DELIBERA N. 449

9 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da TEOREMA S.p.A. - Procedura di gara aperta ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. sss), 60, comma 3, e 51 del D.Lgs. n.50/2016 e ss.mm.ii. nonché degli artt. 2, comma 2, e 8, comma 1, lett. c), del D.L. 76/2020 convertito con L. 120/2020 e ss.mm.ii. disciplina dei flussi dei rifiuti urbani ed individuazione impianto per trattamento finalizzato al recupero/valorizzazione/smaltimento - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: euro € 379 490.63 - S.A.: C.U.C. di Rutigliano, Noicattaro e Mola di Bari per conto del Comune di Mola di Bari

PREC 98/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 182-bis d.lgs. n. 152/2006

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – previsione requisiti più stringenti – discrezionalità della stazione appaltante – proporzionalità, ragionevolezza, pertinenza e congruità all'oggetto contrattuale

Rifiuti – principio di prossimità e autosufficienza

Massima

La stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di fissare requisiti di partecipazione alla gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto.

Lo smaltimento dei rifiuti deve avvenire nel rispetto del principio della prossimità, utilizzando «uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti» (articolo 182-bis, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 152/2006).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 giugno 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 27217 del 2 aprile 2021, presentata da TEOREMA S.p.A. relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava la previsione del disciplinare di gara, al punto 11, lettera c), par. III che prevede come requisito di capacità tecnica, a pena di esclusione: «*essere in possesso di titolo per il conferimento degli scarti non riciclabili provenienti dalla selezione delle frazioni RSU di cui sopra (ad esempio ingombranti) prodotti da questo Comune presso impianti pugliesi al fine di garantire la chiusura del ciclo dei rifiuti all'interno del territorio regionale nel rispetto del principio di prossimità sancito dall'art. 182-bis del D. Lgs.n.152/2006 e ss.mm.ii.*»;

CONSIDERATO che nello specifico l'istante evidenziava l'illegittimità della previsione in quanto in contrasto con i principi di concorrenza, massima partecipazione e parità di trattamento in ragione del fatto che il limite di prossimità regionale sia manifestamente privo di logicità e ragionevolezza ed impedente ad operatori economici di poter prendere parte alla gara in oggetto, senza essere peraltro previsto dall'articolo 182-bis del D. Lgs.n.152/2006, nonché in considerazione del fatto che i rifiuti oggetto del contratto sono classificati dalla normativa come rifiuti speciali non pericolosi (CER 191212-191207-190814) i quali, diversamente da quanto accade per i rifiuti urbani di cui all'articolo 182, comma 3, sono soggetti al principio della libera circolazione sancito dall'articolo 120 della Costituzione, alla stregua delle merci/cose, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 10 del 23 gennaio 2009;

CONSIDERATO che la gara è suddivisa in n. 6 lotti di EER omogenei raggruppati per tipologia, con aggiudicazione autonoma per ciascun lotto e che, come riportato nel disciplinare, «*il servizio da affidare riguarda il conferimento dei rifiuti urbani, pericolosi e non pericolosi (ad esclusione degli EER 15.01.01, 20.01.01, 20.01.40, 20.03.01, 20.01.08, 20.02.01, 20.01.21, 20.01.23, 20.01.33, 20.01.34,20.01.35 e 20.01.36) successivamente elencati, ad impianti per il loro trattamento finalizzato al recupero/valorizzazione/smaltimento. Detti rifiuti sono derivanti dal servizio raccolta differenziata "PaP" da utenze domestiche e non domestiche nel territorio comunale di Mola di bari implementata dal servizio di conferimento presso l'area attualmente adibita a CCR – Centro Comunale di Raccolta in forza ad Ordinanza Sindacale*». I sei lotti sono così distinti: LOTTO 1 - Frazioni secche "selezionate" recuperabili; LOTTO 2 - Frazioni secche "miste" recuperabili; LOTTO 3 - Flussi minori; LOTTO 4 - Rifiuti inerti e simili; LOTTO 5 – Ingombranti; LOTTO 6 - Altri rifiuti recuperabili;

