

Parere n. 109 del 27/05/2010

Protocollo PREC 53/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Intini Source S.p.A. – Affidamento del servizio di raccolta differenziata, dei servizi accessori e della fornitura di contenitori idonei a contenere rifiuti urbani provenienti dalla raccolta differenziata – Importo a base d'asta €5.250.00,00 euro – S.A.: Comune di Monte Porzio Catone (RM).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 marzo 2010 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la società Intini Source S.p.A. contestava il bando di gara per l'appalto del servizio di raccolta differenziata, dei servizi accessori e della fornitura di contenitori idonei a contenere rifiuti urbani provenienti dalla raccolta differenziata, pubblicato dal Comune di Monte Porzio Catone, nella parte in cui prevede, tra i requisiti di capacità tecnica richiesti per la partecipazione alla gara, "attestazione di svolgimento, nel corso del triennio 2006/2008 di servizi di igiene urbana su di almeno due Comuni di utenza con almeno 10.000 abitanti ciascuno in cui si sia raggiunta una resa della raccolta differenziata, in ogni Comune, pari al 55%" (art. 10, comma 1, punto 6, bando di gara).

La società istante osservava che la resa della raccolta differenziata non è riconducibile ad uno specifico requisito di natura tecnica attribuibile alle società che erogano il servizio di igiene urbana, ma consegue piuttosto al verificarsi di diversi fattori concorrenti: capacità complessiva delle imprese di organizzare sul territorio il servizio nelle diverse modalità possibili (raccolta stradale, vicinale, domestica); adozione da parte dei comuni di appositi regolamenti e campagne di sensibilizzazione e di controllo, nonché la sensibilità del singolo utente. Di conseguenza, sosteneva l'istante, l'effettivo risultato non dipende dalla sola capacità dell'appaltatore, ma anche dalla corretta assunzione di responsabilità da parte di soggetti terzi e, quindi, la prescrizione contestata risulta eccessivamente restrittiva rispetto alle esigenze di massima partecipazione alla gara, determinando una significativa riduzione del numero dei potenziali partecipanti.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Monte Porzio Catone comunicava di aver già raggiunto un certo livello di raccolta differenziata e, conseguentemente, nella procedura di evidenza pubblica per la scelta del nuovo gestore l'Amministrazione "ha voluto confermare l'importante risultato già raggiunto".

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta con l'istanza in oggetto attiene alla corretta individuazione dei requisiti di capacità tecnica per la partecipazione alla gara de qua nonché alla modalità di comprovare il possesso di questi ultimi.

Sotto il primo profilo si richiama il tradizionale insegnamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui in materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica Amministrazione, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche strutturate su concetti non tassativi, indeterminati, che implicano per la loro definizione da parte dell'interprete un rinvio alla realtà sociale (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 3448 del 4 giugno 2009). Conseguentemente, come già precisato anche da questa Autorità, rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (AVCP, parere n. 83 del 29 aprile 2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 9305 del 31 dicembre 2003, TAR Puglia Bari, sez. I, sentenza n. 1511 del 28 aprile 2010, TAR Molise, sez. I, sentenza n. 107, del 2 aprile 2008).

Nel caso in esame il requisito tecnico richiesto ai fini della partecipazione alla gara e censurato dall'odierna istante appare, da un lato, irragionevole e idoneo ad alterare il libero confronto concorrenziale degli operatori economici, e, dall'altro, non giustificato in relazione all'oggetto complessivo dell'appalto ed alle specifiche prescrizioni del bando di gara.

Va al riguardo considerato che il raggiungimento di un elevato livello di raccolta differenziata è un obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire attraverso un continuo e costante miglioramento del servizio stesso. Difatti l'art. 205 del D.Lgs n. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente) prevede meccanismi per favorire l'adozione generalizzata della raccolta differenziata dei rifiuti urbani ed, in particolare, indica gli obiettivi da realizzare su base di ogni Ambito Territoriale Ottimale (A.T.O.), fissando, con aumento progressivo per scaglioni temporali (periodo 2006-2012) le seguenti percentuali minime di raccolta differenziata dei rifiuti urbani: a) almeno il 35% entro il 31 dicembre 2006; b) almeno il 45% entro il 31 dicembre 2008; c) almeno il 65% entro il 31 dicembre 2012. Coerentemente, poi, l'art. 1, comma 1108, legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria per il 2007) consente alle regioni, previa diffida, di garantire il governo della gestione dei rifiuti mediante un commissario ad acta, che operi in quegli A.T.O. all'interno dei quali non è assicurata una raccolta differenziata dei rifiuti urbani pari alle seguenti percentuali minime: a) almeno il 40% entro il 31 dicembre 2007; b) almeno il 50% entro il 31 dicembre 2009; c) almeno il 60% entro il 31 dicembre 2011.

Ciò posto, a fronte delle percentuali minime del 35%, 40%, 45% fissate dal legislatore per gli anni 2006, 2007, 2008, non su base comunale, ma su base di A.T.O., la Stazione appaltante richiede come requisito tecnico, ai fini della partecipazione alla stessa, l'aver già svolto in due distinti Comuni, nel corso del triennio 2006-2008, il servizio di igiene urbana con una resa di raccolta differenziata pari al 55% in ciascun Comune.

La richiesta di tale requisito impedisce la partecipazione alla gara a tutte quelle imprese che, pur avendo rispettato la specifica normativa di settore, non hanno, tuttavia, raggiunto nella raccolta differenziata la resa del 55%, perché non richiesta per gli anni in questione né dal legislatore nazionale né da quello regionale. Difatti, come risulta dalla Delibera di Giunta della Regione Lazio n. 291 del 30 aprile 2009 il decreto commissariale n. 24 del 24 giugno 2008 prevede il raggiungimento delle seguenti percentuali regionali di raccolta differenziata 20% per il 2008, 27% per il 2009, 40% per il 2010, 50% per il 2011.

Né giova a garantire un'effettiva concorrenza nella gara de qua il ricorso all'istituto dell'avvalimento, essendo in simile contesto normativo poco probabile trovare sul mercato imprese che abbiano il predetto requisito e che non intendano esse stesse concorrere all'aggiudicazione dell'appalto, ovvero la costituzione dell'ATI, in quanto la prescrizione censurata dispone che in caso di ATI il requisito deve essere soddisfatto da tutte le imprese facenti parte dell'associazione.

Sotto tale ulteriore profilo e con riferimento alla necessaria corrispondenza che deve sussistere tra i requisiti di ammissione ad un gara e l'oggetto dell'appalto, si ritiene opportuno osservare, per completezza della trattazione, che essendo la procedura in oggetto relativa ad un appalto misto di servizi (peraltro di diversa natura) e di fornitura, appare illogico ed irragionevole imporre il requisito tecnico in esame a tutte le imprese facenti parte dell'ATI, indipendentemente dalle prestazioni in concreto rese da ciascuna di esse, con l'ulteriore negativa conseguenza di vanificare la stessa finalità attribuita dall'ordinamento all'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, che viene costituito per mettere insieme la capacità produttiva dei prestatori di servizi, che da soli non raggiungerebbero i requisiti minimi richiesti dalla Stazione Appaltante per partecipare alla gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la contestata clausola del bando di gara non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010