

DELIBERA N. 521

17 giugno 2020.

Oggetto

Istanza presentata da Electra Sannio S.r.l. - Concessione avente ad oggetto la gestione dei servizi e delle attività cimiteriali del Comune di Carpi per anni 5 (cinque) – Valore stimato della concessione: euro 5.238.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: CUC Unione delle Terre d'Argine-Comune di Carpi

PREC 104/20/S

Riferimenti normativi

Articolo 83 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Criteri di selezione – Capacità tecniche e professionali – Servizi cimiteriali prestati per un Comune avente almeno cinque cimiteri – Irragionevolezza e carattere discriminatorio del requisito

Massima

Criteri di selezione – Capacità tecniche e professionali – Servizi cimiteriali prestati per un Comune avente almeno cinque cimiteri – Irragionevolezza e carattere discriminatorio del requisito

La clausola della *lex specialis* di gara che prescrive, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'esecuzione, nel triennio precedente la pubblicazione del bando, di servizi cimiteriali "in comuni di dimensioni demografiche non inferiori a 20.000 (ventimila) abitanti e con almeno 5 (cinque) cimiteri" produce effetti discriminatori sulla base di circostanze al di fuori dal controllo degli operatori economici, è irragionevole, lesiva della *par condicio* e del libero gioco della concorrenza, e non idonea in via esclusiva a garantire la selezione di operatori economici in possesso della necessaria competenza, dovendosi ritenere che l'obiettivo perseguito tramite il requisito *de quo* sia raggiungibile anche selezionando operatori che, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, abbiano eseguito servizi cimiteriali, in contemporanea, presso più cimiteri non necessariamente appartenenti allo stesso Comune.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 giugno 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza, acquisita al protocollo n. 37797 del 22 maggio 2020, con la quale l'operatore economico Electra Sannio s.r.l. ha censurato la clausola della *lex specialis* di gara che prescrive, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l' "*aver eseguito servizi analoghi a quelli oggetto della presente gara, resi per amministrazioni pubbliche, nell'ultimo triennio consecutivo antecedente la data di pubblicazione del bando (a partire dal 06/04/2020), in comuni di dimensioni demografiche non inferiori a 20.000 (ventimila) abitanti e con almeno 5 (cinque) cimiteri*", in quanto fortemente limitativa della concorrenza, considerato il numero esiguo di comuni italiani di tale dimensione aventi almeno 5 cimiteri che hanno esternalizzato la gestione dei servizi cimiteriali;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 38411 del 25 maggio 2020, nella quale la stazione appaltante ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art.7, c. 1, lettera c), del Regolamento di precontenzioso, in quanto, tenuto conto che il bando è stato pubblicato in data 6 aprile 2020, sarebbe stata presentata oltre i termini di impugnazione previsti in sede giurisdizionale; nel merito, la stazione appaltante ha rivendicato la proporzionalità del requisito rispetto all'oggetto del contratto, negando che sia in alcun modo lesivo di alcun diritto di partecipazione poiché parametrato alle effettive esigenze del Comune committente, che conta una popolazione residente di circa 71.000,00 abitanti e ha 9 cimiteri, compresi quelli frazionali, e dunque è interessato a verificare la capacità gestionale e manageriale dell'operatore economico, che deve essere in grado di gestire contemporaneamente una pluralità di cimiteri con caratteristiche differenti nell'ambito della medesima concessione;

CONSIDERATA l'istanza ammissibile sotto il profilo della tempestività, in quanto, per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, tutti i termini relativi al processo amministrativo sono stati inizialmente sospesi dall'8 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (art. 84 d.l. 17 marzo 2020, n. 18), e la sospensione del termine per la notificazione del ricorso è stata ulteriormente prorogata fino al 3 maggio 2020 dall'art. 36, comma 3, del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, con la conseguenza che, decorrendo esso dal 4 maggio 2020, al momento della proposizione dell'istanza non era ancora spirato;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 38972 del 27 maggio 2020;

VISTE le argomentazioni alla base delle doglianze dell'istante, secondo le quali la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella definizione dei requisiti speciali di partecipazione, nel caso di specie, è stata esercitata in violazione dei principi di proporzionalità, *par condicio*, massima partecipazione alle gare, nonché di uguaglianza e non discriminazione tra le imprese, perché il requisito richiesto, anche parametrato all'oggetto dell'appalto, risulta illogico e irrazionale in quanto discrimina gli operatori economici che, come l'istante, pur non possedendolo, hanno maturato una significativa esperienza nel settore, come sarebbe dimostrato dal fatto che lo stesso istante gestisce, "*in appalto e in concessione, impianti per l'illuminazione votiva e/o servizi cimiteriali, anche in forma integrata (c.d. global service) per ben 24 comuni e per 7 Enti di culto, in 39 cimiteri e per una popolazione complessiva di circa 170.000 abitanti, ma solo uno di questi ha una popolazione pari o superiore a 20.000 abitanti e,*



comunque, è servito da un solo cimitero"; ciò anche in quanto, nel Centro-Sud Italia non è mai stata diffusa la pratica culturale e religiosa di costruire cimiteri frazionali, oltre a quelli urbani;

Vista la memoria acquisita al prot. n. 39963 del 29 maggio 2020, nella quale la stazione appaltante, ribadita la conformità alla disciplina di settore del requisito *de quo* anche in considerazione della possibilità di ricorrere all'avvalimento e di partecipare in RTI, ha evidenziato come la doglianza di Electra Sannio S.r.l. appaia smentita dal numero di offerte pervenute (sette, provenienti da diverse zone del territorio italiano), che per *"una concessione di questo genere e con queste caratteristiche, rappresenta un numero effettivamente molto elevato e mai riscontrato in precedenza"*, e dal numero (circa trenta) di quesiti ricevuti, *"che dimostra l'attenzione di una vasta platea di potenziali concorrenti interessati e, presumibilmente, in possesso dei requisiti richiesti"*;

Vista la memoria acquisita al prot. n. 40423 del 3 giugno 2020, nella quale l'operatore economico istante ha censurato l'irragionevolezza e la contraddittorietà del requisito in esame, così come articolato, in quanto discriminante gli operatori economici che hanno eseguito servizi per Comuni aventi meno di cinque cimiteri ma che gestiscono contemporaneamente servizi cimiteriali per una pluralità di Comuni aventi complessivamente una popolazione anche superiore a quella della stazione appaltante, senza tuttavia essere idoneo a selezionare operatori economici in grado di soddisfare le esigenze del Comune di Carpi (71.000 abitanti su nove cimiteri), essendo stata richiesta la prestazione di servizi per almeno un Comune avente una popolazione notevolmente inferiore (20.000 abitanti) a quella destinataria dei servizi oggetto dell'affidamento;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il Disciplinare, il Capitolato speciale prestazionale, e i chiarimenti forniti nel corso della gara recanti la precisazione che i servizi analoghi svolti nell'ultimo triennio devono essere stati prestati in almeno un Comune per il quale sussistano contemporaneamente entrambe le condizioni indicate nel Disciplinare (avere almeno 20.000 abitanti e 5 cimiteri) e che in caso di partecipazione in RTI detto requisito deve essere posseduto per intero dalla mandataria;

VISTO l'art. 83, comma 6, del d.lgs. 50/2016 che stabilisce che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti atti a *"garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"* e l'allegato XVII del Codice che prevede che la capacità tecnico-organizzativa dei concorrenti possa essere provata mediante *"un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati"*;

VISTO l'art. 164, comma 2, del d. lgs. 50/2016, che, in riferimento alle procedure di aggiudicazione delle concessioni, prevede l'applicazione per quanto compatibili delle parti I e II del Codice dei contratti, effettuando pertanto un richiamo all'art. 83 in tema di criteri di selezione dei concorrenti, mentre - sul versante delle garanzie procedurali - il successivo art. 172 prevede che le condizioni di partecipazione siano correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva, con la possibilità di ricorrere alla capacità di altri soggetti mediante l'avvalimento;

CONSIDERATO che, secondo costante e pacifica giurisprudenza, i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità tecnica anche particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti 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 superiori a quelli previsti dalla legge (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2017 n. 9; delibera n. 1087 del 25 ottobre 2017);

CONSIDERATO che il requisito dei servizi prestati nel triennio precedente, attestante la capacità tecnica e professionale, è atto a dimostrare una precisa competenza e capacità di esecuzione dell'appalto specificamente bandito (Cfr. Nota illustrativa bando-tipo 1) e che la proporzionalità e la ragionevolezza di detto requisito, oltre che la pertinenza e la congruità, vanno quindi valutate non in astratto, ma in correlazione all'oggetto dell'appalto e alle sue peculiarità;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il requisito richiesto è volto a garantire che gli operatori economici partecipanti abbiano maturato una capacità gestionale e manageriale tale da consentire loro di gestire contemporaneamente una pluralità di cimiteri aventi caratteristiche differenti;

RITENUTO che la condizione che tali cimiteri siano dello stesso Comune (e quindi rientrino nella medesima concessione) rappresenta una variabile la cui possibilità di soddisfacimento dipende dagli usi locali di distribuzione sul territorio dei luoghi di sepoltura e che la stazione appaltante non ha chiarito qual è il *plus*, l'incremento di competenza, che deriverebbe dall'aver gestito più cimiteri dello stesso Comune;

RITENUTO che il requisito, così come formulato, in quanto produttivo di effetti discriminatori sulla base di circostanze al di fuori dal controllo degli operatori economici, appare irragionevole, lesivo della *par condicio* e del libero gioco della concorrenza, e non idoneo in via esclusiva a garantire la selezione di operatori economici in possesso della necessaria competenza, dovendosi ritenere che l'obiettivo perseguito tramite il requisito de quo sia raggiungibile anche selezionando operatori che, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, abbiano eseguito servizi cimiteriali, in contemporanea, presso più cimiteri non necessariamente appartenenti allo stesso Comune (circostanza che peraltro fa presumere capacità imprenditoriali, organizzative e logistiche addirittura più ampie);

CONSIDERATO, ulteriormente, che il numero dei partecipanti non appare significativo sotto il profilo della dimostrazione del carattere non discriminatorio e irragionevole del requisito né tanto meno quello dei quesiti pervenuti, tenuto anche conto che circa un terzo di essi - tra i quali quello formulato dall'istante - verte proprio sull'esatta portata del requisito stesso;

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, non conforme alla normativa di settore la clausola della *lex specialis* censurata dall'operatore economico istante.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito, Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente