



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 830 DEL 27 luglio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla EBE Società Cooperativa Sociale ONLUS – Selezione di un soggetto cui affidare la concessione del servizio di organizzazione e gestione dei soggiorni climatici marini per la terza età per il triennio 2017-2019 - Importo a base di gara: € 1.728.900,00 – S.A. Unione dei Comuni di Moncalieri, Trofarello, La Loggia

PREC 161/17/S

Requisiti di partecipazione più restrittivi – legittimità - condizioni

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.

Avvalimento frazionato – limitazione - legittimità

L'amministrazione può limitare il ricorso all'avvalimento frazionato qualora l'appalto presenti peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, esigendo che il livello minimo della capacità sia raggiunto da un operatore economico unico.

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 89, comma 6, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 19855 del 7 febbraio 2017, presentata dalla EBE società cooperativa sociale ONLUS relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale, veniva contestata la previsione della *lex specialis* relativa alle capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, secondo cui «saranno invitate le ditte che attesteranno di aver svolto, posteriormente al 01.01.12, un servizio analogo a quello in oggetto, di durata triennale senza soluzione di continuità (sono ammessi servizi di durata complessiva almeno triennale, anche affidati almeno annualmente dalla medesima stazione appaltante, senza soluzione di continuità), con un valore del triennio non inferiore ad euro 1.200.000,00 e valore annuale non inferiore a 400.000»;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, la disciplina di gara nella parte oggetto di contestazione;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 15 maggio 2017;

VISTA la memoria della stazione appaltante in cui si evidenzia la legittimità della clausola contestata, stante la riconosciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti nel definire requisiti più rigorosi, ed in cui si rappresenta che *«dal punto di vista quantitativo, il requisito è ben al di sotto del valore dell'affidamento. Dal punto di vista qualitativo, stante la necessità da parte dell'amministrazione di cautelarsi rispetto alla partecipazione di imprese senza alcuna esperienza nel settore, è stato previsto: la possibilità di avvalimento e/o di partecipazione in RTI; la previsione di un ampio novero di stazioni appaltanti affidatarie del servizio da dichiarare; la possibilità di presentare referenza rispetto ai servizi analoghi ancorché non identici; circostanze che evidenziano come l'intento non sia stato in alcun modo discriminatorio della concorrenza ancorché illogico, il fatto poi che ben sette imprese abbiano ricevuto l'invito alla partecipazione, in quanto in regola con i requisiti richiesti, dimostra la bontà delle scelte operate»*;

VISTA la memoria dell'impresa istante che, ribadendo la propria posizione, ha contestato la mancata concessione dell'avvalimento frazionato;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che costituisce principio generale e consolidato in materia di contratti pubblici quello secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminatori e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che, in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017);

CONSIDERATO, dunque, che nel caso di specie la previsione di un requisito di capacità più rigoroso, come quello previsto nella clausola in contestazione, possa rientrare nel novero delle scelte discrezionali dell'amministrazione, risultando motivata dalle esigenze dalla stessa perseguite e non apparendo illogica e irragionevole rispetto alle caratteristiche dell'oggetto contrattuale;

CONSIDERATO, altresì, che la stazione appaltante ha aperto la possibilità ai concorrenti di ricorrere ad istituti proconcorrenziali come il raggruppamento temporaneo di imprese e l'avvalimento;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha richiesto che, in caso di avvalimento, il requisito oggetto di contestazione sia posseduto da un'unica impresa, senza possibilità di raggiungerne il possesso attraverso il concorso di più soggetti;

CONSIDERATO che in materia di avvalimento frazionato, pur sussistendo la possibilità riconosciuta dall'articolo 89, comma 6, di poter ricorrere all'avvalimento di più imprese, è costante quell'orientamento che ammette la possibilità che l'amministrazione limiti tale ricorso all'avvalimento frazionato, qualora l'appalto presenti peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in tale circostanza l'amministrazione potrà dunque esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, fornendo adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre oppure nel bando di gara;

RILEVATO, inoltre, che la paventata limitazione della concorrenza con possibilità di partecipazione da parte del solo aggiudicatario uscente, rappresentata dall'istante, appare scongiurata, dal momento che, secondo quanto riportato dall'amministrazione, alla procedura hanno partecipato sette concorrenti, in possesso dei requisiti richiesti;

RITENUTE, pertanto, non accoglibili le contestazioni sollevate dall'istante;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola della disciplina di gara relativa alla capacità tecnico-professionale non costituisca violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2017

Il segretario Maria Esposito