



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 75 DEL 24 gennaio 2018

OGGETTO: Istanze di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentate da Consorzio C.I.T.E. Scarl e Tek.r.a. S.r.l. – Servizio relativo al piano di gestione integrata dei rifiuti prodotti sul territorio comunale di Eboli– Importo a base di gara: euro 29.857.997,10 - S.A.: Comune di Eboli – Centrale Unica di Committenza Sele Picentini

PREC 328/17/S

Considerato in fatto

Con note acquisite al prot. n. 50714 del 6 aprile 2017 e n. 51484 del 7 aprile 2017, rispettivamente, Tek.r.a. S.r.l. e Consorzio C.I.T.E. Scarl hanno lamentato il carattere arbitrario e discriminatorio della clausola della *lex specialis* di gara con la quale il Comune di Eboli ha richiesto, ai fini della partecipazione alla gara in epigrafe, l'esecuzione di servizi di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati con il sistema porta a porta e attività di spazzamento manuale e meccanizzato in favore di un «Comune con popolazione residente complessivamente servita tra 20.000 e 50.000 abitanti, pari alla classe di appartenenza del Comune di Eboli prevista dal Premio Legambiente Campania- Comuni Ricicloni» che certifichi «in modo chiaro ed inequivocabile che l'impresa partecipante ha gestito direttamente in appalto, in via continuativa e senza interruzioni, nei cinque anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara (dal 2011 al 2015)» il richiamato servizio e che «nel suddetto periodo, l'impresa partecipante abbia raggiunto l'obiettivo minimo, calcolato distintamente per ciascun anno solare del suddetto quinquennio di riferimento, pari ad almeno il 65% (sessantacinquepercento) di Raccolta Differenziata, determinato secondo i criteri di cui al metodo nazionale ISPRA» (punto 13, lett. c, Disciplinare).

Ad avviso degli istanti la richiamata clausola è illegittima in quanto, prevedendo un requisito di partecipazione ingiustificatamente restrittivo, viola il principio della libera concorrenza, che garantisce il massimo accesso alla procedura di gara, e il principio di proporzionalità dei requisiti di capacità tecnica rispetto all'oggetto dell'affidamento (art. 83 d.lgs. n. 50/2016).

In particolare, i motivi di doglianza articolati nelle due istanze attengono a: *a)* la richiesta dell'avvenuta esecuzione di un unico servizio, potendo l'idoneità tecnica essere dimostrata anche attraverso l'esecuzione di servizi in favore di più comuni; *b)* la limitazione dei 50.000 abitanti, in ragione della quale il servizio di durata quinquennale deve essere stato espletato in un comune con popolazione (non inferiore a 20.000 ma anche) non superiore a 50.000 abitanti, che comporta l'abnorme risultato di escludere le imprese che abbiano maturato la propria capacità tecnica espletando il servizio in esame in favore di comuni con popolazione superiore a 50.000 abitanti; *c)* la richiesta di avere raggiunto in ciascuno dei cinque anni una percentuale minima di raccolta differenziata (65%) che risulta maggiore di quella individuata nel Piano regionale sulla gestione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dei rifiuti solidi urbani della Regione Campania che ha preventivato il raggiungimento di tale percentuale soltanto per l'anno 2019 e decisamente superiore al risultato medio di raccolta differenziata della Regione Campania che, negli ultimi sei anni, si è attestato su valori percentuali medi pari al 45%; *d*) la richiesta che detta percentuale sia stata raggiunta in un periodo continuativo di cinque anni.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 6 novembre 2017, le parti non hanno ulteriormente argomentato in ordine alle proprie istanze.

Ritenuto in diritto

Secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, confermato da numerose pronunce dell'Autorità, le stazioni appaltanti, nell'esercizio del potere - dovere di adottare le misure più adeguate, opportune e congrue per il perseguimento dell'interesse pubblico, possono discrezionalmente fissare requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi rispetto a quelli previsti dalla normativa in materia, avuto riguardo alla peculiarità dell'appalto, a condizione che il requisito richiesto appaia preordinato ad assicurare l'idoneità degli operatori economici concorrenti allo svolgimento del servizio oggetto di gara, al fine di ottenere la necessaria garanzia qualitativa di esecuzione dell'istaurando rapporto contrattuale, e sia proporzionato all'oggetto dell'appalto (cfr., *ex multis*, TAR Lazio Roma, sez. II ter, 8 febbraio 2017 n. 2115; Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017 n. 9; Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2015 n. 4440; Parere di precontenzioso n.102 del 9 giugno 2011; Parere di precontenzioso n.125 del 6 giugno 2014).

La proporzionalità e la ragionevolezza dei requisiti non va quindi valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara.

Nel caso di specie, il contratto ha per oggetto l'affidamento dei servizi di raccolta (differenziata e non) e trasporto dei rifiuti urbani, servizi di nettezza urbana, servizi informativi e di trattamento dei rifiuti urbani (art. 1, comma 1, del Capitolato speciale di appalto) su tutto il territorio comunale di Eboli (art. 1, comma 4) per la durata di cinque anni (art. 3) ed è finalizzato, tra gli altri, al raggiungimento dell'obiettivo di raccogliere in modo differenziato, al fine di ridurre la quantità di RSU da smaltire in discarica, secondo il prospetto di seguito indicato:

- entro il primo anno dall'avvio del servizio: il 65% di raccolta differenziata;
- entro il secondo anno dall'avvio del servizio: il 67% di raccolta differenziata;
- entro il terzo anno dall'avvio del servizio: il 69% di raccolta differenziata;
- entro il quarto anno dall'avvio del servizio: il 71% di raccolta differenziata;
- entro il quinto anno dall'avvio del servizio: il 73% di raccolta differenziata (art. 4).

La richiesta dello svolgimento di servizi della medesima tipologia (raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati con il sistema porta a porta e attività di spazzamento manuale e meccanizzato) di quelli oggetto della presente gara in favore di un comune classificabile sotto il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

profilo della popolazione residente nella medesima classe di appartenenza del Comune di Eboli risponde all'interesse pubblico di selezionare concorrenti che abbiano maturato l'esperienza e la competenza necessaria per gestire le complessità organizzative e tecniche proprie di quella tipologia di servizi in comuni di una certa dimensione.

Come considerato nel parere di precontenzioso n. 5 dell'11 gennaio 2017, la clausola del bando che richiede ai fini della dimostrazione dell'idoneità tecnico-professionale dei concorrenti lo svolgimento di un solo contratto analogo di un determinato importo senza consentire la possibilità di cumulare, ai fini del raggiungimento della soglia richiesta, più contratti di minori dimensioni eseguiti nel periodo di riferimento è legittima a condizione che la stazione appaltante, che intende elevare la soglia dei requisiti di partecipazione per assicurarsi un livello qualitativo adeguato all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, abbia proceduto ad un equo bilanciamento dei diversi interessi; ed è considerato un bilanciamento sufficiente quello che si rinviene nella necessità di consentire l'ammissione delle sole imprese la cui idoneità sia comprovata da lavori di entità tale da garantire la buona esecuzione dell'opera, oltre che nella specificità delle forniture in gara (cfr. TAR Umbria, sez. I, 27 settembre 2011, n. 310).

Analogamente, nel caso in esame, può ritenersi giustificata e non sproporzionata la richiesta dello svolgimento di un unico servizio in favore di un comune avente una determinata popolazione, in luogo del cumulo di più servizi svolti presso comuni meno popolati, in quanto finalizzata a garantire l'acquisizione di competenze in campo tecnico e organizzativo parametrize all'oggetto del contratto in esame.

Non appare invece ragionevole, anche perché conduce a risultati paradossali, l'esclusione della rilevanza dell'esperienza pregressa maturata presso comuni avente una popolazione residente maggiore di quella del Comune di Eboli, dovendosi ritenere la competenza acquisita svolgendo il servizio in comuni con popolazione superiore a 50.000 abitanti pienamente idonea all'espletamento del servizio in comuni con popolazione inferiore.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Quanto alla richiesta di avere raggiunto un risultato percentuale minimo di raccolta differenziata (65%), l'Autorità si è espressa rispetto a tale tipologia di clausole affermando: «che è consentito alla stazione appaltante prescrivere il raggiungimento, nell'ultimo triennio, di un risultato di raccolta differenziata corrispondente alla percentuale minima obbligatoria fissata dall'art. 205 del D.Lgs. n. 152 del 2006 (cfr. A.V.C.P., parere 27 maggio 2010 n. 110); che sono viceversa illegittime la clausole dei bandi di gara che richiedono il raggiungimento di soglie percentuali più elevate di quelle minime fissate dal legislatore per gli anni di riferimento, giacché “appare illogico richiedere ai fini della partecipazione alla gara all'impresa un livello di resa della raccolta differenziata superiore a quello che si impone alla medesima impresa in sede di esecuzione del contratto” (cfr. A.V.C.P., parere 27 maggio 2010 n. 109; Id., parere 16 giugno 2010 n. 120)» (Parere di precontenzioso n. Parere n.132 del 6 giugno 2014).

L'art. 205, comma 1, d.lgs. n. 152/2006 prevede che «in ogni ambito territoriale ottimale deve essere assicurata una raccolta differenziata dei rifiuti urbani pari alle seguenti percentuali minime di rifiuti prodotti: a) almeno il trentacinque per cento entro il 31 dicembre 2006; b) almeno il quarantacinque per cento entro il 31 dicembre 2008; c) almeno il sessantacinque per cento entro il 31 dicembre 2012».

Per la Regione Campania, il Piano regionale dei rifiuti adottato con ordinanza del Commissario delegato per l'emergenza dei rifiuti n. 500 del 30 dicembre 2007 fissava gli obiettivi minimi di raccolta differenziata pari al 25% dei rifiuti urbani prodotti entro il 31 dicembre 2009, al 35 % entro il 31 dicembre 2010 e al 50% entro il 31 dicembre 2011 (art. 11, comma 1, d.l. n. 90/2008).

L'art. 6, comma 1, Legge Regionale 26 maggio 2016, n. 14 ha recentemente innalzato l'obiettivo minimo di raccolta differenziata a livello di quello nazionale prevedendo la raccolta differenziata al 65% entro i termini previsti dalle normative vigenti (2019).

In linea con gli obiettivi minimi imposti dalla legge regionale, il contratto prevede obiettivi minimi crescenti di raccolta differenziata a partire dal 65% fino al 73%.

In conformità a quanto già espresso dall'Autorità sull'argomento, appare dunque pertinente e proporzionata all'oggetto del contratto la richiesta del raggiungimento dell'obiettivo minimo di raccolta differenziata del 65% che, a livello nazionale, risulta sicuramente imposto a partire dall'anno 2013.

Deve infatti considerarsi che, visto il valore della gara di euro 29.857.997,10, la platea di riferimento dei potenziali concorrenti è quella europea e dunque non possono considerarsi dirimenti gli obiettivi minimi di raccolta differenziata stabiliti per la Regione Campania negli anni di riferimento.

Appare tuttavia eccessivamente restrittiva e non proporzionata la richiesta che l'obiettivo del 65% di raccolta differenziata sia stato raggiunto in ciascuno degli anni dal 2011 al 2015.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In primo luogo, l'art. 205 del d.lgs. n. 152/2006 ha imposto il raggiungimento dell'obiettivo del 65% solo entro il 31 dicembre del 2012 così che la richiesta di tale requisito per gli anni 2011 e 2012 impedisce la partecipazione alla gara a tutte quelle imprese che, pur avendo rispettato la specifica normativa di settore, non hanno, tuttavia, raggiunto nella raccolta differenziata la resa del 65%, perché non richiesta per gli anni in questione neppure dal legislatore nazionale.

Inoltre, visto che «il raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata dei rifiuti riciclabili dipende dal concorso di una pluralità di comportamenti, di cui quello relativo alla raccolta e trasporto dei rifiuti differenziati è solo uno dei fattori per raggiungere l'obiettivo in questione » (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2010 n. 7031) e che i livelli di raccolta differenziata sono soggetti a fluttuazioni anche di mese in mese (come desumibile dalla "Tabella 5: dati di produzione mensile rifiuti 2011-2015 del comune di Eboli" di cui alla pagina 21 del Piano di Gestione integrata dei rifiuti prodotti su territorio comunale), appare irragionevole e non proporzionato allo scopo di selezionare operatori economici con adeguata esperienza la richiesta che l'obiettivo del 65% sia stato raggiunto con continuità in tutti gli anni compresi dal 2013 al 2015.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola oggetto di censura è illegittima nelle parti in cui:

- richiede che il servizio pregresso sia stato svolto in favore di un comune avente una popolazione residente non solo di almeno 20.000 abitanti ma anche non superiore a 50.000 abitanti;
- richiede che l'obiettivo del 65% di raccolta differenziata sia stato raggiunto nel 2011 e nel 2012;
- richiede che il medesimo obiettivo sia stato raggiunto con continuità in tutti gli anni compresi tra il 2013 e il 2015.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 gennaio 2018

Il Segretario Valentina Angelucci