

Parere n.82 del 30/05/2012

PREC 7/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Intini Source S.p.a. - " *Affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani con modalità porta a porta, servizi di nettezza urbana e connessi della Città di Nettuno* " - euro 25.759.316,00 - S.A.: Comune di Nettuno.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 dicembre 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la Intini Source S.p.a. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara pubblicato dal Comune di Nettuno il 22 ottobre 2011, per l'aggiudicazione del servizio quinquennale di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, di importo complessivo stimato pari ad euro 25.759.316,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società istante, appaltatrice del Servizio di igiene Urbana per la città di Nettuno dal 01.06.2008 al 01.06.2011, con proroga del servizio, nelle more di espletamento della gara, al 31.01.2012, contesta la legittimità della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati, per i seguenti profili:

- 1)** la preventiva individuazione dell'ing. Benedetto Sajeve, dirigente comunale, quale presidente della commissione di gara (art. 14 del disciplinare) violerebbe l'art. 84, decimo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006.
- 2)** le penalità previste per il mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata (art. 26 del c.s.a.) eccederebbero i limiti massimi stabiliti dall'art. 298 del D.P.R. n. 207 del 2010 e non terrebbero conto dei periodi di maggiore affluenza turistica;
- 3)** la previsione di un ampio *ius variandi* in favore della stazione appaltante, con facoltà di apportare modifiche unilaterali all'oggetto del contratto fino alla concorrenza del 30% del corrispettivo totale (art. 2 del c.s.a.) e di esigere interventi straordinari fino alla concorrenza del 10% del corrispettivo annuo (art. 35 del c.s.a.), introdurrebbe nel rapporto elementi di aleatorietà e violerebbe i limiti di cui all'art. 132 del D.Lgs. n. 163 del 2006;
- 4)** la limitazione della revisione prezzi al 90% dell'indice ISTAT - FOI (art. 23 c.s.a.) si porrebbe in contrasto con disciplina dei contratti pubblici;
- 5)** l'importo a base d'asta sarebbe sottostimato ed incongruo, in relazione ai costi da sostenersi per la remunerazione delle unità minime di personale da assumere (art. 11 del c.s.a.), per l'acquisto di mezzi, attrezzature e materiali contrattualmente indicati, in modo dettagliato (artt. 16-19 del c.s.a.), per il trasporto dei rifiuti entro il raggio di 200 km da Nettuno (art. 32 c.s.a.) ;

Il Comune di Nettuno, formalmente avvisato con nota di questa Autorità del 18 gennaio 2012, ha trasmesso le proprie controdeduzioni con nota del 3 maggio 2012.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Nettuno per l'affidamento del servizio in oggetto, per le ragioni evidenziate in fatto.

In via preliminare, vale rilevare che non può esser dubbia la qualificazione giuridica del servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti urbani come servizio pubblico locale a rilevanza economica (cfr. A.V.C.P., deliberazione 17 giugno 2009 n. 53; in giurisprudenza, per tutte, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005 n. 7058), come tale soggetto alla disciplina dell'art. 4 del D.L. n. 138 del 2011.

Ciò premesso, il parere di questa Autorità sui singoli quesiti è nei termini che seguono.

- 1)** Sulla nomina della commissione di gara.

Dall'esame della documentazione in atti emerge che l'art. 14 del disciplinare di gara individua il Presidente della Commissione giudicatrice nella persona dell'ing. Benedetto Sajeve, dirigente del Servizio Ambiente del Comune di Nettuno. Al riguardo, non può non rilevarsi l'illegittimità di tale disposizione per difformità con l'art. 84, comma 10, del Codice dei contratti, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

2) Sulla disciplina delle penali.

Con riferimento a tale motivo di doglianza va rilevato che l'imposizione da parte dell'Amministrazione, attraverso la *lex specialis* di gara, di penali contrattuali eccessivamente gravose dà luogo ad illegittimità delle relative clausole, per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Nella specie, suscita perplessità la misura delle sanzioni previste nell'art. 26 del c.s.a. per l'ipotesi di mancato raggiungimento degli obiettivi minimi di raccolta differenziata, che raggiunge importi massimi di euro 850.000, 750.000 e 450.000 a carico dell'impresa aggiudicataria (rispettivamente per gli anni 2014, 2013 e 2012), rispetto ai quali appare opportuno un riesame da parte del Comune di Nettuno.

3) Sulla disciplina delle varianti.

In via generale, deve escludersi che vi sia violazione del principio generale di determinatezza degli elementi essenziali della gara, in rapporto alle quantità del servizio o della fornitura, allorché l'Amministrazione appaltante si avvalga di una clausola del bando in cui sia chiaramente previsto lo *ius variandi*, ossia la facoltà di modificare il corrispettivo dell'appalto, in positivo o in negativo, per la sopravvenienza di circostanze predeterminate: in tali casi, non si produce alcun comportamento lesivo della *par condicio* dei partecipanti, data la presenza di una disciplina cui l'Amministrazione stessa si è autovincolata in sede di gara (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2003 n. 1544; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2003 n. 549).

Resta fermo però che le condizioni essenziali del rapporto contrattuale, da instaurarsi all'esito della procedura di evidenza pubblica, vale a dire il suo oggetto, la durata ed il corrispettivo, devono comunque essere individuate e definite nella tipologia e nel nucleo essenziale, non potendo ridursi il capitolato di gara ad uno schema nel quale far convergere le esigenze di volta in volta rinvenute dal committente (cfr. A.V.C.P., deliberazione 20 febbraio 2007 n. 40, che ha concluso nel senso dell'illegittimità di un affidamento avente oggetto indeterminato, nel quale l'appaltatore non sia posto in grado di valutare la portata e la fattibilità delle lavorazioni richieste).

Nella fattispecie in esame, il capitolato d'appalto predisposto dal Comune di Nettuno contiene la descrizione dei servizi richiesti all'operatore economico e fissa in via preventiva il corrispettivo annuo sul quale i concorrenti sono chiamati ad offrire il ribasso percentuale. Tuttavia l'art. 2 del c.s.a. prevede che " *l'amministrazione si riserva la facoltà di apportare modifiche all'oggetto del contratto quali, ad esempio: l'organizzazione ed estensione dei servizi, la soppressione di alcuni di essi, la durata degli interventi previsti, le modalità del loro svolgimento, nonché una diversa presenza del personale addetto. In tali casi l'appaltatore è obbligato ad accettare tali modifiche, fino alla concorrenza, in diminuzione ovvero in aumento, del 30% dell'ammontare complessivo del contratto d'appalto senza da ciò ingenerare pretese sotto qualsiasi forma* ". Dalla lettura dell'art. 2 sopra riportato, emerge che i confini entro cui l'amministrazione è autorizzata a muoversi nell'esercizio di detto *ius variandi* non sembrano ben definiti, essendo le ipotesi riportate in tale disposizione di natura meramente esemplificativa, con la conseguenza che l'aggiudicatario potrebbe trovarsi di fronte a modifiche anche sostanziali dell'oggetto del contratto cui l'amministrazione riterrebbe di essere legittimata a ricorrere per la sola previsione, all'interno della *lex specialis* in oggetto, della clausola in contestazione.

Per le ragioni sopra evidenziate, si invita la stazione appaltante a rivedere la clausola relativa allo *ius variandi*.

4) Sulla disciplina della revisione prezzi.

L'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 specifica che " *tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, comma 4, lettera c) e comma 5* ". Nella fattispecie, l'art. 23 del c.s.a. non recepisce integralmente la previsione dell'art. 115 del Codice in ordine alla corresponsione del compenso revisionale, nel senso che pur richiamando tale disposizione, prevede che " *... il canone di appalto, con cadenza annuale, è soggetto a revisione, a partire dal secondo anno di vigenza del contratto* " e che " *a fronte dell'eventuale mancata pubblicazione da parte dell'ISTAT dei dati relativi all'andamento dei prezzi dei principali beni e servizi acquistati dalle Amministrazioni pubbliche, la revisione del canone d'appalto è operata applicando il 90% dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e di impiegati (indice FOI) pubblicato dall'ISTAT. L'indice FOI utilizzato è quello medio annuo riferito all'anno precedente a quello in cui viene determinata la revisione del canone. La revisione del canone scatterà solo su richiesta avanzata dalla parte che vi avrà interesse* ".

La stazione appaltante quindi ha regolato in modo autonomo il meccanismo di adeguamento automatico del canone consentendone il riconoscimento nella misura massima del 90% dell'incremento medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo delle famiglie per l'anno precedente,

secondo modalità che appaiono eque e ragionevoli.

5) Sulla congruità del corrispettivo a base d'asta.

Anche in materia di servizi pubblici locali deve ritenersi vigente il principio di carattere generale, secondo il quale le Amministrazioni aggiudicatrici devono effettuare un'attenta verifica in ordine alla congruità del canone a base di gara, non soltanto per garantire che il valore economico dell'affidamento sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed ai parametri normativi di tutela dei lavoratori impiegati (cfr. A.V.C.P., parere 17 dicembre 2008 n. 259), ma anche per salvaguardare la *par condicio* e la serietà del confronto concorrenziale, che deve svolgersi su parametri tecnico-economici oggettivamente attendibili e rispondenti al reale andamento dei prezzi di mercato (cfr. A.V.C.P., parere 9 febbraio 2011 n. 28).

La necessità che gli atti di gara siano predisposti in modo da perseguire l'equilibrio economico del servizio e la sua remuneratività è, altresì, desumibile dalla vigente formulazione dell'art. 4, comma 11, del D.L. n. 138 del 2011, che disciplina le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

D'altra parte, nell'area dei contratti ad evidenza pubblica, l'Amministrazione, fatta salva l'osservanza di speciali normative di settore, può e deve agire alla stregua dei principi economici del libero mercato, fissando i prezzi a base d'asta ritenuti responsabilmente più congrui ed adeguati all'interesse perseguito, risultato che il più delle volte è verificabile *ex post* alla luce del numero dei partecipanti alla selezione e delle condizioni di aggiudicazione del servizio (cfr. A.V.C.P., parere 8 ottobre 2009 n. 101).

Nella specie, la Intini Source s.p.a. ha trasmesso all'Autorità un'analitica stima previsionale del costo della manodopera e delle attrezzature, ponendo in evidenza un possibile squilibrio rispetto al canone a base d'asta.

Il Comune di Nettuno ha replicato, osservando:

- che il capitolato d'appalto non prevede la riconsegna dei mezzi alla stazione appaltante al termine dell'affidamento, che detti mezzi potranno essere acquisiti dall'aggiudicatario anche in forma diversa dalla piena proprietà (ad es. noleggio, *leasing*, etc.) e che, in ogni caso, il capitolato prevede un numero minimo di mezzi per il solo servizio di raccolta porta a porta, con differenziazione tra periodo invernale ed estivo;

- che alcune delle attrezzature indicate dalla Intini Source s.p.a. nel proprio quesito saranno, in realtà, messe a disposizione dall'Amministrazione;

- che l'aggiudicataria provvisoria I.P.I. - Impresa Pulizie Industriali s.r.l. ha prodotto, in data 30 aprile 2012, congrue giustificazioni in ordine ai costi da sostenere per l'acquisto e l'ammortamento dei mezzi (circa euro 1.418.000 all'anno), per la retribuzione del personale (circa euro 3.000.000 all'anno), per l'acquisto dei materiali di consumo e delle attrezzature (circa euro 254.000 all'anno), per la realizzazione e l'ammortamento dell'isola ecologica (circa euro 53.000 all'anno), residuando spese generali stimate in euro 265.000 annui ed un utile d'impresa di euro 151.000 annui.

Deve pertanto ritenersi, alla luce delle controdeduzioni formulate dalla stazione appaltante, che il corrispettivo a base di gara non risulta essere manifestamente incongruo, ferma restando la necessità di esperire l'ordinaria verifica di attendibilità delle giustificazioni fornite dall'impresa aggiudicataria in ordine al prezzo offerto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la nomina del Presidente della Commissione giudicatrice debba avvenire sempre dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e che l'art. 14 del disciplinare di gara, che individua nella persona dell'ing. Benedetto Sajeve, dirigente del Servizio Ambiente del Comune di Nettuno, il Presidente della Commissione, sia illegittimo per contrasto con l'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006;

- che il Comune di Nettuno, in relazione alla gara indicata in epigrafe, dovrà riconsiderare la ragionevolezza delle penali previste dall'art. 26 del c.s.a., alla luce delle osservazioni formulate dalla Intini Source s.p.a. ;

- che la previsione della *lex specialis* di gara riguardante le variazioni al servizio in corso d'opera lasci un eccessivo margine di manovra alla stazione appaltante in ordine alla facoltà di modificare l'oggetto dell'appalto;

- che la previsione riguardante la revisione del canone sia conforme all'ordinamento di settore;

- che il corrispettivo a base di gara, alla luce delle offerte pervenute e delle giustificazioni rese dall'impresa aggiudicataria provvisoria, non sia manifestamente incongruo.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito