

E' legittimo il mero chiarimento della stazione appaltante relativo ad un errore materiale della lex specialis di gara laddove non costituisca una vera e propria modifica.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 13-3-2017

1. Lex specialis - bando, disciplinare, capitolato speciale, relazione tecnica - lettura di buona fede - necessità.

2. Chiarimenti del RUP - errore materiale - ricognizione - legittimità - innovazione previa attività provvedimentale - non consentita.

3. Amianto - categoria dei rifiuti pericolosi e speciali - rifiuti urbani - esclusione.

4. Raccolta e smaltimento carogne animali - titolo autorizzatorio - necessità - possesso impianti - non richiesto.

5. Anomalia - sub procedimento di verifica - metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - mancato superamento dei quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara - scelta rimessa al prudente apprezzamento del merito della stazione appaltante - intervento del G.A. - limiti mero sindacato esterno.

6. Organigramma società aggiudicataria - mero procuratore speciale - ruolo marginale.

7. Partecipazione alla gara - gravità dei reati - obbligo di motivazione - ipotesi di ritenuta non gravità dei reati - in caso di avvenuta ammissione alla gara - insussistenza - espressione di valutazione di merito - competenza esclusiva dell'Amministrazione - preclusione al G.A..

Guida alla lettura.

La sentenza in argomento ha deciso il ricorso proposto da una società partecipante ad una procedura di gara per l'appalto del servizio di rifiuti urbani indetta da un Comune, respingendo i plurimi motivi proposti dalla ricorrente.

In particolare, veniva contestato che la società aggiudicataria, Società Cooperativa Sociale di tipo B, sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per carenza dello specifico requisito costituito dal possesso della iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per la Categoria 10/A, la quale abilita le aziende del settore ambientale alle attività di trattamento, rimozione e smaltimento dell'amianto.

Su tale aspetto specifico, tuttavia, la Stazione appaltante aveva effettuato un chiarimento con cui aveva precisato che si era trattato di un “mero refuso”, “non essendo previsti servizi calendarizzati specifici relativi alla rimozione di amianto nei servizi di appalto”.

Il TAR, premettendo che “*il mero incorrere in un errore materiale costituisce possibilità eventuale, ma non certo remota e irrealizzabile, ove si ponga mente al vasto corredo di attività di produzione documentale che la Pubblica Amministrazione è tenuta a redigere nell’espletamento della sua attività istituzionale, in particolare di quella di tipo negoziale*”, ha ritenuto che nella fattispecie, effettivamente, si era trattato di errore materiale e non già di una (non consentita) innovazione degli atti di gara una volta questa indetta.

In questo senso, “*dalla mera lettura in buona fede del bando, del disciplinare, del capitolato speciale e della relazione tecnica*”, non emergeva la previsione di alcuna specifica attività di rimozione dell’amianto fra i servizi che l’appaltatore avrebbe dovuto garantire alla stazione appaltante.

Dunque, non si trattava di un chiarimento sostanzialmente modificativo ex post del bando di gara, tale da porre in essere una innovazione alla attività provvedimentale già previamente posta in essere, ma della “*mera ricognizione di un evidente refuso di composizione grafica del bando (riverberatosi negli atti connessi)*” che aveva determinato, appunto, un errore materiale.

Deve rammentarsi, infatti, che il bando di gara costituisce *lex specialis* a cui la stazione appaltante si vincola e che detto documento può essere modificato solo attraverso l’esercizio del potere di autotutela, secondo le stesse modalità e forme di quelle previste per il bando originario.

Ad avviso della giurisprudenza, dunque, la stazione appaltante può chiarire nel corso del procedimento le previsioni della *lex specialis* esclusivamente quando queste siano equivoche o comunque si prestino ad incertezze interpretative. In questo senso, allora, i chiarimenti dell’amministrazione, in una situazione di obiettiva incertezza, non costituiscono un’indebita modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 24 settembre 2013, n. 2197).

Tra gli altri motivi in contestazione, inoltre, il TAR ha escluso quello dell’obbligatorietà del sub procedimento della verifica dell’offerta anomala, atteso che “*trattandosi di procedura da aggiudicarsi con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la predetta norma chiarisce che detta obbligatoria attivazione della verifica di anomalia si abbia quando sia i punti relativi al prezzo, che la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara*”.

Sul punto, infatti, è stata richiamata l’inequivoca giurisprudenza in base alla quale occorre necessariamente il superamento di entrambi i punteggi per l’attivazione obbligatoria del sub-procedimento di verifica dell’anomalia (Cons. Stato, Ad. Pl. 03.02.2014 n. 8; Cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 20.08.2013 n. 4193); ciò che nel caso di specie non era avvenuto.

In siffatti casi, quindi, trattasi di procedimento assolutamente facoltativo rimesso “al prudente apprezzamento del merito della stazione appaltante” come correttamente ricordato anche dall’Adunanza Plenaria (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 03.02.2014, n. 8).

Infine, è stato ritenuto insussistente il lamentato vizio di esame delle condanne in capo al procuratore speciale della società aggiudicataria, atteso che il Collegio, premesso il “*ruolo tutto sommato marginale trattandosi di un mero procuratore speciale e non ricoprendo il medesimo né la carica di Amministratore, né di direttore tecnico, né il ruolo di Socio di maggioranza*”, ha fatto applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*la Stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l’assolvimento di un particolare onere motivazionale*” (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; in termini Cons. Stato, Sez. IV, 21.05.2014, n. 2622).

Ha osservato, infatti, il TAR che “*non sussiste un obbligo di motivazione espressa nella ipotesi di ritenuta non gravità dei reati manifestata dalla P.A. attraverso la ammissione della concorrente*” e che “*la valutazione sulla gravità delle condanne penali riportate è espressione di valutazione di merito di competenza esclusiva dell’Amministrazione ed addirittura preclusa allo stesso Giudice Amministrativo*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 06.11.2015, n. 5070).

N. 00216/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00018/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 18 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
XXX Cooperativa Sociale di tipo B, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino, Anna Floriana Resta e Giovanna Santacroce, con domicilio ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Puglia - Bari, in Bari, Piazza Massari, 6;

contro

Comune di Isole Tremiti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giacinto Lombardi, con domicilio eletto presso Giandomato Uva, in Bari, via Giandomenico Petroni, 3;

Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) di Apricena e di Isole Tremiti, non costituita in giudizio;

nei confronti di

YYY S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Di Pardo, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Puglia - Bari, in Bari, Piazza Massari, 6;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari,

di tutti gli atti con cui si è provveduto all'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene urbana, raccolta delle frazioni differenziate dei rifiuti solidi urbani con il sistema «porta a porta», conferimento delle frazioni merceologiche differenziate in impianti di recupero o smaltimento, spazzamento delle strade nel Comune di Isole Tremiti, CIG 6652399551, ed in particolare:

- a) del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 46 del 16.11.2016, partecipato alla ricorrente in data 17.11.2016;
- b) della nota prot. 21487 del 17.11.2016, di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;
- c) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria n. 44 del 4.10.2016;
- d) della nota prot. n. 18493 del 6.10.2016, di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria;
- e) del provvedimento di G.M. del Comune di Isole Tremiti n. 93 del 18.12.2015, di nomina del R.U.P. e di emanazione di atto di indirizzo all'indizione della procedura di gara;
- f) della delibera di G.M. del Comune di Isole Tremiti n. 21 del 19.3.2016, di approvazione del capitolato d'onori, in uno con gli atti di gara;
- g) della determina del Responsabile U.T.C. del Comune di Isole Tremiti n. 76 dell'8.4.2016, con la quale si è approvato il capitolato d'onori, in uno con gli atti di gara, da trasmettere alla C.U.C. per l'indizione della gara;
- h) della determinazione a contrarre n. 20 del 14.4.2016;
- i) della determinazione della C.U.C. n. 33 del 20.6.2016, di nomina della commissione di gara;

j) di tutti i verbali di gara nn. 1, 2, 3 e 4;

k) nonché, laddove ritenuto utile, del bando, del disciplinare di gara, del capitolato speciale d'appalto e di tutti gli atti componenti la *lex specialis*, nelle parti in cui lesivi;

nonché

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da XXX - Società Cooperativa Sociale di tipo B in data 22/1/2017,

per l'annullamento,

previa concessione di misure cautelari,

di tutti gli atti con cui si è provveduto all'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene urbana, raccolta delle frazioni differenziate dei rifiuti solidi urbani con il sistema «porta a porta», conferimento delle frazioni merceologiche differenziate in impianti di recupero o smaltimento, spazzamento delle strade nel Comune di Isole Tremiti, come sopra indicati;

nonché

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da YYY S.r.l. in data 24/1/2017,

per l'annullamento

di tutti gli atti con cui si è provveduto all'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene urbana, raccolta delle frazioni differenziate dei rifiuti solidi urbani con il sistema «porta a porta», conferimento delle frazioni merceologiche differenziate in impianti di recupero o smaltimento, spazzamento delle strade nel Comune di Isole Tremiti, come sopra indicati.

Visti il ricorso principale, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Isole Tremiti e della YYY S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2017 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 19.12.2016 e depositato in Segreteria in data 7.1.2017, la società

XXX - Società Cooperativa Sociale di tipo B adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, degli atti e provvedimenti meglio indicati in epigrafe.

La ricorrente esponeva in fatto di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dalla Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) dei Comuni di Apricena e di Isole Tremiti con bando prot. n. 7155 del 14.4.2015, avente ad oggetto l'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene urbana, raccolta delle frazioni differenziate dei rifiuti solidi urbani con il sistema «porta a porta», conferimento delle frazioni merceologiche in impianti di recupero o smaltimento, spazzamento delle strade e servizi complementari per il Comune di Isole Tremiti.

Evidenziava di aver chiesto accesso agli atti di gara e, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti, eccepiva - con unico motivo di ricorso rubricato sub 1) - la violazione degli artt. 38 e 48 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, rilevando altresì, in tesi, il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Con motivi aggiunti pervenuti in Segreteria in data 22.1.2017, ottenuto l'accesso alla documentazione amministrativa e tecnica presentata dalla controinteressata - in data 16.12.2016 - e la trasmissione dei verbali di gara - in data 19.12.2016 - si contestava 2) la violazione degli artt. 212 e ss. del D.Lgs. n. 152/2006; la violazione del d.m. n. 120/2014; la violazione della *lex specialis*; l'eccesso di potere *sub specie* di errore di fatto, omessa considerazione dei presupposti, sviamento.

Con tale motivo di ricorso si rappresentavano specifiche doglianze in relazione alla mancata iscrizione nell'Albo nazionale gestori ambientali della Società controinteressata alla categoria 10/A, di per sé inerente alla rimozione ed allo smaltimento di materiali in amianto.

In particolare, su tale specifico punto, parte ricorrente evidenziava che, in data 26.5.2016, il R.U.P. della Stazione appaltante aveva reso un apposito chiarimento, con cui si rilevava che non essendo previsti servizi specifici relativi alla rimozione dell'amianto nell'oggetto dell'appalto messo a gara, l'indicazione della categoria 10/A, pur contenuta fra i requisiti previsti dal bando, doveva considerarsi esser stata inserita per mero refuso, non potendo pertanto costituire elemento indispensabile per la partecipazione alla gara stessa.

La portata modificativa ed integrativa di tale chiarimento veniva recisamente contestata da parte ricorrente, facendo leva su talune pronunce del Consiglio di Stato, che avevano ripetutamente affermato l'impossibilità per i chiarimenti al bando di costituire atti rilevanti ai fini della modifica o integrazione della *lex specialis*.

Con un ulteriore motivo di ricorso, rubricato sub 3), parte ricorrente si doleva della violazione del Reg. CE 1069/2009 e del Reg. CE n. 142/2011; della violazione degli artt. 183 e ss. del D.Lgs. n. 152/2006; della violazione del D.Lgs. n. 186/2012; della violazione delle linee guida per l'applicazione del regolamento CE n. 1069/2009; dell'eccesso di potere per errore di fatto, omessa considerazione dei presupposti, sviamento.

La censura in esame, in estrema sintesi, si incentrava sulla carenza - in capo alla

aggiudicataria controinteressata - dell'autorizzazione allo smaltimento di carogne animali, ritenuta dalla ricorrente, in tesi, necessaria sulla base dei richiami normativi generali contenuti nella *lex specialis*.

Con un successivo motivo di ricorso, rubricato sub 4), si rimarcava la violazione degli artt. 86 e ss. del D.Lgs. n. 163/2006; la violazione degli artt. 97 e ss. del D.Lgs. n. 50/2016; l'eccesso di potere per errore di fatto, omessa considerazione dei presupposti, sviamento.

Si evidenziava, nel merito, l'incongruità dell'offerta presentata dalla controinteressata, dettagliatamente analizzandone diverse voci di costo, lamentando la mancata attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

Da ultimo, con il motivo di ricorso sub 5), si contestava la violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006; la violazione dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016; la violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990; l'eccesso di potere per errore di fatto, omessa considerazione dei presupposti, sviamento.

In particolare si contestava che un procuratore speciale dell'impresa controinteressata, il sig. ZZZ, fosse stato attinto da quattro condanne definitive, di cui tre per violazione delle norme in tema di rifiuti ed una per appropriazione indebita.

Si evidenziava che, anche al netto dell'indulto che aveva coperto due delle quattro condanne, la Stazione appaltante non avesse dato alcun peso a tale profilo sulla valutazione della moralità professionale della società concorrente.

Con atto di costituzione pervenuto in Segreteria in data 17.1.2017 si costituiva in giudizio il Comune di Isole Tremiti, instando per la reiezione del ricorso, evidenziandone con plurimi argomenti l'infondatezza in fatto ed in diritto.

Con atto di costituzione pervenuto in Segreteria in data 23.1.2017, si costituiva in giudizio la YYY S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., altresì incardinando - in data 24.1.2017 - ricorso incidentale mirante a far constare la invalidità del bando di gara e del disciplinare nella parte in cui prevedevano, quale requisito di ammissione alla gara, il possesso della categoria 10/A di cui all'Albo nazionale gestori ambientali, sopra citata.

All'udienza camerale del 25.1.2017 l'istanza cautelare veniva rinviata al merito.

All'udienza pubblica del 22.2.2017, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso principale e quello per motivi aggiunti sono infondati e, pertanto, non possono essere accolti.

Quanto al primo motivo sub 1) di cui al ricorso principale, esso è stato espressamente qualificato come improcedibile dal ricorrente medesimo, in quanto "medio tempore, *la stazione appaltante ha provveduto all'effettuazione delle verifiche stimulate con tale impugnativa*" (cfr. memoria ex art. 73 c.p.a. depositata nell'interesse della ricorrente in data 6.2.2017).

Quanto sopra evidenziato è di per sé sufficiente per poter dichiarare l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di interesse in relazione al detto motivo, in tal modo, peraltro, potendosi prescindere dalla sua inammissibilità per evidente genericità, così come ricavabile della mera formulazione *ex actis* del medesimo.

Con il motivo di ricorso rubricato sub 2), ossia con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, la XXX - Società Cooperativa Sociale di tipo B ritiene che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara in oggetto per carenza dello specifico requisito costituito dal possesso della iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per la Categoria 10/A.

Come anche evidenziato sopra, detta categoria di lavori abilita le aziende del settore ambientale alle attività di trattamento, rimozione e smaltimento dell'amianto.

Su tale aspetto specifico della vicenda in esame, la Stazione appaltante è espressamente intervenuta in corso di procedimento con il Chiarimento n.1 del 26.5.2016, dove era stato recisamente precisato che la stessa categoria 10/A "non deve essere considerata requisito indispensabile per la partecipazione alla gara" in quanto frutto di un "mero refuso", "non essendo previsti servizi calendarizzati specifici relativi alla rimozione di amianto nei servizi di appalto".

Parte ricorrente in proposito afferma che non si sarebbe trattato di un mero refuso ma di una vera e propria novazione alla *lex specialis* di gara apportata con uno strumento (il Chiarimento) idoneo a modificarla; parimenti contestava che - diversamente da quanto affermato dalla Amministrazione resistente - nel Capitolato Speciale erano espressamente previste attività relative alla rimozione dell'amianto.

Deve anzitutto premettersi sul piano logico, prima che giuridico, che il mero incorrere in un errore materiale costituisce possibilità eventuale, ma non certo remota e irrealizzabile, ove si ponga mente al vasto corredo di attività di produzione documentale che la Pubblica Amministrazione è tenuta a redigere nell'espletamento della sua attività istituzionale, in particolare di quella di tipo negoziale.

Al fine di verificare la sua intrinseca sussistenza, detto errore deve essere assoggettato ad una valutazione di manifesta verosimiglianza.

Nel caso concreto, dalla mera lettura in buona fede del bando, del disciplinare, del capitolato speciale e della relazione tecnica, non emerge la previsione di alcuna specifica attività di rimozione dell'amianto fra i servizi che l'appaltatore deve garantire al Comune di Isole Tremiti.

In particolare, al Punto 2 del Disciplinare di Gara, in atti, vengono dettagliatamente indicati i "Codici dei Servizi" da espletare in base alla nomenclatura tecnica dei medesimi: fra detti codici non risulta essere incluso quello relativo alle attività di rimozione dell'amianto.

Evidenziatasi in tal modo la natura di effettivo mero errore materiale che ha caratterizzato la vicenda in esame, è del tutto inconferente il richiamo di parte ricorrente a quell'indirizzo

giurisprudenziale in forza del quale un chiarimento alla *lex specialis* - quale il Chiarimento n. 1, sopra citato - sarebbe atto di per sé idoneo a modificare la legge di gara trattandosi di eterointegrazione illegittima.

Infatti, l'elaborazione giurisprudenziale sul punto ha riguardato situazioni di fatto in cui la P.A. con i chiarimenti ha sostanzialmente modificato in via successiva il bando di gara, volendo in tal modo porre in essere una innovazione alla attività provvedimentale già previamente posta in essere.

Al contrario, nella vicenda in esame, non si ha alcuna attività provvedimentale innovativa, ma la mera ricognizione di un evidente refuso di composizione grafica del bando (riverberatosi negli atti connessi) che ha comportato la mera presenza di un errore materiale.

Peraltro, al fine di sostenere la fondatezza dei propri rilievi in fatto, parte ricorrente ha evidenziato come in concreto, sul territorio del Comune isolano resistente vi fossero effettivamente lavori di recupero di amianto da realizzare e che questa costituisse anzi "una specifica esigenza del Comune di Isole Tremiti evidentemente ignota al direttore CUC di Apricena - che lavorando in sede (Apricena) lontana da quella isolana - ha fornito chiarimenti senza ben conoscere i bisogni dell'amministrazione tremiteese" (cfr. motivi aggiunti, punto. 2.2, pag. 6).

Invero, come messo in luce dalla difesa dell'Amministrazione resistente, il Responsabile dell'UTC e LLPP di Isole Tremiti, arch. Francesco delli Muti svolge contestualmente altresì l'incarico di direttore del C.U.C. di Apricena, in tal modo non apparendo davvero possibile che il medesimo abbia firmato il Chiarimento n.1 senza conoscere dettagliatamente i bisogni dell'Amministrazione resistente di cui è diretto dipendente.

Nel merito specifico della censura può altresì aggiungersi, *ad abundantiam*, quanto segue.

Parte ricorrente evidenzia come detta attività di rimozione dell'amianto sarebbe inclusa nel punto 3, lett. c, parte III del Disciplinare, laddove viene in evidenza l'onere di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti di qualunque natura e provenienza giacenti su aree e strade pubbliche così come definiti dall'art. 184, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 152/2006.

Invero, attraverso il richiamo testuale alla definizione di rifiuto compiuta nel citato art. 184, comma 2, lett. d) può chiarirsi che, nel caso di specie, si sta parlando esclusivamente di un servizio inerente a semplici rifiuti urbani, cui certo non è riconducibile l'amianto, di per sé notoriamente da ascrivere alla categoria dei rifiuti pericolosi e speciali.

Analogamente, non può ravvisarsi una specifica fonte di un apposito onere di rimozione dell'amianto nel richiamo operato dalla Società ricorrente alle attività di rimozione di rifiuti inerti provenienti da attività di demolizione e ristrutturazione eseguiti direttamente dai proprietari delle abitazioni.

Il servizio messo a gara dalla *lex specialis* è di altra natura, essendo richiesto che l'appaltatore aggiudicatario del servizio consenta il conferimento di "materiale inerte solo se

proveniente da Utenze Domestiche in operazioni di “Bricolage” e/o “Fai da te” e nel limite di mc. 0,5 in ragione di anno per singola utenza” precisandosi che “il materiale non dovrà contenere rifiuti pericolosi” e che, inoltre “detto materiale non sarà oggetto di raccolta domiciliare ma dovrà essere conferito dall’utente presso il Centro Comunale di Raccolta”.

Al fine di sostenere che oggetto dell’appalto sia anche la rimozione dell’amianto, parte ricorrente afferma che sul territorio delle Isole Tremiti sia presente del quantitativo di amianto da rimuovere e che, in proposito, il Comune abbia richiesto un apposito finanziamento non concesso dalla Regione; si vuole in tal modo supportare la tesi che il gestore dei servizi di raccolta e smaltimento r.s.u. debba farsi carico di detta attività, stante la mancata concessione del finanziamento regionale in questione.

Come tuttavia chiarito dall’Amministrazione resistente sul punto, il Comune di Isole Tremiti ha ottenuto il richiesto finanziamento per la rimozione dei rifiuti di amianto dalla Regione Puglia che dapprima con Delibera G.R. 22.12.2015 n. 2406 e dopo con la determina 23.12.2015 n. 672 ha stanziato la somma di € 50.000,00.

Con tale somma si è evidenziato che il Comune resistente appronterà apposita selezione, mettendo a gara proprio il servizio di rimozione dell’amianto specificamente finanziato dalla Regione nei termini di cui sopra.

Poiché dunque la rimozione dell’amianto avverrà all’esito di una apposita procedura selettiva pubblica per l’aggiudicazione del relativo servizio, si evidenzia in tal modo la insussistenza in fatto degli argomenti di censura di cui al secondo motivo di gravame.

Con il terzo motivo di doglianza, la XXX - Società Cooperativa Sociale di tipo B ritiene che la YYYS.r.l. sia da escludere dalla gara in oggetto perché carente delle autorizzazioni allo smaltimento di carogne animali, requisito in tesi ricavato dalla lettura dell’art. 8.10 “Altri Servizi”, sottoparagrafo dell’art. 8.1, del Capitolato Speciale d’Appalto.

Invero, detta disposizione impone che l’appaltatore del servizio di igiene urbana provveda alla rimozione delle carogne di animali, al loro successivo trasporto sino allo smaltimento/trattamento in appositi impianti autorizzati secondo la normativa sanitaria-ambientale (reg. UE 1774/2002 e ss.mm.ii. - 152/06 e ss.mm.ii.) precisando che gli oneri per lo smaltimento restano a carico del Comune.

Ebbene, anche a voler prescindere dalla natura invero assai peculiare della censura in esame (incentrata sulla rimozione di carogne animali nell’ambito del più ampio servizio di igiene urbana) di per sé ai limiti dello statisticamente rilevante e di minimale impatto sull’equilibrio complessivo della commessa in esame, l’appaltatore per svolgere detta attività deve semplicemente possedere le autorizzazioni per la raccolta ed il trasporto delle carogne animali e conferire le carcasse ad impianti autorizzati.

Tanto ovviamente non implica che debba egli stesso possedere detti impianti, ma solo che il conferimento degli animali morti avvenga in appositi impianti autorizzati.

Inoltre, non mancherà di rilevare il Collegio che essendo previsto che il costo dello smaltimento sia a carico del Comune è palese che detta prestazione sia da considerarsi “extra contratto”, dato che il contratto a stipularsi sarà un contratto c.d. “a corpo” (cfr. bando di gara, punto II.2.1.).

Stante il suo frazionario ed ipotetico rilievo ed in considerazione di quanto evidenziato sopra, anche tale censura appare, dunque, manifestamente infondata.

Con il quarto motivo di doglianza, la XXX sostiene che l’offerta economica presentata dalla YYS.r.l. sia addirittura anomala, ritenendosi per illegittimo l’operato dell’Amministrazione per mancata attivazione del sub procedimento di verifica dell’anomalia nel caso di specie.

Anche detta censura è infondata.

Deve essere immediatamente respinta la affermazione tesa a ritenere la doverosità ex art. 86 co. 2 cit. dell’attivazione del procedimento di anomalia a carico dell’offerta avanzata dalla YY S.r.l..

Infatti, trattandosi di procedura da aggiudicarsi con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la predetta norma chiarisce che detta obbligatoria attivazione della verifica di anomalia si abbia quando sia i punti relativi al prezzo, che la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Inequivoca, la giurisprudenza sulla necessità del superamento di entrambi i punteggi per l’attivazione obbligatoria del sub-procedimento di verifica dell’anomalia (Cons. Stato, Ad. Pl. 03.02.2014 n. 8; Cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 20.08.2013 n. 4193). Orbene, nella gara *de qua* l’offerta tecnica della YY(punti 67,766) è stata ritenuta meno vantaggiosa rispetto a quella della XXX (punti 68,889):

L’Amministrazione peraltro non si è trovata innanzi ad un’offerta economica dell’Aggiudicataria che potesse consentire l’avvio della procedura in forza del comma 3 del predetto art. 86, stante l’assenza di quegli “elementi specifici” richiesti dalla disposizione per il legittimo avvio del sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta.

In tal senso è da rammentare che la pretesa attivazione del suddetto sub-procedimento avanzata da Controparte, con conseguente richiesta di declaratoria di illegittimità dell’operato della Amministrazione, è palesemente inammissibile visto che trattasi di procedimento assolutamente facoltativo rimesso “al prudente apprezzamento del merito della stazione appaltante” come correttamente ricordato anche dall’Adunanza Plenaria (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 03.02.2014, n. 8).

Pertanto sotto detto aspetto, si rileva la inammissibilità della domanda della ricorrente tesa a ritenere illegittima l’azione della P.A. che invero avrebbe mancato di avviare un procedimento a fronte di una discrezionalità tecnica dell’Amministrazione soggetta solo ad un mero sindacato esterno anche da parte dello stesso Giudice Amministrativo.

Sotto il profilo del merito della censura, deve altresì evidenziarsi che il ribasso presentato dalla YYY S.r.l. è stato del 7,870%, laddove quello della ricorrente XXX è stato del 5,230%.

Sulla base di tale limitata distanza in valore assoluto delle percentuali di ribasso offerte, non possono ritenere sussistenti quegli “elementi specifici” che potrebbero far pensare ad un’offerta anormalmente bassa.

Con il quinto ed ultimo motivo di doglianza la XXX si duole della circostanza che l’Amministrazione non abbia proceduto ad escludere la aggiudicataria per le condanne penali riportate dal sig. ZZZ trattandosi di condanne di tale ritenuta gravità da costituire, in tesi, elemento ostativo alla possibilità di essere contraenti con la P.A. da parte della stessa YYY S.r.l..

Preliminarmente deve precisarsi che il predetto sig. ZZZ ricopre nell’organigramma della Società aggiudicataria un ruolo tutto sommato marginale trattandosi di un mero procuratore speciale e non ricoprendo il medesimo né la carica di Amministratore, né di direttore tecnico, né il ruolo di Socio di maggioranza come si evince dalla Visura Camerale e dalla Iscrizione al Registro delle Imprese, depositati dalla predetta aggiudicataria in sede di presentazione della Istanza di Partecipazione alla gara, in atti.

Inoltre, parimenti risulta dagli atti l’inserimento della ditta YYY s.r.l. nella c.d. white list della Prefettura di Isernia, a far data dal 28.10.2014.

Si dimostra in tal modo la carenza di evidenti ragioni ostative di tipo reputazionale a carico della società aggiudicataria ad assumere il ruolo di contraente con l’Amministrazione Pubblica.

Tanto precisato, deve ovviamente essere altresì respinta l’eccezione di difetto di motivazione avanzata dalla ricorrente, in tesi, non avendo l’Amministrazione preso espresso posizione sulla gravità dei reati ascritti al detto procuratore speciale.

Invero, secondo notorio e consolidato orientamento “la Stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l’assolvimento di un particolare onere motivazionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; in termini Cons. Stato, Sez. IV, 21.05.2014, n. 2622).

Da ciò deriva che non sussiste un obbligo di motivazione espressa nella ipotesi di ritenuta non gravità dei reati manifestata dalla P.A. attraverso la ammissione della concorrente.

Peraltro, la valutazione sulla gravità delle condanne penali riportate è espressione di valutazione di merito di competenza esclusiva dell’Amministrazione ed addirittura preclusa allo stesso Giudice Amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 06.11.2015, n. 5070).

Anche tale doglianza, quindi, non è condivisibile.

I motivi di ricorso presentati dalla società XXX - Società Cooperativa Sociale di Tipo B sono dunque globalmente infondati, con l'effetto conseguente di rendere improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse ad una pronuncia di merito sul medesimo.

Da ultimo, stante la particolarità in fatto della controversia in esame e le sviste realizzatesi nel comportamento tenuto dall'Amministrazione nel caso di specie, sussistono i presupposti di legge per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando:

- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- respinge i motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore