



DELIBERA N. 347

20 luglio 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Finale Ligure – Affidamento in concessione del servizio di gestione di n. 3 spiagge libere attrezzate in concessione demaniale marittima al Comune di Finale Ligure per il periodo di anni 5+5, suddiviso in 3 lotti-Lotto n. 3 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.374.132,55 – S.A.: Comune di Finale Ligure.

PREC 91/2022/S

Riferimenti normativi

Art. 83, comma 1, lett. c) e comma 6 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Concessione gestione spiaggia libera attrezzata – Requisito capacità tecnico-professionale – Pregressa gestione del medesimo servizio o strettamente assimilabile – Gestione attività ricettiva generica – Servizi analoghi/identici.

Massima

Concessione – Servizi – Scelta del contraente – Gestione spiaggia libera attrezzata – Requisito capacità tecnico-professionale – Pregressa gestione del medesimo servizio o strettamente assimilabile – Comparazione con gestione attività ricettiva generica – Servizi analoghi/identici – Differenza – Richiesta servizi identici – Illegittimità.

In tema di requisiti di capacità tecnica e professionale l'esperienza pregressa può riguardare i "servizi analoghi" (rispetto a quelli oggetto di affidamento) intesi non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste. Un servizio può 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0043146 del 7.6.2022, con la quale il Comune di Finale Ligure chiede parere all'Autorità circa la legittimità del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 11.2.3 del Disciplinare di gara, il quale prescrive che *«Per partecipare alla gara il concorrente deve possedere i seguenti requisiti inerenti la capacità tecnica e professionale, ai sensi dell'art. 83, comma 1, lettera c) del D.Lgs. 50/2016 e smi. e del relativo allegato XVII: Aver gestito in forma imprenditoriale per almeno una stagione balneare nell'ultimo triennio 2019-2020-2021 uno stabilimento balneare, una spiaggia libera attrezzata od una struttura balneare assimilabile»;*

CONSIDERATO, più specificamente, che il quesito sorge in quanto, a seguito di apposito soccorso istruttorio, attivato poiché dalla documentazione allegata alla domanda di partecipazione non risultava dimostrato il requisito in parola, il RTI Hyma Srl/Comunità terapeutica Angolo Soc. Coop. ha dichiarato che *«l'ostello della gioventù/studentato, gestito da Hyma srl è una struttura ricettiva alberghiero turistica che ospita turisti e studenti di ogni parte del mondo nella città di Modena. La scrivente ritiene che tale attività possa ritenersi assimilabile allo stabilimento balneare, in virtù di analogie che entrambe le tipologie di attività hanno, in particolare:*

- *sia lo stabilimento balneare, sia l'ostello sono strutture turistico ricettive*
- *entrambe le tipologie di strutture sono dotate di servizio di ristorazione e bar»;*

CONSIDERATO, altresì, che ad avviso della Commissione di gara il suddetto RTI dovrebbe essere escluso dalla procedura in quanto *«ai fini dell'ammissione alla gara in oggetto, è richiesto che si tratti di qualsiasi struttura che abbia caratteristiche e problematiche tipiche delle strutture balneari, nonché connesse e direttamente assimilabili a quelle di uno stabilimento balneare o di una spiaggia libera attrezzata, motivo per cui si ritiene che l'ostello nella città di Modena non possa in alcun modo rientrare in tale qualificazione. Ciò che viene richiesto non è infatti un'esperienza generica nell'ambito turistico-ricettivo, ma una specifica conoscenza ed esperienza nell'ambito della balneazione»;*

CONSIDERATO, quindi, che il Comune istante pone all'Autorità i seguenti due quesiti:

- 1) se il requisito richiesto sia di stretta interpretazione (secondo quanto argomentato) in quanto l'aggettivo "assimilabile" si riferisce alla struttura balneare con effetto di paragonarla ad uno stabilimento balneare o una spiaggia libera attrezzata;
- 2) se il requisito di capacità tecnica professionale previsto nel disciplinare di gara, alla luce delle considerazioni espresse e delle motivazioni riportate nei documenti di gara, non sia limitativo del *favor participationis*, stante la discrezionalità della s.a.;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21.6.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che nel già menzionato art. 11.2.3 del Disciplinare viene precisato che *«Tali requisiti (ossia quello oggetto di controversia – n.d.r.) vengono richiesti per garantire una capacità di servizio idonea ad affrontare le esigenze particolari del territorio caratterizzato da una forte presenza turistica nei mesi estivi come evidenziato nel capitolato descrittivo prestazionale secondo proporzioni volte a consentire il contemperamento tra la più ampia partecipazione possibile di operatori economici qualificati e la maturazione, da parte degli stessi, di esperienze adeguate a rispondere alle aspettative del committente. Il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. In particolare è richiesta la presentazione di un elenco analitico con l'indicazione della descrizione dei servizi e concessioni, della loro corretta esecuzione, dei periodi di servizio e di eventuali committenti, pubblici o privati, con l'indicazione dei relativi recapiti/sedi»;*

RILEVATO che – come noto – la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara;

RILEVATO, altresì, che effettivamente, per consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale, i concetti di "servizio analogo" e di "fornitura analoga" vanno intesi "non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità" (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 8 marzo 2019, n. 231); all'opposto, la nozione di "servizi identici" individua una "categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato" (C.d.S., Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4908; ed uguale discorso deve farsi per le "forniture identiche") e considerato che tale interpretazione contempera l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, sicché, al fine di verificare la sussistenza del requisito di capacità tecnico professionale, la verifica delle attività pregresse va fatta in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti (in tal senso, si vedano, Cons. Stato, Sez. V, 6.4.2017, n. 1608; Cons. Stato, V, 28.7.2015, n. 3717 e 25.6.2014, n. 3220);

CONSIDERATO anche quanto precisato nella nota illustrativa al Bando–tipo n. 1: *«In tema di requisiti di capacità tecnica e professionale, il Disciplinare prevede il requisito relativo allo svolgimento di servizi/forniture analoghi a quelli oggetto di gara, con indicazione, a scelta della stazione appaltante, del numero, della tipologia e dell'importo minimo necessari per la partecipazione alla gara (art. 83, Codice). Con riferimento al concetto dei c.d. "servizi analoghi" è opportuno che la stazione appaltante qualifichi nel modo più preciso possibile i servizi che possono essere considerati "equivalenti" a quelli oggetto di gara. In particolare, tale qualificazione potrebbe essere effettuata in relazione all'entità dell'appalto, alla*



natura e alla tipologia di servizi richiesti, o ad altri elementi caratterizzanti il servizio/fornitura da svolgere. L'individuazione di tali servizi deve avvenire nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità di cui all'art. 30 del Codice; pertanto, è necessario che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, in relazione al caso concreto, bilancino adeguatamente l'esigenza di selezionare soggetti dotati di adeguata esperienza nello specifico settore di interesse con quella di garantire il più ampio. Tale principio si applica naturalmente anche alle "forniture analoghe";

RITENUTO, dunque, che la valutazione della adeguatezza e proporzionalità del requisito tecnico-professionale richiesto non può essere effettuata in astratto, bensì sulla base delle peculiarità del servizio oggetto di affidamento e della sua più o meno spiccata complessità sia sotto il profilo organizzativo sia sotto quello esecutivo, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità e soddisfacente qualità delle prestazioni;

CONSIDERATO che secondo quanto si legge nel Capitolato speciale «*Il concessionario della S.L.A. (Spiaggia Libera Attrezzata – n.d.r.) assume la veste di titolare di impresa di servizi alla balneazione e svolge la propria attività mediante l'offerta al pubblico dei servizi previsti nel presente Capitolato, di eventuali servizi aggiuntivi proposti in sede di gara e di ogni altro servizio che egli ritenga autonomamente di intraprendere, salvo il rispetto dei limiti e degli obblighi stabiliti nel Capitolato e dalle disposizioni di legge nazionali e regionali in materia [...]. Al concessionario competono la manutenzione ordinaria dell'arenile, il decoro, la pulizia ed il mantenimento dei servizi minimi essenziali gratuiti, di cui alle Linee guida suddette, a tutta l'utenza: - pulizia dell'intero arenile e dei servizi connessi; - sorveglianza e salvamento; - gestione, pulizia e fruibilità dei servizi igienici*» e considerato che tra i servizi aggiuntivi è prevista anche l'installazione di un chiosco-bar oltre alla somministrazione all'utenza dei consueti servizi a pagamento (cabine balneari, servizi balneari quali nolo ombrelloni e lettini);

RITENUTO, in ragione di tali premesse generali, che nel caso in esame il requisito di capacità tecnico-professionale richiesto dalla *lex specialis* di gara e secondo cui per partecipare alla procedura selettiva l'operatore economico deve aver gestito *"in forma imprenditoriale per almeno una stagione balneare nell'ultimo triennio 2019-2020-2021 uno stabilimento balneare, una spiaggia libera attrezzata od una struttura balneare assimilabile"* appare immotivatamente restrittiva della concorrenza perché di fatto non ammette che possano partecipare soggetti diversi da coloro che hanno già avuto in gestione il medesimo servizio, incidendo, così, profondamente il legittimo spazio concorrenziale degli operatori economici che svolgono attività analoghe ancorché non identiche;

RITENUTO che il servizio oggetto di affidamento non presenta caratteristiche organizzative ed esecutive così peculiari e complesse da rendere automaticamente inaffidabili gli operatori economici che non abbiano mai gestito servizi balneari e quindi tali da giustificare la scelta dell'Amministrazione concedente di limitare la platea dei potenziali concorrenti ai soli soggetti già titolari di medesime concessioni o comunque esercenti i medesimi servizi oggetto di affidamento;

RITENUTO che fissare requisiti di partecipazione estremamente restrittivi e rigidi, ancorché giuridicamente ammissibile nell'ambito del legittimo esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione committente, appare quantomeno inopportuno qualora la gara si svolga in un contesto di mercato caratterizzato da forti componenti oligopolistiche, qual è sicuramente quello che



concerne i servizi balneari, atteso che l'esclusione aprioristica di operatori economici qualificati ma non esercenti tali servizi potrebbe agevolare manovre collusive da parte degli operatori economici "storici" con l'effetto di produrre, per una singolare eterogenesi dei fini, minori profitti per le amministrazioni comunali (derivanti dai canoni concessori) e servizi meno efficienti (la certezza di avere poca o nessuna concorrenza riduce o annulla la spinta a presentare progetti gestionali innovativi e/o che prevedano significativi investimenti strutturali);

RITENUTO, oltre quanto dianzi osservato, che non appaiono fondate neppure le motivazioni addotte dalla Commissione di gara per escludere il raggruppamento Hyma Srl/Comunità terapeutica Angolo Soc. Coop., in quanto la pregressa gestione da parte della società Hyma Srl di un ostello della gioventù/studentato nella città di Modena, con annessi servizi di bar e ristorazione, presenta caratteristiche senza dubbio analoghe al servizio in gara, nel senso precisato dalla copiosa giurisprudenza in materia per la quale, appunto, *«un servizio può 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»* (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944); contrariamente, sostenere che *«Per quanto l'ostello/residenza universitaria a Modena possa quindi essere una struttura ricettiva, lungi tuttavia dall'essere riconducibile ad una struttura balneare, non solo per la propria collocazione territoriale, ma anche per le caratteristiche intrinseche del servizio svolto che nulla hanno a che vedere con la gestione di stabilimenti balneari o spiagge libere attrezzate»* significa, di fatto, ricondurre surrettiziamente il significato attribuito dal legislatore e dalla giurisprudenza al concetto di "servizio analogo" a quello di "servizio identico", che – come già detto – non può essere ammesso tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato (come avverrebbe certamente nel caso in esame), ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità;

RITENUTO, in definitiva, che l'eventuale esclusione del RTI interessato non possa avvenire sulla base di un giudizio aprioristico circa la similarità o meno dell'attività ricettivo/alberghiera con quella balneare, ma debba svolgersi con più ampio riferimento all'affidabilità del concorrente valutata in relazione ai dati di dettaglio dell'esperienza pregressa documentata (es.: durata complessiva, tempo trascorso dall'ultima esecuzione del servizio, servizi effettivamente resi all'utenza, ecc.);

RITENUTO, infine, che una clausola di partecipazione ingiustificatamente limitativa della concorrenza non può considerarsi neutralizzata – come sembra essere sostenuto negli scritti difensivi della Stazione appaltante – dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento o alla partecipazione in RTI, atteso che è agevole osservare, per un verso, che tali istituti sono sempre ammessi indipendentemente dai requisiti speciali fissati dall'Amministrazione committente e, per l'altro, che l'utilizzo di tali forme aggregate di partecipazione non è privo di costi (peraltro di varia natura) per gli operatori economici e che pertanto la necessità di dovervi fare comunque ricorso per poter partecipare alla selezione, soprattutto per coloro che potrebbero aspirare a partecipare in forma individuale, risulterebbe parimenti limitativa della concorrenza,

il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente ai quesiti prospettati, che:

- il requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 11.2.3 del Disciplinare di gara sia inappropriato o, quantomeno, mal formulato, nella misura in cui crea una sorta di riserva di partecipazione a favore dei soli operatori economici che abbiano già svolto il servizio richiesto o comunque servizi strettamente assimilabili;
- conseguentemente, il RTI Hyma Srl/Comunità terapeutica Angolo Soc. Coop. non può essere escluso in base alla sola considerazione che l'attività ricettiva dichiarata per la dimostrazione del possesso dello specifico requisito di capacità tecnico-professionale richiesto per la partecipazione non sia perfettamente assimilabile al servizio oggetto di affidamento o comunque non rientri tra le cosiddette attività balneari.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente