



DELIBERA N. 337

20 luglio 2023

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 Innovation Services Srls – Procedura telematica aperta per l'appalto dei servizi cimiteriali di custodia, pulizia, giardinaggio, tumulazione ed estumulazione-Periodo anni tre. Prorogabili per altri tre anni – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 331.650,00– S.A.: Città di Gallipoli.

UPREC-PRE 601/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizi cimiteriali – Servizio di punta – Dimostrazione possesso del requisito di punta – Imprese singole e imprese associate – Dimostrazione in caso di avvalimento – Principio di infrazionabilità.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Servizi cimiteriali – Scelta del contraente – Requisiti di partecipazione – Servizio di punta – Ratio e limiti generali – Dimostrazione possesso del requisito di punta – Imprese singole e imprese associate – Dimostrazione in caso di avvalimento – Principio di infrazionabilità – Esclusione del concorrente partecipante in avvalimento – Legittimità.

Il requisito di punta, purché connesso e proporzionato all'oggetto dell'appalto, può essere legittimamente richiesto dalla Stazione appaltante in quanto attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio messo a gara. Come tale, il requisito di punta, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0040493 del 26.5.2023, con la quale la società Innovation Services Srls chiede parere in ordine alla legittimità dell'esclusione disposta dalla Stazione appaltante in quanto *«Dalla documentazione di cui sopra, il concorrente, e nemmeno le due imprese ausiliarie, sono in possesso del requisito richiesto dal suddetto punto 2 – 10.3 - del disciplinare di gara» [“Espletamento nel triennio antecedente la data del bando di gara (triennio inteso come anni solari precedenti e cioè anni 2020 -2021 -2022) di almeno un servizio (inteso come servizio continuativo anche per più anni presso lo stesso Committente), per servizi cimiteriali, di importo complessivo non inferiore a € 150.000,00 oltre I.V.A.];*

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante, essendo priva dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, partecipava alla procedura *de qua* utilizzando i requisiti di due imprese ausiliarie (ossia Impresa Rossetto Rossano da Matino e LGP Costruzioni e Servizi Srl) e che dal contratto di avvalimento e dalle dichiarazioni prodotte in gara risultava che, ai fini del requisito in contestazione di cui al punto 10.3.2) del Disciplinare, le due imprese ausiliarie vantano, rispettivamente, un contratto di punta di importo pari a **euro 123.413,40** eseguito presso il Comune di Parabita e uno di importo pari a **euro 117.652,32** eseguito presso il Comune di Gallipoli, pertanto entrambi di importo inferiore a quello richiesto dalla Stazione appaltante (ovvero non inferiore a **euro 150.000,00**), con la conseguenza che quest'ultima è stata costretta ad applicare la sanzione espulsiva in quanto nessuna delle tre imprese, né l'ausiliata né le due ausiliarie, è risultata essere in possesso del requisito in discussione che, trattandosi del c.d. "contratto di punta", non è cumulabile tra più imprese;

CONSIDERATO che a giudizio della società istante l'esclusione è infondata e illegittima in quanto se per un verso *«È vero che non può escludersi a priori l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità, che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, per cui l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un'unica impresa»*, per altro verso è anche vero che ciò è ammissibile *«laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto; tuttavia, tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, che non può assurgere a regola generale»*; inoltre la parte istante eccede "una confusa ed opaca formulazione" del requisito in questione da parte della *lex specialis* e, in ogni caso, che *«il requisito tecnico del servizio analogo nella specie prescritto dalla lex specialis non può avere carattere "di punta", sia perché manca un'espressa qualificazione in tal senso, sia in quanto le prestazioni di custodia, pulizia, giardinaggio, tumulazione ed estumulazione non richiedono competenze professionali tali da giustificare l'infrazionabilità del requisito stesso»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 5.6.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

PRECISATO, in via generale, che con il c.d. contratto o servizio di punta l'Amministrazione committente intende assicurarsi l'elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa e che ciò è consentito dal principio secondo cui la Stazione appaltante fissa discrezionalmente i criteri di partecipazione sulla base dell'attinenza e della proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto, in modo da garantire l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti (v. art. 83, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016);

PRECISATO, altresì, che costituisce un consolidato approdo interpretativo che *«l'avvalimento plurimo o frazionato non possa essere consentito con riferimento al cd. requisito di punta, che deve essere*



necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara; il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa» e che «il requisito [...], concernente i c.d. servizi di punta, non è frazionabile in caso di raggruppamento temporaneo di professionisti e, pertanto, ognuno dei due servizi di punta richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento. La non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento». (v. TAR Napoli, 7.2.2020, n. 603 e Consiglio di Stato, sez. V, 2.2.2018, n. 678 che richiama i Pareri di precontenzioso n. 107 del 21 maggio 2014 e n. 156 del 23 settembre 2015);

RILEVATO che nel caso di specie il Disciplinare di gara, al punto 10.3.2), prevedeva, tra i requisiti speciali, l'obbligo per gli operatori economici di aver espletato «*nel triennio antecedente la data del bando di gara (triennio inteso come anni solari precedenti e cioè anni 2020 -2021 -2022) di almeno un servizio (inteso come servizio continuativo anche per più anni presso lo stesso Committente), per servizi cimiteriali, di importo complessivo non inferiore a € 150.000,00 oltre I.V.A.*», con la precisazione che «*Il requisito di cui al punto 2) deve essere posseduto per intero dalla mandataria o consorziata o mandante o consorzio e non è cumulabile tra più imprese*»;

RITENUTO che sotto un profilo meramente formale la clausola in questione non presenta profili di censurabilità, atteso che, come noto, le Stazioni appaltanti possono sempre richiedere requisiti più stringenti e rigorosi di quelli minimi previsti per legge purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto (v., in tal senso, Delibera ANAC n. 830 del 27 luglio 2017) e che ciò che qualifica le clausole della *lex specialis* non è il *nomen iuris* che vien loro attribuito, ma il loro effettivo contenuto, cosicché non può sostenersi – come invece fa la società istante – che il requisito in parola sarebbe comunque illegittimo perché non espressamente qualificato o definito come “servizio o requisito di punta”;

RITENUTO, inoltre, che anche l'ulteriore argomento prospettato dalla società istante secondo cui l'asseritamente “confusa ed opaca formulazione” della clausola relativa al servizio di punta farebbe «*intendere che il requisito di cui al punto 2 della Sezione 10.3 del Disciplinare non sarebbe cumulabile tra più imprese esclusivamente nell'ipotesi di partecipazione di un soggetto avente natura plurisoggettiva, RTI o Consorzio che sia (ed infatti la formulazione letterale si riferisce alla mandataria o consorziata o mandante o consorzio), mentre nulla dice (e nulla prescrive) per il caso del soggetto che concorra quale impresa singola*», non è meritevole di favorevole considerazione poiché la *ratio* stessa che è alla base del principio dell'infrazionabilità del servizio di punta non può che condurre ad estenderlo per analogia a tutti quei casi in cui la partecipazione alla gara avviene attraverso istituti che consentono, nelle varie modalità ammesse dalla legge, di utilizzare i requisiti di altri operatori economici e ciò indipendentemente dal fatto che la *lex specialis* ne faccia o meno puntuale menzione (cfr. Consiglio di Stato, sent. cit.); d'altra parte non potrebbe neppure applicarsi il canone interpretativo del *favor participationis*, in nome del quale le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole oscure o contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse e ciò perché a rilevare, nel caso in esame, è il fatto che la società istante sia oggettivamente priva del requisito richiesto (servizio di punta) risultando del tutto indifferente l'elemento dell'affidamento incolpevole, che invece si basa sul presupposto, assente nella fattispecie che ci occupa, della possibilità da parte



dell'operatore economico di agire diversamente a seconda dell'interpretazione data alla clausola della *lex specialis* (detto altrimenti, stante la cogenza del principio dell'infrazionabilità del servizio di punta, se l'operatore economico è privo di tale requisito in proprio non ha altra scelta che rinunciare alla gara, risultando, pertanto, indifferente, sotto tale profilo, la corretta formulazione o interpretazione della clausola che lo prevede);

RITENUTO che alle medesime conclusioni si deve giungere sotto il profilo sostanziale, considerato che il servizio di punta in contestazione, di importo pari a poco meno del 45% dell'importo a base di gara, non solo risulta quantitativamente non sproporzionato né abnorme ma è anche conforme all'oggetto dell'affidamento, trattandosi dei medesimi servizi (cimiteriali) messi a gara e che tanto l'impresa ausiliata, odierna istante, quanto le due imprese ausiliarie risultano *per tabulas* prive del requisito di aver eseguito in proprio un contratto di punta (affidente ai servizi cimiteriali) di importo non inferiore a euro 150.000,00 nel triennio di riferimento indicato dal Disciplinare di gara;

RITENUTO, infine, di non poter affatto condividere l'assunto della parte istante secondo cui i servizi in gara (servizi cimiteriali di custodia, pulizia, giardinaggio, tumulazione ed estumulazione) non richiederebbero *"in alcun modo competenze professionali tali da giustificare l'infrazionabilità del requisito"* e tanto sia perché si tratta di servizi che se pur non particolarmente complessi sotto l'aspetto tecnico presentano profili di particolare delicatezza dal punto di vista organizzativo-gestionale che postulano una esperienza e una professionalità non generiche, che ragionevolmente vengono individuate, appunto, mediante la richiesta di un contratto di punta, sia perché la non censurabilità di scelte governate dal canone della discrezionalità amministrativa, come quella in questione, è superabile solo nell'ipotesi di manifesta illogicità, incongruità, sproporzione o arbitrarietà dei processi decisionali che hanno condotto l'Amministrazione committente alle determinazioni contestate; ipotesi che tuttavia non è dato rilevare nel caso in esame e che comunque non è stata dimostrata dalla parte istante;

il Consiglio

ritiene, alla luce delle motivazioni che precedono e nei limiti delle questioni esaminate, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle attuali disposizioni normative in materia di requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di cui all'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente