

Parere n.106 del 19/06/2013

PREC 68/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163 del 2006 presentata dalla società Ecologia Aliperti s.r.l. – “*Servizio di movimentazione, ritiro, carico, trasporto, smaltimento e recupero fanghi biologici di depurazione, rifiuti palabili e pompabili*” – Importo a base d’asta di euro 4.000.000,00 – S.A.: A.C.A. s.p.a. – Azienda Comprensoriale Acquedottistica.

Art. 41 del Codice – Requisiti di capacità economica e finanziaria – Fatturato triplo rispetto all’importo a base di gara – Illegittimità.

Art. 49 del Codice – Facoltà di avvalimento – Limite percentuale massimo previsto dal bando di gara – Illegittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe, relativa al disciplinare di gara pubblicato dalla A.C.A. s.p.a. – Azienda Comprensoriale Acquedottistica (società *in house providing* partecipata dai Comuni delle province di Pescara, Chieti e Teramo), per la procedura aperta avente ad oggetto l’appalto del servizio di movimentazione, carico, trasporto, smaltimento e recupero dei fanghi biologici di depurazione e dei rifiuti palabili e pompabili, di importo annuale presunto pari ad euro 4.000.000,00 per la durata massima di tre anni.

La società Ecologia Aliperti s.r.l., che non ha presentato offerta, contesta la legittimità della *lex specialis* di gara sotto due profili:

- 1) quanto al requisito del fatturato minimo generico e specifico negli ultimi tre esercizi (2009 – 2010 – 2011), che ai sensi degli artt. 4.5. e 4.6. del disciplinare di gara deve essere pari rispettivamente al triplo dell’importo globale a base d’asta (e quindi ad euro 36.000.000,00) ed al triplo dell’importo annuale a base d’asta (e quindi ad euro 12.000.000,00), considerando a tal fine la durata massima dell’affidamento comprensiva dei rinnovi contrattuali riservati alla decisione discrezionale della stazione appaltante;
- 2) quanto alla limitazione del ricorso all’avvalimento, che ai sensi dell’art. 4.4. del disciplinare di gara è ammesso per ogni requisito di capacità finanziaria e tecnica nella misura massima del 30%. La comunicazione di avvio del procedimento è stata trasmessa con nota di questa Autorità del 2 aprile 2013 alla stazione appaltante ed alla società aggiudicataria Angelo De Cesaris s.r.l., che hanno formulato le proprie controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

Il quesito all’esame dell’Autorità riguarda la procedura aperta indetta dalla A.C.A. s.p.a. – Azienda Comprensoriale Acquedottistica, con bando pubblicato il 20 dicembre 2012, per l’affidamento annuale (con facoltà di rinnovo fino ad un massimo di ulteriori due anni) del servizio di movimentazione, smaltimento e recupero dei fanghi di depurazione.

La Ecologia Aliperti s.r.l. lamenta l’illegittimità del disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive il possesso di un fatturato minimo nell’ultimo triennio sproporzionato rispetto al valore dell’appalto e nella parte in cui introduce un limite percentuale all’utilizzabilità dell’avvalimento.

Entrambe le censure sono fondate.

- 1) Quanto al primo profilo, va premesso che la stazione appaltante ha correttamente commisurato il fatturato globale d’impresa all’importo a base d’asta presunto per l’intero triennio di durata massima dell’affidamento, anziché a quello annuale. L’art. 29, primo comma, del Codice dei

contratti pubblici stabilisce infatti che il valore dell'appalto in gara è da intendersi comprensivo anche di eventuali rinnovi o opzioni contrattuali (cfr. A.V.C.P., deliberazione 8 luglio 2009 n. 58; in giurisprudenza, sulla legittimità del cd. rinnovo programmato, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 maggio 2008, n. 3379, secondo cui il ricorso al rinnovo potrebbe non porsi in contrasto con i principi di concorrenza e di trasparenza, tutte le volte in cui detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara, resa conoscibile a tutti i potenziali concorrenti e recepita nella conclusiva stipula contrattuale). L'importo così determinato deve essere utilizzato anche quale parametro per la verifica della capacità economica e finanziaria dei concorrenti (cfr. A.V.C.P., parere 12 settembre 2012 n. 141, in relazione a questione analoga riguardante le modalità di calcolo dell'importo della cauzione provvisoria).

Tuttavia, il fatturato generico minimo richiesto, ai fini dell'ammissione, dall'art. 4.5. del disciplinare di gara (euro 36.000.000,00 pari a tre volte l'importo a base d'asta) risulta oggettivamente sproporzionato ed irragionevole.

A tal fine, è sufficiente richiamare i precedenti nei quali l'Autorità ha giudicato incongrue le prescrizioni dei bandi di gara per l'affidamento di appalti di servizi che richiedono il possesso di un fatturato minimo globale, nell'ultimo triennio, pari al triplo dell'importo a base d'asta, ravvisando una violazione dei principi posti a tutela della libera concorrenza e del mercato (cfr. A.V.C.P., parere 13 maggio 2010 n. 95; Id., deliberazione 7 novembre 2012 n. 92).

Gli artt. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici, infatti, lasciano ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di qualificazione più restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (cfr. A.V.C.P., parere 29 aprile 2010 n. 83; in giurisprudenza, tra molte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8914; Id., sez. VI, 3 aprile 2007 n. 2304).

Da ultimo, con l'art. 1, comma 2-bis, del d.l. n. 95 del 2012, è stata aggiunta al secondo comma dell'art. 41 del Codice la previsione esplicita secondo la quale sono illegittimi i criteri di qualificazione che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

Discende da quanto detto l'illegittimità dell'art. 4.5. del disciplinare di gara pubblicato da A.C.A. s.p.a. – Azienda Comprensoriale Acquedottistica.

2) È altresì fondato il motivo con il quale la società istante contesta la limitazione percentuale che la *lex specialis* di gara pone all'utilizzo dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di capacità finanziaria e tecnica.

A tal riguardo, l'art. 4.4. del disciplinare di gara riproduce la previsione dell'abrogato settimo comma dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, erroneamente ritenuto ancora in vigore dalla stazione appaltante.

La norma, come è noto, stabiliva che *“Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso”*. La sua abrogazione, avvenuta con il d.lgs. n. 152 del 2008 (cfr., in proposito: A.V.C.P., parere 30 maggio 2012 n. 87; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565), è scaturita dalla procedura di infrazione avviata dalla Commissione UE con lettera di messa in mora del 4 febbraio 2008, nella quale l'art. 49, settimo comma, del Codice è stato ritenuto incompatibile con l'ordinamento comunitario proprio nella parte in cui consentiva alle stazioni appaltanti di esigere che il ricorso alle capacità di terzi sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente nella percentuale indicata dall'avviso di gara.

Al riguardo, la Commissione ha rilevato che le direttive comunitarie in materia *“riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi delle capacità di altri soggetti ... nessuna limitazione è prevista, e dunque consentita, da dette direttive, la sola condizione essendo quella di permettere*

all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato / offerente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto".

Ne discende, anche per tale profilo, l'illegittimità del disciplinare di gara pubblicato da A.C.A. s.p.a. – Azienda Comprensoriale Acquedottistica, che dovrà valutare l'opportunità di annullare in autotutela gli atti di indizione della procedura ed il provvedimento finale di aggiudicazione per porre rimedio ai vizi riscontrati.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

che la stazione appaltante, nell'ambito della procedura aperta indicata in epigrafe, ha illegittimamente disciplinato il requisito attinente al fatturato globale d'impresa e le modalità di dimostrazione mediante ricorso all'avvalimento di altra impresa ausiliaria.

I Consiglieri Relatori : Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito