



## DELIBERA N. 241

Del 23 marzo 2021.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Servizi Ecologici di Marchese Giosè – Gara per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani con il sistema porta a porta ed altri servizi attinenti nel Comune di Mendicino per la durata di 5 anni– Importo a base di gara: euro 4.484.245,00 - S.A.: Comune di Mendicino (CS)

**PREC 54/2021/S**

### Riferimenti normativi

Articolo 35 d.lgs. n. 50/2016;

### Parole chiave

Rifiuti - base d'asta – congruità

### Massima

#### **Servizio di raccolta rifiuti – congruità del prezzo a base d'asta – discrezionalità tecnica**

Rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni. Le valutazioni tecniche operate dall'amministrazione sono sindacabili nei limitati casi di complessiva inattendibilità o illogicità manifesta.

Sono da ritenere escludenti solo le clausole abnormi o irragionevoli che con assoluta e oggettiva certezza rendono aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 marzo 2021

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 12783 del 12 febbraio 2021, presentata da Servizi Ecologici di Marchese Giosè, con cui l'istante contesta il bando di gara per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti nel Comune di Mendicino. In particolare la società concorrente contesta la quantificazione della base d'asta,



in quanto essa non comprenderebbe i costi relativi alle attività di recupero/smaltimento dei rifiuti urbani speciali, né le spese per lo smaltimento/recupero delle sabbie di spazzamento prodotte dalla spazzatrice automatica aspirante. Inoltre l'istante contesta che siano stati richiamati due diversi C.C.N.L. (FISE e Multiservizi) e l'obbligo di clausola sociale. Infine egli asserisce di ritenere incongruo il costo del personale e lamenta di essere impossibilitato alla partecipazione senza una rivisitazione dell'importo a base d'asta; VISTO l'avvio del procedimento in data 24 febbraio 2021, con nota prot. n. 16255;

VISTA la memoria prodotta dalla S.A. Comune di Mendicino, acquisita al prot. n. 19277 del 5 marzo 2021, con cui l'Amministrazione preliminarmente riferisce che le questioni poste dall'istante erano già state oggetto di FAQ nel periodo di pubblicazione della gara. La S.A., nel rappresentare comunque che sono state presentate cinque offerte nella gara in parola, specifica che i costi derivanti dai servizi svolti sono riferiti ai soli rifiuti urbani e assimilabili agli urbani, secondo quanto previsto dal regolamento rifiuti del Comune di Mendicino, mentre i rifiuti derivanti dallo spazzamento sono avviati a smaltimento in discarica con costi a carico del Comune. I costi medi della spazzatrice sono stati considerati facendo riferimento ai dati medi presenti in letteratura, ai quali sono stati aggiunti i costi del personale. In relazione all'indicazione di due diversi C.C.N.L. di riferimento per il personale, l'Amministrazione riferisce che il personale part-time con contratto Multiservizi non comporta oneri aggiuntivi. Riguardo ai costi del personale, che ammontano a circa il 60% del servizio, il Comune riferisce di aver tenuto conto delle specifiche necessità del servizio, alla luce delle Linee Guida n. 13;

CONSIDERATO che la misura del prezzo a base d'asta non implica 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 il giudice, o l'Autorità, giungere alla determinazione del prezzo congruo (v. parere reso con delibera n. 1017 del 25 novembre 2020);

CONSIDERATO che le c.d. clausole immediatamente escludenti sono state individuate dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4), fra le altre, nelle regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, e nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, «vanno considerate "clausole escludenti" solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese perché si spingono a precludere, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Resta dunque estraneo alla fattispecie eccezionale di clausola immediatamente escludente il caso di questioni attinenti la soggettiva opportunità economica di presentare un'offerta, in ragione del calcolo individuale di convenienza del singolo operatore economico legato alle sue strategie di impresa» (Cons. Stato Sez. V, Sent. 18 marzo 2019, n. 1736);

VISTE le Linee Guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, secondo cui il fatto di inserire nella *lex specialis* specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, e l'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale



prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico, purchè naturalmente esso includa l'attività economica oggetto dell'appalto;

VISTI i pareri Anac sull'argomento (n. 62 del 30 gennaio 2019; n. 714 del 28 giugno 2016), nei quali, attraverso il richiamo alla giurisprudenza, si ribadisce il principio per cui la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto, così che la stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un particolare CCNL perché altrimenti verrebbero compromessi i principi comunitari di concorrenza e parità di trattamento tra le imprese (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 1° marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901; 10 febbraio 2016, n. 589; TAR Veneto Venezia, sez. I, 4 dicembre 2018 n. 1115). Anche in presenza di clausola sociale, è stato ritenuto che essa non possa imporre all'impresa subentrante di applicare un determinato contratto potendo la stessa optare per un contratto collettivo diverso, purché coerente con l'oggetto del contratto e sempreché salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (Consiglio di Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597);

CONSIDERATO che comunque l'art. 33 del Capitolato speciale d'appalto prevede che «L'impresa 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» e fornisce i dati relativi al personale con il CCNL di riferimento;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, pervenivano cinque offerte e l'istante non dimostra in alcun modo che le disposizioni di gara siano abnormi o irragionevoli e tali da rendere aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni. Le valutazioni tecniche operate dall'amministrazione sono sindacabili nei limitati casi di complessiva inattendibilità o illogicità manifesta;
- nel caso di specie non risulta dimostrato in alcun modo che le clausole di gara siano abnormi o irragionevoli e tali da rendere aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 marzo 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente