



Delibera n. 481/2022

Adunanza del 19 ottobre 2022

Parere motivato ai sensi dell'articolo 211 comma 1^{ter} d.lgs. 50/2016

Fascicolo 4340/2022

(da citare nella risposta)

Oggetto

Procedura aperta per l'individuazione del socio privato e partner industriale della S. spa al quale verrà affidata la gestione del servizio di raccolta, trasporto, conferimento e differenziata dei rifiuti urbani ed assimilati, servizi di spazzamento stradale e altri servizi accessori- CIG 9416411C2B

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, del 13 giugno 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza;

CONSIDERATO IN FATTO

Il Comune di C. ha pubblicato in GUUE, in data 28.9.2022 il bando di gara/disciplinare di gara in oggetto, per un importo di € 15.764.000,00. La documentazione di gara è stata pubblicata su piattaforma telematica al seguente indirizzo www.omissis.it

Il termine di presentazione dell'offerte è fissato alla data del 15.11.2022.

La S. spa è società, che svolge il servizio di gestione dei rifiuti locali, controllata al 51% dal Comune di C., mentre la restante parte è affidata ad un socio privato (C. S.c.r.a.l.), in virtù di un contratto n. 573 del 15.10.2001, rinegoziato con contratto n. 1496 del 7.4.2011, che fissava la scadenza della partecipazione del socio privato nella suddetta società al 31.12.2016.

Tuttavia, dal 30.12.2016 ad oggi, il contratto di partecipazione del socio privato nella suddetta società è stato ininterrottamente prorogato, da ultimo fino al 31.12.2022, in virtù di: n. 3 ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 191 d.lgs. 152/2006 (dal 30.12.2016 al 18.12.2017), nonché di n. 12 proroghe tecniche, adottate nelle more dell'espletamento di una ordinaria procedura di affidamento o della riorganizzazione del servizio comunale (dal 18.12.2018 al 31.12.2022). Durante tale periodo è stata esperita un'unica procedura di gara (determinazione a contrarre n. 555 del 26.06.2018) andata deserta.

Dall'esame del citato disciplinare e dalle interlocuzioni svolte tra l'Autorità e la stazione appaltante emerge un ampio numero di criticità, alcune delle quali rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 211, c. 1 ter d.lgs. 50/2016, in quanto integranti gravi violazioni suscettibili nell'alveo applicativo dell'art. 6 co. 2 lett. h), del Regolamento ANAC del 13.6.2018 (citato in premessa), in quanto limitative della concorrenza e pertanto legittimanti l'emissione di un parere motivato ai sensi dell'art. 211 co. 1 ter d.lgs. 50/2016. Sono presenti ulteriori criticità che, pur non legittimanti l'emissione di un parere motivato, vengono segnalate alla stazione appaltante per ragioni di completezza e collaborazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1) Violazione dell'art. 89 del codice degli appalti. Illegittimità dell'art. 7.2 del disciplinare nella parte in cui prevede il divieto di avvalimento generalizzato

1.1) L'art. 7.2 del disciplinare prevede che "*Estendendo in via analogica l'art. 89 comma 11 del Codice dei Contratti (che vieta tale istituto per alcune tipologie di lavori), trattandosi di appalto particolare che prevede in capo al soggetto individuato quale partner privato che svolgerà il servizio, requisiti di qualificazione e certificazioni di qualità non suscettibili di avvalimento (vedasi comma 10 del richiamato articolo) tale istituto non verrà applicato per questa procedura di gara*". La previsione in questione – peraltro presente, a quanto riferito dalla stazione appaltante, anche nella documentazione della precedente edizione della stessa procedura di gara - esclude il ricorso all'istituto dell'avvalimento in via generale partendo dall'argomentazione secondo cui l'appalto in esame è particolare in quanto volto all'individuazione di un partner privato che deve possedere requisiti di qualificazione e certificazioni di qualità.

Come specificato nella nota di chiarimenti pubblicata sulla piattaforma telematica in data 11.10.2022, la clausola intende espressamente escludere la possibilità di ricorrere all'avvalimento per tutti i requisiti – economico-finanziari e tecnico-organizzativi – al fine di garantire una pretesa maggiore affidabilità del concorrente.

Ferme restando l'irrilevanza della circostanza per cui anche nella precedente edizione della stessa procedura di gara fosse presente una siffatta previsione e la genericità della motivazione posta a base di questa decisione, deve comunque osservarsi come, alla luce tanto dei consolidati arresti giurisprudenziali quanto degli orientamenti interpretativi di questa Autorità, la clausola in questione appare illegittima in quanto ingiustificatamente e irragionevolmente restrittiva della concorrenza.

In prima analisi la previsione è censurabile nella parte in cui, lamentando una generica peculiarità dell'appalto, giunge a prevedere un divieto generalizzato dall'avvalimento.

Infatti, l'art. 89 del d.lgs. 50/2016 garantisce, attraverso l'avvalimento, la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell'Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale *"in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE"*, al fine di consentire *"l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile"*, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (da ultimo: Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz), anche con riferimento all'impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, punto 33).

Ed infatti, l'art. 89, c. 1, d. lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d. lgs. n. 56 del 2017, prevede che l'operatore economico possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara – fatta eccezione per i requisiti di cui all'art. 80 – avvalendosi delle capacità di altri soggetti, prescindendo dalla natura giuridica dei propri legami con questi ultimi (Cons. St., 4440/2018).

A fronte di questo principio di carattere generale (che già di per sé rende evidente l'illegittimità del divieto generalizzato al ricorso all'avvalimento previsto nel disciplinare di gara in esame), è lo stesso articolo 89 del codice degli appalti a prevedere specifiche ipotesi in presenza delle quali la stazione appaltante è legittimata a limitare il ricorso all'avvalimento.

A tal proposito, vengono in rilievo i commi 4, 10 e 11 dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, che meritano di essere rapidamente esaminati.

L'art. 89, c. 4 del codice degli appalti prevede la possibilità per la stazione appaltante di prevedere che taluni compiti essenziali sia svolti dall'offerente o, in caso di offerta presentata da un RTI, da un partecipante al raggruppamento.

Il divieto generalizzato posto da codesta stazione appaltante si pone evidentemente in contrasto con l'articolo in questione che legittima puntuali limitazioni al ricorso all'avvalimento qualora vengano individuati preventivamente nella documentazione di gara taluni compiti essenziali che non possono essere demandati a soggetti differenti dall'offerente.

Il comma 10 del predetto articolo prevede, invece, che non possa farsi ricorso all'avvalimento per sopperire alla mancata iscrizione all'ANGA, mentre il comma 11 esclude l'avvalimento per quegli appalti che prevedano opere per le quali siano richiesti lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica.

Se il primo aspetto (iscrizione all'ANGA) non viene in discussione, nel disciplinare la stazione appaltante pretenderebbe di volere escludere l'avvalimento in ragione di una interpretazione analogica del predetto comma 11.

Senza considerare che l'art. 89, co. 11 del d.lgs. 50/2016 è stato oggetto sia di un procedimento di infrazione da parte della Commissione europea (n. 2018/2273), in quanto ritenuto sproporzionato nella misura in cui esclude l'avvalimento in relazione a tutto l'appalto e non alle sole attività di contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, sia di un atto di segnalazione (il n. 3 del 28.7.2021) da

parte di ANAC al Governo e al Parlamento, deve osservarsi come, essendo l'art. 89, c. 11 del codice degli appalti norma di carattere eccezionale, non sia possibile procedere, ai sensi dell'art. 14 della preleggi del codice civile, ad una sua applicazione in via analogica.

Pertanto, il divieto generalizzato di ricorrere all'avvalimento per la comprova di tutti i requisiti di partecipazione, deve ritenersi illegittimo e chiaramente limitativo della concorrenza, nella misura in cui preclude al concorrente privo dei requisiti di avvalersi, in tutto o in parte, dei requisiti di altro operatore economico, essendo tale facoltà esplicitamente rimessa alla valutazione del medesimo concorrente.

Tale limitazione - nel caso di specie fondata su una illegittima estensione analogica di una norma (l'art. 89 co. 11 del codice), di per sé già di dubbia legittimità - inoltre, pone in essere una evidente discriminazione a danno delle piccole e medie imprese che non possono ricorrere al legittimo strumento dell'avvalimento per dimostrare il possesso dei requisiti ed utilmente partecipare alla gara in oggetto.

1.2) Ferma la considerazione appena svolta, che già di per sé ha natura assorbente rispetto a qualsiasi ulteriore deduzione, devono compiersi, in un'ottica prettamente collaborativa, talune considerazioni in merito alla potenziale avvalibilità dei requisiti di qualificazione e delle certificazioni di qualità.

Le considerazioni che seguono non includono - anche alla luce del richiamato art. 98, co. 10 del d.lgs. 50/2016 - il requisito relativo al possesso della certificazione ANGA, di cui al par. 6.1, lett. b) del disciplinare.

A tal proposito, diversamente da quanto ritenuto dalla stazione appaltante, tanto i requisiti di qualificazione, quanto le certificazioni di qualità possono costituire oggetto di un contratto di avvalimento.

Al riguardo, valga precisare che, in linea con la giurisprudenza amministrativa prevalente formatasi sotto la vigenza del decreto legislativo 163/2006 (si veda in questo senso, tra le altre, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2017, n. 2627), anche nell'attuale quadro normativo, l'avvalimento delle certificazioni di qualità e delle attestazioni SOA è pacificamente ammesso nella misura in cui la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo.

Inoltre, valga rammentare come, per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, il possesso di detti requisiti di qualificazione avviene esclusivamente, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, mediante attestazione da parte delle società organismi di attestazione (SOA) autorizzate dall'ANAC.

Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA divenga uno strumento per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza amministrativa (a tal proposito, si veda, fra tutte, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2020) ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito purché ricorrano contestualmente due condizioni:

- a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero *setting* di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;

b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.

Quanto appena precisato con riguardo alle attestazioni SOA è pienamente riferibile anche alle certificazioni di qualità, come ad esempio le certificazioni ISO (in rilievo nel caso di specie). A tal proposito, va chiarito che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, condiviso anche dall'Autorità (si veda, tra gli altri, la recente Delibera ANAC n. 289 del 21 giugno 2022), riconosce pacificamente l'ammissibilità dell'avvalimento anche dei certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici (*ex multis*, di recente Cons. Stato 7370/2021, o ancora, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), sulla scorta del ragionamento secondo il quale detti certificati "sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ("requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento" (Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271).

Anche in questo caso, tuttavia, è necessario che, come chiarito dalla stessa sentenza citata dalla stazione appaltante, che "il prestito, per essere valido, non può limitarsi all'organizzazione aziendale ma deve essere accompagnato dalla garanzia che sia proprio l'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria che svolge il lavoro o il servizio cui si era impegnata l'impresa ausiliata. Solo in questo modo la stazione appaltante può essere sicura che la commessa venga realizzata da una organizzazione rispettosa delle norme ISO. L'avvalimento, in altre parole, deve essere non solo effettivo ma anche necessariamente complessivo, nel senso che nessuna parte dell'organizzazione aziendale della ausiliaria può svolgere la commessa e, specularmente, solo la organizzazione della ausiliaria deve svolgere in toto la commessa. L'avvalimento in altre parole deve essere integralmente sostitutivo di una organizzazione di impresa ad un'altra" (TAR Liguria n. 78/2021).

1.3) Sulla base delle considerazioni che precedono, dunque, la clausola del disciplinare che prevede un divieto generalizzato dell'avvalimento appare illegittima, in quanto ingiustificatamente restrittiva della concorrenza. Parimenti illegittima, per le medesime ragioni, risulterebbe l'esclusione dell'ammissione dell'avvalimento dei requisiti di qualificazione e dei certificati di qualità.

Per queste motivazioni, la stazione appaltante è invitata a intervenire sulla formulazione dell'art. 7.2 del disciplinare nel senso di consentire il ricorso all'avvalimento per i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi e nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016.

2) Violazione dell'art. 83 e dell'Allegato XVII al Codice degli appalti. Illegittimità del par. 6.2 del disciplinare di gara

2.1) Con riguardo all'individuazione dei requisiti di partecipazione operata dalla stazione appaltante, deve osservarsi in via preliminare come nei diversi documenti di gara non vi sia una omogeneità dei requisiti richiesti.

