



DELIBERA N. 227

24 maggio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Massimi Aurelio e Figli S.r.l. – Servizio di gestione dei rifiuti urbani con ridotto impatto ambientale in un’ottica di ciclo di vita, ai sensi del Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP) e del Decreto del Ministero della Transizione Ecologica (MITE) del 23 giugno 2022 “Criteri ambientali minimi per l’affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, della pulizia e spazzamento e altri servizi di igiene urbana, della fornitura di contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani, della fornitura di veicoli, macchine mobili non stradali e attrezzature per la raccolta e il trasporto di rifiuti e per lo spazzamento stradale” - Importo a base di gara: 43.680.000,00 euro - S.A.: Comune di Cerveteri

UPREC/PRE/509/2023/PREC-S

Riferimenti normativi

Art. 83, comma 6, d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Servizio di punta - Prestazione nel triennio precedente

Massima

Appalto pubblico - In genere - Scelta del contraente - Requisiti - Requisito di capacità tecnica e professionale - Servizio di punta - Triennio di riferimento - Antecedente alla data di pubblicazione del bando

Per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria, il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto occorre fare riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio utile ai fini della maturazione del requisito di capacità economica e finanziaria.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 24 maggio 2023

Vista l’istanza di parere acquisita al prot. n. 20798 del 15 marzo 2023, con la quale l’operatore economico Massimi Aurelio e Figli S.r.l. ha contestato la legittimità dell’esclusione dalla gara in epigrafe disposta nei suoi confronti dalla stazione appaltante per mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di



cui all'art. 8.4.1 lett. b) del disciplinare di gara, consistente in "*almeno un servizio di raccolta differenziata porta a porta, prestato per almeno dodici mesi continuativi nelle annualità 2020/2021/2022, per almeno un Comune o un committente con popolazione residente non inferiore a (...)*";

Viste le motivazioni a fondamento dell'esclusione formulate dal seggio di gara, il quale ha dato atto che il servizio indicato dall'operatore economico ai fini dell'integrazione del requisito – ovvero il servizio di raccolta dei rifiuti urbani nel Comune di Ladispoli con decorrenza dal 7/01/2014 al 28/02/2020 – risulta espletato per due mesi continuativi nell'arco temporale dato (dal 1/01/2020 al 28/02/2020) e non per almeno dodici mesi come richiesto nella legge di gara;

Viste le censure articolate dall'istante avverso il provvedimento di esclusione. Ad avviso dell'impresa, la documentazione di gara e il provvedimento espulsivo che della stessa ha dato attuazione sarebbero inficiati dai seguenti vizi:

- 1) erronea indicazione del triennio di riferimento: secondo costante giurisprudenza le annualità utili ai fini della dimostrazione del requisito di capacità tecnica e professionale sarebbero quelle relative ai tre anni antecedenti la pubblicazione del bando e, visto che nel caso di specie il bando è stato pubblicato in data 27/12/2022, ai fini della dimostrazione del requisito, gli ultimi tre esercizi antecedenti la pubblicazione da prendere a riferimento sarebbero quelli coincidenti con le annualità 2019/2020/2021, ovvero le stesse annualità prese a riferimento per la dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria, e non già gli anni 2020/2021/2022;
- 2) ambigua formulazione della clausola del disciplinare, che avrebbe dovuto essere interpretata in senso conforme all'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti: il disciplinare di gara utilizza la locuzione "nelle annualità" e non dispone invece espressamente "nel corso delle annualità", consentendo quindi la partecipazione anche al concorrente che ha prestato un servizio della durata di dodici mesi continuativi con "decorrenza" o "termine" in una delle tre annualità, ma non necessariamente con "decorrenza e termine" nel triennio;
- 3) mancata considerazione dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia, che avrebbe determinato una sospensione e differimento di tutte le procedure competitive, così che, in conformità a quanto suggerito dall'Anac con Comunicato del Presidente del 13 aprile 2021, e come anche consentito dall'allegato XVII, parte II, del Codice, la stazione appaltante avrebbe potuto tenere conto dei servizi effettuati più di tre anni prima;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 23 marzo 2023 con nota prot. n. 23519;

Visto quanto replicato dalla centrale di committenza Città metropolitana di Roma Capitale - che ha in carico la competenza della gara per conto del Comune di Cerveteri - con nota acquisita al prot. n. 24305 del 27 marzo 2023, circa l'improcedibilità dell'istanza e la sua infondatezza nel merito.

Con riguardo al primo profilo, la centrale di committenza ha rilevato che l'istante ha effettuato nei suoi confronti la comunicazione della presentazione dell'istanza, prevista a pena di improcedibilità all'art. 4, comma 2, regolamento di precontenzioso, indirizzandola ad un indirizzo PEC non presidiato, utilizzato unicamente dalla piattaforma telematica di negoziazione per la generazione e l'invio dei messaggi automatici, nonostante, fin dalla presentazione dell'offerta, fosse stato chiarito, nelle comunicazioni inviate ai partecipanti, che l'indirizzo PEC da cui provenivano non era presidiato e che pertanto, per eventuali comunicazioni, avrebbe dovuto essere utilizzato l'indirizzo indicato nel sito. La notizia dell'avvenuta presentazione dell'istanza è stata dunque acquisita occasionalmente dalla centrale di committenza solo a seguito di comunicazione del Comune di Cerveteri. Ad avviso della centrale di committenza, la comunicazione ad un indirizzo PEC univocamente dichiarato come non presidiato equivarrebbe ad una mancata comunicazione.

Quanto al merito, la centrale di committenza ha rilevato che la clausola del disciplinare indicante il requisito di punta in parola è formulata molto chiaramente, senza alcun profilo di ambiguità. La portata della disposizione è stata anche oggetto di un quesito da parte dell'istante, riscontrato immediatamente dalla centrale di committenza che, in quella sede, ha ribadito che le annualità previste e spendibili per la dimostrazione del servizio di punta sono quelle del 2020/2021/2022, e non le annualità 2019/2020/2021, a cui sono invece



parametrati i requisiti economico- finanziari, che hanno riguardo agli esercizi finanziari e ai termini di presentazione dei dati di bilancio. Ciò in conformità alla giurisprudenza, secondo la quale i requisiti di capacità tecnica e professionali sono correttamente parametrati sui tre anni precedenti la pubblicazione del bando; nel caso di specie, pertanto, essendo stato pubblicato il bando in data 27 dicembre 2022, l'arco temporale di riferimento sarebbe, a rigore, 28 dicembre 2019 – 27 dicembre 2022. Conseguentemente, come evidenziato dal seggio di gara, il servizio di punta indicato dall'istante risulterebbe espletato solo per due mesi (e quattro giorni) continuativi, anziché i dodici mesi richiesti, nell'arco temporale dato. Infine, per quanto concerne la lamentata sospensione degli affidamenti negli anni della pandemia, la centrale di committenza ha rilevato che i servizi di igiene urbana e smaltimento rifiuti non hanno subito soluzioni di continuità e ha fornito dati a dimostrazione, non della diminuzione, ma del progressivo aumento del numero di affidamenti disposti dalla Città metropolitana di Roma Capitale negli anni 2020, 2021 e 2022;

Considerato, con riferimento alla eccepita improcedibilità dell'istanza, che la comunicazione ai controinteressati di cui all'art. 4, comma 2, del regolamento di precontenzioso, è finalizzata a consentire la massima partecipazione di tutti i soggetti interessati, che l'Anac potrebbe non riuscire ad individuare (Cfr. Parere Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2781 del 28/11/2018), per dare piena attuazione al principio del contraddittorio;

Considerato che, dato lo scopo della comunicazione, può ritenersi che, nel caso di specie, tale finalità sia stata raggiunta con la partecipazione della centrale di committenza al presente procedimento;

Ritenuto, che in analogia all'orientamento giurisprudenziale riferito ai vizi della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, secondo cui la costituzione in giudizio ha un effetto sanante, con efficacia *ex tunc*, di qualsiasi eventuale vizio della notifica (cfr. art. 156, comma 3, c.p.c.), la partecipazione al procedimento della Centrale di Committenza che ha in carico la gara per conto del Comune di Cerveteri abbia sanato, con effetti *ex tunc*, i vizi della comunicazione e che l'istanza sia pertanto procedibile;

Considerato, con riferimento al merito, che, contrariamente a quanto sostenuto dall'istante, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza formatasi già in relazione al d.lgs. n. 163/2006, solo per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto occorre fare riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economica e finanziaria" (Cfr. *ex multis*, T.A.R. Puglia (Bari) II, n. 1036/2018; Cons. St., III, n. 3285/2015, Cons. St., VI, n. 2306/2014). Il legislatore del 2023 ha cristallizzato tale insegnamento nel comma 11 dell'art. 100 del nuovo codice dei contratti, laddove ha previsto che, nelle more dell'adozione del nuovo sistema di qualificazione per gli appalti di servizi e forniture, la stazione appaltante può richiedere, come requisito di capacità economica e finanziaria, un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto "*maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura*" e, come requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione di contratti analoghi "*nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara*", distinguendo chiaramente il triennio di riferimento per le due tipologie di requisiti;

Ritenuto che, alla luce di quanto sopra, la stazione appaltante abbia correttamente individuato come triennio utile per la dimostrazione del servizio di punta quello 2020/2021/2022, ovvero i tre anni decorrenti a ritroso dalla data di pubblicazione del bando avvenuta in data 27 dicembre 2022 (anche considerando che, a rigore, il triennio avrebbe dovuto essere indicato come 28 dicembre 2019 – 27 dicembre 2022, con una differenza minima di quattro giorni);



Ritenuto che la clausola di cui all'art. 8.4.1 lett. b) del disciplinare che definisce il requisito appare formulata con chiarezza e che non lasci margini di dubbio circa la necessità che il servizio di punta sia stato prestato per almeno dodici mesi continuativi nel corso del triennio indicato, come peraltro reso inequivocabile da quanto affermato dalla centrale di committenza nel corso della gara, in risposta al quesito dell'istante, laddove ha ribadito che "*resta precluso il riferimento all'annualità 2019 per i requisiti di capacità tecnica e professionale*";

Considerato che, in forza del principio, pacificamente riconosciuto, secondo cui, quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni ed è obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* (Cfr. Cons. Stato. St., IV, n. 1148/2019);

Ritenuto che, alla luce di quanto sopra, data la clausola in esame e dato il servizio dichiarato dall'istante, prestato dal 7/01/2014 al 28/02/2020, il seggio di gara ha correttamente rilevato la mancanza del requisito in capo all'operatore economico Massimi Aurelio e Figli S.r.l., in quanto il servizio è stato prestato solo per due mesi (e quattro giorni) nel triennio utile di riferimento indicato nella *lex specialis* di gara, e, in alcun modo avrebbero potuto essere presi in considerazione servizi prestati nel corso del 2019;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- che l'esclusione dalla gara dell'operatore economico Massimi Aurelio e Figli S.r.l. è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 maggio 2023
Il Segretario Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente