



DELIBERA N. 150

30 marzo 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società [OMISSIS] Srl – RDO MePA per servizio di analisi chimiche e batteriologiche su campioni di acque potabili, reflue ed eventuali altri campionamenti compreso di prelievo e stoccaggio del campione presso i punti di prelievo – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 98.090,00 – S.A.: [OMISSIS].

PREC 38/2022/S

Riferimenti normativi

Artt. 83, 89 e 105 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizio analisi acque – Certificazione UNI EN ISO 17025 – Divieto avvalimento – Limiti subappalto.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Servizio analisi chimiche e batteriologiche acque – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Certificazione UNI EN ISO 17025 – Avvalimento – Ammissibilità – Condizioni e limiti del subappalto – Esclusione del concorrente – Illegittimità.

E' possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità purché l'ausiliaria metta a disposizione della ausiliata, indicandoli specificamente nel relativo contratto a pena di nullità, tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione. Il subappalto, stante la sua funzione di garantire il più ampio accesso al mercato da parte di ogni tipologia di impresa in un'ottica pro-concorrenziale, può essere limitato dalla Stazione appaltante solo in presenza delle condizioni e dei presupposti previsti dall'art. 105, comma 2 del Codice appalti.



D.lgs. n. 50 del 2016, artt. 89 e 105, comma 2.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 009510 del 9.2.2022, con la quale la società [OMISSIS] Srl chiede parere in ordine alla legittimità delle clausole di cui al punto 4 del Disciplinare di gara (certificazione UNI EN ISO 17025) e all'art. 13 del Capitolato speciale (subappalto) in quanto ritenute irragionevolmente e immotivatamente limitative della concorrenza e avendone determinato l'esclusione dalla gara;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo l'istante *«Nella gara oggetto della presente lamentela (servizi di analisi su acque potabili) su un totale di 57 attività analitiche da effettuare si consente il subappalto soltanto alle attività di campionamento escludendo tutte le altre 56 che sono molto più importanti sia per la frequenza che per l'importanza che hanno sul giudizio della qualità dell'acqua stessa (es. esami microbiologici e chimici). Il laboratorio [OMISSIS] srl pur avendo accreditate ben 56 prove analitiche ed anche il campionamento rischia di non poter partecipare non avendo in accreditamento una sola delle predette 57. Essa è la radioattività che oltre ad essere un test per laboratori specializzati va eseguita raramente ed in genere non più di una volta l'anno»*;

CONSIDERATO che l'odierna istante è stata esclusa dalla gara poiché *«Nel Capitolato d'Appalto all'Art. 13 è previsto il sub-appalto solo per la gestione del prelievo campioni e non per le analisi Radon-Trizio – alfa e beta e inoltre non risulta conforme la certificazione di cui al Punto 4 della Documentazione Amministrativa del Disciplinare di Gara»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28.2.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che il punto 4 del Disciplinare di gara richiede agli operatori economici, ai fini della partecipazione, il possesso della *«CERTIFICAZIONE secondo lo standard UNI EN ISO 17025, "Accredia", individuando il proprio numero di accreditamento ed allegando copia dell'attestazione dei metodi accreditati; (anche in copia autenticata o dichiarazione sostitutiva) con prove accreditate radon – trizio – alfa e beta»*; mentre l'art. 13 del Capitolato stabilisce che *«E' ammesso il ricorso al subappalto relativamente alla sola gestione del prelievo campioni, ai sensi dell'art. 105 comma 4 lettera a del D. Lgs. 50/2016 e a condizione che la facoltà di ricorrere allo stesso venga indicata in sede di istanza di partecipazione. Senza l'autorizzazione dell'Amministrazione è vietato all'aggiudicatario di cedere in subappalto la gestione delle analisi di laboratorio oggetto del presente Capitolato ai sensi dell'art. 105 comma 4 del D. Lgs. 50/2016»*;

CONSIDERATO che, in generale, sul possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la Stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della



ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara e che l'Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, ha stabilito che «*I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge*»;

RILEVATO, tuttavia, che la maggior parte dei bandi di gara per il medesimo servizio oggetto del presente appalto, individuati a campione nell'ambito di tutto il territorio nazionale e banditi da Enti omologhi al [OMISSIS] che ha indetto la gara in esame, in merito al possesso della certificazione UNI EN ISO 17025, ritengono soddisfatto tale requisito di capacità tecnico-professionale se l'operatore economico risulti accreditato per almeno il 70% del pacchetto di analisi richieste, senza dunque imporre – come nel caso di specie – l'accreditamento per tutte le analisi oggetto di affidamento e che viene altresì ammessa la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento;

RILEVATO, come risulta dal verbale di gara del 4.3.2022, che gli operatori economici partecipanti alla gara erano in numero di 6 e che ben 4 sono stati esclusi per le medesime motivazioni addotte per l'esclusione della società istante;

RITENUTO che tali dati oggettivi, ovvero la richiesta dell'accreditamento per tutte le analisi oggetto di affidamento, il divieto di avvalimento e il divieto di subappalto per le analisi *'Radon-Trizio – alfa e beta'*, inducono a ritenere che i requisiti di partecipazione individuati dalla Stazione appaltante, ancorché pertinenti all'oggetto della gara, non rispondano ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, non solo perché – astrattamente – tendono a restringere immotivatamente la platea dei possibili concorrenti, ma perché gli esiti stessi della procedura in discussione dimostrano che ciò si è effettivamente verificato avendo comportato l'esclusione di ben 4 concorrenti su 6;

RITENUTO che, anche trascurando le motivazioni tecniche che potrebbero, in ipotesi, giustificare l'obbligo di accreditamento dei laboratori concorrenti per tutte le analisi richieste, risulta non conforme all'attuale disciplina normativa sull'avvalimento, nonché al consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia, vietare il ricorso a tale istituto per il requisito in questione, la cui ammissibilità, invece, favorendo l'ampliamento della base dei potenziali concorrenti (tra cui quelli esclusi), avrebbe eliminato *ab origine* le ragioni di contestazione dell'odierna istante;

CONSIDERATO, infatti, che è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità, purché l'ausiliaria metta a disposizione della ausiliata *"tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione"* (Cons. Stato, Sez. V n. 2953 del 17.05.2018), occorrendo dunque che *"per la validità dell'avvalimento (...) siano indicati i mezzi, il personale, il know-how, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante (cfr., Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; V, 4 novembre 2016, n. 4630; Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264)"*;

RITENUTO che il divieto di subappalto per tutte le attività che non riguardino la sola "gestione del prelievo dei campioni" appare contrastante con l'attuale normativa in materia, la quale, intendendo favorire



l'accesso a tale istituto perché funzionale all'esigenza di garantire il più ampio accesso al mercato da parte di ogni tipologia di impresa, ivi incluse quelle piccole e medie, nonché all'esercizio della libera concorrenza, prevede che *«Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229»* (art. 105, comma2), cosicché il subappalto può essere vietato solo in presenza di suddetti presupposti, che – nel caso di specie – non sembrano sussistere e comunque non sono stati espressamente individuati e motivati dalla Stazione appaltante;

RITENUTO, dunque, che il divieto di avvalimento per il requisito della certificazione UNI EN ISO 17025, il divieto di subappalto per le analisi Radon-Trizio – alfa e beta e il fatto che le analisi sulla radioattività delle acque – come correttamente fatto rilevare dall'istante – non costituiscono affatto una tipologia di esami comune negli appalti dei servizi in questione, con la conseguenza che pochi laboratori sono in possesso delle certificazioni richieste anche per questi ultimi, hanno concorso a restringere immotivatamente la concorrenza nella gara *de qua* senza che emergano o siano state illustrate dalla Stazione appaltante motivazioni specifiche a giustificazione della richiesta di requisiti così vincolanti,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in materia di criteri di selezione, di avvalimento e di subappalto e che pertanto non lo sia neanche l'esclusione della società istante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente