

Parere n.52 del 04/04/2012

PREC 10/12/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 ALAN srl—Servizio di trattamento e/o smaltimento e/o recupero di varie frazioni dei rifiuti solidi urbani- Importo a base d'asta Euro 2.546.604 - S.A. Comune di Peschiera Borromeo

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 dicembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la società ALAN S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della *lex specialis* predisposta dal Comune di Peschiera Borromeo per l'affidamento del servizio in oggetto nella parte in cui richiede il possesso di un impianto idoneo alla realizzazione dell'attività oggetto di appalto, ubicato a distanza non superiore a 50 km dal Municipio.

Più specificamente, il capitolato di appalto, al comma 4° dell'art. 1, prevede che l'impresa appaltatrice, per l'intera validità del contratto, dovrà assicurare e garantire *“l'acquisizione dei rifiuti del Comune di Peschiera Borromeo oggetto dell'appalto presso un unico sito autorizzato, ai sensi del D.Lgs.152/2006 e s.m.i., per il conferimento degli stessi, ubicato in Regione Lombardia ad una distanza di sola andata dal Municipio di Peschiera Borromeo non superiore a 50 KM”*.

La società istante ritiene che tale requisito di partecipazione violi i principi di generali in tema di gare pubbliche e impedisca la partecipazione alla procedura *de qua* alle imprese che dispongono di impianti situati a una distanza superiore a quella indicata nel suddetto capitolato di appalto.

A tale riguardo la società Alan S.r.l. richiama la deliberazione n.47 del 4 maggio 2011 dell'Autorità a proposito dei centri cottura per il servizio di refezione scolastica, in cui si è affermato che, laddove l'amministrazione ritenga importante avere un centro cottura ad una distanza non superiore a 50 km, il bando di gara deve richiedere di soddisfare tale requisito al solo aggiudicatario, senza cioè che l'elemento in parola possa figurare come condizione di partecipazione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 dicembre 2011, la stazione appaltante ha fatto presente che tale clausola è prevista per la sola impresa appaltatrice. Inoltre, tale richiesta è in coerenza con quanto prevede il codice ambientale in ordine ai criteri di priorità nella gestione dei rifiuti tra cui: art. 182, comma 3, secondo cui è fatto divieto di smaltire rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle di produzione; art. 182, comma 1, che prevede la finalità di smaltire in *“impianti idonei....vicini ai luoghi di produzione e di raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi....”*.

Il Comune di Peschiera Borromeo fa altresì presente che: le spese di trasporto dei rifiuti non sono comprese nel costo dell'appalto, ma sarebbero a carico del Comune; dalla indagine effettuata dalla Provincia di Milano (Rapporto sullo stato di attuazione del Piano Provinciale di gestione dei rifiuti elaborato dalla Provincia di Milano) è emerso che possono partecipare direttamente anche varie

imprese aventi impianto fuori dalla Provincia di Milano, in disparte la possibilità di partecipare anche in forma associata oltre che in forma singola; il requisito in contestazione è stato previsto anche per consentire il rispetto degli orari di lavoro degli operatori del settore, che sarebbero naturalmente sforati in caso di eccessiva distanza dal luogo di smaltimento dei rifiuti, oltre che per permettere al Comune di effettuare un controllo più efficace sia sulla buona esecuzione dei servizi affidati che sulla qualità dei rifiuti conferiti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della *lex specialis* predisposta dal Comune di Peschiera Borromeo per l'affidamento del servizio in oggetto, per le ragioni evidenziate in fatto.

Ad opinione di questo Collegio la previsione contestata si appalesa legittima.

In primo luogo, vale rilevare che, anche sulla base della delibera n.47 del 4 maggio 2011 in tema di centri di cottura per pasti scolastici richiamata dall'istante, è necessario distinguere tra ciò che deve ritenersi requisito di partecipazione e ciò che può invece pretendersi dal contraente.

Deve cioè distinguersi tra requisiti di *partecipazione* alla gara, che costituiscono un mero presupposto legittimante la stipula del contratto e requisiti (*rectius*, obblighi) della *esecuzione* (cfr. parere n.89 del 29 aprile 2010 a proposito della iscrizione nell'Albo Nazionale dei gestori ambientali).

Nella specie, come si evince dal comma 4°, dell'art. 1 del capitolato di gara, "... *l'impresa appaltatrice del presente appalto, per l'intera validità del contratto, dovrà assicurare e garantire:*
a) per ciascun LOTTO l'acquisizione dei rifiuti del Comune di Peschiera Borromeo oggetto dell'appalto presso un unico sito autorizzato, ai sensi del D.Lgs.152/2006 e s.m.i., per il conferimento degli stessi, ubicato in Regione Lombardia ad una distanza di sola andata dal Municipio di peschiera Borromeo non superiore a 50 km,...".

La formulazione della previsione pare porsi quindi come un obbligo contrattuale piuttosto che come condizione per la partecipazione, proprio sulla base della distinzione evidenziata nella deliberazione attinente alla distanza dei centri di cottura per i pasti scolastici (sul limite della distanza dei centri di cottura per servizi di refezione scolastica si veda sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n.3887 del 22 giugno 2010).

Il Consiglio osserva che la previsione si renderebbe pienamente legittima, ragionevole e giustificata anche laddove venisse intesa quale condizione o requisito di partecipazione ovvero quale pretesa per ogni concorrente di avere già a priori la disponibilità di un impianto a non eccessiva distanza dal Comune appaltante (in realtà in tal senso sono anche le difese comunali).

Infatti, sia pure nel rispetto dei richiamati principi della massima partecipazione, concorrenza e trasparenza, è noto come la stazione appaltante vanti un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, V, 8 settembre 2008, n.3083; VI, 23 luglio 2008, n.3655).

Dal canto suo l'amministrazione appaltante ha motivato la propria scelta richiamando non solo i principi propri della materia ambientale e, in particolare, della gestione dei rifiuti ma anche un'esigenza di contenimento dei costi, che si affianca a quella di effettuare agevolmente i dovuti controlli sui rifiuti trasportati.

Le regole contenute nel c.d. testo unico ambientale in tema di gestione dei rifiuti costituiscono regole precettive, oltre che principi generali della materia, e tra esse certamente sono rinvenibili le richiamate seguenti regole: 1) la autosufficienza dei territori; 2) il principio della minimizzazione della movimentazione dei rifiuti (esplicita nel divieto, se non in via eccezionale, di smaltirli in regioni diverse da quelle di produzione); 3) il principio dello smaltimento dei rifiuti urbani indifferenziati in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi.

Pertanto, la previsione in questione si appalesa ragionevole anche dal punto di vista dei principi generali e delle regole giuridiche e tecniche in tema di corretta gestione dei rifiuti.

L'amministrazione, inoltre, ha richiamato a supporto della propria scelta anche ragioni economiche, rappresentando che il servizio oggetto della gara è strutturato in modo che le operazioni di trasporto della "merce" non vengano effettuate dall'impresa appaltatrice, ma da altro soggetto incaricato dal Comune, a proprie cure e spese. Infatti l'art. 1, comma 3, del capitolato prevede che *"il conferimento dei rifiuti verrà effettuato a cure e spese del Comune tramite l'impresa appaltatrice dei servizi di igiene ambientale, con mezzi adeguati e già autorizzati al trasporto dei rifiuti che trattasi presso impianti autorizzati"*.

E' previsto poi che l'impresa appaltatrice dei servizi di igiene ambientale abbia diritto ad un compenso addizionale, e il Comune patirebbe in questo caso un ulteriore esborso, per il maggiore percorso effettuato e per il maggiore tempo impiegato nel caso in cui l'impianto sia situato a distanze maggiori.

La stazione appaltante, a rappresentare completamente gli inconvenienti possibili, invoca, poi, sia le problematiche dei lavoratori in relazione al rispetto degli orari di lavoro sia, sotto altri e rilevanti profili, le esigenze ambientali, in quanto il trasporto oltre una certa distanza avrebbe effetti impattanti per le emissioni dovute a carburante; al fine poi di evitare che il controllo che il Comune deve effettuare presso l'impianto di conferimento diventi eccessivamente gravoso, l'amministrazione rappresenta la necessità che l'impianto non sia posto ad una distanza eccessiva dalla sede del Comune e dal luogo di provenienza e produzione dei rifiuti.

Alla luce di quanto sopra rappresentato, emerge quindi che, seppure la previsione in contestazione dovesse essere intesa quale condizione o requisito di partecipazione, non potrebbe che concludersi per sua assoluta logicità e ragionevolezza, in quanto ciò che conta è che la discrezionalità di cui dispone l'amministrazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione sia proporzionata rispetto all'oggetto specifico dell'appalto e non vada a restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti ovvero non realizzi effetti discriminatori, anche territoriali.

E nel caso di specie i principi della massima partecipazione, della trasparenza e della concorrenza non sembrano compromessi dalla pretesa che l'appalto garantisca lo smaltimento in impianto situato nel raggio di cinquanta chilometri dal luogo di produzione dei rifiuti, non essendo escluso che le imprese possano consorziarsi ed essendo ragionevole ritenere che una platea ampia di imprese di settore sia in grado di rispondere a tali richieste o requisiti nella zona contemplata.

In definitiva, non può dirsi irragionevole, limitativa della concorrenza e eccessivamente restrittiva, e anzi deve ritenersi pienamente rispettosa dei principi che regolano la materia della gestione dei rifiuti, la previsione di gara che, per il servizio di trattamento, smaltimento, recupero di varie frazioni dei rifiuti solidi urbani, pretenda dall'appaltatore lo smaltimento in impianto *a non eccessiva distanza* dal luogo di produzione dei rifiuti (o anche, in senso diverso ma analogo, che prevedesse la disponibilità dell'impianto quale condizione di partecipazione).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione del capitolato di gara all'art. 1, comma 4, secondo cui “... *l'impresa appaltatrice del presente appalto, per l'intera validità del contratto, dovrà assicurare e garantire: a) per ciascun LOTTO l'acquisizione dei rifiuti del Comune di Peschiera Borromeo oggetto dell'appalto presso un unico sito autorizzato, ai sensi del D.Lgs.152/2006 e s.m.i., per il conferimento degli stessi, ubicato in Regione Lombardia ad una distanza di sola andata dal Municipio di peschiera Borromeo non superiore a 50 km,...*” sia rispettosa dei principi generali nazionali e di derivazione comunitaria di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità (art. 2 codice dei contratti pubblici).

I Consiglieri Relatori Luciano Berarducci Andrea Camanzi

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 aprile 2012

Il Segretario Maria Esposito