



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 221 DEL 22 DICEMBRE 2015

PREC 180/15/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dalla Cleaning Service società cooperativa a r.l. – “*Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene urbana*” - Importo a base di gara: € 720.000,00 - S.A. Comune di Sassoferrato

Iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali – requisito di esecuzione

L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali è requisito di esecuzione e non di partecipazione.

Responsabile del procedimento – componente della commissione di gara

L'articolo 84 del d.lgs. n. 163/2006, dettato a garanzia della trasparenza e della imparzialità amministrativa nella gara, impedisce unicamente la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto di cui trattasi, in grado, cioè, di incidere – il che è da dimostrare nel caso concreto, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti – sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

Articolo 39 del d.lgs. n. 163/2006

Articolo 84 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 46310 del 17 aprile 2015, con la quale la Cleaning Service società cooperativa a r.l., in relazione alla procedura in epigrafe, ha contestato il provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti per mancata iscrizione all'albo nazionale dei gestori rifiuti per la categoria 4, classe F e categoria 5, classe F, sostenendone l'illegittimità stante il fatto che tale iscrizione ha natura di requisito di esecuzione e non di partecipazione ed ha altresì contestato sia gli ulteriori motivi di esclusione relativi alla mancata allegazione di documentazione amministrativa, tra cui le dichiarazioni bancarie dell'impresa ausiliarie, sia l'operato della commissione di gara che non avrebbe controllato la documentazione amministrativa contenuta nella busta A depositata e che non avrebbe consentito il soccorso istruttorio ed ha infine evidenziato la presunta incompatibilità del responsabile del procedimento in qualità di componente della commissione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 4 agosto 2015;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dall'istante possono essere decise ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006*;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, in relazione al primo motivo di doglianza, relativo al requisito dell'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali, il consolidato orientamento di questa Autorità ha precisato che l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento rifiuti a norma dell'articolo 212 del d.lgs. 152/2006, “*dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione*” (cfr. parere n. 152 del 9 settembre 2015; nonché AG 7-09 del 23 aprile 2009 e parere di precontenzioso n. 89 del 29 aprile 2010);

CONSIDERATO, inoltre, che spetta alla stazione appaltante valutare nei confronti dei concorrenti in concreto il possesso di tale requisito secondo la corretta individuazione della relativa categoria e classifica ai fini dell'esecuzione del servizio e al momento della stipula del contratto;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, tale valutazione sia stata effettuata in un momento antecedente a quello previsto dall'ordinamento e che, pertanto, l'esclusione del concorrente, per tale motivo, non appare legittima;

RITENUTO che tale profilo sia assorbente rispetto agli ulteriori motivi di esclusione oggetto di contestazione da parte dell'odierno istante, relativi alla produzione della documentazione in sede di gara; questioni rispetto alle quali si richiama, in ogni caso, l'attenzione dell'amministrazione sull'istituto del soccorso istruttorio così come delineato dalla disciplina codicistica ed esplicitato dall'Autorità nella *determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015*;

CONSIDERATO infine che, per quanto concerne l'ulteriore motivo di doglianza relativo al ruolo del responsabile del procedimento in qualità di componente della commissione, stante l'esiguità degli elementi forniti al riguardo in sede di contestazione, in questa sede, è possibile esclusivamente richiamare il consolidato orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa in materia (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438 e Consiglio Stato, sez. V, 4 marzo 2011, n. 1386). È stato infatti precisato che l'articolo 84 del d.lgs. n. 163/2006, dettato a garanzia della trasparenza e della imparzialità amministrativa nella gara, impedisce unicamente la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto di cui trattasi, in grado, cioè, di incidere – il che è da dimostrare nel caso concreto, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti – sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito (*in tal senso, parere n. 46 del 21 marzo 2012 e parere n. 130 del 07 luglio 2011*). Ed è stato altresì evidenziato che l'articolo 84 mira a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale, impedendo la partecipazione alla commissione di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano avere assunto compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione di lavori oggetto della procedura di gara e ciò a tutela del diritto delle parti del procedimento ad una decisione amministrativa adottata da un organo terzo ed imparziale. (cfr. Consiglio di Stato, *Adunanza Plenaria, sentenza n. 13 del 7 maggio 2013*). Ed è stato, infine, ulteriormente sottolineato il rilievo di una valutazione di tipo sostanziale e non formale della possibile incompatibilità, precisando che, ai



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fini dell'articolo 84, ferme restando le finalità anzidette, rileva altresì che tale incompatibilità riguardi effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non possa riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici generalmente riferiti ad altri appalti e che, in ogni caso, di tale situazione di incompatibilità, deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità non apparendo neanche di per sé sufficiente la circostanza che il soggetto abbia predisposto materialmente il capitolato speciale d'appalto, *«occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore unicamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che, in definitiva, il contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario»* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 226 del 22 gennaio 2015 e sez. V, sentenza n. 1565 del 23 marzo 2015);

RITENUTO, pertanto, di poter richiamare, nel caso di specie, gli enunciati principi interpretativi relativi all'interpretazione dell'articolo 84;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta nei confronti della Cleaning Service per mancata iscrizione all'albo dei gestori ambientali non sia legittima e che tale motivo sia assorbente rispetto agli altri motivi relativi al provvedimento di esclusione oggetto di contestazione e ritiene altresì che, con riferimento alla presunta incompatibilità del responsabile del procedimento, la stessa possa esistere solo qualora sussista un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto di cui trattasi, in grado, cioè, di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito, secondo il consolidato indirizzo interpretativo dell'articolo 84.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 dicembre 2015

Per il Segretario, Valentina Angelucci