Infatti, a titolo esemplificativo, nel bando, viene richiesto al par. 6.2, lett. a), quale **requisito economico-finanziario** un "*Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto (riferito a ciascuno degli ultimi esercizi finanziari (ultimo triennio di riferimento) non inferiore all'importo annuo presunto del presente appalto (Euro 2.252.000,00 I.V.A. Esclusa)*".

Lo stesso requisito, però, non è riportato nel capitolato.

In proposito, per maggiore chiarezza ed al fine di evitare di ingenerare incertezza nel mercato di riferimento, è opportuno che la stazione appaltante ponga particolare attenzione nella redazione dei documenti, richiamando puntualmente nei diversi documenti di gara i medesimi requisiti di partecipazione.

2.2) Tanto chiarito in via generale, ci si deve soffermare sui requisiti di **carattere tecnico-professionale**.

Nel bando di gara, la stazione appaltante richiama, al par. 6. 3, lett. a) del bando, tra i requisiti di partecipazione, l'aver eseguito il "*Servizio di raccolta di rifiuti urbani con modalità "porta a porta" (24 mesi consecutivi in un Comune con almeno 15.000,00 abitanti - art. 34, comma 4 del Capitolato)*".

Nel capitolato viene previsto, al par. 34.4 che "*A pena di esclusione, gli operatori dovranno possedere i seguenti requisiti di capacità tecnica: 4. 1) Elenco dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani con modalità porta a porta. In particolare tale servizio dovrà essere stato svolto nell'ultimo triennio (2018, 2019, 2020), per un periodo non inferiore a 24 mesi consecutivi, in un Comune avente una popolazione complessiva non inferiore a 15.000 (quindicimila) abitanti residenti serviti con il sistema domiciliare*".

In seguito alla richiesta di chiarimenti avanzata da questa Autorità in ordine alla ragione per la quale fosse stato individuato quale ultimo triennio quello che andava dal 2018 al 2020, la stazione appaltante ha precisato che "*il triennio citato nel Capitolato Speciale 2018/2020 è riferito al periodo di redazione dello stesso, poi approvato con Deliberazione di Giunta Comunale n. 51/2022. Il triennio di riferimento aggiornato riguarda il periodo 2019/2021*".

La stessa precisazione è stata effettuata dalla stazione appaltante con alcuni chiarimenti pubblicati sulla pagina web del sito istituzionale del comune dedicato alla gara in questione.

Tuttavia, l'individuazione operata dalla stazione appaltante, tanto nel capitolato, quanto nei successivi chiarimenti, del triennio di riferimento per quanto attiene alla comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale non appare corretta.

Non è corretta l'individuazione del triennio di riferimento nel 2018-2020, perché il bando è stato pubblicato in GUUE in data 29 settembre 2022, quindi è del tutto irragionevole prendere a riferimento un triennio che si conclude nel 2020 (ossia quasi due anni prima rispetto alla pubblicazione del bando).

Parimenti è scorretta, ai fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali, l'individuazione dell'ultimo triennio come quello che va dal 2019 fino al 2021, facendo di fatto rimando ad un periodo sostanzialmente coincidente con quello dell'esercizio finanziario, che non tiene conto del momento in cui è stata pubblica la documentazione di gara.

A tal proposito, viene in rilievo l'allegato XVII che, con riguardo ai mezzi di prova dei requisiti di partecipazione, fa riferimento: nella parte I, lett. c) del codice degli appalti ai fini della capacità economico-

finanziaria dell'operatore economico offerente, al "*fatturato [...] al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili*" (id es. esercizi finanziari); nella parte II, lett. a), punto ii) del codice degli appalti per la comprova della capacità tecnico-professionale, alle "*principali forniture [...] negli ultimi tre anni*", da intendersi come triennio precedente alla pubblicazione del bando.

Questa distinzione è pacificamente condivisa dalla giurisprudenza prevalente, oltre che da questa Autorità.

Infatti, con la delibera ANAC n. 3/2017, l'Autorità ha avuto modo di ricostruire il quadro normativo di riferimento e gli arresti giurisprudenziali maggiormente significativi sulla base dei quali è stato confermato, in continuità con l'orientamento interpretativo venutosi a creare nella vigenza del precedente codice, che "*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 economico-finanziaria, da intendersi come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare*" (analogamente, si veda anche TAR Bari, sent., 9 luglio 2018, n. 1036).

Del resto, deve osservarsi come operi la predetta distinzione anche il bando tipo n. 1 - peraltro citato dalla stessa stazione appaltante - nel quale, con riguardo alla comprova dei requisiti di capacità economico-finanziari, si fa riferimento all'"*esercizio finanziario*" (art. 6.2 del bando tipo n. 1), mentre, per quanto riguarda la capacità tecnico-professionale, viene indicato come rilevante l'"*ultimo triennio*".

D'altra parte, qualora si andasse ad applicare la previsione così come modificata dai chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante, gli operatori economici dovrebbero dar prova di aver svolto il servizio di raccolta dei rifiuti urbani con modalità porta a porta a partire dal 1° gennaio 2019 fino al 31 dicembre 2021, peraltro per un lasso di tempo continuativo di 24 mesi.

Così facendo, tuttavia, si andrebbe del tutto irragionevolmente a consentire la partecipazione agli operatori economici che abbiano svolto questo tipo di servizio nel triennio 2019-2021 (e magari non lo abbiano mai eseguito nel 2022), escludendo al contrario coloro che abbiano maturato il requisito dello svolgimento continuativo di detto servizio per 24 mesi nel 2022 (e segnatamente dal 1° gennaio 2022 al 28 settembre 2022).

Da tanto discende che il par. 6.3, anche come modificato, determina effetti irragionevolmente distorsivi della concorrenza e soprattutto non garantisce, in concreto, la capacità tecnico-professionale dei partecipanti, per un verso, andando ad escludere soggetti che abbiano potenzialmente svolto nel 2022 il servizio in questione, e, per l'altro, consentendo, invece, di presentare offerte ad operatori economici che non abbiano svolto il servizio potenzialmente da più di un anno e mezzo (si pensi, ad esempio, a coloro che abbiano svolto detto servizio dal 1° gennaio 2019 al 1° gennaio 2021 e poi non lo abbiano più eseguito).

Sotto diverso profilo e ferme le considerazioni appena svolte, si deve ritenere che il chiarimento pubblicato dalla stazione appaltante in punto di triennio di riferimento (incidendo sui requisiti di partecipazione) integri una modifica significativa della *lex specialis* di gara che, ai sensi dell'art. 79 co. 3 lett. b) d.lgs. 50/2016, avrebbe imposto il riconoscimento di una proroga dei termini di presentazione delle offerte, da pubblicarsi nelle medesime forme del bando di gara iniziale (*ex plurimis* Cons. St. 5127/2019).

Alla luce dei rilevati che precedono, pertanto, si invia la stazione appaltante a rivedere, nel complesso, e ad uniformare nei diversi documenti di gara i requisiti di partecipazione, dandone adeguata pubblicità e riconoscendo un'adeguata proroga dei termini di presentazione delle offerte.

2.3) Fermi i singoli profili di irregolarità che sono stati finora illustrati, deve osservarsi come apprezzati nel loro complesso le suddette criticità determinano una illegittima restrizione della concorrenza. Infatti, la previsione di un divieto generalizzato dell'avvalimento (p.to 1 della presente delibera), accanto alla previsione di un triennio di riferimento per la comprova dei requisiti di capacità tecnico-professionale non coerente con il dettato normativo, in cui viene imposto, a pena di esclusione, lo svolgimento continuativo per 24 mesi del servizio (par. 2.1 della presente delibera), determinano come effetto quello di restringere ingiustificatamente la possibilità di partecipazione degli operatori economici.

Tutte le su richiamate condizioni imposte dalla stazione appaltante - che devono, peraltro, essere inquadrate in un contesto in cui, come detto in premessa, il contratto di partecipazione del socio privato nella predetta società è stato ininterrottamente prorogato da ben 6 anni senza soluzione di continuità - portano infatti ad escludere irragionevolmente dalla partecipazione alla presente procedura di gara operatori economici, tanto in formazione singola quanto organizzati in raggruppamenti, che potrebbero assicurare lo svolgimento del servizio in maniera efficace, efficiente ed economico, qualora fossero poste nelle condizioni di poter presentare un'offerta.

Anche sotto questo profilo si ritiene integrata la fattispecie legittimante l'emissione di un parere motivato di cui all'art. 6 co. 2 lett. h), del Regolamento ANAC del 13.6.2018.

3) Ulteriori criticità

Fermo quanto sopra, si osserva che il bando ed il capitolato paiono gravati da altre criticità che, come detto, pur non integrando le fattispecie legittimanti previste dall'art. 6 del Regolamento ANAC del 13.6.2018, l'Autorità segnala ai fini di una opportuna rimeditazione da parte della stazione appaltante della complessiva documentazione di gara.

3.1) Anzitutto, si osserva che, il **par. 6.4 del disciplinare** recava la seguente formulazione

I soggetti di cui all'art. 45 comma 2, lett. d), e), f) e g) del Codice devono possedere i requisiti di partecipazione nei termini di seguito indicati.

Alle aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete, ai consorzi ordinari ed ai GEIE si applica la disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto compatibile. Nei consorzi ordinari la consorziata che assume la quota maggiore di attività esecutive riveste il ruolo di capofila che deve essere assimilata alla mandataria.

Nel caso in cui la mandante/mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese sia una sub-associazione, nelle forme di un RTI costituito oppure di un'aggregazioni di imprese di rete, i relativi requisiti di partecipazione sono soddisfatti secondo le medesime modalità indicate per i raggruppamenti.

Il requisito relativo alle iscrizioni di cui al punto 6.1 lett. a) e b) e 6.3 lett. b) deve essere posseduto:

a. da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande o consorziate/consorziate o GEIE;

b. da ciascuna delle imprese aderenti al contratto di rete indicate come esecutrici e, dalla rete medesima, nel caso in cui questa abbia soggettività giuridica.

I requisiti di cui ai punti 6.2 e 6.3 a) devono essere posseduti da tutte le imprese sia in caso di raggruppamento temporaneo orizzontale che verticale (o misto) in particolare, il requisito di cui all'art. 6.2 lett. a) deve essere posseduto in misura maggiore dalla mandataria secondo l'orientamento riportato di seguito in giallo.

Nota Bene: in base alla Pronuncia della Corte di Giustizia Europea (4^a Sezione) del 28.04.2022 relativamente alla Causa C-642/20 si prevede automatica disapplicazione dell'Art. 83, c.8, del D.Lgs. 50/2016 in particolare nella parte in cui prevede che «La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria» in quanto in contrasto con l'art. 63 della Direttiva CE 2014/24

Pertanto in base ad un orientamento/interpretazione consolidata «Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che possessa i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sentenza 24 novembre 2020 n. 1106; Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4).

In data 11.10.2022, la stazione appaltante ha pubblicato sulla piattaforma telematica dei chiarimenti mediante i quali ha emendato le precedenti previsioni mediante la seguente dicitura (che per comodità espositiva si riporta integralmente):

~~I soggetti di cui all'art. 45 comma 2, lett. d), e), f) e g) del Codice devono possedere i requisiti di partecipazione nei termini di seguito indicati.~~

~~Alle aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete, ai consorzi ordinari ed ai GEIE si applica la disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto compatibile. Nei consorzi ordinari la consorziata che assume la quota maggiore di attività esecutive riveste il ruolo di capofila che deve essere assimilata alla mandataria.~~

~~Nel caso in cui la mandante/mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese sia una sub-associazione, nelle forme di un RTI costituito oppure di un'aggregazioni di imprese di rete, i relativi requisiti di partecipazione sono soddisfatti secondo le medesime modalità indicate per i raggruppamenti.~~

~~Il requisito relativo alle iscrizioni di cui al punto 6.1 lett. a) e b) e 6.3 lett. b) deve essere posseduto:~~

~~a. da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande o consorziate/consorziate o GEIE;~~

~~b. da ciascuna delle imprese aderenti al contratto di rete indicate come esecutrici e, dalla rete medesima, nel caso in cui questa abbia soggettività giuridica.~~

~~I requisiti di cui ai punti 6.2 e 6.3 a) devono essere posseduti da tutte le imprese sia in caso di raggruppamento temporaneo orizzontale che verticale (o misto) in particolare, il requisito di cui all'art. 6.2 lett. a) deve essere posseduto in misura maggiore dalla mandataria secondo l'orientamento riportato di seguito in giallo.~~

Nota Bene: in base alla Pronuncia della Corte di Giustizia Europea (4^a Sezione) del 28.04.2022 relativamente alla Causa C-642/20 si prevede automatica disapplicazione dell'Art. 83, c.8, del D.Lgs. 50/2016 in particolare nella parte in cui prevede che «La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria» in quanto in contrasto con l'art. 63 della Direttiva CE 2014/24Pertanto in base ad un orientamento/interpretazione consolidata.

«Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che posseda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sentenza 24 novembre 2020 n. 1106; Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4).

La modifica, oltre a non disciplinare (o comunque rendere incerte) le modalità di qualificazione dei raggruppamenti, costituisce una modifica significativa della *lex specialis* di gara che, ai sensi dell'art. 79 co. 3 lett. b) d.lgs. 50/2016, impone una proroga proporzionata dei termini di presentazione delle offerte, da pubblicizzare nelle medesime forme del bando di gara iniziale.

Si soggiunge che la clausola che residua dalle modifiche operate – a mente della quale si pretende che la mandataria dell'eventuale raggruppamento posseda i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle altre componenti del RTI – si pone in contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia Europea (4^a Sezione) del 28.04.2022- C-642/20, citata dalla medesima clausola, in quanto riproduce esattamente la formulazione censurata dalla giurisprudenza comunitaria, tenuto conto che neanche la determina a contrarre (inviata all'Autorità ma non pubblicata) motiva in alcun modo tale scelta, come invece suggerito dal Bando Tipo n. 1.

Al riguardo si raccomanda di modificare la documentazione di gara inserendo un'adeguata motivazione a sostegno della clausola che impone alla mandataria il possesso dei requisiti in modo maggioritario e, in ogni caso, di prorogare proporzionalmente i termini di presentazione delle offerte, da pubblicizzare nelle medesime forme del bando di gara iniziale, anche solo in riferimento alle modifiche operate con i chiarimenti pubblicati in data 10.11.2022.

3.2) Nel bando di gara viene previsto al par. 2.2 che *"Le richieste di chiarimenti dovranno essere formulate esclusivamente in lingua italiana. Le risposte a tutte le richieste presentate in tempo utile verranno fornite almeno 4 (quattro) giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"*.

Sul punto viene in rilievo l'art. 74, c. 4 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede che *"Sempre che siano state richieste in tempo utile, le ulteriori informazioni sul capitolato d'onori e sui documenti complementari sono comunicate dalle stazioni appaltanti a tutti gli offerenti che partecipano alla procedura d'appalto almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata, ai sensi degli articoli 60, comma 3 e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni"*.

La *ratio* della norma è da ravvisarsi, secondo la giurisprudenza maggioritaria, nella tutela della *par condicio* dei possibili offerenti (Con. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5690) anche nell'ottica di consentire agli operatori economici interessati di presentare offerte che siano il più possibili aderenti alle esigenze che le stazioni appaltanti, con l'indizione della procedura di gara, hanno inteso soddisfare.

Non trattandosi, nel caso di specie, di procedura accelerata ma di una procedura ordinaria, la previsione di un termine di 4 giorni per rilasciare i chiarimenti appare in conflitto con il dettato normativo dell'articolo su richiamato (che, come detto, fissa il termine per il rilascio di chiarimenti in almeno 6 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte), così come con la finalità dallo stesso perseguita. A ciò si aggiunga che un termine di quattro giorni per il rilascio di chiarimenti appare comunque estremamente esiguo soprattutto se rapportato al lungo lasso di tempo fissato per la presentazione

delle offerte (dalla pubblicazione del bando, avvenuta sulla GUUE in data 28.9.2022, al termine per la presentazione delle offerte, fissato, ad oggi al 15.11.2022, intercorre un mese e mezzo), verosimilmente così individuato in ragione della peculiarità dell'appalto: dette considerazioni avrebbero indotto ad individuare un termine quanto meno pari – se non superiore – a 6 giorni (termine minimo fissato dall'art. 74, co. 4 del codice degli appalti), ma di certo non inferiore.

Al fine di consentire agli operatori economici interessati di presentare una offerta adeguata e in linea con le esigenze della stazione appaltante, quest'ultima è invitata a rivedere il termine minimo di presentazione dei chiarimenti, fissano un lasso di tempo rispetto al termine di presentazione delle offerte che sia conforme a quanto previsto dall'art. 74, c. 4 del d.lgs. 50/2016.

3.3) L'art. 21 del capitolato prevede che *"Le vertenze che avessero a sorgere tra l'Ente e l'Impresa appaltatrice, quale che sia la loro natura, tecnica, amministrativa o giuridica, nessuna esclusa, saranno oggetto preliminarmente di composizione per via bonaria e perfezionate con deliberazione della Giunta Esecutiva dell'Ente che autorizzerà o meno la transazione"*, chiarendo al successivo capoverso che *"Per le controversie non definibili come sopra, foro competente è il Tribunale di Viterbo. È esclusa la procedura arbitrale"*.

Dal tenore letterale della previsione appena riportata emerge evidentemente che il capitolato limiti il diritto dell'appaltatore e della stazione appaltante di agire giudizialmente per la tutela dei propri diritti, subordinando l'esercizio dell'azione giudiziale ad un preventivo esperimento di un tentativo di composizione bonaria delle proprie pretese.

La previsione in questione prevede non solo una condizione di procedibilità per poter agire giudizialmente, posto che le parti devono prima di tutto esperire un tentativo di composizione bonaria per tutte le vertenze *"nessuna esclusa"*, ma riconosce peraltro un diritto potestativo in capo alla Giunta Esecutiva dell'ente, alla quale sembra essere rimessa l'insindacabile facoltà di autorizzare o meno la transazione.

Solo qualora non si raggiunga un accordo o, qualora raggiunto un accordo, la Giunta esecutiva non autorizzi la transazione, le parti potranno promuovere un'azione giudiziale.

La previsione in questione, oltre ad imporre limitazioni alla tutela diretta delle rispettive pretese che potrebbero porsi in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, a mente del quale *"tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*, non pare nemmeno in linea con la disciplina dettata dal codice degli appalti in tema di transazione.

Infatti, l'art. 208 del d.lgs. 50/2016 prescrive che possano essere oggetto di transazione, non già tutte le potenziali vertenze insorte tra le parti (come previsto dall'art. 21 del capitolato), bensì solo quelle relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto.

Inoltre, sempre l'art. 208 del codice degli appalti prevede che sia possibile addivenire ad una transazione solo nel caso in cui *"non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale"*. Questa condizione non è affatto contemplata nella previsione riportata nel capitolato.

Parimenti è del tutto assente il riferimento al parere legale imposto dall'art. 208, c. 2 d.lgs. 50/2016 allorquando l'importo sotteso alla rinuncia o alla concessione sia di rilevante importo.

Alla luce di quanto rilevato, si ritiene illegittimo l'art. 21 del capitolato, che dovrebbe essere riformulato in modo più aderente alla normativa richiamata in tema di diritto di azione e di transazione.

3.4) Infine, si raccomanda di procedere alla pubblicazione della perizia di stima dell'attuale valore di mercato della S. srl, in quanto richiamata al par. 2.1 del disciplinare, tra la documentazione di gara, di cui il concorrente deve prendere visione, al fine di assumere l'impegno a corrispondere all'attuale socio privato il valore indicato al par. 13 del disciplinare stesso.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 211 co. 1 *ter* d.lgs. 50/2016, alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (determina a contrarre, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* esposti in parte motiva, riconducibili alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. h) del Regolamento ANAC del 13.6.2018;
- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera;
- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 *ter*, d.lgs. 50/2016, si assegna un termine di **30 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 213 co. 13 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati nell'ambito della procedura di gara in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20.10.2022

il Segretario

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente