



DELIBERA N. 837

21 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Soc. Ecoross S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e conferimento rsu e nettezza urbana; manutenzione del verde pubblico e pulizia spiagge libere a ridotto impatto ambientale nel territorio del Comune di Cassano allo Jonio - periodo anni 3 - Importo a base di gara: euro 7.486.578,25 – S.A.: S.U.A. della Provincia di Cosenza per conto del Comune di Cassano allo Jonio

PREC 191/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 3 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Raccolta differenziata; premialità/penalità

Massima

Appalto gestione rifiuti – Obiettivi minimi di raccolta differenziata – Meccanismo di penalità/premialità – Condizioni per applicazione a carico dell'appaltatore

La decurtazione del compenso connessa al mancato raggiungimento di determinati livelli di raccolta differenziata da parte dell'appaltatore è una clausola ragionevole e applicabile solo qualora il capitolato d'appalto preveda un modello di raccolta che, sulla base di un'accurata analisi preventiva della situazione di fatto esistente, permetta di ritenere ragionevolmente esigibile il raggiungimento degli obiettivi posti nonché quando l'appalto sia concepito in modo da conferire all'affidatario la più ampia libertà nelle modalità di organizzazione del servizio, ivi compreso lo svolgimento delle campagne di marketing e sensibilizzazione dell'utenza sul tema della raccolta dei rifiuti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 21 ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 64883 del 3 settembre 2020, con cui la Soc. Ecoross S.r.l. ha contestato gli atti della procedura di gara in oggetto, con particolare riferimento all'importo a base di gara – sottostimato sia nei costi della manodopera sia in quello dei mezzi – e alla previsione di premialità/penalità connesse alla percentuale di raccolta differenziata raggiunta annualmente dall'appaltatore e dunque sul risparmio/aumento della tariffa di smaltimento che l'Ente è tenuto a conferire all'ATO; le illegittimità denunciate sarebbero tali da aver impedito all'istante di presentare un'offerta;

VISTO, in particolare, che la sottostima dei costi della manodopera (per una differenza pari a circa 250.000,00), secondo l'istante, deriverebbe dalla formulazione della clausola sociale di cui all'art. 52 del capitolato prestazione che impone all'aggiudicatario l'assunzione con contratto di lavoro full-time del personale dell'impresa uscente ovvero del nuovo personale; il sottodimensionamento dei costi dei mezzi sarebbe invece imputabile alla mancata previsione dei costi dei bolli, assicurazioni, ammortamento nonché dei costi relativi all'aumento dei mezzi necessari per svolgere il servizio nel periodo estivo;

VISTA, infine, la contestazione relativa alla previsione del suddetto meccanismo di premialità/penalità legato al raggiungimento degli obiettivi minimi di raccolta differenziata: secondo l'istante, che richiama a sostegno delle sue tesi una pronuncia del Consiglio di Stato, il capitolato speciale d'appalto avrebbe introdotto una clausola vessatoria, idonea a determinare una responsabilità oggettiva in capo all'appaltatore che non può di certo rispondere della mancata differenziazione dei rifiuti da parte dell'utenza; inoltre, il calcolo delle premialità e penalità non risulterebbe chiaro in quanto, da un lato, si fa riferimento alle percentuali di RD raggiunta nell'anno 2020, ancora non disponibile, dall'altro, la tariffa che l'Ente è tenuto a versare all'ATO è in continua evoluzione e, pertanto, in sede di partecipazione alla gara, non è agevole definire i costi e i ricavi ovvero formulare un'offerta seria e consapevole;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 68426 del 17 settembre 2020;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 68961 del 21 settembre 2020, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato, quanto alla prima questione sollevata, che la clausola sociale di cui all'art. 52 del Capitolato prestazionale si riferisce esclusivamente ai lavoratori già inquadrati con rapporto di lavoro full time e non all'intero personale previsto per lo svolgimento del servizio, inquadrato con altro tipo di rapporto; con riferimento ai costi degli automezzi e alla presunta mancata previsione dei costi dei bolli e delle assicurazioni, la S.A. ha segnalato che tali costi sono stati inglobati nel costo del carburante, avendo previsto consumi leggermente superiori a quelli usuali praticati per i mezzi in elenco. Per quanto riguarda l'ammortamento, non è stato calcolato considerato l'elevato numero di anni in cui il costo del mezzo deve essere ammortizzato rispetto alla durata dell'appalto e tenuto conto, altresì, di un aumento percentuale introdotto nei costi di manutenzione ordinaria, oltre che di una stima prudente dei proventi CONAI riconosciuti all'appaltatore e quantificati in circa 116.000,00 euro annui; con riferimento, infine, alla previsione di penalità e premialità, l'Amministrazione ha richiamato il chiarimento già fornito all'istante in merito alle clausole del capitolato disciplinanti le modalità di calcolo delle penalità/premialità;



VISTA, infine, la memoria acquisita al prot. n. 69626 del 23 settembre 2020, con cui la Soc. Ecoross S.r.l. ha quantificato il presunto sottodimensionamento del costo degli automezzi in un importo annuo pari ad euro 335.000,00 ovvero 1 milione di euro per tutta la durata dell'appalto; con riferimento al meccanismo delle premialità/penalità, l'istante ha prodotto un calcolo volto a dimostrare come, pur in presenza di una tariffa per lo smaltimento dei rifiuti costante e di un valore di raccolta differenziata inferiore all'obiettivo minimo ma superiore alla media dei risultati degli anni precedenti, in ogni caso verrebbe applicata una penale annua pari a 125.000,00 euro;

CONSIDERATO, preliminarmente, che in merito all'impugnazione del bando di gara da parte di imprese non partecipanti alla medesima, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. da ultimo la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del medesimo, n. 4/2018), è pervenuta alla conclusione che costituisce principio generale quello per cui i bandi di gara o di concorso o le lettere di invito sono impugnabili soltanto unitamente agli atti di cui costituiscono applicazione (come le esclusioni o le aggiudicazioni, per fare un facile esempio) e ciò a garanzia del principio di massima partecipazione. Si possono ravvisare eccezioni a tale principio, sia quando si contesta alla radice l'indizione o la non indizione di una gara, oppure quando la legge di gara contenga clausole immediatamente escludenti. Fra queste ultime la giurisprudenza (si veda ancora la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria), annovera quelle che rendono impossibile o oggettivamente difficile la partecipazione, che impongono oneri sproporzionati o che rendono impossibile il calcolo della convenienza economica o tecnica dell'offerta, oppure che rendono obiettivamente non conveniente o eccessivamente oneroso il rapporto contrattuale;

CONSIDERATO che nei suddetti casi deve venire in rilievo una impossibilità od onerosità oggettiva e non trattarsi della mera difficoltà riferita al singolo partecipante, non potendo le eventuali problematiche organizzative o la non convenienza economica per quest'ultimo assurgere di per sé ad oggettiva impossibilità di presentazione di un'offerta (Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1331; C.G.A.R.S. 20 dicembre 2016, n. 474);

RILEVATO che l'istante ha trasmesso dei conteggi dai quali risulterebbe una sottostima dei costi della manodopera e dei mezzi tale da impedire la formulazione di un'offerta, se non in perdita;

RITENUTO, pertanto ed in via preliminare, di dover riconoscere l'ammissibilità dell'istanza di precontenzioso presentata dalla Soc. Ecoross S.r.l.;

CONSIDERATO, nel merito, che anche nella disciplina del nuovo Codice degli appalti, le Stazioni Appaltanti sono tenute a garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (cfr. art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (cfr. art. 30, co. 1 d.lgs. 50/2016); è stato affermato che la base d'asta, seppure non deve corrispondere necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168; Cons. Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081); in particolare, si è osservato come la misura del prezzo a base d'asta non implichi una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo, tuttavia, il giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 09 maggio 2006, n. 716, T.a.r. Sardegna, Sez. I, 20.5.2010, n. 1232);

