

Il possesso delle attrezzature come requisito di esecuzione e non di partecipazione: la soluzione del Consiglio di Stato lascia dei dubbi...

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 16-4-2020

L'interpretazione della prescrizione del disciplinare sub iudice e di quelle correlate, appena richiamate, seguita nella sentenza appellata è inoltre conforme all'indirizzo giurisprudenziale che individua il possesso di specifiche attrezzature necessarie per l'espletamento del servizio come requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali e non di partecipazione alla gara, di modo che è reputata illegittima la clausola della lex specialis che ne imponga il possesso già all'atto della partecipazione alla gara. L'interpretazione che consente l'attribuzione del punteggio prescindendo dal possesso attuale dei mezzi ecologici offerti e dalla produzione delle relative carte di circolazione, rendendone possibile l'individuazione anche mediante la sola produzione delle schede tecniche, riferite a mezzi nuovi, non ancora immatricolati, è inoltre conforme ai principi di libera concorrenza e di proporzionalità di derivazione euro-unitaria, richiamati dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. La necessità di disporre dell'intera dotazione strumentale già al momento della partecipazione rappresenta poi una violazione del principio di proporzionalità, in quanto l'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante (massimizzazione dei CAM) potrebbe in realtà essere ottenuto anche rinviando la verifica della proprietà dei veicoli e delle caratteristiche tecniche a una fase successiva all'aggiudicazione. In questo modo, vi sarebbero vantaggi su entrambi i lati. La stazione appaltante risulterebbe infatti garantita quanto al risultato, beneficiando anzi di una verosimile maggiore partecipazione alla gara, e del fatto che i concorrenti sarebbero incentivati a offrire un maggior numero di veicoli nuovi, non dovendo acquistarli subito. A sua volta, l'aggiudicatario avrebbe unicamente l'onere di completare l'acquisto entro un termine breve prima dell'avvio dell'appalto, senza il rischio di acquistare inutilmente una costosa dotazione strumentale.

GUIDA ALLA LETTURA

Il CDS ritiene che il possesso di specifiche attrezzature costituisca un requisito non già di partecipazione bensì di esecuzione, e che quindi sia illegittima la clausola del bando la quale imponga tale possesso come conditio sine qua non della partecipazione.

Nel D.lgs. 50/2016 (di seguito “Codice”) vi è una norma – quella contenuta nell’art. 47 comma 1 – che sembrerebbe stabilire il principio opposto a quello affermato dal CDS: tale norma – rubricata “Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare” – prevede che, ai fini appunto della partecipazione del consorzio (e non dell’esecuzione del contratto da parte di quest’ultimo), i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

Inoltre, l’Allegato XVII al Codice – intitolato “Mezzi di prova dei criteri di selezione” – prevede, alla parte II (“Capacità tecnica”), che uno degli strumenti con i quali l’operatore economico può dimostrare la propria capacità tecnica ex art. 83 è “una descrizione delle attrezzature tecniche e delle misure adottate dall’operatore economico per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio e di ricerca della sua impresa” (lett. C).

Lo stesso Allegato XVII al Codice prevede, sempre alla parte II (“Capacità tecnica”), che la capacità tecnica di cui all’art. 83 può essere dimostrata anche mediante “una dichiarazione indicante l’attrezzatura, il materiale e l’equipaggiamento tecnico di cui l’imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l’appalto”.

Quindi, sembrerebbe che in base alle norme del Codice, il possesso dell’attrezzatura tecnica sia richiesto già nella fase della partecipazione alla procedura, in quanto la stazione appaltante deve sapere, fin dall’inizio, che il concorrente, nel caso in cui poi dovesse risultare aggiudicatario, disporrà senz’altro dei mezzi necessari all’attuazione del contratto, non potendo essa rischiare di affidare l’appalto ad un soggetto che, nel momento in cui deve iniziare l’esecuzione, si vede, anche per fatti a lui non imputabili, ancora sprovvisto del materiale occorrente: ciò causerebbe degli inevitabili ritardi nell’inizio dell’esecuzione e quindi l’interesse pubblico ne risulterebbe danneggiato.

Pertanto, sia in base all’art. 47 sia in base all’Allegato XVII, sembrerebbe che il possesso delle attrezzature tecniche debba costituire un requisito per la partecipazione, e non un elemento che l’aggiudicatario potrà procurarsi anche successivamente all’aggiudicazione ovvero prima dell’esecuzione del contratto.

Il possesso delle attrezzature tecniche costituisce un requisito attinente alla capacità tecnica dell’operatore, e quindi la norma di riferimento è l’art. 83 comma 1 lett. C).

Il comma 6 di tale norma è abbastanza chiaro: “Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità”.

Dal momento che si parla di “criteri di selezione”, è alquanto dubbio che la verifica in merito alla disponibilità delle attrezzature da parte del concorrente possa essere differita ad un momento successivo all’aggiudicazione: “selezione” implica valutazione comparativa tra i concorrenti in ordine a quella che è la loro reale e concreta attitudine ad eseguire l’appalto nell’ipotesi di aggiudicazione.

Quindi ciò rafforza ulteriormente la tesi del requisito di partecipazione.

E' senza dubbio lodevole il tentativo del CDS di tutelare il principio del favor participationis per quei concorrenti i quali, al momento in cui presentano la domanda, non hanno ancora materialmente la disponibilità delle attrezzature richieste e che tuttavia, in sede di presentazione dell'offerta, hanno allegato una dichiarazione con cui garantiscono alla stazione appaltante l'approvvigionamento di tali attrezzature in tempi utili ai fini dell'esecuzione del contratto.

Ma, anche nel caso in cui il concorrente esibisse un contratto con cui un terzo si è impegnato a procurare ad egli tali attrezzature entro il suddetto termine, il rischio che il concorrente a quella data ancora non disponga dei beni occorrenti per l'esecuzione dell'appalto c'è sempre.

Quindi probabilmente, tra la tutela del favor participationis e l'esigenza di certezza del rispetto dei tempi previsti per l'esecuzione contrattuale, quest'ultima dovrebbe ricevere una protezione maggiore.

Allora, se veramente si vuole tutelare il favor participationis senza per questo esporre la stazione appaltante al rischio di una ritardata esecuzione del contratto, forse l'unico strumento atto a consentire al concorrente di divenire aggiudicatario pur essendo al momento sprovvisto delle necessarie attrezzature, è quello dell'avvalimento: egli, in base all'art. 89 comma 1, si avvale delle risorse tecniche messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria, e, se per caso quest'ultima, al momento di iniziare l'esecuzione del contratto, si rende inadempiente, viene ad attivarsi la responsabilità solidale dell'ausiliaria stessa, alla quale pertanto la stazione appaltante potrà richiedere di provvedere direttamente e per l'intero all'esecuzione del contratto: infatti, ai sensi del comma 5 della norma sopra citata, "Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

La differenza rispetto all'ipotesi ordinaria è che, nel caso dell'avvalimento, la stazione appaltante, dinanzi alla riscontrata impossibilità di esecuzione del contratto per carenza delle risorse tecniche necessarie, ha la possibilità di agire contro due soggetti (appaltatore ed ausiliaria) anziché contro un solo soggetto (appaltatore).

Al di fuori dell'ipotesi dell'avvalimento, qualsivoglia tentativo – come quello avallato dal CDS – di considerare il possesso delle attrezzature tecniche come un requisito richiesto per la esecuzione del contratto anziché per la partecipazione, si arresta fatalmente dinanzi alla possibilità di un ritardo nella stessa esecuzione, nel caso in cui l'aggiudicatario non disporrà delle suddette attrezzature neanche dopo l'aggiudicazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 8143 del 2019, proposto da Eco.S.E.I.B. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Invernizzi, Nicola Seminara, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n.44.

contro

Comune di Rodengo Saiano, Comune di Palazzolo Sull'Oglio, Comune di Gussago, Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Palazzolo Sull'Oglio – Gussago - Rodengo Saiano, non costituiti in giudizio.

nei confronti

La Bi.Co. Due S.r.l., non costituita in giudizio;
Aprica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per la riforma della sentenza n.785 del Tar della Lombardia sez. staccata di Brescia, pubblicata il 28 agosto 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aprica S.p.A.;

Visto l'appello incidentale di quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Invernizzi e Salvadori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia ha accolto il ricorso proposto dalla società Eco S.e.i.b. Servizi Ecologici Industriali Busso s.r.l. (Ecoseb), seconda classificata, contro la Centrale unica di committenza tra i Comuni di Palazzolo sull'Oglio, Gussago e Rodengo Saiano ed il Comune di Rodengo Saiano, e nei confronti della società Aprica s.p.a., quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con La Bico Due s.r.l. per l'annullamento della determinazione n. 189 del 24 dicembre 2018 di aggiudicazione in favore di quest'ultima della gara per l'affidamento del servizio di igiene integrata dei rifiuti urbani e assimilati e servizi complementari per la durata di sei anni (con opzione per ulteriori tre), nonché degli atti di gara specificamente indicati in ricorso; con domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e dichiarazione del diritto al subentro della ricorrente ovvero in subordine, di risarcimento del danno in forma equivalente.

1.1. La sentenza – dato atto che, per l'offerta tecnica, il disciplinare di gara aveva stabilito (v. paragrafo 4.1.1, criterio n. 6) che 12 punti su 80 sarebbero stati assegnati in relazione all'impiego di mezzi a ridotto impatto ambientale, purché aggiuntivi rispetto alla soglia del 30% ricompresa tra i criteri ambientali minimi (c.a.m.) di cui al DM 13 febbraio 2014 (v. punto 4.3.2) e che nei sub-criteri era previsto che il punteggio sarebbe stato ripartito attribuendo 2 punti per ogni ulteriore veicolo elettrico o ibrido, 1 punto per ogni ulteriore veicolo alimentato a metano o GPL, e 0,5 punti per ogni ulteriore veicolo con classificazione Euro 6- ha esposto che dal verbale di gara n. 3 risultava che “la commissione giudicatrice ha attribuito all'offerta di Ecoseb zero punti con riguardo al criterio n. 6 sopra descritto. Per lo stesso criterio, all'offerta di Aprica (dopo la riparametrazione di secondo livello prevista dal paragrafo 5.1.2 del disciplinare di gara) sono stati attribuiti tutti i 12 punti disponibili. Questo perché i veicoli ecologici indicati nell'offerta di Ecoseb (v. doc. 12) non sono ancora stati acquistati e immatricolati, e dunque non è stato possibile produrre in gara le relative carte di circolazione.”.

1.2. La decisione di accoglimento del ricorso è basata sul contenuto della lex specialis (che richiedeva la produzione da parte dell'offerente, già in fase di presentazione dell'offerta, “delle carte di circolazione e delle schede tecniche”, riproducendo il testo della disposizione contenuta nel paragrafo 4.3.2 del D.M. 13 febbraio 2014), che il primo giudice ha interpretato nel dichiarato rispetto dei principi di libera concorrenza e di proporzionalità dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016; la previsione contenuta nel disciplinare di gara è stata perciò intesa nel senso che fosse ammessa “la possibilità di sostituire la proprietà attuale dei veicoli con l'impegno all'acquisto degli stessi, purché si tratti di un impegno preciso e inequivocabile. In questo senso possono essere interpretate anche le formule del disciplinare di gara (sempre nel contesto del paragrafo 4.1.1, nota 6) che indirizzano le dichiarazioni dei concorrenti con riguardo ai veicoli da impiegare nello svolgimento del servizio (significativamente, si fa riferimento alle intenzioni di impiego, che implicano un progetto per il futuro, non un inventario

delle disponibilità presenti)”.
1.3. La motivazione della sentenza prosegue poi svolgendo articolate argomentazioni riferite al principio di economicità, asserendo che “la possibilità di partecipare alla gara sulla base di un semplice impegno di acquisto futuro richiede un bilanciamento”, in conseguenza del quale:

- in generale, “poiché nessun appalto può essere stipulato a condizioni antieconomiche, bisogna accertare se il costo di un’offerta impostata sulla fornitura di strumentazione nuova, e in quanto nuova premiata nell’attribuzione del punteggio, sia recuperabile attraverso i profitti generati dallo svolgimento del servizio. Per i concorrenti che hanno già acquistato la dotazione strumentale prima della gara questa verifica non è necessaria. [...] Al contrario, per i concorrenti che subordinano espressamente l’acquisto all’aggiudicazione si deve presumere che solo quest’ultima fornisca le risorse necessarie, con erosione del margine di utile”;

- nel caso di specie, la commissione giudicatrice avrebbe dovuto “accertare, a garanzia del regolare svolgimento del servizio, se, tenendo conto della spesa per l’acquisto della dotazione strumentale, l’offerta rimanga complessivamente sostenibile. In mancanza di una simile verifica, l’incentivo a proporre soluzioni nuove e costose sarebbe privo di contrappesi, e la gara rischierebbe di trasformarsi in un confronto tra offerte disancorate dalla realtà economica dei concorrenti e dall’equilibrio di bilancio dell’appalto”.

1.4. Il ricorso di Ecoseib è stato accolto, vincolando la commissione giudicatrice ad attribuire un punteggio ai veicoli ecologici indicati dalla ricorrente, ma con la prescrizione di valutare “la sostenibilità complessiva dell’offerta anche in relazione alla spesa sostenuta, o concordata con i venditori, per l’acquisto dei suddetti veicoli” e con l’indicazione che “se è previsto l’impiego dei veicoli anche in altri appalti, la spesa sarà imputata pro quota al servizio in esame, sulla base dei rispettivi tempi di utilizzo” e che “nello svolgimento della predetta verifica la commissione giudicatrice potrà fissare alla ricorrente dei termini tassativi per la presentazione della documentazione richiesta, purché con scadenze non inferiori a 10 giorni.”

1.5. Le spese di lite sono state compensate per metà, con condanna del Comune di Rodengo Saiano al pagamento della restante metà ed al rimborso del contributo unificato in favore della società ricorrente.

2. Eco S.e.i.b. s.r.l. (Ecoseib) ha avanzato appello con unico articolato motivo.

2.1. Aprica s.p.a., in qualità di capogruppo mandataria dell’A.t.i. costituenda con la società La Bico Due s.r.l., si è costituita per resistere al gravame ed ha proposto appello incidentale basato su due motivi.

2.2. Le amministrazioni evocate non si sono costituite in appello.

2.3. Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2020 la causa è stata posta in decisione, previo deposito di memorie e repliche delle due parti costituite.

3. E’ logicamente prioritaria la trattazione dell’appello incidentale, col quale Aprica censura

l'accoglimento del ricorso in primo grado.

3.1. Col primo motivo (violazione e falsa applicazione della par condicio e del legittimo affidamento e violazione e falsa applicazione dell'articolo 34 comma 1 e 2 e dell'art. 40 del c.p.a.), l'appellante incidentale sostiene che: i punti aggiuntivi previsti dal criterio di gara n. 6 del paragrafo 4.11 del disciplinare di gara premiavano il possesso immediato dei veicoli ecologici da impegnare in alcuni servizi dell'appalto; l'impegno all'acquisito futuro, cioè ad intervenuta aggiudicazione, non era previsto dall'amministrazione, sicché nessun punto era associato al possesso futuro; il tenore letterale della legge di gara non lasciava margini di dubbio su questa interpretazione; la legge di gara non era mai stata impugnata da Ecoseb; quest'ultima non aveva alcun mezzo ecologico pronto all'uso e perciò non aveva avuto attribuito alcun punteggio aggiuntivo; il T.a.r. ha di fatto disapplicato la legge di gara, in violazione del principio della par condicio nonché dell'art. 34, comma 1 e 2, e 40, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.

3.2. Col secondo motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 4.11 n. 6 del disciplinare di gara e violazione della par condicio. Violazione e falsa applicazione del D.M. 13 febbraio 2014 e dell'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016), l'appellante incidentale critica l'interpretazione che il T.a.r. ha dato alla legge di gara, osservando che: da disciplinare, l'offerente avrebbe dovuto inserire nella busta dell'offerta tecnica sia le carte di circolazione che le schede tecniche dei veicoli ecologici; la previsione non era discrezionale, ma riproduttiva di quella del D.M. 13 febbraio 2014, punto 4.3.2 dell'allegato 1; la locuzione "in fase di offerta" non può dare luogo ad alcun dubbio sulla portata esegetica e sul perimetro dell'applicazione della norma regolamentare e della corrispondente clausola della legge di gara; la scelta dell'amministrazione è confermata dall'uso dell'espressione "concorrente" in luogo di quella di "aggiudicatario" o "contraente", che avrebbe dovuto impiegare se avesse inteso spostare la dimostrazione del possesso dei mezzi ecologici ad una fase successiva alla partecipazione; sia la stazione appaltante che la commissione giudicatrice erano vincolate all'osservanza della legge di gara; la lettura del disciplinare preferita dal T.a.r. non corrisponde alla lettura oggettiva della clausola; questa non ha previsto l'impegno all'acquisto futuro per l'attribuzione del punteggio, ma ha preteso che si correlasse al possesso immediato dei veicoli ecologici.

3.2.1. In merito, poi, ai principi generali richiamati dal primo giudice, l'appellante incidentale aggiunge che:

- non sarebbe pertinente il richiamo del principio di proporzionalità perché si verte in tema di attribuzione del punteggio tecnico e non di requisiti di partecipazione;
- invece, i principi di libera concorrenza e di par condicio sarebbero compromessi dall'interpretazione data dal T.a.r., dal momento che si attribuirebbe il medesimo punteggio a due concorrenti che si trovano in condizioni oggettivamente diverse, mentre sarebbe ragionevole premiare i concorrenti che abbiano già in dotazione i mezzi occorrenti per l'esecuzione della prestazione, tenendo conto degli sforzi imprenditoriali e di tutti gli investimenti fatti;

- diversamente argomentando si cadrebbe in disparità di trattamento perché si attribuirebbe un indebito vantaggio temporale all'offerente che non è ancora pronto ad eseguire la prestazione promessa;
- l'amministrazione sarebbe esposta ad un rischio eccessivo, che si riverserebbe in senso pregiudizievole sulla qualità del servizio pubblico appaltato, tutte le volte in cui l'offerente non riuscisse, dopo l'aggiudicazione, a dotarsi dei beni;
- l'impegno "evanescente" proposto dalla ricorrente nulla ha detto sui tempi dell'acquisto, nonché di consegna e di immatricolazione dei mezzi ecologici offerti, malgrado a mente del capitolato d'onori l'avvio del servizio sarebbe dovuto avvenire entro 75 giorni dalla stipula del contratto;
- si sarebbe avuta anche la violazione della par condicio in danno dell'appellante incidentale, che si è scrupolosamente attenuta alla legge di gara e perciò ha proposto soltanto i mezzi che aveva già in dotazione.

4. I motivi, che per ragioni di connessione vanno esaminati congiuntamente, non sono fondati.

4.1. Il disciplinare di gara al paragrafo 4.1.1, nota 6, prescrive "quanto all'elemento n. 6 il rispetto del criterio è dimostrato dalla presentazione da parte dell'offerente, in fase di offerta, delle carte di circolazione e delle schede tecniche del costruttore dei mezzi che intende utilizzare".

Il testo non prevede letteralmente, per l'attribuzione del punteggio aggiuntivo, né il possesso attuale, al momento della presentazione dell'offerta, dei mezzi ecologici da impiegare nell'esecuzione del servizio, né la necessaria contestuale presentazione sia delle carte di circolazione che delle schede tecniche.

Esso quindi letteralmente si presta all'interpretazione per cui l'una o l'altra di tali modalità di individuazione dei mezzi offerti fosse consentita, a seconda di quale documentazione fosse a disposizione del concorrente all'atto della partecipazione.

4.1.1. E' vero, per contro, che siffatta alternativa non è espressa in termini netti ed inequivoci, considerata l'ambiguità dell'uso della congiunzione "e". Pertanto, avvalendosi dello stesso criterio ermeneutico dell'interpretazione letterale, anche la lettura sostenuta dall'appellante incidentale sarebbe plausibile. Tuttavia non si può sostenere, come fa la medesima appellante incidentale, che si tratti di previsione "chiarissima, nel prevedere, in modo univoco e non interpretabile, che i punti associati al criterio 6 sarebbero stati attribuiti solo ed esclusivamente al concorrente che avesse presentato in sede di offerta entrambe le tipologie dei documenti" (come da memoria di replica di Aprica).

4.2. Si verte piuttosto in una situazione di incertezza interpretativa, per superare la quale soccorre la giurisprudenza consolidata secondo cui l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti. Sebbene si ritenga che, in specie nell'interpretazione dei bandi di gara, assuma carattere

preminente la regola collegata all'interpretazione letterale -con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare (così Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307); tuttavia, non è in discussione che, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, sia necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'art. 1363 cod. civ (dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre: cfr., di recente Cons. Stato, VI, 24 settembre 2019, n. 6378) e dall'art. 1367 cod. civ. (che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione: cfr., di recente Cons. Stato, V, 27 dicembre 2019, n. 8820); con la precisazione che, in materia di procedure di gara ad evidenza pubblica, va garantito il principio del favor participationis secondo il quale, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, occorre privilegiare l'esegesi che estende, per quanto possibile, la platea dei partecipanti alla gara, piuttosto che optare per una soluzione ermeneutica restrittiva della partecipazione, al fine di realizzare l'interesse dell'amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti (Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4640, richiamata da ultimo da Cons. Stato, V, 16 dicembre 2019, n. 8517).

Facendo applicazione al caso di specie dei richiamati criteri interpretativi, nonché di quello dell'art. 1368 cod. civ., sia pure con gli adattamenti resi necessari dal tipo di atto da interpretare, si osserva quanto segue.

4.3.1 La produzione documentale probatoria di cui al detto paragrafo 4.1.1, è posta, dallo stesso disciplinare, in correlazione all'auto-dichiarazione di ciascun concorrente riguardante: "(a) quanti mezzi intende impiegare per lo svolgimento del servizio, distinti per tipologia e utilizzo; (b) quanti mezzi tra quelli di cui al punto a. rispondono ai CAM (criteri di base) di cui al DM 13 febbraio 2014 punto 4.3.2; (c) quanti mezzi, oltre a quelli indicati al punto b., intende impiegare, e la tipologia di alimentazione degli stessi"; ancora, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica per l'elemento n. 6, qui in contestazione, il disciplinare indica la "preferenza in relazione al numero di mezzi ed alla loro tipologia, nonché l'incidenza percentuale degli stessi in relazione al numero totale dei mezzi impiegati"; il capitolato speciale prevede, poi, all'art. 35, comma 1, che l'appaltatore è tenuto a "costituire in caso di aggiudicazione" una sede nella quale "dovranno essere presenti tutti i mezzi utilizzati nel servizio".

Si tratta, rispettivamente, di obblighi dichiarativi, di criteri di valutazione e di future obbligazioni contrattuali che depongono nel senso di: "intenzioni di impiego" dei mezzi ecologici (che, come già osservato dal primo giudice, "implicano un progetto per il futuro, non un inventario delle disponibilità presenti"); valutazione da parte della commissione giudicatrice avente ad oggetto il numero ed il tipo di mezzi offerti (sicché, come obietta la difesa di Ecoseib, nessuna rilevanza è attribuita alla loro immatricolazione, con conseguente idoneità e sufficienza della schede tecniche ad identificare la tipologia dei mezzi offerti ai fini dell'attribuzione del punteggio aggiuntivo); rilevanza del possesso e della disponibilità dei mezzi ecologici nella fase esecutiva del servizio (come dimostrato, tra l'altro, dalla necessaria attivazione della sede operativa soltanto dopo l'aggiudicazione).

4.3.2. L'interpretazione della prescrizione del disciplinare sub iudice e di quelle correlate,

appena richiamate, seguita nella sentenza appellata è inoltre conforme all'indirizzo giurisprudenziale che individua il possesso di specifiche attrezzature necessarie per l'espletamento del servizio come requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali e non di partecipazione alla gara, di modo che è reputata illegittima la clausola della *lex specialis* che ne imponga il possesso già all'atto della partecipazione alla gara (cfr., relativamente alla disciplina speciale in tema di trasporto pubblico locale, tuttavia conforme ai principi pro-concorrenziali, Cons. Stato, V, 21 giugno 2018, n. 3822, citata dall'appellata; ma nello stesso senso, sia pure in riferimento al centro cottura per il servizio di ristorazione, tra le altre, Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190). Si tratta di una regola, che, contrariamente a quanto assume l'appellante incidentale, è da valere per le medesime ragioni pro-concorrenziali - e salvo deroghe che tuttavia devono rispondere a ragionevoli esigenze della stazione appaltante ed, in quanto eccezionali, devono concretarsi in inequivocabili disposizioni della legge di gara - anche quando trattasi di requisito di valutazione dell'offerta tecnica ai fini di incrementarne il punteggio (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5308).

A fini interpretativi delle clausole ambigue, come nel caso di specie, detta regola comporta (ex art. 1368 cod. civ.) che, quando si tratti di mezzi e dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, la legge di gara debba essere interpretata nel senso che al momento della presentazione dell'offerta sia necessaria l'individuazione dei mezzi offerti, con impegno del concorrente (variamente modulabile dalla stazione appaltante, quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione, nonché alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura) ad acquisirne la disponibilità, condizionato all'esito favorevole della gara.

4.3.3. Questa interpretazione consente altresì nel caso di specie di assicurare la conservazione (ex art. 1367 cod. civ.) della clausola del disciplinare sub iudice, preservandola dalla dichiarazione di illegittimità per contrasto con il principio del *favor participationis*, inteso come sopra. Tanto più tale principio risulta applicabile a fini interpretativi, in quanto va ritenuto che -contrariamente a quanto assume l'appellante incidentale- Ecoseib in primo grado abbia validamente impugnato anche la legge di gara, ove interpretata in senso difforme da quanto sostenuto col ricorso rivolto contro l'aggiudicazione, avendo precisato nello stesso ricorso che "se così non fosse si eccepisce l'illegittimità della *lex specialis* [...]".

4.4. L'interpretazione che consente l'attribuzione del punteggio prescindendo dal possesso attuale dei mezzi ecologici offerti e dalla produzione delle relative carte di circolazione, rendendone possibile l'individuazione anche mediante la sola produzione delle schede tecniche, riferite a mezzi nuovi, non ancora immatricolati, è inoltre conforme ai principi di libera concorrenza e di proporzionalità di derivazione euro-unitaria, richiamati dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Vanno in proposito condivise le ragioni espresse nella sentenza qui appellata, nella cui motivazione si legge che "[...] se la dotazione strumentale minima qualificata come CAM e la dotazione strumentale ulteriore premiata con frazioni aggiuntive di punteggio si basassero sullo scambio tra un costo certo e immediato (acquisto dei veicoli) e un risultato futuro e solo sperato (aggiudicazione), si determinerebbe uno squilibrio anticoncorrenziale a favore dei soggetti economici più forti o presenti da più tempo sul mercato, che normalmente sono quelli

già dotati di un parco veicoli da ammortizzare. Questo risultato è sempre indesiderabile, sia quando si tratta di requisiti di partecipazione sia quando si tratta di requisiti validi ai fini dell'attribuzione del punteggio. Non sarebbe infatti di alcuna utilità, né per la stazione appaltante né per i concorrenti, che fosse consentita la massima partecipazione, se poi l'oggetto della gara restasse di fatto non contendibile per l'impossibilità di superare il gradino della dotazione strumentale che dà accesso alla parte alta del punteggio.

[...] La necessità di disporre dell'intera dotazione strumentale già al momento della partecipazione rappresenta poi una violazione del principio di proporzionalità, in quanto l'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante (massimizzazione dei CAM) potrebbe in realtà essere ottenuto anche rinviando la verifica della proprietà dei veicoli e delle caratteristiche tecniche a una fase successiva all'aggiudicazione. In questo modo, vi sarebbero vantaggi su entrambi i lati. La stazione appaltante risulterebbe infatti garantita quanto al risultato, beneficiando anzi di una verosimile maggiore partecipazione alla gara, e del fatto che i concorrenti sarebbero incentivati a offrire un maggior numero di veicoli nuovi, non dovendo acquistarli subito. A sua volta, l'aggiudicatario avrebbe unicamente l'onere di completare l'acquisto entro un termine breve prima dell'avvio dell'appalto, senza il rischio di acquistare inutilmente una costosa dotazione strumentale.”.

4.4.1. Gli argomenti contrari spesi dall'appellante incidentale non consentono di superare le argomentazioni appena riportate, atteso che:

- quanto ai principi di libera concorrenza e di non discriminazione, l'interpretazione che si afferma è, non solo pro-concorrenziale poiché amplia la platea dei potenziali concorrenti, ma anche rispettosa del principio di non discriminazione; all'opposto, sarebbe discriminatoria la preferenza, sostenuta dall'appellante incidentale, che andasse a coloro che, già presenti nel mercato di riferimento, fossero favoriti perché in possesso delle dotazioni strumentali, in modo da creare disparità di trattamento ingiustificate e sproporzionate;

- quanto, infatti, al principio di proporzionalità, l'imposizione del possesso dei mezzi ecologici già al momento della presentazione dell'offerta, prima ancora della certezza dell'aggiudicazione, sarebbe inutilmente gravosa per il concorrente, senza arrecare alcun utile effetto per l'amministrazione, atteso che il rischio prospettato dall'appellante incidentale -collegato ad una situazione di incertezza sull'effettività dell'impegno assunto dal concorrente a dotarsi dei mezzi necessari all'espletamento del servizio- ben può essere scongiurato con l'impiego degli strumenti e dei rimedi a disposizione dell'amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario privo del possesso dei requisiti o del contraente inadempiente; per contro, l'asserito vantaggio della disponibilità immediata di mezzi già immatricolati, ma spesso anche usati, è ragionevolmente controbilanciato dall'interesse dell'appaltante -sottolineato dalla difesa di Ecoseib- a che gli offerenti optino per fornire un intero parco mezzi nuovi, quindi non immatricolati, pur se individuabili nelle loro caratteristiche tecniche e prestazionali già al momento dell'offerta;

- quanto poi all'affidamento che Aprica avrebbe riposto nell'interpretazione rigorosamente letterale della legge di gara, che l'avrebbe indotta a formulare l'offerta indicando soltanto mezzi immatricolati (mentre sarebbe stata in grado di indicarne altri se avesse ritenuto

possibile il mero impegno ad assicurarsene la disponibilità), si tratta di affidamento non tutelabile, perché recessivo rispetto all'interpretazione del disciplinare conforme a legge.

4.5. Infine, non depono nel senso dell'accoglimento dell'appello incidentale il richiamo ivi fatto al d.m. 13 febbraio 2014, sui "Criteri ambientali minimi per affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani" (c.a.m.), punto 4.3.2 dell'allegato 1 ("il rispetto del criterio è dimostrato dalla presentazione da parte dell'offerente, in fase di offerta, delle carte di circolazione e delle schede tecniche del costruttore dei mezzi che intende utilizzare"), adottato ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 50 del 2016, riprodotto nella clausola della legge di gara qui in contestazione.

La norma regolamentare va letta in conformità alle previsioni delle norme di rango primario, quindi nel senso che la richiesta della carta di circolazione da presentare al momento dell'offerta è legittima quando si tratti di mezzi già immatricolati (per la valutazione della conformità dei quali ai c.a.m. la carta di circolazione si rivela di utilità), ma non nel senso che imponga la previa immatricolazione dei mezzi offerti per poter partecipare ad una pubblica gara. Infatti, è sufficiente allo scopo di cui ai comma 2 e 3 dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici che la stazione appaltante (o la commissione giudicatrice per la valutazione dell'offerta) disponga, in fase di offerta, di documentazione idonea alla valutazione del rispetto dei criteri ambientali minimi tenuti in considerazione nella stesura dei documenti di gara; depono in tal senso anche il precedente di questa Sezione, 18 marzo 2019, n. 1748, impropriamente citato dall'appellante incidentale a sostegno dei propri assunti (risultando palese dalla relativa motivazione che l'accento va posto sul rispetto da parte dell'offerente dei criteri ambientali minimi, non certo sull'osservanza di oneri formali non necessari allo scopo).

4.6. L'appello incidentale va quindi respinto.

5. Con l'unico motivo dell'appello principale (falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 6 e 7 del disciplinare di gara e dell'art. 97 d.lgs. 50/2012; violazione degli artt. 2, 7, 34 C.p.a. e 39 C.p.a. in relazione all'art. 112 C.p.c.; violazione dell'art. 103 Cost.; violazione dell'art. 1, c. 2, l. 241/1990; irragionevolezza; contraddittorietà intrinseca), l'appellante censura la sentenza che, pur accogliendo il ricorso, ha imposto alla commissione giudicatrice la verifica di sostenibilità dell'offerta di Ecoseib, nei termini sopra riportati.

5.1. Si premette in ricorso che, in applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 e della lex specialis (artt. 6 e 7 del disciplinare), né l'offerta prima graduata né quella dell'appellante principale, classificatasi al secondo posto, sono state mai assoggettate a verifica di sostenibilità, non sussistendone i presupposti.

Dato ciò, si deduce che:

- i "poteri amministrativi" di vaglio dell'anomalia non sono stati esercitati dalla p.a.;
- la sentenza ha quindi violato il divieto dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.;
- concorre con questa violazione quella dell'art. 112 Cod. proc. civ., avendo il primo giudice pronunciato extra e ultra petita, perché la domanda giudiziale introdotta da Ecoseib nulla

aveva censurato, dedotto o chiesto in ordine alla verifica di anomalia, né la questione era stata sottoposta al giudice da altra parte processuale, men che meno con impugnazione incidentale;

- è violato anche l'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990, posto che la sentenza finisce per imporre un aggravio procedimentale illegittimo e, ancor peggio, inutile.

6. Il motivo è fondato.

6.1. Il tema della verifica dell'anomalia dell'offerta era estraneo al dibattito processuale, non avendovi, ovviamente, alcun interesse a sollevarlo la parte ricorrente e non essendo stato in alcun modo introdotto, né con impugnazione incidentale, ma nemmeno in via di eccezione, dalla parte resistente, né dalle amministrazioni costituite in primo grado.

Si è perciò avuta la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 Cod. proc. amm., esteso al processo amministrativo anche in forza del rinvio esterno dell'art. 39 Cod. proc. amm.

6.2. Per di più, pronunciandosi su una questione estranea al thema decidendum, il Tribunale amministrativo regionale ha posto dei vincoli conformativi della futura attività amministrativa in riferimento ad un sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della seconda classificata mai avviato, né ritenuto necessario da parte dell'amministrazione.

E' stato così violato il divieto di cui all'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm. perché "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

6.3. Infine, si è imposto un onere procedimentale aggiuntivo (in violazione dei principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990), prescindendo dalle condizioni di legge di cui all'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed anche, per quanto è dato evincere allo stato degli atti, dalle regole imposte dalla legge di gara.

6.4. L'appello principale va accolto e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, confermato l'accoglimento del ricorso, l'effetto conformativo della pronuncia va limitato al vincolo imposto alla commissione giudicatrice di "attribuire un punteggio ai veicoli ecologici indicati dalla ricorrente" Ecoseib.

7. In conclusione, respinto l'appello incidentale ed accolto l'appello principale, la sentenza di primo grado va riformata parzialmente secondo quanto appena specificato.

7.1. Ferma restando la condanna al pagamento della metà delle spese del primo grado di giudizio posta a carico del Comune di Rodengo Saiano, non costituito in appello, si ritiene di giustizia compensare tra le parti costituite le spese del presente grado per la peculiarità della vicenda processuale che ha indotto la ricorrente vittoriosa ad agire con impugnazione principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale e, per l'effetto, riforma parzialmente la sentenza appellata secondo quanto specificato in motivazione.

Compensa le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2020.