



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 1240 del 6 dicembre 2017**

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Gestione Servizi Ambientali Soc. Coop. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, a corpo e a misura: raccolta, trasporto e conferimento agli impianti di smaltimento/recupero di rifiuti urbani e speciali assimilati agli urbani e servizi igiene urbana elencati nell'art. 1, comma 4, lettere A), B), C), D), E), F9 del capitolato speciale di appalto. Importo a base di gara euro: 73.707.891,03 S.A.: Consorzio Chierese per i servizi.

### **PREC 222/17/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 35474 dell'8.3.2017, presentata dalla Gestione Servizi Ambientali Soc. Coop. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale censura sotto diversi profili la disciplina di gara. In particolare viene contestata: la violazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016 precludendo la partecipazione alla procedura *de qua* delle microimprese, piccole e medie imprese; la legittimità della previsione della *lex specialis* con cui è richiesta, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, in quanto tale requisito avrebbe natura di requisito di esecuzione e non di partecipazione;

VISTA l'ulteriore istanza prot. n. 47421 del 30.3.2017 presentata dalla SEA S.r.l. sulla procedura *de qua*, con la quale solleva rilievi circa la presunta illegittimità del divieto contenuto nel disciplinare di gara, di utilizzo dell'istituto dell'avvalimento per certe prestazioni;

VISTA la documentazione di gara nella parte in cui richiede, ai fini della partecipazione, il requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali;

VISTA la documentazione di gara laddove dispone che non è consentito l'avvalimento in base all'art. 89, comma 4 del d.lgs. 50/2017 per soddisfare il requisito di cui al punto 7.VI) 1. e) - servizio di lettura e trasmissione dati di transponders;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7.9.2017;

VISTA la memoria inoltrata dal Consorzio Chierese per i servizi, con la quale nel merito delle censure avanzate dalle parti istanti, rappresenta come a smentire la presunta violazione dell'art. 51, d.lgs. 50/2017 sia sufficiente rinviare alla puntuale motivazione contenuta nella delibera a contrarre nella quale si evidenzia come "non solo in applicazione del considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, ma anche ai sensi della L.R. n. 24 del 24.10.2002 (artt. 9,10,11), dell'art. 3-bis del D.L. 138/2011 e dall'art. 37 comma 5 d.lgs. 50/2016, per i quali lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica deve essere organizzato secondo ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei. Il Consorzio Chierese per i servizi è, ai sensi della legge regionale n. 24/02 un bacino territoriale ottimale obbligatorio con competenza esclusiva all'affidamento dei c.d. Servizi di bacino e cioè la gestione in forma integrata dei conferimenti separati, della raccolta differenziata, della raccolta e del trasporto, la



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

realizzazione e gestione delle strutture al servizio della raccolta differenziata e il conferimento agli impianti tecnologici e alle discariche”. Sostiene la stazione appaltante che “la legislazione di settore ha imposto al Consorzio di prevedere, per questo genere di affidamenti, un unico lotto, ottenendo le economie di scala, le razionalizzazioni nella gestione del servizio pubblico e i risparmi e miglioramenti nei servizi stessi di cui beneficiano, conseguentemente, gli enti locali interessati e, più in generale, i cittadini utenti”. Con riferimento, inoltre alle restanti doglianze ribadisce, in linea con le recenti pronunce del Consiglio di Stato nonché del Comunicato del 29 agosto 2017, come l’iscrizione all’Albo gestori ambientali rappresenti un requisito soggettivo afferente all’idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure di gara e in quanto tale utile indispensabile per la partecipazione. Infine, relativamente alla ipotizzata violazione dell’art. 89, comma 4, d.lgs. 50/2016 il Consorzio Chierese ritiene che la disposizione vada interpretata nel senso che sia strumento con cui la stazione appaltante può porre per legge, motivatamente, alcune limitazioni rispetto alla possibilità dei concorrenti di far ricorso all’avvalimento. Ribadisce, pertanto, la bontà della scelta operata nella legge di gara circa l’esclusione dell’avvalimento per certe prestazioni, ben individuate, di carattere essenziale;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell’articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all’articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, relativamente alla questione giuridica inerente il requisito dell’iscrizione all’albo dei gestori ambientali, questa Autorità, con comunicato del Presidente pubblicato in data 29 agosto 2017, ha ritenuto, «in considerazione dei recenti approdi giurisprudenziali e, in particolare, della sentenza n. 1825 del 19 aprile 2017 del Consiglio di Stato, sezione V, nella quale è stato precisato che è l’ordinamento delle pubbliche commesse a specificare quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara e che, conseguentemente, il requisito in questione è “un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell’articolo 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità” di modificare la propria posizione interpretativa e considerare, pertanto, il requisito di iscrizione all’albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici come un requisito di partecipazione e non di esecuzione»;

RITENUTO, conseguentemente, sotto tale profilo, non accoglibile la contestazione sollevata dall’odierno istante;

RILEVATO che sull’ulteriore profilo di doglianza, giova ricordare secondo quanto previsto all’art. 51 – Suddivisione in lotti del d.lgs. 50/2016 tra l’altro che, in ossequio ai principi comunitari in materia di appalti pubblici, le stazioni appaltanti sono tenute a motivare la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica, altresì indicano se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. Nel caso in esame risulta che nel verbale n. 6 del 7.2.2017 del Consiglio di Amministrazione del Consorzio Chierese, a pagina 3, viene espressamente motivata la scelta di procedere con l’affidamento *de quo* mediante un unico lotto;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

CONSIDERATO infine che, relativamente al disposto divieto nella *lex specialis* di gara di utilizzare lo strumento dell'avvalimento, giova richiamare quanto dall'Autorità elaborato nel recente documento di consultazione per la proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento, laddove all'art. 4 del documento, si è espressa nel senso che la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'art. 89, comma 4, d.lgs. 50/2016 e s.m.i può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità dei compiti riservati, fermo restando il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. L'essenzialità deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto. Sul punto, la stazione appaltante risulta aver evidenziato negli atti di gara le motivazioni sottese alla mancata possibilità di utilizzo dell'avvalimento sia per il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali, sia per le prestazioni di lettura e trasmissione dati di transponders, trattandosi di servizio che la stazione appaltante considera essenziale e, come tale, deve essere svolto direttamente dall'offerente (vedasi pag. 4 verbale C.d.a n. 6 sopra indicato e art. 36.02 del C.S.A.),

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione della *lex specialis* che prevede il requisito di iscrizione all'Albo gestori ambientali quale requisito di partecipazione e non di esecuzione sia conforme all'orientamento consolidato formatosi sulla questione; che le stazioni appaltanti sono tenute a motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica, altresì indicano se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti; che la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente, può essere esercitata, previa idonea motivazione da cui si evinca l'essenzialità delle prestazioni stesse.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 dicembre 2017

Per il segretario, Rosetta Greco

Formato pdf 140 kb