

Parere n.141 del 11/09/2013

PREC 11/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla RES.ECO s.r.l. - "Servizi di videosorveglianza e autospurgo - lotto 1" - Importo a base di gara euro 180.000,00 - S.A.: ACEA ATO 2 S.p.A. - ACEA Ambiente - Roma.

Art. 238 comma 7 D.lgs. n. 163/2006 - Contratti pubblici sotto soglia comunitaria nei settori speciali - Requisiti di partecipazione - Proprietà di alcune apparecchiature e mezzi - Contrasto con i principi del Trattato.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la società RES.ECO s.r.l. contesta, con riferimento alla procedura aperta per l'affidamento dei "Servizi di videosorveglianza e autospurgo - lotto 1", che nella "richiesta di offerta", alla pag.3, punto 5, sia prevista la "Dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 3 del Disciplinare tecnico fornito come documentazione di gara da ACEA S.p.A., debitamente sottoscritta e timbrata dal titolare dell'impresa o dal suo legale rappresentante".

Il Disciplinare tecnico, all'art.3 - Requisiti minimi di manodopera e mezzi, dispone quanto segue: "Al fine di garantire una corretta conduzione dell'appalto sia dal punto di vista tecnico che temporale, l'impresa appaltatrice dovrà dimostrare di essere in possesso dei requisiti minimi essenziali di manodopera e mezzi e inoltre dovrà essere in grado come requisito fondamentale di approntare contemporaneamente almeno tre cantieri correttamente e senza impedimenti, con possibilità, per particolari situazioni lavorative e su espressa richiesta della D.L. di incrementare il numero delle maestranze e dei mezzi necessari.

A tale riguardo i requisiti minimi da soddisfare relativamente ai servizi del presente appalto sono i seguenti:

A.) L'impresa dovrà dimostrare la proprietà delle seguenti macchine:

N.1 - Escavatore a risucchio, con caratteristiche tecniche di cui alla Lista Prezzi allegata e/o

N.1 - Autospurgatrice a ricircolo e N.1 - Telecamera professionale per ispezione televisiva in canalizzazione fognaria con caratteristiche tecniche di cui alla Lista Prezzi allegata..." .

Sostiene l'istante che "l'esclusione di altre modalità di possesso/disponibilità derivanti da contratti di noleggio a lungo termine, contratti di noleggio a caldo, leasing, ecc. è a ns. avviso un limite alla concorrenza essendo tra l'altro un requisito operativo e non di partecipazione e quindi da dimostrare all'atto dell'aggiudicazione non ai fini della partecipazione. Non si comprende per quale ragione per altre e numerose attrezzature elencate al punto B la disponibilità (e non la proprietà) possa essere dimostrata entro 30 gg.

Ed inoltre segnaliamo che a ns. avviso l'uso di n.1 autospurgatrice a ricircolo è contraria alla legge....Infatti i liquami o reflui urbani (quindi rifiuti liquidi), prelevati con cisterna auto spurgo sono ricompresi nella categoria dei rifiuti e non in quella delle "acque di scarico" escluse dall'art.185 comma b), dal campo di applicazione della normativa sui rifiuti. Sono infatti da considerarsi rifiuti allo stato liquido, soggetti pertanto alla disciplina dell'art. 256 (Attività di gestione di rifiuti non autorizzata) D.Lgs. n.152 del 2006. Ciò deriva dalla netta distinzione tra "liquame di scarico" e "rifiuto liquido". Il primo è sottoposto alla disciplina delle acque, il secondo a quella dei rifiuti...". L'impresa segnala una serie di problematiche tecniche riguardanti i liquami e il loro trattamento e smaltimento.

Conclude segnalando che la gara "nell'elenco prezzi richiamati prevede automezzi con caratteristiche talmente specifiche da poter essere ricondotte esclusivamente ad un automezzo. Infatti le caratteristiche previste sono talmente specifiche da permettere la partecipazione alla gara ad una sola impresa...".

ACEA S.P.A., formalmente avvisata dell'istruttoria con nota di questa Autorità in data 30 gennaio 2013, ha ribadito la legittimità del proprio operato, deducendo quanto segue.

La procedura in esame si configura come una procedura selettiva indetta da ACEA S.p.A. per conto di ACEA ATO2 S.p.A., ai sensi dell'art. 238, comma 7 del D.Lgs. n.163/2006, ossia di una procedura finalizzata all'aggiudicazione di un contratto pubblico nei settori speciali sotto soglia comunitaria. Con riferimento ai requisiti di partecipazione, il bando richiedeva la proprietà - al momento della partecipazione alla gara - dei mezzi fondamentali per l'espletamento del servizio (escavatore a risucchio e autospurgatrice a ricircolo), mentre per i restanti mezzi prevedeva l'impegno dei concorrenti ad acquisirne, a qualsiasi titolo, la disponibilità a valle dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto. La ratio sottesa alla previsione della proprietà dei due mezzi ai fini della partecipazione risiede nella necessità di individuare imprese effettivamente in grado di svolgere a regola d'arte il servizio, per il quale gli automezzi in questione risultano essenziali. La proprietà di detti mezzi è, nel

caso di specie, sintomatica della capacità tecnica di eseguire la prestazione.

Ne consegue che non si è inteso in alcun modo introdurre un limite alla concorrenza, bensì esclusivamente assicurare la partecipazione di soggetti altamente qualificati.

D'altra parte, il mancato effetto anticoncorrenziale è dimostrato dalla presentazione di offerte provenienti da otto concorrenti (ferme restando eventuali esclusioni per mancanza di requisiti di gara), alla scadenza del termine individuato dal bando.

L'ACEA ha poi aggiunto che "Quanto alle contestazioni avanzate con riferimento all'uso di macchine autopurgatrici a ricircolo - che per la prima volta sono state richieste specificamente dalla scrivente per l'espletamento del servizio oggetto di valutazione - consta a chi scrive che tale tipo di automezzi viene largamente utilizzato dagli operatori del settore per effettuare manutenzioni degli impianti fognari, e ciò sulla base del presupposto che, contrariamente a quanto affermato dalla società istante, la frazione liquida prodotta dal canal jet, è da ritenersi "sottoprodotto" ai sensi dell'art. 184 bis del D.Lgs. 152/2006 e, in quanto tale, soggetto alla disciplina ivi prevista.

L'ACEA esplicita, peraltro, l'intenzione di valutare comunque la possibilità di richiedere apposito parere al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al fine di ottenere un chiarimento sul punto, dichiarandosi nel contempo disponibile ad adottare tutte le cautele ritenute necessarie da questa Autorità.

In merito, infine, alle contestazioni avanzate dall'istante in ordine alle caratteristiche tecniche degli automezzi indicate nell'elenco prezzi, l'ACEA precisa che le stesse sono motivate da ragioni esclusivamente tecniche, e sono state previste in quanto ritenute necessarie allo svolgimento delle peculiarità del servizio.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura aperta per l'affidamento del servizio in oggetto meglio specificato.

Le contestazioni avanzate dall'istante concernono:

1. la richiesta, quale requisito di partecipazione, della proprietà di n.3 mezzi (escavatore a risucchio, autopurgatrice a ricircolo e telecamera professionale, con caratteristiche tecniche di cui alla lista prezzi);
2. la non conformità a legge dell'uso dell'autopurgatrice a ricircolo e le problematiche tecniche che comunque comporta;
3. le tipologie di automezzi indicati nella lista prezzi, con caratteristiche talmente specifiche da consentire la partecipazione alla gara di una sola impresa.

Preliminarmente occorre precisare che trattandosi di appalto riconducibile nell'ambito dei settori speciali, la disciplina, ancorché analoga in massima parte a quella dei settori ordinari, è tuttavia assoggettata a disposizioni speciali contenute nella Parte III del Codice dei contratti pubblici e a livello regolamentare, limitatamente al sottosoglia, negli artt. 341 e ss. del D.P.R. n. 207/2010.

Le censure di parte istante, pertanto, devono essere esaminate alla luce di tali disposizioni, in parte derogatorie o più elastiche rispetto alla disciplina ordinaria.

L'art. 238 del D.Lgs. n. 163/2006, in particolare, distingue poi tra ente aggiudicatore che sia soggetto pubblico e imprese pubbliche e privati con diritti speciali esclusivi. Solo questi ultimi sono liberi di applicare nelle procedure di gara esclusivamente le disposizioni dei propri regolamenti, purché esse siano conformi ai principi fondamentali del Trattato comunitario (comma 7).

L'obbligo di conformare le disposizioni di gara ai principi del Trattato implica, per quanto qui di interesse, che in sede di determinazione dei requisiti di ammissione alla gara il committente debba necessariamente attenersi al rispetto dei principi di par condicio, concorrenza e trasparenza, avendo cura di non introdurre nella lex specialis requisiti discriminatori.

Si tratta di una disposizione che attribuisce particolare forza vincolante ai principi posti a tutela della concorrenza anche negli appalti dei settori speciali di modico valore.

Ne deriva che non è dato evincere nelle argomentazioni di ACEA ragioni che, alla luce dei principi fondamentali sopra richiamati, siano di per sé tali da giustificare la previsione di gara che impone ai concorrenti -ai fini della partecipazione alla gara- la proprietà anziché la disponibilità di alcune apparecchiature e mezzi (art. 3 del Disciplinare tecnico).

È principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, per verificare la capacità tecnica delle imprese partecipanti è necessario tenere conto della disponibilità delle attrezzature e dei mezzi, non anche della proprietà degli stessi, giacché ai fini predetti non rileva in base al quale l'impresa utilizza i mezzi d'opera (cfr, fra le tante, T.A.R. Lazio, Sez. III, 31 gennaio 2007 n. 695).

Si tratta di apparecchiature e mezzi, infatti, che l'impresa aggiudicataria può acquisire in leasing o con contratti simili (noleggio a caldo o a lungo termine), senza incidere sulla qualità della prestazione dedotta in contratto.

Ne deriva, quindi, il contrasto della detta disposizione di gara con i principi del Trattato per i profili anticoncorrenziali che presenta.

Esulano invece dalle competenze di questa Autorità le questioni che attengono alla dichiarata opportunità o meno di chiedere apposito parere al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare per i profili come sopra richiamati, mentre risulta assorbita l'ultima censura prospettata dall'istante riportata in parte motiva al punto n. 3.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la lex specialis di gara, nella parte in cui prevede quale requisito di partecipazione la proprietà di alcune apparecchiature e mezzi in luogo della disponibilità degli stessi (art. 3 del Disciplinare tecnico), è illegittima per contrasto con i principi fondamentali di concorrenza previsti dal Trattato.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2013

Il Segretario Maria Esposito