



## DELIBERA N. 591

Del 19 dicembre 2023

### Oggetto

Istanza di parere ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 presentata da [OMISSIS]- Procedura aperta ai sensi degli artt. 71 e 108 comma 2 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per l'affidamento di Concessione integrata dei Servizi cimiteriali per la durata di un anno: concessione dei Servizi cimiteriali relativi ai Cimiteri del Comune di Cosenza (Cimitero principale "Colle Mussano" - sede anche degli Uffici, Cimitero "Donnici", Cimitero "Sant'Ippolito", Cimitero "Borgo Partenope), con annessa gestione dei contratti e riscossione dei canoni e degli oneri dovuti, costituiti in particolare da: operazioni cimiteriali come da tabella allegata al presente Disciplinare (traslazioni, tumulazioni, esumazioni, inumazioni, estumulazioni, risanamento loculi, chiusura e apertura loculi, ponteggi, altre operazioni varie, quali traslazioni straordinarie, recupero salme, smaltimento rifiuti speciali non pericolosi derivanti dalle predette operazioni cimiteriali), i Servizi di guardiania per i quattro cimiteri cittadini (Cimitero principale "Colle Mussano" - sede anche degli Uffici, Cimitero "Donnici", Cimitero "Sant'Ippolito", Cimitero "Borgo Partenope), il Servizio di organizzazione e gestione degli Uffici per il cimitero principale "Colle Mussano", la gestione, la manutenzione, gli allacciamenti e i distacchi dell'illuminazione votiva per tutti i predetti cimiteri, nonché la gestione e la manutenzione dell'illuminazione delle aree della viabilità interna cimiteriale. - CIG A01440FCBE - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa- Importo a base di gara: euro 700.000,00 - SA: Comune Di Cosenza

**UPREC-PRE 0772/2023/S/PREC**

### Riferimenti normativi

D.lgs. n. 36/2023;

Articolo 7, comma 1, lettera g) Regolamento in materia di pareri di precontenzioso

### Parole chiave

**Contestazione clausole escludenti – Condizioni – Carenza di interesse**

### Massima

**Appalto pubblico – In generale – Contestazione clausole escludenti – Condizioni – Carenza di interesse**

*Con riferimento alle clausole immediatamente escludenti come definite dalla Adunanza Plenaria n. 4/2018 e dalla successiva giurisprudenza amministrativa, l'ammissibilità dell'immediata impugnazione è rinvenibile nelle sole clausole impeditive della partecipazione in quando incidenti direttamente, con assoluta e oggettiva certezza, sull'interesse delle imprese di settore, in quanto preclusive, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, di un'utile partecipazione alla gara.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 dicembre 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 91465 del 17 ottobre 2023, presentata da [OMISSIS], relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante censurava la disciplina di gara sostenendo che alcune clausole della *lex specialis* fossero limitative della partecipazione alla gara e impedenti la formulazione di un'offerta congrua; più dettagliatamente l'istante contestava i seguenti profili relativi al capitolato speciale



d'appalto: Indeterminatezza prestazioni per mancata specificazione degli ambienti", quali siano "tutti i luoghi del cimitero" (punto 2.5), Illegittima privativa nella fornitura lapidi (Art. 2 - Punto 2.6), prestazioni esorbitanti ed indeterminate (Art 6) –, prestazioni a titolo gratuito (Art 7) Spese indeterminate (Art 8), Penali (Art 12); nonché i seguenti elementi del disciplinare di gara: Punto 5 disciplinante la recessione del contratto dopo otto mesi qualora venga dichiarato l'interesse pubblico di un intervento di Project financing che riguardi la concessione cimiteriale, con le modalità previste dall'art 190 c. 4 d.lgs. n. 36/2023, senza alcun indennizzo dovuto ad eventuali mancati guadagni; Punto 19, relativo al criterio "Modalità di organizzazione ed esecuzione dei Servizi cimiteriali affidati" che prevede un peso specifico pari a ben 40 punti e possibilità di lavoro straordinario, festivo e notturno anche prescindere dalle disposizioni sindacali e/o del RUP; Art. 17 per la violazione della *par condicio* in merito alla documentazione da presentare; il Metodo di valutazione dell'Offerta economica; Art. 23 concernente l'anomalia dell'offerta;

RILEVATO che la procedura è stata indetta ai sensi degli artt. 71 e 108 comma 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con bando pubblicato in data 2 ottobre 2023;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 24 ottobre 2023, con nota prot. n. 94494;

VISTA l'integrazione documentale richiesta per deposito memorie con nota prot n. 100059 del 10 novembre 2023;

VISTA la documentazione di gara e le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante, depositata con nota prot. n. 103236 del 20 novembre 2023 e n. 105241 del 24 novembre 2023, con la quale la stessa, a sostegno della correttezza del proprio operato, evidenziava preliminarmente che il RUP «*avuto conoscenza solo in data 16.11.2023, per disguidi interni all'Ente, dell'instaurarsi dell'avvio del procedimento di precontenzioso ANAC, ha comunque avviato la procedura di gara, con la prima seduta pubblica tenutasi proprio nella giornata del 16.11.2023. Nonostante i rilievi mossi dalla società [OMISSIS], la gara ha visto la partecipazione di ben quattro operatori economici che non lasciano presagire alcuna violazione o contrazione del principio della tutela della concorrenza*». Con riferimento ai profili contestati rappresentava quanto segue: relativamente alla prima questione, inerente la presunta indeterminatezza delle prestazioni tale da inficiare sulla formulazione dell'offerta l'amministrazione evidenziava che «*Gli ambienti e i luoghi del cimitero sono indicati in apposita planimetria redatta in adeguata scala, facente parte dei documenti di gara, che consente di identificare il perimetro dell'area cimiteriale; è stato possibile visionare con apposito sopralluogo, peraltro consigliato, nell'arco dell'orario di apertura del cimitero, tutti i giorni, i viali del cimitero di cui deve garantirsi l'illuminazione con la sostituzione delle lampade esauste*» e che «*il valore della Concessione (pari a 400.000 euro/anno per le operazioni cimiteriali e 300.000 euro/anno per l'illuminazione votiva) è stato valutato, come riportato all'art. 4 del Disciplinare di gara, con criterio rigorosamente storico, quindi ancorato alle effettive operazioni cimiteriali verificatesi negli anni passati, influenzate quindi, in maniera assolutamente non significativa allo scopo, da andamenti demografici, correttamente non tenuti in considerazione, nonché sulla base di costi delle singole operazioni cimiteriali, ben definite, prefissate e dettagliate*»; in merito alla seconda questione afferente alla illegittima privativa nella fornitura lapidi in quanto distorsiva della concorrenza, l'amministrazione evidenziava che «*si tratta di una previsione che non obbliga gli utenti, in quanto è specificato essere non obbligatoria. Come si evince dalla tabella riportata all'art. 4 la fornitura della lapide con modello standard è assoggettata ai prezzi definiti, fatta salva la possibilità di scelta di altra tipologia di lapide da parte dell'utente, liberamente e secondo le preferenze, attingendo a qualsivoglia fornitore. Ai fini dell'osservanza delle disposizioni normative sulla sicurezza dei lavoratori nei cantieri temporanei e mobili (D.lgs. 81/2008), anche se viene prescelta una fornitura diversa da quella standard da altro fornitore, è obbligatoria la posa in opera in capo al Concessionario, con prestabilite tariffe per apertura e chiusura del loculo, rimozione e applicazione della lapide, allestimento di ponteggi (in cappelle private e soladizi religiosi)*» senza porre



alcuna distorsione della concorrenza; in merito alla terza questione contestante le prestazioni esorbitanti ed indeterminate, in quanto prevedrebbe una serie di attività di ricerca che sono del tutto indeterminate, vaghe ed oltremodo gravose, il comune rappresentava che la contestazione è pretestuosa *«in quanto si fa riferimento a "familiari", ossia facenti parte della "Famiglia" [...] Il Nucleo Famiglia è facilmente identificabile a mezzo del certificato di stato di famiglia, in cui si dichiara la composizione del nucleo familiare, che rilascia lo stesso comune. La comprova documentale consiste pertanto nell'adempimento dell'acquisizione di tale certificato, con il supporto degli uffici comunali»*; con riferimento alla quarta questione sulla presunta illegittimità degli interventi che devono essere eseguiti gratuitamente dalla ditta concessionaria, l'amministrazione evidenziava che *«la questione della "gratuità" della prestazione è intesa o da intendere come compensata dal corrispettivo che ristorerà il Concessionario per le operazioni cimiteriali che effettuerà nel corso del periodo di concessione, dettagliatamente previste in appositi paragrafi del Disciplinare di gara, con tariffe e costi precisati»*; con riferimento alla quinta questione relativa alle spese indeterminate delle utenze relative alla fornitura di servizi oggetto di concessione, il comune rappresentava che *«Nessuna indeterminatezza può invocarsi atteso che per la stima del volume d'affari posto a base di gara (300.000 euro/anno per le lampade votive) è stata presa in considerazione la consistenza delle 5 lampade votive attuali, con l'attuale costo di gestione dovuto all'energia; un operatore del settore, anche supportato da visita sul posto e sopralluogo, può desumere una stima delle spese per l'energia»*; infine, relativamente alla sesta questione inerente le penali con importi presuntivamente stratosferici, l'amministrazione evidenziava la pretestuosità della questione;

VISTA la successiva memoria depositata dall'amministrazione di cui alla nota prot. n. 106247 del 28 novembre 2023, ad esito di ulteriore richiesta integrativa formulata per le vie brevi, con la quale la stessa rappresentava che l'istante non aveva partecipato alla procedura e che alla gara avevano presentato quattro operatori economici;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di alcune delle clausole di gara previste dal disciplinare e dal capitolato speciale, in quanto asseritamente escludenti;

RITENUTO che l'unanime orientamento giurisprudenziale in merito alla immediata impugnabilità del bando di gara sostiene, in ragione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 4, che *«le clausole non escludenti del bando [...]vanno] impuginate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo»* (Cfr., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 09/02/2023, n. 343). Più dettagliatamente, l'indirizzo interpretativo sul punto è unitario nel considerare che regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnarne l'esito (essendo titolare di una posizione differenziata) e che i bandi di gara e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione. Le eccezioni, che impongono l'onere di immediata impugnazione, possono essere ricondotte alle ipotesi in cui (i) si contesti in radice l'indizione della gara, (ii) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto affidamento in via diretta del contratto, (iii) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (cfr., *ex plurimis*, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 09/02/2023, n. 343; Cons. Stato, Sez. V, 29/04/2019, n. 2732);



CONSIDERATO che, in ragione di tale orientamento, ciò che può essere immediatamente impugnato sono le sole clausole escludenti o che impediscono la partecipazione alla gara e la presentazione di un'offerta e che nel novero degli indirizzi ermeneutici elaborati successivamente alla Adunanza Plenaria nel *genus* delle c.d. clausole immediatamente escludenti sono state ricondotte le seguenti fattispecie: (a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; (b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; (c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; (d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; (e) clausole impositive di obblighi *contra ius*; (f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come, ad esempio, quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di 0 pt.); (g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 09/02/2023; Cons. Stato, sez. V, 29/04/2019, n. 2732; Sez. III, 28/09/2020, n. 5705; sez. III, 6/10/2023, n. 8718; TAR Lazio, sez. V, 27/4/2023, n. 7254);

RISCONTRATO che la giurisprudenza ha successivamente chiarito che nell'ambito delle gare d'appalto, rappresentano clausole della *lex specialis* immediatamente escludenti, per le quali è previsto l'onere di immediata impugnazione: a) quelle che riguardano i requisiti di partecipazione, impedendo in radice la partecipazione alla gara degli operatori economici che ne siano privi; b) quelle che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile adempimento o del tutto spropositati; c) quelle che, con assoluta e oggettiva certezza, incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico; d) i bandi gravemente carenti o errati nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica. Resta escluso l'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni della *lex specialis* di gara riguardanti il metodo della gara medesima, nonché il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 8/01/2021, n. 284);

RILEVATO altresì che la stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, con riferimento alle clausole escludenti la relativa ammissibilità dell'immediata impugnazione è rinvenibile nelle clausole impeditive della partecipazione in quando incidenti direttamente, con assoluta e oggettiva certezza, sull'interesse delle imprese di settore, in quanto preclusive, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, di un'utile partecipazione alla gara (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 6/10/2023, n. 8718; sez. III, 26/4/2022, n. 3191; sez. III, 21/02/2019, n. 513; sez. V, 8/01/2021, n. 284; Ad. plen., 26/04/2018, n. 4);

RILEVATO che in ragione di tali argomentazioni ciò che occorre considerare è che gli elementi posti a base di gara dalla stazione appaltante siano del tutto inidonei a consentire alle imprese partecipanti di formulare compiutamente delle offerte tali da garantire, compatibilmente con il grado di alea economica proprio dell'appalto, una possibilità di utile d'impresa; ciò tenuto conto che «*l'ordinamento è orientato, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, non al supporto economico delle imprese in difficoltà economiche, ma all'acquisizione, in regime di concorrenza, dell'offerta più conveniente per l'amministrazione e rispondente ai parametri tecnici di cui la medesima necessita. Nel che è insito, naturalmente, un calcolo dei costi e dei ricavi che tende a contenere il margine di utile in termini competitivi. Che da questo, per un'impresa, possa derivare una minor "appetibilità" economica dell'appalto, è nella normalità delle cose e non rappresenta una generalizzata e oggettiva "barriera*



*all'ingresso" del micro-mercato costituito dalla singola gara»* (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 09/02/2023, n. 343; Cons. Stato, sez. III, 6/10/2023, n. 8718);

RILEVATO che secondo tale inquadramento giuridico non rientrano nella fattispecie eccezionale delle clausole immediatamente escludenti le questioni attinenti la soggettiva opportunità economica di presentare un'offerta, in ragione del calcolo individuale di convenienza del singolo operatore economico legate alle sue strategie di impresa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6/10/2023, n. 8718; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 09/02/2023, n. 343; Cons. Stato, Sez. V, 18/03/2019, n. 1736; T.A.R. Liguria, Sez. I, 12/07/2019, n. 612). Ciò in quanto per aversi l'effetto escludente deve sussistere, con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore medio di formulare un'offerta economicamente sostenibile, ossia astrattamente idonea a produrre, nella normale alea contrattuale, un utile derivante dall'esecuzione del contratto (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 09/02/2023, n. 343);

RILEVATO altresì che tale orientamento ha escluso l'immediata impugnabilità del bando nel caso in cui le clausole contestate non siano escludenti per come sopra definite e che, in tale fattispecie, torna ad essere vigente l'ordinario principio di impugnabilità per effetto del quale il concorrente che non abbia partecipato alla procedura di gara non è legittimato a impugnare le clausole del bando (cfr. TAR Lazio, sez. V, 27/04/2023, n. 7254);

RITENUTO che, nel caso di specie, le contestazioni sollevate dall'odierno istante attengono non a clausole escludenti nella definizione sopra riportata, ovvero impedenti l'astratta possibilità per un qualsiasi operatore medio di formulare un'offerta economicamente sostenibile che, nella naturale alea contrattuale, possa produrre un utile all'offerente, bensì si fondano su una valutazione di non convenienza economica soggettivamente valutata dall'istante;

RITENUTO che, nel caso di specie, non trattandosi di clausole immediatamente escludenti con assoluta certezza preclusiva l'utile partecipazione all'operatore economico, vige l'ordinario principio di impugnabilità e, conseguentemente, dal momento che il concorrente istante non ha partecipato alla procedura di gara non è legittimato alla relativa impugnazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'istanza di precontenzioso è inammissibile ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera g) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, per carenza di interesse al rilascio del parere.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente