DELIBERA N. 1045 DEL 11 ottobre 2017

Oggetto: Istanza presentata da Gestione Servizi Ambientali soc. coop. – Servizio di raccolta domiciliare e trasporto dei rifiuti urbani indifferenziati, raccolta domiciliare, trasporto e smaltimento dei rifiuti differenziati nel territorio del Comune di Apollosa – CIG: 6996774090 - importo a base di gara: 100.000,00 euro – S.A.: C.U.C. Comune di Campoli del Monte Taburno – Castelpoto - Cautano - Foglianese - Tocco Claudio –Vitulano – Apollosa – Arpaise

PREC 219/17/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 45152 del 24 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*

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

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»;

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 contemperare 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

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

(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);

CONSIDERATO che nei chiarimenti forniti alla *lex specialis* viene fatto rinvio al contenuto dispositivo di cui all'articolo 86, comma 4 e alla possibilità di provare la capacità economico-finanziaria con qualsiasi altro documento considerato idoneo;

RITENUTO, conseguentemente, che la clausola oggetto di contestazione sia conforme ai 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'interpretazione consolidata fornita in materia e che la clausola del disciplinare di gara che prevede la produzione di due referenze bancarie, nell'interpretazione fornita dalla stazione appaltante, sia conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 ottobre 2017
Il segretario Maria Esposito

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma