



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1241 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, mediante accordo quadro del servizio di caricamento e trasporto dei rifiuti prodotti dall'impianto di trasferimento e selezione e dai CCR di ASM Terni S.p.A. Importo a base di gara euro: 2.670.000,00. S.A.: ASM Terni S.p.A.

PREC 223/17/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 46571 del 28.3.2017, 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 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; 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 prescrizione circa la richiesta a pena di esclusione, dell'attestazione di avvenuto sopralluogo; la legittimità della richiesta contenuta nel disciplinare di gara che l'impresa aggiudicataria debba attenersi agli obblighi derivanti dal Codice Etico e del Patto di Integrità adottati dall'ASM Terni, nonché la legittimità della richiesta per l'operatore economico circa la disponibilità all'esecuzione anticipata del contratto, anche in pendenza della stipulazione dello stesso, ai sensi dell'art. 32, comma 13 d.lgs. 50/2016;

VISTA la documentazione di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 6.9.2017;

VISTA la memoria inoltrata dalla stazione appaltante con la quale ribadisce la correttezza nella definizione della procedura *de qua*, rappresentando che l'unico requisito per la partecipazione alla gara, oltre alla certificazione di qualità, fosse l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali da intendersi quale requisito speciale di idoneità professionale che doveva essere posseduto dai concorrenti al momento della partecipazione. Inoltre, evidenzia che l'individuazione delle categorie dell'Albo e delle relative classifiche non può essere oggetto di scelta discrezionale da parte della stazione appaltante, ma risulta definita dallo stesso Albo sulla base di specifici parametri (ad esempio la popolazione complessivamente servita). Afferma che, se anche la gara fosse stata suddivisa in più lotti (scelta non praticabile per motivi tecnici essendo presente nel territorio un unico centro di selezione e trasferimento dei rifiuti ubicato nel Comune di Terni), ed essendo la categoria 1 rapportata all'entità della popolazione servita, ogni impresa partecipante al singolo lotto avrebbe dovuto essere in possesso della categoria 1-B; 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;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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, negli atti di gara non si scorge alcun riferimento circa la mancata suddivisione in lotti della procedura, risultando solamente dalla memoria difensiva della stazione appaltante, l'iter motivazionale che avrebbe condotto nella scelta operata del lotto unico;

RILEVATO inoltre che, ancorchè l'attuale impianto normativo del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, non contempli un richiamo alla necessità di sopralluogo, così come indicato dal previgente art. 106 del d.p.r. 207/2010, si ritiene comunque che una prescrizione che richieda a pena di esclusione l'attestazione di avvenuto sopralluogo non appare illegittima nella misura in cui un siffatto adempimento si renda necessario per la stazione appaltante al fine di avere garanzie in ordine alla certa conoscenza e comprensione, da parte degli operatori economici, di aspetti specifici ed essenziali dei luoghi, funzionale per l'elaborazione e la predisposizione della relativa offerta. Nel caso in esame risulta infatti che la stazione appaltante, nel CSA (art. 10) abbia evidenziato la necessità per i partecipanti di effettuare, prima della presentazione, un accurato sopralluogo all'impianto TS, al fine di verificare la sussistenza di eventuali difficoltà nell'esecuzione dell'attività. Tale verifica comprende la possibilità di richiedere/prendere visione per iscritto di report riguardanti le attività dell'impianto da estratto del sistema informativo;

RITENUTO infine che sulla richiesta per l'aggiudicatario di attenersi agli obblighi derivanti dal Codice Etico e dal Patto di Integrità dell'ASM di Terni è opportuno ricordare la rilevanza giuridica dei patti di integrità in sede di procedura di gara laddove l'art. 1, comma 17, L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) prevede espressamente l'irrogazione della sanzione dell'esclusione dalla gara per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'ipotesi di violazione delle clausole "di legalità" in essi inserite (si legge, infatti, all'art. 1, comma 17, citato: "Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara") (cfr. parere n. 11/2014);

CONSIDERATO che, per quanto concerne la corretta interpretazione e applicazione dell'art. 32, d.lgs. 50/2016, giova precisare che la disposizione in analisi, al comma 13 prevede che, "l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8". Al suddetto comma 8, tra l'altro, vengono definite le ipotesi riconducibili all'esecuzione d'urgenza (eventi imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi la perdita di finanziamenti comunitari). È evidente, perciò, che il legislatore abbia correlato la possibile anticipata esecuzione a oggettivi casi imprevedibili di urgenza. Il soggetto che potrà disporre l'esecuzione anticipata della prestazione è il Direttore dei lavori, nel caso di appalto di lavori e del Direttore dell'esecuzione quando il contratto ha a oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti. Il Direttore dei lavori è tenuto ad indicare in modo specifico nel verbale di consegna le lavorazioni che l'aggiudicatario deve eseguire immediatamente, incluse le eventuali opere provvisorie (ANAC, Linee guida sul Direttore dei lavori del 21/06/2016) e, analogamente, il Direttore dell'esecuzione in caso di servizi o forniture, è tenuto a far constare nel verbale di avvio delle prestazioni le attività che l'aggiudicatario deve eseguire immediatamente (ANAC, Linee guida sul Direttore dell'esecuzione del 21/06/2016). Pertanto, la dichiarazione richiesta al concorrente dalla stazione appaltante nel modulo (Allegato 2) circa la disponibilità all'esecuzione anticipata del contratto, anche in pendenza della stipulazione dello stesso, ai sensi dell'art. 32, comma 13, d.lgs. 50/2016 non appare illegittima nella misura in cui consenta alla stazione appaltante di ricorrere al siffatto strumento, al solo verificarsi in concreto dei presupposti indicati dalla norma,

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 la previsione della *lex specialis* che prevede a pena di esclusione l'obbligo di sopralluogo, è da considerarsi legittima nella misura in cui, nel caso concreto, risulti adempimento funzionale alla conoscenza dei luoghi, tenuto conto di aspetti specifici ed essenziali degli stessi, per la formulazione della relativa offerta; 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 è legittima la previsione della *lex specialis* che richieda al concorrente il rispetto delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

clausole contenute nei protocolli di legalità e nei patti di integrità ovvero dei principi e valori contenuti nel Codice etico; che è consentito l'avvio dell'esecuzione della prestazione, prima della stipula del contratto, al ricorrere delle ipotesi di urgenza così come definite dall'art. 32, commi 8 e 13, d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 dicembre 2017
Per il segretario, Rosetta Graco