



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 218 DEL 10 DICEMBRE 2015

PREC 101/15/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Comune di Cervinara – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento meccanico e manuale di tutte le strade comunali. Importo a base di gara euro: 165.000,00. S.A.: Comune di Cervinara.

Appalto riservato a Cooperative Sociale di Tipo B – Avvalimento – Esclusione.

Iscrizione Albo Gestori Ambientali.

Nel caso di procedure rivolte alle sole cooperative sociali di tipo B, l'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato solo nel caso in cui si risolve nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse.

Per lo svolgimento dell'attività di spazzamento meccanico è necessaria la relativa abilitazione presso l'Albo Nazionale Gestori Ambientali e la suddetta iscrizione costituisce un requisito di esecuzione del contratto.

Art. 49 d.lgs. 163/2006; Art. 212 d.lgs. 152/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 1320 del 9.1.2015 presentata dal Comune di Cervinara relativamente alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento meccanico e manuale di tutte le strade comunali;

VISTI in particolare i quesiti formulati, a seguito di doglianze avanzate da diverse partecipanti, in ordine: all'esclusione da disporre o meno a carico delle concorrenti che hanno fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento dei requisiti tecnico-organizzativi con imprese non aventi caratteristiche di cooperative sociali di tipo B; all'esclusione o meno da disporre a carico delle concorrenti non in possesso del requisito di iscrizione all'Albo Gestori Ambientali;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30.4.2015;

VISTA la memoria inoltrata dalla Cooperativa Albatros con la quale contesta la legittimità dell'avvalimento di cui si sono avvalse le imprese IGS Cooperativa Irpinia Global Service e la Cooperativa CoopServizi Coop. Sociale a.r.l. Onlus, per la dimostrazione dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico, in quanto entrambe le società ausiliarie risultano essere società lucrative. Inoltre, la Cooperativa Albatros evidenzia che l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali non sia richiesta quale requisito di partecipazione, né di esecuzione, stante la natura dell'attività da svolgere in quanto nel bando di gara non è contemplata l'ipotesi di trasporto e smaltimento dei rifiuti, ma soltanto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

raccolta e conferimento degli stessi. Infine, rappresenta che, nelle more della definizione della procedura *de qua*, sospesa ai fini del rilascio del richiesto parere, il Comune di Cervinara ha ritenuto opportuno procedere all'affidamento diretto ex art. 5 legge 381/1991 del servizio spazzamento delle strade comunali alla Cooperativa CoopServizi a.r.l. Onlus, per il bimestre 19.2.2015-18.4.2015, e alla IGS Irpinia Global Service per il successivo bimestre. La Cooperativa Albatros ritiene illegittime le suddette determinazioni assunte dal Comune di Cervinara in quanto risultando la medesima già aggiudicataria dell'appalto per l'anno 2014, l'amministrazione precedente ben avrebbe potuto porre in essere, in proprio favore, una proroga del contratto in scadenza;

VISTE le osservazioni pervenute da parte della Irpinia Global Service scarl Onlus con le quali a sostegno della fondatezza e correttezza del contratto di avvalimento utilizzato, sostiene che lo stesso integri un contratto di garanzia e che l'oggetto del prestito sia circoscritto al requisito relativo al fatturato globale realizzato e all'effettuazione di servizi analoghi nel periodo e per l'importo richiesto, recando garanzia di affidabilità economico-finanziaria nel settore di mercato di cui alla gara. Con riferimento alla censura sollevata proprio dalla Irpinia Global Service in ordine alla mancata iscrizione Albo Gestori Ambientali delle concorrenti Cooperativa CoopServizi a.r.l. Onlus e della Cooperativa Albatros, la stessa ribadisce l'indispensabilità del requisito nella Categoria 1 per lo svolgimento dell'attività di spazzamento;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

TENUTO CONTO che la procedura in oggetto è stata rivolta alle sole cooperative sociali di tipo B (art.1, comma 1, lett. b) della legge n. 381/1991) e ciò appare ammissibile purché nel rispetto delle condizioni previste dalla suddetta legge. Come illustrato nella determinazione n. 3/2012 - Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5 comma 1 della l. 381/1991 e s.m.i. -, gli affidamenti in deroga alle cooperative sociali di tipo B devono essere distinti dai c.d. appalti riservati di cui all'art. 52 del d.lgs. 163/2006. Infatti, la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 («fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali») sta ad indicare che le due discipline - quella del Codice dei Contratti e quella di cui all'art. 1, lettera b) della l. 381/1991 – si muovono in ambiti diversi. Le cooperative sociali, infatti, diversamente da quanto richiesto per la figura del laboratorio protetto, svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate e non solo disabili e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate e non già la maggioranza di lavoratori disabili, come invece richiesto per il laboratorio protetto;

CONSIDERATA in generale, la disciplina prevista dall'art. 49 d.lgs. 163/2006 in tema di avvalimento e quanto a riguardo precisato dall'Autorità con determinazione n. 2/2012, laddove afferma che nell'avvalimento, a differenza che nel subappalto, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ma anche verso la stazione appaltante, essendo, inoltre, prevista una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante stessa;

RILEVATO che, nel caso di specie, il Comune di Cervinara ha previsto nel proprio bando la possibilità per il concorrente di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo;

RILEVATO altresì che, essendo la procedura *de qua* rivolta alle sole cooperative sociali di tipo B, e considerato il rapporto intercorrente tra la concorrente e l'eventuale impresa ausiliaria e stazione appaltante, si presume che il suddetto istituto possa essere utilizzato solo nel caso in cui si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse. Del medesimo avviso è l'orientamento giurisprudenziale espresso dal TAR Lazio, Sezione II bis, sentenza del 15.6.2010, n. 17762, anche sulla scorta del parere di precontenzioso n. 38/2009, laddove ha ritenuto illegittimo un bando di gara nella parte in cui non prevede un espresso divieto di tale forma di avvalimento (tra cooperativa sociale di tipo B e società di capitali), secondo le considerazioni «che, ove si consentisse alle cooperative sociali di partecipare tramite tale forma di avvalimento agli appalti ad esse riservati, ne risulterebbe alterata la par condicio del relativo settore, con conseguente rilevante pregiudizio dello stesso imparziale perseguimento delle finalità sociali e solidaristiche perseguite, nel senso che non sarebbe garantita “ex ante” una uniforme possibilità di ampliamento delle possibilità partecipative alle gare»;

CONSIDERATO altresì, sul secondo profilo di doglianza che, per consolidato orientamento espresso da questa Autorità, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti relativi allo svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento rifiuti a norma dell'art. 212 del d.lgs. 152/2006, “dovendo i bandi prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione” (cfr. ANAC, parere n.152 del 9 settembre 2015; nonché AG 7-09 del 23 aprile 2009 e parere di precontenzioso n. 89 del 29 aprile 2010 in cui si cita “determinazione n. 7/2005; deliberazioni nn. 93/2007, 95/2007, 96/2007, 128/2007, 210/2007”);

CONSIDERATO inoltre che, nell'ambito delle categorie di iscrizione presso l'Albo Nazionale Gestori Ambientali, tra le altre attività incluse nella categoria 1: raccolta e trasporto rifiuti urbani, è prevista l'attività di spazzamento meccanizzato, con la conseguenza che si rende necessario il possesso della suddetta abilitazione per l'operatore economico chiamato a svolgere anche il suddetto servizio;

RITENUTO quindi che spetta alla stazione appaltante valutare nei confronti dei concorrenti in concreto il possesso di tale requisito secondo la corretta individuazione della relativa categoria e classifica ai fini dell'esecuzione del servizio e al momento della conclusione del contratto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- nel caso di procedure rivolte alle sole cooperative sociali di tipo B, l'istituto dell'avvalimento possa essere utilizzato solo nel caso in cui si risolve nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse;
- che per lo svolgimento dell'attività di spazzamento meccanico sia necessaria la relativa abilitazione presso l'Albo Nazionale Gestori Ambientali e che la suddetta iscrizione costituisce un requisito di esecuzione del contratto, dovendo il bando prevedere una specifica clausola in base alla quale non si procederà alla stipulazione del contratto in caso di mancato possesso della relativa iscrizione.

Infine, con riferimento alla questione relativa all'affidamento diretto ex art. 5 legge 381/1991, si trasmette la relativa documentazione in atti all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, per gli eventuali opportuni seguiti di competenza.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 dicembre 2015

Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf – 138 kb