



DELIBERA N. 240

30 maggio 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla dalla Soc. [OMISSIS] - Procedura aperta per l'espletamento del Servizio di Acquisto Spazio Gioco Agrigento, Spazio Gioco, Nido e Micronido per bambini finalizzato a potenziare la presa in carico dei bambini favorendo la conciliazione fra lavoro e carico di cura delle famiglie; Ottimizzare le risorse PAC affiancando alla tradizionale offerta degli asili nido il servizio spazio gioco per bambini, come normato dalla Regione Sicilia con DPRS 16/05/2013 e disciplinato dal Distretto socio sanitario D1 con il Regolamento, approvato con deliberazione n. 3/2013 - Importo a base di gara euro: 900.516,80 (iva esclusa, in ragione del 5%, ove dovuta, pari a complessivi € 45.025,84) ominicomprensivo degli incentivi tecnici - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa -S.A.: Comune di Agrigento (AG) quale Capofila Distretto Socio Sanitario D1

UPREC/PRE/525/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 30 d.lgs. 50/2016

Art. 83, comma 3, d.lgs. 50/2016

Art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Enti del terzo settore – iscrizione albo regionale – appalto di servizi

Massima

Appalto pubblico – Servizi - Scelta del contraente – Procedura aperta – Riserva di partecipazione – Enti del terzo settore – Iscrizione ad uno specifico Albo regionale – Inammissibile



In una procedura di gara finalizzata all'affidamento di un appalto di servizi, viola i principi di concorrenza, favor participationis, e parità di trattamento la clausola del disciplinare che riservi la partecipazione ai soli enti del terzo settore iscritti ad uno specifico Albo Regionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 25141 del 29 marzo 2023, con cui la [OMISSIS], mandataria del RTI con mandante la [OMISSIS], ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione della mancata iscrizione dell'impresa all'Albo regionale siciliano istituito con la Legge 22/1986, requisito di idoneità professionale previsto dall'art. 6, secondo periodo, del Capitolato speciale d'appalto. Nel verbale di esclusione, il Seggio di gara ha inoltre rilevato che l'art. 2 del Capitolato richiama espressamente il DPRS 16 maggio 2013, che detta la normativa in tema di standard strutturali ed organizzativi per i servizi di prima infanzia, con richiamo espresso alla L.R. 22/1986;

RILEVATO che l'istante, iscritto all'Albo della Regione Campania, sezione A, nel quale sono iscritte le Cooperative sociali che svolgono servizi socio sanitari ed educativi, ha censurato la lettura dell'art. 6, secondo periodo, del Capitolato speciale d'appalto offerta dalla Commissione, in quanto, dal tenore letterale della clausola, si evince che l'iscrizione allo specifico Albo della Regione siciliana era richiesta esclusivamente per il lotto "Acquisto posti Agrigento", non anche in relazione agli altri cinque lotti. Tale interpretazione, peraltro, è l'unica idonea ad evitare discriminazioni di ordine territoriale. Ha poi rilevato che anche la richiesta di iscrizione all'Albo regionale sezione minori, parimenti richiesta dal Capitolato, non si riferiva espressamente a quello siciliano. Infine, ha contestato il richiamo al D.P.R.S. 16 maggio 2013, contenuto nel verbale di esclusione, in quanto assolutamente generico e tale da non consentire di comprendere quali requisiti non sarebbero posseduti dal RTI istante;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 27193 del 5 aprile 2023;

RILEVATO che la Stazione appaltante, con nota prot. n. 34349 del 5 maggio 2023, ha confermato la correttezza della decisione assunta in ragione del fatto che l'iscrizione all'Albo regionale ex L.R. 22/86 costituirebbe *conditio sine qua non* della partecipazione e dell'affidamento del servizio;

VISTI gli atti di gara e, in particolare, il verbale del 13 marzo 2023 con cui il RTI [OMISSIS] – [OMISSIS] è stata escluso dai sei lotti di cui si compone l'appalto per la seguente ragione *"per mancata iscrizione, come richiesto dal capitolato speciale, art. 6, comma 2, ex L.R. 22/86 (Sicilia). Inoltre, l'art. 2 del capitolato richiama il DPRS 16 maggio 2013, che detta la normativa relativa agli standard strutturali e organizzativi per i servizi di prima infanzia, con richiamo espresso alla L.R. 22/86"*;

VISTO l'art. 6, punto 2, del Capitolato speciale d'appalto, che prevedeva per la partecipazione alla gara il possesso dei seguenti requisiti di idoneità professionale "▪ iscrizione alla C.C.I.A.A. dalla quale si evince che l'oggetto sociale è attinente ai servizi oggetto del presente Capitolato Speciale d'Appalto. I soggetti con sede in altri Stati membri dell'Unione Europea dovranno provare la loro iscrizione in appositi Albi o



Registri equipollenti, istituiti presso lo Stato in cui sono stabiliti, con le modalità previste dall'art.83, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e successive modifiche e integrazioni; iscrizione all'Albo Regionale sezione minori, ad eccezione dell'acquisto posti spazio gioco Agrigento per il quale occorre essere in possesso dei Decreti riportati nella allegata scheda tecnica. ■ iscrizione Albo Regionale Ex L.R.22/86 con strutture aventi gli standard previsti dal DPRS 16/05/2013 esclusivamente per la scheda "Acquisto posti Agrigento", per il numero di posti previsti nella stessa scheda";

CONSIDERATO che in merito all'interpretazione delle clausole della procedura di gara è ormai consolidato l'orientamento secondo cui le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale; secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (Consiglio di Stato, V, 29 novembre 2019 n. 8167; 12 settembre 2017 n. 4307). In altri termini, nell'interpretazione dei bandi di gara assume carattere preminente la regola collegata all'interpretazione letterale; tuttavia, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, è necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'articolo 1363 c.c., dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre, e dall'articolo 1367 c.c., che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2020 n. 2090). In via residuale, va preferita l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione, qualora pur discostandosi l'amministrazione da interpretazioni apparentemente letterali la stessa sia intenta a tutelare il legittimo affidamento e la par condicio dei partecipanti (cfr. da ultimo, e ANAC ex multis, delibera n. 818 del 26 settembre 2018);

RITENUTO che, seguendo il citato criterio di interpretazione letterale, l'art. 6 del Capitolato, nella parte in cui richiede l'iscrizione all'Albo regionale ex L.R. 22/86, sembra effettivamente riferito solo al lotto "Acquisto posti Agrigento". Ad avallare una simile interpretazione è l'uso dell'avverbio "esclusivamente" e la mancanza di una virgola che separi il periodo "iscrizione albo regionale ex L. R. 22/86" dal resto, tale da far ritenere che l'iscrizione all'Albo regionale siciliano riguardasse la totalità dei lotti e che solo il rispetto degli standard previsti dal DPRS 16 maggio 2003 concernesse il lotto "Acquisto posti Agrigento". Né ad un diverso indirizzo ermeneutico è possibile pervenire dalla lettura dell'art. 2 del Capitolato che si limita a prevedere che oggetto dell'appalto è l'"*Epletamento del Servizio di Acquisto Spazio Gioco, spazio Giochi, nido/micronido per bambini finalizzato a potenziare la presa in carico dei bambini favorendo la conciliazione fra lavoro e carico di cura delle famiglie; Ottimizzare le risorse PAC affiancando alla tradizionale offerta degli asili nido il servizio spazio gioco per bambini, come normato dalla Regione Sicilia con DPRS 16/05/2013 e disciplinato dal Distretto Socio Sanitario D1 con il Regolamento, approvato con deliberazione n. 3/2013*". La suddetta clausola, infatti, lungi dal dettare la disciplina dei requisiti di partecipazione alla gara, si limita a richiamare la normativa regionale sugli spazi gioco per bambini che, al più, potrebbe assumere rilievo nella fase di esecuzione dell'appalto; né può ritenersi che l'onere di diligenza professionale che incombe su ogni operatore economico avrebbe imposto l'esame del contenuto del DPRS 16 maggio 2013 – che, nelle premesse, richiama la L. R. 22/86 – e ciò per l'ovvia ed evidente ragione che si sarebbe trattato di un onere sproporzionato, non esigibile in presenza di un bando



di gara che, informato ai principi di certezza del diritto, *clare loqui*, trasparenza e correttezza, deve indicare puntualmente tutte le condizioni di partecipazione alla gara;

RILEVATO, peraltro, che, come rappresentato dall'istante, l'interpretazione offerta dell'art. 6 del Capitolato è l'unica idonea a consentire il rispetto dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016, secondo il quale "Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice"; diversamente, infatti, la clausola introdurrebbe una discriminazione all'accesso alla gara di natura territoriale, da sempre censurata dall'Autorità e dalla giurisprudenza (tra le tante cfr., ANAC, pareri n. 85 del 12.11.2014 e n. 34 del 2.09.2014, n. 34; AVCP, pareri n. 41 del 26.02.2014, n. 18 del 20.02.2013, n. 103 del 27.06.2012; AVCP, deliberazione n. 47 del 4.05.2011; Consiglio di Stato, sez. V., 15 novembre 2021 n. 7597 che richiama anche Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n. 207 e 22 dicembre 2006, n. 440; cfr. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. IV, 14 luglio 2022, causa C-436/20, ASADE, che, in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che deroghi alla disciplina sugli appalti per l'affidamento di servizi sociali in favore di enti privi di scopo di lucro, ha affermato che "*l'articolo 76 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale, nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi sociali di cui all'allegato XIV di tale direttiva, lo stabilimento dell'operatore economico nella località in cui i servizi devono essere forniti costituisce un criterio di selezione degli operatori economici, preliminare all'esame delle loro offerte*"). Si rappresenta inoltre che nella delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, recante le Linee guida per l'affidamento dei servizi sociali, richiamata nelle premesse della determina di indizione della gara in esame, l'Autorità ha evidenziato che "*la giurisprudenza, comunitaria e nazionale, e gli orientamenti dell'Autorità hanno costantemente rilevato l'illegittimità delle limitazioni territoriali nelle procedure di aggiudicazione, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, perché in contrasto con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria in materia di appalti di servizi, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori. In particolare, il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 «Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale», ha chiarito che le clausole volte a favorire l'affidamento di soggetti radicati nel territorio, anche nel caso in cui le stesse trovino conferma in disposizioni normative regionali «devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro*";

RILEVATO che la predetta lesione ai principi di concorrenza, parità di trattamento e *favor participationis* si rivela ancora più grave quando legata alla previsione di un requisito di idoneità professionale, per sua natura, non suscettibile di avvalimento;

DATO ATTO, per completezza di analisi, che dall'esame della Legge Regionale 22/86, sembrerebbe che l'iscrizione allo specifico Albo regionale siciliano non costituisca condizione indefettibile per la partecipazione alla gara e la stipula del contratto di appalto. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 26 e 20 della L. R. 22/86, l'iscrizione al suddetto Albo da parte degli enti del terzo settore risulta finalizzata alla stipula di convenzioni con i comuni del territorio siciliano mentre la procedura *de qua* è volta all'affidamento di un appalto di servizi, come dimostrato, tra gli altri, dall'assenza di una compartecipazione alle spese da parte del soggetto attuatore e dalla remunerazione di tutti i fattori produttivi (personale e spese generali). Ad escludere che si tratti di una convenzione è anche la circostanza che, ad eccezione del lotto "Acquisto posti Agrigento", il soggetto affidatario non è tenuto a



disporre di propri immobili per lo svolgimento dei servizi. L'art. 8 del Capitolato, infatti, prevede che "L'attivazione delle strutture ad esclusione del Comune di Agrigento, sono di competenza dei Comuni che garantiscono ognuno per il proprio territorio adeguati locali aventi caratteristiche idonee ad ospitare le attività previste per ciascun lotto";

RITENUTO, sulla scorta di tali premesse, che non ricorrono i presupposti per riconoscere all'iscrizione all'Albo Regionale siciliano natura di *conditio sine qua non* per la partecipazione alla gara in esame; al contrario, si ritiene che l'art. 6 del Capitolato, nella lettura offerta dalla Commissione, si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, desumibile, con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, dal combinato disposto dell'art. 83, comma 3 e comma 8 del d.lgs. 50/2016. Infatti, da un lato, il comma 3 stabilisce che solo nel caso in cui la legge preveda che i candidati o gli offerenti siano in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartengano a una particolare organizzazione per poter svolgere un servizio, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione, dall'altro il comma 8 stabilisce la nullità delle previsioni della *lex specialis* che introducano requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge (in senso analogo cfr. Consiglio di Stato, 24 marzo 2023, n. 3007). In ogni caso, quand'anche dovesse ritenersi necessaria l'iscrizione all'Albo regionale, nondimeno la normativa regionale unitamente alla stessa *lex specialis* di gara dovrebbero essere interpretate conformemente ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e *favor participationis*, consentendo la partecipazione a tutte le cooperative sociali che risultino iscritte nell'albo della regione di appartenenza;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione del RTI istante non sia conforme alla normativa di settore e ai principi che presidono le procedure ad evidenza pubblica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2023

Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente