



DELIBERA N. 231

11 maggio 2022.

Oggetto

Istanza congiunta di parere (per adesione) per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da La Falco Soc. Coop. – Gara europea a procedura aperta mediante offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza non armata da espletarsi all'interno del Parco e del Real Bosco di Capodimonte – Importo a base di gara: euro 2.573.554,04 – S.A. Museo e Real Bosco di Capodimonte

PREC 60/2022/S

Riferimenti normativi

Art. 83 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Vigilanza non armata - servizi analoghi - fatturato specifico - custodia - guardiana - esclusione

Massima

Appalto di servizi – vigilanza non armata – servizi analoghi – fatturato specifico in servizi analoghi – non è assimilabile ai servizi di custodia o guardiana - servizi identici – esclusione - è conforme

I servizi di guardiana, portierato e custodia non possono essere ritenuti analoghi ai servizi di vigilanza non armata. L'esclusione è conforme alla normativa di settore per mancata dimostrazione, da parte della mandante, dell'esecuzione di servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento.

La richiesta del requisito di capacità economica e finanziaria di un fatturato specifico medio annuo in servizi analoghi è conforme alla normativa di settore e deve riguardare servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale;

La stazione appaltante non chiedeva la dimostrazione di aver svolto servizi identici, in quanto specificava che essi potevano essere anche non strettamente comparabili per dimensioni, caratteristiche e tipologia del sito a quelli oggetto di affidamento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'11 maggio 2022



DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 23195 del 29 marzo 2022 l'operatore economico La Falco Soc. Coop., in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con la mandante I.S.I. Intelligence Security Italiana Global S.r.l., lamenta l'esclusione dell'ATI dalla gara in oggetto. L'istante riferisce che l'esclusione è motivata: 1) dalla mancata dimostrazione del requisito dello svolgimento di servizi analoghi da parte della mandante; 2) dal fatto che l'ATI nel suo complesso non raggiungeva l'importo del fatturato in servizi analoghi richiesto dal bando di gara. La mandataria ritiene tuttavia che la stazione appaltante, nel motivare l'esclusione, abbia confuso i requisiti di capacità finanziaria e i requisiti di capacità tecnico-professionale così come delineati dall'art. 83 del d.lgs. 50/2016. In particolare essa insiste sul fatto che, grazie all'avvalimento del requisito di capacità economico-finanziaria, entrambe le raggruppate raggiungevano l'importo di fatturato medio annuo richiesto dalla *lex specialis*, consistente nella cifra pari a € 857.851,35 ovvero a un terzo del valore dell'appalto, secondo le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento. Conseguentemente la mandataria ritiene errata la richiesta, avanzata dalla S.A. in sede di soccorso istruttorio, di produrre dimostrazione degli «ulteriori servizi prestati a copertura degli importi» richiesti dal disciplinare.

L'istante ritiene che l'operato della S.A. sia da censurare anche sotto un ulteriore profilo, in quanto, a suo parere, il requisito del pregresso svolgimento di servizi analoghi di vigilanza non armata nell'ambito specifico «di parchi, giardini e boschi aperti al pubblico» equivarrebbe a richiedere di aver svolto servizi "identici", e non solamente analoghi, e dunque causerebbe una restrizione della concorrenza.

A seguito dell'avvio del procedimento con nota prot. n. 26298 in data 8 aprile 2022, perveniva la nota di adesione all'istanza da parte della S.A., acquisita al prot. 26804 dell'11 aprile 2022, a cui seguiva un nuovo avvio del procedimento relativo all'istanza congiunta con nota prot. del 13 aprile 2022.

Con memoria acquisita al prot. n. 28924 del 15 aprile 2022, la S.A. replicava a quanto dedotto dall'istante rappresentando che l'ATI, anche a seguito di soccorso istruttorio, non indicava i servizi utili al raggiungimento del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dal bando, consistente nel fatturato medio annuo in servizi analoghi per un importo annuo non inferiore a un terzo del valore complessivo del servizio, da suddividere nel caso dell'ATI in proporzione alle rispettive quote di partecipazione. La S.A. riferisce inoltre che, con riguardo al requisito di capacità tecnica e professionale di aver svolto almeno tre servizi analoghi, soltanto uno dei servizi dichiarati dalla mandante poteva essere ritenuto analogo a quello oggetto di affidamento.

Ciò premesso sull'andamento della gara e sulle motivazioni dell'esclusione, la S.A. rappresenta come le previsioni del bando di gara con riguardo ai requisiti speciali di partecipazione siano state concepite in relazione alle peculiarità del sito in cui svolgere il servizio, costituito da un'area museale e boschiva fra le più estese nell'ambito degli Istituti di cultura italiani e dove l'accesso al Parco è gratuito sette giorni su sette con un accesso giornaliero pari a circa diecimila fruitori. Dunque il servizio di vigilanza richiesto è stato concepito come "vigilanza dinamica" all'interno del Parco di oltre 134 ettari. Per tali motivi la S.A. riteneva di chiedere un requisito di fatturato specifico ottenuto in servizi analoghi. Tuttavia essa fa anche notare come, all'interno delle risposte fornite alle richieste di chiarimento, fosse esplicitato che «Per servizio analogo non si intende un'attività di mera guardiana, reception o accoglienza bensì attività di vigilanza non armata svolta in siti, parchi, giardini e boschi aperti al pubblico anche non strettamente comparabili alle dimensioni, alle caratteristiche e alla tipologia del sito oggetto del presente



affidamento», senza limitarne l'ambito ai soli servizi svolti su beni culturali. Alla luce di ciò la S.A. rigetta anche l'obiezione di aver implicitamente richiesto lo svolgimento di servizi identici.

Infine, con memorie di replica acquisite al prot. 30981 del 26 aprile 2022, l'istante ribadisce che la S.A. avrebbe confuso i requisiti di capacità economica e finanziaria, per i quali occorre dimostrare il fatturato nel settore, dai requisiti di capacità tecnica e professionale per i quali era richiesta esperienza da dimostrare con contratti, attestati o certificati idonei. Inoltre egli insiste sul fatto che sia stata fornita un'errata e ristretta interpretazione del concetto di "servizi analoghi", coincidente di fatto con la nozione di servizi identici e pertanto restrittiva della partecipazione.

Ritenuto in diritto

La controversia sottoposta all'Autorità con l'istanza congiunta di parere riguarda la conformità alla normativa di settore del provvedimento di esclusione disposto dalla S.A. nei confronti dell'ATI La Falco Soc. Coop./ I.S.I. Intelligence Security Italiana Global S.r.l. nella gara per l'affidamento dei servizi di "vigilanza non armata da espletarsi all'interno del Parco e del Real Bosco di Capodimonte", per mancata dimostrazione, da parte della mandante, del requisito di capacità tecnica e professionale di aver svolto almeno tre servizi analoghi, nonché per carenza del requisito di fatturato in servizi analoghi da parte dell'ATI nel suo complesso.

Ai fini del rilascio del parere occorre dunque innanzi tutto esaminare il contenuto della *lex specialis* di gara. Al punto 7.2 del disciplinare (Requisiti di capacità economica e finanziaria) era richiesto ai concorrenti di dimostrare il possesso del «Fatturato specifico medio annuo, relativo agli ultimi tre esercizi finanziari approvati, per servizi analoghi [...] per un importo annuo non inferiore a un terzo del valore complessivo del servizio». Al punto 7.3 (Requisiti di capacità tecnica e professionale) era poi richiesto di aver svolto, «nell'ultimo triennio, almeno tre servizi analoghi».

Pertanto, oltre al requisito di capacità tecnica di aver svolto tre servizi analoghi nell'ultimo triennio, la S.A. richiedeva un requisito di fatturato specifico che fosse comunque collegato all'esperienza pregressa maturata in servizi analoghi.

Come noto, l'art. 83, co. 4 del d.lgs. 50/2016 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio) prevede che le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possano richiedere: «a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto [...]». La giurisprudenza ha osservato come tale previsione sia conforme all'art. 58 3 della Direttiva 2014/24/UE, ove afferma che "per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria [...], le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120; Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220).

Il Bando-tipo n. 1, approvato dal Consiglio dell'Anac con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, fornisce indicazioni con riguardo alla richiesta dei requisiti di capacità economico-finanziaria, consistente nel richiedere un fatturato specifico minimo annuo e/o un fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi esercizi finanziari disponibili (punto 7.2)»;

Nel caso di specie il requisito di capacità economica e finanziaria del fatturato specifico medio annuo nel "settore" di attività oggetto dell'appalto era espressamente inteso come fatturato in "servizi analoghi", da intendere evidentemente quale requisito confermativo di una certa solidità economico-finanziaria dell'operatore economico ottenuta dallo svolgimento di tali pregressi servizi. La giurisprudenza ha evidenziato che «Nell'ipotesi in cui il bando preveda come requisito di fatturato specifico lo svolgimento



pregresso di servizi analoghi, tale nozione non è assimilata a quella di servizi identici, ma piuttosto, di servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale. La *ratio* sottesa a questa condizione si sostanzia nell'opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche. L'intenzione è, in particolare, quella di soddisfare sia un requisito di natura finanziaria che di natura tecnica, individuando un operatore economico che possenga precedenti esperienze nel medesimo ambito» (Cons. Stato Sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341). Le precedenti esperienze devono essere, pur sempre, collegate all'oggetto dell'appalto secondo un criterio di analogia o inerenza (Cons. Stato Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

Nel caso di specie, dalla motivazione del provvedimento di esclusione si evince che, sotto il profilo della capacità economica e finanziaria in servizi analoghi, l'ATI nel suo complesso, pur avendo fatto ricorso all'avvalimento, non raggiungeva l'importo di fatturato medio annuo di € 857.851,35, pari a un terzo dell'importo complessivo dell'affidamento, così come richiesto dal bando di gara (punto 7.2 sopra riportato). Inoltre, sotto il profilo della capacità tecnica e professionale, la mandante non dimostrava una sufficiente esperienza pregressa in servizi analoghi a quello oggetto di affidamento, in quanto poteva essere ritenuto "analogo" solamente uno dei servizi dichiarati.

Dall'esame delle dichiarazioni prodotte dall'ATI in sede di partecipazione emerge in effetti che, da un lato, la mandante, al fine di dimostrare di aver svolto tre servizi analoghi nel triennio, produceva in realtà attestati di regolare esecuzione riguardanti anche servizi di portierato e custodia, che non possono essere ritenuti analoghi ai servizi di vigilanza.

In proposito possono essere richiamate le Linee guida Anac n. 10 recanti "Affidamento del servizio di vigilanza privata", approvate con delibera del Consiglio n. 462 del 23 maggio 2018, con le quali è stata evidenziata (par. 2) la distinzione fra i servizi di vigilanza privata e i servizi di portierato/guardiania. Quanto al contenuto della prestazione, è stato in particolare rilevato che «mentre la vigilanza privata si caratterizza per l'esercizio di poteri di intervento diretto per la difesa dell'immobile, l'attività di portierato o di guardiania non implica un obbligo di difesa attiva degli immobili, ma una normale tutela della proprietà privata e della funzionalità di aziende o complessi operativi (es. registrazione dei visitatori, controllo e ispezione degli accessi; regolazione dell'afflusso delle vetture ai parcheggi; obbligo, in caso di allarme, di darne immediata notizia al servizio tecnico e ai soggetti individuati dal proprietario dell'immobile o dall'amministrazione per i necessari interventi; etc.). [...] Appare evidente che le caratteristiche che contraddistinguono la vigilanza privata dai servizi fiduciari rendono la prima non assimilabile e non sostituibile dai secondi. In definitiva, la commistione tra il servizio di vigilanza privata e servizi fiduciari (portierato e reception) non risulta conforme alla normativa di settore e la diversità delle prestazioni di cui si compongono i predetti servizi non consente di considerarli sostituibili».

Alla luce della distinzione appena evidenziata, l'esclusione dell'ATI risulta conforme alla normativa in quanto, sulla base della documentazione in atti, emerge che la mandante non dimostrava di aver svolto tre servizi analoghi nel triennio. Infatti alcuni dei servizi svolti riguardavano in realtà servizi di custodia e guardiania, che non possono essere assimilati ai servizi di vigilanza non armata. Il concorrente risultava dunque carente di un requisito di partecipazione.

Pur essendo tale profilo assorbente di ogni altra questione posta, si osserva comunque che non appare fondata neppure la prospettazione dell'istante secondo cui la motivazione del provvedimento di esclusione confonderebbe i requisiti di capacità economica e finanziaria con i requisiti di capacità tecnico-professionali. Come già evidenziato, infatti, l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 contempla espressamente il requisito del «fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto». Nel caso di specie, pur avendo entrambe le componenti del raggruppamento fatto ricorso all'avvalimento del requisito di



fatturato, era richiesto che tale requisito dovesse essere riferito a servizi analoghi. Tale previsione, come si trae dall'esame della giurisprudenza in materia, non è contraria alla normativa di settore, e va riferita a servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale. Nel caso di specie, essi non possono riguardare servizi di custodia/guardiania i quali, come visto, non sono assimilabili a quelli di vigilanza non armata.

Infine, in relazione alla contestazione di carattere generale per cui la S.A. avrebbe male interpretato la nozione di servizi analoghi pretendendo in realtà la dimostrazione di aver svolto servizi "identici", si rammenta che «laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", tale nozione non può essere assimilata a quella di "servizi identici" dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo» (Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944). Nel caso di specie occorre anche considerare l'esigenza della stazione appaltante di individuare un servizio caratterizzato da alta efficienza e specificità in ragione della particolare tipologia del sito, che presenta indubbiamente delle peculiarità rispetto ai servizi resi in altri ambiti, dovute al carattere culturale del bene, alle sue dimensioni e all'alto numero di fruitori. Dall'altro occorre osservare che, una volta assodato che un'attività di mera guardiania, reception o accoglienza non può essere considerata "servizio analogo" a quello di vigilanza, dal tenore delle risposte fornite alle richieste di chiarimento si evince che era ammessa una «attività di vigilanza non armata svolta in siti, parchi, giardini e boschi aperti al pubblico anche non strettamente comparabili alle dimensioni, alle caratteristiche e alla tipologia del sito oggetto del presente affidamento». Tale ultima precisazione in ordine alla tipologia, dimensione e caratteristiche dei siti vale da sola a chiarire che non si pretendeva che i servizi pregressi fossero "identici" a quelli oggetto di affidamento.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, l'esclusione è conforme alla normativa di settore in quanto non risulta dimostrata, da parte della mandante, l'esecuzione di servizi analoghi a quelli del presente affidamento, dal momento che i servizi di guardiania, portierato e custodia non possono essere ritenuti analoghi ai servizi di vigilanza non armata oggetto di affidamento;
- la richiesta di un requisito di capacità economica e finanziaria di fatturato specifico medio annuo in servizi analoghi è conforme alla normativa di settore e attiene ai servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale;
- non si ritiene che i servizi pregressi di cui la stazione appaltante chiedeva dimostrazione dovessero essere identici in quanto essa specificava che essi potessero essere anche non strettamente comparabili alle dimensioni, alle caratteristiche e alla tipologia del sito oggetto del presente affidamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci