



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 518 DEL 10 maggio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Gestione Servizi Ambientali Soc. Coop. e dalla C.U.C. Comune di Serra Pedace, Comune di Celico, Comune di Casole Bruzio, Comune di Pedace, Comune di Spezzano Piccolo, Comune di Spezzano Sila, Comune di Pietrafitta – Bando di gara mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta RSU (raccolta differenziata con il sistema porta a porta) per anni due – Comune di Spezzano della Sila - CIG 6958676119 - Importo a base di gara: € 814.350,98 - S.A C.U.C. Comune di Serra Pedace, Comune di Celico, Comune di Casole Bruzio, Comune di Pedace, Comune di Spezzano Piccolo, Comune di Spezzano Sila, Comune di Pietrafitta – istanza congiunta

PREC 156/17/S

Iscrizione Albo Gestori Ambientali - Requisito di esecuzione e non di partecipazione

È illegittima la clausola della *lex specialis* che richiede, a pena di esclusione, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali come requisito di partecipazione piuttosto che come requisito di esecuzione.

Capacità economico-finanziaria - Referenze Bancarie

La clausola dei bandi di gara che prevede la produzione di *idonee referenze bancarie* 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.

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 33827 del 6 marzo 2017, presentata dalla Gestione Servizi Ambientali Soc. Coop relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestata sia 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, sia la legittimità della previsione che imponeva ai concorrenti la presentazione di due referenze bancarie;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il punto 2.3 del disciplinare di gara, relativo ai requisiti di idoneità tecnico-professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

al cui punto 1 è richiesta, quale «condizione minima di partecipazione alla gara a pena di esclusione», la dichiarazione di essere iscritto all'albo nazionale dei gestori ambientali istituito ai sensi dell'articolo 212 del d.lgs. n. 152/2006 per la categoria 1, classe F o superiore; punto rispetto al quale viene successivamente precisato che «l'iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali istituito ai sensi dell'articolo 212 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i. per le categorie e classi di cui al D.M. 406/1998 e s.m.i. deve essere in corso di validità pena l'esclusione»;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il punto 2.3.3 del disciplinare di gara che prevede quale «condizione minima di partecipazione alla gara a pena di esclusione» la presentazione di idonee referenze bancarie, in originale, attestanti la solidità finanziaria ed economica dell'impresa, rilasciate da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati. Le referenze dovranno essere rilasciate per lo specifico appalto e, pertanto, riportare sia l'oggetto che l'importo del servizio;

VISTA la nota di adesione all'istanza di parere presentata dalla stazione appaltante ed acquisita in data 10 marzo 2017;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21 aprile 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 all'iscrizione dell'albo gestori ambientali e l'infondatezza, in quanto superata dai chiarimenti forniti dall'amministrazione, della questione relativa alle referenze bancarie;

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 l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, questa Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi sostenendo che l'iscrizione costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento rifiuti a norma dell'articolo 212 del d.lgs. 152/2006, «*dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione*»; pertanto, tale requisito non può essere inserito tra le cause di esclusione dei concorrenti, ma deve essere invece richiesto all'aggiudicatario ai fini dell'esecuzione del contratto (cfr., da ultimo, delibera n. 350 del 13 aprile 2017);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO, conseguentemente, sotto tale profilo, non conforme all'indicato orientamento la previsione della disciplina di gara oggetto di contestazione che, invece, prevede il requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali quale requisito di partecipazione;

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 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. 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);

RILEVATO, inoltre, che da quanto asserito dall'amministrazione la questione relativa alle referenze bancarie sarebbe superata dai chiarimenti forniti dalla stessa stazione appaltante nei quali è stato precisato, nella risposta al quesito n. 7 delle faq n. 5, prodotta agli atti, che *«Fermo restando il possesso degli ulteriori requisiti di partecipazione previsti dal Disciplinare di gara, in linea*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

con l'art. 86 comma 4 del D.lgs. 50/2016 consente all'operatore economico che per fondati motivi non sia in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice (due referenze bancarie), di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. La capacità economica e finanziaria può essere dimostrata con uno o più mezzi di prova di cui all'Allegato XVII parte I e per l'appalto in questione mediante: a) copertura assicurativa contro i rischi professionali con un massimale non inferiore all'importo a base d'asta dell'appalto; b) fatturato minimo annuo globale e fatturato minimo annuo del settore di attività oggetto dell'appalto non inferiori al costo annuale del servizio (€ 407.175,49). Si specifica che, nell'eventualità che l'operatore economico non sia in grado di allegare le referenze richieste nel bando ai sensi di quanto sopra citato, ha la possibilità, dandone giustificata motivazione, di partecipare alla procedura a condizione che alleggi alla documentazione di gara, specifica dichiarazione sul possesso dei requisiti economici e finanziari. Sarà poi compito dell'amministrazione aggiudicatrice, nella fase successiva di verifica delle dichiarazioni rese in sede di gara, richiedere la documentazione provante il requisito ai sensi dell'art. 86 comma 4 del D.Lgs. 50/2017. Si chiarisce inoltre che ai sensi dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/2016 l'operatore economico può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economici e finanziari avvalendosi delle capacità di altri soggetti»;

RITENUTO, pertanto, che i chiarimenti forniti dall'amministrazione possano ritenersi in linea con l'interpretazione sopra rappresentata fornita dall'Autorità e, conseguentemente, la contestata illegittimità della clausola considerarsi superata;

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 non è conforme all'interpretazione consolidata fornita in materia e che la clausola del disciplinare di gara che prevede la produzione di due referenze bancarie, nella modalità di interpretazione fornita dai chiarimenti dalla stazione appaltante, possa ritenersi conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2017

Il segretario Maria Esposito