



# DELIBERA N. 39

1 febbraio 2023.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da M.E.A. Manna Ecologia Ambiente S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani avviati allo smaltimento nel Comune di Torremaggiore - Importo a base di gara: Euro 6.763.085,58 -S.A.: Comune di Torremaggiore (FG).

**PREC 161/2022/S**

## Riferimenti normativi

Artt. 83 del D.Lgs. n. 50/2016.

## Parole chiave

Capacità tecnico-professionale, servizi analoghi.

## Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Servizi analoghi – Gestione e smaltimento rifiuti – Svolgimento di servizi analoghi in favore di almeno una Amministrazione con popolazione superiore a un determinato numero di abitanti – Carezza – Esclusione – Legittimità.**

*È legittima l'esclusione di un operatore che non abbia né dichiarato né dimostrato di avere svolto almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara in favore di un ente con una determinata popolazione, laddove, pur essendo il gestore uscente del servizio, non abbia tempestivamente impugnato la clausola escludente prevista dalla Stazione appaltante e, al momento della partecipazione alla gara, era a conoscenza del numero degli abitanti presso il Comune indicato.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 1 febbraio 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 88567 del 31 ottobre 2022, con la quale la Società M.E.A. – Manna Ecologia Ambiente S.r.l. ha contestato il provvedimento di esclusione dalla gara (comunicato il 13 ottobre 2022) per carenza del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto III.4, lett. b) del bando di gara e di cui all'art. 6.1. del capitolato, in quanto *"non ha svolto in maniera continuativa per almeno 18 mesi servizi analoghi a quelli oggetto di gara a favore di almeno una pubblica amministrazione con popolazione superiore o uguale a 17.000 abitanti"*;

RILEVATO che l'istante ha esposto: - di avere gestito il servizio oggetto di appalto in favore della medesima stazione appaltante dall'11 maggio 2016 (senza alcuna contestazione di inadempimento), aggiudicandosi una gara sul MEPA; - di avere partecipato all'odierna procedura, considerando che la descrizione del servizio inclusa nella *lex specialis* era identica a quella della precedente gara, per cui ha presentato l'offerta sulla base del certificato di esecuzione del servizio rilasciato dal Comune, che riportava il numero degli abitanti residenti e non di quelli serviti; - di essere stata ammessa al procedimento di soccorso istruttorio, per la produzione di una attestazione di servizio da cui si potesse evincere il numero degli *"abitanti serviti"* dal Comune; - che con nota del 29 settembre 2022, il Dirigente del III Settore del Comune ha precisato che *"il numero degli abitanti residenti è pari a quello dei serviti"* indicando, per il triennio rilevante ai fini partecipativi, una popolazione totale di 17.042 per il 2019, di 16.988 per il 2020 e di 16.795 per il 2021; - che, con successiva nota, la M.E.A. ha invitato il Dirigente comunale a riesaminare il certificato di regolare esecuzione del servizio, includendo, nel numero totale della popolazione anche le 236 *"utenze domestiche non residenti"* indicate negli atti di gara, che a proprio dire andavano sommate al numero degli abitanti indicati dal Servizio Anagrafe del Comune, con la conseguenza che, anche per gli anni 2020 e 2021, il numero degli abitanti avrebbe superato la soglia di 17.000; - in alternativa, l'istante aveva chiesto alla SA di riesaminare la *lex specialis*, in quanto la mancata inclusione del numero delle *"utenze domestiche non residenti"* aveva comportato un sovradimensionamento del requisito di capacità tecnico-professionale. L'istante, contestando la propria successiva esclusione dalla gara, ha chiesto all'Autorità se: 1) la SA può omettere di certificare lo svolgimento del servizio per utenze che ha censito nella descrizione del servizio messo a gara; 2) è legittimo richiedere, come requisito di capacità tecnica e professionale, un contratto di punta per un servizio maggiore rispetto a quello a base di gara, senza motivazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 94331 del 15 novembre 2022;

VISTA la documentazione in atti, nonché le memorie trasmesse dalle parti;

VISTE le memorie presentate dal Comune di Torremaggiore (acquisite al prot. n. 95909 del 18 novembre 2022 e al prot. n. 108422 del 23 dicembre 2022), in cui è stata, preliminarmente eccepita l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'istanza, rispettivamente, per la mancata impugnazione della clausola della *lex specialis* che richiedeva lo svolgimento di un servizio analogo in favore di un'Amministrazione con popolazione superiore o uguale a 17.000 abitanti (qualificata come clausola escludente, da impugnare entro 30 giorni dalla data di pubblicazione del bando), nonché per la successiva presentazione di un ricorso dinanzi al TAR Puglia – Bari (R.g. n. 1394/2022) avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara in favore di Ecoalba Società Cooperativa di tipo B. Nel merito, il Comune ha



rappresentato che la Società istante, in fase di gara, ha reso una dichiarazione (Modello 3) recante l'elenco dei principali servizi analoghi resi nell'ultimo triennio, dichiarando *"di avere svolto in maniera continuativa dal 1/05/2016 a tutt'oggi, servizi analoghi a quelli oggetto di gara in favore del Comune di Torremaggiore"*; tuttavia, dall'elenco riportato risultava che il servizio prestato in favore di tale Comune, nel 2019, era destinato a 16.765 abitanti, nel 2020 a 16.767 abitanti e nel 2021 a 16.633 abitanti, inoltre, all'interno della busta della documentazione amministrativa, la Società aveva inserito due attestazioni di servizio, da cui si evinceva che, nel triennio, sia il numero degli abitanti residenti che quello degli abitanti serviti presso il Comune di Torremaggiore era inferiore alla soglia di 17.000 richiesta nella legge di gara. Pertanto, in sede di gara, il RUP e la Commissione hanno ritenuto necessario verificare il possesso del requisito *de quo* in capo alla ditta e hanno interpellato il dirigente dell'Ufficio Anagrafe del Comune per conoscere i dati della popolazione nel 2020 e 2021, considerando che nei primi anni di esecuzione del servizio di gestione rifiuti la popolazione del Comune era superiore a 17.000 mila abitanti. Dall'indagine è scaturito (come si evince dal verbale della seduta pubblica del 13.10.2022) che nei mesi da gennaio a giugno 2020 la popolazione del Comune è stata inferiore alla soglia di 17.000 abitanti, per cui non vi era il presupposto dello svolgimento del servizio per 18 mesi continuativi in un Comune con quella data popolazione. Con riferimento ai due quesiti di parte istante, la SA ha, inoltre, sostenuto che il motivo di esclusione dalla gara è la carenza del requisito di cui al punto III.4 del bando e non la carenza della certificazione prodotta dal Comune e che, in ogni caso, la clausola del bando (non contestata nei termini) non è né sproporzionata né irragionevole, fermo restando che la Società avrebbe potuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento per soddisfare il requisito prescritto;

VISTA la memoria (acquisita al prot. n. 104281 del 13 dicembre 2022), con cui la controinteressata Ecoalba Società Cooperativa di tipo B ha eccepito l'improcedibilità del procedimento di precontenzioso, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Regolamento Anac, a causa della sopravvenienza del ricorso proposto dinanzi al TAR Puglia dalla Società istante;

VISTA, inoltre, la memoria della Società istante (acquisita al prot. n. 106789 del 20 dicembre 2022), con la quale è stata sostenuta l'ammissibilità e fondatezza dell'istanza;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza è procedibile, in quanto il ricorso proposto dalla Società M.E.A. dinanzi al TAR Puglia-Bari, ha ad oggetto provvedimenti diversi e successivi rispetto a quelli contestati con la presente istanza di precontenzioso. Infatti, mentre con l'istanza viene contestata la legittimità dell'esclusione dalla gara, con il ricorso al TAR sono stati impugnati gli atti successivi all'esclusione della ditta, cioè il provvedimento di aggiudicazione della gara e l'ordinanza sindacale contingibile e urgente con cui è stato disposto l'affidamento del servizio a Ecoalba, nelle more dello *standstill period*, ed è stata fatta valere anche l'illegittimità derivata di tali atti dall'esclusione dalla gara. La diversità dei provvedimenti impugnati e delle domande proposte osta alla declaratoria di improcedibilità del procedimento di precontenzioso, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Regolamento Anac, non sussistendo *"un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto"* dell'istanza;

RITENUTO che la questione vada definita nel merito, valutando se sia legittima l'esclusione della Società M.E.A. per carenza del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto III.4 del bando e di cui art. 6.1 del capitolato, che richiedono testualmente *"l'elenco delle principali forniture di servizi rese nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (2019-2020-2021) e relative a servizi analoghi a quelli oggetto della presente gara. Si darà luogo all'esclusione di quelle ditte le quali non dichiarino di aver svolto, in maniera continuativa per almeno 18 mesi, servizi analoghi a quelli oggetto di gara a favore di una pubblica amministrazione con popolazione superiore o uguale a 17.000 abitanti, il requisito non è frazionabile"*;



CONSIDERATO che il suddetto requisito non è equivoco, in quanto fa chiaramente riferimento (come riconosciuto anche dalla Società M.E.A. nel modulo di istanza di precontenzioso) ad un cd. contratto di punta al fine di dimostrare la capacità tecnica e professionale dei concorrenti. Tra l'altro, sia la giurisprudenza che l'Autorità hanno affermato che può ritenersi giustificata e non sproporzionata la richiesta dello svolgimento di un unico servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti in favore di un Comune con un determinato dato demografico, in quanto finalizzato a garantire l'acquisizione di competenze in campo tecnico e organizzativo parametricate all'oggetto del contratto (cfr. *ex multis* Delibera Anac n. 674 del 29 luglio 2020, Delibera n. 75 del 24 gennaio 2018; TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51);

RILEVATO che, nel caso in esame, il bando di gara richiede chiaramente il pregresso svolgimento di almeno un servizio analogo presso un ente locale con popolazione di almeno 17.000 abitanti. Se l'istante avesse voluto contestare l'illogicità e l'irragionevolezza di tale clausola (anche solo sotto il profilo della soglia di popolazione indicata dalla SA) avrebbe dovuto impugnarla tempestivamente, anche mediante la presentazione dell'istanza di precontenzioso entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando di gara, che ha determinato la conoscenza della clausola preclusiva della partecipazione ai concorrenti che non avevano espletato nessun servizio analogo in favore di enti con tale popolazione. Tra l'altro, dalla documentazione in atti (doc. n. 11 dell'istanza, denominato "*contratti conclusi da MEA con il Comune di Torremaggiore dal 2016 in poi*") risulta che la Società istante, nel momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara *de qua* (1.08.2022 data di sottoscrizione della dichiarazione e 08.08.2022 data di scadenza delle offerte), era a conoscenza del fatto che la popolazione del Comune di Torremaggiore era inferiore a 17.000 abitanti nel triennio richiesto dal bando, dunque era consapevole di non possedere il requisito. Infatti, dall'attestazione di servizio rilasciata il 24.03.2021 dal Comune di Torremaggiore (nota prot. P/5798/2021) risultano per il 2019 – 16.767 abitanti serviti e per il 2020 – 16.643 abitanti serviti; Dall'attestazione di servizio rilasciata dal Comune il 29.07.2022 (nota prot. n. 0018656/2022) risultano, invece, gli abitanti residenti presso tale Comune: anno 2019 – 16.765, anno 2020 – 16.767, anno 2021 16.561. Dunque, sia gli abitanti "serviti" che gli abitanti "residenti" presso il Comune di Torremaggiore, nel triennio richiesto, risultavano inferiori a 17.000 mila e la Società ne era a conoscenza al momento della partecipazione alla gara;

RILEVATO, peraltro, che la stessa Società in fase di gara non ha dichiarato di possedere il requisito in esame. Come evidenziato dall'Amministrazione nelle proprie memorie, nella dichiarazione a corredo dell'offerta di cui al modello 3 (all. n. 4 alla memoria della SA), la Società ha riportato l'elenco dei principali servizi analoghi resi nell'ultimo triennio, precisando "*di avere svolto in maniera continuativa dal 1/05/2016 a tutt'oggi, servizi analoghi a quelli oggetto di gara in favore del Comune di Torremaggiore*"; tuttavia, dall'elenco si evince che nessun servizio era stato espletato in favore di un ente con popolazione pari a 17.000 abitanti e che anche il Comune di Torremaggiore vantava una popolazione, per ammissione della ditta, inferiore a tale cifra (2019 - 16.765 ab.; 2020 - 16.767 ab.; 2021 - 16.633 ab.);

RITENUTA dirimente la nota prot. n. 22720 del 29.09.2022 del Comune nella quale viene precisato che "*il numero degli abitanti residenti è pari a quello dei serviti*" e che dal Bilancio demografico del Comune e dagli atti dell'Ufficio Anagrafe risulta per l'anno 2019 una popolazione totale di 17.042 ab., per l'anno 2020 una popolazione totale di 16.899 ab., per l'anno 2021 una popolazione totale di 16.795 ab.;

RITENUTO, inoltre, che dalla disamina degli atti di gara non si ricavano elementi per sostenere la tesi dell'istante, secondo la quale alla popolazione totale indicata dal Dirigente dell'Ufficio Anagrafe (nella cit. nota prot. n. 22720/2022) vanno sommate le 236 utenze domestiche non residenti, riportate nella tabella posta all'interno della "*Descrizione sintetica del servizio e servizi minimi*" (allegata agli atti di gara).



Innanzitutto, tale tesi è sconfessata da un argomento di natura letterale, in quanto sia il punto III.4, lett. b) del bando che l'art. 6.1 del capitolato (nel richiedere il requisito contestato) si riferiscono al numero di abitanti e non al numero delle utenze del Comune. Inoltre, nella citata nota prot. n. 22720/2022 viene precisato che " *il numero degli abitanti residenti è pari a quello dei servizi*", per cui per gli anni 2020 e 2021 tale dato è inferiore a 17.000 mila. A fronte di tale certificazione, che non può essere sindacata dall'Autorità, trattandosi di valutazione di merito, la SA non poteva che escludere la Società M.E.A. dalla gara, dovendo fare applicazione del principio di *par condicio* e di non discriminazione tra i concorrenti ed in assenza di una tempestiva contestazione della clausola da parte dell'istante.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che, a fronte della mancata impugnazione della clausola della *lex specialis* e della certificazione rilasciata dall'Ufficio Anagrafe del Comune, il provvedimento di esclusione dalla gara della Società istante sia conforme alla normativa vigente.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 febbraio 2023  
Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente