1^ criticità: criterio di aggiudicazione

Come si evince dall'art. 12, comma 1 - "Criterio di aggiudicazione" dell'*Avviso pubblico* "La procedura negoziata verrà aggiudicata al concorrente che avrà offerto il maggior aumento dell'aggio fissato nella misura minima di €/kg 0,10 (euro/kg zero/10), da corrispondere alla Stazione appaltante".

Ebbene tale criterio, ad avviso della Scrivente, non trova riscontro nel D.lgs. 50/16.

Nelle "Premesse" di cui all'art. 1 dell'*Avviso Pubblico* si rimanda all'art. 4 del D.lgs. 50/16 che reca "*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*":

> *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".*

In tali Premesse si precisa – in conseguenza di ciò – che "*Il presente Avviso pubblico, stante la tipologia dei servizi in oggetto, rientra nel novero dei "contratti attivi", esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice*".

Tuttavia, ci permettiamo di dissentire dall'interpretazione data dalla Vs Spettabile Stazione Appaltante all'art. 4 del D.lgs. 50/16 ovvero di dissentire dalla dedotta conclusione secondo la quale la tipologia di servizi in oggetto sarebbe da includere nel "*novero dei contratti attivi esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice*".

Si premette come, nonostante le flessioni decisamente negative del mercato degli indumenti usati che caratterizzano in particolare l'anno corrente, ancora sia in effetti possibile classificare il servizio di raccolta differenziata e successivo avvio a recupero della frazione tessile (CER 20.01.10 e 20.01.11) quale '*contratto attivo*' per la Pubblica Amministrazione inteso – anzitutto – come contratto per il quale l'amministrazione non ha oneri. Stanti le grosse incognite sul futuro, infatti, gli

operatori riescono oggi ancora a farsi carico dei costi del servizio di raccolta differenziata attraverso i ricavi derivanti dalla vendita della frazione tessile raccolta.

Pur identificando il servizio di raccolta differenziata e avvio a recupero di indumenti usati quale 'contratto attivo', **non è tuttavia possibile – ad avviso della Scrivente – sottrare tale servizio all'ambito di applicazione oggettiva del Codice** ivi includendo l'art. 95 del D.lgs. 50/16 "*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*".

Il D.lgs. 50/16, infatti, agli artt. 17, 17-bis e 18, specifica in modo estremamente chiaro quali sono i contratti esclusi dalle disposizioni del Codice stesso. L'apposizione '***esclusi***' di cui al da Voi menzionato art. 4 - "*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*" non si riferisce affatto a tutti i 'contratti attivi', come emergerebbe dalla Vs interpretazione, bensì e unicamente a quei contratti specificatamente esclusi dagli artt. 17, 17-bis e 18, alcuni dei quali sono 'attivi' e altri 'passivi':

Art. 17. (Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi)

1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:

a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;

b) aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, ovvero gli appalti. anche nei settori speciali, e le concessioni concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici. Ai fini della presente disposizione il termine «materiale associato ai programmi» ha lo stesso significato di «programma»:

c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;

2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1). o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la

questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;
3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;
4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;
5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;

e) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;
f) concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;
g) concernenti i contratti di lavoro;
h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;
i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana;
l) concernenti servizi connessi a campagne politiche, identificati con i codici CPV 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, se aggiudicati da un partito politico nel contesto di una campagna elettorale per gli appalti relativi ai settori ordinari e alle concessioni.

Art. 17-bis. (Altri appalti esclusi)

1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti aventi ad oggetto l'acquisto di prodotti agricoli e alimentari per un valore non superiore a 10.000 euro annui per ciascuna impresa, da imprese agricole singole o associate situati in comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Art. 18. (Esclusioni specifiche per contratti di concessioni)

1. Le disposizioni del presente codice non si applicano:

a) alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007;

b) alle concessioni di servizi di lotterie identificati con il codice CPV 92351100-7 aggiudicate a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo. Ai fini della presente lettera il concetto di diritto esclusivo non include i diritti esclusivi di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), n. 2.3. La concessione di tale diritto esclusivo è soggetta alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea;

c) alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per l'esercizio delle loro attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea.

Ebbene tra i contratti di appalti e di concessioni sopra menzionati, che includono contratti attivi e contratti passivi, non sono affatto menzionati contratti che riguardino **servizi di raccolta differenziata e/o avvio a recupero di rifiuti urbani** e, di conseguenza, neppure il servizio di raccolta differenziata e avvio a recupero della frazione tessile (classificata nei CER 20.01.10 e 20.01.11).

Per tali motivi la Scrivente ritiene che l'affidamento di tale servizio, benché classificabile – oggi – quale 'contratto attivo', non possa affatto essere sottratto alle disposizioni del Codice dei Pubblici Contratti (D.lgs. 50/16).

A completamento della nostra posizione, riteniamo utile specificare un ulteriore aspetto. Alcune amministrazioni hanno strutturato i propri bandi di gara per l'affidamento del servizio in oggetto nell'ottica dell'affidamento di un *appalto di servizi*, altre amministrazioni nell'ottica dell'affidamento di una *concessione di servizi*.

Ebbene nell'uno e nell'altro caso non vi sono differenze per ciò che concerne il '*Criterio di aggiudicazione*'. Infatti l'abrogata disciplina del D.lgs. 163/06 all'art. 30 "*Concessioni di servizi*", comma 1, specificava che "*Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del Codice non si applicano alla concessioni di servizi*". In questo senso la precedente disciplina poneva una chiara distinzione tra

'appalti' e 'concessioni'. Tale dicotomia è stata, tuttavia, volutamente superata con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 50/16) che, infatti, proprio nell'ottica del suo superamento recepisce sia la direttiva comunitaria 2014/24/UE (*sull'aggiudicazione degli appalti pubblici*) ma anche la direttiva 2014/23/UE (*sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*) equiparando appalti e concessioni a tutti gli effetti. In questo senso:

> "*Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione*" (art. 1, comma 1, D.lgs. 50/16).

Per quanto qui concerne, rispetto al criterio di aggiudicazione il Codice precisa che non vi sono differenze tra appalti e concessioni:

> "*Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessioni di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente Codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalitò e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, […]*" (art. 164, comma 2, D.lgs. 50/16)

Quanto sopra premesso, ci permettiamo di rilevare che il criterio di aggiudicazione del "*maggior aumento dell'aggio fissato nella misura minima di €/kg 0,10*", previsto dal Vostro *Avviso Pubblico* ovvero nella successiva *Procedura negoziata*, non trova alcun riscontro nella disciplina in materia di contratti pubblici. Infatti l'art. 95 "*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*", al comma 2, specifica che:

> "*…le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del* ***criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*** *o sulla base dell'elemento prezzo*

o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96." (art. 95, comma 2, D.lgs. 50/16)

Peraltro, il comma 10-bis, ulteriormente specifica quanto segue:

"*La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine* ***la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento***" (art. 95, comma 10-bis, D.lgs. 50/16)

Ulteriormente, Le Linee Guida ANAC n. 2 recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*" specificano, chiaramente nei limiti del sopra citato art. 95, comma 10-bis del D.lgs. 50/16, per ciò che concerne il peso massimo del 30% dell'eventuale componente Prezzo:

"*In generale si deve attribuire un punteggio limitato alla componente Prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta [...]: viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente Prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga*" (ANAC, Linee guida n. 2 – OEPV)

In conclusione, il *Vostro Avviso* (e - da quanto se ne deduce – la futura *Procedura negoziata*):

- Esclude il servizio di raccolta differenziata e avvio a recupero di indumenti usati dai contratti inclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei Contratti Pubblici pur tale servizio rientrandovi a pieno titolo;
- Risulta prevedere un criterio di aggiudicazione che non trova riscontro alcuno nella Disciplina vigente;
- Prevede che l'unico criterio di valutazione dell'offerta sia quello del Prezzo, espresso come rialzo su base d'asta, contrariamente a quanto previsto dall'art. 95, comma 10-bis del D.lgs. 50/16 e Linee Guida ANAC che limitano l'eventuale peso massimo del prezzo ai 30 punti (30% del punteggio complessivo);
- Non favorisce la Qualità del futuro contratto di servizio stante la grande differenziazione oggi ravvisabile nelle proposte presenti sul mercato.

A scanso di equivoci teniamo a precisare ulteriormente la nostra posizione. La Scrivente non intende affatto sostenere che il D.lgs. 50/16 vieti la possibilità di offerte in aumento sul Prezzo. La Scrivente sottolinea, viceversa, che l'unico criterio di aggiudicazione possibile è il "*Criterio guida*" dell'attuale Codice dei Contratti pubblici ovvero il Criterio dell'Offerta Economicamente più vantaggiosa, normato dall'art. 95, comma 2. Tale criterio prevede che la Stazione appaltante misuri le offerte (ovvero determini la migliore offerta) valutando sia gli aspetti qualitativi (cosiddetta "busta tecnica") sia, se lo ritiene opportuno, il prezzo offerto (a rialzo, per le concessioni). Quest'ultimo non può, per quanto riguarda il suo punteggio, pesare più del 30% ovvero di 30 punti così come precisato dalla norma stessa e dalle Linee Guida ANAC sopra citate.

2^ criticità: importo posto a base d'asta

Si premette che i ricavi del servizio oggetto di affidamento (*Raccolta differenziata e avvio a recupero di abiti ed accessori usati identificati come rifiuti urbani nei CER 20.01.10 e 20.01.11*) derivano dalla vendita al mercato come "originale" del materiale raccolto. Con "originale" si intendono i vestiti raccolti presso i contenitori stradali non ancora selezionati.

L'*Avviso Pubblico* in oggetto prevede una base d'asta pari a **€/kg 0,10 (euro/kg zero/10)**.

Ebbene **tale base d'asta**, in considerazione dell'attuale andamento del mercato e delle specifiche caratteristiche del servizio qui oggetto di affidamento, **risulta oggi antieconomica** ovvero troppo alta per poter garantire in modo sicuro agli operatori di sostenere i propri costi per la durata dell'affidamento garantendo anche la corresponsione alla Stazione appaltante di un rialzo su tale misura minima. In altre parole i 10 centesimi di Euro al chilo, considerati i ricavi reali medi ricavabili al chilo dalla vendita dei vestiti raccolti sul Vs territorio, non permetterebbero agli operatori sani di pagare neanche i costi per il servizio di raccolta, trasporto e avvio a recupero di indumenti qui oggetto di gara. Tali costi sono infatti superiori alla differenza fra ricavi medi e costo della base d'asta.

Si chiede pertanto di conoscere quali indagini di mercato siano state effettuate per determinare gli attuali costi medi del servizio di raccolta differenziata della frazione tessile e gli attuali prezzi medi ricavabili dalla vendita di "originale", entrambi funzionali alla determinazione di una **congrua base d'asta**.

Si esprimono infine perplessità sulla scelta di richiedere un rialzo a misura al chilo, piuttosto che un rialzo espresso come *Euro/contenitore posizionato* o un rialzo su un *importo annuale a corpo*, modalità che – a nostro avviso, oltre a tutelare maggiormente la Stazione Appaltante in fase di esecuzione del servizio, offrirebbero maggiori garanzie agli operatori su un corretto confronto competitivo in fase di Procedura negoziata.

***

3^ criticità: mancata considerazione di tematiche di filiera e di finalità sociali

La Scrivente si permette, infine, di rilevare che – nel *Disciplinare* qui in oggetto – non è stata dato rilievo alcuno a due tematiche che, negli ultimi anni, sono diventate sempre più centrali nel settore degli indumenti usati e nel dibattito tra gestori / stazioni appaltanti e operatori:

- L'attenzione alle **tematiche di filiera** ovvero ad una corretta gestione dell'intero ciclo di vita del rifiuto;
- Lo **scopo sociale** storicamente insito in questa tipologia di raccolta.

Nel primo caso, le cronache dei giornali e gli eclatanti fatti giudiziari hanno spinto le amministrazioni ad utilizzare sempre di più i bandi di gara per poter garantire agli utenti filiere pulite e trasparenti. Nel caso di specie, il *Disciplinare* qui in oggetto, non prevedendo specificità legate a tali tematiche né nei requisiti né in una offerta tecnica (non prevista), si limita ad accertare le autorizzazioni del trasportatore. È noto che i maggiori rischi risiedano viceversa nei successivi anelli di filiera.

Quanto al secondo punto è chiaro che un bando di questo tipo penalizza in particolare gli operatori con finalità sociali che, se sono tali, destinano le proprie marginalità a progetti di solidarietà. Su quest'ultimo aspetto è anche bene

ricordare che i cittadini, beneficiari del servizio di raccolta differenziata, sono sempre stati prima di tutto attori di un impegno di solidarietà. La motivazione che spinge i cittadini a donare i propri vestiti, infatti, è quella di dare il proprio contributo a sostegno di progetti di solidarietà e, dal canto suo, la Stazione Appaltante è il primo anello posto a tutela e garanzia del mandato del cittadino

Esiste un collegamento diretto tra il miglioramento dei risultati di raccolta differenziata tessile e la presenza di uno scopo sociale negli operatori che effettuano il servizio. Ricerche di mercato quantitative CATI (*Computer-Assisted Telephone Interviewing*) realizzate nel corso del 2016 dalla Cooperativa Scrivente in collaborazione con la *Società di Ricerca e Consulenza Target Research di Milano* (http://www.t-research.it/) su un campione di 1.000 cittadini responsabili nella propria famiglia, della consegna di indumenti usati agli operatori del mercato, dimostrano che:

- Il cittadino chiede uno scopo sociale nel servizio di raccolta indumenti usati;
- Il cittadino conferisce al sistema di raccolta differenziata tessile minori quantitativi qualora l'operatore che svolge il servizio in oggetto sia un operatore for profit ovvero in assenza di uno scopo sociale.

Le gare che hanno una maggiore pressione sul prezzo riducono o annullano, come nel caso in questione, la possibilità di destinare marginalità a scopi sociali. In questo modo favoriscono operatori for profit ma anche una diminuzione fisiologica dei risultati di raccolta differenziata.

***