



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**Parere n.39 del 1/4/2015**

**PREC 284/14/L**

OGGETTO: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentate dalla Sige S.r.l. – Bandi di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell'esecuzione dei lavori di “Rifunzionalizzazione e adeguamento delle sezioni di trattamento degli impianti di depurazione” di Napoli Nord, Foce Regi Lagni, Acerra, Cuma e Marcianise, e della gestione per cinque anni degli impianti e dei collettori comprensoriali. S.A. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Provveditorato interregionale per le OO.PP. per la Campania.

**Concessione di lavori pubblici – piano economico-finanziario quale elemento essenziale – classificazione delle lavorazioni richieste – requisiti di partecipazione**

In un bando per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, elementi essenziali che devono essere richiesti in sede di offerta si traggono dall'art. 143 d.l.gs. 163/2006, a tenore del quale «l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto». Alla previsione di un piano economico-finanziario di copertura degli investimenti è collegata anche la previsione analitica dei requisiti di partecipazione del concessionario contenuta all'art. 95 d.p.r. 207/2010.

L'individuazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma deve essere effettuata dal progettista sulla base delle vincolanti indicazioni di cui agli artt. 60 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

In caso di partecipazione alla procedura in ATI, sia essa verticale che orizzontale, la certificazione di qualità deve essere posseduta da tutti gli operatori economici facenti parte dell'ATI stessa, a meno che non sia riferita a singole prestazioni eseguibili soltanto da talune imprese.

**Artt. 37 e 143 d.lgs. 163/2006; artt.60 e segg. e 95 d.p.r. 207/2010**

### **Il Consiglio**

*Considerato in fatto*

Sono pervenute le istanze della Sige S.r.l., con le quali si chiede parere all'Autorità in ordine alla legittimità delle previsioni dei bandi di gara in oggetto. In particolare l'istante sostiene:

a) l'errata classificazione delle lavorazioni (doveva essere richiesta la categoria unica OS22 e invece i bandi richiedono le categorie OG6 prevalente, OG1, OS30, OG12) con conseguente “abbassamento” dell'importo della categoria prevalente e “apertura ad aziende di più modeste dimensioni e non prettamente specializzate”;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

- b) al fine di dichiarare l'esperienza maturata, la potenzialità di un impianto di depurazione doveva essere espressa in A.E.=Abitanti Equivalenti, e non in metri cubi di reflui trattati, con conseguente restrizione della partecipazione;
- c) l'illegittimità della richiesta, per i raggruppamenti temporanei, del possesso della certificazione di qualità e della certificazione del sistema di gestione ambientale in capo a ciascuna impresa riunita;
- d) l'illegittimità della richiesta di idonee referenze bancarie in capo a tutti i componenti del raggruppamento temporaneo;
- e) l'illegittimità della richiesta, indistintamente a tutti i componenti dell'ATI, di aver realizzato nel quinquennio lavori pari a 2,5 volte l'importo a base di gara anche per classifiche inferiori alla VIII;
- f) la richiesta di requisiti restrittivi per la dimostrazione dell'attività di gestione di impianti svolta nel triennio (aver eseguito nel triennio antecedente servizi di gestione di impianti di depurazione o servizi analoghi per un importo almeno ai tre quinti dell'importo a base d'asta e aver esercitato attività di gestione, per una durata non inferiore a 12 mesi, di almeno un impianto di depurazione di potenzialità pari o superiore a una quantità di mc variabile tra 32.000.000 e 84.000.000 di portata reflua annua (a seconda dell'intervento), completo di trattamento secondario biologico a fanghi attivi e di sezione di digestione anaerobica).

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, è pervenuta memoria della S.A.

#### *Ritenuto in diritto*

L'istanza di parere ha ad oggetto la legittimità delle prescrizioni dei bandi di gara specificati in oggetto, ai fini della partecipazione.

Occorre quindi preliminarmente dare conto del contenuto degli atti di gara (bandi e disciplinari) prodotti dall'istante. Questi hanno ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento in fase di progettazione, della esecuzione di lavori di rifunionalizzazione di diversi impianti di depurazione situati in Campania, nonché della conseguente gestione, per un periodo di cinque anni, degli impianti stessi e dei collettori comprensoriali.

Gli importi complessivi degli interventi ricomprendono quindi, da un lato, gli importi per lavori e prestazioni professionali, dall'altro l'importo per la successiva gestione per una durata di cinque anni.

In particolare, gli importi a base di gara per i lavori ammontano a un totale di circa 156.000.000,00 euro, e gli importi a base di gara per la gestione per cinque anni ammontano a un totale di circa 284.000.000,00 euro.

In considerazione della compresenza della esecuzione di lavori e della successiva gestione dell'opera progettata e realizzata, è pertanto evidente che l'affidamento sopra descritto rientra nella nozione di concessione di lavori pubblici.

Come noto, infatti, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 definisce (art. 3, comma 11) le concessioni come i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

gestione funzionale ed economica, che “presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”. Caratteristica dell’istituto concessorio è l’assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l’intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell’opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l’investimento effettuato.

Nella concessione di lavori pubblici l’imprenditore, di regola, progetta ed esegue l’opera e, attraverso la gestione e lo sfruttamento economico dell’opera stessa, ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo (art. 143 d.l.gs. 163/2006).

In questo contratto, a differenza di quello di appalto, ove il costo dell’opera è a carico del committente, non è di regola prevista la corresponsione di un contributo da erogarsi da parte dell’amministrazione concedente, ma la controprestazione del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati.

Elementi essenziali che devono essere richiesti in sede di offerta si traggono dall’art. 143 d.l.gs. 163/2006, a tenore del quale «l’offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l’arco temporale prescelto [...]».

Come chiarito dalla giurisprudenza (Cons. Stato sez. V 10 febbraio 2010, n. 653), «l’art.143 co.7 del d.l.g.s. n.163 del 2006 prevede che l’offerta ed il contratto devono contenere un piano economico finanziario al fine di verificare la copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l’arco temporale prescelto. Nel pef l’amministrazione verifica l’attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità sotto due concorrenti profili: da una parte sotto il profilo della concreta realizzazione dell’opera pubblica senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, dall’altra, sotto il profilo della idoneità ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività espletata. Per tali caratteristiche la normativa vigente prevede che il piano economico finanziario debba essere esaminato da un soggetto terzo che, munito di competenza specifica, lo asseveri garantendo alla amministrazione la sua validità e fattibilità economica.

Rappresentando il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria della offerta, il piano non si sostituisce alla offerta, ma ne costituisce un documento di supporto nella valutazione della congruità della stessa, ossia della idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività oggetto di concessione».

Alla previsione di un piano economico-finanziario di copertura degli investimenti è collegata anche la previsione analitica dei requisiti di partecipazione del concessionario contenuta all’art. 95 d.p.r. 207/2010:

«1. I soggetti che intendono partecipare alle gare per l’affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dall’articolo 40 del codice e dall’articolo 79, comma 7, del presente regolamento, con



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

riferimento ai lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

2. In alternativa ai requisiti previsti dal comma 1, lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dal medesimo comma, lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e tre volte. Il requisito previsto dal comma 1, lettera b), può essere dimostrato anche attraverso il patrimonio netto.

3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d).

4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1 devono essere posseduti complessivamente, fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento posseda una percentuale non inferiore al dieci per cento dei requisiti di cui al comma 1, lettere a) e b)).

Dall'esame della disciplina di gara contenuta nei bandi e nei disciplinari in questione, si rileva che i requisiti richiesti ai fini della gestione (punto 7 lettere l) e m) del disciplinare) consistono nell'«aver eseguito, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara relativo all'appalto in argomento, servizi di gestione di impianti di depurazione o servizi analoghi per un importo almeno pari a ...ovvero pari almeno ai 3/5 dell'importo a base di gara per la gestione»; nonché nell'«aver esercitato, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara relativo all'appalto in argomento, attività di gestione, per una durata non inferiore ai dodici mesi, di almeno un impianto di depurazione di potenzialità pari o superiore a ..., completo di trattamento secondario biologico a fanghi attivi e di sezione di gestione anaerobica».

Mancano quindi riferimenti al fatturato medio e al capitale sociale/patrimonio netto rapportati al livello dell'investimento previsto, e a un piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto. La stessa durata della gestione (cinque anni) appare addirittura esigua se rapportata agli ingenti importi previsti a base di gara per la gestione stessa.

Nel corso dell'istruttoria, la Regione Campania – Direzione Generale per l'Ambiente e l'Ecosistema – ha trasmesso una memoria di controdeduzioni, sottoscritta dal RUP, con la quale ha succintamente rappresentato che l'appalto in questione non sarebbe inquadrabile quale concessione di lavori pubblici bensì quale appalto misto di progettazione, lavori e servizi, e ciò per le seguenti ragioni:

- A) Sarebbe impossibile per il gestore ottenere la remunerazione attraverso la riscossione della tariffa di depurazione. Ciò in quanto in Campania, essendo il servizio idrico ancora frazionato



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

(servizio di acquedotto e fognatura gestito dai Comuni e servizio di depurazione gestito dalla Regione), la tariffa viene riscossa dal gestore del servizio di acquedotto (il Comune) il quale, ai sensi dell'art. 156 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ("Norme in materia ambientale"), «provvede al successivo riparto tra i diversi gestori interessati entro trenta giorni dalla riscossione». La norma specifica che ciò avviene «in base a quanto stabilito dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico».

Da queste premesse l'esponente ricava «l'impossibilità, da parte della Regione Campania, di porre a base di gara una concessione, non avendo il gestore alcuna certezza circa i tempi e l'effettiva riscossione delle tariffe di depurazione, le quali vengono rimosse da altri soggetti». Infatti, «l'eventuale concessionario non avrebbe alcun rapporto diretto con il soggetto (utente finale e/o cittadino) che dovrebbe corrispondere la tariffa». Ed evidenzia che l'operatività della norma di cui all'art. 156 citato «è subordinata alla sottoscrizione di una convenzione tra gestore del servizio di depurazione e gestori del servizio di acquedotto, circa la suddivisione delle tariffe di acquedotto e di depurazione tra i diversi gestori, che purtroppo, ancor oggi, non sempre è intervenuta».

- B) Evitare conflitti con il disegno di legge regionale in corso di esame sul riordino del servizio idrico integrato;
- C) Garantire alla Regione Campania il finanziamento certo derivante dalle risorse POR FESR 2007-2013, al quale non si sarebbe potuto attingere in caso di affidamento in concessione in quanto essa, per sua stessa natura, è remunerata appunto attraverso la riscossione delle tariffe.

Le controdeduzioni sopra esposte non possono trovare accoglimento, a fronte dell'esame dell'oggetto dell'affidamento, caratterizzato dalla progettazione, realizzazione e successiva gestione di un'opera che dovrebbe, per stessa previsione di legge (art. 156 d.lgs. 152/2006), essere connotata dalla remunerazione attraverso le tariffe di depurazione, secondo lo schema tipico della concessione.

La ricostruzione proposta di appalto misto di lavori e di servizi di gestione, non trova infatti alcuna base normativa nel codice dei contratti, che non contempla un autonomo "servizio di gestione" dell'opera progettata ed eseguita. Il mancato inquadramento della fattispecie quale concessione di lavori pubblici comporta che, ai fini l'affidamento non vengono richiesti dal bando i requisiti tipici del concessionario e manca del tutto la previsione di un piano economico-finanziario degli investimenti.

Detto ciò, si evidenzia quanto rappresentato dall'esponente in ordine alla concreta operatività dell'art. 156 d.lgs. 152/2006, la quale «è subordinata alla sottoscrizione di una convenzione tra gestore del servizio di depurazione e gestori del servizio di acquedotto, circa la suddivisione delle tariffe di acquedotto e di depurazione tra i diversi gestori che purtroppo, ancor oggi, non sempre è intervenuta».

Da tale ultima affermazione non si comprende in realtà se vi sia o meno qualche convenzione in essere nella Regione Campania avente ad oggetto la ripartizione delle tariffe, né vengono forniti elementi in proposito, ma si lamenta una generica e non motivata "incertezza" sui tempi e sull'effettività della



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

riscossione delle tariffe, senza peraltro dar nemmeno conto delle determinazioni dell'Autorità competente in materia.

Peraltro, risulta davvero singolare che, in presenza di una chiara disposizione normativa che impone l'affidamento mediante concessione (l'art. 154 d.lgs. 152/2006 si riferisce espressamente alla redazione di un piano economico-finanziario), e che prevede che il gestore sia remunerato mediante tariffa, l'impostazione dei bandi in oggetto si discosti completamente dalle previsioni normative globalmente previste dal d.lgs. 152/2006.

Come peraltro evidenziato nella stessa memoria di controdeduzioni, infatti, l'operazione sembrerebbe tesa preliminarmente ad assicurare alla Regione il finanziamento derivante dalle risorse POR FESR 2007-2013, con l'evidente rischio di danno erariale qualora i gestori degli impianti di depurazione in questione dovessero essere remunerati due volte, da un lato con gli importi derivanti dal finanziamento e posti a base di gara, dall'altro con le tariffe previste per legge e poste a carico dell'utenza del servizio idrico, in contrasto con la normativa nazionale sul servizio idrico integrato.

Fatte queste premesse in ordine all'impianto generale dei bandi in questione, che appaiono non conformi alla normativa di settore in quanto sono incentrati sugli aspetti della progettazione e realizzazione dei lavori, e sono privi dei requisiti prescritti ai fini dell'affidamento delle concessioni di costruzione e gestione, si esprimono comunque le seguenti considerazioni in ordine alle specifiche contestazioni mosse dall'istante, sui cui aspetti tecnici è stato acquisito in sede di istruttoria il parere dell'Ufficio Vigilanza Lavori. Con specifico riferimento, quindi, ai quesiti posti con l'istanza di precontenzioso ed evidenziati in fatto:

a) L'individuazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma deve essere effettuata dal progettista sulla base delle vincolanti indicazioni di cui agli artt. 60 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (cfr., in questo senso: A.V.C.P., parere precontenzioso 16 dicembre 2010 n. 217). Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa, l'errata individuazione della categoria prevalente costituisce un vulnus al principio di concorrenza e di libero accesso al mercato, in quanto preclude la partecipazione alla gara alle imprese in possesso della qualificazione tecnico-economica necessaria alla realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto.

Dal punto di vista tecnico, alla luce della declaratoria delle categorie OG6 e OS22 riportata nell'Allegato A del d.p.r. 207/2010, gli interventi isolati su impianti di depurazione dovrebbero essere ricompresi nell'ambito della categoria OS22 e non della categoria OG6, atteso che quest'ultima è di carattere più generale e riferita a interventi a rete, ovvero al complesso di opere, impianti, condotte necessarie per l'attuazione, nel caso di specie, del servizio idrico integrato.

Tali considerazioni sono state ritenute pertinenti anche dalla S.A., che ha affermato di aver individuato, in fase di prima predisposizione degli atti di gara, la categoria OS22 quale unica categoria prevalente da richiedere ai fini della partecipazione alla procedura di gara.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Non appaiono del tutto chiare le motivazioni per le quali la S.A., a seguito dell'entrata in vigore del d.m. Infrastrutture e trasporti del 24 aprile 2014, ha ritenuto di non poter più utilizzare la categoria OS22 quale categoria prevalente.

Si evidenzia che con la determinazione AVCP n. 8 del 7 maggio 2002 è stato chiarito che può essere assunta quale «categoria prevalente la categoria di opera specializzata OS22 soltanto se l'importo dell'insieme delle lavorazioni relative all'impianto di trattamento delle acque reflue prima della loro immissione nel ciclo naturale delle stesse sia maggiore degli importi degli altri insiemi delle lavorazioni previste nell'intervento».

Nel caso di specie, l'oggetto dell'appalto sembra essere l'impianto di depurazione e non anche altre componenti del più complesso impianto a rete per la fornitura del servizio idrico integrato, quali quelle relative all'adduzione delle acque reflue all'impianto di trattamento o dall'impianto all'immissione nel ciclo naturale, da riferire invece alla categoria OG6.

In ordine alla sostenuta non coerenza dei contenuti della determinazione n. 8/2002 con il vigente quadro normativo, si osserva che l'allegato A del d.p.r. 34/2000 e l'allegato A del d.p.r. 207/2010 riportano una declaratoria delle attività, ricomprese nell'ambito delle singole categorie, senza alcun riferimento alla qualificazione degli operatori ai fini della partecipazione alla gara, e che le attività indicate per ciascuna delle due categorie in questione non hanno subito modifiche a seguito dell'entrata in vigore delle norme citate dalla S.A.. Pertanto, i riferimenti alla determinazione n. 8/2002 possono ritenersi ancora validi per gli aspetti sopra richiamati.

b) Si evidenzia che l'Abitante Equivalente (A.E.) costituisce l'unità di misura utilizzata nel campo della depurazione delle acque reflue per uniformare le stime degli abitanti residenti, di quelli fluttuanti (pendolari e turisti) e di quelli equivalenti derivanti dagli scarichi delle attività economiche.

La normativa nazionale di riferimento (d.lgs. 152/2006), all'articolo 74 comma 1 lettera a), definisce l'Abitante Equivalente come il carico organico biodegradabile avente una richiesta biochimica di ossigeno a 5 giorni (BOD5) pari a 60 grammi di ossigeno al giorno.

Il termine Abitante Equivalente è stato introdotto con la Direttiva 91/271/CEE del Consiglio del 21 maggio 1991, concernente il trattamento delle acque reflue urbane, che ha altresì sancito l'obbligo di realizzare sistemi di trattamento e di raccolta (reti fognarie) delle acque reflue per tutti gli agglomerati, in funzione delle dimensioni e dell'ubicazione degli stessi, secondo limiti temporali che variano in funzione del grado di rischio ambientale dell'area in cui avviene lo scarico e della potenzialità dell'impianto o dello scarico, espressa in abitanti equivalenti (A.E.) (cfr. Guida tecnica per la progettazione e gestione dei sistemi di fitodepurazione per il trattamento delle acque reflue urbane, Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, n. 81/2012).

L'Abitante Equivalente è il parametro normalmente utilizzato per la valutazione della potenzialità di un impianto di depurazione in termini di carico inquinante, nonché quello utilizzato per la determinazione dei requisiti del collettamento e del trattamento stesso delle acque reflue.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara indica quale requisito di capacità tecnico-professionale l'esercizio nel triennio precedente di attività di gestione di almeno un impianto di depurazione di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

potenzialità pari o superiore a un predefinito numero di metri cubi di portata reflua anno (es. 58.000.000 per Marcianise), esprimendo la potenzialità dell'impianto non in termini di Abitanti Equivalenti ma di metri cubi che è, di norma, l'unità di misura della portata.

Al riguardo, la S.A. evidenzia che la potenzialità di un impianto di depurazione è espressa in A.E. quale dato convenzionale ai fini della progettazione dello stesso, mentre nel caso in questione, trattandosi di opere di rifunzionalizzazione e adeguamento di impianti esistenti, è nota l'effettiva portata reflua dell'impianto. Di contro, l'esponente ritiene più corretto il ricorso agli Abitanti Equivalenti, che rappresentano la reale misura della quantità di materia inquinante da trattare, rispetto alla portata, essendo questa invece dipendente da fattori idraulici come la dotazione idrica, variabile da caso a caso.

Atteso che il requisito è richiesto ai fini della gestione dell'impianto in essere (da affidare per 5 anni), si ritiene più coerente far riferimento al dato inerente la potenzialità massima dell'impianto di depurazione espresso in A.E., che è quello usualmente utilizzato, più che alla portata reflua effettiva, dipendente oltretutto da parametri (es. dotazione idrica) non idonei a consentire un raffronto oggettivo tra gli impianti.

c-d-e) Con determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante "BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici", è stato chiarito che « Ai sensi degli artt. 43 e 44 del Codice, le amministrazioni possono richiedere: (i) la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità (per quanto concerne il settore dei lavori pubblici, dette certificazioni sono contenute nella attestazione SOA per le classifiche dalla III in poi); (ii) unicamente nei casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto e, a tale scopo, la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale». Al riguardo occorre considerare che il requisito della certificazione di qualità ISO 9001 e della certificazione ambientale 14001 è connotato da un'intrinseca natura soggettiva, in quanto acquistabile sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso (cfr. AVCP, determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, paragrafo terzo). Pertanto, assimilando la certificazione di qualità a un requisito soggettivo, in quanto attinente a uno specifico "status" dell'imprenditore, essa deve essere posseduta singolarmente da ciascuna delle imprese facenti parte del raggruppamento (cfr. AVCP, pareri n. 74 del 9 maggio 2013, n. 206 del 19 dicembre 2012 e n. 97 del 19 maggio 2011). In caso di partecipazione alla procedura in ATI, sia essa verticale che orizzontale, essa deve essere posseduta da tutti gli operatori economici facenti parte dell'ATI stessa, a meno che non sia riferita a singole prestazioni eseguibili soltanto da talune imprese (Cons. Stato, Sez. V n. 4668 del 27.7.2006).

Si rammenta inoltre che, ai sensi dell'art. 92, comma 2, d.p.r. 207/2010, per i raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate. Per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

La stessa S.A. ha specificato, nella memoria di controdeduzioni, che «Appare dunque evidente che all'interno del raggruppamento ogni soggetto dovrà comprovare i requisiti richiesti con esclusivo riferimento alla specifica prestazione assunta [...]».

Si osserva solamente che, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa «la disposizione di cui all'art. 92, comma 2 deve essere interpretata nel senso che essa ha riguardo al possesso dei requisiti di qualificazione in percentuale non inferiore ad una soglia minima, senza che a tale soglia minima debba necessariamente corrispondere l'entità della quota di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati. Di recente, il Consiglio di Stato, nel parere del 26 giugno 2013, n. 3014 ha in termini netti affermato che “un'impresa mandataria, pur in possesso di una qualificazione superiore al 40 per cento dell'importo dei lavori, ben potrebbe decidere di partecipare al raggruppamento per una quota inferiore, ovvero che la mandante, pur in possesso dei requisiti per il 10 per cento, possa decidere di partecipare per una quota inferiore”. L'orientamento interpretativo sopra riportato, è stato di recente fatto proprio dal legislatore, che con l'art. 12, comma 9, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, ha riformulato l'art. 92 del regolamento generale, nel senso che (per quanto qui rileva) “le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato.....I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta.....”»(Cons. Stato 27 gennaio 2015, n. 374).

f) Come evidenziato nel parere di precontenzioso n. 129 del 7 luglio 2010, «la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655). Quindi,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

come già affermato dall'Autorità con parere 31 gennaio 2008 n. 33, sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139).

Per quanto concerne, in particolare, i requisiti di capacità tecnica, la Corte di Giustizia europea ha affermato l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (non tipologicamente ulteriori, ma) 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 citati 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 base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- i bandi in oggetto non sono conformi alla normativa di settore, in quanto in un bando per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, elementi essenziali che devono essere richiesti in sede di offerta si traggono dall'art. 143 d.l.gs. 163/2006, a tenore del quale «l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto». Alla previsione di un piano economico-finanziario di copertura degli investimenti è collegata anche la previsione analitica dei requisiti di partecipazione del concessionario contenuta all'art. 95 d.p.r. 207/2010.
- alla luce della declaratoria delle categorie OG6 e OS22 riportata nell'Allegato A del d.p.r. 207/2010, gli interventi isolati su impianti di depurazione sono da ricomprendere nell'ambito della categoria OS22 e non della categoria OG6;
- atteso che il requisito è richiesto ai fini della gestione dell'impianto, si ritiene più coerente far riferimento al dato inerente la potenzialità massima dell'impianto di depurazione espresso in Abitante Equivalente;
- in caso di partecipazione alla procedura in ATI, sia essa verticale che orizzontale, la certificazione di qualità deve essere posseduta da tutti gli operatori economici facenti parte



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

dell'ATI stessa, a meno che non sia riferita a singole prestazioni eseguibili soltanto da talune imprese.

Si dispone la trasmissione all'Ufficio Vigilanza Lavori per il seguito di competenza.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 aprile 2015

Il Segretario Maria Esposito