



# DELIBERA N. 471

18 ottobre 2023.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da presentata da CUORE DI MAMMA Società Cooperativa Sociale - Procedura aperta ai sensi degli artt. 71, 176 e seguenti del d.lgs. n. 36/2023 con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei nidi d'infanzia suddivisa in quattro lotti funzionali nelle sedi comunali di Martina Franca - Importo: euro 5.561.600,00 (Lotto n. 1 €. 1.508.571,44 - Lotto n. 2 €. 1.508.571,44 - Lotto n. 3 €. 1.508.571,44 - Lotto n. 4 €. 771.047,58) - S.A.: Città di Martina Franca (TA)

**UPREC/PRE/714/2023/S/PREC**

## Riferimenti normativi

Art. 58 d.lgs. 36/2023

## Parole chiave

Suddivisione in lotti – vincolo di partecipazione – clausola escludente

## Massima

**Appalto pubblico – In genere – Bando di gara - Suddivisione in lotti – Vincolo di partecipazione – Clausola escludente – Impugnazione in assenza di domanda di partecipazione – Non sussiste**

*Il cd. vincolo di partecipazione ad uno o più lotti non rientra nel novero delle cc.dd. clausole escludenti, sicché, in mancanza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l'operatore economico non è legittimato a contestarne la previsione.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 ottobre 2023



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 68188 del 30 agosto 2023, con cui Cuore di mamma, società cooperativa sociale, ha domandato all'Autorità di esprimere un parere in merito ad alcuni aspetti della procedura di gara in oggetto che ne inficerebbero la regolarità e correttezza;

RILEVATO che l'istante ha rappresentato che con bando pubblicato in G.U.R.I. il 28/7/2023, il Comune di Martina Franca indiceva procedura aperta, ai sensi degli artt. 71, 176 e seguenti del D.Lgs. n. 36/2023, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei nidi d'infanzia. L'art. 3 del disciplinare di gara stabiliva che la concessione era suddivisa in n. 4 lotti funzionali con previsione di un vincolo di partecipazione. L'art. 3 prevedeva, inoltre, che le ditte interessate a partecipare alla gara dovessero compiere un sopralluogo preventivo nei locali dove si sarebbe svolta l'attività di nido, in presenza di personale del Comune di Martina Franca, previo appuntamento con incaricato da concordare entro e non oltre 7 (sette) giorni prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte. L'istante formulava richiesta di sopralluogo per tutti i lotti; in sede di sopralluogo dei lotti n. 1, 2 e 3, tuttavia, l'Amministrazione riferiva che, con riferimento al lotto n. 4, essendo in corso un contenzioso con il precedente gestore, non si sarebbe svolto il sopralluogo. Pertanto, in data 11/08/2023, ovvero 6 giorni prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte fissata al 17 agosto 2023, l'impresa richiedeva alla Stazione appaltante di confermare l'eventuale esclusione del quarto lotto dalla procedura di gara, così come preannunciato in sede di sopralluogo. La S.A. forniva la seguente risposta: *"Premesso che il quesito è stato posto dall'operatore economico nell'ambito del Lotto n. 1, atteso il contenzioso in corso con il gestore uscente – come di recente segnalato dall'ufficio contenzioso dell'Ente – si conferma la circostanza del rischio di non poter assicurare l'immissione in possesso del bene di cui al Lotto n. 4"*. Inoltre, in data 16/08/2023 l'istante chiedeva di modificare in autotutela il vincolo alla partecipazione di cui all'art. 3 del disciplinare evidenziando come esso contrastasse fortemente con il principio del *favor participationis*. La Stazione Appaltante, tuttavia, confermava il vincolo di partecipazione;

CONSIDERATO, alla luce dei fatti sopra sinteticamente descritti, che l'istante, in tale sede, contesta l'operato della Stazione appaltante per aver impedito la presentazione dell'offerta per il lotto n. 4, come peraltro dimostrato dal verbale di gara del 21 agosto 2023 da cui risulta che per il lotto n. 4 non sono state presentate offerte. In realtà, secondo la prospettazione dell'istante, la condotta della S.A. avrebbe inciso in generale sulla possibilità di presentare offerte congrue e sostenibili anche per gli altri lotti. Infatti, *"il disciplinare di gara prevedeva anche un vincolo di partecipazione, sicché i potenziali concorrenti si sono trovati nell'illogica situazione per cui: per un verso, erano obbligati a formulare offerta solo per un lotto; per altro verso, hanno scoperto solo a pochissimi giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte che non sarebbe stato possibile effettuare il sopralluogo presso l'asilo del Lotto 4 e che, peraltro, la S.A. in ogni caso non garantiva l'immissione in possesso del bene. Ciò ha comportato l'impossibilità di effettuare le valutazioni circa la scelta del lotto a cui partecipare in un congruo e ragionevole termine. Peraltro, qualora un concorrente avesse comunque presentato offerta senza aver effettuato il sopralluogo, avrebbe rischiato di non potersi aggiudicare alcun lotto in caso di accoglimento del ricorso dell'attuale gestore; al contrario, qualora il ricorso stesso non venisse accolto, sarebbe avvantaggiato l'attuale gestore, che sarebbe di fatto aggiudicatario senza competizione. Pertanto, la S.A. avrebbe dovuto escludere il lotto 4 dalla gara o permettere a tutte le aziende di poter effettuare il sopralluogo in tale lotto, previa proroga del termine di partecipazione"*. L'istante contesta anche il vincolo di partecipazione ad un solo lotto, per l'insussistenza del presupposto di cui all'art. 58 del D.Lgs. n. 36/2023



circa l'elevato numero di concorrenti attesi, nonché per l'omessa indicazione negli atti di gara delle motivazioni alla base della decisione assunta e per il grave effetto lesivo alla concorrenza che una tale previsione ha generato;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 73740 del 14 settembre 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 77134 del 20 settembre 2023, con cui il Comune di Martina Franca ha contestato, in via preliminare, l'improcedibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto l'istanza, presentata all'Autorità in data 30 agosto 2023, è stata trasmessa alla Stazione appaltante solo in data 14 settembre 2023. Nel merito, la Stazione appaltante ha evidenziato, per un verso, che la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte dell'istante lo renderebbe portatore di un interesse di mero fatto, non giuridicamente tutelabile; sotto altro profilo, il Comune di Martina Franca ha rappresentato che la strutturazione della gara in lotti e i vincoli di partecipazione e aggiudicazione risponderebbero all'esigenza di assicurare l'apertura al mercato e alla concorrenza, sicché la loro previsione nella legge di gara non richiederebbe alcuno specifico onere motivazionale. Quanto al lotto n. 4, la Stazione appaltante ha rilevato che la mancata effettuazione del sopralluogo non avrebbe comportato l'esclusione dell'istante dalla gara (se vi avesse partecipato) e neppure avrebbe avvantaggiato l'attuale gestore del servizio, stante l'esistenza del contenzioso. Peraltro, l'istante non avrebbe mai invocato, prima della scadenza dei termini per la partecipazione alla gara, l'esclusione del lotto n. 4, limitandosi a richiedere, nella nota del 16 agosto 2023, l'eliminazione del vincolo di partecipazione;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 77144 del 20 settembre 2023, con cui la Cooperativa sociale Spes, unico soggetto ammesso per il lotto n. 1, ha contestato, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto la sua presentazione è stata comunicata ad un indirizzo PEC errato e la manifesta carenza di interesse dell'istante al rilascio del parere, non rivestendo le clausole/censure sollevate un'ipotesi di clausole immediatamente escludenti. In particolare, quand'anche non fosse stato possibile presentare offerta per il lotto n. 4, l'istante ben avrebbe potuto scegliere di partecipare alla gara per uno degli altri 3 lotti. Nel merito, la Cooperativa Spes ha rilevato che il sopralluogo non era previsto nel Disciplinare a pena di esclusione, né, nella specifica fattispecie del Lotto n. 4, lo stesso avrebbe potuto essere ragionevolmente e logicamente affiancato ad una sanzione espulsiva posto che, *expressis verbis*, la stessa S.A. aveva dichiarato di non poter assicurare l'immissione in possesso del bene in favore dell'eventuale aggiudicatario, con la conseguenza che un'eventuale declaratoria di esclusione dell'offerta per il lotto n. 4 -in ragione del mancato sopralluogo- si sarebbe rivelata inevitabilmente nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Inoltre, l'istante avrebbe potuto concorrere all'aggiudicazione di uno degli altri tre lotti posti a gara, anche laddove, per propria scelta imprenditoriale, avesse valutato come eccessivamente rischiosa la partecipazione per l'aggiudicazione del lotto n. 4, con la conseguenza che anche qualora fossero fondate le censure relative all'impossibilità di presentare offerta per il lotto n. 4, gli altri lotti risulterebbero comunque già legittimamente aggiudicati. Infondata sarebbe, poi, la pretesa dell'istante in base a cui la S.A. avrebbe dovuto escludere il lotto n. 4 dalla gara ovvero in ogni caso, prorogare il termine di partecipazione; invero, non avendo previsto – e non potendo prevedere – l'obbligo di sopralluogo, pena l'esclusione dalla procedura, non vi era alcuna necessità di escludere il lotto n. 4 dalla gara. Quanto al vincolo di partecipazione, la cooperativa Spes, nel sottolinearne la natura di misura pro concorrenziale, ha rilevato come gli elementi che ne giustificano la previsione ai sensi dell'art. 58 del Codice ricorressero pienamente nel caso di specie;

VISTE le memorie acquisite ai prot. n. 77152 del 20 settembre 2023 e n. 77297 del 20 settembre 2023 con cui rispettivamente la Cooperativa sociale Primavera, unico soggetto ammesso per il lotto n. 3, e



As.So cooperativa sociale, unico soggetto ammesso per il lotto n. 2, hanno contestato in rito e nel merito le deduzioni svolte dall'istante per le medesime ragioni rappresentate dalla Cooperativa Spes nelle proprie memorie;

RITENUTO, in via preliminare, che l'istanza è ammissibile e procedibile ai sensi dell'art. 7 del vigente Regolamento di precontenzioso. Invero, con nota prot. n. 71614 dell'11 settembre 2023, l'istante è stato invitato a trasmettere la prova dell'avvenuta comunicazione della presentazione dell'istanza di precontenzioso alla Stazione appaltante nonché a precisare se la comunicazione già effettuata verso gli altri soggetti interessati alla soluzione della questione controversa (Cooperativa sociale Spes, Cooperativa sociale As.So e Cooperativa sociale Primavera) fosse stata accompagnata dalla trasmissione del modulo informatico e della memoria, secondo quanto previsto all'art. 5, comma 2, del *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 267 nell'adunanza del 20 giugno 2023, integrando, se del caso, la comunicazione effettuata e trasmettendone la relativa prova. Nella nota era altresì precisato che la documentazione richiesta sarebbe dovuta pervenire nel termine perentorio di cinque giorni. Con note acquisite ai prot. n. 72100 del 12 settembre 2023, n. 72791 e n. 72948 del 13 settembre 2023 la Cooperativa Cuore di mamma ha trasmesso le prove dell'avvenuta comunicazione dell'istanza alla Stazione appaltante e a tutte le parti interessate alla soluzione della questione controversa, agli indirizzi PEC cui è stato comunicato l'avvio del procedimento e dal quale le parti hanno trasmesso le proprie memorie. Pertanto, anche se l'iniziale comunicazione è stata effettuata ad indirizzi PEC errati, nondimeno l'istante, nel termine concesso dall'Autorità e, in ogni caso, quando non era ancora spirato il termine decadenziale per l'impugnazione degli atti contestati, ha effettuato le comunicazioni di rito, integrando correttamente il contraddittorio;

CONSIDERATO, quanto alla dedotta carenza di interesse dell'istante al rilascio del parere in ragione della mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara (neppure per i lotti n. 1, 2 e 3) e della non sussumibilità dei vizi contestati nel novero delle cc.dd. clausole escludenti, che occorre operare un distinguo tra il gruppo di censure rivolte verso il cd. vincolo di partecipazione e le contestazioni afferenti l'impossibilità di effettuare il sopralluogo del lotto n. 4;

RITENUTO che va effettivamente riconosciuta, nel vincolo di partecipazione, l'assenza di una condizione impeditiva della partecipazione alla gara. In particolare, l'interesse alla contestazione di un tale vincolo non può che sorgere a valle della procedura di gara, quando l'operatore economico, che abbia presentato regolare offerta per uno dei lotti, non riesca ad ottenere il bene della vita cui aspira, ovvero l'aggiudicazione; solo in una tale evenienza, l'impresa è titolare dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura, non anche in una fase prodromica della gara, ove è certamente in grado di scegliere il lotto di suo maggior interesse. Pertanto, sotto tale profilo, l'istanza non è ammissibile per difetto di legittimazione attiva e carenza di interesse concreto al rilascio del parere, non avendo l'istante presentato alcuna offerta;

CONSIDERATO, invece, che impone un esame più ampio la questione legata alle conseguenze della riconosciuta impossibilità di effettuare il sopralluogo del lotto n. 4. E' necessario, infatti, appurare se tale condizione *i/*abbia impedito la presentazione dell'offerta per il lotto n. 4 e *ii/*abbia reso impossibile, stante anche l'esistenza del vincolo di partecipazione, effettuare le valutazioni circa la scelta del lotto a cui partecipare;

CONSIDERATO, quanto alla questione sub *ii/*, che, pur nell'assoluta contraddittorietà delle azioni intraprese della Stazione appaltante – che, a distanza di 15 giorni dalla pubblicazione degli atti di gara ha



fatto presente che vi era il rischio di non consentire l'immissione in possesso dei beni su cui espletare l'affidando servizio -, il complesso delle circostanze di fatto e di diritto induce a ritenere che non fosse impossibile presentare un'offerta in relazione al lotto n. 4. Ed infatti, per un verso, l'eventuale presentazione dell'offerta priva dell'attestazione di avvenuto sopralluogo non avrebbe potuto determinare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara in ragione del noto principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur*. Pertanto, l'operatore ben avrebbe potuto presentare offerta e contestare, se del caso, la sua eventuale esclusione, lamentando l'impossibilità di adempiere all'obbligo del sopralluogo per fatto a lui non imputabile. Sotto altro aspetto, il complesso delle disposizioni che costituiscono la *lex specialis* di gara, ed in particolare il capitolato speciale d'appalto, fornivano elementi sufficienti per valutare la convenienza economica della scelta del lotto n. 4 anche a prescindere da una presa visione dei luoghi: risultano, invero, precisati sia il numero massimo di bambini che la struttura può ospitare sia la retta mensile sia il valore complessivo della concessione; erano, peraltro, allegati agli atti di gara le planimetrie dei locali. D'altro canto, nella stessa istanza di precontenzioso e nelle allegate memorie l'istante non lamenta di non aver potuto presentare offerta in ragione dell'impossibilità di conoscere la concreta situazione in cui versa l'asilo del lotto 4, quanto il rischio di esclusione dalla procedura – non ravvisabile per le ragioni di cui sopra – e un presunto vantaggio competitivo dell'attuale gestore del lotto 4. In conclusione, tanto gli elementi conoscibili attraverso l'esame degli atti di gara quanto i chiarimenti resi dalla Stazione appaltante circa il rischio di non poter garantire l'immissione in possesso del bene per il contenzioso in essere con il gestore del nido, rendevano possibile valutare la convenienza della presentazione di un'offerta per il lotto n. 4;

CONSIDERATO che dalle superiori argomentazioni discende anche l'inesistenza di un nesso di consequenzialità diretta ed immediata tra la lamentata impossibilità di presentare un'offerta in relazione al lotto n. 4 e la mancata presentazione di un'offerta per i lotti 1, 2 o 3. Risulta, invero, evidente che la conoscenza delle condizioni generali e speciali in cui versava il lotto n. 4 avrebbe direzionato qualunque operatore economico, interessato ad ottenere la commessa pubblica, a presentare l'offerta per uno dei lotti (1, 2 o 3) in relazione ai quali la Stazione appaltante aveva garantito la piena disponibilità dei locali. Che tale decisione fosse la più plausibile risulta dimostrato sia dalla richiesta di chiarimenti indirizzata dall'istante alla Stazione appaltante e volta ad ottenere l'esclusione dalla gara del lotto n. 4 sia dalla circostanza che la gara stessa, in relazione al citato lotto, è andata deserta mentre, per ciascuno dei lotti n.1, 2 e 3 è stata presentata una o più offerte;

CONSIDERATO che tale conclusione risulta altresì avvalorata dagli eventuali effetti conformativi che discenderebbero dall'adozione di un parere favorevole all'istante. Invero, la Stazione appaltante, in sede di riedizione della procedura, non potrebbe far altro che suddividere la gara in 3 lotti, espungendo il lotto n. 4 e l'istante si troverebbe nelle medesime condizioni sostanziali in cui si è trovato quando, in data 11 agosto 2023, la Stazione appaltante gli ha rappresentato l'impossibilità di effettuare il sopralluogo del lotto n. 4, ovvero scegliere se presentare offerta per il lotto 1, 2 o 3;

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- Il vincolo di partecipazione non rientra nel novero delle cc.dd. clausole escludenti con la conseguenza che l'operatore economico che non abbia presentato offerta non è legittimato all'impugnazione della clausola;



- Il complesso delle circostanze fattuali e di diritto non consente di riconoscere alla mancata effettuazione del sopralluogo del lotto n. 4 natura di condizione impeditiva della presentazione di un'offerta per uno dei lotti in cui era suddivisa la gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 ottobre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente