



## DELIBERA N. 593 del 16 dicembre 2024

### Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società [OMISSIS] – Affidamento dei servizi di trasporto sanitario e trasporto sangue, emocomponenti, campioni e materiale biologico – S.A.: [OMISSIS].

**UPREC-PRE-0354-2024-S-PREC**

### Riferimenti normativi

*Artt. 10, comma 3 e 100 del d.lgs. n. 36/2023*

### Parole chiave

Requisiti di ordine speciale – Pertinenza, congruità e proporzionalità rispetto all’oggetto dell’affidamento  
– Distanza della sede operativa.

### Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Bando di gara – Requisiti speciali di partecipazione – Discrezionalità amministrativa – Limiti – Distanza della sede operativa – Tempi vincolati di intervento – Illegittimità.**

*La clausola del Disciplinare di gara che prevede tra i requisiti speciali di partecipazione la disponibilità già al momento della presentazione della domanda di una sede operativa nel perimetro tale da consentire il rigoroso rispetto dei tempi di intervento indicati nel Capitolato speciale è illegittima in quanto impone ai concorrenti prima dell’aggiudicazione un onere ingiustificatamente gravoso e sproporzionato rispetto all’oggetto dell’affidamento determinando una inammissibile restrizione della concorrenza.*

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 16 dicembre 2024



## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0131070 del 8.11.2024, con la quale società [OMISSIS] chiede all'Autorità di valutare la legittimità della clausola di cui al punto 6.3 n. 3 del Disciplinare di gara, il quale ha richiesto tra i requisiti che gli operatori economici devono possedere "a pena di esclusione" e, in particolare, tra i requisiti di "capacità tecnica e professionale", al n. 3 quello di *"avere la disponibilità all'atto della presentazione della domanda di partecipazione di una sede operativa nel perimetro tale da consentire il rigoroso rispetto dei tempi di intervento indicati nel Capitolato speciale. Per i requisiti della sede operativa si veda DGR X/5165 del 16.05.2016 Regione Lombardia, l'allegato A2"*;

**CONSIDERATO** che l'istante sostiene che la clausola del Disciplinare di gara in parola *«abbia introdotto una illegittima, grave ed ingiusta violazione dei principi fondamentali di tutela della libera concorrenza, promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, massima apertura al mercato e favor participationis, posto che la stessa ha introdotto una palese discriminazione in danno di tutti gli operatori economici che non siano già nella disponibilità, all'atto della presentazione dell'offerta, di una sede operativa in prossimità del luogo di esecuzione del servizio, con palese violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento. La clausola de qua, invero, è palesemente illegittima e meritevole di annullamento»*;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante difende il proprio operato sostenendo la legittimità del requisito previsto in quanto *«lo stesso è stato formulato senza fissare una specifica distanza chilometrica della sede operativa dai Presidi di questa ASST (ancor meno circoscrivendo a uno o più Comuni), proprio al fine di consentire la più ampia partecipazione alla procedura, finalità che peraltro, è stata ampiamente conseguita essendo pervenute n. 3 offerte [...] Per quanto attiene, invece, la ratio sottesa alla richiesta del requisito specifico di cui al paragrafo 6.3 n. 3 del Disciplinare di gara, la disponibilità all'atto della presentazione della domanda di partecipazione di una sede operativa nel perimetro tale da consentire il rigoroso rispetto dei tempi di intervento indicati nel Capitolato speciale (corre l'obbligo ribadire che non è stato individuato alcun Comune né definita una specifica distanza chilometrica) è elemento imprescindibile considerata la natura e l'oggetto dell'appalto – servizi di trasporto sanitario e trasporto sangue, emocomponenti, campioni e materiale biologico – e gli indici dimensionali della [OMISSIS] come puntualmente riportati nelle Premesse del Capitolato Speciale e i volumi di attività come rappresentati all'art. 2 del C.S.»* e concludendo che *«Le prescrizioni di gara – prescrizioni che, comunque, anche [OMISSIS][OMISSIS] avrebbe soddisfatto con la disponibilità della sede nel comune di Settimo Milanese e/o ricorrendo alla partecipazione in forma associata e/o ancora, all'istituto dell'avvalimento – sono state frutto di adeguata istruttoria, "ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito, in modo da contemperare l'interesse pubblico ad ottenere il miglior servizio con il massimo risparmio di spesa, assicurando, nel contempo, la partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti (giòva ricordare che sono pervenute n. 3 offerte) così da consentire all'Amministrazione di aggiudicare l'appalto a quella ritenuta più vantaggiosa dopo aver vagliato una molteplicità di offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7597; cfr. ANAC, delibera n. 32 del 17 gennaio 2024)»*;

**CONSIDERATO** che [OMISSIS]Srl, concorrente controinteressato, nelle proprie memorie sostiene che l'istanza della società [OMISSIS]sarebbe inammissibile, in base al Regolamento di precontenzioso, per carenza di interesse, atteso che:



- ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. n. 117/2017 (recante "Codice del Terzo Settore") "Gli enti del Terzo settore possono esercitare attività diverse da quelle di interesse generale di cui all'art. 5, a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano e siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale, secondo criteri e limiti definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze...", tenendo conto dell'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale e poiché nello Statuto di [OMISSIS] lo svolgimento del servizio di trasporto pazienti è previsto solo nel contesto del soccorso di emergenza e urgenza, da ciò l'impossibilità di aspirare a svolgere attività di trasporto sanitario "semplice" o "secondario" qual è quello oggetto dell'affidamento in discussione;
- ai sensi dell'art. 33 del citato Codice del Terzo Settore "Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari" e poiché è altresì noto che il numero dei dipendenti dell'istante è pari a 72 nel corso del corrente anno... con la conseguenza che il numero dei volontari non dovrebbe essere inferiore a 146, ma poiché la clausola sociale della legge di gara impone il riassorbimento di n. 28 unità, dovrebbe aumentare corrispondentemente anche il numero dei volontari attivi a circa 200, ciò che invece non risulta; inoltre non si vede come l'istante potrebbe garantire l'applicazione del CCNL previsto dalla legge di gara posto che i CCNL stipulati dalle Organizzazioni di Volontariato sono tutti diversi da quello richiesto;
- l'impiego permanente, nel biennio 2023/2024, di una media di ben 88 dipendenti dimostra da parte di [OMISSIS] la palese violazione della norma secondo cui le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo in via marginale, ovvero nei limiti esclusivamente necessari al loro regolare funzionamento o qualora occorrenti a qualificare e specializzare l'attività da esse svolta e la conseguente non marginalità della sua attività commerciale, che in verità da tali dati oggettivi risulterebbe preponderante con l'effetto di svolgere, sotto le mentite spoglie di Organizzazione di Volontariato, una vera e propria attività imprenditoriale in spregio ai principi della concorrenza e della *par condicio*;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 22.11.2024;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RILEVATO** che anche sotto il vigore del nuovo Codice rimane fermo l'approdo giurisprudenziale secondo cui «*all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito*» (v., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 01.02.2024 n. 1048);

**CONSIDERATO**, in via generale, che la giurisprudenza e la stessa Autorità hanno spesso avuto modo di rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole delle *lex specialis* di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare, venendo in rilievo, comunque, in tali casi, la violazione dei principi europei di libera concorrenza – e cioè di effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati – di non discriminazione e di parità di trattamento degli operatori economici, nonché del *favor participationis*



e che anche la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 15.11.2021 n. 7597; Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2001, n. 207 e 22 dicembre 2006, n. 440);

**CONSIDERATO** che l'Autorità, di recente, con la Delibera n. 1 del 10 gennaio 2024 ha sostenuto che «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»;

**RITENUTO** che nel caso di specie la circostanza – adottata dalla Stazione appaltante per legittimare la propria scelta – che nel requisito in parola non venga espressamente menzionato uno specifico e delimitato perimetro territoriale, ma esclusivamente indicata la necessità che la sede operativa sia nell'ambito di una distanza chilometrica che consenta il rispetto delle tempistiche di intervento declinate nella *lex specialis*, non sottrae di per sé la clausola dal sospetto di essere lesiva della concorrenza poiché andrebbe verificato se i tempi di intervento richiesti consentano un posizionamento della sede operativa fuori dal territorio di appartenenza della Stazione appaltante;

**RILEVATO** sotto questo aspetto che non appare persuasiva l'argomentazione della Stazione appaltante tesa a dimostrare l'infondatezza delle doglianze della società istante basata sulla considerazione della



perfetta compatibilità del rispetto delle tempistiche di intervento in relazione al posizionamento della sua sede operativa (situata nel Comune di Settimo Milanese, ovvero a circa 30/40 km dai presidi ospedalieri per i quali dovrebbe essere eseguito il servizio in oggetto) e ciò perché da una semplice analisi dei dati di percorrenza ricavabili da *google maps* emerge che non potrebbe essere garantito né il “Trasporto non programmato in regime di urgenza differibile” (per il quale il Capitolato Speciale d’Appalto richiede “Arrivo degli operatori entro il termine massimo di 60 minuti dalla richiesta telefonica”), né il “Trasporto non programmato in regime di urgenza/emergenza” (per il quale si richiede “Arrivo degli operatori entro il termine massimo di 30 minuti dalla richiesta telefonica”);

**CONSIDERATO**, in ogni caso, che il problema principale di tali tipologie di clausole sia rinvenibile nel fatto che la “territorialità” o, *mutatis mutandis*, l’imposizione di un determinato tempo massimo di percorrenza dalla sede operativa del concorrente al luogo di esecuzione del servizio, vengano utilizzati come requisiti di partecipazione e non come requisiti di esecuzione o, al più, come criteri premiali nell’ambito dell’offerta tecnica e che, in questa prospettiva, assume scarso rilievo la circostanza – vantata dalla Stazione appaltante a difesa del proprio operato – che abbiano fatto domanda di partecipazione 3 operatori economici: ciò perché, per un verso, una clausola illegittima rimane tale anche se non impedisce che la gara vada deserta e, per altro verso, la valutazione della reale contendibilità di un appalto deve essere sempre valutata non in astratto, ma in relazione al numero degli operatori economici di settore potenzialmente interessati alla partecipazione rispetto a quelli effettivamente partecipanti;

**CONSIDERATO**, altresì, che la clausola in questione risulta anche lesiva del principio di proporzionalità, in quanto l’imposizione del possesso di una sede operativa “*nel perimetro tale da consentire il rigoroso rispetto dei tempi di intervento indicati nel Capitolato speciale*” già al momento della presentazione dell’offerta, prima ancora della certezza dell’aggiudicazione, è inutilmente gravosa per il concorrente, senza arrecare alcun utile effetto per l’Amministrazione, atteso che il rischio eventualmente prospettabile – collegato ad una situazione di incertezza sull’effettività dell’impegno assunto dal concorrente a dotarsi di una sede operativa necessaria all’espletamento del servizio richiesto – ben potrebbe essere scongiurato con l’impiego degli strumenti e dei rimedi a disposizione dell’Amministrazione nei confronti dell’aggiudicatario privo del possesso dei requisiti o del contraente inadempiente; per contro, l’asserito vantaggio della disponibilità immediata di siffatta sede operativa, è ragionevolmente controbilanciato dall’interesse della Stazione appaltante alla partecipazione alla gara di quanti più operatori economici possibile che inneschino un confronto competitivo serrato a vantaggio della qualità delle prestazioni al miglior prezzo di mercato;

**CONSIDERATO** che, contrariamente a quanto prospettato dalla Stazione appaltante, non può costituire una condizione legittimante la clausola in discussione il fatto che la *lex specialis* consenta comunque la partecipazione associata e/o in avvalimento con altri operatori economici in possesso del requisito richiesto, atteso che la sua ammissibilità deve essere correlata a circostanze giustificate e risultare, *ex se*, funzionale rispetto all’interesse pubblico perseguito e, dunque, rispettosa dei limiti della congruità e della proporzionalità, a nulla rilevando l’eventuale circostanza che un operatore economico interessato a partecipare alla gara riesca a trovare una impresa in possesso del requisito (sproporzionato) richiesto per costituire un RTI oppure per farne l’ausiliaria all’interno di un contratto di avvalimento;

**RITENUTO**, infine, di respingere l’eccezione di inammissibilità dell’istanza per carenza di interesse così come motivata da [OMISSIS]Srl in qualità di concorrente controinteressato, poiché parte delle motivazioni addotte si basa sulla chiara petizione di principio secondo cui [OMISSIS]di fatto non sarebbe una associazione di volontariato ma una vera e propria impresa commerciale che sfrutta la qualifica di [OMISSIS] al fine di trarne i ben noti vantaggi giuridici, economici e fiscali riconosciuti a questo tipo di



organizzazioni del terzo settore, questione che tuttavia non costituisce, né potrebbe costituire oggetto di valutazione nell'ambito del presente parere strettamente circoscritto al *petitum* e alla *causa petendi* prospettati dalla parte istante; mentre altra parte delle motivazioni richiederebbe indagini e verifiche sull'organizzazione aziendale e sulle reali attività svolte da [OMISSIS]rimesse tuttavia alla competenza della Stazione appaltante nell'ambito dei controlli sulla documentazione amministrativa prodotta ai fini della partecipazione alla gara ed eventualmente, in caso di aggiudicazione, prodromici alla stipula del contratto,

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni trattate, che il requisito di partecipazione di cui al punto 6.3 n. 3 del Disciplinare di gara sia illegittimo e debba, quindi, essere espunto dal novero dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti ai fini della partecipazione alla gara.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 dicembre 2024  
Il Segretario Valentina Angelucci

Firmata digitalmente