RILEVATO che il bando di gara in oggetto prevede un importo a base di gara pari ad euro 7.486.578,25 di cui euro 6.154.112,80 per costo della manodopera ed euro 204.303,00 per costo degli automezzi;



RILEVATO quanto alla cd. clausola sociale e ai costi della manodopera che l'art. 52 del capitolato prestazionale stabilisce che *"Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, l'aggiudicatario del contratto deve prioritariamente assumere gli addetti che operano alle dipendenze dell'impresa cessante..., a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, con i principi comunitari volti a tutelare il corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato e siano coerenti con la tutela della libertà di iniziativa economica...Tutto il personale assunto dall'impresa affidataria, sia esso proveniente dall'impresa cessante, sia esso assunto ex novo, nell'esecuzione del contratto di servizio, deve essere inquadrato con rapporto di lavoro full-time, al fine di ottimizzare l'esecuzione dei servizi oggetto del presente appalto"*. Segue una tabella dell'elenco dipendenti cantiere RSU, pari a n. 43 unità;

RILEVATO che, secondo l'istante, la stima dei costi della manodopera in applicazione della clausola sociale ammonterebbe ad euro 6.400.000,00, pari ad una sottostima di circa 250 mila euro; invero, la riassunzione del personale dell'impresa uscente (personale per la gestione del servizio di igiene urbana (43 dipendenti di cui 6 con contratto multiservizi part-time e 37 full-time, igiene urbana), personale estivo per la gestione del servizio di igiene urbana (32 dipendenti per 3 mesi), personale per la gestione del verde pubblico (6 dipendenti full-time multiservizi) e del personale per la gestione della pulizia spiaggia (3 dipendenti per 3 mesi)), con contratto di lavoro full-time, applicando le tabelle del costo del lavoro fisse e multiservizi vigenti, determinerebbe l'aumento dei costi secondo la misura indicata;

RITENUTO che la doglianza è infondata in ragione di quanto rappresentato dalla Stazione appaltante circa l'applicabilità dell'obbligo di assunzione con contratto full-time del solo personale già inquadrato con tale tipologia contrattuale. Detta limitazione applicativa, peraltro in linea con la finalità di mantenimento occupazionale tipica della clausola sociale, non risulta manifestamente illogica od arbitraria ma, al contrario, compatibile con l'analisi dei costi della manodopera di cui all'allegato 1 al Capitolato Speciale d'appalto ove l'Amministrazione ha tenuto conto del personale "fisso" part-time e del personale aggiuntivo stagionale (dal 15 giugno al 15 settembre) da assumere con contratto a tempo determinato part-time;

RITENUTO, con riferimento alla presunta sottostima dei costi degli automezzi, che non appare manifestamente illogica né arbitraria la scelta dell'Amministrazione di inglobare i costi dei bolli e dell'assicurazione nel costo del carburante, avendo previsto consumi leggermente superiori a quelli usuali praticati per i mezzi in elenco e di non aver calcolato il costo dell'ammortamento dei mezzi in ragione dell'elevato numero di anni in cui il costo del mezzo deve essere ammortizzato rispetto alla durata dell'appalto e tenuto conto, altresì, di un aumento percentuale introdotto nei costi di manutenzione ordinaria, oltre che di una stima prudente dei proventi CONAI;

CONSIDERATO, con riferimento alla questione relativa alle modalità di calcolo delle premialità/penalità e, che la Stazione appaltante, con faq trasmessa alla SUA e pubblicata sulla piattaforma telematica, aveva già rappresentato all'istante di aver utilizzato, come dato di partenza, la percentuale di RD raggiunta nell'anno 2019 pari al 51,42% (ART. 40 DEL CSA -TABELLA 3 QUANTITATIVI DI RIFIUTI PRODOTTI NELL'ANNO SOLARE 2019), su cui si determina la tariffa 2020 dell'ATO, non indicata negli atti di gara ma nota e di dominio pubblico, per poter stimare le relative cifre da versare e valida al momento della redazione degli atti di gara. La Stazione appaltante ha, altresì, evidenziato come il risultato raggiunto per il primo anno di RD sia destinato ad aumentare, poiché nel primo semestre 2020 la percentuale raggiunta è uguale al 66,68%. Infine, per quanto riguarda i criteri di attribuzione di premialità e di penalità, l'Amministrazione rinviava al paragrafo 6 dell'Allegato_1 del CSA_Progetto, dove sono illustrati a titolo puramente esplicativo, un esempio di calcolo della premialità spettante all'appaltatore nel caso di un



aumento della percentuale di raccolta differenziata ed un esempio di calcolo della penalità nel caso di una sua riduzione, le quali ovviamente non possono essere riconosciute/attribuite entrambe contemporaneamente;

CONSIDERATO, riguardo alla presunta illegittima previsione di detto meccanismo, che, come rilevato dall'istante e riconosciuto dalla giurisprudenza, il successo della raccolta differenziata dei rifiuti dipende anche da fattori estranei al gestore del servizio, in quanto connessi sia ai comportamenti più o meno collaborativi dell'utenza in fase di raccolta, sia all'efficacia dell'azione del Comune, con specifico riferimento alle attività di informazione e sensibilizzazione, nonché di controllo e sanzione dei comportamenti illeciti. Alla luce della ripartizione degli obblighi gravanti sulle parti in tema di raccolta differenziata, risultano illegittime le disposizioni degli atti di gara tendenti ad addossare all'appaltatore tutte le conseguenze economiche del mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata previsti, a prescindere da qualsiasi inadempimento contrattuale (TAR Catania, sez. III, 3 luglio 2018 n. 1408; Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2010 n. 7031);

CONSIDERATO, pertanto, che la decurtazione del compenso connessa al mancato raggiungimento di determinati livelli di raccolta differenziata da parte dell'appaltatore è una clausola applicabile solo qualora il capitolato d'appalto preveda un modello di raccolta che, sulla base di un'accurata analisi preventiva della situazione di fatto esistente, permetta di ritenere ragionevolmente esigibile il raggiungimento degli obiettivi posti (Delibera n. 818 del 26 settembre 2018);

RILEVATO che nel caso di specie, l'obiettivo per il primo anno è fissato al 70% di RD, a fronte del raggiungimento nel primo semestre 2020 della percentuale del 66,68%; inoltre, l'art. 43 del capitolato prevede, accanto alle penalizzazioni, anche un sistema premiante in caso di raggiungimento di livelli di raccolta differenziata superiori al minimo richiesto, con riconoscimento al gestore del 50% del risparmio conseguito sulla tariffa di smaltimento dei conferimenti che l'Ente deve versare all'ATO di Cosenza per via dell'aumento della percentuale di differenziata con riferimento all'anno 2020; infine, dall'impianto del capitolato prestazionale e dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, risulta evidente che il modello di appalto delineato prevede a carico dell'appaltatore lo svolgimento delle campagne di marketing e sensibilizzazione, nonché un'ampia libertà nelle modalità di organizzazione del servizio;

RITENUTO, pertanto, che il sistema delineato, volto ad incentivare la cooperazione dell'appaltatore nel raggiungimento di obiettivi di raccolta differenziata superiori al minimo, ed in finale, sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, è impostato su canoni di ragionevolezza e proporzionalità tanto da risultare immune dai vizi denunciati ed anzi idoneo ad aumentare la performance dell'operatore economico;

RITENUTO, peraltro, che lo schema predisposto e trasmesso dall'istante non può condurre a diverse conclusioni in ragione del fatto che la percentuale di RD indicata per il primo anno (pari al 64%) è inferiore a quella già raggiunta nel primo semestre 2020;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, esente da vizi di irragionevolezza e illogicità la determinazione dell'importo a base di gara e fondato su canoni di ragionevolezza e proporzionalità il meccanismo delle premialità/penalità connesso al raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata.



Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente