

## **Chiarimenti sulla nozione di appalto di servizi e sindacato giurisdizionale sulla legittimità del criterio di valutazione dell'offerta economica.**

*di Daniela Corsetti*

*Data di pubblicazione: 26-8-2018*

1. Tutte queste previsioni di *lex specialis* depongono nell'univoco senso che alla qualificazione formale del contratto data dalla stessa ASM Voghera corrisponde la reale sostanza economica dello stesso. Infatti, la prestazione principale consiste nell'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti plastici derivanti dalla raccolta differenziata svolta dalla stazione appaltante per il successivo avvio al recupero. (...) L'acquisto della proprietà del materiale plastico in capo a quest'ultimo [ndr. l'affidatario] e l'onere per il medesimo di corrispondere un corrispettivo alla stazione appaltante non elimina la funzione causale dell'appalto di servizi ed in particolare l'elemento principale dello scambio economico consistente nella prestazione di un *facere*. L'effetto traslativo previsto è dunque strumentale all'esecuzione del servizio di raccolta e avvio al recupero della plastica.

2. La formula matematica impiegata dall'appellante nell'attribuire i punteggi per le offerte economiche determina un irragionevole appiattimento del range valutativo previsto nel bando di gara sulla base dei pesi in esso fissati per le due componenti delle offerte. Da questa sproporzione si può dunque ricavare l'illegittimità dalla formula matematica, perché incentrata invece sui valori assoluti dei rialzi sulla base d'asta, che inevitabilmente diminuiscono il divario tra le offerte, a tutto detrimento del peso dell'offerta economica prestabilito nella normativa di gara, anziché sulla loro incidenza percentuale rispetto alla medesima base.

1. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228.

2. Sul punto si vedano anche: Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2017, n. 4004; Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081.

### **Guida alla lettura**

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affrontato un duplice ordine di questioni, le quali meritano entrambe di essere segnalate.

La prima questione esaminata dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ha ad oggetto la qualificazione giuridica come attivo o passivo del contratto avente ad oggetto il servizio di carico, trasporto, selezione, valorizzazione e pressatura di imballaggi in plastica proveniente dalla raccolta differenziata, affidato, tramite procedura negoziata, dalla società *in*

house del Comune di Voghera ASM Voghera s.p.a.

La ASM Voghera s.p.a., nella sua qualità di stazione appaltante appellante, deduce, infatti, che, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado, il ricorso proposto avverso l'atto di aggiudicazione della procedura avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, attesa la natura attiva del contratto de qua.

In particolare, ad avviso della stazione appaltante, poiché il soggetto affidatario del servizio acquista da ASM Voghera s.p.a i rifiuti da avviare al recupero - che, dunque, beneficia di un'entrata - nella sostanza sarebbe configurabile un contratto di vendita - con conseguente inapplicabilità del codice dei contratti pubblici (art. 4 del d.lgs. n. 50/2016) - la cui unica peculiarità starebbe nel fatto che il venditore (n.d.r. ASM Voghera s.p.a), ha deciso di privilegiare *“non solo il prezzo maggiore di vendita, ma anche le modalità con cui l'acquirente provvedere al ritiro della merce”*.

Il Consiglio di Stato ha anzitutto rilevato che l'eccezione di difetto di giurisdizione trovasse smentita - e al contempo si ponesse in contrasto - con quella che è l'univoca qualificazione formale del contratto come appalto di servizi emergente dagli atti di gara, qualificazione formale che, a parere del Consiglio di Stato, corrisponde alla reale sostanza economico del contratto.

In particolare, richiamando il principio già affermato in altra recente sentenza della V sezione avente ad oggetto analoga questione (Cons. Stato, sez. V, n. 1228/2018), il Consiglio di Stato ha chiarito che la sola previsione di un corrispettivo a favore della stazione appaltante non fa venir meno la causa tipica del contratto di appalto dei servizi, dal momento che l'esecuzione del servizio di raccolta e avvio al recupero costituisce la prestazione principale del contratto. In buona sostanza, la funzione principale del contratto, non è quella di realizzare un profitto (contratto di vendita), ma quella di esternalizzare, attraverso l'affidamento a terzi, una fase del ciclo della gestione dei rifiuti che compete ad ASM Voghera s.p.a. (appalto di servizi)

Affermata la propria giurisdizione, a seconda delle questioni trattate dal Consiglio di Stato riguarda il criterio utilizzato dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio economico.

Anche sotto tale profilo, confermando la statuizione del giudice di prime cure, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'aggiudicazione e, più in radice, la procedura di gara, fosse viziata per illegittimità del criterio di valutazione dell'offerta economica indicato nel bando.

Difatti, ponendo a confronto le offerte economiche presentate dai concorrenti con i rispettivi punteggi, il Consiglio di Stato ha rilevato che la scelta di attribuire i punteggi sulla base del rapporto tra base d'asta e rialzi in valore assoluti offerti dai concorrenti, piuttosto che sul rapporto con i relativi ribassi percentuali, aveva comportato un ingiustificato appiattimento dei punteggi attribuiti ai concorrenti, vanificando, in spregio al principio di proporzionalità, la differenza di punteggio nonostante il divario tra prezzi offerti dai concorrenti in gara.

**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2123 del 2018, proposto da ASM Voghera s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Musenga e Davide Angelucci, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale America 11;

***contro***

Aboneco Recycling s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris e Enzo Robaldo, con domicilio digitale come da p.e.c. da registri di giustizia;

***nei confronti***

Benfante s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Della Valle e Gabriele Pafundi, con domicilio digitale come da p.e.c. da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pafundi, in Roma, viale Giulio Cesare 14;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione quarta), n. 323/2018, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata di affidamento del servizio di carico, trasporto, selezione, valorizzazione e pressatura imballaggi in plastica proveniente dalla raccolta differenziata svolta dalla ASM Voghera s.p.a.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Aboneco Recycling s.r.l. e della Benfante s.p.a.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Simonini per delega di Angelucci, Robaldo e Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La ASM Voghera s.p.a., società *in house* del Comune di Voghera, costituita tra l'altro per la gestione del ciclo dei rifiuti, propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sede di Milano, con cui è stato accolto il ricorso della Aboneco Recycling s.r.l. per l'annullamento della procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) indetta dall'appellante per l'affidamento in «*appalto*» del «*servizio di carico, trasporto, selezione, valorizzazione e pressatura imballaggi in plastica proveniente dalla raccolta differenziata, codice C.E.R. 15.01.02 – 24 mesi*» (così l'intitolazione della lettera di invito in data 24 gennaio 2017).

2. In particolare, con la sentenza appellata il Tribunale adito in primo grado:

- ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione amministrativa, sollevata dalla ASM Voghera sul presupposto che il contratto in contestazione fosse qualificabile come attivo, perché comportante la vendita all'affidatario del materiale plastico oggetto di raccolta verso il pagamento di un corrispettivo in favore della stazione appaltante,

- ha esaminato congiuntamente e respinto l'ulteriore eccezione di inammissibilità, per carenza di interesse, sollevata dalla ASM Voghera e il ricorso incidentale dell'aggiudicataria (e unico altro operatore economico partecipante alla gara) Benfante s.p.a. (aggiudicazione disposta con nota del 19 giugno 2017), entrambi incentrati sull'assunto che nei confronti della Aboneco Recycling sarebbe configurabile la causa di esclusione del grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, a causa di una precedente risoluzione disposta nei suoi confronti dalla stessa ASM Voghera;

- ha quindi accolto il motivo di ricorso con cui la Aboneco Recycling aveva censurato i punteggi relativi alle offerte economiche, perché attribuiti sulla base del rapporto tra la base d'asta e i valori assoluti delle offerte presentate, anziché sul rapporto tra i ribassi percentuali delle stesse, con conseguente appiattimento dei punteggi medesimi;

- ha quindi dichiarato assorbite le ulteriori censure formulate dalla ricorrente principale, relative all'attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche, a causa dell'efficacia invalidante della normativa di gara di quelle accolte e del conseguente obbligo per la stazione appaltante «*di rinnovazione integrale della procedura*»;

- ha nondimeno dichiarato infondate tali censure, perché dirette a sindacare valutazioni di carattere tecnico non palesemente irrazionali.

3. Nel proprio appello la ASM Voghera censura la prima e la terza delle statuizioni qui riportate.

4. La Aboneco Recycling si è costituita in resistenza all'appello ed ha riproposto anche le censure relative ai punteggi attribuiti per le offerte tecniche.

5. Aderisce invece all'appello la controinteressata s.p.a. Benfante.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la ASM Voghera ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione già respinta dal Tribunale. La stazione appaltante reitera l'assunto secondo cui il contratto oggetto della procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio si sostanzia nella vendita della plastica *«con la sola particolarità che il venditore ha deciso di privilegiare, non solo il prezzo maggiore di vendita, ma anche le modalità con cui l'acquirente provvede al ritiro della merce presso la sede di ASM Voghera»*, e che, pertanto, si tratterebbe di un contratto attivo, da cui la società odierna appellante ricava un'entrata, come tale escluso dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 4 di quest'ultimo.

2. Il motivo è infondato.

Deve innanzitutto rilevarsi che nel prospettare la natura di vendita del contratto in contestazione nel presente giudizio la ASM Voghera incorre in modo palese nel divieto di *venire contra factum proprium*, ed in particolare contraddice la pacifica qualificazione del contratto medesimo come *«appalto»* avente ad oggetto un *«servizio»* (così in particolare nella lettera di invito e nel capitolato speciale d'appalto). Più precisamente, nella descrizione delle attività oggetto di contratto la lettera di invito ora citata precisa che esse si sostanziano nel *«servizio di carico – trasporto – selezione – valorizzazione e pressatura imballaggi in plastica proveniente da raccolta differenziata»* e nel successivo *«avvio al recupero»* presso il CO.RE.PLA. - Consorzio nazionale per la raccolta, il riciclaggio e il recupero degli imballaggi in plastica.

3. A questo specifico riguardo la lettera di invito specifica che il materiale così conferito *«sarà di proprietà della ditta affidataria, in quanto verrà rilasciata sub-delega, da parte di A.S.M. Voghera S.p.A., per la cessione dei corrispettivi riconosciuti da CO.RE.PLA. e contemplati nell'accordo quadro ANCI-CONAI»*. Per lo svolgimento del servizio così complessivamente descritto la lettera di invito richiede l'iscrizione nell'Albo nazionale dei gestori ambientali nelle categorie ivi indicate. Il medesimo documento di gara prevede poi un'analitica griglia di criteri valutativi per le offerte tecniche incentrati sulle modalità di organizzazione ed esecuzione del servizio.

4. Tutte queste previsioni di *lex specialis* depongono nell'univoco senso che alla qualificazione formale del contratto data dalla stessa ASM Voghera corrisponde la reale sostanza economica dello stesso. Infatti, la prestazione principale consiste nell'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti plastici derivanti dalla raccolta differenziata svolta dalla stazione appaltante per il successivo avvio al recupero. Si tratta – come sottolinea l'originaria ricorrente Aboneco Recycling – di una fase del complessivo ciclo di gestione dei rifiuti, che l'odierna appellante ha affidato all'esterno, e che dunque partecipa della stessa natura delle attività facenti parte del ciclo medesimo. Nell'ambito di questa attività esternalizzata assume poi rilievo principale la qualificazione tecnica dell'affidatario, per cui sono richieste le abilitazioni di legge, e le modalità con cui il servizio è destinato ad essere svolto.

5. L'acquisto della proprietà del materiale plastico in capo a quest'ultimo e l'onere per il medesimo di corrispondere un corrispettivo alla stazione appaltante non elimina la funzione causale dell'appalto di servizi ed in particolare l'elemento principale dello scambio economico consistente nella prestazione di un *facere*. Infatti, come ben rappresentato dalla Aboneco Recycling, l'affidatario trae la propria remunerazione dalla rivendita al CO.RE.PLA - Consorzio nazionale per la raccolta, il riciclaggio e il recupero degli imballaggi in plastica del medesimo materiale raccolto presso la ASM Voghera, secondo i corrispettivi vigenti nel settore (di cui all'accordo quadro ANCI-CONAI richiamato nella lettera di invito e nel capitolato speciale d'appalto).

6. In particolare la remunerazione in questione è data dal differenziale tra quanto riconosciuto alla stazione appaltante e quanto invece ricevuto dal Consorzio incaricato del recupero del materiale. L'effetto traslativo previsto è dunque strumentale all'esecuzione del servizio di raccolta e avvio al recupero della plastica. In questi termini si è già espressa la Sezione, con una sentenza resa in una fattispecie analoga (sentenza 28 febbraio 2018, n. 1228) e ad essa si fa integrale rinvio.

7. Pertanto, deve essere confermato l'avviso del giudice di primo grado secondo cui quello in contestazione «*consiste in un appalto*», soggetto conseguentemente al codice dei contratti pubblici e alla giurisdizione amministrativa in materia, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), cod. proc. amm.

8. Si può allora procedere ad esaminare il merito della controversia ed in particolare il secondo motivo d'appello, con cui la ASM Voghera censura l'accoglimento del ricorso della Aboneco Recycling relativamente all'attribuzione dei punteggi relativi alle offerte economiche. L'appellante contesta il giudizio di illegittimità espresso sul punto dal Tribunale amministrativo e fondato sull'effetto di appiattimento dei punteggi conseguente all'applicazione di una formula matematica in cui i punteggi sono stati attribuiti sulla base del rapporto tra la base d'asta (€ 100/tonnellata) e i rialzi in valore assoluti offerti dai concorrenti, anziché sul rapporto tra i ribassi percentuali di questi ultimi. Secondo la ASM Voghera tale modalità di attribuzione dei punteggi è legittima, perché risponde all'esigenza di rendere proporzionale il punteggio assegnato al valore economico offerto.

9. Ai rilievi critici ora esposti si associa l'aggiudicataria Benfante.

10. Le censure così sintetizzate sono infondate.

11. Deve premettersi in fatto che rispetto ai 30 punti massimi previsti per l'offerta economica la Aboneco Recycling ha ottenuto il punteggio massimo, contro i 26,65 punti conseguiti dalla Benfante.

Va poi evidenziato che i punteggi in questione sono stati attribuiti a fronte di un'offerta al rialzo di € 130,01 della ricorrente in primo grado, contro il rialzo di € 115,50 della controinteressata. In valori assoluti, determinati dall'applicazione del prezzo unitario offerto alle tonnellate di materiale plastico presunte dalla stazione appaltante, stimate in 1800, il corrispettivo riconosciuto alla ASM Voghera dalla prima è pari ad € 234.018, con un rialzo netto in valore

assoluto di € 54.018; il corrispettivo invece riconosciuto dalla Benfante è di € 207.900, con un rialzo netto in valore assoluto di € 27.900.

Rispetto alla base d'asta di € 180.000 (derivante dal prezzo base di € 100 a tonnellata per le 1800 presunte), il rialzo percentuale offerto dalla Aboneco Recycling si attesta al 30,01%, mentre quello della Benfante è pari al 15,50%.

12. Queste grandezze dimostrano che nell'accogliere il ricorso della Aboneco Recycling il Tribunale amministrativo non è incorso negli errori prospettati dalla ASM Voghera.

13. Sono in particolare gli ultimi due valori percentuali richiamati a confermare che la formula matematica impiegata dall'appellante nell'attribuire in punteggi per le offerte economiche determina un irragionevole appiattimento del *range* valutativo previsto nel bando di gara sulla base dei pesi in esso fissati per le due componenti delle offerte. Infatti, a fronte di un rialzo rispetto alla base d'asta dell'originaria ricorrente pari a circa il doppio di quello offerto invece dall'aggiudicataria – rispettivamente 30,01 e 15,50 per cento, come poc'anzi precisato – il differenziale di punteggio tra le due concorrenti è stato di soli 3,35 punti percentuali sui 30 a disposizione. Espresso in percentuale, questo divario risulta essere di poco superiore al 10%. Da questa sproporzione si può dunque ricavare l'illegittimità dalla formula matematica (secondo l'orientamento di questo Consiglio di Stato richiamato dal Tribunale, oltre che dall'originaria ricorrente), perché incentrata invece sui valori assoluti dei rialzi sulla base d'asta, che inevitabilmente diminuiscono il divario tra le offerte, a tutto detrimento del peso dell'offerta economica prestabilito nella normativa di gara, anziché sulla loro incidenza percentuale rispetto alla medesima base.

14. L'appello va dunque respinto.

Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza nei rapporti tra la ASM Voghera e la Aboneco Recycling, mentre vanno compensate nei rapporti tra la prima e la controinteressata Benfante, costituitasi in adesione all'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.