



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 1024 DEL 11 ottobre 2017**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Gestioni Servizi Ambientali soc. coop. – Affidamento dei servizi di trasporto e smaltimento dei materiali rinvenienti dall'alluvione - II lotto – I stralcio – Importo a base di gara: euro 1.393.925,55 - S.A.: Comune di Benevento

**PREC 77/17/S**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 1770 del 9 gennaio 2017, presentata dalla Gestione Servizi Ambientali Soc. Coop relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestata *(i)* la legittimità della previsione della *lex specialis* nella quale si richiedeva, 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; *(ii)* la legittimità della previsione che imponeva l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali nelle categorie 10A e 10B, l'autorizzazione al ritiro e al trasporto di carcasse animali e il possesso di "mezzi in ADR", in quanto ritenuta sproporzionata e limitativa della concorrenza; *(iii)* la legittimità della previsione che imponeva ai concorrenti la presentazione di due referenze bancarie; *(iv)* la legittimità del diniego del subappalto;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il punto 4 del disciplinare di gara, relativo ai requisiti di partecipazione, dove è previsto che «possono partecipare **solo gli operatori economici iscritti all'Albo Nazionale Gestori Ambientali del Ministero dell'Ambiente**, istituito dal D.lgs. 152/06»; il punto 4.2, relativo ai requisiti di idoneità professionale, che richiede, alla lettera b), l'iscrizione al citato Albo, nella categoria 1, 4, 5, 9 10A (attività di bonifica di beni contenenti amianto effettuata sui seguenti materiali: materiali edili contenenti amianto legato in matrici cementizie o resinoidi) e 10B (attività di bonifica di beni contenenti amianto effettuata sui seguenti materiali: materiali d'attrito, materiali isolanti, contenitori a pressione, apparecchiature fuori uso, altri materiali incoerenti contenenti amianto), alla lettera c), «essere in possesso di autorizzazione al trasporto su strada dei rifiuti pericolosi secondo quanto disposto dalle vigenti "Norme ADR"», e, alla lettera d), «essere in possesso di autorizzazione al ritiro e trasporto di carcasse di animali e parti anatomiche ex Regolamento CE n.1774/2002»; il punto 4.3, relativo alla capacità economica e finanziaria, la cui lettera m) richiede le «dichiarazioni di idoneità finanziaria di almeno due istituti bancari»;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il punto II.5 della sezione II del bando di gara che esclude la possibilità di ricorrere al subappalto («subappalto: no»);

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3 marzo 2017;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA, nello specifico, la memoria difensiva dell'amministrazione che ha sostenuto la legittimità della disposizione della *lex specialis* relativa al divieto di subappalto sulla base della considerazione che, stante il tenore dell'art. 105, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 - che, nella versione vigente al momento della pubblicazione del bando, condizionava la possibilità di subappaltare alla previsione espressa di tale facoltà nel bando di gara - si deve ritenere per converso che la stazione appaltante abbia anche la facoltà di negare all'impresa tale possibilità;

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 accoglibili le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

CONSIDERATO, inoltre, che per quanto concerne la questione giuridica relativa alle referenze bancarie, l'attuale quadro normativo sul punto è caratterizzato dal combinato disposto dell'articolo 83, che definisce i criteri di selezione, dell'articolo 86, comma 4, che con riferimento alla prova della capacità economica e finanziaria stabilisce che essa può essere fornita *«mediante uno o più mezzi di prova indicati all'allegato XVII, parte I»* e che *«l'operatore economico che per*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante» e dell'Allegato XVII, parte I, lettera a) che si riferisce ad «idonee referenze bancarie»;*

CONSIDERATO, altresì, che questa Autorità si è espressa più volte sulla questione richiamando i principi ermeneutici elaborati in vigore della precedente normativa e sostenendo, anche da ultimo, con delibera n. 518 del 10 maggio 2017 e delibera n. 350 del 13 aprile 2017, che, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006, comma 3, che prevede, nell'ipotesi di impossibilità di presentare le referenze richieste «*per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio di attività da meno di tre anni*», la possibilità di «*provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*», l'espressione «*idonee referenze bancarie*» prevista nei bandi di gara non può considerarsi quale requisito rigido, stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate. Posizione che conferma, dunque, l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi sul punto e che aveva precisato, altresì, che tra i motivi che determinano l'impossibilità di esibire il duplice documento può esserci anche semplicemente la circostanza che l'operatore economico partecipante alla gara intrattenga rapporti professionali con un solo Istituto bancario pur essendo dotato di tutti i requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti dalla stazione appaltante per partecipare alla gara (cfr. TAR Veneto – Venezia sentenza n. 331 del 23 marzo 2015; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 5542 del 22 novembre 2013 e TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, sentenza n. 236 del 6 giugno 2014);

RITENUTO, conseguentemente, che la clausola oggetto di contestazione debba essere interpretata dalla stazione appaltante secondo i criteri ermeneutici sopra evidenziati;

CONSIDERATO che, per quanto concerne altresì la questione giuridica relativa al divieto di subappalto, la previsione dell'art. 105, comma 4, lett. a), secondo cui è possibile ricorrere al subappalto purché tale facoltà sia espressamente prevista nel bando di gara, tenuto anche conto che nella legge delega non è contemplata l'introduzione di limiti alle possibilità di subappalto, non può essere letta, a contrario, come facoltizzante il divieto indiscriminato di subappalto ma va interpretata coerentemente con i principi comunitari di massima partecipazione e di incentivazione dell'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, alla stregua di quanto già affermato da questa Autorità nel Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012 e ribadito nel Parere di Precontenzioso n.60 del 23 aprile 2013, ovvero che «*l'introduzione nei bandi (...) di*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*limiti o divieti al subappalto dovrà essere adeguatamente motivata e rispettosa del principio di proporzionalità e dei suoi corollari, e, in particolare, essere giustificata da esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio oggetto di affidamento, tali da rendere detti limiti o divieti proporzionati in relazione al principio di massima partecipazione e al sacrificio della libertà imprenditoriale degli operatori economici che da essi consegue» (Parere sulla Normativa, cit.);*

CONSIDERATO che la rimozione da parte del decreto correttivo n. 56/2017 della richiamata previsione dell'art. 105, comma 4, lett. a), pare fugare ogni dubbio riguardo la reale intenzione del legislatore circa la facoltà della stazione appaltante di vietare il subappalto, a conferma di quanto previamente considerato;

RITENUTO conseguentemente, che la clausola del bando oggetto di contestazione, così come formulata, non pare essere conforme ai criteri ermeneutici sopra evidenziati;

CONSIDERATO ulteriormente che, per ciò che riguarda i requisiti di iscrizione all'albo dei gestori ambientali nelle categorie 10A e 10B, di autorizzazione al ritiro e al trasporto di carcasse animali e di possesso di mezzi in ADR, non sono stati dedotti dalle parti elementi sufficienti per consentire all'Autorità di valutarne l'eventuale sproporzione rispetto all'oggetto e all'entità dell'appalto alla luce del consolidato principio secondo cui «è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (...) più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n.1878), purché siano rispettati i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità. In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE secondo il quale i livelli minimi di richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso» (Parere di precontenzioso n.1 del 29 luglio 2014);

RITENUTO conseguentemente che non è possibile pronunciarsi sulle relative contestazioni sollevate dall'odierno istante;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

- 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;
- la clausola del disciplinare di gara che prevede la produzione di due referenze bancarie non è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici;
- la clausola del bando che vieta indiscriminatamente il subappalto non è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017

Il segretario Maria Esposito