



Delibera n. 278/2022

Adunanza del 14 giugno 2022

Parere motivato ai sensi dell'articolo 211 comma 1^{ter} d.lgs. 50/2016

Fascicolo 2439/2022

(da citare nella risposta)

Oggetto

Istituto d'Istruzione Superiore V. Concessione del servizio Bar/Caffetteria/ Servizio distributori automatici - CIG Z3C3612692.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, del 13 giugno 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza,

CONSIDERATO IN FATTO

L'Istituto di Istruzione "V.", in data 22.4.2022, ha pubblicato sul proprio sito istituzionale e sull'albo on line (omissis) il disciplinare di gara relativo alla concessione in oggetto (Prot. 0001729/U del 22/04/2022), per un importo di € 375.000,00 e una durata di 5 anni, da affidare mediante procedura aperta. Il termine di presentazione dell'offerte è stato fissato alla data del 31.5.2022.

Deve premettersi che, pur trattandosi di un affidamento sotto soglia, la stazione appaltante ha ritenuto di utilizzare una procedura ordinaria (aperta), in coerenza con l'art. 36 co. 2 d.lgs. 50/2016, applicando la pertinente normativa di cui alla Parte II e III del d.lgs. 50/2016.

L'esame del citato disciplinare evidenzia un ampio numero di criticità, alcune delle quali sussumibili nell'alveo applicativo dell'art. 6 co. 2 lett. h), del Regolamento ANAC del 13.6.2018 (citato in premessa),

in quanto limitative della concorrenza e pertanto legittimanti l'emissione di un parere motivato ai sensi dell'art. 211 co. 1ter d.lgs. 50/2016.

Sono presenti ulteriori criticità che, pur non legittimanti l'emissione di un parere motivato, vengono segnalate alla stazione appaltante per ragioni di completezza e collaborazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1) Violazione dell'art. 48 e 172 co. 2 d.lgs. 50/2016. Illegittimità dell'art. 3 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede il divieto di partecipazione in RTI.

L'art. 3, terz'ultimo capoverso del disciplinare di gara prevede che "*non è ammessa ATI o RTI*".

Il divieto è posto senza eccezioni e non pare sostenuto da alcuna motivazione, come emerge anche dall'esame della determina a contrarre (Prot. 0001722/U del 22/04/2022), che non contiene nessun riferimento al riguardo.

La clausola vieta in modo assoluto la partecipazione nelle forme previste dall'art. 48 d.lgs. 50/2016 (richiamate dall'art. 172 co.2 d.lgs. 50/2016 in riferimento alle concessioni) e, pertanto, appare illegittima e ingiustificatamente restrittiva della partecipazione, integrando la fattispecie legittimante l'emissione del parere motivato ai sensi dell'art. 211 co. 1ter d.lgs. 50/2016 e dell'art. 6 co. 1 lett. h) del Regolamento ANAC del 13.6.2018.

Al riguardo va osservato che la partecipazione in forma associata è uno dei principali istituti volti a favorire la presenza delle piccole medie imprese (c.d. PMI) e, più in generale, ad ampliare la concorrenza, in quanto consente a diversi operatori economici, singolarmente non in possesso dei requisiti previsti da uno specifico bando, di associarsi tra loro al fine di partecipare ad una gara cumulando tra loro i rispettivi requisiti.

Sul punto va richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 2784 del 4.5.2020, che, in riferimento ad un caso analogo (avente ad oggetto un affidamento di lavori sotto soglia comunitaria), ha affermato che "*non è condivisibile l'assunto secondo il quale la limitazione sic et simpliciter della partecipazione dei R.t.i. orizzontali e misti rientrerebbe per intero nella sfera della discrezionalità dell'amministrazione direttamente riconducibile alla (sola) selezione e conformazione dei requisiti di ammissione, atteso che il profilo organizzativo e strutturale dei concorrenti ha rilievo in sé, e una generalizzata (non altrimenti conformata o qualificata) esclusione dei modelli organizzativi suindicati va oltre e al di là della mera modulazione dei requisiti partecipativi. (...) la previsione della lex specialis che precluda tout court la partecipazione alla gara a raggruppamenti di tipo orizzontale, o - ammessi i raggruppamenti verticali - a quelli di natura mista va qualificata a tutti gli effetti alla stregua di causa d'esclusione atipica affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., anche Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5834, in relazione alla pur diversa ipotesi di clausole che vietino il ricorso all'avvalimento; sulla nullità di clausole escludenti anche al di fuori di prescrizioni di natura esclusivamente formale, cfr. Cons. Stato, III, 21 settembre 2018, n. 5492).*

Trattasi, in specie, di un'ipotesi non già di mera modulazione dei requisiti nell'ambito del raggruppamento, bensì di esclusione non contemplata dal codice dei contratti pubblici e, anzi, espressamente contraria al regime complessivamente ricavabile dagli artt. 45, comma 2, lett. d), 48,

comma 3, 6 e 11, d.lgs. n. 50 del 2016, oltreché ai principi europei che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei (cfr., in particolare, l'art. 19, par. 2, direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15)'.

Le considerazioni espresse sono pienamente condivise dall'Autorità, tanto più che, nel caso in esame, la clausola vieta in modo assoluto ogni forma di RTI (anche verticale), invece consentita nel caso scrutinato dal Consiglio di Stato.

Sotto diverso profilo, e per completezza di esame, si evidenzia anche che il divieto in esame è illogico e contraddittorio, in quanto il disciplinare sembra invece consentire la partecipazione ai consorzi stabili nonché il ricorso all'avvalimento (art. 89 d.lgs. 50/2016), che esprimono la medesima finalità pro concorrenziale, a tutela di operatori economici minori.

2) Violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. Illegittimità dell'art. 7.2.2 del disciplinare nella parte in cui prevede una limitazione al ribasso dell'offerta economica.

L'art. 7.2.2. del disciplinare di gara prevede espressamente che il ribasso economico non possa essere superiore al 30% dei prezzi a base di gara.

Sul punto, con Delibera 95/2021, l'Autorità si è espressa, nel solco di un consolidato quadro giurisprudenziale, affermando che: *"Le clausole che limitano il ribasso da proporre in sede di gara, infatti, appaiono illegittime in quanto limitano la concorrenza sull'elemento prezzo e di fatto orientano a priori l'entità del ribasso stesso, con inevitabili ripercussioni in materia di iniziativa economica degli operatori.*

Come già osservato dall'Autorità *"è illegittima la previsione di una soglia massima di ribasso sul prezzo, poiché viene di fatto annullato il confronto concorrenziale sul prezzo in contraddizione con il criterio di aggiudicazione prescelto, ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il cui scopo è invece quello di ottenere da ogni singolo concorrente un'offerta che contempererà la qualità massima delle prestazioni con il prezzo più basso possibile in relazione alle proprie capacità aziendali, organizzative e imprenditoriali"* (Delibera n. 610 del 27.06.2018; in tal senso anche Delibera n. 820 del 18.09.2019).

Parimenti la giurisprudenza amministrativa osserva che la soglia massima di ribasso *"introduce un'inaspettabile limite alla libertà degli operatori economici di formulare la proposta economica sulla base delle proprie capacità organizzative e imprenditoriali, pregiudicando, sino di fatto ad annullarlo, il confronto concorrenziale sull'elemento prezzo"* (Cons. Stato, V, n. 2912 del 28.06.2016).

Tenuto conto della chiara limitazione alla concorrenza e della libertà economica delle imprese provocata dalla esposta clausola, si ritiene che anche tale violazione integri la fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 1 lett. h) del Regolamento ANAC del 13.6.2018.

3) Ulteriori criticità

Fermo quanto sopra, si osserva che il disciplinare pare gravato da altre criticità che, come detto, pur non integrando le fattispecie legittimanti previste dall'art. 6 del Regolamento ANAC del 13.6.2018,

l'Autorità segnala ai fini di una opportuna rimeditazione da parte della stazione appaltante della complessiva documentazione di gara.

3.1) In primo luogo, nella indicazione del **valore dell'affidamento**, l'art. 2.3 del disciplinare omette di considerare gli importi dell'eventuale proroga (prevista per 12 mesi), nonché delle consegne complementari, previste dal successivo art. 2.4.

Tali importi devono essere quantificati ed indicati ai sensi dall'art. 167 co. 4 lett. a) d.lgs. 50/2016, che è norma espressamente richiamata dalla stessa stazione appaltante nel disciplinare (cfr. al riguardo anche par. 3.2 del Bando Tipo ANAC n. 1, nonché Delibera ANAC 245/2017).

3.2) L'art. 3 del disciplinare di gara individua tra i requisiti di partecipazione professionali (ex art. 83 co. 2 d.lgs. 50/2016), che l'oggetto sociale della propria iscrizione presso la camera di commercio sia coerente con l'attività in affidamento e corrisponda allo specifico **codice ATECO 56.3**.

Al riguardo deve osservarsi che *"il requisito dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo irrilevante l'identificazione delle attività in base ai codici ATECO, poiché tale sistema ha funzione prevalentemente statistica in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza alcun rilievo sulla connotazione quale attività prevalente o accessoria"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 17/01/2018, n. 262, Cons. St., V, 6496 del 27.9.2021, in termini anche delibera ANAC n. 345 del 5.4.2018).

La stazione appaltante è dunque invitata ad eliminare il riferimento al codice o comunque a non attribuire a tale indicazione alcun rilievo dirimente, valutando in concreto la sostanziale coerenza tra l'oggetto sociale e l'oggetto dell'affidamento, ai fini della comprova del requisito professionale richiesto.

3.3) L'art. 3 del disciplinare individua tra i requisiti di partecipazione professionali (ex art. 83 co. 2 d.lgs. 50/2016) anche **l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (ANGA)**.

L'iscrizione è valorizzata anche quale elemento dell'offerta tecnica (con la previsione di un 1 punto, dall'art. 7.2.1 del disciplinare).

L'art. 2.1 del disciplinare definisce l'oggetto della concessione e individua la pulizia dei locali quale servizio accessorio, sia in riferimento al servizio bar che al servizio distributori automatici.

Al riguardo, deve osservarsi che seppure astrattamente l'iscrizione all'ANGA può essere prevista come requisito di partecipazione (cfr. Comunicato del Presidente dell'Autorità del 29.8.2017; Cons. Stato, V 16/12/2019 n. 8517), secondo altro orientamento, laddove la produzione di rifiuti (raccolta e smaltimento) rappresenti una parte residuale e servente rispetto al complesso delle prestazioni principali (come nel caso di specie), l'iscrizione all'ANGA si configura quale mero requisito di esecuzione (Cons. St., V 16/12/2019 n. 8517; Cons. Stato, V, 23.7.2018, n. 4445).

Del resto, l'iscrizione all'ANGA è consentita non già a tutti i soggetti che in qualsiasi modo, nello svolgimento della propria attività, trattino rifiuti, bensì è limitata, in via generale, a quegli operatori che gestiscano i rifiuti in maniera più strutturata (occupandosi, ad esempio, oltre che della loro raccolta, anche del loro trasporto), ovvero abbiano a che fare con rifiuti speciali (quali quelli classificati come pericolosi). Nel caso di specie, da quanto emerge dalla documentazione pubblicata, non si è in presenza di rifiuti pericolosi, e la gestione dei rifiuti si limita esclusivamente alla loro raccolta. Sotto quest'ultimo

profilo, infatti, si deve osservare come l'attività di trasporto dei rifiuti sembrerebbe esclusa, atteso, tra l'altro, l'obbligo per l'aggiudicatario di corrispondere "la tassa per la raccolta dei rifiuti" (art. 2, secondo capoverso, prima alinea del capitolato d'oneri); imposta quest'ultima da corrispondere per finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti da parte dell'ente comunale.

Nel caso di specie, tenuto conto delle caratteristiche del servizio, delle limitazioni imposte alla costituzione del RTI (già oggetto di specifica censura), della valorizzazione dell'iscrizione anche quale elemento dell'offerta tecnica, nonché della possibilità di prevedere l'iscrizione requisito di esecuzione ed in assenza di una specifica istruttoria da parte della stazione appaltante volta a conoscere la diffusività del requisito nel mercato rilevante (di cui non vi è traccia nella documentazione di gara pubblicata), la previsione dell'iscrizione all'ANGA quale requisito di partecipazione potrebbe rappresentare una condizione sproporzionata rispetto al soddisfacimento del bisogno della stazione appaltante.

3.4) L'art. 3 del disciplinare prevede quale requisito di partecipazione economico-finanziario (ex art. 83 co. 3 d.lgs. 50/2016), il possesso di un fatturato specifico. Lo stesso requisito è valorizzato nell'ambito della valutazione tecnica dell'offerta (con l'attribuzione di 15 punti, ai sensi dell'art. 7.2.1 del disciplinare). Del pari, l'iscrizione all'ANGA è richiesta come requisito professionale di partecipazione e quale elemento dell'offerta tecnica. Tali previsioni integrano una **commissione dei requisiti di partecipazione con i requisiti dell'offerta**.

Al riguardo, seppure la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai superata dall'art. 95 co. 6 lett. e) d.lgs. 50/2016, "ne è tuttavia consentita un'applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte" (Cons. St., V, n. 1916 del 17.3.2020; Cons. Stato, V, 20.6.2019, n. 4198; in termini Delibera ANAC 424/2018 e 679/2018).

"Inoltre, ai sensi dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata anche in relazione all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità dello stesso possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto"(Cons. St., V, 1186 del 17.2.2022).

Orbene, nel caso di specie, soprattutto in riferimento alla valorizzazione della pregressa esperienza, siccome slegata dall'effettivo coinvolgimento di personale specificamente destinato alla gestione del servizio in affidamento, pare opportuno suggerire alla stazione appaltante di rivalutare i punteggi tecnici previsti dal disciplinare.

3.5) L'art. 8 del disciplinare di gara prevede che il gestore, sotto pena di decadenza, alla stipula o entro i successivi 30 giorni debba produrre una serie di documenti quali la certificazione camerale, il DURC, il casellario giudiziario del titolare, il certificato antimafia.

Tale documentazione è volta a verificare il possesso di alcuni dei requisiti generali, previsti dall'art. 80 d.lgs. 50/2016.

Premesso che tale verifica andrebbe svolta prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, al fine di conferire efficacia all'aggiudicazione stessa (ai sensi dell'art. 32 co. 7 d.lgs. 50/2016)

e che alcune di tali verifiche (ad es. quella relativa al casellario giudiziario) andrebbero estese a tutti i soggetti esponenziali previsti dall'art. 80 citato, deve osservarsi che la previsione di gara che obbliga il concorrente/aggiudicatario alla produzione della citata documentazione si pone in frontale contrasto con l'art. 40 e ss. DPR 445/2000.

Tale norma, al fine di semplificare i rapporti tra PA e cittadino, obbliga le amministrazioni ad acquisire d'ufficio le informazioni occorrenti, ponendosi, addirittura, in contrasto con l'art. 40 comma 02 DPR 445/2000 prevede: *"Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: «Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi»".*

In altre parole, la previsione della *lex specialis* di gara in esame chiede al concorrente l'acquisizione di documenti sostanzialmente inutilizzabili ai fini della verifica del possesso dei requisiti.

3.6) L'intera documentazione contiene continui riferimenti al **D.Lgs. 163/2006**, norma abrogata e sostituita dal d.lgs. 50/2016. Al riguardo appare opportuna una revisione della complessiva documentazione di gara. Tra i diversi richiami inconferenti al d.lgs. 163/2006, vi è in particolare e tra l'altro, quello all'art. 57, c. 3, lett. b) di cui all'art. 1.2.2. del capitolato, che non si riferisce all'ipotesi di servizi complementari, ma ai cataloghi elettronici.

3.7) Infine, nella documentazione di gara, la stazione appaltante fa un generalizzato richiamo all'impiego di raccomandate con ricevuta di ritorno (art. 2.4 del bando/disciplinare) o al fax (art. 10 sempre del bando/disciplinare). Al riguardo, si evidenzia che il d.lgs. 50/2016 chiarisce in diversi articoli che lo scambio di comunicazioni tra la stazione appaltante e gli operatori economici avvenga mediante mezzi di comunicazione elettronica (ad es. art. 40 e art. 52). Si suggerisce, pertanto, di rivedere le plurime disposizioni di gara che attengano allo scambio di comunicazioni nell'ambito delle diverse fasi dell'affidamento, contemplando, in luogo di raccomandate e fax, il ricorso ai mezzi di comunicazione elettronica.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 211 co. 1 *ter* d.lgs. 50/2016, alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (determina a contrarre, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* esposti in parte motiva, riconducibili alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. h) del Regolamento ANAC del 13.6.2018;
- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera;

- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna un termine di **40 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 213 co. 13 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati nell'ambito della procedura di gara in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 giugno 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Originale firmato digitalmente il 15 giugno 2022