



DELIBERA N. 35

25 gennaio 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Econova s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del Servizio di Igiene Urbana nel Comune di Vitulazio (CE) - Importo a base di gara euro: 3.534.384,02 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Vitulazio (CE).

PREC 166/2022/S

Riferimenti normativi

Art. 30 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Contestazione clausole escludenti – Successiva partecipazione alla gara – Sopravvenuta carenza di interesse

Massima

Appalto pubblico – In genere - Scelta del contraente – Bando – Prezzo a base di gara – Contestazione – Successiva presentazione della domanda di partecipazione alla gara - Conseguenze

La presentazione della domanda di partecipazione alla gara e dell'offerta economica rende improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, l'esame della contestazione relativa alla presunta incapacità del prezzo posto a base di gara, sia perché la presentazione di un'offerta economica è per sua natura fatto sintomatico e rivelatore della remuneratività del prezzo posto a base d'asta, sia perché la partecipazione alla gara è diretta a soddisfare l'interesse dell'operatore economico all'aggiudicazione, incompatibile con l'interesse all'annullamento della procedura, originariamente azionato con l'istanza di precontenzioso.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 gennaio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 93436 del 12 novembre 2022, con cui la Soc. Econova S.r.l., gestore uscente del servizio messo a gara e interessato a partecipare alla procedura di gara in oggetto, ha lamentato: 1) l'incapienza dell'importo posto a base di gara, per non avere la Stazione appaltante previsto e stimato gli aumenti di costi legati alla pandemia da COVID 19 e al conflitto russo-ucraino, nonché l'aumento dei costi del personale dovuti all'aggiornamento del CCNL di categoria; 2) la mancata previsione negli atti di gara dei criteri ambientali minimi dettati dal D.M. 23 giugno 2022, ovvero dei previgenti; 3) l'illegittima delega all'espletamento delle operazioni di gara alla ASMEL consortile scarl, priva dei requisiti di legge per poter essere considerata una centrale di committenza;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 95033 del 16 novembre 2022;

VISTA la nota prot. n. 103988 del 12 dicembre 2022, con cui l'istante è stato invitato a chiarire se avesse partecipato alla procedura di gara in oggetto e, in caso positivo, come tale partecipazione collimasse con la lamentata incapienza del prezzo posto a base d'asta e se persistesse e l'interesse alla pronuncia di un parere in merito alle questioni sollevate, atteso che l'eventuale loro accoglimento e l'adeguamento della Stazione appaltante avrebbero comportato l'annullamento degli atti di gara;

RILEVATO che la Stazione appaltante, con nota prot. n. 104873 del 14 dicembre 2022, ha trasmesso le proprie memorie;

VISTA la nota prot. n. 105600 del 16 dicembre 2022, con cui l'istante ha rappresentato di aver presentato la domanda di partecipazione al solo fine di non incorrere in una pronuncia di inammissibilità ovvero improcedibilità della procedura di precontenzioso, richiamando, al riguardo, la sentenza del TAR Campania n. 7596/2022 in cui il Collegio ha ricordato come *"In linea generale, secondo un costante indirizzo giurisprudenziale - tracciato sul solco della pronuncia 7 aprile 2011, n. 4 dell'Adunanza plenaria - in materia di affidamento di contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta solo al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura selettiva."* Per quanto riguarda la sussistenza dell'interesse ad ottenere una pronuncia di merito da parte dell'Autorità, l'istante ha nuovamente rappresentato di essere il gestore uscente del servizio di igiene urbana presso il Comune di Vitulazio e di avere, pertanto, interesse affinché vengano rilevate le plurime illegittimità della procedura di gara in oggetto ai fini di una riedizione della stessa in senso conforme alla legge, reiterando, in particolare, la censura sul ruolo svolto nella procedura in oggetto da Asmel Consortile SCARL. Ha, infine, contestato le memorie della Stazione appaltante, sia perché tardivamente trasmesse, sia perché del tutto infondate nel merito;

VISTA la nota prot. n. 105830 del 16 dicembre 2022, con cui il Comune di Vitulazio ha trasmesso una sintetica relazione della ASMEL Consortile;

VISTO il vigente Regolamento sul rilascio dei pareri di precontenzioso;

RITENUTO di poter prescindere dalle contestazioni sollevate dall'istante sulla tardività delle memorie trasmesse dalla Stazione appaltante, in ragione della sostanziale infondatezza e/o sopravvenuta carenza di interesse all'esame dell'istanza di precontenzioso;

CONSIDERATO, in merito alla lamentata incapienza del prezzo posto a base d'asta, che i chiarimenti resi dall'istante circa le motivazioni che lo hanno determinato a presentare l'offerta, ovvero quelle di evitare



di incorrere in una dichiarazione di improcedibilità dell'istanza di precontenzioso, non appaiono convincenti. Per costante giurisprudenza, la non remuneratività della base d'asta di un appalto rientra tra le ipotesi in cui è consentita, *rectius* doverosa, l'impugnazione immediata del bando di gara. In particolare, il bando può essere oggetto di impugnazione immediata qualora il prezzo a base d'asta sia inidoneo ad assicurare all'impresa (a qualunque impresa) un minimo margine di remuneratività per il capitale impegnato nell'esecuzione della commessa o, addirittura, tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita, essendo evidente che l'Amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni (specialmente economiche) relativamente più favorevoli, deve temperarlo con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale (Cons. Stato n. 513/2019). In presenza di cc.dd. clausole escludenti, in deroga alla regola generale per cui legittimato all'impugnazione degli atti di gara è solo colui che ha preso parte alla procedura, è pacificamente riconosciuta la legittimazione ad agire anche all'operatore economico che non abbia presentato un'offerta. Tale speciale legittimazione è nota all'istante e al suo legale, come si evince dai chiarimenti presentati. La stessa sentenza del TAR Napoli, richiamata nelle memorie, affronta un caso di impugnazione immediata di un bando di gara per la presunta incapienza del prezzo posto a base di asta (da parte di un ricorrente che, da quanto si apprende dalla lettura della sentenza, non ha partecipato alla gara), e il Collegio, nel ricordare - come sottolinea l'istante - che in linea generale, la legittimazione al ricorso spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva, rappresenta, poi che, *"Tuttavia, un operatore economico che non abbia presentato la domanda di partecipazione, è legittimato ad impugnare il bando nel caso in cui contesti proprio quelle clausole immediatamente escludenti la cui applicazione gli abbia per l'appunto impedito di accedere alla gara alla cui partecipazione e vittoria aspiri....Per giurisprudenza costante, non sono quindi immediatamente impugnabili le clausole che rendono difficile, ma non impossibile, presentare l'offerta. Nel caso di specie, tuttavia, il Collegio ravvisa gli estremi sia della legittimazione ad agire sia dell'interesse immediato ad impugnare le regole di gara, posto che, dalla prospettazione dei ricorrenti, emerge che la predeterminazione del prezzo secondo tariffe non aggiornate costituisce un elemento che condiziona la possibilità di proporre un'offerta seria ed economicamente sostenibile, risultando l'importo posto a base di gara non coerente con i valori di mercato e non adeguato all'aumento considerevole e progressivo dei costi dei materiali da costruzione."* D'altro canto, che la presentazione dell'offerta non costituisca condizione per l'esame dell'istanza e il rilascio del parere si evince anche dal fatto che ai fini dell'avvio del procedimento non è stato richiesto all'istante di precisare se fosse stata presentata un'offerta;

CONSIDERATO che, fugato ogni dubbio circa la possibilità di impugnare le cc.dd. clausole escludenti da parte dell'operatore economico che non abbia presentato un'offerta, la giurisprudenza ha osservato come risulti del tutto "contraddittorio lamentare l'esistenza di una base d'asta che impedirebbe di presentare un'offerta remunerativa e allo stesso tempo, pur impugnando il bando, presentare l'offerta medesima. Sul punto, una recente sentenza (Tar Lombardia Milano 29 aprile 2020 n. 709) ha osservato come la partecipazione alla gara si pone alla stregua di un fatto (successivo) incompatibile con l'azione proposta avverso il bando, poiché le due (contrapposte) utilità perseguite - accoglimento del ricorso e aggiudicazione - rischiano di elidersi a vicenda, impedendo alla parte di ottenere qualsivoglia vantaggio giuridicamente apprezzabile. Difatti, l'accoglimento del ricorso contro il bando porrebbe nel nulla le chances di aggiudicazione, venute in essere in seguito alla presentazione dell'offerta. Né in presenza di un diritto di azione di natura disponibile può essere affidato al giudice il compito di attribuire prevalenza alla domanda avanzata in sede giurisdizionale piuttosto che all'interesse ad ottenere l'aggiudicazione della gara per la quale si è presentata la domanda, dovendo peraltro considerarsi che il bene della vita finale è rappresentato dall'aggiudicazione della gara e non dall'accoglimento del ricorso, utilità di natura



meramente strumentale (cui potrebbe non far seguito la riedizione della procedura Tar Milano 709/2020, cit.)” (TAR Marche, 19 agosto 2020, n. 511);

RITENUTO, pertanto, che la presentazione, in data successiva alla formulazione dell’istanza di precontenzioso, della domanda di partecipazione alla gara rende improcedibile, per sopravvenuta carenza d’interesse, l’esame della contestazione relativa alla presunta incapienza del prezzo posto a base di gara. Ciò, sia perché la presentazione di un’offerta economica è per sua natura fatto sintomatico e disvelatore della capienza del prezzo posto a base di gara, sia perché la partecipazione alla gara è diretta a soddisfare l’interesse dell’operatore economico all’aggiudicazione, dovendosi ritenere assorbito l’interesse alla caducazione della gara;

RILEVATO che analoghe considerazioni sulla sopravvenuta carenza di un interesse diretto concreto ed attuale all’esame delle contestazioni sollevate nell’istanza di precontenzioso possono essere estese alle questioni relative alla mancata previsione dei CAM e al ricorso ad Asmel Consortile per l’espletamento della procedura di gara. Anche tali vizi, se ritenuti fondati, condurrebbero all’annullamento degli atti di gara, in contrasto con l’interesse all’aggiudicazione manifestato dall’istante con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Si aggiunga, inoltre, che i predetti vizi non attengono a cc.dd. clausole escludenti – qual è invece la misura del prezzo posto a base di gara – e che, pertanto, anche sotto tale profilo non si ravvisa un interesse diretto concreto ed attuale alla pronuncia del parere;

CONSIDERATO, peraltro, quanto alla violazione dei Criteri ambientali minimi, che il richiamo al D.M. 23 giugno 2022 è inconferente. Il suddetto decreto, infatti, recante i nuovi *Criteri ambientali minimi per l’affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, della pulizia e spazzamento e altri servizi di igiene urbana, della fornitura di contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani, della fornitura di veicoli, macchine mobili non stradali e attrezzature per la raccolta e il trasporto di rifiuti e per lo spazzamento stradale*, in sostituzione dei precedenti CAM adottati con il DM 13 febbraio 2014, stabilisce all’art. 3, comma 1, che il provvedimento entrerà in vigore trascorsi 120 giorni dalla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Ebbene, considerato che il decreto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 182 del 5 agosto 2022 e che, secondo il citato art. 3, comma 1, la sua entrata in vigore è differita al 3 dicembre 2022 (ovvero 120 giorni dopo), alla data di pubblicazione del bando di gara in oggetto (ottobre 2022) i predetti CAM non erano ancora vigenti. Per quanto concerne i previgenti CAM, va rilevato che l’istante si limita, con affermazioni generiche, a lamentarne il mancato richiamo negli atti di gara, senza precisare – diversamente da quanto dedotto con riguardo ai nuovi CAM – quali specifiche prescrizioni contenute nel DM 2014 non siano state richiamate negli atti di gara; né una tale indagine può essere condotta dall’Autorità, risolvendosi in un generalizzato controllo sugli atti di gara;

CONSIDERATO, sul ruolo svolto da Asmel Consortile SCARL nella procedura di gara in oggetto, che, diversamente da quanto sostenuto dall’istante, Asmel non ha affatto assunto le funzioni di centrale unica di committenza, quanto piuttosto reso attività di committenza ausiliarie ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, attività di cui la giurisprudenza ha riconosciuto il possibile e legittimo espletamento (Tar Salerno, sent. n. 1320/2022; Cons. Stato, nn. 1843/2021 e 3455/2021). Infatti, nel caso di specie, Asmel, lungi dall’acquisire beni o servizi per conto terzi, sostituendosi alla Stazione appaltante, si è limitata ad affiancare e supportare il Comune di Vitulazio, erogando una serie di servizi ausiliari, per lo più attinenti alla gestione concreta della procedura di gara. In particolare, dalla lettura degli atti di gara, si evince che Asmel si è limitata a fornire alla Stazione appaltante servizi di supporto allo svolgimento della procedura, consistenti principalmente e con maggiore evidenza nella gestione della piattaforma telematica utilizzata per la pubblicazione della documentazione di gara, la presentazione delle offerte, l’analisi e la valutazione delle stesse, l’aggiudicazione della procedura e le comunicazioni o



gli scambi di informazioni, quale strumento e veicolo tecnico di interazione con i concorrenti, fermo restando lo svolgimento della procedura da parte dell'Amministrazione comunale che esercita i poteri ad essa relativi gestendone le diverse fasi. Ed infatti, la stessa nomina della Commissione giudicatrice è di competenza della Stazione appaltante e non della CUC; analogamente i controlli ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione saranno espletati dal Comune di Vitulazio. Infine, va evidenziato come, nel caso di specie – diversamente dai casi esaminati dall'Autorità – il compenso per le attività svolte è direttamente posto a carico della Stazione appaltante e non dell'operatore economico aggiudicatario;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che le censure sollevate dall'istante avverso il bando di gara in oggetto siano improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse dell'istante al loro esame, desumibile dalla successiva partecipazione alla procedura di gara, generiche e non adeguatamente provate, con riferimento alla mancata previsione dei CAM, e infondate per la parte relativa al ruolo assunto nella procedura in oggetto da Asmel Consortile SCARL.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 gennaio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente