

Delibera n. 1123 del 28 novembre 2018

Fascicolo UVCS n. 1543/2017

Oggetto: Gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore CIG 65437129F6 indetta con bando pubblicato in G.U.R.I. e su G.U.E. (n. 4961) in data 13.1.2016 con importo a base d'asta di euro 5.089.938,800.

Il Consiglio

nell'adunanza del 28 novembre 2018;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione; Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni; Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto

Con note a firma congiunta di alcuni Deputati della Repubblica, acquisite ai prott. nn. 29387 del 23 febbraio 2017 e 38618 del 14 marzo 2017, sono state segnalate all'Autorità diverse criticità relative alla gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore (CIG 65437129F6). In particolare, si contestavano presunte anomalie concernenti la modificazione delle condizioni di gara durante la proroga dei termini di presentazione delle offerte, la mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'avviso di proroga dei termini de quibus, la coincidenza della figura di presidente di commissione giudicatrice con quella di dirigente dell'Ufficio tecnico comunale, l'affidamento alla Consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari, la violazione dell'ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente, aggiudicatario in ATI della gara in oggetto, la mancata contrattazione sindacale con i singoli

lavoratori di "Città pulita", con annesso inserimento in regime di salvaguardia di soggetti esterni, rispetto all'associazione de qua, alla raccolta rifiuti. In data 18 luglio 2017 è altresì pervenuta all'Autorità una nota a firma del Presidente dell'Associazione di tutela "La Voce di Fiore", prot. n. 92581, con cui si manifestavano seri dubbi circa la fase di esecuzione del contratto di affidamento del servizio pubblico di raccolta differenziata aggiudicato in via definitiva nel settembre 2016. In più, secondo quanto riportato nella nota, si prevedeva una modesta cifra a carico dell'aggiudicatario come corrispettivo per i servizi di committenza ausiliari effettuati da Asmel Consortile. L'Autorità, esaminato l'esposto e rilevata la sussistenza di margini per l'avvio di un'apposita istruttoria, ha comunicato l'avvio del procedimento con prot. n. 64238 del 08.5.2017, nei confronti del Comune di San Giovanni in Fiore al fine di acquisire ulteriori elementi di valutazione relativamente a determinati motivi di doglianza. La comunicazione di avvio de qua, inoltre, è stata inoltrata per conoscenza anche

al legale rappresentante pro tempore del Consorzio Locride Ambiente. Pertanto, con la suddetta comunicazione si chiedeva al Comune di San Giovanni in Fiore di riferire in merito alla disposta aggiudicazione in favore dell'ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., avendo cura di fornire specifiche informazioni circa la natura giuridica della Soc. Locride Ambiente, le partecipazioni azionarie della suddetta società alla data di partecipazione alla gara in oggetto e i limiti di operatività territoriale della società medesima. Inoltre, si richiedevano informazioni sullo stato di avanzamento della procedura contrattuale e sui rilievi concernenti la modificazione delle condizioni di gara durante il regime di proroga dei termini di presentazione delle offerte, la mancata pubblicazione in G.U.U.E. della suddetta proroga e l'affidamento alla Consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari. Si premette che, sulla base della deliberazione ANAC n. 32 del 2015, la società Consortile in questione era stata esclusa dall'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014, infatti, il sistema posto in essere dal Consorzio Asmel non trovava corrispondenza nei modelli di aggregazione degli appalti di enti locali. La società Asmel, di fatto, offriva in via indiretta agli Enti Locali i propri servizi di intermediazione attraverso l'adesione all'associazione Asmel e, non rintracciandosi effettiva garanzia di un controllo analogo da parte degli Enti stessi, agiva come soggetto di diritto privato del tutto autonomo da questi ultimi. Nonostante il ricorso avverso la delibera ANAC n. 32/2015, il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza n. 2339 del 22 febbraio 2016, confermava integralmente quanto rilevato dalla scrivente Autorità, chiarendo, altresì, che Asmel s.c.a. r.l. non potesse considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisti pubblici, anche in virtù di un limite territoriale non ben definito.

In seguito, con Comunicato del Presidente del 23 marzo 2016, si precisava che un nuovo schema organizzativo che prevedesse ancora l'offerta di servizi di committenza senza limitazioni territoriali e a Comuni non coinvolti direttamente nella costituzione del soggetto operativo, non sarebbe stato in linea con la deliberazione n. 32 del 2015. Pertanto, in seguito alla delibera ANAC de qua e alle vicissitudini giudiziarie, Asmel s.c.a r.l., in data 23.2.2016, comunicava ai Comuni l'avvenuta cessione delle quote di partecipazione di Asmel Associazione in Asmel Consortile al fine di rendere quest'ultima interamente posseduta da Enti Locali e, quindi, invitava gli stessi ad associarsi direttamente alla suddetta. L'Associazione, invece, così costituita interamente da Enti pubblici, è da considerarsi, secondo Asmel s.c.a r.l., alla stregua di un soggetto privato sottoposto alle norme del Codice Civile. L'ingresso dei Comuni nella Consortile avrebbe consentito, viceversa, di acquisire la conformazione di società in house come da determinazione ANAC.n. 11/2015. A seguito dell'avvio del procedimento, ha dato riscontro il Comune di San Giovanni in Fiore con nota di controdeduzioni prot. n. 78857 del 7.6.2017, nonché con nota prot. n.100668 del 17.8.2017. Più in dettaglio, con prot. n. 78857 del 7.6.2017, il Comune di San Giovanni in Fiore, nella persona del competente Responsabile del procedimento e del Responsabile dell'ufficio Legale del Comune di San Giovanni in Fiore, ha contestato i rilievi evidenziati nella comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 64238 del 8.5.2017, allegando quanto richiesto dalla scrivente Autorità. In considerazione dello stato di dissesto del Comune di San Giovanni in Fiore, dichiarato con Delibera di C.C. del 3.5.2014, e dell'indifferenziazione con cui si procedeva alla raccolta dei rifiuti solidi urbani sul territorio del Comune, il Commissario straordinario riteneva necessaria l'attivazione della raccolta differenziata. A tal fine, con delibera di G.M. n. 1 del 9.1.2015, si dava indirizzo al Responsabile dei Servizi Tecnici di avviare il procedimento per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani mediante procedura ad evidenza pubblica, previa redazione di un piano formulato in base alla specificità del Territorio e alla più efficiente ed efficace gestione del servizio. Il suddetto piano veniva stilato tenuto conto, tra l'altro, della quantità di rifiuti solidi urbani indifferenziati prodotta nel Comune durante l'anno 2014/15 e della spesa sostenuta per la loro raccolta e trasporto effettuati, sulla base di un'ordinanza sindacale, dalla Cooperativa "Città Pulita". Quest'ultima, affidataria per diversi anni del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti indifferenziati, era costituita da 21 unità lavorative e vantava l'applicazione di un contratto di lavoro multi servizi da 6 ore giornaliere, pari ad un importo complessivo liquidato nel 2015 di

euro 885.483,75, IVA esclusa. Il piano, pertanto, vedeva garantita la continuità occupazionale delle 21 unità della Cooperativa de qua e di altre 6 unità utilizzate tra il 2002 ed il 2012, le quali, nonostante il diverso contratto (stipulato dal Comune stesso) e il diverso ambito territoriale di operatività (località Lorica), avevano diritto anch'essi alla clausola di salvaguardia. Pertanto, con determina n. 230 del 24.12.2015 veniva approvato il piano di cui sopra comprensivo di piano di servizio di igiene urbana, capitolato speciale d'appalto e d.u.v.r.i; con determina n. 231 del 24.12.2015 veniva nominato il R.U.P., in capo al Comune, ai sensi dell'articolo 10 D.lgs. n. 163/2006; con determina n. 236 del 31.12.2015 veniva approvato il bando, il disciplinare di gara per l'affidamento in appalto del servizio di raccolta differenziata, veniva acquistato il C.I.G. e veniva indetta gara da effettuarsi attraverso procedura aperta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.lgs. n.163/2006, per un importo a base d'asta di euro 5.016.938,80 per un servizio di anni cinque. Ciò posto, in base alla delibera di G.M. n. 110 del 16.12.2015 di adesione all'Asmel associazione, si procedeva alla pubblicazione del bando a mezzo di piattaforma digitale "Asmecommm", quindi in G.U.U.E., in G.U.R.I., sul sito internet www.serviziocontrattipubblici.it, per estratto su quattro quotidiani, sul sito istituzionale dell'Ente e, infine, sull'albo pretorio on line del Comune di San Giovanni in Fiore. Verificata la fondatezza di alcune lamentele seguite alle pubblicazioni di cui sopra, circa la divergenza tra l'importo a base d'asta e il costo effettivo dell'appalto, dovuta all'erroneo calcolo del costo delle 27 unità lavorative totali per sei ore di lavoro giornaliero, il Responsabile dei Servizi Tecnici, con determina n. 22 del 25.2.2016, procedeva alla modifica dei punti del capitolato d'appalto riducendo le 6 ore di lavoro giornaliero previste per le 27 unità di personale a 4 ore giornaliero, rapportate al costo lavoro determinato per gli addetti servizi ambientali – raccolta – trasporto e smaltimento rifiuti (C.C.N.L. del 5.4.2008), così da rispettare l'importo a base d'asta. Contestualmente, con la stessa determina si prorogavano di 10 giorni i termini per la presentazione delle offerte e, di conseguenza, si spostava il giorno previsto per l'apertura delle buste. Le modifiche de quibus, una volta trasmesse ad Asmel, venivano pubblicate in G.U.R.I., su due quotidiani, nel sito istituzionale dell'Ente e nell'albo pretorio on line del Comune di San Giovanni in Fiore. Entro il nuovo termine, pervenivano n. 5 offerte e nessuna doglianza in merito alla modifica del capitolato speciale d'appalto. Con determina n. 35 del 11.3.2016 del Responsabile dei Servizi Tecnici veniva nominata la commissione giudicatrice. In data successiva all'aggiudicazione provvisoria in capo all'ATI Presila Cosentina e

Locride Ambiente, perveniva al Comune un'istanza di revoca in autotutela della gara per via della mancata pubblicazione in G.U.U.E della proroga dei termini di presentazione delle offerte da parte di Asmel. A seguito di nota n. 7956 del Responsabile dei Servizi Tecnici in data 9.5.2016, con cui si chiedeva ad Asmel di fornire chiarimenti in merito al vizio di cui sopra, il Responsabile dell'Ufficio Legale della suddetta trasmetteva al Comune i chiarimenti concernenti i profili evidenziati. In particolare, secondo il soggetto in esame, l'omessa pubblicazione in G.U.U.E. dell'avviso di proroga del bando non era da valutarsi come vizio di nullità della procedura tutta, ma poteva considerarsi sanato dall'inoppugnabilità della lex specialis. Veniva altresì allegato un parere legale, a mezzo del quale si chiariva come il mancato rispetto delle forme di legge per la pubblicità degli atti di gara può non determinare l'invalidità della procedura quando la conoscenza di tali atti in capo alle imprese si sia comunque realizzata. Pertanto, aggiungeva lo Studio legale, l'incompletezza della pubblicità di un bando di gara è da considerarsi sanata quando a causa della pubblicità limitata non sia stata impedita de facto la partecipazione alla gara stessa. Con determina n. 212 del 16.9.2016, il responsabile dei Servizi Tecnici procedeva all'aggiudicazione definitiva alla ditta Presila Cosentina – Locride Ambiente S.p.A. del servizio di raccolta, trasporto, smaltimento dei rifiuti e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore. Nello stesso documento si richiamava l'atto unilaterale d'obbligo dell'ATI Presila Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A. con la quale l'Associazione Temporanea di Imprese si impegnava, prima della stipula del contratto, al pagamento del corrispettivo (1,5%) dell'importo di aggiudicazione a fronte dell'utilizzo della piattaforma Asmecommm a favore di Asmel Consortile S.c.a r.l. A riguardo, in merito alla violazione dell'ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente, aggiudicatario in ATI della gara di cui all'oggetto, in

ragione delle limitazioni previste dall'art. 1 dello Statuto societario, nonché dei principi e disposizioni vigenti in tema di società a partecipazione pubblica, l'Amministrazione chiarisce che, trattandosi di un'ATI la cui capogruppo è la società Presila Cosentina, vi è un'attuazione indiretta del servizio che Locride Ambiente può svolgere indipendentemente dall'ambito territoriale; d'altro canto è l'art. 4 dello Statuto di Locride Ambiente a prevedere la possibilità di realizzare consorzi o ATI con altre società indipendentemente dall'ambito territoriale in cui si svolge l'attività. Per quanto concerne l'affidamento alla consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari, il Comune precisa che, come specificato anche da ordinanza n. 552/2016 del T.A.R. Calabria su ricorso di registro generale n. 1276 del 2016 presentato dalla Cooperativa "Città Pulita" contro il Comune di San Giovanni in Fiore, la Consortile Asmel non abbia svolto il ruolo di centrale di committenza ex art. 33 del d.lgs. 163/2006. All'interno della procedura in oggetto, d'altronde, il R.U.P. era in capo al Comune, il C.I.G. era stato richiesto dal medesimo e la commissione giudicatrice era stata nominata con determina n. 35 del 11.3.2016 di cui sopra; in un contesto simile, la Consortile in questione, secondo il Comune, non si era che limitata a svolgere un ruolo meramente strumentale, consistente nella messa a disposizione della stazione appaltante della piattaforma digitale. L'Autorità, esaminate le memorie pervenute in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento e ritenuta la sussistenza di anomalie nella procedura contrattuale in oggetto, ha formalizzato specifiche contestazioni con comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) trasmessa con nota prot. n. 22135 del 9.3.2018 al Comune di San Giovanni in Fiore, nonché alla Asmel Consortile s.c.a.r.l. e al Consorzio Locride Ambiente. In riscontro alla CRI è pervenuta memoria del competente Responsabile del Procedimento acquisita al prot. n. 30791 del 9.4.2018. Per quanto qui di interesse, il RUP ha rilevato che la mancata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea della modifica apportata nel capitolato d'appalto, relativa alla diminuzione da 6 ore di lavoro giornaliera previste per le 27 unità di personale a 4 ore giornaliera, non abbia alterato la concorrenza, atteso che alla procedura di gara hanno partecipato de facto varie imprese. Successivamente, su esplicita richiesta del deputato esponente (prot. n. 37776 del 3.5.2018), è stata espletata apposita audizione dinanzi all'Ufficio il 17.5.2018, a seguito della quale il deputato stesso ha trasmesso un'integrazione (prot. 42861 del 18.5.2018), al fine di fornire ulteriori elementi informativi. Nello specifico, il deputato ha esposto le principali criticità che coinvolgono la fase di esecuzione del servizio in oggetto da parte dall'attuale gestore Locride Ambiente in A.T.I. (con Presilia Cosentina S.p.A.). Da ultimo, con nota acquisita al prot. 92919 del 13.11.2018, l'Associazione Asmel ha inviato una Circolare relativa all'utilizzo, in forma gratuita, della piattaforma telematica per le gare online.

Ritenuto in diritto

Ciò posto, l'Autorità ritiene che dall'esame degli atti contenuti nel fascicolo e alla luce delle controdeduzioni pervenute permangano significative criticità in ordine alla gara in oggetto.

Si rileva, innanzitutto, come in data 2.2.2015 il TAR Lazio, pronunciandosi sul ricorso avverso la deliberazione Anac n. 32/2015, abbia confermato la delibera stessa ribadendo come la Consortile Asmel non fosse conforme al modello legale di centrale di committenza di cui ai requisiti previsti dall'art. 33, comma 3 bis, del d.lgs. 163/2006, e non rientrasse tra i soggetti aggregatori; Asmel s.c.a.r.l., infatti, non risultava essere né amministrazione aggiudicatrice né organismo di diritto pubblico. Tuttavia, pare opportuno rilevare come sia il TAR Campania, con sentenza n. 822/2015, sia il TAR Calabria, con ordinanza 552/2016 in merito al caso di specie, abbiano chiarito che Asmel Consortile non risulta aver svolto né la posizione di amministrazione aggiudicatrice, né la funzione di centrale di committenza ex art. 33 del d.lgs. 163/2006, bensì si sia limitata a svolgere un ruolo meramente strumentale, consistente nella messa a disposizione della stazione appaltante della piattaforma digitale. D'altronde, dalla lettura congiunta degli articoli 39 e 3, comma 1, lett. m) del D.lgs n. 50/2016, recanti, rispettivamente, attività di committenza ausiliarie e sulla definizione di attività di committenza ausiliarie, si evince che le attività che consistono nella prestazione di supporto nella

forma di infrastrutture tecniche che consentono alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici, come nel caso di prestazione della piattaforma digitale Asmecom, possano essere fornite anche da associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da amministrazioni dello Stato o Enti pubblici territoriali. Ciononostante, sulla base di quanto emerge dagli atti di gara, e in particolar modo dalla determina a contrarre n. 236 del 31 dicembre 2015 e dalla determina di aggiudicazione definitiva n. 1003 del 15 settembre 2016, è stato chiesto all'operatore economico aggiudicatario del bando di gara di firmare un atto unilaterale d'obbligo con cui Questo, e nel caso di specie l'ATI Presila Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., si impegnava a corrispondere ad Asmel Consortile s.c.a r.l. il corrispettivo del servizio per l'uso della piattaforma Asmecom, nella misura dell'1,5% dell'importo totale aggiudicato. Alla base di questa previsione, risulta esserci la deliberazione di Giunta Comunale n. 110 del 16 dicembre 2015 avente ad oggetto l'adesione all'associazione Asmel per la sussidiarietà e modernizzazione degli Enti Locali. Proprio nella determina a contrarre di cui sopra si legge che si affidavano ad Asmel Consortile s.c.a r.l. i servizi di committenza ausiliari inerenti l'indizione della procedura di gara in parola sulla piattaforma telematica Asmecom, insieme ad ogni onere di pubblicazione degli atti di gara. Inoltre, dall'atto unilaterale d'obbligo in esame si legge che la suddetta obbligazione costituisce anche elemento essenziale dell'offerta.

In merito, si ribadisce alla Stazione Appaltante e alla stessa Asmel Consortile s.c.a r.l. che, secondo l'Atto di segnalazione n.3 del 25 febbraio 2015 formulato da A.N.AC, reso al Governo e al Parlamento, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs 12 aprile 2006 n. 163, concernente "le spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza per l'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) poste a carico dell'aggiudicatario", non esistono disposizioni legislative che abilitano le stazioni appaltanti a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto. Stando al disposto dell'articolo 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge, ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento nel dettato legislativo. In questa direzione, le disposizioni presenti in materia concernenti eventuali spese relative la stipula del contratto, compresa l'utilizzazione di piattaforma telematica, non fanno che riferimento alla gestione della procedura tutta. Pertanto, deve ritenersi insussistente ogni diretta relazione tra spese connesse a singole fasi della procedura ed il pagamento del relativo corrispettivo da parte dell'aggiudicatario. La scrivente Autorità rileva anche come la commisurazione dell'importo del corrispettivo a carico dell'aggiudicatario all'importo di aggiudicazione dell'appalto non consente di attribuire al corrispettivo stesso, sotto il profilo della sua giustificazione causale, la natura di rimborso delle spese sostenute dalla stazione appaltante, d'altronde, mentre queste ultime sono spesso fisse, l'importo a carico dell'aggiudicatario varia a seconda della base d'asta dedotta la percentuale del ribasso offerto in gara. A sostegno di ciò, lo stesso art. 9, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni in legge 6 luglio 2012 n. 94, secondo cui il M.E.F. mette a disposizione, a titolo gratuito, il proprio sistema informatico di negoziazione in modalità Application Service Provider, costituisce chiara espressione della volontà di non porre a carico degli operatori economici i costi connessi alla centralizzazione/agggregazione degli acquisti. D'altronde la stessa creazione di centrali di committenza è posta in essere col fine di procedere ad un risparmio di spesa per le singole amministrazioni che ne beneficiano, ma il loro relativo funzionamento non può determinare un aggravio dei costi per gli operatori stessi. Da ultimo, è utile segnalare che l'articolo 28 del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, ha introdotto il comma 2-bis) all'articolo 41 del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo che è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme. A seguito di tale contestazione, e nello specifico da novembre 2018, Asmel si è conformata alla disposizione di legge richiamata, consentendo alle stazioni appaltanti di utilizzare la piattaforma telematica in forma totalmente gratuita (nota prot. 92919 del 13.11.2018). Inoltre, per ciò che interessa il servizio offerto da Asmel s.c.a r.l. attraverso la piattaforma digitale di Asmecom, l'Autorità rileva che la proroga dei termini di presentazione delle offerte e la modifica degli elementi del bando di gara vadano ripubblicati ricorrendo alle stesse

forme e modalità di pubblicizzazione richieste per l'indizione della procedura concorsuale o, comunque, con cui si è proceduto alla pubblicizzazione della stessa. Secondo quanto si legge nelle controdeduzioni del Comune, quest'ultimo ha dato mandato ad Asmel Consortile di procedere alla pubblicazione di tutte le informazioni relative all'appalto in esame attraverso la piattaforma Asmecomm. Queste venivano pubblicate, per l'appunto, sulla G.U.U.E., sulla G.U.R.I., nel sito internet www.serviziocontrattipubblici.it, per estratto su quattro quotidiani, sul sito istituzionale dell'Ente e, infine, sull'albo pretorio on line del Comune di San Giovanni in Fiore, ma, al momento della proroga dei termini di presentazione delle offerte e della modifica di alcuni elementi del bando di gara stesso, ne veniva ridata pubblicazione solo attraverso G.U.R.I., nonché su n. 2 quotidiani, nel sito istituzionale dell'Ente e nell'albo pretorio on line del Comune di San Giovanni in Fiore, difettando pertanto la riedizione della pubblicazione G.U.U.E.. Ciò posto, si specifica che la ripubblicazione di ogni avviso che implica variazioni sostanziali al bando di gara e al correlato capitolato prestazionale ha come finalità precipua quella di garantire, ai soggetti interessati ed in possesso di idonei requisiti, di partecipare alle procedure di selezione poste in essere dall'amministrazione, realizzando da un lato l'interesse degli operatori stessi alla par condicio e nel contempo l'interesse pubblico alla massimizzazione delle domande presentate; in tale ottica, una qualunque modifica del bando di gara, che sia idonea ad incidere sulla soddisfazione degli interessi richiamati, non può ritenersi sottratta all'obbligo di un'ulteriore pubblicazione con decorrenza ex novo dei termini previsti dalla normativa di riferimento. Qualsiasi prassi che vada in senso contrario a quanto detto deve ritenersi direttamente lesiva dei principi generali di trasparenza, pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento del Codice dei contratti pubblici e del Trattato. Come già chiarito da A.V.C.P. con deliberazione n. 92/2012 e da copiosa giurisprudenza, sul punto si veda Tar Puglia Bari, Sez. I, sentenza 9 ottobre 2014 n. 1167, secondo la quale ogni modificazione [della *lex specialis*] dev'essere portata a conoscenza degli interessati nelle stesse forme adoperate per il testo originario e i principi di trasparenza e par condicio tra i concorrenti impongono di dare adeguata pubblicità alle modifiche apportate ai bandi di gara, peraltro, con le stesse modalità previste per l'atto da modificare. Rebus sic stantibus, i principi di trasparenza e pubblicità, i quali permeano ogni profilo di diritto nella disciplina degli appalti, si ritengono, nel caso di specie, assolutamente inderogabili. La rettifica al capitolato d'appalto, di cui alla determina n. 22 del 25 febbraio 2016, è da considerarsi, ad avviso dell'Autorità, come una modifica di uno degli elementi essenziali del bando di gara e, per tale motivo, la stazione appaltante avrebbe dovuto pubblicare tali rettifiche ricorrendo alle stesse forme e modalità di pubblicizzazione utilizzate per l'indizione della procedura concorsuale. La necessità della modifica in esame si era palesata a seguito di alcune richieste di chiarimenti manifestate da ditte interessate ad una eventuale partecipazione alla gara. Alla base di queste richieste vi era la divergenza tra l'importo a base d'asta d'appalto ed il costo effettivo dell'appalto stesso, divergenza dovuta all'erroneo computo del costo del personale. Infatti, questo conteggio, calcolato su un monte di sei ore giornaliere per 27 unità lavorative, ammontava a euro 770.859,00 stimato sulla base del C.C.N.L. applicato alle 21 unità utilizzate negli anni precedenti dal Comune a mezzo di ordinanze sindacali; se lo stesso costo del lavoro fosse stato applicato al totale delle 27 unità lavorative, il costo complessivo dell'appalto sarebbe risultato pari a euro 1.156.289,44 (circa), così da renderlo, de facto, notevolmente maggiore rispetto a quanto previsto a base d'asta. Pertanto, la riduzione delle ore di lavoro giornaliere da sei a quattro per tutte le 27 unità ha dato modo al Comune di rientrare all'interno di quanto era stato previsto come importo a base d'asta, ma, allo stesso tempo, vista la natura della divergenza economica della modifica stessa, non può non considerarsi elemento essenziale per la predisposizione di un'offerta consapevole da parte degli operatori economici. Per quanto riguarda l'ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente S.p.A. costituita in ATI con Presila Cosentina S.p.A. e aggiudicataria definitiva della gara, si rileva come l'articolo 4 dello Statuto della società in questione preveda la possibilità di svolgere le attività collaterali o connesse con i servizi [...], direttamente e/o mediante convenzioni e/o incarichi, purché strumentali all'oggetto sociale. La Locride Ambiente, in quanto ATI, la cui capogruppo è la società Presila Consilia, dovrebbe poter attuare indirettamente il servizio a prescindere dall'ambito territoriale, purché connesso con ciò che è previsto ai sensi dello

Statuto, come confermato dalla nota 07.04.2017 della Regione Calabria Dipartimento Ambiente, prot. SIAR n. 82008/2017. Di particolare interesse, inoltre, risulta l'espressa previsione nel piano antecedente alla pubblicazione del bando di gara, approvato dal Comune con determina n. 230 del 24.12.2015, relativa all'assunzione da parte dell'impresa aggiudicataria dei lavoratori della Cooperativa "Città Pulita", al fine di garantire la continuità occupazionale del personale già impiegato dal precedente gestore del servizio. Si tratta della necessaria previsione nel bando di gara della c.d. clausola sociale, la quale obbliga l'appaltatore subentrante ad impiegare nell'esecuzione del servizio la forza lavoro in precedenza utilizzata dalla ditta uscente. Difatti la stessa qualificazione in termini di "clausola" richiede, in capo alle parti contraenti, ed alla stazione appaltante in primis, la necessità di un formale e specifico recepimento nella lex specialis e nel contratto di appalto/concessione. Lo stesso decreto legislativo n. 50 del 2016, come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) prevede espressamente, all'articolo 50, che le stazioni appaltanti inseriscano, nei bandi e nelle lettere di invito, "nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81". Secondo l'interpretazione dell'Autorità, la ratio della clausola sociale, come delineata dalla predetta disposizione, è dunque in primo luogo quella di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto. Sebbene il predetto articolo 50 riferisca letteralmente l'aspetto "sociale" della clausola soltanto alle dinamiche tese al mantenimento del posto di lavoro, l'articolo 3, comma 1 lettera qqq) del Codice dei contratti pubblici accoglie invece una nozione più ampia, definendo le clausole sociali come "disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione...". La definizione recata dal predetto articolo 3 si presta dunque a consentire alle stazioni appaltanti aperture verso previsioni tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente. Ciò posto, l'Autorità ha rilevato, in sede di audizione del 17.5.2018, che non tutti i lavoratori che, per effetto della clausola sociale prevista nel bando di gara in esame sarebbero dovuti transitare alle dipendenze del nuovo aggiudicatario (ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A.), risultano ancora essere stati assunti. Su quest'ultimo punto, ove non abbia già provveduto, si richiama in questa sede l'attenzione di ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A. affinché provveda all'applicazione della c.d. clausola sociale, assumendo alle proprie dipendenze i lavoratori della Cooperativa "Città Pulita". Secondo l'orientamento interpretativo del Tar Campania con sentenza n. 848 del 13 febbraio 2017, la clausola sociale costituisce una condizione di esecuzione del contratto, rilevante solo durante il rapporto contrattuale. Pertanto, l'inadempimento dell'impresa affidataria che non ottempera, in seguito alla stipula del contratto, all'impegno assunto in sede di gara, resta confinato nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti dal contratto, ad esempio, clausola risolutiva espressa, penali, e dalla legge (l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici). Tale configurazione comporta che la violazione commessa dall'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, che pertanto resta insensibile alle vicende de quibus. L'interpretazione suddetta sembra inoltre trovare avallo nell'articolo 100, primo comma, ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici, che, disciplinando i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante per l'esecuzione del contratto (non, quindi, per la partecipazione alla procedura selettiva), prevede la possibilità di introdurre particolari condizioni di esecuzione, attinenti ad "esigenze sociali e ambientali". Tuttavia, se è vero che il rispetto degli obblighi assunti dall'aggiudicataria in sede di gara riguarda l'esecuzione del rapporto, il mancato assorbimento del personale, in particolar modo laddove sia totale, o comunque generalizzato, potrebbe manifestare la sostanziale volontà di non accettazione della clausola. In tale ottica interpretativa, la violazione della clausola riverbererebbe i propri effetti sull'aggiudicazione, viziandola, e legittimando peraltro anche i concorrenti all'impugnazione. In conclusione, l'Autorità ritiene di poter confermare integralmente i rilievi e le contestazioni formalizzate nella comunicazione

di risultanze istruttorie prot. n. 22135 del 9.3.2018, atteso che alla luce degli atti e documenti acquisiti permangono le irregolarità originariamente rilevate. Come specificato nelle suddette considerazioni, la rettifica di cui alla determina n. 22 del 25 febbraio 2016 è configurabile come modifica di uno degli elementi essenziali del bando di gara alla stregua dell'art. 106, comma 4, del D.Lgs n. 50/2016, essendo idonea ad estendere il novero delle possibili imprese concorrenti. Da ciò consegue che, nell'apportare una tale modifica di significativo rilievo in grado di incidere sul tempo concesso alle imprese per la presentazione della domanda, i termini per l'affidamento del servizio oggetto di gara devono essere necessariamente riaperti. Pertanto la mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'avviso di proroga dei termini per la presentazione delle offerte rileva quale vizio sostanziale della procedura di gara. Difatti modifiche sostanziali alla lex specialis sono soggette al principio del contrarius actus, secondo cui la modifica di un atto deve avvenire nelle stesse forme e seguendo il medesimo procedimento della sua adozione, e dunque anche le stesse modalità di pubblicizzazione, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio. In tal caso la stazione appaltante avrebbe quindi dovuto trasmettere all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea l'avviso di proroga dei termini, secondo quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici. Incidentalmente, infine, in merito all'applicazione della clausola sociale posta a tutela dei livelli occupazionali, l'Autorità ritiene di dover richiamare la stazione appaltante affinché assuma, ove non già provveduto, ogni iniziativa tesa a verificare che l'appaltatore abbia reclutato alle sue dipendenze per l'espletamento del servizio tutti i lavoratori impiegati dal precedente gestore (Cooperativa "Città Pulita"). Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 22135 del 9.3.2018 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evince l'omessa pubblicazione dell'avviso di proroga dei termini di presentazione delle offerte in G.U.U.E.;

di invitare il Comune di San Giovanni in Fiore a verificare che l'attuale gestore del servizio, ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., abbia in concreto provveduto all'assunzione dei lavoratori della Cooperativa Città Pulita;

di invitare il Comune di San Giovanni in Fiore e Asmel Consortile s.c.a r.l., ciascuno nei limiti delle rispettive competenze istituzionali, a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intendono adottare per rimuovere le criticità rilevate nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;

di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera: - al Comune di San Giovanni in Fiore, in persona del Responsabile dell'Ufficio Legale e del Responsabile del Procedimento de quo; - ad Asmel Consortile s.c.a r.l., in persona del Legale Rappresentante p.t.; - al Consorzio Locride Ambiente, in persona del Legale Rappresentante p.t.; - agli Esponenti.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio
in data 6 dicembre 2018