

Parere n.125 del 22/06/2011

PREC 284/10/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 Ecofile S.r.l. - (servizio raccolta, trasporto, smaltimento/recupero r.s.u. differenziati e indifferenziati, spazzamento strade ed altri servizi complementari di igiene urbana) - Importo a base d'asta €4.800.000,00 - S.A.: Comune di Lesina.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 novembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe con la quale la Ecofile S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Lesina per l'affidamento del servizio indicato in oggetto.

Più specificamente, l'istante ritiene che la lex specialis contenga clausole vessatorie in quanto:

1. il disciplinare di gara pone a carico dei concorrenti l'obbligo di accettare (*ex art. 9 del disciplinare di gara*), a pena di esclusione, la clausola di recesso anticipato di cui all'art. 4 del capitolato d'appalto, che consente all'amministrazione di recedere dal contratto qualora, trascorsi almeno 12 mesi dall'inizio del servizio, la ditta appaltatrice non sia riuscita a raggiungere l'obiettivo minimo di raccolta differenziata pari al 30%;
2. tra i requisiti di capacità tecnico - professionale, è richiesto (sempre a pena di esclusione) il possesso di attrezzature tecniche necessarie ad eseguire il servizio oggetto di appalto corrispondenti, al minimo, a quelle riportata all'art.18 del Capitolato Speciale d' Appalto (cfr. sub 4, pagg. 6 e 8, del disciplinare di gara); la prescrizione, secondo l'istante, si pone in contrasto con il principio di proporzionalità, imponendo ai concorrenti di possedere, già in sede di partecipazione alla gara, tutte le attrezzature tecniche necessarie all'espletamento del servizio;
3. il disciplinare di gara, infine, pone a carico dei concorrenti (sempre a pena di esclusione) l'obbligo di dichiarare "*che il prezzo d'appalto è, nel suo complesso, remunerativo e tale da consentire l'offerta effettuata*" (cfr. pag. 10 del disciplinare di gara); anche tale clausola, a dire dell'istante, va considerata vessatoria posto che l'importo a base d'asta non è assolutamente idoneo a consentire l'espletamento del servizio, come emerge dal fatto che lo stesso Comune di Lesina aveva indetto nel 2007 una precedente gara d'appalto che recava un importo a base d'asta più elevato, a fronte di prestazioni richieste all'appaltatore meno complesse ed onerose rispetto a quelle oggetto della gara in questione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata dall'Autorità in data 13 dicembre 2010, il Comune di Lesina, con nota pervenuta il 30 dicembre 2010 - premesso che la Ecofile S.r.l. è stata esclusa dalla gara, che l'esclusione è stata comunicata alla Società con nota prot. n. 19358 del 9.11.2010, pervenuta il 22.11.2010, e che non è stato proposto ricorso avverso tale determinazione - ha puntualmente contestato tutte e tre le censure avanzate dall'istante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa in esame attiene alla legittimità del bando di gara indetto dal comune di Lesina per la regioni riportate in fatto.

Ai fini della definizione della suddetta questione, va, preliminarmente, considerato che il punto IV) del disciplinare di gara stabilisce che *“l’Amministrazione comunale potrà insindacabilmente recedere anticipatamente dal contratto qualora, trascorsi 12 mesi dall’inizio effettivo del servizio, la ditta appaltatrice non sia riuscita a raggiungere l’obiettivo minimo di raccolta differenziata pari al 30% (calcolato su base mensile). In questo caso, previo accertamento in contraddittorio, sarà facoltà dell’amministrazione recedere dal contratto”*.

Tala clausola appare, effettivamente, vessatoria in quanto attribuisce alla stazione appaltante una facoltà il cui esercizio è qualificato come ‘insindacabile’, legata al mancato raggiungimento dell’obiettivo fissato (30% della raccolta differenziata), mentre la fase in contraddittorio (in considerazione della genericità della clausola che la prevede) appare riferirsi all’accertamento della percentuale di raccolta differenziata raggiunta e non alle cause del mancato raggiungimento dell’obiettivo.

Ciò in quanto, il raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata dei rifiuti riciclabili dipende dal concorso di una pluralità di comportamenti, di cui quello relativo alla raccolta e trasporto dei rifiuti differenziati costituisce solo uno dei fattori. Il sistema della raccolta differenziata, infatti, prima ancora che sull’opera dell’appaltatore, fa perno sui comportamenti domestici degli utenti nella fase di selezione dei rifiuti. Non solo. È necessario che per indurre gli utenti alla selezione dei rifiuti riciclabili sin dalla fase della selezione domestica, il pubblico potere faccia ricorso sia ai controlli che alle sanzioni amministrative, onde intervenire sui comportamenti collettivi ed individuali che si pongono in aperto contrasto con il programma di raccolta differenziata dei rifiuti.

In tale contesto, la giurisprudenza ha ritenuto illogiche tutte le previsioni contenute negli atti di gara tendenti ad addossare sull’appaltatore non solo il maggior onere di conferimento in discarica dei rifiuti urbani, ma anche una ulteriore sanzione pecuniaria applicabile semplicemente in ragione del mancato raggiungimento dell’obiettivo del 35%, a prescindere da qualsiasi inadempimento contrattuale (Consiglio Stato, sez. V, 21 settembre 2010, n. 7031).

Pertanto, va considerata illogica anche la prescrizione che impone, a pena di esclusione, di accettare la clausola di recesso anticipato dal contratto la quale opera a giudizio insindacabile dell’Amministrazione e, quindi, a prescindere dall’accertamento di responsabilità in capo all’impresa appaltatrice, anche se (come rilevato dalla Stazione appaltante) è prevista una procedimentalizzazione del recesso mediante una fase in contraddittorio.

Con riguardo, invece, alle altre doglianze rappresentate dall’istante, queste vanno disattese in quanto il requisito relativo al possesso delle attrezzature minime necessarie per eseguire l’appalto (art. 18 c.s.a.) non appare sproporzionato se si considera che il citato articolo 18 prevede che l’operatore economico deve *“rendere disponibili”* gli automezzi necessari per l’esecuzione dell’appalto. In sostanza, la *lex specialis* consente che il concorrente possa dimostrare tale disponibilità non solo attraverso la dimostrazione della proprietà dei mezzi, ma anche mediante contratti di opzione per l’acquisizione dei mezzi, ovvero preliminari di acquisto o di leasing o di locazione ovvero mediante avvalimento.

La presunta illegittimità della richiesta rivolta ai concorrenti di dichiarare la congruità e la remuneratività del prezzo d'appalto, infine, risulta generica perché l'istante ha mosso la censura basandosi soltanto sul confronto con una precedente procedura ad evidenza pubblica bandita dalla medesima stazione appaltante. Tale censura risulta, peraltro, smentita dai fatti, posto che i quattro operatori economici che hanno partecipato alla selezione (insieme alla Ecofile S.r.l.) hanno reso la dichiarazione senza alcuna difficoltà (secondo quanto affermato dalla stazione appaltante non smentito dall'istante).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia da considerare illegittima la sola previsione di cui al punto IV del disciplinare di gara relativa alla clausola di recesso anticipato di cui all'art 4 del Capitolato Speciale di Appalto.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito