

OGGETTO: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO SERVIZIO DI REALIZZAZIONE DI UNA BANCA DATI UNICA AGGIORNATA COSTANTEMENTE E CONDIVISIBILE, COME PREVISTO DAL REGOLAMENTO PER LA DISCIPLINA DELLA TARIFFA RIFIUTI CORRISPETTIVA, CHE PERMETTA LA CONOSCENZA PUNTUALE DEI SOGGETTI FISICI/GIURIDICI TENUTI AL PAGAMENTO DEI SERVIZI TARIP - CHIARIMENTI

QUESITO N. 1: In primo luogo si chiede la rettifica del disciplinare di gara nella parte in cui prevede tra i requisiti di idoneità professionale ex art. 83 del Codice appalti – legittimanti la partecipazione alla gara - l’aver adottato il modello organizzativo di cui al D.lgs. 231/2001”.

Tale disposizione è del tutto illegittima sotto duplice profilo:

- in quanto contraria ai principi di massima concorrenza e proporzionalità, non essendo ragionevole imporre agli offerenti – quale sostanziale requisito di partecipazione – l’adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell’impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Detto modello, infatti, ha il fine di escludere la responsabilità dell’ente per i reati commessi da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, non rispondendo la sua adozione ad alcuno specifico interesse pubblico e anzi risolvendosi in un’illegittima compressione della par condicio. Lo stesso Giudice amministrativo, anche nella previgente disciplina, sulla scorta dei principi elaborati in materia di requisiti di partecipazione, ha, infatti, ritenuto irragionevole l’inserimento del «modello 231» tra i requisiti di partecipazione alle gare, perché lesivo della concorrenza e dunque assolutamente ingiustificata (**“La procedura di appalto non può imporre di “produrre la documentazione comprovante l’adozione di un modello di gestione, organizzazione e controllo dell’impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001”. Detta previsione è illegittima perché “pretende il possesso di un requisito che rientra nella facoltà dei partecipanti e non risponde ad un preciso interesse dell’Amministrazione essendo finalizzata a liberare la società dalla responsabilità amministrativa conseguente alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti/incaricati”. “Invero, la legge individua dei principi in materia di requisiti di ordine generale, in particolare di requisiti di carattere morale, necessari per la partecipazione alle gare strumentali alla stipula di contratti con la p.a.: detti principi sono contenuti nell’art. 38 d.lgs. n. 163/2006, richiamato anche dall’art. 4 del bando di gara. Il rispetto dei precetti richiamati appare ad avviso del Collegio sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non essendo ragionevole imporre agli offerenti – quale sostanziale requisito di partecipazione – l’adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell’impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001.”** Tar Palermo, III, 4 febbraio 2011, n. 227)

- in quanto comporta una indebita commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi in ambito di valutazione qualitativa dell’offerta, da sempre vietato dal diritto nazionale e sovranazionale.

Ciò deriva dallo stesso tenore normativo nella previsione contenuta all’articolo 95, comma 6, lettera e) del Codice degli Appalti che indica tra gli elementi che possono essere presi in considerazione nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa **«l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto».**

Tali censure sono conseguenza diretta di quanto previsto anche dal nuovo Codice degli Appalti che prevede come il Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 concorra, nel settore degli appalti pubblici, a determinare il rating di impresa ma non lo qualifica affatto come requisito di partecipazione. La conformità agli adempimenti ex lege 231 viene infatti a connotarsi come autonomo requisito reputazionale dell'innovativo «Rating di Impresa», con una sua specifica valenza funzionale, finalizzata a qualificare le imprese partecipanti ai pubblici appalti.

A conferma di ciò depone la previsione dell'art. 93, comma 7, del D.Lgs. 50/2016 in combinato disposto con il successivo art. 103, comma 1 in tema di garanzie provvisorie e di garanzie definitive, nei contratti di servizi e forniture, dove si riconosce una riduzione dell'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo, in misura pari al 30% per gli operatori in possesso del rating di legalità o dell'attestazione del Modello organizzativo ai sensi del Decreto 231.

Con ciò confermando la valenza del Modello 231 quale requisito reputazionale dell'operatore economico e non di partecipazione alla procedura di gara.

Ad ogni buon conto si fa presente che la scrivente ha adottato un Codice Etico e ha posto in essere già da mesi tutti gli atti prodromici e necessari per l'adozione del modello 231 che, a causa dell'emergenza sanitaria in corso, si sono fortemente rallentati.

RISPOSTA AL QUESITO N. 1: La Stazione Appaltante accoglie l'osservazione e rettifica quanto contenuto nel disciplinare di gara nella parte in cui prevede i requisiti di idoneità professionale ex art.83 del codice appalti; al paragrafo 4. (del disciplinare di Gara) soggetti "Soggetti ammessi alla procedura di gara, requisiti di partecipazione al punto 2 lettera b) è da considerarsi soppresso;

Conclusione non viene richiesto tra i requisiti di idoneità professionale "l'aver adottato il modello organizzativo di cui al d.lgs.231/2001

QUESITO N. 2: In secondo luogo in relazione al requisito di capacità economico-finanziario afferente il rilascio **"da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 385/1993"** della dichiarazione di attuale solidità economica e finanziaria si chiede la possibilità di presentare una sola referenza.

Ciò in quanto sia il codice degli appalti (si veda articolo 86, comma 4, II^ periodo del Codice dei Contratti Pubblici:

"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") sia la giurisprudenza formatosi sul punto consentono di presentare una sola referenza bancaria – qualora l'operatore economico sia impossibilitata a produrne due - unitamente a documentazione alternativa

di cui all'articolo 83, comma 4, del D.lgs 50/1016 (quale la copertura assicurativa contro i rischi professionali - come previsto dall' "Allegato XVII, rubricato "Mezzi di prova dei criteri di selezione" - e bilanci di esercizio nel triennio 2016-2017-2018).

Ed infatti l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in punto prevede che la presentazione di idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati – che, peraltro, non devono avere un contenuto specifico e dettagliato – 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 (da ultimo, TAR Palermo, 27.12.2016 n. 3134; cfr. Consiglio di Stato, 22.11.2013 n. 5542; TAR Reggio Calabria, 06.06.2014 n. 236).

Pertanto va affermato che il concorrente ha la possibilità di presentare una sola referenza bancaria, unitamente alla documentazione alternativa di cui all'art. 41, comma 3 d.lgs 163/2006 (oggi art. 83, comma 4 del D.lgs. 50/2016 di medesimo tenore). (ANAC parere n. 34 del 24 febbraio 2011).

Il tutto senza considerare, come affermato dalla delibera ANAC n. 1369 del 20 dicembre 2017, che:

- le referenze bancarie costituiscono lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa... Esse offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente e sono pertanto dichiarazioni di scienza relativi a quanto consta, cioè dati parziali, non suffragate da una istruttoria che attesti la complessiva situazione finanziaria dell'azienda;
- i livelli minimi di capacità economica e finanziaria del concorrente risultano provati dal fatturato globale e di settore, come dichiarati nel DGUE;
- è sufficiente la produzione di una sola referenza bancaria qualora l'operatore economico produca una sola referenza bancaria unitamente alla dichiarazione del legale rappresentante attestante la circostanza che la stessa azienda intrattiene rapporti lavorativi unicamente con la banca cui la referenza si riferisce (T.A.R. Veneto, sent. 331/2015).

RISPOSTA AL QUESITO N. 2: L'operatore Economico ha la possibilità di presentare una sola referenza.

QUESITO N. 3: In terzo luogo si chiede di specificare, non trattandosi di procedura telematica, se i documenti da produrre vadano firmati in forma olografa o anche digitalmente, atteso che l'art. 6 del c.s.a per la documentazione amministrativa prevede che la stessa debba essere firmata digitalmente ("istanza di partecipazione firmata digitalmente, DGUE firmato digitalmente"), mentre per la documentazione tecnica prevede la sottoscrizione in forma olografa ("l'offerta tecnica ... siglat(o)a in ogni sia pagina e sottoscritta sull'ultima dal legale rappresentante ...") così come per l'offerta economica ("sottoscritta con firma leggibile e per esteso del legale rappresentante").

RISPOSTA AL QUESITO N. 3: I documenti firmati in forma olografa.