



DELIBERA N. 591

8 luglio 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Pellicano Verde S.p.A. - Procedura aperta per la Bonifica Area Superficiale - 2° Lotto Funzionale: "Rimozione rifiuti abbandonati sull'area dell'ex opificio Isochimica sito in Avellino alla località Pianodardine" – Importo a base di gara euro: 2.259.360,16 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Avellino.

PREC 121/2020/L/PB

Riferimenti normativi

Art. 100 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Conferimento e smaltimento rifiuti abbandonati – Requisiti particolari per l'esecuzione dell'appalto – Dichiarazione di disponibilità di impianto autorizzato

Massima

Conferimento e smaltimento rifiuti abbandonati – Requisiti particolari per l'esecuzione dell'appalto – Dichiarazione di disponibilità di impianto autorizzato – Distinzione requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione – Dichiarazione di accettazione di requisiti particolari – Limiti – Ammissibilità – Effetti distorsivi sulla concorrenza.

Il comma 2 dell'art. 100, prevedendo che in sede di offerta gli operatori economici dichiarino solo di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari, evidentemente esclude che l'operatore economico debba addurre, ai fini della partecipazione, una dichiarazione diversa da quella formulata in termini di semplice accettazione dei requisiti di esecuzione specifici richiesti per l'affidamento. L'obbligo dei concorrenti di presentare, ai fini della partecipazione, la dichiarazione di disponibilità del titolare dell'impianto autorizzato "a ricevere e smaltire, presso l'impianto suddetto tutti i materiali contaminati da amianto... per tutto il periodo di vigenza contrattuale", non solo trasforma, di



fatto, quello che dovrebbe essere un requisito di esecuzione in un requisito di partecipazione, ma, considerando le peculiarità dei servizi di raccolta, conferimento e smaltimento dei rifiuti e, in particolare, la estrema esiguità degli impianti di raccolta e smaltimento di rifiuti speciali, potrebbe anche determinare effetti distorsivi sulla concorrenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell' 8 luglio 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0041116 del 4.6.2020, con la quale la società Pellicano Verde Spa contesta la legittimità del Disciplinare di gara nella parte in cui prevede, nell'abito dei requisiti di esecuzione, la «*disponibilità obbligatoria, a pena d'esclusione, ai sensi dell'art. 100 del Codice, da documentarsi secondo quanto di seguito precisato, di uno o più impianti autorizzati allo smaltimento finale di materiali contenenti e/o contaminati da amianto, ad accettare presso gli stessi tutti i materiali provenienti dalle lavorazioni oggetto del presente bando (dichiarazioni contenute nel modello dich.1 e nel modello dich.2). Si precisa che l'operatore economico che indicherà impianti di deposito/stoccaggio temporanei dell'amianto sarà escluso dalla presente procedura*» (v. art. 7.D.1);

CONSIDERATO che a parere dell'istante il requisito di esecuzione sopra riportato, per come è stato richiesto e per le clausole contenute, si configura come un requisito di partecipazione non previsto dal Codice e che quindi determina una immotivata restrizione della concorrenza a vantaggio degli operatori economici titolari di impianti di smaltimento rifiuti ed esecutori di lavori di bonifica e una violazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all'art. 100, comma 1 del Codice appalti;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 12.6.2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 5 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 100 del Codice, secondo cui «*1. Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali. 2. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari*»;

CONSIDERATO, altresì, che la società istante, in data 28.5.2020, ha inoltrato alla Stazione appaltante una richiesta di chiarimento in merito alla clausola del Disciplinare oggetto di contestazione e che la S.A., in data 29.5.2020, ha riscontrato la richiesta precisando che «*la disponibilità di uno o più impianti autorizzati allo smaltimento ad accettare tutti i materiali contaminati provenienti dalle lavorazioni è un requisito di esecuzione dell'appalto ai sensi dell'art. 100 Codice contratti pubblici. Si chiarisce che tale richiesta di*



disponibilità è intesa come impegno in sede di offerta che si concretizzerà solo in caso di aggiudicazione in sede di stipula del contratto. I principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità non sono violati in quanto il Disciplinare di gara: 1. non stabilisce obbligo di esclusiva disponibilità dell'impianto di conferimento e smaltimento rifiuti. Atteso che tale condizione potrebbe determinare una immotivata restrizione della concorrenza. 2. Stabilisce che i soggetti titolari degli impianti di conferimento e smaltimento rifiuti non possono partecipare in forma autonoma alla gara e contemporaneamente concedere in disponibilità gli impianti medesimi ad altri operatori economici partecipanti alla gara. Atteso che tale circostanza potrebbe effettivamente alterare la corretta concorrenza nell'ambito della procedura selettiva»;

RITENUTO, sulla base della lettura delle disposizioni contenute nel Disciplinare di gara e nonostante le precisazioni fornite dalla Stazione appaltante sopra riportate, che, per le modalità con cui è formulata la richiesta, il requisito di cui all'art. 7.D.1 del Disciplinare appare configurarsi, di fatto, quale requisito di partecipazione e non di mera esecuzione, e ciò in considerazione dei seguenti due elementi, il primo di ordine testuale e il secondo di ordine interpretativo:

- 1) il comma 2 dell'art. 100, prevedendo che in sede di offerta gli operatori economici dichiarino solo di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari, evidentemente esclude che l'operatore economico debba addurre, ai fini della partecipazione, una dichiarazione diversa dalla semplice accettazione dei requisiti di esecuzione specifici richiesti per l'affidamento, quale ad esempio – come nel caso di specie – la dichiarazione di disponibilità del titolare dell'impianto autorizzato *“a ricevere e smaltire, presso l'impianto suddetto tutti i materiali contaminati da amianto... per tutto il periodo di vigenza contrattuale”*, atteso che la produzione di tale dichiarazione da parte del concorrente equivale ad escludere dalla possibilità di partecipare alla selezione tutti gli operatori economici che non siano già titolari dell'impianto e quelli che non abbiano già prima della gara sottoscritto un accordo negoziale di messa a disposizione dell'impianto con il titolare dello stesso (e non partecipante alla gara), così trasformando, appunto, quello che dovrebbe essere un requisito di esecuzione in un requisito di partecipazione;
- 2) nel caso in esame, poi, considerando le peculiarità del settore di mercato coinvolto nella gara in oggetto e, in particolare, la estrema esiguità degli impianti di raccolta e smaltimento di rifiuti speciali, imporre agli operatori economici interessati, a pena di esclusione, di garantire già al momento della presentazione dell'offerta la disponibilità di un impianto autorizzato potrebbe determinare degli effetti distorsivi sulla concorrenza nella misura in cui, ben prima della gara, i molti operatori economici del settore interessati alla partecipazione dovrebbero contendersi (verosimilmente anche stipulando accordi di esclusiva) la disponibilità dei pochi impianti autorizzati a prescindere dalla sua effettiva necessità, che invece si concretizzerebbe solo in caso di aggiudicazione e pur essendo ammissibile che più concorrenti possano garantire, in fase di offerta, la disponibilità del medesimo impianto (v., sul punto, la Delibera Anac n. 330/2018);

RITENUTO, altresì, che la Stazione appaltante, pur dichiarando espressamente di essersi attenuta alle indicazioni generali in materia esplicitate dall'Autorità in occasione del parere di cui alla Delibera n. 330/2018, non pare – invero – aver bene interpretato tali indicazioni nella predisposizione del Disciplinare di gara in relazione alla clausola in contestazione, se non nella parte in cui viene precisato che *«I soggetti titolari degli impianti di conferimento e smaltimento rifiuti non possono partecipare in forma autonoma alla gara e contemporaneamente concedere in disponibilità gli impianti medesimi ad altri operatori economici partecipanti alla gara»*,

Il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente alle previsioni della *lex specialis* oggetto di contestazione, che la formulazione del requisito di esecuzione di cui all'art. 7.D.1 del Disciplinare di gara non sia conforme alle disposizioni normative vigenti in materia di requisiti di esecuzione di cui all'art. 100 del Codice.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente