



DELIBERA N. 146

20 marzo 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dalla Montello S.p.A., congiunta per adesione della A.R.AL. – Azienda rifiuti Alessandrina S.p.A. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di trattamento dei rifiuti organici da raccolta differenziata (F.O.R.S.U.) E.E.R. 20.01.08 in uscita dal sito di Castelceriolo (AL)– Importo a base di gara: euro 1.248.000,00 – CIG: A038BC80C5 - S.A.: A.R.AL. – Azienda rifiuti Alessandrina S.p.A.

UPREC/PRE/0066/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 108, comma 7, del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Clausola territoriale – offerta tecnica

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Rifiuti – Recupero – Stabilimento – Principio di prossimità – Valorizzazione – Offerta tecnica - Necessità

Nelle procedure di gara dirette all'affidamento dei servizi di recupero dei rifiuti urbani, in relazione alle quali il legislatore ha imposto che sia privilegiato il principio di prossimità degli impianti, l'ubicazione dello stabilimento del concorrente deve essere adeguatamente valorizzato in sede di offerta tecnica attraverso l'attribuzione di un punteggio proporzionato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 marzo 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 23691 del 16 febbraio 2024, con cui la Montello S.p.A. ha domandato all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità della formula algebrica descritta all'art. 19 del disciplinare di gara in oggetto per la selezione delle offerte;

RILEVATO che la suddetta disposizione prevede l'aggiudicazione dell'appalto secondo il criterio del prezzo più basso, calcolato, per ciascun concorrente, sommando il prezzo offerto per il servizio di recupero dei rifiuti agli oneri, a carico della Stazione appaltante, per il trasporto dei rifiuti stessi, quantificati in ragione della distanza tra la sede di ARAL e lo stabilimento del concorrente;

VISTE le specifiche censure articolate dalla Montello S.p.A. Secondo l'istante, il citato criterio di selezione delle offerte, ove interpretato e applicato dalla Stazione appaltante nel senso di determinare l'aggiudicazione non in favore del concorrente che ha formulato il miglior ribasso sull'importo a base di gara (Montello S.p.A.) ma di colui che detiene lo stabilimento più prossimo alla sede dell'ARAL (Ambiente e Risorse S.r.l.), risulta chiaramente illegittimo. In una fattispecie del tutto analoga a quella in esame, l'Autorità ha già avuto modo di rilevare che, in caso di applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (come nella specie), la formula del disciplinare che valorizzi *"la distanza dal sito di conferimento rispetto al sito operativo, oltre al minor prezzo offerto"*, è *"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) (A.N.AC. Delibera n. 1/2024 del 10.01.2024). Infatti, nella fattispecie già vagliata dall'Autorità (al pari di quella oggi in esame) *"la valorizzazione del criterio della distanza dal sito di conferimento determina un confronto qualitativo tra le diverse offerte, introducendo, di fatto, 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"*. L'assetto della *lex specialis* sarebbe quindi illegittimo e intrinsecamente contraddittorio, nella misura in cui attribuirebbe rilievo, ai fini dell'aggiudicazione, non al solo valore del ribasso offerto dai concorrenti (come imposto dall'adozione del criterio dell'offerta più bassa) ma anche ad altri fattori esogeni, afferenti all'organizzazione aziendale dell'offerente (ovvero alla distanza del sito di trattamento);

VISTA l'adesione manifestata dalla Stazione appaltante all'istanza di parere e comunicata con nota acquisita al prot. n. 24746 del 20 febbraio 2024;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 26209 del 22 febbraio 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 28232 del 28 febbraio 2024, con cui la Montello S.p.A., richiamando l'orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità in materia di clausole di territorialità, ha evidenziato come il servizio oggetto di gara è assoggettato a libero mercato e, pertanto, l'introduzione di restrizioni territoriali, in qualunque forma declinati negli atti di gara, è idonea a determinare gravi distorsioni della concorrenza;

VISTA la memoria della Stazione appaltante, acquisita al prot. n. 28854 del 29 febbraio 2024. ARAL S.p.A. ha rappresentato, preliminarmente, che la formula algebrica descritta nel disciplinare di gara è funzionale al contenimento dei costi di trasporto e alla minimizzazione della movimentazione della frazione FORSU, per sua composizione soggetta a elevata putrescibilità, percolato ed emissioni maleodoranti, con i



conseguenti impatti sanitari, ambientali e sociali. Per quanto concerne la Delibera Anac n. 1/2024 del 10.1.2024, la Stazione appaltante ha evidenziato come il principio ivi espresso concerne una diversa fattispecie - la legittimità della cd. clausola territoriale quale requisito di partecipazione -, come dimostra la raccomandazione finale, ovvero quella " *di non prevedere la clausola territoriale 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*". Dopo un'ampia disamina delle disposizioni contenute nel D.lgs. 152/2006 (Testo Unico ambientale), volta a dimostrare che l'art. 19 del disciplinare resisterebbe alla pretesa censura di illegittimità dal punto di vista dei principi generali e delle regole giuridiche e tecniche in tema di corretta gestione dei rifiuti, soprattutto rispetto al principio della prossimità degli impianti di recupero che, ai sensi dell'art. 181, comma 5 del d.lgs. 152/2006, permea la materia, ARAL ha rappresentato di non aver elevato a requisito di partecipazione la disponibilità di un impianto di conferimento finale di prossimità ma, coniugando i canoni concorsuali di massima partecipazione con i principi di tutela ambientale ed economicità della propria attività contrattuale, ha unicamente voluto contenere gli oneri che la stessa stazione appaltante dovrebbe sostenere per assicurare il trasporto della FORSU a centri e/o impianti indicati dall'appaltatore, consentendo ai concorrenti adeguata flessibilità organizzativa;

VISTI gli atti di gara;

VISTO, in particolare, l'art. 19 del disciplinare di gara, rubricato "criterio di aggiudicazione", a mente del quale " *l'aggiudicazione avrà luogo, in favore del concorrente che avrà presentato il prezzo complessivo più basso, risultante dalla somma del prezzo offerto per la rispettiva quantità e dagli oneri di trasporto, a carico di ARAL, sulla base della seguente formula: $P = [(E + O) \times Q]$* ,

in cui

P: è il prezzo complessivo, espresso in euro per tonnellata, offerto dal concorrente i-esimo ed in base al quale verrà aggiudicato l'appalto;

E: è il prezzo, espresso in euro tonnellata, offerto dal concorrente i-esimo per il trattamento dei rifiuti;

O: è l'onere di trasporto, espresso in euro tonnellata e per chilometro, a carico di ARAL S.p.A. calcolati come dettagliato di seguito,

Q: è la quantità biennale oggetto dell'appalto (16.000 tonnellate)

La determinazione dell'onere di trasporto, a carico di ARAL S.p.A., è in funzione della distanza tra l'impianto del concorrente e la sede di ARAL ed è ottenuta sulla base della seguente formula $O = 0,09 \times D$ (Km)

Dove:

0,09 (€ / ton x km) è un indice, fisso ed invariabile, uguale per tutti, determinato dalla Stazione Appaltante in base agli attuali costi di trasporto sopportati dalla S.A., posto che la distanza dell'impianto incide negativamente sui costi complessivi del servizio quale onere di trasporto a carico di ARAL S.p.A.

Il coefficiente è stato desunto dai dati ARAL S.p.A. confrontati con Costi di esercizio

D (km) è la distanza, espressa in chilometri, tra l'impianto e la sede della S.A., tale distanza sarà autodichiarata dal concorrente in sede di gara e sarà oggetto di verifica da parte della Stazione appaltante mediante accesso al sito <https://www.google.it/maps> calcolando la distanza utilizzando il percorso più breve";

VISTO il verbale del 17 gennaio 2024 in cui la Commissione di gara, aperte le offerte economiche, ha dato atto che l'impresa che ha proposto il prezzo complessivo più basso (pari ad euro 734.508,08) è la Ambiente e Risorse S.r.l., seguita dalla Montello S.p.A. con un prezzo complessivo pari ad euro 744.000,00. I suddetti valori sono stati determinati in applicazione del metodo di calcolo descritto al citato art. 19 del disciplinare, tenendo conto, in particolare, delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti (pari al 47,44% per la Ambiente e Risorse S.r.l. e al 57,69% per la Montello S.p.A.) e della distanza tra lo



stabilimento del concorrente e quella dell'ARAL (pari a 54,6 Km, per lo stabilimento della Ambiente e Risorse S.r.l. e a 150 Km per quello della Montello S.p.A.);

CONSIDERATO, alla luce di quanto rappresentato, che la questione su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concerne la legittimità di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di smaltimento e recupero dei rifiuti urbani, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, che preveda la valorizzazione nell'offerta economica, ai fini della formazione della graduatoria, non solo del ribasso offerto dal concorrente ma anche di ulteriori costi correlati all'espletamento del servizio, alla cui quantificazione contribuisce in maniera diretta la sede del concorrente o, meglio, la sua distanza dalla sede della Stazione appaltante;

RILEVATO che in merito a tale questione, come evidenziato dall'istante, l'Autorità si è recentemente pronunciata con la Delibera n. 1 del 10 gennaio 2024. Sebbene la fattispecie legittimante l'adozione del parere motivato, ai sensi dell'articolo 220 comma 3 d.lgs. 36/2023, fosse costituita dalla previsione della clausola di territorialità come requisito di partecipazione e la raccomandazione finale abbia avuto ad oggetto l'espunzione della citata clausola, nondimeno l'Autorità ha espresso delle criticità anche in merito al criterio di selezione delle offerte, declinato in termini esattamente speculari a quello della procedura in esame. In particolare, l'Autorità ha ritenuto il citato criterio di selezione non legittimo in quanto *"la valorizzazione....della distanza dal sito di conferimento determina un confronto qualitativo tra le diverse offerte, introducendo, di fatto, 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"*. L'Autorità ha altresì precisato che *"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"*;

RILEVATO che la qualificazione dello stabilimento del concorrente come caratteristica qualitativa dell'offerta è stata sposata in passato anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Nel parere del 16 aprile 2019, relativo ad una procedura di gara per il conferimento di rifiuti solidi urbani non pericolosi, l'AGCM ha rappresentato che, anche nel caso in cui i costi di trasporto dei rifiuti rimangano a carico della Stazione appaltante, *"l'ubicazione dell'impianto dovrebbe essere più correttamente qualificata come una caratteristica dell'offerta, alla quale assegnare, qualunque sia la distanza dell'impianto dal centro di raccolta, un punteggio tecnico adeguatamente proporzionato in modo da tener conto della preferibilità per la stazione appaltante (sia sotto un profilo economico che di ottemperanza alle norme vigenti), di ricorrere ceteris paribus ad un impianto più vicino al luogo di raccolta del rifiuto"*;

CONSIDERATO che la ricostruzione della sede dell'impianto come elemento premiale dell'offerta trova peraltro conforto nel nuovo Codice dei contratti, che, all'art. 108, comma 7, disciplinante i criteri di valutazione delle offerte tecniche, stabilisce che *"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."* Come già rappresentato nella Delibera n. 1/2024, dalla lettura della citata disposizione sembra evincersi che, ove nell'ambito dell'evidenza pubblica sia necessario integrare il principio della concorrenza con il principio della prossimità – come riscontrabile nelle procedure dirette all'affidamento dei servizi di recupero e smaltimento dei rifiuti urbani ex art. 181, comma 5, del d.lgs. 152/2006-, la clausola territoriale potrà



essere declinata quale criterio premiale da valorizzare nell'ambito dell'offerta tecnica, in quanto idonea ad incidere sull'efficienza del servizio e non solo sulla sua economicità;

RITENUTO che non si ravvisano, nel caso di specie, ragioni per discostarsi dall'orientamento recentemente espresso. Analogamente a quanto rilevato nel caso esaminato con la Delibera n. 1/2024, la formula algebrica descritta nel disciplinare introduce, nell'ambito dell'offerta economica, un elemento (l'ubicazione dell'impianto) che avrebbe dovuto essere più propriamente valorizzato in sede di offerta tecnica, per ragioni, peraltro, puramente economiche e non già legate alla tutela dell'ambiente. Infatti, per un verso, è lo stesso disciplinare di gara, nella parte relativa alla descrizione del criterio di aggiudicazione, a precisare che la distanza dello stabilimento del concorrente rileva per la determinazione dell'onere di trasporto dei rifiuti a carico della Stazione appaltante e, dunque, del costo complessivo del servizio. Dall'altro, dall'esame dei verbali di gara si evince che qualora l'istante avesse proposto un ribasso percentuale di un solo punto superiore, si sarebbe aggiudicato la gara, con conseguente onere dell'Amministrazione di trasportare i rifiuti ad una distanza di 150 km dalla propria sede;

RITENUTO, pertanto, che il criterio di aggiudicazione della procedura di gara in oggetto e la formula algebrica di cui all'art. 19 del disciplinare si pongono in violazione del combinato disposto dell'art. 181, comma 5, del d.lgs. 152/2006 e dell'art. 108, comma 7, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui, per un verso, non garantiscono un'adeguata tutela del principio di prossimità degli impianti di recupero e, dunque, dell'ambiente e, dall'altro, introducono elementi che dovrebbero essere valorizzati in sede di offerta tecnica mediante il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il criterio di aggiudicazione di cui all'art. 19 del disciplinare di gara non è conforme alla normativa di settore. La Stazione appaltante è tenuta all'annullamento della procedura di gara e, in sede di riedizione della procedura, ad adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, assicurando che all'elemento dell'ubicazione dello stabilimento del concorrente sia destinato, in sede di offerta tecnica, un punteggio proporzionato.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 marzo 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente