



DELIBERA N. 320

Del 21 aprile 2021.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Sager S.r.l. e Isontina Ambiente S.r.l. – Servizi di recupero del rifiuto verde - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 325.000,00 – S.A.: Isontina Ambiente S.r.l.

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [Omissis] S.p.a. e Isontina Ambiente S.r.l. – Servizi di recupero del rifiuto verde - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 325.000,00 - S.A.: Isontina Ambiente S.r.l.

PREC 80/2021/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Servizi analoghi – servizio di punta – frazionamento - contributo Anac

Massima

Requisito dei servizi analoghi nel triennio – importo complessivo – servizio di punta - somma di più servizi – non è conforme alla *lex specialis* – divieto di frazionamento

Il requisito di partecipazione consistente nell'aver svolto nel triennio un unico servizio cd. "di punta" nel settore oggetto di affidamento non può ritenersi soddisfatto attraverso lo svolgimento di più servizi di importo inferiore che, sommati fra di loro, andavano a raggiungere l'importo richiesto.

Il servizio "di punta" non può essere frazionato.

Contributo Anac – pagamento fuori termine - esclusione



E' conforme alla normativa l'esclusione dell'operatore economico che abbia ottemperato oltre il termine per la presentazione delle offerte all'obbligo di pagamento del contributo Anac, previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 aprile 2021

DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza congiunta acquisita al prot. n. 23229 del 18 marzo 2021, corredata delle relative memorie, l'operatore economico Sager S.r.l. e la stazione appaltante Isontina Ambiente S.r.l. chiedono un parere all'Autorità in ordine alla corretta interpretazione del requisito di partecipazione, previsto nella *lex specialis*, riguardante i servizi analoghi svolti nel triennio precedente. In particolare, la richiesta verte sulla previsione del disciplinare di gara, indetta per l'affidamento del servizio di recupero del rifiuto verde, che richiede la dimostrazione di aver svolto, nel triennio precedente, almeno un servizio analogo, per tipologia e quantitativo annuo, di importo pari almeno a € 300.000,00. Con le risposte alle richieste di chiarimento, la S.A. negava la possibilità di ritenere soddisfatto il requisito tramite un servizio pari a € 300.000,00 "complessivi", e qualificava come requisito essenziale le quantità annue indicate. In corso di gara pertanto, avendo il concorrente Sager S.r.l. dichiarato di aver svolto n. 4 servizi analoghi, nel triennio, che sommati fra di loro consentivano di giungere a un importo pari a € 341.850,60, la S.A. non riteneva soddisfatto il predetto requisito e comunicava all'o.e. l'esclusione dalla gara.

A seguito della presentazione dell'odierna istanza di parere, seguiva l'avvio del procedimento con nota prot. 25077 del 24 marzo 2021.

L'operatore economico Sager S.r.l. lamenta la scarsa chiarezza della previsione del disciplinare che richiedeva di aver svolto, nel triennio precedente, almeno un servizio analogo, per tipologia e quantitativo annuo, di importo pari almeno a € 300.000,00. In ogni caso la Sager S.r.l. presentava domanda di partecipazione, facendo anche ricorso all'avvalimento per la dimostrazione del "quantitativo annuo". Tuttavia, a fronte della specifica richiesta di dimostrare il requisito costituito da "*almeno € 300.000,00 complessivi annui*", il concorrente afferma che essa si rivelerebbe restrittiva della partecipazione.

Con proprie memorie, la stazione appaltante rappresenta che il requisito in questione era da intendere come requisito "di punta" riferito a un singolo servizio analogo, e che il chiarimento fornito era volto a specificare tale aspetto. Come anche comunicato alla ditta istante in sede di replica alle contestazioni, la S.A. intendeva il requisito in questione non già come somma di più servizi analoghi che raggiungessero l'importo di € 300.000,00, bensì come unico distinto servizio "di punta" dimostrativo dell'esperienza pregressa.

Con ulteriore istanza congiunta acquisita al prot. n. 25512 del 25 marzo 2021, relativa alla medesima gara, il concorrente [Omissis]S.p.a. e la stazione appaltante Isontina Ambiente S.r.l. chiedono un parere all'Autorità in ordine alla conformità alla normativa di settore dell'esclusione disposta dalla S.A. a causa del ritardo nel pagamento del contributo Anac effettuato dalla [Omissis]S.p.a..



In relazione a tale questione, la S.A. riferisce che nel corso della prima seduta di gara si constatava la mancanza della ricevuta di pagamento del contributo Anac all'interno della documentazione presentata dal concorrente [Omissis]S.p.a., per cui veniva attivato il soccorso istruttorio. All'esito della richiesta di integrazione documentale, tuttavia, il concorrente produceva una ricevuta di pagamento recante data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Pur richiamando l'orientamento dell'Autorità secondo cui il mancato pagamento del contributo in questione integra una causa di esclusione in quanto il predetto versamento è condizione di ammissibilità alla gara, la S.A. richiama la pronuncia della Corte di Giustizia UE 2 giugno 2016 C-27/15, a tenore della quale tale mancanza non costituirebbe causa di esclusione e il concorrente dovrebbe essere ammesso a regolarizzazione.

A seguito della presentazione della suddetta istanza di parere, i due procedimenti venivano riuniti per connessione, in quanto relativi alla medesima procedura di gara e proposti entrambi dalla stazione appaltante, congiuntamente agli interessati. Veniva effettuato un nuovo avvio del procedimento con nota prot. 26653 del 30 marzo 2021.

Ritenuto in diritto

ISTANZA PROPOSTA DA SAGER S.r.l. e DALLA S.A. ISONTINA AMBIENTE

La controversia sottoposta all'Autorità con l'istanza congiunta di parere presentata dalla stazione appaltante e dalla Sager S.r.l. riguarda la conformità alla normativa di settore dell'esclusione dell'operatore economico, motivata dalla mancata dimostrazione del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto dalla *lex specialis* di gara.

In particolare, nel caso di specie, il disciplinare di gara richiedeva, al par. 7.3 ("Requisiti di capacità tecnica e professionale"), il possesso del seguente requisito: «d) il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio, antecedente alla data di pubblicazione del bando, almeno n. 1 servizio analogo (per tipologia e quantitativo annuo) per un importo complessivo pari ad almeno € 300.000,00. Rimane ferma la frazionabilità del requisito in caso di raggruppamenti temporanei e la possibilità del ricorso all'avvalimento».

Con specifica richiesta di chiarimenti l'operatore economico chiedeva conferma alla stazione appaltante «che il requisito sia rispettato avendo svolto un servizio analogo per un importo pari a € 300.000,00 complessivi nel triennio e 5.000 tonnellate complessive nel triennio», al quale la S.A. rispondeva specificando che «il requisito non può ritenersi soddisfatto se si considera un servizio analogo per un importo pari a € 300.000,00 complessivi nel triennio». Con ulteriore chiarimento essa confermava che costituiva «requisito essenziale aver trattato le quantità annue di cui alla procedura in argomento».

La Sager S.r.l. sottolinea, nel presente procedimento, che l'oggetto della controversia riguarderebbe, in particolare, l'interpretazione fornita dalla S.A. con riguardo all'importo del servizio analogo in quanto, a parere dell'operatore economico, l'aver utilizzato nei propri chiarimenti il termine "complessivi annui", declinato al plurale, avrebbe attribuito alla clausola del disciplinare un significato restrittivo.

Occorre preliminarmente rammentare che, ai sensi dell'art. 83, co. 2 del d.lgs. 50/2016, 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. La possibilità di richiedere, ai fini della dimostrazione dell'idoneità tecnico-professionale dei concorrenti, lo svolgimento di un solo contratto analogo di un determinato importo senza consentire la possibilità di cumulare, ai fini del raggiungimento



della soglia richiesta, più contratti di minori dimensioni eseguiti nel periodo di riferimento, è ammessa a condizione che la stazione appaltante, che intende elevare la soglia dei requisiti di partecipazione per assicurarsi un livello qualitativo adeguato all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, abbia proceduto ad un equo bilanciamento dei diversi interessi (Parere Anac 11 gennaio 2017, n. 5). La giurisprudenza ha avuto modo di osservare, con riferimento alla dimostrazione del cd. contratto di punta, che se si consentisse «che l'importo cospicuo del "contratto di punta" (in quel caso pari all'80% dell'importo annuo posto a base di gara) venisse diluito nel corso di più annualità, risulterebbe snaturata la funzione dimostrativa della elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa, che il "contratto di punta" intende assolvere. È ragionevole, in altri termini, interpretare la clausola nel senso che il concorrente debba dimostrare di essere in grado di far fronte all'ammontare annuale della prestazione a base di gara attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo di poco inferiore (l'80%). Né siffatta interpretazione contrasta con il principio di massima concorrenzialità, atteso che la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche» (Cons. Stato, 13 gennaio 2020, n. 284).

Nel caso di specie, la S.A. riteneva, al fine evidentemente di garantire l'ammissione alla gara di operatori economici con esperienza adeguata all'entità del servizio da svolgere per una durata di dieci mesi, di richiedere il requisito di un unico servizio analogo "di punta", svolto nel periodo pregresso, di valore di poco inferiore all'importo del servizio da affidare.

La prospettazione dell'operatore economico non può pertanto essere condivisa. La richiesta di aver svolto nel triennio «almeno n. 1 servizio analogo (per tipologia e quantitativo annuo) per un importo complessivo pari ad almeno € 300.000,00» indicava evidentemente la necessità di comprovare di aver svolto, nell'ultimo triennio, un servizio cd. "di punta" che fosse di importo pari ad almeno € 300.000,00. Dalla lettura del chiarimento fornito dalla S.A. si evince che il predetto servizio di punta non poteva essere costituito da più servizi i quali, complessivamente considerati, e quindi sommati fra di loro, contribuissero a raggiungere l'importo richiesto. Il dato letterale della clausola, e un'esigenza di coerenza con il sistema, non consente di accogliere interpretazioni di diverso tenore.

Si ritiene pertanto che, nel caso di specie, l'esclusione sia conforme alla normativa di settore, in quanto l'aver prodotto dimostrazione di aver effettuato più servizi di importo inferiore che, sommati fra di loro, andavano a raggiungere l'importo richiesto, non corrisponde evidentemente a quanto richiesto dalla stazione appaltante e non è coerente con la funzione qualificante assegnata al servizio "di punta".

Occorre solamente rammentare, in relazione al secondo periodo della clausola in questione (par. 7.3 lett. d) del disciplinare: «[...] Rimane ferma la frazionabilità del requisito in caso di raggruppamenti temporanei e la possibilità del ricorso all'avvalimento»), che, come più volte evidenziato dall'Autorità e dalla giurisprudenza, il requisito cd. "di punta" non è frazionabile. Si richiama in proposito quanto statuito dal Consiglio di Stato, secondo cui «Il requisito del contratto di punta 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. In tal senso, meritano di essere richiamati i pareri di precontenzioso Anac, n. 107 del 21 maggio 2014 e n. 156 del 23 settembre 2015, che hanno affermato il seguente principio di diritto che il Collegio condivide: «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» (Cons. Stato, 2 febbraio 2018, n. 678; TAR Campania, 7 febbraio 2020 n. 603; Parere Anac n. 1101 del 28 novembre 2018).

ISTANZA PROPOSTA DA[Omissis]S.p.a. e DALLA S.A. ISONTINA AMBIENTE

La controversia sottoposta all’Autorità con l’istanza congiunta di parere presentata dalla stazione appaltante e dalla[Omissis]S.p.a. riguarda la conformità alla normativa di settore dell’esclusione dell’operatore economico motivata dal ritardato pagamento del contributo Anac da parte del concorrente. La S.A. rappresenta che, a seguito di invito a regolarizzare la carenza documentale dovuta alla mancata produzione della ricevuta di versamento del contributo in argomento, la[Omissis]S.p.a. produceva una ricevuta recante una data successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte. La S.A. ritiene di sottoporre la questione all’Autorità in quanto la Corte di Giustizia europea (Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15) avrebbe negato che la carenza del versamento del contributo Anac possa costituire una causa di esclusione.

Sul punto si osserva che la più recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; 30 gennaio 2020, n. 746) ha statuito, con riferimento a controversie in cui il bando richiedeva espressamente il pagamento del contributo Anac, che l’obbligo del pagamento del suddetto contributo riguarda tutti i contratti di appalto di lavori servizi e forniture, e che il principio espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, riguarda il caso in cui l’esclusione non sia espressamente indicata dagli atti di gara né desumibile dalla legge (Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2386, 27 giugno 2018, n. 3950).

Considerato che, nel caso di specie, il disciplinare disponeva espressamente che «I concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo [...] e allegano la ricevuta ai documenti di gara» (par. 12), è evidente che, alla luce dell’espressa previsione della *lex specialis*, il pagamento doveva essere effettuato a pena di esclusione entro il termine per la presentazione delle offerte.

Pertanto è da ritenere legittima l’esclusione dell’operatore economico dalla gara, in quanto l’omesso pagamento del contributo non poteva essere sanato dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- l’esclusione dell’operatore economico Sager S.r.l. è conforme alla normativa di settore, in quanto il requisito consistente nell’aver effettuato più servizi di importo inferiore che, sommati fra di loro, andavano a raggiungere l’importo richiesto, non corrisponde a quanto richiesto dalla stazione appaltante, che esige la dimostrazione di aver svolto un unico servizio cd. “di punta” nel settore oggetto di affidamento;
- il servizio di punta non può essere frazionato;



- l'esclusione dell'operatore economico [Omissis] S.p.a. è conforme alla normativa di settore in quanto la *lex specialis* prevedeva espressamente l'obbligo di pagamento del contributo Anac a pena di esclusione e pertanto esso doveva essere effettuato entro il termine per la presentazione delle offerte.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente