



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

DELIBERA N. 508

DEL 30 maggio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Comune di Vignola/C.O.F.I.M. – Avviso di indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare a procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei servizi funebri a carico del Comune di Vignola per il periodo 1 gennaio 2018 - 31 dicembre 2019 — Importo a base di gara: euro 15.300,00 - S.A.: Comune di Vignola

PREC 110/18/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 27243 del 26 marzo 2018, il Comune di Vignola ha richiesto all'Autorità di valutare la fondatezza delle seguenti doglianze fatte valere da due operatori economici (Cofim Spa e Onoranze Funebri Pellegrini S.r.l.) con unica istanza di annullamento in autotutela in relazione all'avviso di indagine di mercato di cui all'oggetto:

1. laconicità dei requisiti di partecipazione - limitati, oltre all'iscrizione nel registro CCIAA, al possesso dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività funebre ai sensi dell'art. 13 L.R. 19/2004 - che renderebbe impossibile rispettare i tempi di intervento di 90 minuti richiesti dal capitolato speciale (per garantire i quali la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere un'adeguata disponibilità di mezzi e personale e una sede operativa in zona);
2. necessità di estendere esplicitamente il necessario possesso dei requisiti ex art. 13 L.R. 19/2004 anche al subappaltatore;
3. non remuneratività della base d'asta (900,00 euro per servizio funebre per indigenti; 350,00 e 450,00 euro per i servizi di recupero salme/resti ossei in giorno ferial e diurno e in giorno festivo e/o notturno) ritenuta fuori mercato.

La stazione appaltante ha altresì chiesto di valutare se la procedura possa essere oggetto di contestazioni da parte di altri operatori economici sotto il profilo del possibile collegamento tra Cofim S.p.A. e Onoranze Funebri Pellegrini S.r.l. (visto che sono a conoscenza della reciproca volontà di partecipare alla procedura e hanno dato mandato allo stesso studio legale per la redazione dell'istanza di annullamento in autotutela).

Con nota acquisita al prot. n. 29769 del 5 aprile 2018, Cofim S.p.A. ha espresso la propria adesione all'istanza per il rilascio del parere ai sensi dell'art. 3, comma 3, del vigente Regolamento sul precontenzioso.

A seguito dell'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 36710 del 27 aprile 2018, le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive posizioni. Cofim S.p.A., con nota



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

acquisita al prot. n. 37998 del 4 maggio 2018, ha ribadito le proprie censure evidenziando che i requisiti soggettivi minimi richiesti ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione ai sensi della L.R. 19/2004 non sarebbero sufficienti a garantire il servizio. Il Comune di Vignola, con nota acquisita al prot. n. 38526 del 7 maggio 2018, ha replicato ribadendo l'eshaustività del requisito richiesto (che deve essere oggetto di specifica dichiarazione da parte del candidato alla partecipazione) e ha evidenziato che la richiesta di requisiti strumentali e risorse umane maggiori non avrebbe rispettato il principio di proporzionalità dei requisiti con specifico riferimento alla natura dell'appalto (n. 2 servizi funebri e n. 4 trasporti presunti all'anno). Quanto ai requisiti del subappaltatore, la stazione appaltante ha sostenuto che l'obbligo di qualificazione dello stesso sarebbe già contenuto nel richiamato art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 e, circa la base d'asta, ha chiarito che è stata determinata a seguito di una indagine svolta preventivamente con riferimento a servizi analoghi affidati da altre stazioni appaltanti della provincia di Modena.

Ritenuto in diritto

Il punto 3 dell'Avviso di indagine di mercato prevede che possono presentare domanda tutti i soggetti che, oltre a non trovarsi in alcuno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, sono in possesso dei seguenti requisiti di idoneità professionale: iscrizione ai sensi dell'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, nel registro CCIAA per le attività oggetto dell'appalto e autorizzazione o avere presentato SCIA nel Comune ove è ubicata la sede principale dell'impresa per l'esercizio dell'attività funebre ai sensi dell'art. 13 L.R. 19/2004 e successive DGR n. 156/2005 e 163/2006.

La richiamata legge regionale e le successive delibere della giunta regionale richiedono, a loro volta, ai fini dell'autorizzazione all'esercizio della professione, il possesso di requisiti minimi in termini di sede, personale (un responsabile della conduzione dell'attività, un addetto alla trattazione degli affari per ogni sede commerciale e almeno quattro operatori funebri in possesso di determinati requisiti formativi) e mezzi (almeno un'auto funebre conforme a determinati requisiti e un'adeguata autorimessa attrezzata per le operazioni di pulizia e sanificazione).

Negli affidamenti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti godono di un ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica da richiedere ai fini della partecipazione, da esercitare nei limiti dell'oggetto dell'appalto e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (cfr., *ex multis*, parere di precontenzioso n. 613 del 7 giugno 2017). Le stazioni appaltanti possono decidere di fissarne di particolarmente rigorosi, quando per la corretta esecuzione dell'appalto sono necessarie particolari competenze tecniche o una determinata capacità economica (purché ciò non restringa oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e non precostituisca situazioni di assoluto privilegio) oppure, tenuto conto della tipologia di prestazioni dedotte nel contratto, possono anche ritenere non necessaria la richiesta di alcun requisito speciale. Negli appalti sotto la soglia comunitaria, l'art. 36, comma



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

5, d.lgs. n. 50/2016 prevede espressamente che «le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali se richiesti nella lettera d'invito».

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha ritenuto che il requisito di idoneità professionale ex art. 13 L.R. 19/2004 (indispensabile per l'esercizio della professione) fosse sufficiente a garantire il livello minimo di capacità tecnica necessaria per lo svolgimento del servizio oggetto del contratto.

La scelta di non richiedere requisiti di partecipazione ulteriori non viola disposizioni di legge e attiene all'esercizio di un potere discrezionale finalizzato al soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'indizione della gara. Non potendo sindacare in questa sede il corretto esercizio di un tale potere in rapporto alle esigenze dell'amministrazione, ci si limita ad osservare che, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto - servizio funebre per indigenti (entro tre giorni dalla richiesta) e trasporto di salme e/o persone rinvenute cadavere in abitazione ovvero decedute per accidente sulla pubblica via (entro 90 minuti dalla chiamata della pubblica autorità) - consistente in prestazioni incerte nel *quantum* e teoricamente anche nell'*an*, e comunque valutate presuntivamente, sulla base della media del triennio 2014-2016, nel numero di 2 servizi funebri e 4 trasporti in ragione d'anno - la scelta dell'amministrazione non appare manifestamente irragionevole, a fronte di un così incerto e (sotto il profilo quantitativo) limitato impegno. Spetta agli operatori economici, a cui sono note le condizioni di esecuzione della prestazione (tempi di intervento e correlate penali), valutare l'adeguatezza dei propri mezzi e della propria organizzazione rispetto all'oggetto dell'appalto. Come correttamente sostenuto dalla stazione appaltante, la richiesta di requisiti più restrittivi (in particolare il possesso di una sede operativa nelle vicinanze, come invocato da Cofim), avrebbe potuto risultare non proporzionata all'oggetto del contratto e inutilmente limitativa della concorrenza.

Per quanto concerne i requisiti del subappaltatore, l'obbligo che l'operatore economico a cui sono subappaltati servizi funebri abbia l'autorizzazione ex art. 13 L.R. 19/2004 discende direttamente dalla legge regionale sopra citata che, avendo carattere imperativo, integra *de iure* la disciplina di gara che eventualmente non preveda nulla al riguardo. Nel caso di specie, il rinvio contenuto nell'avviso di indagine di mercato e nel capitolato speciale alla disciplina dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 che, al comma 4, subordina la possibilità di subappaltare alla dimostrazione dell'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 e al possesso da parte del subappaltatore della qualificazione nella relativa categoria, può valere ad esplicitare la necessità del possesso dell'autorizzazione richiesta dalla legge regionale. In ogni caso la stazione appaltante dovrà verificare l'effettivo possesso dell'autorizzazione in parola da parte del subappaltatore al momento del deposito da parte dell'appaltatore del contratto di subappalto unitamente alla certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione, ai sensi dell'art. 105, comma 7, d.lgs. n. 50/2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Per quanto attiene al calcolo della base d'asta, si rappresenta che «La normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici impone alle amministrazioni di definire il valore stimato dell'appalto sulla base delle reali condizioni di mercato, in modo da garantire, unitamente alla massima partecipazione, il migliore risultato economico per le amministrazioni stesse in relazione agli effettivi bisogni. L'importo posto a base d'asta deve essere, pertanto, congruo rispetto all'oggetto della prestazione e al concreto contenuto delle attività richieste» (Parere di precontenzioso n. 62 del 28 febbraio 2008). Una base d'asta troppo esigua produce un effetto distorsivo sulla diretta partecipazione dei concorrenti, consistente nell'imposizione dell'onere di formulare offerte inadeguate, o perché non pienamente remunerative o perché non pienamente soddisfattive dei servizi richiesti (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 maggio 2018 n. 2263).

Il criterio dell'utilizzo dei dati storici relativi al periodo precedente, cui la stazione appaltante ha dichiarato di essere ricorso per il calcolo del valore stimato dell'appalto, è uno dei criteri utilmente impiegabili allo scopo (cfr. deliberazione n. 64 del 27 giugno 2012).

A fronte di ciò, la genericità della contestazione espressa sul punto dall'operatore economico non offre argomenti per superare la non manifesta irragionevolezza dell'operato della stazione appaltante.

Infine, per quanto attiene al possibile collegamento tra Cofim S.p.a. e Onoranze Funebri Pellegrini S.r.l., si osserva quanto segue. L'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 dispone l'esclusione dell'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La norma, come già l'omologo art. 38, comma 1, lett. m-*quater*) del previgente d.lgs. n. 163/2006, assolve alla funzione di garantire nelle gare pubbliche i principi di segretezza e serietà delle offerte e di leale ed effettiva competizione.

L'interpretazione giurisprudenziale della norma adeguata agli indici comunitari è univoca nel ritenere che «L'applicazione della norma, specie con riferimento alla ipotesi della "relazione anche di fatto" deve basarsi su rigorosi, obbiettivi e comprovanti elementi, tali da non incidere sulla libertà del diritto di impresa. In particolare, nel caso di collegamento sostanziale deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, VI, n. 6469 del 2010; n. 844 del 2012; n. 6469 del 2010; n. 1091 del 2013)» (Consiglio di Stato sez. V 20 agosto 2013 n. 4198); e, nel senso che, «anche la sussistenza di un'eventuale relazione di collegamento non è di per sé sufficiente ad escludere le imprese tra loro collegate, senza consentire alle stesse la possibilità di dimostrare che il rapporto di collegamento non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara» (Consiglio di Stato, sez. V, 7 agosto 2017 n. 3914).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La giurisprudenza ha altresì elaborato alcune regole di esperienza sostenendo l'esistenza di un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, vi sia contiguità di sede, vi siano utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte, vi siano strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, vi siano significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte. La ricorrenza di questi indici, ma non uno solo di essi bensì di un numero sufficiente legato da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione. Occorre tuttavia che la stazione appaltante operi puntuali verifiche con riferimento al caso concreto per accertare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate, ovvero che provi l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 496; id., sez. III, 23 dicembre 2014, n. 6379; id., sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la procedura di affidamento è conforme alla vigente normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2018

Il segretario Maria Esposito