VISTA la documentazione di gara e nello specifico il disciplinare di gara al punto 11, punto c), paragrafo III, relativo ai requisiti di capacità tecnica, che richiedeva il possesso a pena di esclusione di «*titolo per il conferimento degli scarti non riciclabili provenienti dalla selezione delle frazioni RSU di cui sopra (ad esempio ingombranti) prodotti da questo Comune presso impianti pugliesi al fine di garantire la chiusura del ciclo dei rifiuti all'interno del territorio regionale nel rispetto del principio di prossimità sancito dall'art. 182-bis del d.lgs. n.152/2006 e ss.mm.ii.»;*

CONSIDERATO che lo stesso disciplinare di gara specificava altresì le modalità di dimostrazione del requisito di cui al punto c), paragrafo III, in caso di partecipazione plurima, prevedendo che lo stesso, in

quanto titolo abilitativo, (come per i requisiti di cui alla lettera a) punto I e b) punto II) deve essere posseduto e dimostrato a pena di esclusione da tutti i soggetti facenti parte del soggetto concorrente che partecipa in modalità plurisoggettiva;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 19 aprile 2021, con nota prot. n. 31790;

VISTA la memoria dell'amministrazione che evidenziava il fatto che quanto indicato nel disciplinare di gara al punto 11), lettera c) paragrafo III fosse una «*mera applicazione del principio di prossimità territoriale e autosufficienza su base regionale dettato dall'articolo 182-bis del d.lgs. n. 152/2006*»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del requisito di partecipazione previsto dalla disciplina di gara, con riferimento al principio di prossimità di cui all'articolo 182-bis del d.lgs. n. 152/2006;

CONSIDERATO preliminarmente che. con riferimento al contenuto dispositivo dell'articolo 83, in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirle di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara (circa la rilevanza del "vaglio in concreto" di tali presupposti cfr. delibera ANAC n. 99 del 10 giugno 2015) e che la stessa Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, abbia stabilito che «i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge» (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 191 del 3 marzo 2021, delibera n. 393 del 29 aprile 2020 e delibera n. 25 del 13 gennaio 2021);

CONSIDERATO che tale possibilità di fissare requisiti di partecipazione più stringenti, come evidenziato dalla stessa Autorità, «in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessarietà, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. ANAC, delibera n. 191 del 3 marzo 2021; delibera n. 830 del 27 luglio 2017; delibera n. 794 del 19 luglio 2017; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017 delibera n. 25 del 13 gennaio 2021);

CONSIDERATO altresì che la stessa Autorità ha anche specificato come «la ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità

dell'oggetto di gara» (cfr. ANAC, delibera n. 191 del 3 marzo 2021; delibera 11 gennaio 2017 n. 5; delibera n. 25 del 13 gennaio 2021);

CONSIDERATO altresì, con specifico riferimento al contenuto dispositivo dell'articolo 182-bis del d.lgs. n. 152 del 2006, che lo stesso prevede: «Lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati sono attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili e del rapporto tra i costi e i benefici complessivi, al fine di: a) realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali; b) permettere lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti; c) utilizzare i metodi e le tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica»;

RILEVATO che recentemente la Corte Costituzionale con sentenza n. 76 del 24 marzo 2021, ha sottolineato che l'articolo182 del d.lgs. n. 152/2006, in particolare, «definisce lo smaltimento dei rifiuti – le cui attività sono disciplinate dal decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36 (Attuazione della direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti) – quale fase residuale della loro gestione, da esperire solo nel caso in cui vi sia l'impossibilità tecnica ed economica di porre in essere operazioni di recupero. Inoltre, stabilisce il divieto di smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in Regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti, fatti salvi eventuali accordi regionali o internazionali che, in ragione di particolari aspetti territoriali o per opportunità tecnico-economica, prevedano diversamente per raggiungere livelli ottimali di utenza servita. L'articolo182-bis, poi, stabilisce che lo smaltimento dei rifiuti e il recupero dei rifiuti urbani non differenziati sono attuati nel rispetto dei principi di autosufficienza e prossimità, attraverso una rete integrata ed adeguata di impianti, volta a realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti e il loro trattamento in ambiti territoriali ottimali, in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi. I ricordati principi trovano attuazione, sul piano organizzativo, attraverso l'intervento di tutti i livelli di governo, secondo quanto stabilito dagli articoli da 195 a 208 cod. ambiente, che, sulla base dei criteri generali fissati dallo Stato, differenziati per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali, demandano alle Regioni la predisposizione, l'adozione e l'aggiornamento dei piani regionali di gestione dei rifiuti. In base a quanto previsto dai rispettivi piani regionali, regolati dagli articoli 199 e 200 cod. ambiente, le Regioni esercitano le proprie competenze concernenti l'approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione di rifiuti, l'autorizzazione alle modifiche degli impianti esistenti e l'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero di rifiuti, nel rispetto dei ricordati principi di autosufficienza e prossimità»;

CONSIDERATO inoltre che, la stessa Autorità ha precisato (cfr. ANAC, atto di segnalazione n. 9 dell'11 novembre 2020, concernente la disciplina degli oneri di conferimento a discarica nell'ambito di un appalto di lavori e la disciplina dei sistemi telematici di affidamento dei contratti concernenti forniture e servizi approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 962 del 11 novembre 2020) che per i rifiuti urbani non pericolosi vige l'obbligo di conferimento nelle discariche collocate nel territorio della regione di produzione dei rifiuti medesimi (articolo 182, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006), specificando altresì come, sebbene tale obbligo non sia previsto per i rifiuti speciali, in ogni caso lo smaltimento dei rifiuti deve avvenire nel rispetto del principio della prossimità, utilizzando «uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti» (articolo 182-bis, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 152/2006);

CONSIDERATO che, in ragione del disposto normativo di cui all'articolo 182-bis, il criterio di prossimità – finalizzato alla riduzione dei movimenti e trasporti dei rifiuti onde ridurre le gravose incidenze ambientali derivanti da tale attività – impone che il trattamento dell'indifferenziato avvenga in uno degli impianti più vicini al luogo di raccolta ma non certo nell'impianto fisicamente meno distante. E ciò sia per ragioni pro-concorrenziali sia soprattutto perché il principio di prossimità si correla e si interseca con quello di autosufficienza, il quale postula appunto l'individuazione da parte della Regione (in base a criteri dimensionali di tipo demografico e geografico) di un ambito territoriale rilevante all'interno del quale, mediante una rete integrata di impianti, possano essere smaltiti tutti i rifiuti indifferenziati nello stesso prodotti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 17 giugno 2020 n. 3895);

RILEVATO pertanto che il criterio di limitazione territoriale secondo il principio di prossimità e la conseguente definizione della disciplina applicabile dipenda dalla tipologia dei rifiuti trattati, con possibilità di riconoscere la vigenza dei seguenti principi: autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti urbani, differenziati e indifferenziati; autosufficienza locale nel recupero dei rifiuti urbani indifferenziati; libera circolazione sul territorio per i rifiuti urbani differenziati destinati al recupero;

RITENUTO conseguentemente che, ferma restando la discrezionalità dell'amministrazione nella definizione dei requisiti di partecipazione ed i correlati principi di proporzionalità e ragionevolezza, pertinenza e congruità in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto, nell'ambito dell'esercizio di tale discrezionalità, l'amministrazione debba prendere in considerazione anche il quadro normativo di riferimento della disciplina speciale dettata dal d.lgs. n. 152/2006, tenendo in considerazione la tipologia di rifiuti oggetto del contratto, nonché l'interesse pubblico e le fondamentali esigenze che l'ordinamento si propone di tutelare, nel rispetto del piano regionale di gestione di rifiuti;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, il requisito oggetto di contestazione previsto dalla disciplina di gara possa ritenersi conforme alla disciplina di settore nella misura in cui la tipologia dei rifiuti da trattare rientri nelle categorie sopra descritte per le quali vige il principio di prossimità;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il requisito abilitativo richiesto sia conforme alla disciplina di settore nella misura in cui la tipologia dei rifiuti da trattare rientri nelle categorie dei rifiuti per le quali vige il principio di prossimità di cui all'articolo 182-bis del d.lgs. n. 152/2006.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente