



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 429

DEL 13 maggio 2020

OGGETTO: Delibera n. 266 del 17 marzo 2020 (PREC 42/20/S) – Riesame - Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Ecologia Aliperti s.r.l. – Affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero finale, presso impianti autorizzati, dei rifiuti pericolosi e non pericolosi provenienti dai cicli produttivi degli impianti e degli altri siti gestiti dalle Direzioni provinciali Trento e Bolzano, dalle Direzioni Regionali Veneto, Friuli Venezia Giulia, Piemonte, Toscana, Lazio, Abruzzo, Puglia e Basilicata, suddivisa in 8 lotti – LOTTO 1 – LOTTO 2 – LOTTO 4 – LOTTO 5 - S.A.: Trenitalia - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 3.960.892,93 euro –

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con note acquisite al prot. n. 27683, n. 27747, n. 27748, n. 27749 del 10 aprile 2020, la società Ecologia Aliperti s.r.l. ha chiesto il riesame e il conseguente annullamento in autotutela della delibera n. 266 del 17 marzo 2020, nella quale l'Autorità, esprimendo un parere sull'istanza di precontenzioso formulata, aveva ritenuto legittimo il contestato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione disposto dalla stazione appaltante per mancata produzione dell'accordo di cooperazione da parte del concorrente aggiudicatario.

Nella delibera adottata, l'Autorità, pronunciandosi sulla questione giuridica sollevata dall'istante, aveva sostenuto che la clausola del bando di gara, al punto III.1.3) e del disciplinare di gara al paragrafo VII, punto 4, in cui si richiedeva, come requisito relativo alla capacità professionale e tecnica, la dimostrazione «e) per l'attività di recupero oppure (laddove non fosse possibile) di smaltimento dei rifiuti oggetto del presente Bando: [...] autorizzazione rilasciata ai sensi degli artt. 208 e 210 del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. (procedura ordinaria) oppure AIA rilasciata ai sensi della parte 2° del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. oppure accordo di cooperazione – stipulato in data antecedente alla pubblicazione della presente gara – con un soggetto destinatario autorizzato in cui quest'ultimo si impegna a ritirare i suddetti rifiuti specificandone i codici CER e i quantitativi», stante il tenore letterale, era da intendersi nel senso che il concorrente è tenuto a produrre in via alternativa una delle documentazioni ivi riportate e, nello specifico, possa quindi dimostrare il possesso del requisito relativo allo svolgimento dell'attività di recupero e smaltimento mediante la produzione: a) dell'autorizzazione di cui egli stesso dispone ai sensi degli articoli 208 e 210 del d.lgs. n. 152/2006; b) dell'autorizzazione AIA ex d.lgs. n. 152/2006 di cui dispone a proprio nome ovvero c) dell'avvenuta stipulazione in data antecedente alla pubblicazione del bando di gara di un accordo di cooperazione con un soggetto autorizzato, che si impegna a ritirare i rifiuti, indicandone codice CER e quantitativi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In considerazione di tale lettura, l'Autorità, nella contestata delibera n. 266 del 17 marzo 2020, sosteneva che il fatto che la concorrente società Ecologia Aliperti s.r.l. avesse prodotto l'autorizzazione AIA di un impianto di smaltimento, senza tuttavia, produrre anche l'accordo di collaborazione con lo stesso, stipulato in data antecedente alla partecipazione alla procedura, nonostante le reiterate richieste da parte dell'amministrazione, costituisse legittima motivazione del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante, proprio alla luce dell'interpretazione più logica e coerente della clausola in esame che, in termini di qualificazione dell'esecutore contrattuale, sanciva la titolarità in capo al concorrente delle autorizzazioni sub a) e b) quale condizione imprescindibile per la loro spendita in gara e, in assenza delle stesse, consentiva in via alternativa la produzione di un accordo di cooperazione con un "soggetto autorizzato" (come recita letteralmente la clausola).

La società Ecologia Aliperti s.r.l. nelle istanze di riesame presentate ha sostenuto, invece, l'erroneità del ragionamento seguito dall'Autorità e della conclusione cui essa è giunta nel riconoscere la legittimità del provvedimento di revoca, in quanto «l'accordo di cooperazione era previsto dal bando solo in via alternativa all'autorizzazione AIA» e in considerazione del fatto che la stessa concorrente aveva «optato per la trasmissione della copia conforme all'originale dell'autorizzazione AIA dell'impianto», posto che la richiesta di un accordo di cooperazione – comunque alternativo all'autorizzazione AIA - non era eseguibile sia per la carenza delle caratterizzazioni analitiche, sia soprattutto perché «non si possono conoscere preventivamente, ossia prima della pubblicazione del bando di gara, sia l'oggetto di gara, sia i CER, sia infine i relativi quantitativi», ritenendo quindi che fosse sufficiente l'avvenuta produzione di una copia conforme all'originale dell'AIA dell'impianto di smaltimento.

Inoltre, nelle citate istanze di riesame la società Ecologia Aliperti ha altresì sostenuto la gravità della sopra menzionata clausola di cui alla *lex specialis*, intesa a subordinare i requisiti di partecipazione alla preventiva stipulazione di un accordo di cooperazione in data antecedente a quella del bando di gara, poiché, secondo quanto asserito dall'istante, non potendo conoscersi preventivamente i CER e i relativi quantitativi, gli unici soggetti in grado di stipulare un accordo di cooperazione prima della pubblicazione del bando sono le imprese che hanno già prestato in favore dello stesso committente analoghi servizi nel periodo antecedente la gara.

Infine, nell'istanza di riesame formulata avverso la delibera n. 266 del 17 marzo 2020 sono state contestate presunte violazioni procedurali in cui l'Autorità sarebbe intercorsa nell'*iter* di adozione del provvedimento.

Considerato in diritto

Le argomentazioni addotte dall'istante società in ordine alla non corretta interpretazione della clausola da parte dell'Autorità nella delibera oggetto di contestazione e quelle concernenti una presunta commissione di un errore materiale non appaiono accoglibili in ragione del fatto che l'*iter* logico giuridico seguito nella delibera si ritiene corretto e non può giungere ad una diversamente conclusione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Infatti, l'alternatività delle modalità di dimostrazione del requisito, come chiarito nel parere, presuppone, nel rispetto della normativa in materia, il possesso dell'autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti in capo al concorrente stesso ovvero riconosce la possibilità che, per effetto di un accordo di cooperazione stipulato con un impianto di smaltimento autorizzato, il concorrente possa essere ammesso alla procedura ed eventualmente aggiudicarsi l'appalto.

Dal momento che, ai fini dell'esecuzione contrattuale, la Ecologia Aliperti s.r.l. non disponeva di una propria autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti, la stessa aveva prodotto l'autorizzazione AIA di un impianto di smaltimento con cui presumibilmente era convenzionata, come sembra desumersi dalle comunicazioni intercorse con la stazione appaltante.

Tuttavia, non allegando l'accordo di cooperazione con tale impianto di smaltimento, di fatto, non aveva dimostrato di possedere uno dei requisiti richiesti ai fini dell'esecuzione contrattuale, circostanza in ragione della quale nella delibera n. 266 del 17 marzo 2020 è stata riconosciuta la legittimità del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante.

Pertanto, sotto tale profilo la delibera oggetto dell'istanza di riesame, deve essere completamente confermata nelle sue argomentazioni giuridiche.

Ciò che tuttavia si ritiene opportuno precisare in tale sede è che, in ragione della mancata dimostrazione del requisito di partecipazione prescritto dal bando, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione del concorrente in fase di gara e non anche procedere all'aggiudicazione e alla successiva revoca, ciò anche tenendo in specifica considerazione le affermazioni dell'operatore economico in ordine all'impossibilità di produrre l'accordo di cooperazione richiesto dalla disciplina di gara.

Se infatti il concorrente aveva prodotto in sede di partecipazione le autorizzazioni AIA di altri impianti e all'esito delle reiterate richieste di allegazione dell'accordo di cooperazione con gli impianti stessi, la Ecologia Aliperti s.r.l. specificava di non essere in possesso di accordi di cooperazione stipulati in data antecedente alla pubblicazione del bando di gara, tale circostanza avrebbe dovuto determinare di per sé l'esclusione del concorrente, evitando altresì che lo stesso potesse incorrere nelle conseguenze di legge previste per la mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario.

In ordine alle ulteriori contestazioni sollevate nell'istanza di riesame e, nello specifico, alla asserita gravità della clausola intesa a subordinare i requisiti di partecipazione alla preventiva stipulazione di un accordo di cooperazione, che, in ragione dell'impossibilità di conoscere preventivamente i CER e i relativi quantitativi, di fatto poteva costituire un vantaggio per le imprese che hanno già prestato in favore dello stesso committente analoghi servizi nel periodo antecedente la gara, si precisa quanto segue.

Tale presunta illegittimità della clausola, in quanto relativa ad una sua potenziale natura escludente, in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018) avrebbe dovuto essere impugnata o contestata entro i termini di legge e non può certamente essere oggetto di contestazione per la prima volta in sede di istanza di riesame, costituendo di fatto un nuovo *petitum*, la cui prospettazione elude i



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

termini previsti dalla disciplina processuale per l'impugnazione di tali clausole, nonché i termini di cui al "Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", pubblicato in G.U. n. 22 del 26 Gennaio 2019, che all'articolo 7 considera inammissibili le istanze «dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale».

Infine, in merito alle presunte violazioni procedurali derivanti dal mancato riconoscimento del contraddittorio, le stesse sono del tutto infondate, in quanto l'iter procedimentale seguito dall'Autorità nell'adozione della delibera n. 266 del 17 marzo 2020 ha rispettato le fasi previste dal regolamento di precontenzioso, comprese quelle volte a garantire la partecipazione e il contraddittorio dei soggetti interessati.

Sulla base di quanto sin qui espresso, anche in considerazione del fatto che il parere di precontenzioso reso su istanza singola non ha efficacia vincolante

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, di:

- rigettare l'istanza di riesame e confermare quanto disposto con la delibera n. 266 del 17 marzo 2020;
- precisare il dispositivo della delibera n. 266 del 17 marzo 2020 nei seguenti termini: in ragione della mancata dimostrazione del requisito di partecipazione prescritto dal bando, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione del concorrente in fase di gara e non anche procedere all'aggiudicazione e alla successiva revoca, ciò anche tenendo in specifica considerazione le affermazioni dell'operatore economico in ordine all'impossibilità di produrre l'accordo di cooperazione richiesto dalla disciplina di gara. Ciò che avrebbe dovuto evitare al concorrente le conseguenze connesse, per legge, alle dichiarazioni non veritiere e alla mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2020

Il Segretario Rosetta Greco