



DELIBERA N. 1021

25 novembre 2020

Oggetto

Istanza di parere congiunta (per adesione successiva) per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Tralice Costruzioni S.r.l. e SMA Campania S.p.A. – Procedura aperta sopra soglia comunitaria per l'affidamento del servizio di movimentazione interna, prelievo, trasporto e smaltimento finale dei rifiuti fanghi, vaglio e sabbie, classificabili come speciali non pericolosi ai sensi dell'art. 184 del decreto legislativo n. 152/2006 e s.m.i., prodotti dall'impianto di depurazione di Napoli est sito in Napoli alla via De Roberto s.n.c. - Importo a base di gara: euro 13.159.780,20 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: SMA Campania S.p.A.

PREC 226/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 79, comma 3, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 68 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Chiarimenti - Modifica e integrazione della *lex specialis*

Specifiche tecniche – Restrizione della concorrenza

Massime

Chiarimenti - Modifica e integrazione della *lex specialis* – Inammissibilità

Attraverso i chiarimenti la stazione appaltante può rendere chiaro e comprensibile, con un'operazione di interpretazione del testo, il significato o la *ratio* della *lex specialis* di gara ma non può giungere ad integrarne o modificarne il contenuto.

Specifiche tecniche – Restrizione della concorrenza – Giustificazioni – Istanze di sostenibilità ambientale

Le istanze di sostenibilità ambientale rientrano tra gli interessi pubblici il cui perseguimento giustifica la definizione di specifiche tecniche che possano comprimere la concorrenza per il mercato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 novembre 2020

DELIBERA

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 79662 del 26 ottobre 2020, con la quale Tralice Costruzioni S.r.l. ha chiesto all'Autorità di valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante che, invocando il principio per cui non è possibile modificare la *lex specialis* di gara tramite i chiarimenti, ha annullato in autotutela (con successiva FAQ del 22 ottobre 2020) un chiarimento del 15 ottobre 2020 con il quale aveva inizialmente accolto favorevolmente la richiesta dell'istante di poter soddisfare un requisito tecnico professionale (art. 6.3, par. 3.2 del Disciplinare) proponendo una soluzione tecnica alternativa; in subordine, l'istante ha chiesto all'Autorità di valutare la legittimità della clausola oggetto del chiarimento, nella misura in cui limita l'accesso alla procedura di gara ai concorrenti in possesso delle autorizzazioni degli impianti richiesti, negandola a chi è in grado di offrire soluzioni alternative equiparabili;

Vista la clausola del Disciplinare censurata, che richiede, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'«Autorizzazione/i in corso di validità per attività di smaltimento rifiuti su impianto di smaltimento/trattamento finale compatibile con la natura dei rifiuti da smaltire, con potenzialità ricettiva complessiva pari al doppio della quantità presunta per il servizio di smaltimento oggetto d'appalto: operazioni di smaltimento finale (D1 o D5) per gli impianti di discarica ovvero, relativamente ai rifiuti con codice CER 19.08.01 e 19.08.05, operazioni di trattamento (R1 e/o D10) per gli impianti di termovalorizzazione/termodistruzione. I rifiuti prima di andare a destino finale presso discarica regolarmente autorizzata, dovranno subire una fase di trattamento conforme a quanto stabilito dal D.M. 29 gennaio 2007 al capitolo F.7 presso un impianto di trattamento dotato di tutte le necessarie autorizzazioni previste dalla norma»;

Visto il quesito posto alla stazione appaltate dall'operatore economico istante, volto a sapere se fossero «ammessi anche impianti di trattamento chimico fisico - stabilizzazione chimica mediante inertizzazione del rifiuto con successivo smaltimento finale in discarica (d9-d1) per i quali vengono garantite le procedure di tracciabilità sul rifiuto, diversi dal trattamento a mezzo termovalorizzazione/termodistruzione, ma che soddisfano il requisito del predetto punto ovvero che i rifiuti devono essere avviati a smaltimento in discarica previo trattamento in impianti secondo le migliori tecniche disponibili così come indicato dalle bat di settore vigenti»;

Visto il chiarimento, fornito attraverso FAQ pubblicata in data 15 ottobre 2020, con il quale la stazione appaltante ha ritenuto «ammissibile che, unitamente alle discariche ed agli impianti di termovalorizzazione/termodistruzione, gli oo.aa. soddisfino il requisito proponendo: - il possesso e/o la disponibilità, nelle stesse modalità previste per i primi, di impianti di trattamento chimico fisico - stabilizzazione chimica mediante inertizzazione del rifiuto con successivo smaltimento finale in discarica (d9-d1), sempre che siano garantite le medesime procedure di tracciabilità sul rifiuto;- ovvero una gestione della fase di smaltimento a discarica previo trattamento in impianti secondo le migliori tecniche disponibili»;

Visto quanto osservato dall'istante su come il requisito in esame, seppure configurato come requisito di capacità tecnico-professionale, incida sulle specifiche tecniche della commessa, intese come specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori o dei servizi richiesti (art. 68, comma 1, d.lgs. n. 50/2016), e pertanto non possa comportare ostacoli ingiustificati all'apertura alla concorrenza (art. 68, comma 4); ne conseguirebbe, secondo l'istante, che dovendo, per principio generale, la stazione appaltante preferire l'interpretazione della *lex specialis* più rispettosa del *favor participationis*, con la FAQ del 15 ottobre



2020 la stazione appaltante avrebbe correttamente valorizzato il primo capoverso dell'art. 6.3, par. 3.2 del Disciplinare, che si limita a richiedere genericamente il possesso di un' "Autorizzazione/i in corso di validità per attività di smaltimento rifiuti su impianto di smaltimento/trattamento finale compatibile con la natura dei rifiuti da smaltire", degradando la parte successiva che, fa riferimento alle autorizzazioni in cat. D1 o D5 per gli impianti di discarica e in cat. R1 e/o D10 per gli impianti di termovalorizzazione/termodistruzione, ad una indicazione di possibili, ma non esclusivi, modelli di autorizzazione idonei a soddisfare quanto richiesto nel primo capoverso. In subordine, qualora la descritta ricostruzione dovesse essere ritenuta non coerente con il principio di immodificabilità letterale del bando, allora, secondo l'istante, la richiesta del requisito finirebbe per apparire perplessa e contraddittoria nonché illegittima e sproporzionata;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 5 novembre 2020 con nota prot. n. 83318;

Vista la dichiarazione della volontà di aderire alla decisione che sarà assunta dall'Autorità, resa dalla stazione appaltate ai sensi dell'art. 4, comma 3, Regolamento Precontenzioso del 9 gennaio 2019, e acquisita al prot. n. 83817 del 9 novembre 2020;

Viste le memorie e la documentazione prodotte dalle parti;

Visto, in particolare, quanto rappresentato dal RUP circa le motivazioni tecniche alla base della richiesta del requisito contestato, (ovvero che un trattamento di tipo chimico-fisico dei rifiuti è già effettuato dall'impianto di depurazione Napoli-Est per cui un ulteriore trattamento di natura chimico-fisica comporterebbe un inutile aggravio di matrice ambientale senza alcun vantaggio in termini di possibilità di recupero del rifiuto; maggiori costi; maggiore difficoltà nella tracciabilità del rifiuto), e su come tale scelta sarebbe confortata dalla considerazione che, nel corso della precedente gestione commissariale, gli impianti di depurazione poi transitati nella disponibilità di SMA Campania sono stati parzialmente interessati da provvedimenti interdittivi del giudice penale fondati, nella sostanza, sulla necessità di evitare soluzioni alternative per questa tipologia di rifiuto, con l'esclusivo indirizzo di destinazione finale dei rifiuti provenienti dal processo depurativo in impianto di discarica D1;

Considerato, preliminarmente, che la tipologia di autorizzazione per attività di smaltimento rifiuti, prevista all'art. 6.3, par. 3.2 del Disciplinare tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, è direttamente connessa e dipendente dalla tipologia di prestazioni rientranti nell'oggetto del contratto, così come dettagliatamente definite nell'art. 1 Oggetto dell'appalto del Capitolato tecnico, dove è precisato che «*Le caratteristiche dei rifiuti prodotti sono tali da renderli idonei allo smaltimento presso impianti di discarica ovvero, in alternativa, solo per i primi due rifiuti (con codici CER 19.08.05 e 19.08.01) presso idoneo impianto di termovalorizzazione/termodistruzione al fine di ridurre le quantità finali da smaltire, comunque in idonea discarica autorizzata. I siti di destino devono essere in possesso delle necessarie autorizzazioni, rispettivamente, con operazioni D1 o D5 (discarica) oppure D10 e/o R1 (impianto termovalorizzazione / termodistruzione), di cui agli Allegati B e C del D.Lgs. n. 152/2006 e s.m.i.*»;

Visto il principio generale in materia di appalti secondo cui l'amministrazione che indice una procedura di gara è vincolata al rispetto delle previsioni della *lex specialis*, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo l'eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non ha pertanto alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara e non può disapplicarle neanche nel caso in cui si rivelassero inopportune o incongruamente formulate, fatta sempre salva la possibilità di annullarle (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 8 maggio 2019, n. 2991);

Visto che il sopramenzionato principio, posto a tutela dell'affidamento dei partecipanti e della *par condicio*, incontra l'unica deroga della possibilità per la stazione appaltante di discostarsi legittimamente in via di interpretazione dalle norme della *lex specialis* solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, dovendosi



sempre evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Cfr., Consiglio di Stato, 15 gennaio 2019, n. 389; 18 giugno 2018, n. 3715);

Visto l'ulteriore corollario per cui le uniche fonti della procedura di gara (bando di gara, capitolato tecnico, disciplinare ed eventuali allegati) non possono essere integrate o modificate se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara e nelle ipotesi di modifiche sostanziali della *lex specialis* è obbligatoria la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte (art. 79, comma 3, d.lgs. n. 50/2016; Cfr. Pareri di precontenzioso n. 411 dell'8 maggio 2019 e n. 230 del 4 marzo 2020), con la conseguenza che, come costante giurisprudenza afferma, «*I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso*» (Cfr., Consiglio di Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74; Cons. St. Sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; Cons. di Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441; Cons. di Stato Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014) essendo quest'ultimo l'unico testo di portata precettiva che cristallizza la disciplina di gara, in quanto *lex specialis*, in ossequio ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.;

Considerato che, nel caso in esame, la clausola del disciplinare censurata da Tralice Costruzioni S.r.l. non può considerarsi ambigua. Essa traduce in termini di requisiti di capacità tecnico-professionale quanto chiaramente definito in termini di prestazioni oggetto del contratto dall'art. 1 del Capitolato tecnico, per cui la volontà della stazione appaltante di limitare i requisiti abilitanti alle sole autorizzazioni per attività di smaltimento rifiuti per gli impianti di discarica e per operazioni di trattamento per gli impianti di termovalorizzazione/termodistruzione è inequivocabile, tenuto anche conto della lettura complessiva ed unitaria della *lex specialis* e del relativo capitolato tecnico;

Considerato che con il chiarimento fornito attraverso la FAQ pubblicata in data 15 ottobre 2020, la stazione appaltante, ammettendo un'altra tipologia di autorizzazione non prevista originariamente, non si è limitata a chiarire, esplicitandolo, il contenuto implicito della clausola del disciplinare, ma ha modificato, ampliandolo, il novero dei requisiti, tra loro alternativi, necessari per la partecipazione, e automaticamente ha modificato l'oggetto del contratto includendovi la prestazione alternativa del trattamento chimico fisico - stabilizzazione chimica mediante inertizzazione del rifiuto con successivo smaltimento finale in discarica;

Considerato che tale chiarimento, recante modifiche significative alla *lex specialis*, non è stato reso noto attraverso le medesime modalità di pubblicazione del bando né è stato accompagnato dalla riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, in violazione dei principi sopra ricordati e della normativa di settore, per cui non può essere ritenuto idoneo a modificare legittimamente la *lex specialis* di gara, che va considerata cristallizzata nella disciplina di gara originariamente pubblicata;

Ritenuto, conseguentemente, il chiarimento in esame non conforme alla normativa di settore e pertanto suscettibile di essere legittimamente oggetto dell'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante;

Considerato, con riferimento alla doglianza subordinata riguardante il carattere sproporzionato e discriminatorio della clausola *de qua*, che la definizione dell'oggetto del contratto, per sua natura, influenza la tipologia dei potenziali concorrenti. La stazione appaltante identifica la prestazione dedotta nel contratto sulla base delle esigenze che intende soddisfare. È, in particolare, l'esplicitazione dell'oggetto tramite la definizione delle specifiche tecniche che può incidere sull'ampiezza del mercato di riferimento. La discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella definizione dell'oggetto dell'appalto va esercitata nel



rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio*, per cui la stazione appaltante non può stabilire specifiche tecniche ingiustificatamente discriminatorie, ovvero obiettivamente restrittive della concorrenza senza essere, al contempo, sufficientemente idonee alla realizzazione dell'interesse pubblico perseguito attraverso la gara; esse devono essere collegate all'oggetto dell'appalto e proporzionate al suo valore e ai suoi obiettivi (cfr. art. 68, comma 1, d.lgs. n. 50/2016). La previsione dell'art. 42, par. 2, della direttiva 2014/24/UE («*Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*»), recepita dal legislatore nazionale tramite il comma 4 dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, e l'art. 18, par. 1, della medesima direttiva («*Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata*») devono essere interpretate nel senso che tali disposizioni «*esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità*». (CGUE C-413/17 del 25 ottobre 2018). Occorre tuttavia considerare che, nel quadro regolatorio tracciato dalle ultime direttive, la disciplina della concorrenza non è più intesa come esclusivamente volta alla realizzazione di finalità di natura economica, ma ad essa vengono affiancati ed integrati nuovi obiettivi di natura anche sociale e ambientale, ritenuti ugualmente meritevoli di tutela. Con particolare riferimento alle specifiche tecniche, il Considerando 74 della direttiva 2014/24 prevede che «*Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità*». Le istanze ambientali, in particolare, al termine di un lungo processo iniziato con il Libro verde sugli appalti pubblici, sono ormai stabilmente inserite all'interno delle dinamiche concorrenziali e la tutela dell'ambiente è integrata nei principi che governano i contratti pubblici (cfr. articoli 4 e 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016). Ai sensi dell'art. 68, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, le caratteristiche ambientali sono tra i requisiti funzionali attraverso i quali la stazione appaltante definisce le specifiche tecniche. Da ciò discende che, tra gli obiettivi di interesse pubblico alla cui soddisfazione tende la definizione delle specifiche tecniche, e a cui l'ordinamento riconosce la legittimazione a restringere giustificatamente la concorrenza, rientrano anche gli obiettivi di sostenibilità ambientale, purché collegati all'oggetto del contratto e ad esso proporzionati;

Considerato che, nel caso in esame, la scelta del tipo di smaltimento dei rifiuti (direttamente in discarica o previa termovalorizzazione/termodistruzione) da dedurre nell'oggetto del contratto è stata dettata dalle caratteristiche dei rifiuti da smaltire (Cfr. art. 1 Capitolato tecnico, «*Le caratteristiche dei rifiuti prodotti sono tali da renderli idonei allo smaltimento presso ...*») e dalla volontà di evitare che vengano sottoposti ad un trattamento di natura chimico-fisica ulteriore rispetto a quello a cui sono già sottoposti dall'impianto di depurazione, che comporterebbe un inutile aggravio di matrice ambientale, richiedendo l'utilizzo di ulteriori risorse (reagenti, carburanti, ecc), senza alcun vantaggio in termini di possibilità di recupero del rifiuto (Relazione RUP);

Ritenuto che tale ultimo obiettivo, che ha inciso sulla limitazione dei requisiti abilitanti alle sole autorizzazioni per attività di smaltimento rifiuti per gli impianti di discarica e per operazioni di trattamento per gli impianti di termovalorizzazione/termodistruzione e quindi sull'ampiezza del mercato coinvolto, è, come visto, ritenuto meritevole di tutela e idoneo a giustificare una restrizione d'ambito della concorrenza per il mercato, appare collegato all'oggetto dell'appalto, e proporzionato, giacché ha consentito comunque la presentazione di cinque offerte (come da comunicazione della stazione appaltante acquisita al prot. n. 86689 del 16 novembre 2020);

Il Consiglio

ritiene, limitatamente alle questioni esaminate, sulla base di quanto rappresentato dalle parti e delle motivazioni che precedono:

- non conforme alla normativa di settore il chiarimento reso con FAQ del 15 ottobre 2020;

- conforme alla normativa di settore la clausola di cui all'art. 6.3, par. 3.2 del Disciplinare.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 dicembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente