



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 4905 del 2023, proposto dalla Rieco S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8774833543, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Colombari e Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Giulianova, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Monia Terzilli, Anthony Aliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Diodoro Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Referza, Vincenzo Cafforio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cosp Tecno Service Soc. Coop. in qualità di mandante del R.T.I. con Diodoro Ecologia S.r.l.; Te.Am. Teramo Ambiente S.p.a.; Sea – Servizi Ecologici Ambientali S.r.l. in qualità di capogruppo del R.T.I. con Ecoin S.r.l.; Ecoin S.r.l. in

qualità di mandante nel R.T.I. con Sea s.r.l, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 00175/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Giulianova e della Diodoro Ecologia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Luca Monteferrante e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale;

La Rieco s.p.a. ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene urbana indetta dal Comune di Giulianova con bando pubblicato sulla G.U.R.I. il 21 giugno 2021, classificandosi al secondo posto con uno scarto di 0,647 punti rispetto alla A.T.I. aggiudicataria formata dalla Diodoro Ecologia s.r.l., nella qualità di mandataria, e dalla Cosp. Tecno Service Soc. Coop. quale mandante.

Con ricorso al T.a.r. per l'Abruzzo, successivamente integrato con motivi aggiunti, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore della A.T.I. tra la Diodoro Ecologia s.r.l. e la Cosp. Tecno Service Soc. Coop. e gli atti presupposti, puntualmente indicati nella sentenza appellata, deducendo nove motivi di ricorso.

Il T.a.r. per l'Abruzzo ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti con sentenza n. 175 del 2023 che la Rieco s.p.a. ha gravato in appello, contestandola limitatamente al capo con cui è stato respinto il primo motivo di ricorso avente ad oggetto: *“Violazione dei “Criteri attribuzione punteggi”, dell’art. 3 della legge n. 241/1990 e dell’art. 30 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere sotto i profili dell’illogicità, della contraddittorietà e dello sviamento manifesti. Violazione di principi di buona fede, trasparenza, correttezza, buon andamento, imparzialità, concorrenza, non*

discriminazione”.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Giulianova e la Diodoro Ecologia s.r.l. mandataria del R.T.I. aggiudicatario con Cosp. Tecno Service Soc. Coop..

La Diodoro Ecologia s.r.l. ha successivamente notificato appello incidentale condizionato – per l’ipotesi cioè di accoglimento dell’appello principale - avente ad oggetto la riproposizione del ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, finalizzato all’esclusione della appellante principale in relazione al carattere anomalo dell’offerta, dichiarato improcedibile dal T.a.r., in conseguenza della accertata infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

Alla udienza pubblica del 5 ottobre 2023 il giudizio è stato trattenuto in decisione, previo deposito di memorie con le quali le parti hanno nuovamente illustrato le rispettive tesi difensive.

Tanto premesso in fatto può ora passarsi all’esame dei gravami.

Quanto all’ordine di trattazione delle domande, nel caso in cui venga proposto sia un ricorso principale sia un ricorso incidentale con valenza escludente occorre stabilire quale dei due ricorsi debba essere esaminato per primo ovvero se occorra esaminarli entrambi. La trattazione di entrambi i ricorsi è stata ritenuta necessaria dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nel solo settore dei contratti pubblici per assicurare il principio della parità di trattamento tra gli operatori economici con tutela effettiva delle norme in materia di concorrenza per il mercato. Tale regola è stata affermata chiaramente in presenza di due soli operatori economici (Corte giust. un. eur., 4 luglio 2013, C-100/12) ma successivamente è stata sostanzialmente estesa anche ai casi in cui siano presenti più operatori economici (Corte giust. un. eur., 5 settembre 2019, causa C 333/18).

Poiché tuttavia la infondatezza del ricorso principale rende improcedibile quello incidentale è da quello che occorre prendere le mosse per ragioni di economia processuale.

Deve dunque procedersi all’esame, in via prioritaria, dell’appello principale poiché qualora se ne accerti l’infondatezza ne seguirebbe la improcedibilità di quello

incidentale, come correttamente rilevato dal T.a.r..

L'appello concerne il solo primo motivo di ricorso, come successivamente specificato tramite la proposizione di motivi aggiunti, e relativo ad una pretesa modifica della valutazione della offerta tecnica della aggiudicataria che, in forza di una interpretazione innovativa del bando, avrebbe condotto la commissione di gara ad attribuire alla aggiudicataria 3 punti (cfr. verbale n. 11) – decisivi ai fini della prova di resistenza - in luogo del punteggio di 0 inizialmente assegnato (cfr. verbale n. 10 e foglio excell depositato dal Comune).

La questione controversa è se la commissione, nell'interpretare la clausola del bando in contestazione, la abbia sostanzialmente modificata *ex post* (dopo aver esaminato l'offerta tecnica ed attribuito un primo punteggio pari a 0), avvantaggiando illegittimamente la aggiudicataria e, in ogni caso, se abbia correttamente applicato la clausola del bando, tenuto conto del suo tenore letterale e di una sua corretta lettura complessiva.

L'appello principale è fondato per le seguenti motivazioni:

- a) la *lex specialis* richiede di avere svolto il servizio “*per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi continuativi negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando in uno o più Comuni, afferenti ad un unico Contratto di Servizi, aventi popolazione complessiva non inferiore a 5.000 abitanti ove attiva la tariffa puntuale*”.
- b) Il T.a.r. per l'Abruzzo, con il capo impugnato, ritiene “*non necessario che anche la tariffa puntuale fosse attiva nei Comuni in questione per un periodo non inferiore a 12 mesi, essendo invece sufficiente la sua effettiva implementazione*”.
- c) In senso contrario a quanto ritenuto dal T.a.r. deve evidenziarsi che il Fascicolo 6 allegato al bando riguarda proprio “*l'attivazione della tariffa puntuale nel territorio oggetto di gara*”. Quindi, l'interesse pubblico sotteso al sub-criterio 1 è di premiare il concorrente che dimostri di avere dimestichezza con la tariffa puntuale per avere già operato in un sistema ove la tariffa puntuale fosse effettivamente

attiva da almeno 12 mesi continuativi.

d) Il sub-criterio 1 è costruito in modo tale da premiare l'esperienza dell'operatore che, per un congruo periodo di tempo, abbia utilizzato il sistema di lettura dei contenitori delle utenze, con trasmissione dei dati alla piattaforma gestionale, nella misura in cui ciò sia funzionale all'applicazione della tariffa puntuale già attiva.

Ed infatti il riferimento contenuto nel bando allo svolgimento del servizio "*ove*" operi la tariffa puntuale deve, anche secondo il criterio teleologico e sistematico, essere dunque interpretato quale avverbio di luogo ("*ove*" nel senso di "dove") e non quale proposizione condizionale ("*ove*" nel senso di "laddove" e cioè "qualora"), come opina infondatamente la Diodoro Ecologia s.r.l..

Il richiamo al principio del *favor participationis* operato dal T.a.r. – oltre a non essere pertinente in quanto applicato alla fase di valutazione dell'offerta tecnica anziché a quella della ammissione alla gara - non può avere l'effetto di modificare la *lex specialis* atteso che, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, "*le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione; soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al concorrente*" (Cons. Stato, Sez. V, 15/2/2023, n. 1589).

d) A conferma della erroneità del giudizio espresso dalla commissione ai fini della attribuzione del punteggio in contestazione, osserva ancora il Collegio, che nelle prime pagine del Fascicolo 6 dell'offerta tecnica del R.T.I. tra la Diodoro Ecologia s.r.l. e la Cosp Tecno Service è riportata una dichiarazione dell'AURI (Autorità Umbra Rifiuti e Idrico) riferita al sub-criterio di cui si tratta secondo cui la Cosp Tecno Service avrebbe effettuato il servizio di lettura dei contenitori dotati di TAG RFID o barcode nel Comune di Amelia ove però il sistema di tariffa puntuale corrispettivo è attivo solo dal 1 gennaio 2021. Dunque, se la Commissione

giudicatrice non avesse illegittimamente modificato il sub-criterio 1 del Fascicolo 6 in relazione al nesso di necessaria finalizzazione del servizio di lettura rispetto all'applicazione della tariffa puntuale, insito nella previsione del bando, il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe ottenuto i 3 punti previsti da tale sub-criterio perché, diversamente da quanto ivi richiesto, la mandante Cosp Tecno Service non ha effettuato il servizio di lettura dei contenitori dotati di TAG RFID o barcode per almeno 12 mesi continuativi, nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, in un Comune dove, per l'intero periodo di 12 mesi, era attiva la tariffa puntuale. Infatti, il bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. il 21 giugno 2021 e la tariffa puntuale nel Comune di Amelia è stata attivata solo a decorrere dal 1 gennaio 2021 quindi da poco meno di sei mesi, un periodo dunque ritenuto insufficiente dalla *lex specialis* ad attestare la necessaria esperienza e conoscenza della modalità di rilevazione.

e) Ne discende che la commissione di gara ha errato nell'attribuire i 3 punti previsti dal sub-criterio relativo alla operatività del sistema di tariffa puntuale, in mancanza dei quali l'aggiudicazione doveva essere disposta – al ricorrere dei presupposti e delle verifiche di legge - in favore della odierna appellante, per avere totalizzato il maggior punteggio assoluto.

f) Ne consegue altresì l'assorbimento della connessa doglianza con cui l'appellante ha parimenti censurato la statuizione del T.a.r. laddove ha escluso che la Commissione avrebbe modificato, nel corso della gara, il punteggio attribuito al R.T.I. Diodoro Ecologia/Cosp Tecno Service (da 0 a 3) con riferimento al sub-criterio 1 del Fascicolo 6 poiché l'accertamento sulla non spettanza del punteggio, in difetto delle condizioni prescritte dalla *lex specialis*, elide ogni rilevanza della censura sulle modalità con cui la commissione ha provveduto ad assegnare il punteggio.

Accertata la fondatezza dell'appello principale deve comunque procedersi, per le motivazioni esposte, con l'esame di quello incidentale.

La Diodoro Ecologia s.r.l. propone infatti, a sua volta, appello incidentale, per chiedere la riforma della sentenza, nella parte in cui, dopo aver respinto il ricorso principale ed i motivi aggiunti, ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale escludente, successivamente integrato con motivi aggiunti, proposto in primo grado ed incentrato sulla presunta anomalia della offerta della ricorrente principale, seconda classificata.

Ripropone pertanto una analitica contestazione delle voci di costo dell'offerta della Rieco s.p.a. con riguardo a:

- costo del personale e oneri interni della sicurezza;
- costo automezzi, con particolare riferimento al costo per il carburante;
- premialità e comunicazione;
- forniture e attrezzature;
- costo trattamento dei rifiuti urbani;
- altre spese generali;
- omessa indicazione dei costi relativi ai servizi di raccolta degli abiti usati e degli oli esausti.

Lamenta inoltre una non consentita modifica, in sede di giustificazioni, degli importi riferiti agli oneri per la sicurezza aziendale e, in generale, la insussistenza di un utile di impresa sufficiente a ritenere l'offerta attendibile nel suo complesso.

L'appello incidentale è infondato in quanto non sussistono elementi per ritenere che il giudizio di non anomalia possa ritenersi affetto da manifesta irragionevolezza: le doglianze appaiono piuttosto impingere nel merito della scelta amministrativa, senza superare la soglia di opinabilità delle valutazioni tecniche e ciò soprattutto in ragione del fatto che la commissione nel verbale n. 13 ha, tra l'altro, dato espressamente atto di aver *“valutato altresì le condizioni favorevoli descritte da ciascun O.E. tali da garantire l'affidabilità dell'offerta”*, condizioni che – insieme al fondo imprevidi di 180.000 euro - appaiono idonee a compensare le eventuali, possibili, sottostime di singole voci di costo, in linea con la valutazione operata dalla commissione che, per il resto, ha espressamente dato atto di aver provveduto,

per le singole voci di costo, ad esaminare le giustificazioni inviate, ritenendole congrue.

Inoltre la appellante incidentale, a sostegno delle proprie doglianze, assume ripetutamente a parametro di ragionevolezza delle voci di costo i contenuti della propria offerta economica laddove sarebbe stato necessario indicare dati oggettivi idonei a comprovare la effettiva inaffidabilità dell'offerta.

Quanto poi ai costi di smaltimento dei rifiuti ed ai ricavi per il riciclo di quelli provenienti dalla raccolta differenziata, l'appellante incidentale non considera la possibilità di accordi commerciali particolarmente vantaggiosi in grado di ridurre i primi ed incrementare i secondi che la commissione di gara ha potuto verificare sulla base delle specifiche conoscenze del settore.

Analogo discorso vale per i paventati maggiori costi per il carburante che, in ogni caso, non considera i meccanismi di adeguamento previsti nella fase esecutiva del contratto.

La giurisprudenza amministrativa, con insegnamento costante, ha chiarito che: *“Il giudizio di anomalia dell'offerta è connotato da ampi margini di discrezionalità e costituisce espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo, il cui sindacato è limitato solo al caso in cui le valutazioni di merito della pubblica amministrazione siano inficcate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta”* (cfr. tra le tante Consiglio di Stato, sez. IV, 04 giugno 2020, n. 3528; Consiglio di Stato, sez. V , 02 ottobre 2020, n. 5777).

Inoltre trattandosi di doglianze parcellizzate - riferite cioè a singole voci di costo – le stesse si pongono in contrasto con il costante insegnamento giurisprudenziale (cfr. tra le tante Consiglio di Stato , sez. V , 27 luglio 2017 , n. 3702) per cui il giudizio di non anomalia è una valutazione di natura globale e sintetica sulla serietà

o meno dell'offerta nel suo insieme e non un giudizio di tipo analitico, mentre nel caso di specie non sono state addotte circostanze idonee a infirmare la complessiva attendibilità del giudizio espresso dal RUP.

Sul punto anche di recente è stato ribadito al riguardo che *“la valutazione dell'affidabilità dell'offerta economica è l'esito di un giudizio complessivo, necessariamente globale e sintetico, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo, e costituisce frutto di apprezzamento tecnico riservato all'amministrazione appaltante, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437). L'affidabilità e sostenibilità dell'offerta sotto il profilo economico è, quindi, l'esito di una valutazione complessiva che nel cui prisma rientrano tutte le voci che compongono il quadro economico dell'offerta”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7857).

Come evidenziato, la ricorrenza di “condizioni favorevoli” segnalate da ciascun operatore economico in sede di giustificazioni e favorevolmente apprezzate dalla commissione, è stata ritenuta circostanza idonea, in concorso con altre, per ritenere l'offerta affidabile e ciò vale anche con riferimento alle voci di costo segnalate nell'appello incidentale che ben possono trovare adeguata compensazione in siffatte condizioni, ai fini della sostenibilità complessiva dell'offerta, fermo restando che le incongruenze prospettate con il predetto gravame incidentale non sono tali da palesare profili di manifesta irragionevolezza nel giudizio espresso dalla commissione di gara – come tali attingibili dal sindacato del giudice amministrativo – anche alla luce delle puntuali repliche contenute alle pagine da 11 a 18 della memoria conclusiva depositata dalla appellante in data 19 settembre 2023, cui si rinvia ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 3, commi 1 e 2, e 129, comma 6, secondo periodo c.p.a. e che il Collegio intende accogliere e fare proprie, sia in quanto forniscono giustificazioni plausibili sia perché non contestate dall'appellante incidentale.

Alla luce di quanto precede, l'appello incidentale deve essere respinto mentre

quello principale, in accoglimento del ricorso di primo grado e previa riforma della sentenza appellata, dev'essere accolto sicchè va conseguentemente annullata l'aggiudicazione disposta in favore della A.T.I. tra la Diodoro Ecologia s.r.l. e la Cosp Tecno Service Soc. Coop., va dichiarata l'inefficacia del contratto nelle more stipulato e disposto il subentro della Rieco s.p.a., alle condizioni offerte, nel termine di 10 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, salvo l'esito delle verifiche di legge propedeutiche alla nuova aggiudicazione.

Le spese di lite del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, con diritto alla restituzione del contributo unificato versato dalla appellante principale nel doppio grado ed al recupero di quelle eventualmente corrisposte, in esecuzione della sentenza del T.a.r., alla ricorrente incidentale in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando così provvede:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale e, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione e, previo annullamento dell'aggiudicazione nonchè declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato tra il Comune di Giulianova e la A.T.I. tra la Diodoro Ecologia s.r.l. e la Cosp Tecno Service Soc. Coop., dispone il subentro della Rieco s.p.a., all'esito delle verifiche di legge, nel termine massimo di 10 giorni dalla comunicazione o notifica della presente sentenza;
- condanna il Comune di Giulianova e la Diodoro Ecologia s.r.l., in solido tra loro, alla rifusione in favore della Rieco s.p.a. delle spese del doppio grado che si liquidano complessivamente in euro 10.000,00 oltre IVA, CAP e spese generali come per legge, e con diritto al rimborso del contributo unificato versato dalla appellante in entrambi i gradi di giudizio e recupero di quanto eventualmente

corrisposto, per il medesimo titolo, alla ricorrente incidentale in primo grado, in esecuzione della sentenza appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE

Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO