

Parere n. 1 del 08/02/2012

PREC 177/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Istituto zooprofilattico sperimentale del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta - (servizio di raccolta, trattamento, asporto, smaltimento rifiuti sanitari speciali per i laboratori dell'Istituto) - Importo a base d'asta € 630.000,00 - S.A.: Istituto zooprofilattico sperimentale del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 luglio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Istituto zooprofilattico sperimentale del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta ha chiesto un parere in merito alla legittimità del comportamento tenuto nei confronti del costituendo R.T.I. Ghi.Be.Ca.S.r.l. /Sameco S.r.l. del quale era stata richiesta l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento del servizio in oggetto.

Più specificamente, la stazione appaltante ha presentato istanza di parere in quanto la Società Eco Eridania, risultata seconda in graduatoria, aveva richiesto che il raggruppamento temporaneo Ghi.Be.Ca./Sameco, aggiudicatario provvisorio della gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta, trattamento, asporto, smaltimento rifiuti sanitari speciali per i laboratori dell'Istituto stesso, venisse escluso per aver indicato " *nella documentazione amministrativa che le operazioni di smaltimento dei rifiuti sarebbero state affidate a società terze, senza dichiarare, nell'apposito modulo, di voler ricorrere al subappalto ex art. 118 d.lgs. n. 163/2006*".

L'istante chiarisce di non aver accolto la suddetta richiesta sull'assunto che l'indicazione degli impianti di smaltimento che si intendono utilizzare, e presso cui dovranno portarsi i rifiuti, non possa qualificarsi in termini di subappalto, tant'è che il disciplinare di gara richiedeva che, in caso di conferimento ad un impianto autorizzato, il concorrente privo di un proprio impianto di smaltimento dovesse semplicemente dichiarare quelli (uno principale e uno alternativo) presso i quali sarebbe avvenuto lo smaltimento finale dei rifiuti, allegando copia delle convenzioni attestanti il formale impegno degli impianti finali (principale e alternativo) ad accettare i rifiuti stessi.

La stazione appaltante, quindi, a giustificazione del proprio operato, specifica che il raggruppamento in parola, privo di propri impianti di smaltimento rifiuti, si è uniformato a quanto richiesto dalla *lex specialis* e, utilizzando la modulistica a questa allegata, ha indicato due impianti di smaltimento finale ed un impianto di trasformazione dei sottoprodotti di origine animale; lo stesso ha inoltre allegato i relativi atti negoziali inerenti l'impegno dei soggetti titolari di tali impianti a ricevere i rifiuti provenienti dall'Istituto, per tutta la durata dell'appalto.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 5 settembre 2011, la stazione appaltante ha ribadito l'impossibilità di qualificare come subappalto l'indicazione dell'impianto autorizzato destinato allo smaltimento dei rifiuti, mentre la società Eco Eridania ha confermato l'illegittimità della mancata esclusione del raggruppamento, risultato poi aggiudicatario provvisorio, per le ragioni sopra riportate; dal canto suo, quest'ultimo, ha evidenziato la conformità al bando di gara dell'offerta, nonché richiamato la possibilità, nel caso in cui il ricorso ad impianti altrui autorizzati per lo smaltimento dei rifiuti debba essere inteso in termini di subappalto, di integrare, a fronte dell'errore scusabile determinato dalla *lex specialis*, gli elementi eventualmente mancanti sotto un profilo esclusivamente formale.

Ritenuto in diritto

Con il presente precontenzioso viene portata all'attenzione dell'Autorità la questione concernente la correttezza della mancata esclusione dalla gara in oggetto del raggruppamento Ghi.Be.Ca. S.r.l./Sameco S.r.l. il quale, nella documentazione amministrativa prodotta, ha indicato che le operazioni di smaltimento dei rifiuti sarebbero state affidate a società terze, senza dichiarare, nell'apposito modulo, di voler ricorrere al subappalto ex art. 118 D.Lgs. 163/2006.

Al riguardo, vale rilevare che dall'esame della *lex specialis* si evince che l'oggetto dell'appalto riguarda l'affidamento del servizio di raccolta, trattamento, asporto nonché smaltimento dei rifiuti sanitari speciali per i laboratori dell'Istituto zooprofilattico istante; emerge, pertanto, come primo elemento, che l'attività di smaltimento rientra nella delimitazione dell'oggetto del servizio necessario all'amministrazione.

Proseguendo nell'esame del dato della *lex specialis* (art. 5, punto 8. del disciplinare di gara) emerge, poi, come lo smaltimento sia previsto come effettuato in proprio ovvero mediante conferimento ad impianto autorizzato su territorio nazionale od estero; e, mentre per lo smaltimento in proprio, è

previsto che il concorrente sia in possesso della relativa autorizzazione, per quello tramite conferimento ad impianto altrui, l'autorizzazione deve essere in possesso del titolare dell'impianto, e il concorrente è tenuto a produrre copia delle convenzioni da cui risulti il formale impegno degli impianti finali ad accettare i rifiuti del suddetto Istituto zooprofilattico.

Nel caso di specie, il raggruppamento in contestazione risulta aver compiutamente adempiuto a quanto previsto dalla *lex specialis*, indicando gli impianti destinati allo smaltimento, la relativa autorizzazione nonché allegando i relativi atti di impegno.

In linea generale, è noto che il subappalto costituisce un'eccezione alla regola della esecuzione personale e diretta della prestazione d'appalto e può definirsi come quel contratto con il quale l'appaltatore affida le prestazioni o parte di esse ad altro soggetto. Con tale contratto non si verifica un fenomeno di subentro in quanto il titolare dell'appalto principale resta, anche con l'autorizzazione, personalmente responsabile nei confronti dell'appaltante dell'intera prestazione assunta. L'appaltatore si avvale di un soggetto terzo che non avrà, salvo specifiche eccezioni, alcun rapporto diretto col committente e che si aggiunge al primo nella fase esecutiva; il subappalto è quindi un contratto derivato.

In proposito, se l'istituto in esame non presenta un particolare interesse comunitario, in quanto ritenuto strumento di organizzazione imprenditoriale di per sé idoneo ad incidere sulla concorrenza, tradizionalmente, ben diversa preoccupazione è stata evidenziata dal legislatore nazionale al fine di evitare che attraverso tale strumento possano verificarsi infiltrazioni criminose ovvero violazioni di norme primarie come quelle in tema di prezzo o di tutela del lavoro.

L'attuale disciplina del Codice (in specie sub art. 118) costituisce il punto d'incontro di tali spinte, in specie laddove detta le condizioni per consentire il subappalto, quali, l'indicazioni delle parti del contratto che si intendono subappaltare; il deposito del relativo contratto; il possesso dei necessari requisiti in capo al subappaltatore; l'assenza di elementi ostativi in termini di prevenzione avverso i rischi di infiltrazione della criminalità organizzata (prima ex legge 575/1965 ora da intendersi sostituita dal d.lgs. 159/2011).

Nel caso di specie, l'analisi degli atti e della documentazione pare condurre ad una qualificazione - in termini sostanziali e comunitari - del rapporto tra affidatario e soggetto deputato all'esecuzione materiale della fase di smaltimento, alla stregua di un subappalto, atteso che una parte della prestazione è previsto che venga eseguita da un soggetto terzo.

Conseguentemente, dalla suddetta analisi emerge, in via incidentale, un'anomalia nei contenuti del Disciplinare di gara nella parte in cui autorizza l'appaltatore, in alternativa allo smaltimento in proprio, ad avvalersi di un'impresa terza per le attività di smaltimento finale dei rifiuti, non nella forma del subappalto, bensì semplicemente mediante " *conferimento ad impianto autorizzato su territorio nazionale o estero*" (art. 5, punto 8, del Disciplinare di gara).

Peraltro, se da un punto di vista formale occorre verificare il rispetto delle indicazioni ulteriori che, al riguardo, lo stesso art. 118 detta, da un punto di vista sostanziale, quanto richiesto dalla *lex specialis*, e dimostrato sul punto dal raggruppamento in contestazione, appare conforme alle predette condizioni: viene specificamente richiesta ed indicata la parte di attività rimessa al terzo; viene richiesto e prodotto il documento attestante l'impegno del terzo in tal senso (nella specie sotto forma di convenzioni di impegno specifico relativo allo smaltimento in questione); viene richiesto e dimostrato il possesso dei requisiti della discarica sotto forma di specifica autorizzazione; e, infine, non risultano sussistenti elementi ostativi sotto il profilo preventivo.

In definitiva, nel caso in esame, risultano garantiti, tramite la documentazione richiesta dalla *lex specialis* e prodotta dall'impresa partecipante, i presupposti richiesti dalla normativa vigente al fine di verificare la disponibilità immediata dell'attività del terzo e la sussistenza dei requisiti richiesti.

Dalla predetta qualificazione deriva, in generale, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 118 invocato, con conseguente onere dell'amministrazione di verifica del rispetto delle condizioni e delle disposizioni imperative ivi dettate, che nella specie pare poter avere esito positivo (né parte istante ha indicato specifiche violazioni); sul punto le eventuali carenze potranno essere oggetto di integrazioni a fronte del dato della *lex specialis*, nei termini correttamente invocati in sede di controdeduzioni dal raggruppamento aggiudicatario, anche attraverso il riferimento puntuale alla più recente opinione giurisprudenziale in fattispecie analoga (Consiglio di Stato sez III n. 1371/2011).

A quest'ultimo proposito, relativamente alla presente fattispecie, va altresì ricordato il principio di cui all'art. 46 comma 1 bis d.lgs. 163/2006 (applicabile nella specie *ratione temporis*) in tema di tassatività delle cause di esclusione, a tenore del quale, a parte il rispetto delle prescrizioni normative (comprendenti quindi di quelle richiamate), va esclusa la possibilità di estendere i motivi di esclusione oltre determinati limiti, tra cui non rientrano gli elementi formali (e di modulistica utilizzata) così come invocati da parte istante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

- ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento Ghi.Be.Ca. S.r.l./Sameco S.r.l. sia conforme alle disposizioni previste dalla *lex specialis* di gara;
- richiama, tuttavia, la S.A., per l'avvenire, al rigoroso rispetto delle disposizioni in tema di subappalto in sede di stesura di bandi e disciplinari di gara.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data.14 febbraio 2012

Il Segretario Maria Esposito