



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1149**

**DEL 12 dicembre 2018**

**OGGETTO:** Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Servizi Ecologici di Marchese Giosè e Comune di Luzzi - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti con sistema "porta a porta", trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani e servizi accessori nel territorio del Comune di Luzzi - Importo a base d'asta: euro 2.139.000,00 - S.A.: SUA Provincia di Cosenza per conto del Comune di Luzzi.

**PREC 225/18/S**

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza prot. n. 54619 del 22 giugno 2018 l'operatore economico Servizi Ecologici di Marchese Giosè ha richiesto all'Autorità di valutare la legittimità di alcune clausole contenute nella documentazione di gara della procedura in oggetto. In particolare: a) la previsione di cui all'art. 2 del disciplinare di gara, che indica tra i requisiti di partecipazione il possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (ANGA) per la sola categoria 1, classe e), mentre il capitolato speciale di appalto prevede lo svolgimento anche di attività di bonifica e di raccolta di rifiuti speciali e pericolosi che richiederebbero, secondo l'istante, l'iscrizione per le categorie 4, 5, 9 e 10; b) la previsione di cui all'art. 8 del capitolato d'appalto, che pone a carico dell'appaltatore «gli oneri relativi alla frazione umida organica che lo stesso appaltatore conferirà a propria cura e spese presso gli impianti indicati dall'ente nonché quelli relativi allo smaltimento dei rifiuti urbani indifferenziati compreso il tributo dovuto annualmente alla Regione Calabria». In questo caso si sarebbe inserito nell'importo a base d'asta, soggetto a ribasso, il costo relativo al pagamento della tariffa fissata annualmente dalla Regione per lo smaltimento dei rifiuti indifferenziati e per il recupero di quelli organici; c) la mancata previsione di una clausola di salvaguardia che consenta un adeguamento del corrispettivo dell'appalto in caso di aumento della tariffa regionale; d) l'obbligo, contenuto all'art. 12 del capitolato, di impiegare almeno sette unità lavorative assunte regolarmente alle dipendenze dell'appaltatore, che gioverebbero della clausola sociale prevista all'art. 13, senza tenere conto che nel servizio attualmente in corso già sono impiegate otto unità e che il capitolato prevede un'estensione dei servizi richiesti, senza un corrispondente incremento del personale necessario.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Con successiva nota pervenuta al prot. n. 93463 del 14 novembre 2018 il Comune di Luzzi ha comunicato la volontà di aderire all'istanza di parere, formulando le seguenti precisazioni sulle censure sollevate: a) la mancata richiesta della qualificazione per alcuni servizi dipende dal fatto che si tratta di prestazioni eventuali e marginali per le quali, ove l'aggiudicatario fosse privo della qualificazione necessaria, sarebbe possibile sopperire con il ricorso al subappalto; b) l'inclusione della tariffa di conferimento nella base d'asta dipende dalla difficoltà di quantificare a priori l'entità del suo costo annuo, poiché una raccolta differenziata elevata, obiettivo al quale l'amministrazione tende, potrebbe perfino azzerare il costo della tariffa regionale; c) l'assenza di una clausola di revisione del corrispettivo in ipotesi di aumento della tariffa regionale è dovuta alla circostanza di ritenere tale eventualità parte del rischio d'impresa e comunque evitabile con una raccolta differenziata puntuale; d) circa il personale da impiegare nell'appalto, si è ritenuto sufficiente il numero di sette lavoratori.

A seguito dell'avvio del procedimento (prot. n. 94628 del 19 novembre 2018), sono pervenute ulteriori memorie dall'operatore economico istante (sostanzialmente a conferma dei rilievi già sollevati) e dalla Provincia di Cosenza, in qualità di stazione unica appaltante. Quest'ultima, specificando che la SUA non ha fornito chiarimenti o disposizioni in merito alle censure evidenziate, ha rinviato ogni decisione al Responsabile unico del procedimento del Comune di Luzzi.

### **Ritenuto in diritto**

L'istanza di parere riguarda diversi aspetti relativi all'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani che saranno esaminati nell'ordine.

Rilievo *sub a)*. Categorie di iscrizione all'ANGA.

Ai sensi dell'art. 212, comma 5, del d.lgs. 152/2006 ("Norme in materia ambientale"), l'iscrizione all'ANGA «è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi (...)». Il comma 6 dispone inoltre che «l'iscrizione deve essere rinnovata ogni cinque anni e costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti; per le altre attività l'iscrizione abilita allo svolgimento delle attività medesime». Pertanto, l'iscrizione all'ANGA è requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti in quanto costituisce titolo autorizzatorio al suo esercizio, previsto in via obbligatoria dalla legge. La specifica connotazione soggettiva dell'iscrizione all'Albo è altresì confermata dal divieto di avvalimento di tale requisito sancito espressamente dall'art. 89,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

comma 10, del d.lgs. 50/2016, trattandosi di elemento non “trasferibile” da un operatore economico all’altro.

La giurisprudenza (e conseguentemente l’Autorità, con il Comunicato del 28 agosto 2017) ha definitivamente affermato che l’iscrizione all’ANGA costituisce un requisito speciale di idoneità professionale che va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Trattandosi di requisito di partecipazione e non di esecuzione, è necessario che la stazione appaltante individui preventivamente le categorie nel bando, tenuto conto delle proprie esigenze, come descritte nel capitolato speciale d’appalto, nonché degli obblighi minimi previsti dall’Albo. Solo in taluni casi particolari, ad esempio quando la gara ha oggetto diverso dalla bonifica dei rifiuti, essendo questa prevista soltanto in via residuale e servente (il cui valore è stato individuato in meno dell’1% del valore complessivo del contratto) rispetto alla prestazione oggetto dell’appalto, il giudice ha ritenuto ragionevole e coerente con il principio del *favor participationis* la scelta di non prevedere come requisito escludente la specifica iscrizione all’Albo, ma di richiederla come requisito necessario per il soggetto che eseguirà quella singola prestazione (TAR Lecce, Sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1406). Il riferimento è al cosiddetto subappalto necessario, che garantisce che l’esecutore sia effettivamente e personalmente in possesso del necessario requisito di idoneità professionale (Tar Piemonte, Sez. II, 17 gennaio 2018 n. 94).

Nel caso all’esame, l’appalto ha ad oggetto la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani ed assimilati, nonché servizi accessori. Il bando, prevedendo l’iscrizione all’ANGA in categoria 1 (raccolta e trasporto di rifiuti urbani), copre l’elencazione dei rifiuti classificati come urbani contenuta all’art. 184, comma 2, del d.lgs. 152/2006, nonché, presumibilmente ancorché non espressamente specificato, tutte le relative sottocategorie, dalla D1 alla D7 e le attività di spazzamento meccanizzato e di gestione dei centri di raccolta, come individuate da ultimo dal Comitato nazionale dell’Albo con la deliberazione 12 settembre 2017 (“Modifiche e integrazioni alla deliberazione n. 5 del 3 novembre 2016, recante criteri e requisiti per l’iscrizione all’Albo, con procedura ordinaria, nelle categorie 1, 4 e 5”).

Nell’art. 4 del capitolato speciale d’appalto, tuttavia, si prevedono, quali servizi straordinari ed occasionali: i ripristini ambientali di aree oggetto di carico abusivo; i piani di bonifica di amianto abbandonato sul territorio; lo smaltimento di rifiuti speciali. Per queste attività, che richiedono l’iscrizione alle altre categorie dell’ANGA, non viene fornita alcuna quantificazione, nemmeno presunta, né indicazioni circa i requisiti che i concorrenti devono possedere per poter partecipare alla gara. In questo senso quindi il bando di gara risulta carente, poiché non individua e non quantifica la prestazione principale e quelle accessorie, non disciplina le modalità di partecipazione in funzione dei requisiti richiesti e, pur consentendo il subappalto, non contiene alcun richiamo al rispetto dell’obbligo di iscrizione alle necessarie categorie ANGA.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Rilievi *sub b) e c)*. Tariffa di conferimento dei rifiuti posta a carico dell'aggiudicatario e mancato adeguamento del corrispettivo contrattuale in caso di aumento della medesima.

Nel quadro economico contenuto nella determina a contrarre n. 123 del 3 ottobre 2017 è riportato unicamente l'importo a base d'asta per il primo anno del servizio, con i relativi oneri per la sicurezza, mentre tra le somme a disposizione dell'amministrazione figura unicamente l'IVA. Ciò non consente di ricostruire l'effettivo iter seguito dall'amministrazione nella fissazione del valore dell'appalto. È noto che, ai sensi dell'art. 35, comma 4, del d. lgs. 50/2016, il valore stimato dell'appalto deve tenere conto dell'importo massimo valutato dall'amministrazione aggiudicatrice, comprensivo di qualsiasi forma di opzione o rinnovo esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. In fase di progettazione dell'appalto (art. 23, comma 15 del d. lgs. 50/2016) si sarebbero dovuti evidenziare, tra gli altri, il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione delle prestazioni, l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità. In via generale, il rimborso delle spese sostenute a fronte di specifiche attività amministrative è sempre contemplato da puntuali disposizioni normative in quanto, in assenza di un'espressa previsione di legge, nessuna amministrazione può chiedere contributi ai cittadini per prestazioni riconducibili all'esercizio delle proprie funzioni (cfr. ad es. Parere sulla Normativa AG 21/13 del 18 luglio 2013). Per questa ragione, non possono essere poste a carico dell'aggiudicatario le spese di gestione delle procedure di gara (quali ad esempio i costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche di negoziazione di cui all'art. 41, comma 2 bis, del d. lgs. 50/2016), nonché i costi di funzionamento della stazione appaltante (quali ad esempio l'incentivo da corrispondere al Rup (deliberazione ANAC n. 267 del 14 marzo 2018)). Analogamente, nel calcolo degli oneri complessivi dell'appalto devono essere evidenziate e scorporate le voci che, per loro natura, costituiscono costi non ribassabili perché non appartenenti alla sfera di disponibilità dell'appaltatore.

La tariffa regionale per il conferimento all'impianto dei rifiuti urbani è il corrispettivo di gestione dell'impianto che il Comune è tenuto a corrispondere per lo svolgimento del servizio costituito dal trattamento/smaltimento dei rifiuti medesimi. Si tratta di una voce di costo variabile in funzione delle quantità delle diverse tipologie di rifiuti conferiti, ma non per questo da ritenere indeterminabile, quanto meno sotto forma di massimale rimborsabile (come somma scorporata dalla base d'asta ribassabile e collegata alla corretta e fisiologica gestione dell'appalto), potendosi fare riferimento al dato storico delle quantità di rifiuti prodotti negli anni precedenti. Pertanto, la stazione appaltante è tenuta ad effettuarne una stima, collegandola a specifici obiettivi di raccolta differenziata da prevedere nel capitolato d'appalto e, in ipotesi, lasciandone l'onere a carico dell'appaltatore solo in caso di mancato raggiungimento dei traguardi prefissati. Nel caso in esame, inoltre, trattandosi di un appalto di servizi e non di una concessione, il trasferimento del rischio



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

operativo di fatto operato dalla stazione appaltante mediante la mancata valorizzazione nell'ambito del costo dell'appalto della tariffa regionale non appare coerente con i principi che governano gli appalti pubblici.

Analogamente, per quanto attiene alle eventuali variazioni della tariffa medesima nel corso della durata dell'appalto, appare necessaria una disciplina della revisione del corrispettivo contrattuale, facendo anche ricorso alle previsioni di cui all'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, e individuando *“le condizioni alle quali esse possono essere impiegate”* nelle sopravvenute disposizioni emanate da autorità aventi competenza in materia.

Rilievo *sub d)*. Adempimenti in tema di clausola sociale.

Secondo costante giurisprudenza (per tutte: Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2018 n.5551 e Sez. V, 28 agosto 2017 n.4079) l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. Il Consiglio di Stato, nel parere n. 2703 del 21 novembre 2018 sullo schema de Linee guida recanti la disciplina sulle clausole sociali di cui all'art. 50 del d. lgs. 50/2016, ha osservato che il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo dei rapporti di lavoro che le parti, ovvero i sindacati e le associazioni datoriali, hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi, e come tale, dal punto di vista del datore di lavoro, esso è parte dell'organizzazione di impresa da lui prescelta. Si tratta appunto di un sistema, le cui parti sono interdipendenti, e pertanto un intervento autoritativo esterno su una sola di queste parti, in ipotesi l'inserzione di una clausola sociale imposta da un bando di gara, può portare alla disdetta dell'intero contratto, con effetti contrari a quelli di protezione sociale che la clausola vorrebbe raggiungere. Ne deriva inevitabilmente che ove la successione tra imprese, a fini sociali, sia già prevista dai CCNL cui aderiscono le imprese del settore, non vi è spazio alcuno per la clausola sociale inserita nel bando. Nel caso di specie, i contratti collettivi del settore attualmente in vigore prevedono una specifica procedura per il passaggio diretto al soggetto subentrante dei lavoratori addetti in via ordinaria o prevalente allo specifico appalto, nonché i casi di ristrutturazione e riorganizzazione dei servizi che abbiano implicazioni sui livelli occupazionali, prevedendo modalità atte a garantire il mantenimento dei livelli occupazionali. Si tratta quindi di un assetto compiuto al quale fare riferimento, che non si pone in contrasto con la previsione (art. 12 del capitolato d'appalto) dell'obbligo di impiegare almeno sette unità lavorative. Le valutazioni di merito circa la congruità delle unità di personale da impiegare nel servizio attengono alle scelte discrezionali dell'amministrazione sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice. Tali valutazioni, come noto, non sono sindacabili dal giudice amministrativo né dall'Autorità, salvo profili di evidente illogicità o irragionevolezza rispetto ai quali, nel caso di specie, non si ravvisano gli estremi.

Alla luce di quanto sopra considerato,



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore, limitatamente ai profili sub a), b) e c) sopra descritti.

Il Presidente  
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 dicembre 2018

Il segretario Maria Esposito