



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 1035 DEL 11 ottobre 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. – Affidamento del servizio di raccolta e trasporto RSU ed assimilati e servizi di igiene urbana per il Comune di San Donato di Lecce per mesi 24 – CIG: 6941843E0D - importo a base di gara: 659.796,32 euro – S.A.: Comune di San Donato di Lecce

**PREC 209/17/S**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 33826 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* con cui veniva 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, sia la legittimità della disposizione di gara che imponeva ai concorrenti la presentazione di due referenze bancarie;

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 prevede la presentazione di idonee referenze bancarie;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 25 agosto 2017;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le posizioni rappresentate dalle parti;

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»;*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

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 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 vigenza 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 temperare 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;

### **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 e che la clausola del disciplinare di gara che prevede la produzione di due referenze bancarie debba essere interpretata secondo i criteri ermeneutici elaborati in materia.



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017

Il segretario Maria Esposito