, limitatamente alle questioni esaminate, ritiene che la condotta della SA sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2024
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente