

Sulla piena conoscenza dell'atto lesivo, sull'inammissibilità dell'impugnazione del preavviso di segnalazione all'A.N.A.C., nonché sulla mera annullabilità delle disposizioni relative ai requisiti di capacità tecnica specificati dal bando.

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 7-12-2017

1. L'art. 120, comma 5 c.p.a., non prevedendo forme di comunicazione tassative, non incide sulle regole generali del processo amministrativo con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto lesivo (e, in particolare, dell'aggiudicazione) al fine del decorso del termine per l'impugnazione sia acquisita con forme diverse da quelle previste dalla comunicazione di cui all'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 (1).

(1) conforme T.R.G.A. Trento, 28 luglio 2017, n. 246.

2. È inammissibile il motivo di ricorso avverso il preavviso della stazione appaltante di segnalazione all'A.N.A.C. in merito alla presentazione di falsa dichiarazione nell'ambito della procedura di gara ed incentrato sulla violazione dell'art. 80, comma 12 del D.Lgs. n. 50/2016 in quanto la segnalazione, oltre a costituire un obbligo per la stazione appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata mediante l'impugnazione del provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo (2).

(2) conforme T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 719.

3. Il principio della tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83 co. 8 del D.Lgs. 50/2016 (in passato sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 163/2006) non si applica con riferimento alle clausole che prevedano requisiti soggettivi escludenti.

Non è possibile postulare la nullità delle disposizioni relative ai requisiti di capacità tecnica specificati dal bando, con conseguente applicazione del termine lungo per ricorrere di cui all'art. 31, comma 4 c.p.a. (180 giorni). Sicché, a dispetto della collocazione sistematica del principio della tassatività delle clausole di esclusione nel corpo dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016, la previsione di requisiti speciali in violazione delle prescrizioni del medesimo art. 83 si traduce nella mera annullabilità delle previsioni della *lex specialis* che risultino *contra legem* (3).

(3) conformi T.A.R. Toscana, Sez. I, 27 giugno 2017, n.881, e T.A.R. Campania Napoli, Sez. II,

20 luglio 2017, n. 3883.

Guida alla lettura

La sentenza in commento giunge all'esito di una complessa vicenda processuale nell'ambito della quale sono state proposte in via principale ed autonoma nonché in via incidentale domande contrapposte da due ditte partecipanti ad una gara per l'affidamento di servizi di accertamento dell'evasione ed elusione di TIA, TARES e TARI.

In tale contesto, il Collegio ha esaminato in via preliminare l'eccezione di tardività proposta in relazione al ricorso introduttivo di lite dalla controinteressata nel ricorso principale (poi anche ricorrente in via incidentale nonché successivamente in via autonoma). Tale eccezione si fondava sull'assunto che la dichiarazione della ricorrente principale relativa ai servizi svolti in precedenza era stata esaminata dalla Commissione di gara in una seduta alla quale aveva preso parte anche un dipendente della società ricorrente principale. Sicché era da tale data che si sarebbe dovuto fare decorrere il termine per l'impugnazione.

A giudizio del Collegio tale eccezione risulta infondata in quanto, richiamato anche un proprio recente precedente (T.R.G.A. Trento, 28 luglio 2017, n. 246), l'**art. 120, comma 5 c.p.a.**, non prevedendo **forme di comunicazione tassative**, non incide sulle regole generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la **piena conoscenza dell'atto lesivo** (e, in particolare, dell'aggiudicazione) al fine del **decorso del termine per l'impugnazione** sia acquisita con forme diverse da quelle previste dalla comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo n. 163/2006, oggi sostituito dall'**art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016**. Quindi, sebbene la ricorrente principale abbia partecipato alla seduta di gara in questione, non può tuttavia ritenersi che la stessa abbia nel corso della predetta seduta acquisito, per il tramite del proprio rappresentante, piena conoscenza dell'aggiudicazione disposta in favore della società resistente nel ricorso principale in quanto la Commissione di gara nella parte finale del verbale relativo alla seduta de quo aveva specificato che *«Le operazioni di apertura e valutazione delle offerte pervenute e la formazione della relativa graduatoria non costituiscono attività precontrattuale, né equivalgono ad aggiudicazione. Gli esiti di dette operazioni, qui verbalizzate, sono quindi attività tecniche ad esclusivo supporto delle valutazioni della Società, che rimane libera di esercitare in ogni momento la propria facoltà di*

interrompere e/o non dare seguito alle attività connesse alle offerte presentate, espressamente esclusa ogni obbligazione di indennizzo o di rimborso nei confronti dei Concorrenti». Ne consegue che il ricorso è stato tempestivamente proposto, perché il termine per ricorrere ha iniziato a decorrere non già dalla data della seduta di gara in questione, bensì dalla successiva data della e-mail con cui la stazione appaltante, in ossequio alla *lex specialis*, a seguito della ratifica dei lavori della Commissione di gara ha formalmente comunicato alla società ricorrente principale l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società controinteressata.

Di ulteriore interesse è poi la pronuncia d'inammissibilità espressa dal T.R.G.A. in relazione al motivo di ricorso proposto dalla ricorrente incidentale nel successivo ricorso autonomo con riferimento al **preavviso della stazione appaltante di segnalazione all'A.N.A.C.** in merito alla presentazione di **falsa dichiarazione nell'ambito della procedura di gara** in oggetto ed incentrato sulla violazione dell'**art. 80, comma 12 del D.Lgs. n. 50/2016**. Tale norma, infatti, dispone che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, *“la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*. Il Collegio appoggiandosi anche al consolidato insegnamento giurisprudenziale (ex multis, T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 719), formatosi già alla luce del previgente codice dei contratti pubblici, ha ritenuto che la segnalazione all'A.N.A.C. (preannunciata con l'impugnato provvedimento di revoca), oltre a costituire un obbligo per la stazione appaltante, si configura come **atto prodromico ed endoprocedimentale** e, come tale, **non impugnabile**, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata mediante l'impugnazione del provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentoale e carattere autoritativo

Dipoi il T.R.G.A. di Trento ha esaminato l'ulteriore domanda finalizzata alla declaratoria della **nullità** della *lex specialis* ex **art. 83, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016** proposta dalla ricorrente incidentale con particolare riferimento alle disposizioni che prevedevano i **requisiti di capacità tecnica**.

Ad avviso del Collegio dunque, si poneva il problema di stabilire se il principio della **tassatività** delle clausole di esclusione (in passato sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 163/2006) si dovesse applicare o meno anche alle clausole che prevedessero requisiti soggettivi escludenti.

Facendo ampio rimando a recenti precedenti giurisprudenziali (in particolare T.A.R. Toscana, Sez. I, 27 giugno 2017, n.881, integralmente richiamata da T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 20 luglio 2017, n. 3883), i Giudici trentini sono giunti a rigettare la domanda della ricorrente incidentale in quanto la stessa muoveva dall'erroneo presupposto che si potesse postulare la nullità delle disposizioni relative ai requisiti di capacità tecnica specificati dal bando, con conseguente applicazione del **termine lungo** per ricorrere di cui all'**art. 31, comma 4 c.p.a. (180 giorni)**. Il T.R.G.A. ha invece ritenuto che, a dispetto della collocazione sistematica del

principio della tassatività delle clausole di esclusione nel corpo dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016, la previsione di requisiti speciali in violazione delle prescrizioni del medesimo art. 83 si traduca nella **mera annullabilità** delle previsioni della *lex specialis* che risultino *contra legem*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1) sul ricorso numero di registro generale 165 del 2017, proposto da Municipia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con le società Alysso s.r.l. e Okkam s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Osele, con domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 75, presso lo studio del predetto avvocato;

contro

- Dolomiti Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Mastrovincenzo e Fabio Massimo Pellicano, domiciliata in Trento, via Calepina n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale;

- Dolomiti Energia Holding s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti di

Andreani Tributi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Calzolaio, Maria Cristina Mattiacci, Andrea Calzolaio e Claudio Baleani, con domicilio eletto in Trento, via Oss Mazzurana n. 72, presso lo studio dell'avvocato Manuel Zanella, anche ricorrente incidentale;

2) sul ricorso numero di registro generale 195 del 2017, Andreani Tributi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Calzolaio,

Maria Cristina Mattiacci, Andrea Calzolaio e Claudio Baleani, elettivamente domiciliata in Trento, via Oss Mazzurana n. 72, presso lo studio dell'avvocato Manuel Zanella;

contro

- Dolomiti Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Mastrovincenzo e Fabio Massimo Pellicano, domiciliata in Trento, via Calepina n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale;
- Dolomiti Energia Holding s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti di

Municipia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con le società Alysso s.r.l. e Okkam s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Osele ed elettivamente domiciliato in Trento, via Calepina n. 75, presso lo studio del predetto avvocato;

per l'annullamento

- quanto al ricorso n. 165/2017 proposto dalla società Municipia, dei seguenti atti: A) nota in data 21 giugno 2017, trasmessa dalla società Dolomiti Ambiente alla sola aggiudicataria, società Andreani Tributi, recante la comunicazione dell'aggiudicazione dell'**appalto** relativo al "Servizio di accertamento evasione ed elusione TIA/TARES/TARI e di misurazione planimetrie catastali"; B) e-mail trasmessa alla società ricorrente in data 20 giugno 2017, avente ad oggetto la comunicazione dell'aggiudicazione del predetto **appalto** a favore della società Andreani Tributi; C) verbale n. 1 di apertura delle offerte" recante prot. n. 003438 del 19.5.2017; D) bando di gara pubblicato in data 5 aprile 2017, norme tecniche, guida per la preparazione dell'offerta, e-mail di chiarimenti prot. n. 002453 del 12 aprile 2017, prot. n. 002596 del 19 aprile 2017, prot. n. 002650 del 21 febbraio 2017, prot. n. 002822 del 28 aprile 2017 e chiarimenti n. 1 e n. 2; E) verbali della Commissione di gara, ove esistenti, relativi alle attività di verifica dell'anomalia e del possesso dei requisiti della società aggiudicataria Andreani Tributi; F) atti e provvedimenti di ratifica, da parte della società Dolomiti Ambiente, dei lavori svolti dalla Commissione di gara; G) altri atti presupposti, endoprocedimentali, connessi o consequenziali;

nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto d'**appalto** medio tempore stipulato con la società Andreani Tributi, con conseguente subentro, e la condanna della società Dolomiti Ambiente al risarcimento del danno equivalente, patrimoniale e non patrimoniale per perdita di chance, danno curriculare e mancato profitto;

- quanto al ricorso incidentale proposto dalla società Andreani Tributi nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017, dei seguenti atti: A) bando di gara pubblicato in data 5 aprile 2017, norme tecniche e guida alla preparazione della offerta, con particolare riferimento alle disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al par. 3.1, punto 4 della guida, ove si prevede un requisito di capacità tecnica eccessivamente e ingiustificatamente restrittivo; B) chiarimento n. 2 reso dalla stazione appaltante in data 16 maggio 2017, riferito al predetto

requisito di capacità tecnica; C) ogni altro atto comunque connesso, presupposto o conseguente;

- quanto al ricorso n. 195/2917 proposto dalla società Andreani Tributi, dei seguenti atti: A) nota della società Dolomiti Ambiente prot. n. 5176 in data 27 luglio 2017, con la quale è stata comunicata alla società Andreani Tributi la revoca dell'aggiudicazione del suddetto **appalto**, in precedenza disposta in suo favore; B) nota della società Dolomiti Ambiente prot. n. 5178 in data 27 luglio 2017, con la quale è stata comunicata al costituendo RTI tra le società Municipia, Alysson e Okkam, la nuova aggiudicazione del suddetto **appalto** in suo favore; C) nota della società Dolomiti Ambiente n. 5955 in data 4 settembre 2017, con la quale è stata comunicata alla società Andreani Tributi la nuova aggiudicazione del suddetto **appalto** in favore del costituendo RTI tra le società Municipia, Alysson e Okkam; C) bando di gara pubblicato in data 5 aprile 2017, norme tecniche e guida alla preparazione della offerta, con particolare riferimento alle disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al par. 3.1, punto 4 della guida, ove si prevede un requisito di capacità tecnica eccessivamente e ingiustificatamente restrittivo; D) chiarimento n. 2 reso dalla stazione appaltante in data 16 maggio 2017, riferito al predetto requisito di capacità tecnica; E) ogni altro atto comunque connesso, presupposto o conseguente,

nonché per la declaratoria la declaratoria d'inefficacia del contratto d'**appalto** medio tempore sottoscritto costituendo RTI tra le società Municipia, Alysson e Okkam, con conseguente subentro, e per la condanna della società Dolomiti Ambiente al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente in forma specifica o per equivalente;

Visti i ricorsi introduttivi, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Dolomiti Ambiente, Andreani Tributi e Municipia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il dott. Carlo Polidori e uditi gli avvocati Maria Cristina Osele per la società Municipia, Fabio Massimo Pellicano per la società Dolomiti Ambiente e Andrea Calzolaio e Maria Cristina Mattiacci per la società Andreani Tributi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 5 aprile 2017 la Dolomiti Ambiente s.r.l. - società istituita per la raccolta dei rifiuti a Trento e Rovereto e partecipata al 100% da Dolomiti Energia Holding s.p.a., società a sua volta partecipata al 62,9% da enti pubblici - ha indetto una gara telematica, con procedura aperta, per l'affidamento di servizi di accertamento dell'evasione ed elusione di TIA, TARES

e TARI. Alla gara hanno preso parte la società Andreani Tributi s.r.l. ed il RTI composto dalla mandataria Municipia s.p.a. e dalle mandanti Alysso s.r.l. e Okkam s.r.l. (di seguito denominato RTI Municipia). La *lex specialis* richiede i seguenti requisiti di capacità tecnica: *“avere svolto nell’ultimo triennio - 1.1.2014 - 31.2.2016 - antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, anche disgiuntamente, almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, per almeno 5 pubbliche amministrazioni, così come definite all’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, di cui almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993. In caso di Raggruppamento il requisito dovrà essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso”*. Nell’unica seduta di gara del 19 maggio 2017 - alla quale ha partecipato il signor Maurizio Revolti per conto del RTI Municipia - la Commissione di gara, rilevata la presenza di due offerenti *«che hanno presentato documentazione completa e regolare»*, ha proceduto ad aprire le relative offerte economiche ed ha concluso che *«La migliore offerta risulta essere quella della Società Andreani Tributi s.r.l.»*. Con e-mail in data 20 giugno 2017 la stazione appaltante ha quindi comunicato l’aggiudicazione dell’**appalto** in favore della società Andreani.

2. La società Municipia con il ricorso n. 165/2017 - premesse articolate considerazioni sulla tempestività del ricorso stesso - avverso gli atti impugnati deduce le seguenti censure: *violazione di legge per omessa esclusione della società Andreani Tributi benché priva del requisito previsto dal bando di gara, nella sezione III, punto III.2.3 “capacità tecnica”, e richiamato al paragrafo 3.1 della “guida alla preparazione dell’offerta”, nonché eccesso di potere per carenza istruttoria, travisamento dei fatti e violazione di autovincoli previsti nella lex specialis e nei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante. In particolare sostiene che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché carente dei requisiti di capacità tecnica sotto un duplice profilo. L’aggiudicataria ha dichiarato, quali destinatari dei propri servizi, Siena Ambiente s.p.a. (poi Sei Toscana s.p.a., a seguito di cessione del ramo di azienda), con 211.558 abitanti complessivamente gestiti, Asa Tivoli s.p.a., con 56.652 abitanti gestiti (Comune di Tivoli), il Comune di Monte Argentario, con 12.660 abitanti, il Comune di Lavello, con 13.626 abitanti, ed il Comune di Sorrento, con 16.679 abitanti. Tuttavia, secondo la ricorrente, né Siena Ambiente s.p.a. (poi Sei Toscana s.p.a), né Asa Tivoli s.p.a. possono essere qualificate come pubbliche amministrazioni “così come definite all’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001”, in conformità a quanto richiesto dalla *lex specialis*. Del resto la stessa stazione appaltante nel “chiarimento a sistema” n. 2, con riferimento al quesito *«si chiede conferma che per soddisfare il requisito tecnico richiesto, possano essere considerati anche altri Enti pubblici o privati, come ad esempio Multiutility, che hanno in gestione un bacino di utenze riconducibili alle classi richieste»*, ha precisato che: *«Il requisito richiesto prevede almeno un servizio di accertamento TIA e/o TARES e/o TARI per almeno 5 pubbliche amministrazioni, così come definite all’art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001, che non comprendono le Multiutility»*. Inoltre i comuni di Monte Argentario, Lavello e Sorrento hanno una popolazione non superiore a 100.000 abitanti e, quindi, secondo la ricorrente, anche a voler qualificare Siena Ambiente s.p.a. (poi Sei Toscana s.p.a.) e Asa Tivoli s.p.a. come pubbliche amministrazioni, non potrebbe in ogni caso ritenersi che l’aggiudicataria abbia svolto servizi a beneficio di *“almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D. Lgs. n. 507/1993”*. Difatti tali società non sono assimilabili ad un comune e, comunque, la società Asa Tivoli serve il solo Comune di Tivoli, che conta 56.652*

abitanti (comune di III classe), mentre la società Sei Toscana gestisce la riscossione della TARI per piccoli Comuni di IV e V classe e per il Comune di Arezzo, che conta 98.144 abitanti (comune di III classe).

3. La società Andreani si è costituita in giudizio, eccependo: A) il difetto di giurisdizione di questo Tribunale, perché quanto affermato da controparte in ordine alla composizione del capitale sociale della società Dolomiti Ambiente non è sufficiente per dimostrare che tale società vada qualificata come un'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi e per gli effetti del decreto legislativo n. 50/2016; B) l'irricevibilità del ricorso per tardività della notifica, perché la sua dichiarazione relativa ai servizi svolti in precedenza è stata esaminata dalla Commissione di gara nella seduta del 19 maggio 2017, alla quale ha preso parte anche un dipendente della società ricorrente; C) la mancata proposizione, da parte della ricorrente, della domanda di subentro nel contratto eventualmente stipulato, domanda che risulta genericamente richiamata nell'epigrafe del ricorso, ma non riproposta nelle conclusioni; D) l'infondatezza del ricorso, sia perché le società *in house* e le società a capitale misto devono essere qualificate come organi delle pubbliche amministrazioni e, quindi, non possono ritenersi escluse dall'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, richiamato dalla *lex specialis*, sia perché, seppure si ritenesse che i requisiti di capacità tecnica dichiarati non siano identici a quelli richiesti, dovrebbe comunque trovare applicazione, a garanzia del principio del *favor participationis*, la regola dell'ammissibilità di servizi analoghi o equivalenti, desumibile dagli articoli 68 e 170 del decreto legislativo n. 50/2016.

4. La società Dolomiti Ambiente si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 11 settembre 2017 ha eccepito, tra l'altro, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta di interesse, rappresentando che con la nota prot. n. 5176 in data 27 luglio 2017 è stata comunicata alla società Andreani la revoca dell'aggiudicazione dell'**appalto**, in precedenza disposta in suo favore, e con la nota prot. n. 5178 in data 27 luglio 2017 è stata comunicata al costituendo RTI Municipia la nuova aggiudicazione disposta in suo favore.

5. La società Andreani con memoria notificata alle controparti e depositata in data 12 settembre 2017 - oltre a ribadire le eccezioni processuali già sollevate con la precedente memoria - ha ulteriormente replicato alle suesposte censure affermando di essere in possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dalla stazione appaltante in quanto: A) essa ha dichiarato e documentato la gestione del servizio in tre Comuni (Monte Argentario, Lavello e Sorrento), in una società *in house* (Asa Tivoli) e in una società a capitale misto pubblico-privato quale Siena Ambiente, che gestisce servizi pubblici per l'ambiente per conto di ben 15 Comuni con un bacino di utenza complessivo di oltre 200.000 abitanti, maggiore di quello relativo alla II classe del decreto legislativo 507/1993; B) Siena Ambiente è una società omologa a Dolomiti Energia, proprietaria di Dolomiti Ambiente; D) il riferimento alla disposizione dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, contenuto nella *lex specialis*, non può essere considerato come un anomalo rinvio al perimetro di applicazione del predetto decreto legislativo, avendo la stazione appaltante inteso riferirsi alle singole amministrazioni richiamate dalla predetta disposizione ed ai soggetti ad esse assimilabili ai sensi della normativa sui contratti pubblici; E) diversamente opinando si perverrebbe al paradosso che possiede i requisiti richiesti il soggetto che abbia svolto il servizio per un consorzio di comuni (soggetto formalmente richiamato dalla disposizione dell'art. 1, comma

2), ma non il soggetto che abbia svolto il medesimo servizio per più comuni consorziati attraverso il veicolo di una società pubblica o mista (come Siena Ambiente o Dolomiti Ambiente); F) quanto all'ulteriore riferimento contenuto nella *lex specialis*, relativo alla classe II o I del decreto legislativo n. 507/1993, va inteso nel senso che all'offerente è richiesto di dimostrare di aver gestito il servizio per un bacino di utenza maggiore di 100.000 abitanti, essendo del tutto irrilevante che tali abitanti risiedano in un unico comune, anche perché è senz'altro indice di maggiore capacità tecnica la gestione di un servizio unitario per più di 200.000 abitanti dislocati in diverse realtà territoriali, rispetto alla gestione per conto di un unico comune.

6. La società Andreani ha proposto altresì un ricorso incidentale con cui ha chiesto la declaratoria di nullità o, in subordine, l'annullamento delle disposizioni della *lex specialis* relative ai predetti requisiti di capacità tecnica. In particolare la società - premesso che il ricorso incidentale deve ritenersi tempestivo, anche perché prima del ricorso proposto da controparte la stazione appaltante, nonostante il chiarimento n. 2, ha sempre interpretato la clausola del bando relativa ai requisiti di capacità tecnica (peraltro ambigua) in senso non ostativo alla sua partecipazione alla gara - deduce le seguenti censure:

I) *Nullità degli atti di gara per violazione dell'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016 e dei principi regolatori delle gare pubbliche, nella parte in cui viene richiesto il possesso di un requisito restrittivo alla partecipazione, avulso da quelli contemplati dal predetto art. 83, così prevedendo una clausola di esclusione non prevista dalla legge.*

L'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016 reca un'indicazione tassativa dei criteri di selezione utilizzabili dalle stazioni appaltanti (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali), di talché l'eventuale ricorso a criteri ulteriori può integrare, secondo la giurisprudenza (T.A.R. Toscana, Sez. I, 27 giugno 2017, n. 881; T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 20 luglio 2017, n. 3883), un'ipotesi di invalidità della *lex specialis* sanzionata con la nullità ai sensi del comma 8 dello stesso art. 83; le disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al par. 3.1, punto 4, della guida, se interpretate nel senso indicato dalla società Municipia comportano «una conseguenza ai limiti dell'assurdo», perché il servizio reso in favore di Siena Ambiente comporta l'attività di accertamento per 15 comuni e per un bacino di utenza unitario di oltre 210.000 abitanti: le disposizioni in questione finirebbero quindi per determinare l'esclusione dalla gara di soggetti in pieno ed evidente possesso delle capacità tecniche richieste per l'esecuzione del servizio.

II) *Illegittimità degli atti di gara per violazione degli articoli 30 e 83, commi 6 e 8, del decreto legislativo n. 50/2016 e dei principi regolatori delle gare pubbliche; eccesso di potere, in quanto viene richiesto ai concorrenti il possesso di un requisito irragionevole ed illogico, in quanto restrittivo della partecipazione e in modo sviato rispetto all'oggetto della gara, ed avulso da quelli contemplati dall'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza e non pertinenza del requisito, con particolare riguardo alla natura stessa della stazione appaltante.* In via subordinata, le disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al par. 3.1, punto 4 della guida, ove non fossero ritenute radicalmente nulle, se interpretate nel senso indicato dalla società Municipia, sarebbero comunque illegittime perché, attraverso l'apparente previsione di requisiti di qualificazione tecnico-professionale, la stazione

appaltante finirebbe in realtà per selezionare i concorrenti non già in base ai servizi svolti in precedenza, bensì in base alla natura del committente dei servizi stessi, così restringendo arbitrariamente la platea dei potenziali concorrenti: risulterebbero infatti esclusi gli operatori economici che hanno svolto il servizio richiesto a beneficio di soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001. Ulteriori profili di illegittimità delle disposizioni impugnate discenderebbero poi dal fatto che i requisiti richiesti: A) non sono affatto necessari, perché il servizio deve essere svolto non già in favore di un comune o di una delle pubbliche amministrazioni elencate dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, bensì in favore di una società come Dolomiti Ambiente, che non è una pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001; B) inducono a far ritenere privo di idonea capacità tecnico-professionale finanche il soggetto che in anni precedenti abbia svolto il servizio in favore della stessa società Dolomiti Ambiente (che, ragionando come controparte, non sarebbe assimilabile ad una pubblica amministrazione).

7. Nelle more della decisione sul ricorso n. 165/2017 la società Dolomiti Ambiente ha disposto (come già accennato) la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della società Andreani e una nuova aggiudicazione in favore del costituendo RTI Municipia (secondo classificato). La stazione appaltante ha fatto proprie, nella sostanza, le ragioni poste a fondamento di entrambe le censure dedotte dalla società Municipia. In particolare alla società Andreani è stato contestato quanto segue: A) *«non risulta che la Vostra Impresa abbia svolto almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI per almeno 5 pubbliche amministrazioni; infatti sono presenti attestazioni rese da sole 3 pubbliche amministrazioni, ovvero: Città di Lavello; Comune di Monte Argentario; Città di Sorrento»*; B) *«non risulta che la Vostra Impresa abbia eseguito un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI per almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993; infatti diversamente da quanto dichiarato in sede di gara ... in riscontro alla nostra richiesta di chiarimenti, la Vostra Impresa ha dichiarato un bacino di utenza, con riferimento alla società Siena Ambiente SpA, comprendente Comuni rientranti nelle classi richieste, mentre dall'attestazione resa da Siena Ambiente SpA di data 19.01.2017 - Prot. 17/202/MA000, non risulta che il servizio sia stato svolto per almeno un Comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993»*. Inoltre la stazione appaltante ha preannunciato alla società Andreani che avrebbe proceduto, ai sensi dell'art. 80, comma 12 del decreto legislativo n. 50/2016, a *«dare segnalazione all'A.N.A.C. in merito alla presentazione di falsa dichiarazione nell'ambito della procedura di gara in oggetto»*.

8. La società Andreani con il separato ricorso n. 195/2017 ha impugnato tali provvedimenti con i quali sono state disposte la revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore e la nuova aggiudicazione in favore del costituendo RTI Municipia, nonché le previsioni della *lex specialis* relative ai requisiti di capacità tecnica, chiedendone l'annullamento e/o la declaratoria di nullità per i seguenti motivi.

l) *Violazione del principio del favor participationis; violazione della lex specialis e, in particolare, della Sez. III.2.3 del bando e dell'art. 3.1, punto 4 della Guida alla preparazione della offerta; Eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento, carenza di motivazione, perplessità, irragionevolezza, sproporzione, sviamento, contraddittorietà.*

Le motivazioni poste a fondamento del provvedimento di revoca sono affette, nella sostanza, dai medesimi vizi già dedotti con le proprie memorie depositate nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017. In particolare, riguardo alla prima parte della motivazione del provvedimento di revoca, il riferimento all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001 deve essere interpretato nel contesto della specifica procedura di gara e, quindi, nel senso che rilevano non solo i servizi resi a favore delle pubbliche amministrazioni richiamate nel predetto articolo, ma anche quelli resi ai soggetti ad esse assimilabili ai sensi della normativa sui contratti pubblici. Inoltre la stazione appaltante, nell'escludere le società ASA Tivoli e Siena Ambiente dal novero delle pubbliche amministrazioni così come definite dall'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001, non si sarebbe premurata di indicare le ragioni di tale esclusione, nonostante la motivazione fosse ancor più necessaria in quanto la stessa stazione appaltante, in assenza di qualsiasi novità o mutamento sul piano fattuale, avrebbe mutato radicalmente l'orientamento assunto fino al momento dell'aggiudicazione. Quanto alla seconda parte della motivazione della revoca, la ricorrente sostiene che essa, a differenza di quanto affermato dalla stazione appaltante, non ha mai dichiarato di aver svolto il servizio per «*un bacino di utenza, con riferimento alla società Siena Ambiente SpA, comprendente Comuni rientranti nelle classi richieste*», giacché il bacino di utenza di più di 200.000 abitanti è sempre stato chiaramente riferito a Siena Ambiente, e non ai singoli comuni. Inoltre, il servizio svolto a favore della società Siena Ambiente era, di per sé, idoneo a far ritenere sussistente anche l'ulteriore requisito di capacità tecnica in quanto: A) il riferimento contenuto nella clausola alla classe II o I del decreto legislativo n. 507/1993 va inteso nel senso che all'offerente è richiesto di dimostrare di aver gestito il servizio di accertamento della tassa sui rifiuti per un bacino di utenza maggiore di 100.000 abitanti, essendo del tutto irrilevante che gli abitanti risiedano in un unico comune; B) è del tutto irragionevole l'ulteriore considerazione secondo la quale all'interno del bacino di utenza di Siena Ambiente non sarebbe rinvenibile nessun comune rientrante nelle classi I o II, perché così ragionando la stazione appaltante duplica il contenuto del requisito in questione, mentre il bando richiede solamente che il bacino di utenza di almeno una delle 5 pubbliche amministrazioni indicate dall'offerente sia superiore a 100.000 abitanti; C) in definitiva deve ritenersi equivalente la prestazione del servizio per un comune la cui popolazione superi i 100.000 abitanti a quella resa unitariamente per una azienda intercomunale (organo di più comuni) la cui popolazione è superiore a 200.000 abitanti; D) l'interpretazione prescelta dalla stazione appaltante viola il principio del *favor participationis*, giacché riduce sostanzialmente la platea dei concorrenti al solo RTI controinteressato (come dimostra il fatto che alla gara, pur remunerativa, avendo un valore a base d'asta di circa 825.000,00 euro, abbiano partecipato solo due soggetti). In ogni caso, anche a voler ritenere che il requisito dichiarato non è identico a quello richiesto dal bando, dovrebbe trovare applicazione l'elaborazione legislativa e giurisprudenziale in tema di ammissibilità di servizi analoghi o equivalenti.

II) *Violazione degli articoli 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di motivazione.*

La revoca della aggiudicazione è stata disposta in assenza dei presupposti richiesti dalla legge n. 241/1990 per l'adozione di provvedimenti di secondo grado. La stazione appaltante ha qualificato il provvedimento come una revoca, ma in motivazione non ha indicato nessuno dei presupposti legittimanti, richiesti dall'art. 21-quinquies. Del resto nel caso in esame non è

intervenuta alcuna sopravvenienza dal momento della presentazione della offerta, né tantomeno la stazione appaltante ha rivalutato il pubblico interesse, mentre la sequenza procedimentale dimostra piuttosto che è intervenuto solo un inammissibile e illegittimo *revirement* nell'interpretazione del bando, che non costituisce presupposto idoneo per l'adozione di un provvedimento di revoca. Inoltre - anche a voler qualificare il provvedimento come un annullamento d'ufficio - risulterebbe comunque violato l'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, perché è indubbio che la ricorrente medesima è in grado di gestire il servizio oggetto di gara per più di 200.000 abitanti ed ha presentato la migliore offerta, sicché non sussiste alcun interesse pubblico che possa giustificare il ritiro dell'aggiudicazione disposta in suo favore, fermo restando che tale interesse pubblico avrebbe dovuto essere specificato in motivazione e comparato con l'interesse dell'aggiudicatario.

III) *Violazione del principio di legittimo affidamento; eccesso di potere per carenza di motivazione, irragionevolezza, sviamento, contraddittorietà.*

La stazione appaltante con l'impugnato provvedimento di revoca ha arbitrariamente mutato il proprio orientamento, avendo svolto l'istruttoria sui requisiti di capacità tecnica solo dopo l'individuazione dell'aggiudicataria e solo dopo più di un mese dall'invio, da parte dell'aggiudicataria, della documentazione richiesta per la stipula del contratto, ha ribaltato le proprie precedenti determinazioni, sebbene fosse chiaro già nella dichiarazione aggiuntiva al DGUE che i Comuni dichiarati dall'aggiudicataria erano tre, come era chiaro che il bacino di utenza di più di 200.000 abitanti si riferiva a Siena Ambiente. Pertanto - non essendo intervenuti mutamenti di sorta dalla presentazione della offerta sino al momento della revoca - tale provvedimento contraddice immotivatamente tutti gli atti in precedenza adottati. Inoltre è stato violato il legittimo affidamento riposto dalla ricorrente nella legittimità dei provvedimenti sino a quel momento adottati, affidamento rafforzato dai reiterati pronunciamenti della stessa stazione appaltante in ordine alla completezza e regolarità della documentazione presentata.

IV) *Violazione dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016; eccesso di potere per abnormità, travisamento, illogicità, sviamento, contraddittorietà. Illegittimità della declaratoria di false dichiarazioni contenuta nel provvedimento di revoca.*

Con particolare riferimento al preavviso che la stazione appaltante procederà a «dare segnalazione all'A.N.A.C. in merito alla presentazione di falsa dichiarazione nell'ambito della procedura di gara in oggetto», la ricorrente ribadisce di essere in possesso del requisito richiesto, precisando che ciò è sufficiente per escludere qualsiasi falsità delle sue dichiarazioni.

V) *Invalidità derivata della aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI Municipia.*

Premesso che l'aggiudicazione dell'appalto al RTI Municipia è stata disposta a seguito della revoca aggiudicazione in precedenza disposta, l'illegittimità dell'atto presupposto (ossia la revoca) vizia, per invalidità derivata, l'atto consequenziale (la nuova aggiudicazione).

VI) *Nullità degli atti di gara per violazione dell'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016 e dei principi regolatori delle gare pubbliche, nella parte in cui viene richiesto il possesso di un requisito restrittivo alla partecipazione, avulso da quelli contemplati dal*

predetto art. 83, così prevedendo una clausola di esclusione non prevista dalla legge; illegittimità degli atti di gara per violazione degli articoli 30 e 83, commi 6 e 8, del decreto legislativo n. 50/2016 e dei principi regolatori delle gare pubbliche; eccesso di potere per irragionevolezza e non pertinenza del requisito, con particolare riguardo alla natura stessa della stazione appaltante. Avverso le disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del Bando e al par. 3.1, punto 4, della Guida la ricorrente deduce censure pressoché identiche a quelle dedotte avverso tali atti con il ricorso incidentale proposto nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2016.

Tali censure sono finalizzate: A) in via principale, alla declaratoria della nullità degli atti di gara per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016; B) in via subordinata, all'annullamento delle predette disposizioni in quanto viziate per violazione delle regole relative ai "criteri di selezione", poste dall'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016, nonché da eccesso di potere sotto molteplici profili. Per il caso in cui sia la domanda di declaratoria di nullità di tali disposizioni, sia quella di annullamento fossero ritenute tardive, la ricorrente chiede la concessione della rimessione in termini per errore scusabile.

9. La società Andreani in allegato alla memoria depositata in data 5 ottobre 2017 (anche nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017) ha prodotto documentazione relativa al danno che subirebbe per effetto della mancata aggiudicazione della gara, chiedendo l'ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio.

10. La società Dolomiti Ambiente si è costituita in giudizio e con memoria depositata in data 9 ottobre 2017 ha diffusamente replicato alle suesposte censure evidenziando, in particolare, che: A) la stessa società Andreani ammette di non essere in possesso del requisito di capacità tecnica richiesto dal bando, perché ha documentato di aver gestito il servizio nell'ultimo triennio soltanto a favore di tre pubbliche amministrazioni, mentre non rileva il servizio svolto a favore di società *multiutility* come Siena Ambiente e Asa Tivoli, e nessuno dei servizi dichiarati è stato svolto per conto di un comune con popolazione superiore a 100.000 abitanti, non potendosi tener conto dell'utenza complessiva dei quindici comuni serviti dalla società Siena Ambiente; B) non è imputabile alla stazione appaltante alcun colpevole *revirement* nell'interpretazione del bando, perché l'aggiudicazione in favore della società Andreani non era ancora divenuta efficace, essendo subordinata alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati, e tale verifica è stata effettuata nel momento in cui la società stessa ha trasmesso la documentazione richiesta; C) il potere di autotutela è stato esercitato prima della stipula del contratto e, quindi, non è configurabile in capo alla società Andreani alcun affidamento meritevole di tutela in ordine alla stabilità dell'aggiudicazione; D) non giova alla società Andreani invocare la regola della tassatività delle clausole di esclusione, che si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali ovvero ulteriori rispetto ai requisiti speciali previsti ai sensi dell'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016; E) la clausola di cui alla sezione III.2.3 del bando, anche alla luce del chiarimento n. 2, deve essere qualificata come una clausola escludente e, quindi, avrebbe dovuto essere impugnata immediatamente, con conseguente irricevibilità del sesto motivo di ricorso.

11. Anche la società Municipia si è costituita in giudizio per resistere al ricorso proposto dalla

società Andreani e con memoria depositata in data 10 ottobre 2017 ha diffusamente replicato alle susesposte censure.

12. In vista della pubblica udienza fissata per il 26 ottobre 2017 per entrambi i ricorsi le parti hanno depositato ulteriori memorie. In particolare nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017: A) la società Municipia con memoria depositata in data 9 ottobre 2017 ha chiesto la riunione dei due giudizi, il rigetto del ricorso incidentale proposto dalla società Andreani e la conferma della nuova aggiudicazione disposta in favore del costituendo RTI Municipia; B) la società Andreani con memoria depositata in data 20 ottobre 2017 ha insistito per la reiezione del ricorso proposto dalla società Municipia e, in subordine, per l'accoglimento del ricorso incidentale, ribadendone la tempestività; C) la società Dolomiti Ambiente con memoria depositata in data 23 ottobre 2017, in via preliminare, ha insistito per l'accoglimento delle eccezioni di irricevibilità e di improcedibilità del ricorso proposto dalla società Municipia e delle eccezioni di inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla società Andreani e di tardività della memoria dalla stessa depositata in data 5 ottobre 2017, nonché per il rigetto di entrambi i ricorsi.

Nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017: A) la società Andreani con memoria depositata in data 20 ottobre 2017 ha insistito per l'accoglimento delle proprie domande; B) la società Dolomiti Ambiente con memoria depositata in data 23 ottobre 2017 ha insistito per l'accoglimento dell'eccezione di tardività del sesto motivo del ricorso proposto dalla società Andreani e per la reiezione delle restanti censure.

13. Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2017 entrambi i ricorsi sono stati chiamati e trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Sussistono ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva per disporre la riunione dei ricorsi, come richiesto dalle parti in causa.

2. In via preliminare occorre esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalla società Andreani nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017 sul presupposto che la società Dolomiti Ambiente non rientrerebbe nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" alle quali si riferisce l'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, con conseguente impossibilità di radicare la giurisdizione di questo Tribunale ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 cod. proc. amm.. L'art. 3, comma 1, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016 include tra le amministrazioni aggiudicatrici anche gli "organismi di diritto pubblico" e in tale categoria rientra, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del medesimo decreto legislativo "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di

diritto pubblico". Ciò posto, e considerato che non vi è contestazione su quanto affermato dalla società Municipia, ossia sul fatto che la società Dolomiti Ambiente sia partecipata al 100% da Dolomiti Energia Holding e quest'ultima sia, a sua volta, partecipata al 62,9% da enti pubblici, né sul fatto che la società Dolomiti ambiente sia stata costituita al precipuo fine di gestire la raccolta dei rifiuti a Trento e Rovereto, il Collegio ritiene che sussistano tutti gli elementi necessari per qualificare Dolomiti ambiente come un organismo di diritto pubblico e, quindi, come un'amministrazione aggiudicatrice. Difatti la società Dolomiti ambiente, proprio in quanto deputata alla raccolta di rifiuti nel bacino di Trento e Rovereto è da qualificare come un soggetto *"istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale"*; inoltre, essendo costituita in forma di s.r.l., è senz'altro dotata di personalità giuridica; infine essendo partecipata al 100% da Dolomiti Energia Holding è sottoposta a controllo pubblico, in quanto Dolomiti Energia Holding è, a sua volta, partecipata al 62,9% da enti pubblici. Resta allora solo da aggiungere - a riprova dell'infondatezza dell'eccezione esame - che la stessa società Andreani con il ricorso n. 195/2017 ha impugnato innanzi a questo Tribunale la revoca dell'aggiudicazione inizialmente disposta in proprio favore, così dimostrando con la condotta processuale di non aver acquisito *medio tempore* alcun elemento che possa indurre a dubitare della giurisdizione di questo Tribunale sulle domande proposte con i ricorsi in epigrafe indicati.

3. Parimenti infondata risulta l'eccezione di tardività del ricorso proposto dalla società Municipia. Al riguardo anche questo Tribunale in una recente occasione (T.R.G.A. Trento, 28 luglio 2017, n. 246) ha fatto proprio il consolidato indirizzo ermeneutico secondo il quale l'art. 120, comma 5 cod. proc. amm., non prevedendo forme di comunicazione tassative, non incide sulle regole generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto lesivo (e, in particolare, dell'aggiudicazione) al fine del decorso del termine per l'impugnazione sia acquisita con forme diverse da quelle previste dalla comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo n. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 76 del decreto legislativo n. 50/2016. Quindi - sebbene la Commissione di gara nella seduta del 19 maggio 2017 abbia rilevato la presenza di due offerenti *«che hanno presentato documentazione completa e regolare»* ed abbia concluso che *«La migliore offerta risulta essere quella della Società Andreani Tributi s.r.l. per un importo di euro 635.950,00 + IVA»* - non può tuttavia ritenersi che la società Municipia nel corso della predetta seduta abbia acquisito, per il tramite del proprio rappresentante, piena conoscenza dell'aggiudicazione disposta in favore della società Andreani. E invero la Commissione di gara - in ossequio alla previsione di cui al punto 7 della Guida per la preparazione dell'offerta, ove si prevede che *“Non appena la Società avrà ratificato i lavori della Commissione si procederà all'aggiudicazione che sarà comunicata a tutti i Concorrenti”* - nella parte finale del verbale relativo alla seduta del 19 maggio 2017 ha specificato che *«Le operazioni di apertura e valutazione delle offerte pervenute e la formazione della relativa graduatoria non costituiscono attività precontrattuale, né equivalgono ad aggiudicazione. Gli esiti di dette operazioni, qui verbalizzate, sono quindi attività tecniche ad esclusivo supporto delle valutazioni della Società, che rimane libera di esercitare in ogni momento la propria facoltà di interrompere e/o non dare seguito alle attività connesse alle offerte presentate, espressamente esclusa ogni obbligazione di indennizzo o di rimborso nei confronti dei Concorrenti»*. Ne consegue che il ricorso (notificato in data 13 luglio 2017) è stato tempestivamente proposto, perché il termine per ricorrere ha iniziato a decorrere non già dal 19 maggio 2017, bensì dal 20 giugno 2017, ossia

dalla data della e-mail con cui la stazione appaltante, in ossequio alla *lex specialis*, a seguito della ratifica dei lavori della Commissione di gara ha formalmente comunicato alla società Municipia l'aggiudicazione dell'**appalto** in favore della società Andreani.

3. Né miglior sorte merita (a prescindere da ogni considerazione in merito agli effetti della stessa) l'eccezione incentrata sulla mancata proposizione, da parte della società Municipia, della domanda di subentro nel contratto di **appalto** eventualmente stipulato. Tale domanda risulta inserita tanto nell'epigrafe del ricorso, quanto nel corpo della domanda risarcitoria ivi contenuta, con cui viene chiesto anche il risarcimento in forma specifica dei danni subiti dalla ricorrente «*con conseguente aggiudicazione definitiva in favore della stessa, nonché subentro di quest'ultima nel contratto*».

4. Passando al merito - tenuto conto del fatto che la società Dolomiti Ambiente, a seguito della verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria, ha disposto la revoca (rectius l'annullamento d'ufficio) dell'aggiudicazione disposta in favore della società Andreani (cfr. la nota prot. n. 5176 in data 27 luglio 2017) ed ha disposto una nuova aggiudicazione dell'**appalto** in favore del costituendo RTI Municipia (cfr. le note prot. n. 5178 in data 27 luglio 2017 e n. 5955 in data 4 settembre 2017) - al Collegio non resta che dichiarare la cessazione della materia contendere sulle domande proposte dalla società Municipia con il ricorso n. 165/2017. La stazione appaltante - facendo propria l'interpretazione prospettata dalla società Municipia delle disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al paragrafo 3.1, punto 4 della guida per la preparazione dell'offerta, relative ai requisiti di capacità tecnica - ha riconosciuto la fondatezza delle domande proposte dalla società Municipia, sicché l'interesse finale sotteso al ricorso n. 165/2017 risulta integralmente soddisfatto.

5. I sopravvenuti provvedimenti della società Dolomiti Ambiente determinano altresì l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla società Andreani. L'interesse di tale società si è oramai spostato sulle domande proposte con il separato ricorso n. 195/2017, con il quale è stato chiesto, in via principale, l'annullamento del suddetto provvedimento di revoca e del conseguente provvedimento di aggiudicazione dell'**appalto** in favore del costituendo RTI Municipia nonché, in via subordinata, la declaratoria di nullità o l'annullamento della *lex specialis*, con particolare riferimento alle disposizioni di cui alla sezione III.2.3 del bando e al par. 3.1, punto 4 della guida alla preparazione della offerta, e al chiarimento n. 2, reso dalla stazione appaltante in data 16 maggio 2017.

6. Con il primo motivo del ricorso n. 195/2017 la società Andreani censura la motivazione del provvedimento di revoca nella parte in cui la stazione appaltante contesta alla medesima società la mancata dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica, così definiti dalla *lex specialis*: «*avere svolto nell'ultimo triennio - 1.1.2014 - 31.2.2016 - antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, anche disgiuntamente, almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, per almeno 5 pubbliche amministrazioni, così come definite all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, di cui almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993. In caso di Raggruppamento il requisito dovrà essere posseduto dal raggruppamento nel suo Complesso*».

6.1. Con particolare riferimento al primo requisito - consistente nell'aver svolto "almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, per almeno 5 pubbliche amministrazioni, così come definite all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001" - la stazione appaltante ha contestato quanto segue: «non risulta che la Vostra Impresa abbia svolto almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI per almeno 5 pubbliche amministrazioni; infatti sono presenti attestazioni rese da sole 3 pubbliche amministrazioni, ovvero: Città di Lavello; Comune di Monte Argentario; Città di Sorrento».

6.2. Al riguardo si deve rammentare che l'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001 (espressamente richiamato dalla *lex specialis*) reca un elenco di "amministrazioni pubbliche" nel quale non sono incluse le società di capitali partecipate (totalmente o solo in parte) da enti pubblici. Tale articolo infatti dispone che "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

Inoltre la società Dolomiti ambiente - in conformità ad una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 10 maggio 2017, n. 2172), secondo la quale la stazione appaltante a mezzo di chiarimenti ben può interpretare il testo della *lex specialis*, in modo da renderne chiaro e comprensibile il significato, fermo restando il divieto di modificare o integrare la disciplina di gara - con il chiarimento a sistema n. 2 ha precisato che i concorrenti, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica, non avrebbero potuto utilmente annoverare le c.d. «Multiutility» tra i soggetti pubblici a beneficio dei quali essi avevano operato nell'ultimo triennio, così palesando che il riferimento alle "pubbliche amministrazioni, così come definite all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001" non era suscettibile di interpretazioni analogiche o estensive.

6.3. Per dimostrare il possesso del requisito in questione la società Andreani ha dichiarato quali destinatari dei propri servizi, oltre a tre comuni (Monte Argentario, Lavello e Sorrento), anche due società pubbliche (Siena Ambiente s.p.a. e Asa Tivoli s.p.a.), che non possono però essere incluse tra le "pubbliche amministrazioni" alle quali si riferisce la *lex specialis*. Difatti - premesso che non rileva in questa sede la complessa questione relativa alla natura delle c.d. società pubbliche e alla possibilità di riquificarle *tout court* come vere e proprie pubbliche amministrazioni, nonostante si tratti di soggetti costituiti in forma di persone giuridiche di diritto privato, ma solo la più limitata questione relativa all'interpretazione delle suddette disposizioni della *lex specialis* relative ai requisiti di capacità tecnica - a fronte dell'espresso riferimento all'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001 e del puntuale chiarimento fornito al riguardo dalla stazione appaltante, non possono assumere alcun rilievo

gli argomenti ermeneutici addotti dalla società ricorrente. In particolare non è condivisibile la tesi secondo la quale le società *in house* e le società a capitale misto dovrebbero ritenersi assimilate (a tutti gli effetti o, quantomeno, ai limitati fini della dimostrazione del possesso dei requisiti in questione) alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001, laddove operino come organi indiretti delle predette amministrazioni incluse nell'elenco stesso. Appare invece preferibile la tesi secondo la quale le società a partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria o minoritaria), essendo soggetti formalmente e sostanzialmente diversi dalle pubbliche amministrazioni in senso stretto, a queste ultime possono essere assimilate soltanto in presenza di disposizioni (a carattere normativo o comunque contenute in atti amministrativi generali) formulate in tal senso. Emblematica al riguardo appare la disposizione dell'art. 29, comma 1 della legge n. 241/1990, secondo la quale le disposizioni della legge stessa si applicano, oltre che *“alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali”*, anche *“alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative”*. Altrettanto significativa appare la già richiamata disposizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) del decreto legislativo n. 50/2016, che precisa a quali condizioni un soggetto di diritto privato, qual è una società a partecipazione pubblica, si configuri come un organismo di diritto pubblico e, come tale, debba essere qualificata come una amministrazione aggiudicatrice, al pari degli altri soggetti di diritto pubblico (amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali; altri enti pubblici non economici; associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da predetti soggetti) indicati nell'art. 3, comma 1, lett. a) del medesimo decreto legislativo. In definitiva la tesi della ricorrente sarebbe stata condivisibile solo se la *lex specialis* avesse espressamente richiamato una disposizione come quella dell'art. 29, comma 1, della legge n. 241/1990. Invece la *lex specialis* e il chiarimento n. 2 depongono in senso opposto.

6.4. Né può ritenersi - in presenza delle richiamate clausole della *lex specialis* e dell'univoca interpretazione delle stesse innanzi prospettata - che nel caso in esame possa trovare applicazione la regola dell'ammissibilità di servizi analoghi o equivalenti. È ben vero che, secondo la giurisprudenza invocata dalla ricorrente (Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2227), *«laddove la lex specialis chieda ai partecipanti di documentare il progresso svolgimento di “servizi analoghi”, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di “servizi analoghi” con quello di “servizi identici”, atteso che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche; aggiungasi che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”, poiché la prima formula (“servizi analoghi”) implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando»*. Tuttavia tali affermazioni riguardano una fattispecie nella quale il Giudice amministrativo ha ritenuto assimilabile - ai fini della dimostrazione del possesso del requisito speciale consistente nell'aver svolto *«almeno un contratto ... avente ad oggetto servizi di pulizia e prestazioni accessori da svolgere presso edifici ad uso civile»* - il servizio messo in gara dalla Banca d'Italia, relativo all'attività di pulizia da svolgere in locali interni adibiti ad uffici, servizi igienici e aree esterne delle filiali regionali della Banca d'Italia, all'attività svolta da Trenitalia, che

aveva ad oggetto, oltre che la pulizia di materiale rotabile, anche quella di ulteriori strutture, tra cui impianti, uffici e officine, nonché aree esterne, del tutto similari a quelle cui si riferiva l'**appalto** indetto dalla Banca d'Italia. Invece in questa sede non sono in discussione gli «*elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione*», ma vengono piuttosto in rilievo le persistenti differenze tra le pubbliche amministrazioni classiche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001 e le c.d. società pubbliche, differenze che la società Dolomiti Ambiente ha inteso valorizzare attraverso l'esplicito riferimento all'elenco di cui al predetto art. 1, comma 2, contenuto nella clausola del bando.

6.5. Stante quanto precede, la ricorrente non ha motivo di dolersi del fatto che la stazione appaltante, mutando il proprio precedente orientamento assunto in gara fino al momento dell'aggiudicazione, non si sia premurata di esplicitare le ragioni per cui le società ASA Tivoli e Siena Ambiente non rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni "così come definite" dall'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001. Difatti, alla luce del chiarimento n. 2, con il quale è stato precisato il significato (peraltro già univoco) della clausola in questione, la stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati dalla società Andreani non ha potuto far altro che accertare la mancanza dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* in capo all'aggiudicataria.

6.6. Si deve poi rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2910), in presenza di un provvedimento plurimotivato (ossia fondato su una pluralità di ragioni giustificatrici, indipendenti ed autonome le une dalle altre), è sufficiente la legittimità di una sola giustificazione per superare il vaglio giurisdizionale, sicché il rigetto delle censure proposte contro una di tali giustificazioni rende superfluo l'esame delle restanti censure. Risulta allora evidente che la società Andreani non ha interesse all'esame della restante censura dedotta con il primo motivo, tesa a dimostrare il possesso dell'ulteriore requisito di capacità tecnica, consistente nell'aver svolto "*almeno un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, per almeno 5 pubbliche amministrazioni, ... di cui almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993*". Peraltro il Collegio, per completezza, osserva che anche la seconda contestazione mossa dalla stazione appaltante con il provvedimento impugnato - «*non risulta che la Vostra Impresa abbia eseguito un servizio di accertamento della TIA e/o TARES e/o TARI per almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993; infatti diversamente da quanto dichiarato in sede di gara ... in riscontro alla nostra richiesta di chiarimenti, la Vostra Impresa ha dichiarato un bacino di utenza, con riferimento alla società Siena Ambiente SpA, comprendente Comuni rientranti nelle classi richieste, mentre dall'attestazione resa da Siena Ambiente SpA di data 19.01.2017 - Prot. 17/202/MA000, non risulta che il servizio sia stato svolto per almeno un Comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993*» - risulta immune da censure.

6.7. In particolare - anche a voler assimilare le società Siena Ambiente e Asa Tivoli alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 - comunque non potrebbe ritenersi che l'aggiudicataria abbia svolto servizi per "*almeno un comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D. Lgs. N. 507/1993*". Il

decreto legislativo n. 507/1993, all'art. 2, comma 1 dispone come segue: *“i comuni sono ripartiti, in base alla popolazione residente al 31 dicembre del penultimo anno precedente a quello in corso, quale risulta dai dati pubblicati annualmente dall'Istituto nazionale di statistica, nelle seguenti cinque classi: Classe I: comuni con oltre 500.000 abitanti; Classe II: comuni da oltre 100.000 fino a 500.000 abitanti; Classe III: comuni da oltre 30.000 fino a 100.000 abitanti; Classe IV: comuni da oltre 10.000 fino a 30.000 abitanti; Classe V: comuni fino a 10.000 abitanti. 2. I comuni capoluogo di provincia non possono comunque essere collocati in una classe inferiore alla terza”*. Pertanto coglie nel segno la stazione appaltante quando afferma che la società Andreani non è in possesso del requisito in questione, perché: A) i comuni di Monte Argentario, Lavello e Sorrento non appartengono né alla Classe I, né tantomeno alla Classe II in quanto contano, rispettivamente, 12.660, 13.626 e 16.679 abitanti; B) la società Asa Tivoli serve il solo Comune di Tivoli, che conta solo 56.652 abitanti, mentre la società Siena Ambiente gestisce la riscossione della TARI per piccoli Comuni di IV e V classe e per il Comune di Arezzo, che conta 98.144 abitanti. Né può ritenersi - come invece sostenuto dalla ricorrente - che la stazione appaltante avrebbe dovuto prendere in considerazione il complessivo bacino d'utenza della società Siena Ambiente, superiore a 200.000 abitanti; stante il tenore letterale della *lex specialis*, che si riferisce al bacino d'utenza di ciascun *“comune”*, non appare infatti censurabile il riferimento operato dalla stazione appaltante all'attestazione resa dalla società Siena Ambiente in data 19 gennaio 2017, da cui non risulta che la ricorrente abbia svolto il servizio *«per almeno un Comune appartenente alla classe II od alla classe I così come individuate dal D.Lgs. n. 507/1993»*.

7. Parimenti infondate risultano le censure dedotte sulla violazione degli articoli 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990, ossia sulla violazione delle regole generali in materia di autotutela decisoria. Innanzi tutto l'impugnato provvedimento di revoca - a dispetto della terminologia utilizzata dalla stazione appaltante - si configura come un provvedimento di annullamento d'ufficio, adottato anche per rimuovere i vizi di legittimità dell'azione amministrativa denunciati dalla società Municipia con il ricorso n. 195/2017; non giova, quindi, alla ricorrente invocare la mancanza dei presupposti in presenza dei quali l'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 consente la revoca di un precedente provvedimento. Quanto poi alla dedotta violazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, in ragione della mancata esplicitazione dell'interesse pubblico, concreto e prevalente, che giustificerebbe l'annullamento d'ufficio della precedente aggiudicazione, va preliminarmente osservato che, secondo l'art. 32, comma 7 del decreto legislativo n. 50/2016, l'aggiudicazione *“diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*; inoltre il successivo comma 8 dispone che, divenuta efficace l'aggiudicazione, e *“fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti”*, ha luogo la stipulazione del contratto di **appalto**. In ossequio a tale disciplina il punto 7 della guida per la preparazione dell'offerta dispone che *“Dolomiti Ambiente S.r.l. procederà al controllo della veridicità delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di offerta, ai sensi e agli effetti del D.P.R. 445/2000. Qualora, a seguito della verifica, Dolomiti Ambiente S.r.l. rilevi il mancato possesso dei requisiti di partecipazione richiesti, procederà ad annullare con atto motivato l'affidamento dei Servizi, ad affidare la i Servizi al concorrente secondo in graduatoria ed a segnalare le dichiarazioni non veritiere all'Autorità Giudiziaria competente al fine di appurare l'eventuale sussistenza di ipotesi di reato, nonché all'A.N.A.C. per i provvedimenti di competenza”*. Risulta allora evidente che l'interesse pubblico, concreto e prevalente, che giustifica l'annullamento d'ufficio della

precedente aggiudicazione è costituito dal fatto che la stazione appaltante, a seguito della ricezione (in data 4 luglio 2017) della documentazione richiesta alla società Andreani con la nota del 19 giugno 2017, ha appurato che la predetta società non era in possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti con la *lex specialis*. Inoltre, sebbene l'impugnato provvedimento di revoca non contenga un esplicito riferimento al ricorso n. 165/2017, nel caso in esame l'esercizio del potere previsto dall'art. 32, comma 8 del decreto legislativo n. 50/2016 e disciplinato dall'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 si è reso necessario anche in ragione della notifica (avvenuta in data 13 luglio 2017) del ricorso della società Municipia, con la quale era stata denunciata la mancanza dei requisiti di capacità tecnica in capo all'aggiudicataria.

8. Le considerazioni innanzi svolte valgono a dimostrare che la ricorrente non ha motivo di dolersi neppure del fatto che la stazione appaltante con l'impugnato provvedimento di revoca abbia arbitrariamente mutato il proprio orientamento, così violando il legittimo affidamento ingenerato con l'adozione del primo provvedimento di aggiudicazione. Difatti le citate previsioni del punto 7 della guida per la preparazione dell'offerta valgono, di per sé, ad escludere che la posizione assunta in gara dalla stazione appaltante fino al momento dell'aggiudicazione in favore della società Andreani (comunicata con la nota del 19 giugno 2017) possa aver ingenerato in tale società un legittimo affidamento alla stipula del contratto. Inoltre, come già evidenziato, la revoca della precedente aggiudicazione è frutto anche del ricorso proposto dalla società Municipia.

9. Il terzo motivo - incentrato sulla violazione dell'art. 80, comma 12 del decreto legislativo n. 50/2016, secondo il quale, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, *"la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia"* - risulta inammissibile. Secondo una consolidata giurisprudenza, che il Collegio condivide, (*ex multis*, T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 719), formatasi già alla luce del previgente codice dei contratti pubblici, la segnalazione all'A.N.A.C. (preannunciata con l'impugnato provvedimento di revoca), oltre a costituire un obbligo per la stazione appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata mediante l'impugnazione del provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentoale e carattere autoritativo.

10. La reiezione dei primi due motivi di ricorso comporta l'infondatezza del quarto motivo, incentrato esclusivamente sulla invalidità derivata della aggiudicazione dell'**appalto** in favore del RTI Municipia per effetto dei vizi della revoca della precedente aggiudicazione.

11. Restano a questo punto da esaminare le due ulteriori domande - proposte dalla società Andreani in via subordinata - aventi ad oggetto la *lex specialis*, con particolare riferimento alle suddette disposizioni che prevedono i requisiti di capacità tecnica.

11.1. La prima domanda è finalizzata alla declaratoria della nullità della *lex specialis* ed è incentrata sull'applicazione dell'art. 83, comma 8 del decreto legislativo n. 50/2016, nella parte in cui dispone che *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. Si pone, quindi, il problema di stabilire se il principio della tassatività delle clausole di esclusione (in passato sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 163/2006) si applichi o meno anche alle clausole che prevedano requisiti soggettivi escludenti.

11.2. Sulla delicata questione si è già pronunciata la giurisprudenza (T.A.R. Toscana, Sez. I, 27 giugno 2017, n.881, integralmente richiamata da TAR Campania Napoli, Sez. II, 20 luglio 2017, n. 3883), giungendo a conclusioni opposte rispetto a quelle prospettate dalla società Andreani. In particolare i Giudici toscani hanno ricordato che *«Il magmatico panorama delle regole e dei principi che governano l'affidamento dei contratti pubblici si è arricchito in anni recenti dell'importante principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure selettive, inizialmente sancito dal comma 1-bis dell'art. 46 co. dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal d.l. n. 70/2011... . La disposizione sanzionava con la nullità le clausole di bando o di lettera di invito contenenti previsioni espulsive ulteriori rispetto a quelle da essa tassativamente enunciate. Il principio di tassatività delle cause di esclusione è oggi rifluito nell'art. 83 co. 8 del d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”. Pur dopo l'ingresso nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, nella pratica non si dubita della persistente configurabilità di clausole escludenti della *lex specialis* munite di immediata lesività e sottoposte, pertanto, all'onere di immediata impugnativa giurisdizionale. La linea interpretativa fatta propria dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003, cit., è stata alimentata dalla giurisprudenza successiva, la quale ha costantemente ribadito come fra le clausole escludenti, da impugnarsi immediatamente, rientrano in prima battuta quelle che disciplinano i requisiti di partecipazione, insieme a quelle impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero alle previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, anche sotto il profilo del calcolo di convenienza tecnica ed economica della partecipazione alla gara, o, ancora, alle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (da ultimo, fra le molte, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809, id., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; id., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181). Le previsioni di bando che fissano in maniera restrittiva i requisiti soggettivi di ammissione alla gara continuano dunque a rappresentare il paradigma delle clausole immediatamente escludenti, la cui illegittimità può e deve essere fatta valere indipendentemente dall'esistenza di un formale provvedimento di esclusione e dalla stessa partecipazione alla procedura (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180). La possibile coesistenza di clausole violative del principio di tassatività delle cause di esclusione, e perciò nulle, e di clausole impeditive della partecipazione, e perciò annullabili previa immediata impugnativa, è implicitamente riconosciuta dalla stessa decisione dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, invocata dalla società ricorrente, che affronta nel medesimo contesto il tema della tassatività delle cause di esclusione e quello della legittimazione a impugnare gli atti di gara, richiamando a*

*tale ultimo riguardo, fra le ipotesi derogatorie alla regola della necessaria partecipazione alla gara, il caso classico in cui “si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti”. Del resto, requisiti di partecipazione e cause di esclusione si differenziano sul piano concettuale e funzionale, nella misura in cui attraverso i primi la stazione appaltante si garantisce la partecipazione alla gara delle sole imprese munite di adeguate risorse di idoneità professionale e di capacità tecnica ed economico-finanziaria, nell'interesse specifico alla corretta esecuzione dell'**appalto**; mentre le seconde operano indipendentemente dall'interesse alla selezione del miglior contraente possibile, e talora anche contro di esso, giacché rispondono a esigenze diverse e parimenti meritevoli di tutela (si pensi all'esclusione disposta, nel rispetto della par condicio, a carico del concorrente che abbia presentato l'offerta oltre i termini previsti, ovvero non abbia regolarizzato l'offerta nei termini assegnati dalla stazione appaltante). La distinzione non può dirsi superata nel vigore del d.lgs. n. 50/2016, che anzi la perpetua anche sul piano letterale, dedicando separate disposizioni ai requisiti di partecipazione (rectius: criteri di selezione) e ai motivi di esclusione: rispettivamente, l'art. 83 ai primi e l'art. 80 ai secondi. L'art. 80 non esaurisce tutte le possibili cause di esclusione, per le quali occorre fare riferimento alle previsioni dello stesso d.lgs. n. 50/2016 e ad ogni altra previsione di legge che comminino espressamente l'esclusione, ovvero, pur senza prevedere espressamente l'esclusione, prescrivano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto. In questo senso è l'art. 83 co. 8 del d.lgs. n. 50/2016, al quale si attaglia l'interpretazione formatasi sull'antevigente art. 46 co. 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 (per la cui interpretazione basti rinviare a Cons. Stato, A.P., n. 9/2014, cit.). ... L'esclusione motivata dal mancato possesso di un requisito di partecipazione ricade nel tassativo sistema delle cause di esclusione previste dal Codice dei contratti pubblici: l'adempimento doveroso consiste nella dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, la cui mancanza determina l'esclusione. Ciò posto, il più volte citato art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 - conformemente all'art. 59 della Direttiva 2014/24/UE, del quale costituisce attuazione - fornisce un'indicazione tassativa dei criteri di selezione utilizzabili dalle stazioni appaltanti sottoposte all'applicazione del Codice (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali), di modo che l'eventuale ricorso a criteri ulteriori può integrare un'ipotesi di invalidità della legge di gara sanzionata con la nullità della relativa previsione. Tuttavia, nell'ambito dei criteri legittimamente utilizzabili non pare discutibile che il legislatore del 2016 abbia conservato alle stazioni appaltanti quegli stessi margini di discrezionalità che ad esse erano già riconosciuti, ai fini dell'individuazione dei requisiti di partecipazione di volta in volta concretamente richiesti in ragione delle mutevoli caratteristiche dell'**appalto**. Ne deriva che, se viziate, le prescrizioni inerenti i requisiti di partecipazione richiesti in concreto ai concorrenti determinano l'annullabilità della legge di gara, e non la sua nullità, con quel che ne consegue in punto di immediata impugnazione della *lex specialis*».*

Alla luce di tali considerazioni, che il Collegio integralmente condivide, la domanda in esame non può essere accolta, perché muove dall'erroneo presupposto che si possa postulare la nullità delle disposizioni relative ai requisiti di capacità tecnica specificati dal bando, con conseguente applicazione del termine lungo per ricorrere di cui all'art. 31, comma 4 cod. proc. amm. (180 giorni). Invece deve ritenersi che, a dispetto della collocazione sistematica del principio della tassatività delle clausole di esclusione nel corpo dell'art. 83 del decreto legislativo n. 163/2006, la previsione di requisiti speciali in

violazione delle prescrizioni del medesimo art. 83 si traduca nella mera annullabilità delle previsioni della *lex specialis* che risultino *contra legem*.

11.3. Diverse considerazioni valgono per l'ulteriore domanda proposta dalla società Andreani, finalizzata all'annullamento delle disposizioni relative ai requisiti di capacità tecnica ed incentrata sulla violazione delle regole relative ai criteri di selezione di cui all'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016, nonché da eccesso di potere sotto molteplici profili. Riguardo a tale domanda si rende preliminarmente necessario stabilire se la stessa sia stata tempestivamente proposta. Come ben evidenziato dai Giudici toscani (T.A.R. Toscana, Sez. I, n. 881/2017 cit.), anche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, trova applicazione la regola per cui il bando di gara deve essere immediatamente impugnato laddove contenga clausole impeditive dell'ammissione alla procedura, in deroga al principio generale secondo il quale l'interesse all'impugnazione sorge solo con l'adozione del provvedimento che, facendo applicazione della *lex specialis*, arreca una lesione concreta e attuale.

11.4. Ebbene - tenuto conto del tenore letterale delle disposizioni della *lex specialis* relative ai requisiti di capacità tecnica, nonché del chiarimento n. 2, fornito dalla stazione appaltante - il Collegio ritiene che tali disposizioni siano da qualificare come immediatamente lesive per la società Andreani e, quindi, che per la stessa il termine per ricorrere abbia iniziato a decorrere già in data 5 aprile 2017 (ossia al momento della pubblicazione del bando di gara) o, quantomeno, in data 16 maggio 2017 (ossia al momento della pubblicazione del chiarimento n. 2). Del resto, nel senso dell'immediata lesività delle disposizioni in questione e, quindi, della tardività della domanda di annullamento delle stesse (proposta solo in data 2 ottobre 2017) depongono le seguenti circostanze: A) la stessa società Andreani, a pag. 18 della memoria difensiva contenente il ricorso incidentale proposto nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017, ha ammesso che il chiarimento n. 2 della stazione appaltante andava proprio nel senso indicato dalla società Municipia, così confermando la natura immediatamente escludente delle predette disposizioni ed il conseguente onere dell'immediata impugnazione del bando; B) non può giovare alla società Andreani la condotta della stazione appaltante, che fino alla verifica del possesso dei requisiti e alla proposizione del ricorso n. 165/2017 ha ritenuto che la predetta possedesse i requisiti di capacità tecnica richiesti, perché i comportamenti sopravvenuti della stazione appaltante (soprattutto dopo il chiarimento n. 2) non eliminano il pregresso onere dell'immediata impugnazione del bando, connessa alla lesione dallo stesso arrecata.

12. Accertata l'infondatezza della domanda di declaratoria di nullità delle disposizioni in questione e l'irricevibilità della domanda di annullamento delle stesse, resta da esaminare la domanda di concessione della rimessione in termini per impugnare la *lex specialis*. Al riguardo giova rammentare che, ai sensi dell'art. 37 cod. proc. amm., il giudice può disporre la rimessione in termini per errore scusabile solo "*in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto*" e che, secondo la giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2017, n. 1965) tale beneficio riveste carattere eccezionale nella misura in cui si risolve in una deroga al principio fondamentale dei perentorietà dei termini processuali. Come già si è evidenziato, alla luce del tenore letterale delle disposizioni in questione e del chiarimento n. 2 fornito dalla stazione appaltante, non è dato rilevare alcuna incertezza sulla portata immediatamente lesiva di tali disposizioni: non si

ravvisano, quindi, i presupposti per concedere il beneficio della rimessione in termini.

13. In conclusione, quanto al ricorso n. 165/2017 si deve dichiarare la cessazione della materia del contendere; il ricorso incidentale proposto nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017 è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse; il ricorso n. 195/2017 (ivi compresa la domanda risarcitoria) va in parte respinto perché infondato, in parte va dichiarato inammissibile per carenza di interesse e in parte va dichiarato irricevibile per tardività. Per effetto di tali statuizioni viene evidentemente meno l'interesse della società Dolomiti Ambiente all'esame dell'eccezione di tardività delle memorie depositate dalla società Andreani in data 5 ottobre 2017.

14. In applicazione della regola della soccombenza, le spese del presente giudizio devono essere poste a carico della società Andreani in favore delle società Municipia e Dolomiti Ambiente nella diversa misura indicata nel dispositivo. Tenuto conto delle ragioni che hanno determinato la revoca dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della società Andreani, con riferimento al giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017 sussistono i presupposti per compensare le spese di lite tra le società Municipia e Dolomiti Ambiente. Nulla si deve disporre con riferimento alla società Dolomiti Energia, evocata in entrambi i giudizi per mero tuziorismo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti n. 165/2017 e n. 195/2017, nonché sul ricorso incidentale proposto nel giudizio introdotto con il ricorso n. 165/2017, quanto al ricorso n. 165/2017 dichiara cessata la materia del contendere; dichiara improcedibile il ricorso incidentale; respinge in parte il ricorso n. 195/2017, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo dichiara irricevibile nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la società Andreani Tributi s.r.l. al pagamento, in favore delle controparti, delle spese di lite, che si liquidano nella complessiva misura di euro 3.000,00 (tremila/00), di cui euro 2.000,00 (duemila/00) in favore della Società Municipia s.r.l. e euro 1.000,00 (mille/00) in favore della società Dolomiti Ambiente s.r.l., oltre accessori di legge. Compensa le spese di lite tra le società Municipia s.r.l. e Dolomiti Ambiente s.r.l. Dispone la rifusione del contributo unificato pagato dalla Società Municipia s.r.l., ponendola a carico della Società Andreani Tributi s.r.l. e della società Dolomiti Ambiente s.r.l. in parti uguali.

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