



Delibera n. 1/2024

Adunanza del 10 gennaio 2024

Parere motivato ai sensi dell'articolo 220 comma 3 d.lgs. 36/2023

Fascicolo 5921/2023

(da citare nella risposta)

Oggetto

Verifica ex art. 220 d.lgs. 36/2023 - Servizio di trattamento con avvio a recupero della F.O.R.S.U. - C.E.R. 20.01.08 "Rifiuti biodegradabili da cucine e mense" - area Bergamo e Brescia - LOTTO n. 1 - CIG *omissis*- LOTTO n. 2 - CIG *omissis*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

Visto il "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", adottato con Delibera ANAC 268/2023;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza.

1. La lex specialis di gara e le risultanze istruttorie

Con segnalazione prot. I ANAC 103675 del 21.11.2023, un operatore economico ha evidenziato la illegittimità **dell'art. 6.1, lett. b) del disciplinare della gara** in oggetto, che richiede quale requisito di idoneità professionale: la " *disponibilità di un impianto di destino autorizzato al ritiro e trattamento della tipologia di rifiuto oggetto del presente appalto ai sensi del D.Lgs. 152/2006 e s.m.i. e per le quantità massime stimate nel presente Disciplinare di gara, in riferimento ai singoli lotti come segue:*

a. Lotto 1 Impianto ubicato entro una distanza massima di 10 Km dalla sede operativa di omissis

b. Lotto 2 Impianto ubicato entro una distanza massima di 10 Km da dalla sede operativa di omissis...)".

Secondo la segnalazione tale previsione sarebbe limitativa della concorrenza, anche per violazione **dell'art. 108 co. 7 d.lgs. 36/2023** a mente del quale " *Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono*

prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità”.

Dall'esame della documentazione di gara è emerso che l'affidamento in oggetto, avviato con procedura aperta ex art. 71 d.lgs. 36/2023, è suddiviso in 2 lotti, per una durata di 36 mesi, oltre proroga di 6 mesi e quinto d'obbligo, per un valore complessivo di € 4.428.360,00 (lotto 1) e di 1.476.360,00 (lotto 2).

Inoltre, il **criterio di selezione** è quello del **minor prezzo** e il par. 18.1 del disciplinare prevede che *“Il calcolo del prezzo utilizzato per comparare le offerte presentate per ogni lotto, verrà come di seguito effettuato: $VCOiL=[Pi + (Di \times 0,45)]$ dove:*

VCOiL = Valore Convenzionale dell'Offerta, presentata dall' -iesimo concorrente, utilizzato per comparare le offerte validamente pervenute;

Pi = Prezzo offerto dal -iesimo concorrente per smaltire una tonnellata di F.O.R.S.U.

Di = distanza in km (con un decimale) tra il punto convenzionale di partenza del rifiuto e l'impianto di smaltimento indicato dall' -iesimo concorrente.

Le distanze verranno calcolate dalla Stazione Appaltante utilizzando Google Maps, per il percorso più breve, escludendo i percorsi ove vige il divieto di transito per mezzi superiori a 12,00 ton PTT partendo dal punto convenzionale della sede operativa della Stazione Appaltante, a omissis al cancello d'ingresso del punto di conferimento dichiarato dal Concorrente.

Euro 0,45= è il costo convenzionalmente stabilito per il trasporto, comprensivo del viaggio di andata e ritorno, per ogni tonnellata di rifiuti conferiti.”.

In seguito a richiesta istruttoria dell'Ufficio UVS, la **stazione appaltante** ha precisato che il requisito di idoneità professionale:

- *“è stato valutato e ritenuto come opportuno e necessario in ragione del fatto che tutti i costi afferenti al trasporto dei rifiuti ricadono interamente, direttamente ed esclusivamente in capo alla Stazione Appaltante – e, quindi, indirettamente sui Comuni soci affidanti – la quale, con proprio personale e con propri mezzi, si occupa del trasferimento della FORSU dal territorio dei Comuni presso cui svolge il servizio di igiene urbana all'impianto di trattamento”,* come ribadito anche in una risposta a quesito pervenuto durante la fase di gara;
- sarebbe coerente con il principio di prossimità previsto dall'art. 181, comma 5, del D.Lgs. n. 152/2016 secondo cui *“[omissis] è sempre permessa la libera circolazione sul territorio nazionale [di rifiuti] al fine di favorire quanto più possibile il loro recupero, privilegiando il concetto di prossimità agli impianti di recupero”* e coerente con il citato art. 108 co. 7 d.lgs. 36/2023.

Le risultanze istruttorie e in particolare l'esame della documentazione di gara fornita dalla stazione appaltante hanno evidenziato inoltre che:

- prima dell'avvio della gara, la stazione appaltante ha svolto un'indagine presso l'osservatorio provinciale dei rifiuti dalla quale è emerso che nella provincia di *omissis* esistono solo n. 2 impianti idonei al conferimento dei rifiuti in oggetto;

- sono state presentate una sola offerta per il lotto 1 e n. 2 offerte per il lotto 2; entrambi i lotti sono stati aggiudicati dal medesimo operatore economico e la gara attualmente si trova in fase di verifica del possesso dei requisiti (cfr. determina di aggiudicazione e relazione istruttoria).
- il capitolato speciale d'appalto non prevede penali o clausole risolutive espresse a tutela del gravoso impegno imposto quale requisito di partecipazione.

2. Considerazioni dell'Autorità

2.1) La questione in esame attiene alla legittimità della **cd. clausola territoriale** di cui all'art. 6.1, lett. b) del disciplinare della gara, nella parte in cui prevede, quale requisito di partecipazione di idoneità professionale, la disponibilità dell'impianto di destino entro un raggio di 10 km dalla sede operativa.

La clausola appare illegittima e limitativa della concorrenza, rilevando quale fattispecie legittimante **dell'art. 6 co. 1 lett. i)¹** del "*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", adottato con Delibera ANAC 268/2023.

2.2) Giova premettere un **quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento**.

Nella vigenza del precedente codice degli appalti (d.lgs. 50/2016), secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex plurimis* Cons. St., V, 605/2019; Cons. St., V, 2238/2017; Delibera ANAC 1142/2018), era considerato illegittimo il requisito di partecipazione condizionato da una clausola territoriale, in quanto quest'ultima era ritenuta limitativa della concorrenza e della *par condicio competitorum*, anche se prevista nell'ambito degli affidamenti sotto soglia comunitaria (cfr. C. Cost. 98/2020; C. Cost. 28/2013, che hanno dichiarato la illegittimità costituzionale di alcune norme regionali).

Più di recente, si è efficacemente affermato che "*sulla questione della legittimità delle clausole della lex specialis che prescrivono requisiti di partecipazione alla gara correlati ad elementi di localizzazione territoriale, o che ad essi attribuiscono un maggior punteggio in sede di valutazione delle offerte, la giurisprudenza ha avuto modo, anzitutto, di precisare che il criterio della territorialità è illegittimo soltanto ove posto come requisito di partecipazione, impattando frontalmente una previsione di tal tipo con i principi del favor participationis e della par condicio tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione. Viceversa, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso, non potendo a priori la valorizzazione del collegamento con il territorio ritenersi irragionevole*" (TAR Calabria, 901/2021).

Sempre nella vigenza del precedente codice, in materia di appalti di rifiuti, la giurisprudenza ha talvolta considerato ammissibile un requisito di partecipazione condizionato dalla clausola di territorialità (disponibilità del sito di conferimento nel raggio di 30 km dal comune di Roma - Cons. St., V, 2238/2017 - o addirittura di n. 3 regioni -Cons. St., III, 2293/2020 -), in via eccezionale e sulla base della considerazione per cui tale clausola fosse concretamente prevista a **tutela dell'ambiente**, in applicazione del principio di prossimità previsto dall'art. 181 D. Lgs. n. 152/2006.

¹ "*clausole, misure, o condizioni ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza*".

Di recente, tuttavia, in un caso relativo ad un affidamento diretto per la gestione del servizio integrato dei rifiuti, il Consiglio di Stato ha offerto un'illuminante interpretazione del rapporto tra i principi di prossimità (di cui all'art. 181 d.lgs. 152/2006) e di concorrenza (operante nell'evidenza pubblica), affermando che:

"9.2. Il principio di "prossimità agli impianti di recupero", pur essendo, a sua volta, teleologicamente connesso alla tutela ambientale, non comprime in maniera assoluta la concorrenza, consentendo, come sostenuto dalla Regione, l'affidamento diretto e senza gara di un appalto o di una concessione di servizi, ma permettere di valorizzare – in base a quello che si ricava dalla normativa nazionale e salva la pregiudiziale valutazione di compatibilità euro-unitaria ad opera della competente Corte sovranazionale, nell'ambito del procedimento di selezione dell'affidatario del servizio svolto mediante gara, quelle offerte che ne garantiscono maggiormente il rispetto.

9.3. In ragione di quanto sin qui affermato risulta l'infondatezza dei primi due motivi di appello.

9.4. L'infondatezza del primo motivo di appello va dichiarata in quanto l'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006 non pone né implica la deroga dei procedimenti concorrenziali di selezione dei contraenti affidatari del servizio, ma, più semplicemente, prevede la possibilità di incentivare ("privilegiando") quelle modalità di recupero e riciclaggio che sono "attuative" del principio di prossimità degli impianti di recupero" (Cons. St., IV, 7412/2023; sul punto cfr. anche l'atto di segnalazione dell'AGCM, adottato ex art. 21 L. 287/1990, del 22.12.2022 relativo "alle criticità concorrenziali nell'attuazione, da parte di alcune Regioni italiane, della Deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) del 3 agosto 2021, n. 363/2021/R/RIF "Approvazione del metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025". Individuazione degli impianti di chiusura del ciclo minimi").

L'attuale quadro normativo, infine, è stato significativamente innovato dal d.lgs. 36/2023, il quale ha riservato al principio di accesso al mercato un ruolo centrale (art. 3) e fondante (art. 4). Infatti, ancora più chiaramente, la relazione di accompagnamento al codice ha precisato che i "primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici".

Nell'ambito del nuovo codice, inoltre, i requisiti di partecipazione sembrano tassativi ed eventualmente integrabili prevalentemente in ottica pro-concorrenziale. Infatti:

- l'art. 100 co. 12 d.lgs. 36/2023 stabilisce che le stazioni appaltanti richiedono i requisiti di partecipazione previsti esclusivamente dall'art. 100 stesso, dall'art. 102 d.lgs. 36/2023 o da leggi speciali;
- l'art. 10 co. 3 d.lgs. 36/2023 prevede "Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese".

Al contrario, le clausole territoriali, disciplinate dal citato art. 108 co. 7 d.lgs. 36/2023 - che definisce i criteri aggiudicazione degli appalti pubblici - sembrano essere esclusivamente previste quale requisito premiale, in quanto volte "a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente

gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento" compatibilmente "con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità".

In sintesi, allo stato e sulla base dei più recenti approdi giurisprudenziali, **il principio concorrenziale sembra prevalere rispetto al principio di prossimità ambientale** (di cui le clausole territoriali sono un portato). Sicché, ove nell'ambito dell'evidenza pubblica sia necessario integrare i due principi, **la clausola territoriale appare declinabile quale criterio premiale da valorizzare nell'ambito dell'offerta tecnica e non quale requisito di partecipazione.**

2.3) **Nel caso in esame**, la disponibilità del sito di conferimento entro il raggio di 10 km è previsto quale requisito di partecipazione, condizionante l'accesso alla procedura selettiva (come anche ribadito in sede di FAQ dalla stazione appaltante). Tale clausola appare illegittima e all'evidenza limitativa della concorrenza in quanto, come visto, nel rinnovato quadro normativo e sulla base della più recente giurisprudenza, la clausola territoriale pare poter assumere rilievo esclusivamente quale elemento premiale ai sensi dell'art. 108 co. 7 d.lgs. 36/2023. Infatti, anche laddove la stazione appaltante avesse voluto introdurre la clausola di territorialità quale requisito di partecipazione, la stessa sarebbe comunque illegittima in considerazione della sua lesività in concreto per la concorrenza (vedi infra).

Nel caso di specie non è comunque invocabile il principio di prossimità ambientale, di cui all'art. 181 d.lgs. 152/2006: le motivazioni sottese all'introduzione della clausola territoriale nella gara in esame sono, infatti, di **natura esclusivamente economica** e non costituiscono esplicitazione di un interesse di natura ambientale ritenuto prevalente rispetto a quello concorrenziale, come del resto precisato dalla stessa stazione appaltante in sede di FAQ, e ribadito anche nella relazione istruttoria inviata all'Autorità. In tal senso, i documenti di gara avrebbero ad esempio potuto imporre a carico dei concorrenti i maggiori costi derivanti da un trasporto verso un impianto ubicato a distanza superiore ai 10 km; una simile clausola avrebbe consentito una partecipazione più ampia, salvaguardando al contempo il diritto alla concorrenza e l'economicità della procedura.

Ma anche ove fosse invocabile, nel rinnovato quadro normativo, il principio di prossimità ambientale dovrebbe ritenersi recessivo rispetto al fondante principio di accesso al mercato, con la conseguenza che il coordinamento tra i due principi dovrebbe risolversi in favore del secondo. Pertanto, anche in applicazione del principio di proporzionalità (richiamato dall'art. 3 d.lgs. 36/2023), la clausola territoriale non pare poter assumere rilievo come requisito di partecipazione, quanto piuttosto come requisito premiale (ex art. 108 co. 7 d.lgs. 36/2023).

Inoltre, a quanto riferito dalla stazione appaltante, già in sede di analisi preliminare delle condizioni di mercato era emersa l'esistenza di soli due impianti nel territorio di riferimento; sicché, la previsione della clausola territoriale pare attuativa di **una specifica intenzione di limitare la concorrenza ai suddetti operatori economici.**

Da ultimo, va soggiunto che la bozza di capitolato speciale non prevede nessuna conseguenza (es.: penali contrattuali o clausole risolutive espresse) in caso di mutamento del sito di destinazione, ciò confermando un effetto esclusivamente limitativo della concorrenza della citata clausola.

Pertanto, la clausola in esame è illegittima non solo sul piano *astratto*, nella misura in cui introduce una oggettiva limitazione della concorrenza per ragioni diverse dalla tutela ambientale, ma anche sul piano *concreto*, nella misura in cui richiede un requisito di partecipazione estremamente stringente (10 km dalla

sede operativa), nella piena consapevolezza (esplicitata nella nota di riscontro alla richiesta istruttoria) di limitare la concorrenza a due soli operatori economici, nonostante la sussistenza di un mercato di riferimento estremamente vasto.

La lesività in concreto della citata clausola è, tra l'altro, comprovata anche *a posteriori* dal fatto che la partecipazione ad entrambi i lotti è stata estremamente ridotta (per il lotto 1 vi è stata addirittura una sola offerta) e limitata proprio ai soli due operatori preventivamente individuati, con evidenti risvolti negativi anche sul piano dell'economicità di una procedura in cui sia praticamente nota *a priori* la limitatissima platea dei concorrenti.

2.4) Per ragioni di completezza, seppur non integranti la fattispecie legittimante di cui all'art. 220 co. 3 d.lgs. 36/2023, vanno evidenziate anche **le criticità relative anche al criterio selettivo** previsto dall'art. 18.1 del disciplinare di gara (sopra trascritto), che valorizza la clausola territoriale.

Infatti, sebbene il criterio prescelto sia quello del minor prezzo, la formula prevista dal disciplinare valorizza la distanza del sito di conferimento rispetto al sito operativo, oltre al minor prezzo offerto. Tale previsione appare illegittima poiché " *Quando il criterio di aggiudicazione prescelto è il minor prezzo la Stazione appaltante non può effettuare alcun tipo di comparazione tra le offerte basata sulla componente qualitativa o sui requisiti tecnici dei prodotti o delle prestazioni proposte*" (Delibera ANAC 224/2022); nel caso di specie, la valorizzazione del criterio della distanza dal sito di conferimento determina un confronto qualitativo tra le diverse offerte, introducendo, di fatti, un criterio premiale nell'ambito della formula relativa all'applicazione del punteggio economico, non più limitato al solo elemento prezzo, e mascherando, per l'effetto, un più opportuno ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, in tal modo, pare esservi un'indebita commistione tra un requisito di partecipazione ed un elemento valutato ai fini dell'attribuzione del punteggio economico, con una duplicazione dell'elemento territoriale per motivazioni, è bene ribadirlo, meramente economiche e non connesse alla tutela dell'ambiente.

3. La fattispecie legittimante e i rimedi da adottare

La criticità descritta – relativa alla clausola territoriale - pare chiaramente sussumibile entro l'alveo applicativo **dell'art. 6 co. 2 lett. i)** del " *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, adottato con Delibera ANAC 268/2023, in quanto la sua assenza avrebbe consentito la partecipazione ad un maggior numero di operatori economici che avessero la disponibilità di un impianto al di fuori del limitatissimo perimetro fissato dal disciplinare di gara.

Alla luce delle criticità evidenziate, la stazione appaltante è invitata ad annullare in autotutela gli atti di gara (bando, disciplinare di gara e atti conseguenziali *medio tempore* adottati, compresi i provvedimenti di aggiudicazione), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* sopra esposti.

In sede di riedizione della gara, ove voglia valorizzarsi la clausola territoriale, si *raccomanda* di non prevederla quale predicato di un requisito di partecipazione, bensì quale elemento premiale dell'offerta tecnica, ciò implicando il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'ulteriore raccomandazione di prevedere comunque un punteggio proporzionato.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (bando, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati, compresi i provvedimenti di aggiudicazione), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* esposti in parte motiva, il primo dei quali riconducibile alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. i) del Regolamento ANAC adottato con Delibera 268/2023;
- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera;
- ai sensi del richiamato art. 220, co. 3 d.lgs. 36/2023 si assegna un termine di **20 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 222 co. 13 D. Lgs. 36/2023 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati nell'ambito della procedura di gara in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 220 d.lgs. 36/2023 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 gennaio 2024

il Segretario

Laura Mascali

Originale firmato digitalmente