



DELIBERA N. 435 del 30 settembre 2024

Oggetto

Istanza di parere ex art. 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: ECO + ECO S.R.L. – SA: AGNO CHIAMPO AMBIENTE S.R.L. – Asta attuata mediante pubblico incanto ai sensi dell'art. 3 del R.D. 1923, n. 2440 e ai sensi dell'art. 73 lett. c) del R.D. n. 827/1924 - Procedura con il sistema delle offerte segrete per l'alienazione e la valorizzazione economica di rifiuti urbani riciclabili - in regime di somministrazione giornaliera di imballaggi in materiali misti (plastica e lattine) e di imballaggi in plastica, nonché della raccolta e valorizzazione economica dei rottami ferrosi provenienti dalla raccolta differenziata presso i Comuni soci gestiti da Agno Chiamo Ambiente Srl. – Importo a base di gara: 2.715.300,00 euro

UPREC-PRE-0212-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

R.D. n. 2440/1923

R.D. n. 827/1924

Art. 13, d.lgs. n. 36/2023

Artt. 1, 2 e 3, d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico – In generale – Contratti attivi – Contratti esclusi – Disciplina applicabile

Appalto pubblico – In generale – Principio del risultato – Principio della fiducia – Principio dell'accesso al mercato

Massima

Appalto pubblico – In generale – Contratti attivi – Contratti esclusi – Disciplina applicabile – Principi

Ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 36/2023, le disposizioni del Codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto. L'affidamento dei contratti che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli artt. 1, 2 e 3, ovvero, come noto, il principio di risultato (art. 1) il principio della fiducia (art. 2) e il principio dell'accesso al mercato (art. 3).

Appalto pubblico – In generale – Principio del risultato – Principio della fiducia – Principio dell'accesso al mercato

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica. Il Codice attribuisce dunque un particolare ruolo al principio del risultato, al correlato principio della fiducia e al nesso inscindibile con la concorrenza. In particolare, il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; il principio della fiducia porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma



una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; mentre la concorrenza opera in funzione del risultato rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti e non si atteggia più come principio meramente formale e a sé stante.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 settembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 79481 del 09.07.2024 presentata da ECO + ECO S.R.L, relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante concorrente lamentava l'impossibilità a partecipare alla procedura in quanto la medesima: *«(i) presenta delle condizioni di esclusione legate alla prossimità espresse in termini di limiti di distanza kilomtrica; (ii) è stata strutturata in modo da impedire agli operatori economici aventi a disposizione un impianto di trasfenza [operazione in R13] nel perimetro utile per la partecipazione [condizione espressamente consentita nei documenti di gara] la sottoscrizione delle convenzioni con i consorzi COREPLA e CORIPET, condizione sine qua non per poter procedere alla valorizzazione dei rifiuti plastici derivanti dal trattamento dei rifiuti 150106 oggetto di gara»*. L'istante chiedeva pertanto all'Autorità di esprimere un parere sulla legittimità della clausola territoriale del limite dei 40 km inserita dalla Stazione Appaltante alla luce della delibera n. 1 del 10 gennaio 2024 e di valutare la legittimità dei criteri di premialità previsti, sostenendo che *«la clausola territoriale dei 40 km inserita dalla Stazione appaltante unitamente considerata con le ferme regole di subdelega stabilite dal consorzio COREPLA impedivano la partecipazione da parte della scrivente – e probabilmente di molti altri operatori economici – alla procedura»*;

VISTA la *lex specialis* e in particolare l'art. 4, lettera f) del disciplinare di gara, oggetto di contestazione, secondo cui: *«I soggetti interessati alla partecipazione al presente pubblico incanto devono essere in possesso dei seguenti requisiti, pena l'esclusione dalla procedura: [...] f) – Autodichiarazione relativamente al solo Lotto 1 – di disponibilità giornaliera di impianto principale funzionante ed autorizzato all'esercizio almeno per l'operazione di messa in riserva [R13 – allegato "C" del d.lgs. n. 152/2006] dei rifiuti costituiti da imballaggi in materiali misti plastica/lattine EER 15 01 06 e degli imballaggi in plastica EER 15 01 02, dotati di sistema di pesatura a norma, funzionanti ed autorizzati al ricevimento di almeno 20.000 ton/anno di rifiuti in genere nel loro complesso. L'impianto principale dove ACA conferirà tutti i rifiuti in esame, potrà essere o un impianto di trasferimento rifiuti [R13] o un impianto di destinazione finale [R1, R2, R3, R4], ma dovrà essere ubicato entro la percorrenza stradale pubblica massima pari a 40 (quaranta) km avendo come punto di riferimento la sede amministrativa di Agno Chiampo Ambiente Srl sita in via Luigi Einaudi, 2 -36040 – Comune di Brendola (VI); la strada e l'accesso all'impianto devono essere percorribili anche da veicoli compattatori e/o da autotreni con portata > 35 q.li. In particolare, il concorrente dichiara la/le tipologia/e di rifiuto e l'impianto presso il quale ACA conferirà i rifiuti (da segnalare l'opzione/i interessata/e): A) Impianto principale ubicato entro 40 km (soggetto a punteggio): che dispone, ovvero, che disporrà in occasione della firma del contratto di*



impianto/i autorizzato/i all'esercizio con operazione in R13 (allegato "C" del d.lgs. n. 152/2006) presso il quale ACA conferirà i seguenti rifiuti urbani: - EER 15 01 06 (imballaggi in materiali misti: plastica e lattine) - EER 15 01 02 (imballaggi in plastica) dove, con il termine "disporre", s'intende esclusivamente il ricadere in uno dei seguenti casi per i quali il requisito risulta soddisfatto: 1 - la proprietà dell'impianto in capo al concorrente singolo; 2 la proprietà dell'impianto in capo ad una o più delle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo imprese o consorzio o GEIE al quale appartiene l'operatore economico presentatore dell'offerta; 3 la proprietà dell'impianto in capo all'impresa ausiliaria (in caso di Avvalimento). 4 - la proprietà dell'impianto in capo ad altro operatore economico, ma rientrante tra quelli definiti dall'art. 65 del D.Lgs. 36/2023»;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 16.07.2024 con nota prot. n. 83438;

VISTA, in particolare, la memoria della Stazione appaltante, depositata con nota prot. n. 85292 del 18.07.2024 con la quale, a sostegno della correttezza del proprio operato, la stessa rappresentava che «*Agno Chiampo Ambiente srl effettua il servizio di igiene urbana, garantisce e coordina servizi di raccolta, trasporto, trattamento e recupero di rifiuti urbani e assimilati, ovvero la raccolta e lo smaltimento degli stessi. Effettua inoltre servizio di spazzamento strade, gestione dei centri di raccolta e per alcuni Comuni il servizio di iscrizione, accertamento e tariffazione dell'utenza ai fini della TARI. La funzione della società è quella di attuare, sull'intero bacino, un efficace sistema di Raccolta Differenziata, tale da ridurre fortemente i rifiuti da smaltire e consentire il recupero dei materiali riciclabili, ma è anche promozione, coordinazione e realizzazione di interventi e servizi per la tutela, la valorizzazione e la salvaguardia dell'ambiente, del suolo e del sottosuolo, oltre alla manutenzione di spazi e aree verdi*». Relativamente alla procedura in questione, la stazione appaltante evidenziava che: «*con riferimento ai limiti chilometrici imposti dal Disciplinare di gara/asta la scrivente intende insistere in merito alla propria risposta al quesito 1 - documento prot. P/2024-000767 rv/rv del 02.07.2024 - a domande pervenute, per ribadire l'impossibilità, da parte di Agno Chiampo Ambiente Srl, di spingersi oltremodo nell'esecuzione dei servizi di trasporto, senza produrre aumento dei costi e disservizi in tutti gli altri settori merceologici della raccolta. Infatti: a) la pianta organica di Agno Chiampo Ambiente Srl è in questo momento carente di almeno n. 15 autisti addetti nonostante siano stati fatti nel tempo diversi annunci [...] b) in conseguenza della carenza di personale, Agno Chiampo Ambiente Srl, dopo aver preliminarmente informato tutte le amministrazioni dei Comuni soci, si è rivolta al mercato attraverso la pubblicazione di gare d'appalto per affidare servizi di raccolta e di pulizia al fine di garantire ai Comuni soci dell'Ovest Vicentino il servizio pubblico. c) inoltre, circostanza dirimente, al presente contratto non si applicano le disposizioni del d.lgs. 36/2023, se non quelle espressamente richiamate dalla lex specialis, bensì la normativa relativa alla vendita di beni da parte della P.A.; in tale contesto la P.A. ha dunque il dovere di garantire la remuneratività del negozio giuridico, sicché assumono piena legittimità le clausole come quella in contestazione*»;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità della clausola di partecipazione relativa alla distanza chilometrica prevista nella disciplina di gara e che, ai fini della definizione di tale questione giuridica, costituisce presupposto logico necessario chiarire la natura del contratto oggetto della procedura e specificamente la sua riconducibilità ai contratti attivi o passivi e dunque il raggio di applicabilità della disciplina codicistica di cui al d.lgs. n. 36/2023;



CONSIDERATO che, al riguardo, la *lex specialis*, delineando il proprio quadro normativo di riferimento all'art.1.3, disponeva che «*la normativa applicabile alla procedura in esame: Art. 3, comma 1 del R.D. n. 2440/1923; R.D. n. 827/1924; D.Lgs 36/2023 nelle parti citate; D.Lgs. 152/2006 e s.m. e i., nella raccolta, trattamento, gestione dei rifiuti solidi urbani;[...]*» e sanciva all'art. 3.1: «*3.1 - Tipo e Oggetto della procedura: La presente procedura di gara che è composta da n. 2 Lotti - rientra nei contratti attivi dove risultano prevalenti le entrate rispetto ai costi ed è attuata mediante pubblico incanto ai sensi dell'art. 3 del R.D. 1923, n. 2440 e ai sensi dell'art. 73 lett. c) del R.D. n. 827/1924.[...] Per tali fini, alla ditta aggiudicataria verrà ceduta la piena titolarità dei rifiuti per cui alla stessa spetterà ogni diritto e onere derivante da tale piena disponibilità, inclusa la facoltà di sottoscrivere le convenzioni previste dall'Accordo Quadro ANCI CONAI e percepire i relativi corrispettivi e o di cederli sul libero mercato, nonché l'onere per lo smaltimento delle frazioni estranee non riciclabili nei limiti fissati. L'aggiudicatario del Lotto di riferimento, dunque, verrà economicamente sostenuto solo attraverso il recupero e la valorizzazione economica dei rifiuti ricevuti, senza nessun onere in capo ad ACA. A fronte della cessione della titolarità dei rifiuti, con relativi diritti ed oneri, la ditta aggiudicataria si impegna a corrispondere mensilmente ad Agno Chiamo Ambiente Srl un compenso economico per ciascuna tonnellata di rifiuto ricevuta dall'impianto di cui al Lotto 1 e raccolto e conferito di cui al Lotto 2; il compenso economico spettante ad ACA per ciascun Lotto è dichiarato nel modulo offerta presentato in sede di gara»;*

RILEVATO che da tale caratterizzazione normativa delineata nella *lex specialis* appare evidente come il contratto sia un contratto attivo e ad esso sia pertanto applicabile la disciplina codicistica *in parte qua*;

RILEVATO infatti che l'art.13 (Ambito di applicazione) del d.lgs. n. 36/2023 dispone al comma 2 «*Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto*» e al comma 5 «*L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli artt. 1, 2 e 3*», ovvero, come noto, il principio di risultato (art. 1) il principio della fiducia (art. 2) e il principio dell'accesso al mercato (art. 3) e rilevato che l'allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023, recante "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" all'art. 2 (Definizione dei contratti), lettera h) definisce «*contatti attivi, i contratti che producono spesa e da cui deriva un'entrata per l'amministrazione*»;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, alla luce del perimetro normativo così ricostruito e delle caratteristiche intrinseche del contratto in questione, esso possa considerarsi un contratto attivo per il quale, ai sensi del menzionato art.13, trovano applicazione i principi di cui agli artt.1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023;

RITENUTO che la delibera ANAC n. 1 del 10 gennaio 2024, alla luce della quale l'istante richiedeva una valutazione di legittimità della clausola di gara relativa alla limitazione territoriale, veniva pronunciata con riferimento ad una gara interamente disciplinata dal d.lgs. n. 36/2023 e ne sanciva l'illegittimità della c.d. clausola territoriale, per violazione dell'art.108, comma 7, del d.lgs. n. 36/2023; conseguentemente, tale delibera esplicita alcuni principi ermeneutici relativi a disposizioni codicistiche che non trovano applicazione nella fattispecie oggetto della presente controversia, in ragione della definizione normativa sopra richiamata;

RITENUTO che, ai fini della risoluzione del caso concreto, occorra considerare l'ambito normativo applicabile alla gara *de qua*, ovvero i principi esplicitati dagli artt.1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023, la cui codificazione, come riportato nella Relazione illustrativa al Codice «*mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha*



creato incertezze, ritardi, inefficienze. [...] La codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2); b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2). Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolo) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio [...]»;

VISTO il contenuto dispositivo dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, (Principio del risultato) e considerato che, come riportato nella Relazione, «*il comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati. Il comma 2 enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato. La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi). Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc [...]. L'idea che l'Amministrazione in materia di appalti debba perseguire solo la concorrenza rischia, allora, di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il "principio del risultato" rappresenta una derivazione "evoluta", sulle orme di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza "l'amministrazione del risultato". Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa "propensione" verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare. Il comma 3, recependo gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione del risultato, chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'U.E. Il comma 4 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. Si tratta, quindi, di un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza».* Può pertanto sostenersi che l'utilizzo della formula linguistica del "criterio prioritario" richiama l'esistenza di una gerarchia di interessi protetti, mentre il riferimento all'individuazione della regola del caso concreto mira a consentire all'amministrazione contraente, nell'ambito della discrezionalità amministrativa attribuitale, la possibilità di scegliere a quale regola autovincolarsi per il



raggiungimento del risultato cui anela. Nella definizione della disciplina di gara, pertanto, il principio di risultato opera in stretta connessione con i principi di trasparenza e concorrenza e ciò comporta che l'amministrazione contraente è tenuta, nei margini di discrezionalità esplicitamente delineati dall'ordinamento, ad individuare il giusto processo di conciliazione tra il principio di concorrenza e il principio di risultato, ad esempio nell'ambito della definizione dei requisiti di partecipazione alla procedura;

VISTO il contenuto dispositivo dell'art. 2 (Principio della fiducia) che, come riportato nella Relazione, *«codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici»* e il comma 2 *«nell'enunciare il principio, lo collega al principio del risultato: la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1. La norma chiarisce che il principio della fiducia implica un ampliamento dei poteri valutativi e della discrezionalità della PA»*;

VISTO il contenuto dispositivo dell'art. 3 (Principio dell'accesso al mercato) che, come riportato nella Relazione, *«introduce il principio dell'accesso al mercato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono garantire agli operatori economici, secondo le modalità indicate dal codice e attraverso il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, che deve essere improntata alla correttezza, all'imparzialità e alla non discriminazione, alla pubblicità e alla trasparenza, nonché alla proporzionalità. Il principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici. Il principio dell'accesso al mercato rappresenta a sua volta un risultato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire attraverso la funzionalizzazione dei principi più generali richiamati»*;

RITENUTO che tali principi siano tra loro strettamente connessi e costituiscano un criterio interpretativo: infatti, come evidenziato dalla Relazione, stante la natura fondante dei primi tre principi, essi *«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»*;

CONSIDERATO che la più recente giurisprudenza amministrativa ha sovente utilizzato tali principi per definire le linee interpretative necessarie a risolvere le controversie, sancendone anche il rapporto, specificamente quello esistente tra principio di risultato, quello di fiducia e quello di accesso al mercato. È stato infatti in tal senso stabilito che il principio di risultato, anche se codificato solo recentemente, *«era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina ha ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d. lgs. n. 36 del 2023)»* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 15.11.2023 n. 9812 e sez. III, 26.03.2024, n. 286). *«Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure di appalto non rette dal d.lgs. n. 36/2023»* (cfr. TAR Napoli, 15.01.2024 n. 377; Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924 e TAR Roma, 12.03.2024 n. 5004). Altresì, è stato esplicitato che il principio del risultato *«costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al*



miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento» (TAR Catania, 12.12.2023 n. 3738). Si tratta «di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924); Esso «può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvercano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento» (cfr. TAR Napoli, 15.01.2024 n. 377). Conseguentemente, «la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, come recita l'attuale art. 1 del nuovo codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 15.11.2023 n. 9812);

CONSIDERATO dunque che, da un lato, il principio del risultato costituisce sia attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea sia criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto; si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice (cfr. Consiglio di Stato, sez. VII, 01.07.2024 n. 5789; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924), dall'altro, il principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Quindi, «il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo» (cfr. Consiglio di Stato, sez. VII, 01.07.2024 n. 5789; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924); dall'altro ancora «la concorrenza opera in funzione del primo [risultato] rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (TAR Catania, 12.12.2023 n. 3738). Di conseguenza, il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924; sez. III, 15.11.2023 n. 9812 e 26.03.2024 n. 286): «l'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura ad evidenza pubblica, trattandosi [...] di un principio che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale» (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 04.06.2024 n. 4996);



RILEVATO che l'ANAC, con delibera n. 236 del 15 maggio 2024, ha chiarito che il nuovo Codice dei contratti pubblici, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica e, richiamando la giurisprudenza amministrativa, ha evidenziato il particolare ruolo che il Codice attribuisce al principio del risultato, al correlato principio della fiducia e al nesso inscindibile con la concorrenza, evidenziando come il principio del risultato costituisce *«criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento»*; il principio della fiducia *«porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile»*; mentre *«la concorrenza opera in funzione del risultato rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»* (cfr. da ultimo ANAC, delibera n. 586/2024);

RITENUTO che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha motivato la scelta di formulare la clausola della *lex specialis* in contestazione adducendo che una diversa scelta nello spingersi nell'esecuzione dei servizi di trasporto, stante la carenza di personale addetto, avrebbe determinato aumento dei costi e disservizi in tutti gli altri settori merceologici della raccolta in cui è coinvolto l'ente stesso: motivazione questa che, in considerazione della discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone per perseguire l'interesse pubblico e del quadro giuridico sopra richiamato, costituisce un adeguato contemperamento tra i principi del risultato, della fiducia, della concorrenza, dell'economicità e remuneratività, nonché della corretta esecuzione della prestazione contrattuale;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, alla luce del quadro normativo sopra ricostruito applicabile al caso concreto e delle argomentazioni giuridiche ad esso connesse, la scelta dell'amministrazione, nell'ambito del potere discrezionale attribuitole dall'ordinamento, di stabilire per l'affidamento di un contratto attivo un requisito di partecipazione alla procedura così formulato è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici applicabili alla controversia, anche in ragione delle motivazioni di opportunità dalla stessa addotte, quale adeguato contemperamento tra il principio di risultato, il principio di fiducia e il principio di accesso al mercato, per come sopra delineati.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'operato della stazione appaltante sia conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente

