

Parere n. 110 del 27/05/2010

Protocollo PREC 55/10/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 servizio di raccolta differenziata dei rifiuti e servizi complementari – Importo a base d'asta €9.000.000,00 – S.A.: Comune di San Salvo (CH).

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 nella parte in cui prevede, tra i requisiti di capacità tecnica richiesti per la partecipazione alla gara, *“elenco attestante l'esperienza dell'impresa nell'ultimo triennio (2006-2007-2008) con riferimento alle raccolte differenziate comprovata da servizi svolti in uno o più Comuni per minimo 15.000 abitanti residenti complessivi e dove in ciascun Comune sia stato superato l'obiettivo del 35% di raccolta differenziata in ciascun anno del triennio”* (sezione III, punto III 2.3.).

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.

In proposito, l'istante sottolineava altresì come nell'area centro meridionale, quale quella in esame, non è ancora possibile raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla vigente normativa, proprio a causa del concorso di fattori estranei alle società impegnate nella raccolta differenziata, oltre che della corretta assunzione di responsabilità da parte di soggetti terzi (comuni e cittadini).

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di San Salvo rendeva noto di aver ricevuto dal 1992 la Bandiera Blu e sottolineava che requisito indispensabile per continuare ad ottenere tale riconoscimento è raggiungere un'elevata raccolta differenziata. L'Amministrazione comunale, inoltre, richiamava l'art. 23 L. R. n.45/2007, che impone il raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata del piano regionale nonché la previsione dell'art. 64, comma 6, secondo cui il mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata comporta l'aumento del 20% dei tributi di cui alla L.R. n. 17/2006.

Conseguentemente, sottolineava il Comune, che il requisito richiesto appare indispensabile per l'eventuale affidamento del servizio.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta con l'istanza di parere in oggetto attiene alla corretta individuazione dei requisiti di capacità tecnica per la partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana.

Al riguardo si ritiene di dover richiamare 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 (cfr., in tal senso 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, n. 1511 del 28 aprile 2010, TAR Molise, sez. I, n. 107 del 2 aprile 2008).

Lo stesso art. 42, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., rubricato Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, nel prescrivere che i requisiti di capacità tecnica e professionale non possono eccedere l'oggetto dell'appalto, implicitamente richiede che l'individuazione di tali requisiti deve essere adeguata all'oggetto della prestazione e al valore presuntivo posto a base d'asta.

Venendo al caso in esame, la previsione del bando di gara contestata dall'istante appare coerente e conforme con la vigente legislazione nazionale e regionale in materia di tutela ambientale, volte ad incrementare il ricorso alla raccolta differenziata.

Si osserva al riguardo che 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 raggiungere 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.

Sotto il secondo profilo, si osserva che la Regione Abruzzo ha disciplinato la gestione integrata dei rifiuti con legge regionale del 19 dicembre 2007 n. 45, nella quale ha fissato (art. 23, comma 4) gli obiettivi di raccolta differenziata, da raggiungere nel territorio di ciascun A.T.O. nella medesima misura già indicata dalla predetta legge finanziaria. Il mancato raggiungimento di tali obiettivi viene

sanzionato nel successivo art. 64, comma 6, con un incremento del 20% del tributo per il conferimento in discarica dei rifiuti solidi di cui alla legge regionale 16 giugno 2006 n. 17.

Ne deriva che la prescrizione impugnata è coerente con le percentuali di raccolta differenziata imposte dal legislatore.

Pertanto si osserva che, al fine di raggiungere i risultati fissati dalle norme su richiamate e senza, però, compromettere il confronto concorrenziale, la Stazione appaltante ha indicato all'art. 15 del Capitolato speciale, come obiettivo che intende raggiungere attraverso l'appalto *de quo*, il miglioramento a livello quantitativo e qualitativo della raccolta differenziata, e, pertanto ha prescritto che *“l'impresa aggiudicataria dovrà garantire il raggiungimento minimo di quanto indicato nel progetto offerta che comunque non potrà essere inferiore al 52% (cinquantadue per cento) di raccolta differenziata già a partire dall'anno 2011”*, ed al successivo art. 18 ha sanzionato il mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata. In altri termini la Stazione appaltante ha richiesto il raggiungimento di una raccolta differenziale pari al 52% non come requisito tecnico ai fini della partecipazione alla gara, ma come criterio per valutare l'esatta esecuzione dell'appalto.

Conseguentemente il requisito censurato appare proporzionato sia all'oggetto del contratto (servizio di igiene urbana in un comune con popolazione di circa 20.000 abitanti) che all'importo posto a base di gara (euro 9.000.000,00 oltre IVA).

Né può essere condivisa la censura di distorsione del sistema di affidamento concorrenziale, attesa la possibilità per società con rese di raccolta differenziata inferiori al 35% di partecipare alla gara *de qua* mediante il ricorso all'associazione temporanea, all'interno della quale è sufficiente che il servizio sia stato prestato o dalla mandante o dalla mandataria in un unico Comune nel triennio 2006/2008 ed abbia raggiunto il 35% della raccolta differenziata. In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la contestata clausola del bando di gara 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