



DELIBERA N. 361

17 luglio 2024

Oggetto

Istanza presentata da Open Clean S.r.l. - Procedura aperta sopra soglia per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali comunali nel rispetto della normativa sulla sostenibilità ambientale (d.m. 29/01/2021 ministero e della tutela del territorio e del mare). S.A. Comune di Maddaloni (CE). Importo: euro: 370.378,68 - S.A.: Comune di Maddaloni (CE). CIG. B0352B9B81

UPREC/PRE/176 /2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 100 D.lgs.36/2023

Parole chiave

requisiti di capacità economica e finanziaria - onere immediata impugnazione

Massima

Appalto di servizi – Bando di gara – Requisiti di partecipazione – Onere immediata impugnazione - Sussiste

I requisiti di partecipazione di ordine speciale rientrano nel novero delle cd. clausole escludenti, in relazione alle quali vige l'onere di immediata impugnazione del bando di gara. L'operatore economico non può, pertanto, attendere il successivo e vincolato provvedimento di esclusione dalla gara per contestare la ragionevolezza e proporzionalità dei suddetti requisiti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 65914 del 12 giugno 2024, con cui la società Open Clean S.r.l. chiede di verificare la legittimità dell'esclusione disposta in suo danno dalla stazione appaltante;



VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 68782 del 18 giugno 2024;

VISTE le memorie trasmesse dalle parti e consultati gli atti di gara;

RILEVATO che con bando di gara pubblicato in data 5 febbraio 2024, il Comune di Maddaloni indicava la procedura negoziata per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici comunali nell'ambito della quale è insorta la controversia di cui all'istanza sopra citata; nel disciplinare di gara veniva previsto tra i requisiti di idoneità professionale che fossero presentate le referenze bancarie da parte di due istituti di credito; la società istante chiedeva chiarimenti e, richiamando giurisprudenza costante che ritiene di interpretare le referenze bancarie come un requisito "*non rigido*" suscettibile di soccorso istruttorio chiedeva di colmare la lacuna della seconda referenza anche con altra documentazione comprovante la capacità finanziaria dell'impresa; riceveva risposta negativa dalla stazione appaltante che affermava in modo apodittico: "*in questa fase sono necessarie almeno due referenze bancarie*" a pena di esclusione come previsto dal disciplinare di gara; la società partecipava allegando una sola lettera di referenze rilasciata dall'istituto bancario presso il quale è correntista e veniva esclusa dalla gara;

Vista la memoria di replica con cui il Comune motivava l'esclusione riportandosi agli atti di gara e giustificava la previsione della causa di esclusione per mancanza delle due referenze bancarie prevista dall'art. 21 del disciplinare di gara, sottolineando il valore dell'appalto sopra soglia, il prezzo a corpo e le previsioni rigorose del capitolato per le molteplici attività oggetto del contratto, affermava dunque che il requisito richiesto avrebbe dovuto essere considerato adeguato al conseguimento dell'interesse pubblico perseguito e in aderenza ai canoni dell'efficienza e al principio del risultato di cui all'art. 2 D.lgs.36/2023;

Vista la memoria difensiva trasmessa dalla società istante nella quale, allegata copiosa giurisprudenza formatasi nel vigore del D.lgs.50/2016 in merito alla possibilità di presentare una sola lettera di referenze bancarie, si afferma che se fosse stato concesso il soccorso istruttorio, avrebbe avuto modo di suffragare la solidità finanziaria dell'impresa con ulteriori elementi a garanzia, quali l'esibizione di polizza per cinque milioni di euro, attestati di buona esecuzione, bilanci depositati etc.;

Considerato che, stante la chiara previsione del Bando di gara, non impugnato tempestivamente *in parte qua*, la stazione appaltante, con l'esclusione del concorrente ha dato mera applicazione ad una clausola del bando obbligatoria per l'operatore e la stazione appaltante medesima;

Considerato, infatti, che in base al principio dell'autovincolo "*...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, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni*" (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2024 n. 4659).

Considerato che la legittimità della richiesta "rigida" delle due referenze bancarie e della mancata ammissione di mezzi di prova alternativi della capacità economico-finanziaria non è scrutinabile in sede di contestazione avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto si verte in una fattispecie tipica di clausola c.d. immediatamente escludente, per la quale sussisteva l'onere dell'impugnazione tempestiva del bando di gara da parte dell'operatore economico (sull'onere di



immediata impugnazione delle clausole escludenti cfr. per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2003 e n. 4 del 2018; Cons. Stato, III, 14 maggio 2018, n. 2663);

Rilevato, infatti, che non solo il bando di gara richiedeva, con clausola dal tenore chiaro e inequivocabile, la presentazione delle due idonee referenze bancarie, senza ammettere il ricorso a mezzi di prova alternativi della capacità economica finanziaria, ma nella risposta alla richiesta di chiarimenti avanzata dall'istante la Stazione appaltante confermava la necessità di allegare le due referenze bancarie, a pena di esclusione. Pertanto, la chiarezza delle clausole del bando di gara, pienamente comprese dallo stesso istante – che, nel modulo informatico per la presentazione della richiesta di parere, afferma di aver partecipato alla gara, pur essendo in possesso di una sola referenza bancaria, in quanto *"non è accettabile che vi siano degli obblighi di partecipazione in contrasto con quanto da Giurisprudenza pacifica e pareri Anac"* – impedisce che possa essere sindacata, in tale sede, la ragionevolezza e proporzionalità della scelta dell'Amministrazione di non ammettere mezzi di prova della capacità economico-finanziaria alternativi alle due referenze bancarie;

Ritenuto, infine, di dover richiamare la s.a., *pro futuro*, alla corretta individuazione dei requisiti speciali di accesso alla gara, nel pieno rispetto del quadro normativo vigente; nello specifico si evidenzia che i requisiti di idoneità professionale (tra i quali erroneamente sono state poste le due referenze bancarie) sono identificati, dal comma 3 dell'art. 100, per lo più con iscrizione in registri, registri professionali, albi ecc.; quanto ai requisiti di capacità economica e finanziaria (cui sono sempre state ricondotte le referenze bancarie, anche dalla direttiva 2014/24, cfr. allegato XII, parte I, lett. a), si rende necessario evidenziare alla s.a. la previsione di cui all'art. 100, comma 11, secondo il quale, fino alla definizione di un sistema di qualificazione, per tipologia e valore, nei servizi e nelle forniture l'unico requisito di carattere economico esigibile è il fatturato globale non superiore al doppio dell'importo a base d'asta, maturato nel triennio precedente.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il provvedimento di esclusione della società istante dalla procedura di gara in oggetto è conforme alle previsioni del disciplinare di gara in tema di requisiti di partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente