

## DELIBERA N. 677

29 luglio 2020.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Slam Lavori Aerei S.r.l. – Affidamento del servizio relativo al trasporto urgente con aeromobile di organi umani e di equipe medica per l'Azienda USL di Bologna, lotto unico - Importo a base d'asta: euro 2.620.000,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A. AUSL di Bologna – Servizio Acquisti Metropolitano

**PREC 136/2020/S**

### Riferimenti normativi

Articoli 35 d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Corrispettivo – insufficienza – remuneratività – clausole escludenti

### Massima

**Corrispettivo minimo garantito – assenza di remuneratività – clausole escludenti – calcolo individuale di convenienza**

Sono "escludenti" solo le clausole che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese perché si spingono a precludere, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Resta estraneo alla fattispecie eccezionale di clausola immediatamente escludente il caso di questioni attinenti la soggettiva opportunità economica di presentare un'offerta, in ragione del calcolo individuale di convenienza del singolo operatore economico legato alle sue strategie di impresa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 29 luglio 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 44416 del 15 giugno 2020 e successive memorie, presentata da Slam Lavori Aerei S.r.l. con cui la ditta istante, già operante nel settore di attività oggetto dell'appalto, pur non partecipando alla gara intende contestarne il bando in quanto ritiene che la mancata previsione di un corrispettivo minimo garantito in caso di mancato utilizzo del servizio renda l'appalto non conveniente. L'istante afferma infatti che, a fronte degli elevati costi fissi dell'appalto in questione per il mantenimento degli aeromobili e dei relativi equipaggi, la mancata previsione di un corrispettivo minimo garantito comporti un effetto escludente e renda l'appalto aleatorio e non remunerativo, anche per il fatto di dover comunque garantire la disponibilità H24 di un aeromobile con i relativi equipaggi. Tali condizioni impediscono alla ditta istante di partecipare alla gara, anche per l'impossibilità di ottenere la disponibilità di un elicottero tramite avvalimento. Altro punto contestato della legge di gara è la previsione della fornitura, a carico del concorrente, degli apparati elettromedicali (contenitori isotermici e perfusori), che invece dovrebbe risultare a carico dei Centri di Trapianti Regionali, senza peraltro che la *lex specialis* ne indichi le caratteristiche e le condizioni di utilizzo. In definitiva l'istante ritiene che solo l'operatore uscente sarebbe in grado di fornire il servizio a tali condizioni;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 48923 del 30 giugno 2020;

VISTA la memoria acquisita al prot. 50509 del 3 luglio 2020, con la quale la stazione appaltante evidenzia il carattere di procedura aperta europea della gara in questione, assistita dalla più ampia pubblicità anche tramite G.U.C.E.. Essa pone quindi in luce come l'importo posto a base d'asta derivi in realtà da un'analisi dettagliata sia dell'attività operativa pregressa, con riferimento al numero e alla tipologia di missioni nazionali ed estere effettuate, sia delle previsioni riguardo le attività future, a cui sono state applicate le tipologie tariffarie (forfait minuto volo, sosta, diritti aeroportuali, ecc.) già in uso nel contratto in corso ed in linea con i servizi analoghi presenti nelle varie realtà regionali. La S.A. afferma che l'analisi effettuata evidenziava l'opportunità, a fronte del notevole incremento delle missioni aeree, di indire una nuova gara prima della scadenza dell'attuale contratto, prevista al 31 dicembre 2020. La S.A. rimarca che l'importo a base d'asta della gara in contestazione risulta notevolmente superiore a quello del contratto attualmente in essere (pari a € 1.460.000,00 per un periodo di 48 mesi, a fronte dell'importo a base d'asta pari a € 2.620.000,00 dell'attuale procedura). Riguardo il lamentato carattere di esclusività degli aeromobili, la S.A. specifica che esso è "circoscritto solamente dal momento in cui l'aeromobile inizia il volo di posizionamento sulla prima sede indicata dalla Committente e sino al termine della missione". Con riferimento poi alla questione riguardante la fornitura, a carico del concorrente, dei contenitori isotermici, la S.A. rappresenta di aver dettato le caratteristiche degli stessi mediante richiamo espresso, nel disciplinare di gara, alle linee guida in materia (punto 18.1 Tabella dei criteri discrezionali – A.1 "Documento di progetto che indichi una procedura di trasporto di contenitore/i isotermici di caratteristiche funzionali riportate nelle norme e linee guida di riferimento, che assicurino la conformità sia ai requisiti del trasporto aereo, sia di natura sanitaria .." massimo 8 punti). Essa riferisce altresì che alla gara in oggetto partecipava un solo operatore economico;

VISTA la determina a contrarre, dalla quale si evince che l'attività del servizio di trasporto oggetto della gara in questione ha avuto, negli ultimi due anni, un notevole incremento;

CONSIDERATO che l'importo a base d'asta della procedura aperta in oggetto risulta ampiamente superiore rispetto all'importo del contratto attualmente in essere;

CONSIDERATO che le c.d. clausole immediatamente escludenti sono state individuate dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4), fra le altre, nelle regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, e nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, «vanno considerate "clausole escludenti" solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese perché si spingono a precludere, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Resta dunque estraneo alla fattispecie eccezionale di clausola immediatamente escludente il caso di questioni attinenti la soggettiva opportunità economica di presentare un'offerta, in ragione del calcolo individuale di convenienza del singolo operatore economico legato alle sue strategie di impresa» (Cons. Stato Sez. V, Sent. 18 marzo 2019, n. 1736);

CONSIDERATO che la censura sollevata dall'istante, relativa alla mancata previsione di un corrispettivo minimo garantito, non appare di per sé idonea e sufficiente a dimostrare che le previsioni del bando di gara siano talmente irragionevoli da rendere aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficile il calcolo di convenienza economica. La determina a contrarre infatti evidenzia che l'attività oggetto della gara ha avuto, negli ultimi due anni, un notevole incremento e l'importo a base d'asta risulta, oggettivamente, ampiamente superiore rispetto all'importo del contratto attualmente in essere;

RITENUTO pertanto che, sulla base di quanto prodotto nella presente istruttoria, non risulta dimostrata l'asserita aleatorietà e non remuneratività del servizio che, secondo l'istante, avrebbe prodotto un effetto escludente ai fini della partecipazione;

CONSIDERATO che, con riferimento al trasporto dei contenitori, la *lex specialis* faceva espresso riferimento e richiamo alle linee guida tecniche in materia;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che sulla base di quanto prodotto nella presente istruttoria non risulta dimostrata l'asserita aleatorietà e non remuneratività del servizio che, secondo l'istante, avrebbe prodotto un effetto escludente ai fini della partecipazione. La determina a contrarre infatti evidenzia che l'attività oggetto della gara ha avuto, negli ultimi due anni, un notevole incremento e l'importo a base d'asta risulta ampiamente superiore rispetto all'importo del contratto attualmente in essere.

I Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente