

N. 04884/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01688/2017 REG.RIC.
N. 02566/2017 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1688 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Termotetti S.a.s. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Eleonora Marzano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Maria D'Angiolella in Napoli, viale Gramsci n. 16;

contro

Comune di Limatola, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaello Capunzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Tommaso Caravita, n. 10;
Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Limatola e Melizzano in persona del rappresentante pro tempore non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ricicla S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Melisurgo n. 4;

sul ricorso numero di registro generale 2566 del 2017, proposto da: Termotetti S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Eleonora Marzano, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Maria D'Angiolella in Napoli, viale Gramsci n. 16;

contro

Comune di Limatola, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaello Capunzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Tommaso Caravita, n. 10; Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Limatola e Melizzano non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ricicla Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Melisurgo n. 4;

quanto al ricorso n. 1688 del 2017:

- con il ricorso introduttivo, per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari:

a) della determina n. 11 del 27.03.2017, Registro Generale n. 148 del 27.03.2017, trasmessa alla ricorrente a mezzo pec, con la quale il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Limatola (BN) disponeva l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto inerente l'affidamento del “servizio di raccolta dei rifiuti urbani (R.U.) e assimilati, trasporto allo smaltimento, raccolta differenziata (R.D.) di alcune frazioni merceologiche compreso il trasporto al recupero, spazzamento, lavaggio stradale nel territorio comunale di Limatola ed altri servizi accessori (gestione piattaforma ecologica) per tre anni” alla ditta RCICLA s.r.l. con sede in

via San Pietro, 82030 Paupisi (BN) e di tutti gli atti ivi richiamati, nonché di quello con il quale si è provveduto alla relativa comunicazione recante il prot. n. 1956 del 27.03.2017; b) per quanto occorra, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato con determina dirigenziale n. 7 del 21.03.2017, reg. gen. N. 140 del 21.03.2017 e di tutti gli atti in esso richiamati, del relativo provvedimento di comunicazione prot. n. 1847 del

23.03.2017; c) per quanto occorra, dei verbali di gara nella parte in cui ammettono e non escludono la concorrente Ricicla s.r.l. ed attribuiscono alla stessa un ingiusto punteggio, nonché stabiliscono di applicare il soccorso istruttorio in ipotesi nelle quali tale istituto non è applicabile, come la presentazione postuma di documenti mancanti richiesti dalla lex specialis a pena di esclusione; d) di tutti gli atti preparatori, presupposti, connessi e consequenziali, eventualmente esistenti, non conosciuti dalla ricorrente, se ed in quanto lesivi per i suoi interessi;

nonché per l'accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato con la controinteressata e per il risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente attraverso il subentro della stessa nell'esecuzione del servizio, con risarcimento per equivalente per la parte non eseguita; in subordine per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti, per l'annullamento degli stessi atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

quanto al ricorso n. 2566 del 2017:

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo, per l'annullamento:

a) della nota prot. n. 568 del 19.05.2017, notificata a mezzo pec in pari data, con la quale il Responsabile Unico del Procedimento del Comune di Limatola, Ing. Fabio Leonetti, comunicava alla ricorrente l'esclusione dalla gara d'appalto indetta per l'affidamento del servizio di raccolta e trasposto dei rifiuti urbani ed assimilati, per

anni tre, a seguito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia e, contestualmente, l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva; b) della determina n. 17 del 19.05.2017 (Reg. Gen. 249/17), notificata a mezzo pec in pari data, con la quale veniva dichiarata "efficace" l'aggiudicazione definitiva disposta in capo alla società Ricicla srl e contestualmente veniva dato atto che il RUP aveva ritenuto, a seguito dell'analisi delle giustificazioni prodotte dalla Termotetti, l'offerta non congrua procedendo, dunque, con l'esclusione della stessa dalla procedura di gara; c) del verbale di verifica anomalia redatto dal RUP del Comune di Limatola, Ing. Fabio Leonetti, assunto al protocollo n. 3103 del 15.05.2017, mai comunicato né notificato e solo richiamato nei provvedimenti sub a) e sub b); d) di ogni atto preordinato e/o successivo presupposto e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente non conosciuto né conoscibile;

- per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Ricicla Srl, per l'annullamento incidentale:

1. della determina n. 17 del 19/5/2017 del Comune di Limatola recante l'aggiudicazione definitiva, alla Ricicla Srl, del servizio di raccolta rifiuti urbani e servizi annessi del territorio del Comune di Limatola, e l'esclusione della Termotetti S.a.s. dalla gara stessa, nella parte in cui non esclude la Termotetti per gli ulteriori motivi di seguito proposti; 2. del bando e del disciplinare di gara (punto 18.2.3) nella parte in cui richiedono, a pena di esclusione, quale requisito di ammissione alla gara, l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali per la "categoria 4 classe E o superiore"; 3. di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Limatola e di Ricicla Srl.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2017 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato in data 25.01.2017, il Comune di Limatola indiceva una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento, per la durata di tre anni, del "Servizio di raccolta dei rifiuti urbani (R.U.) e assimilati, trasporto allo smaltimento, raccolta differenziata (R.D.) di alcune frazioni merceologiche compreso il trasporto al recupero spazzamento, lavaggio stradale nel territorio comunale di Limatola ed altri servizi accessori (Gestione Piattaforma Ecologica)", per un importo a base d'asta pari ad Euro 1.125.594,93 oltre oneri, da affidarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A seguito dell'espletamento della procedura di gara la Termotetti S.a.s. si collocava seconda in graduatoria, con un punteggio pari a 84,751 e la gara veniva aggiudicata in via provvisoria, con la determina dirigenziale n. 7 del 21.03.2017, alla società Ricicla Srl, che aveva ottenuto un punteggio pari a 88,082 punti.

Successivamente la Stazione Appaltante, con la determina dirigenziale n. 11 del 27.03.2017, aggiudicava in via definitiva la gara alla società Ricicla Srl, precisando che l'efficacia dell'aggiudicazione era subordinata, ai sensi del citato art. 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016, alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati.

L'indicata determinazione dirigenziale n. 11 del 27/03/2017 veniva pubblicata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016. Con nota prot. n. 1956 del 27/03/2017, comunicata a tutti i concorrenti a mezzo PEC, veniva dato atto dell'avvenuta aggiudicazione definitiva a favore della ditta Ricicla Srl.

La stazione appaltante procedeva, ai sensi dell'art. 32, comma 8 ultimo capoverso e comma 13 del D.Lgs 50/2016, all'esecuzione d'urgenza del servizio per ovviare all'attuale regime di proroga e per garantire l'igiene e la salute pubblica, procedendo alla consegna all'appaltatore a far data dal 28.03.2017, nelle more della sottoscrizione del contratto.

Termotetti S.a.s., con il ricorso giurisdizionale iscritto al r.g. 1688/2017, impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e gli atti ad esso connessi, chiedendone l'annullamento previa adozione di provvedimento cautelare, nonché l'accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato con la controinteressata, e il risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente attraverso il subentro della stessa nell'esecuzione del servizio, con risarcimento per equivalente per la parte non eseguita e, in subordine, il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi.

Si costituivano in giudizio il Comune di Limatola e la società Ricicla srl formulando argomentazioni difensive.

Termotetti S.a.s. proponeva ricorso per motivi aggiunti impugnando gli stessi atti oggetto del ricorso principale. Proponeva nuovi profili di censura basati dalla risultanza di documenti di gara di cui sarebbe asseritamente venuta a conoscenza successivamente alla proposizione del ricorso principale.

Nel frattempo la stazione appaltante chiedeva a Termotetti S.a.s., la cui offerta era risultata anomala a seguito dell'apertura delle buste economiche, di procedere con la presentazione, entro il termine di 15 giorni, dei giustificativi a corredo dell'offerta presentata.

Con il verbale di verifica dell'anomalia del 15.05.2017, il RUP esaminava la documentazione presentata dalla Termotetti S.a.s. e, ritenendo che le giustificazioni prodotte non fossero sufficienti a dimostrare la non anomalia dell'offerta

presentata in sede di gara, ne decretava l'esclusione dalla procedura, con determina n. 17 del 19.05.2017 (Reg. Gen. 249/2017).

La medesima determina n. 17 del 19.05.2017 dava atto dell'intervenuta positiva effettuazione delle verifiche del possesso dei prescritti requisiti di ordine generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, autodichiarati in sede di gara dall'Impresa aggiudicataria, e dichiarava, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.Lgs. 50/2016, l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Ricicla Srl.

Termotetti S.a.s. impugnava, con il ricorso iscritto al r.g. 2566/2017, gli indicati atti chiedendone l'annullamento.

Si costituivano in giudizio il Comune di Limatola e la società Ricicla srl formulando argomentazioni difensive.

La Ricicla srl proponeva, quindi, ricorso incidentale, nell'ambito del giudizio di cui r.g. 2566/2017, impugnando la stessa determina n. 17 del 19/5/2017 del Comune di Limatola - recante l'esclusione dalla gara per anomalia della Termotetti S.a.s. - nella parte in cui non aveva escluso la medesima ditta per ulteriori motivi.

Con il medesimo ricorso incidentale la Ricicla srl impugnava il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui richiedevano, a pena di esclusione, quale requisito di ammissione alla gara, l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali per la "categoria 4 classe E o superiore".

In data 8.6.2017, veniva stipulato il contratto di affidamento del servizio posto a gara tra l'aggiudicataria Ricicla e il Comune di Limatola.

La causa veniva chiamata all'udienza pubblica del 20.9.2017 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) I due ricorsi r.g. 1688/2017 e r.g. 2566/2017 sono connessi sia in senso soggettivo, riguardando le stesse parti, che in senso oggettivo, per investire atti inerenti alla medesima procedura di gara.

I due procedimenti vanno pertanto riuniti e, in particolare, il ricorso di cui al r.g. 2566/2017, più recente, va riunito al più risalente ricorso di cui al r.g. 1688/2017.

Il Collegio, per ragioni di logica e chiarezza argomentativa, ritiene necessario trattare in via prioritaria il ricorso r.g. 2566/2017, formulato avverso l'esclusione per anomalia dell'offerta, dalla cui eventuale fondatezza deriva l'interesse della Termotetti S.a.s. allo scrutinio del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata. In tale contesto, va scrutinato in primo luogo il ricorso incidentale formulato dalla Ricicla S.r.l., che si presenta come "paralizzante" rispetto alle pretese della controparte.

2) La Ricicla S.r.l. ha proposto ricorso incidentale, nell'ambito del giudizio di cui r.g. 2566/2017, volto a "neutralizzare" i ricorsi principali formulati dalla Termotetti S.a.s. nei due giudizi.

La Ricicla S.r.l. ha, infatti, impugnato la determina del Comune di Limatola, recante l'esclusione della Termotetti S.a.s. dalla gara per anomalia dell'offerta, nella parte in cui non ha dichiarato l'esclusione anche per ulteriori motivi.

Il ricorso incidentale si rivela irricevibile per tardività in relazione a tutti i motivi di censura formulati.

3) In particolare, Ricicla Srl indica come, da notizie apprese da articoli di giornale e da un comunicato della Procura Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, risulti che i soci e i direttori tecnici della Termotetti s.a.s. siano stati tratti in arresto, unitamente a numerosi esponenti politici, per presunti reati di turbata libertà degli incanti, corruzione di pubblici ufficiali per atti contrari ai loro doveri di ufficio, truffa ai danni di enti pubblici e abuso di ufficio, tutti compiuti nell'interesse o comunque a vantaggio della medesima Termotetti s.a.s..

Inoltre, dal Certificato Camerale di quest'ultima società risulterebbe che la stessa è stata commissariata dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in data 14/3/2017, che ha disposto la nomina di un Commissario Giudiziale.

La Ricicla Srl lamenta, quindi, l'esistenza di pendenze penali non dichiarate nella domanda di partecipazione della Termotetti S.a.s. e l'omessa verifica, da parte della stazione appaltante, dell'assenza del possesso dei requisiti morali, come richiesto dall'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

Il motivo di ricorso è tardivo.

Le censure sollevate in sede di ricorso incidentale attengono alla contestazione della legittimità dell'ammissione alla gara della Termotetti S.a.s., in quanto non avrebbe dichiarato le pendenze penali e, comunque, per l'assenza del possesso dei requisiti morali.

Rispetto a tale censura la Termotetti ha sollevato una eccezione di irricevibilità per tardività in quanto il motivo di ricorso atterrebbe alla contestazione della mancata esclusione per l'assenza di un requisito di partecipazione, censura che andava proposta entro 30 giorni dalla ammissione del concorrente alla gara, come previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., così come introdotto dall'art. 204, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 50 del 2016.

La censura risulta effettivamente tardiva, al di là dell'applicabilità o meno nel caso di specie dell'onere di immediata impugnativa previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. per i provvedimenti di ammissione o esclusione dalle procedure di gara.

Il motivo di ricorso, infatti, si palesa intempestivamente proposto indipendentemente dalla risoluzione della questione se, come sostenuto da un orientamento giurisprudenziale più recente, il termine per l'impugnativa decorra esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (della quale nel caso di specie non si ha notizia) (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704; T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I,

29.05.2017, n. 2843), oppure se il medesimo termine decorra dall'avvenuta conoscenza dell'atto di ammissione, anche a prescindere dall'indicata pubblicazione (il verbale del 6/3/2017 di ammissione alla gara era stato comunicato ai concorrenti) (T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 18-04-2017, n. 582; T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 08/11/2016, n. 1262).

Si può, infatti, ritenere pacifico che, pur ammettendo la tesi più restrittiva, ove l'atto di ammissione dell'impresa alla gara pubblica non sia stato pubblicato sul profilo del committente, il termine decadenziale di 30 giorni inizierebbe comunque a decorrere dall'aggiudicazione, o meglio, dalla ricezione, mediante posta elettronica, del provvedimento di aggiudicazione definitiva (T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 13 gennaio 2017 n. 24) e, comunque, dall'avvenuta conoscenza di quest'ultimo.

Al riguardo la determinazione dirigenziale n. 11 del 27/03/2017, di aggiudicazione definitiva della gara, è stata comunicata a tutti i concorrenti a mezzo PEC e pubblicata ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016.

Inoltre, come indicato dalla stessa Ricicla Srl, già in data 13.9.2016 sarebbero state conoscibili le indicate pendenze penali in base a un comunicato stampa emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere e già nell'ottobre del 2016 vi sarebbe stato l'arresto di alcuni soci di Termotetti S.a.s. Non vi è dubbio, quindi, che la conoscenza del provvedimento di ammissione, unitamente alla conoscenza dei profili di illegittimità paventati, comportava l'onere di impugnativa quantomeno a partire dalla data di aggiudicazione definitiva del 27.3.2017.

La relativa censura è stata formulata solamente con il ricorso incidentale notificato il 10.7.2017, ovverosia ben oltre il termine di decadenza.

L'onere di tempestiva impugnativa del provvedimento di mancata esclusione non può, quindi, essere assolto tramite l'impugnazione incidentale di un successivo e

autonomo provvedimento, quale quello inerente all'esclusione per anomalia della controparte e di accertamento dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione.

Né Ricicla Srl può superare la decadenza processuale ventilando, seppure in via generica, il profilo della mancata verifica da parte della stazione appaltante dell'insussistenza dei requisiti morali. L'ordinamento prevede che le parti debbano sollevare propri motivi di censura entro i termini decadenziali previsti dalla legge e a maggior ragione nel caso di specie, ove si ricade nell'ipotesi di impugnativa di una causa di possibile esclusione del partecipante alla gara, per la quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., prevede termini assolutamente perentori di impugnativa, addirittura anticipati rispetto all'aggiudicazione definitiva, contemplando che "l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale".

Con il decorso del termine di impugnativa Ricicla Srl è, pertanto, decaduta dalla possibilità di far valere tale profilo e non può "aggirare" tale decadenza, censurando l'operato della stazione appaltante in sede di verifica dei requisiti.

Il Collegio rileva, in ogni caso, come anche nel merito il motivo non sarebbe risultato fondato, in quanto non basato su dati relativi a procedimenti giudiziari e provvedimenti penali certi e determinati, ma su articoli di giornale o comunicati stampa. A ogni buon conto, l'eventuale sussistenza di pendenze penali non dichiarate potrà essere, se del caso, oggetto di verifiche e provvedimenti di autotutela da parte della stazione appaltante che, comunque, deve procedere, per quanto indicato in seguito, a una successiva attività di parziale riedizione della gara.

4) Il ricorso incidentale si rivela irricevibile per tardività anche in riferimento ai motivi di ricorso con cui vengono impugnati il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui richiedevano, a pena di esclusione, quale requisito di ammissione alla gara, l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali per la "categoria 4 classe E o superiore".

Tale impugnativa in sede incidentale è volta, in modo indiretto, a “neutralizzare” alcune censure proposte dalla Termotetti con il ricorso r.g. 1688/2017, in particolare le censure incentrate sulla carenza di detto requisito in capo alla Ricicla Srl.

Al riguardo la previsione contenuta nel disciplinare di gara, ai punti 13.1.1 e 18.2.3, della necessità, a pena di esclusione, dell’iscrizione all’Albo Gestori Ambientali per la “categoria 4 classe E o superiore”, si poneva come clausola immediatamente escludente e preclusiva della partecipazione che come tale andava impugnata immediatamente.

In materia di concorsi e selezioni pubbliche, infatti, sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di concorso pubblico proprio nel caso di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione che siano ex se ostativi all'ammissione dell'interessato, come quello in questione, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (T.A.R. Valle d'Aosta Aosta Sez. Unica, 26-07-2017, n. 46; Cons. Stato Sez. III, 18-07-2017, n. 3541; T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 20/02/2017, n. 423; Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3261).

La mancata tempestiva impugnazione della lex specialis di gara rende irricevibile l’impugnativa della stessa successivamente formulata con ricorso incidentale. Né in senso opposto induce la previsione di cui all’art. 42, comma 1, cod.proc.amm., giacché nel processo amministrativo è inammissibile l'introduzione in via incidentale (o meglio, entro i termini del ricorso incidentale) di una domanda diretta ad ampliare la materia del contendere, domanda che l'interessato aveva l'onere di proporre mediante un tempestivo e rituale ricorso avverso il provvedimento dal quale era sorta in lui un'autonoma ed immediata lesione e un

conseguente e diretto interesse ad agendum (T.A.R. Lazio Roma Sez. II ter, 02-01-2012, n. 4).

5) Il ricorso di cui al r.g. 2566/2017 si presenta fondato nella parte in cui lamenta l'esclusione per anomalia dell'offerta.

La stazione appaltante, dopo aver chiesto alla ricorrente di presentare delle giustificazioni a corredo dell'offerta tacciata di anomalia, esaminava la documentazione presentata dalla Termotetti S.a.s., ritenendo, tuttavia, che le giustificazioni prodotte non fossero sufficienti a dimostrare la non anomalia dell'offerta presentata, e decretandone pertanto la non congruità e la conseguente esclusione.

Al riguardo è fondato, nei termini che seguono, il motivo di ricorso basato sulla circostanza che le giustificazioni della Termotetti S.a.s. sull'anomalia dell'offerta siano state valutate dal RUP e non dalla Commissione di cui all'art. 77 del d.lgs. 50/16 o, quantomeno, congiuntamente.

La giurisprudenza formatasi nel regime antecedente al nuovo codice dei contratti pubblici, sia in vigenza dell'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006 che in precedenza, riconosceva che spettasse al RUP il compito di verifica delle offerte anomale.

Si riteneva che, allorché si fosse aperta la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione aggiudicatrice avesse ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, sarebbe stata ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute fossero emersi errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni (oltre che nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale, come previsto dal comma 12 dell' art. 84 d.lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti 2006).

Si riteneva, pertanto, del tutto fisiologico che fosse il RUP, che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia (Cons. Stato Sez. V, 24-07-2017, n. 3646; Cons. Stato Sez. V, 10-02-2015, n. 689; Cons. Stato, Ad. Plen., 29-11-2012, n. 36).

Il testo dell'art. 97 del nuovo codice dei contratti pubblici non contiene elementi che depongono per il passaggio delle competenze inerenti alla verifica dell'offerta anomala in capo alla Commissione giudicatrice, di cui all'art. 77 del medesimo D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, e in grado di supportare un mutamento rispetto all'orientamento formatosi in vigenza del "vecchio" codice degli appalti.

La norma attuale dell'art. 97 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, come quella precedente dell'art. 84 del previgente codice, rileva come tale verifica spetti alla "Stazione appaltante", senza ulteriori specificazioni.

L'art. 31 del vigente codice dei contratti pubblici, oltre a indicare alcuni specifici compiti del RUP, delinea la sua competenza in termini residuali precisando che "quest'ultimo, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti".

Tra i compiti espressamente attribuiti alla Commissione giudicatrice di cui all'art. 77 del medesimo D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, non figura la verifica dell'anomalia dell'offerta.

Le linee guida ANAC n. 3 del 2016 relative al RUP, specificamente previste dal comma 5 dell'art. 31 del nuovo codice, contemplano che nel caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, il RUP si occupa della verifica della congruità delle offerte. La stazione appaltante può prevedere che il RUP possa o debba avvalersi della struttura di supporto o di una commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, come quello in esame, viene invece previsto che il RUP verifichi la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice.

Quest'ultima indicazione, quindi, seppure conferma la competenza in capo al RUP delle valutazioni di anomalia di offerta, prevede che, per gli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale valutazione venga fatta con l'ausilio della commissione giudicatrice. In sostanza, per gli appalti in cui, per il criterio di selezione, la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico si presenta più complessa, viene indicata la necessità di un "intervento" da parte della Commissione esaminatrice che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche.

Il riferimento al "supporto" da parte della commissione esaminatrice nella valutazione di anomalia contenuto nelle linee Guida ANAC palesa, quindi, l'esigenza che il RUP, prima di assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere non vincolante della Commissione esaminatrice.

Nel caso di specie tale passaggio procedimentale non si è verificato, avendo assunto il RUP la decisione in piena autonomia senza consultare la Commissione esaminatrice e per questo motivo la valutazione di anomalia si palesa illegittima.

6) Fondato è il motivo di ricorso incentrato sulla doglianza che, anche qualora avesse ritenuto insufficienti le giustificazioni presentate dalla ricorrente, il RUP non avrebbe dovuto provvedere direttamente all'esclusione, bensì avrebbe dovuto procedere con una richiesta di chiarimenti o con un'audizione.

Il ricorrente indica al riguardo due ragioni; una di carattere generale, basata sull'esatta interpretazione della normativa primaria sugli appalti, l'altra incentrata sulle previsioni della lex specialis riguardanti il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Infondata è la censura che impinge sulla violazione della norme del capitolato tecnico di gara che, a detta della parte ricorrente, imponeva una fase di audizione dell'impresa prima di decretarne l'esclusione. In sostanza, secondo parte ricorrente, la Stazione appaltante si sarebbe imposta un autovincolo procedimentale nella lex specialis di gara.

In realtà un autovincolo in questi termini non sussiste.

Il bando di gara al punto 19.3.2 lett. c, d, ed e) prevedeva che la stazione appaltante procedesse alla verifica delle offerte che apparivano anormalmente basse:

“c) richiedendo per iscritto a ciascun offerente, titolare di offerta ai sensi della precedente lettera a), di presentare le giustificazioni; nella richiesta la stazione appaltante può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse ed invitare l'offerente a fornire tutte le giustificazioni che ritenga utili, nell'ambito dei criteri previsti dal presente disciplinare;

d) all'offerente è assegnato un termine perentorio di 15 (quindici) giorni dal ricevimento della richiesta per la presentazione, in forma scritta, delle giustificazioni;

e) la stazione appaltante può escludere l'offerta, a prescindere dalle giustificazioni e dall'audizione dell'offerente qualora questi:

- non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3;
- non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;
- sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 14 (in realtà: articolo 23, comma 16);

f) in ogni caso la stazione appaltante esclude l'offerta che, in base agli elementi forniti con le giustificazioni e le precisazioni risulta, nel suo complesso, inaffidabile”.

Parte ricorrente interpreta questa disposizione indicando come la stessa imponga una ulteriore fase di contraddittorio qualora la natura delle anomalie contestate non rientri in una delle suindicate categorie tipizzate sub e); pertanto la stazione appaltante, prima di escludere la Termotetti S.a.s., avrebbe dovuto convocare l'impresa per un'audizione.

In realtà, la disposizione del capitolato, secondo una piana lettura, va interpretata non nel senso di imporre l'onere procedimentale aggiuntivo dell'audizione in caso mancata ricorrenza delle ipotesi sub e), bensì in quello di ritenere che in caso di ricorrenza dei presupposti indicati sub b) si possa escludere direttamente l'impresa a prescindere dalle giustificazioni o da una diversa fase di contraddittorio dell'offerente. Tale clausola è di dubbia legittimità, ma questo è il significato oggettivo che emerge dall'interpretazione della disposizione secondo un criterio letterale, e in tali termini va contenuto l'autovincolo derivante dalla lex specialis di gara.

Fondata è, invece, la censura basata sull'interpretazione della normativa generale in materia di appalti, che secondo il ricorrente imponeva una ulteriore fase di contraddittorio, mediante la richiesta di chiarimenti o un'audizione, a fronte del rilievo che l'esclusione è stata motivata dal RUP sulla base dell'insufficienza della giustificazioni addotte dall'impresa, in termini di incompletezza.

In punto di fatto, in seguito alla valutazione delle giustificazioni dell'impresa, il RUP procedeva all'esclusione in quanto:

- a) l'Impresa non aveva compilato il modello C1 – analisi prezzi;
- b) vi erano delle difformità tra il modello C (presentato in sede di gara) e le dichiarazioni rese con i modelli C2 e C3 a seguito delle richieste;
- c) non erano state giustificate le voci (analisi prezzi – modello C1) relative ai lavori, servizi e forniture;

d) l'analisi dei costi trasmessa indicava solamente i costi sommari riferiti ad alcune delle voci che costituiscono l'offerta e non sono estese a tutte le voci.

L'esclusione veniva quindi decretata, in sostanza, per l'incompletezza delle giustificazioni fornite, ovvero sia a causa della carenza di documenti giustificativi, piuttosto che per la verifica della loro incongruità sostanziale rispetto al prezzo offerto o per la contrarietà con i parametri previsti dal comma 5 lett. a), b), c) e d) dell'art. 97 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50 (mancato rispetto degli obblighi di cui agli artt. 30, comma, 3 e 105; incongruità degli oneri aziendali della sicurezza; costo del personale inferiore ai minimi salariali retributivi).

A tale riguardo, peraltro, parte ricorrente ha indicato, non senza ragionevolezza, come non aveva proceduto compilare il modello C1, in quanto quest'ultimo conteneva voci prettamente inerenti agli appalti di lavori, non chiaramente utilizzabili per gli appalti di servizi.

Osserva il Collegio come, in seguito all'adozione del nuovo codice degli appalti, la procedura di valutazione dell'anomalia non è più rigidamente predeterminata come nel regime previgente.

In particolare, l'art. 88 del D.Lgs. 12/04/2006, n. 163, prevedeva un articolato iter procedimentale, improntato al principio del contraddittorio, prima che si potesse decretare l'esclusione.

Nello specifico contemplava:

“1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.
3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1^{bis}, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.
4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.
5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione”.

Il vigente art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, invece, non articola più il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, limitandosi a stabilire, al comma 5, che “la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni” (T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 21-07-2017, n. 1654 e n. 1656).

In particolare, il comma 5 dell'art. 97 in questione prevede un'unica richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, con un termine di risposta non inferiore a 15 giorni, così delineando un procedimento monofasico e non più trifasico (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) come nel regime precedente (T.A.R. Valle d'Aosta Aosta Sez. Unica, 15-05-2017, n. 29).

Da ciò, tuttavia, non deriva che l'indicato art. 97, delineando un procedimento semplificato rispetto a quello ex art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, escluda l'esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale prima di addivenire all'esclusione, come la richiesta di precisazioni scritte o l'audizione diretta dell'offerente, nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti in

quanto affette da incompletezza o, comunque, rimangano dei chiari dubbi e perplessità che il confronto possa dipanare.

Tali ulteriori fasi appaiono necessarie quando, come in questo caso, l'esclusione si basa sull'incompletezza delle giustificazioni fornite, in termini di carenza di documenti giustificativi o, a maggior ragione, ove vi siano dei dubbi sui documenti da presentare, come nel caso di specie con il modello C1.

La circostanza che l'ulteriore fare di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non sia più prevista come obbligatoria in ogni caso dalla norma di legge, non esclude infatti che la stazione appaltante non sia tenuta alla richiesta di ulteriori chiarimenti o a una audizione quando le circostanze concrete lo richiedano per l'incompletezza delle giustificazioni. Ciò che la norma ha inteso evitare - per comprensibili ragioni speditezza, economia procedimentale e non aggravio della procedura di gara - è la necessità dell'espletamento di ulteriori fasi procedurali qualora dalle giustificazioni già risulti l'incongruità sostanziale dell'offerta o la contrarietà con i parametri previsti dal comma 5 lett. a), b), c) e d) dell'art. 97 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50.

La normativa del nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretata in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui "l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente", quindi garantendo il pieno contraddittorio anche, all'occorrenza (se necessario), mediante più passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte; tutto questo anche per le procedure sotto soglia qualora non sussista una disciplina specifica (come, ad es., quella di cui al comma 8 dello stesso art. 97) o emerga

l'inequivocabile contrasto con i principi di cui all'art. 30, comma 1, richiamati dall'art. 36, comma 1, del Codice (T.A.R. Marche 23-01-2017, n. 66).

Il provvedimento di esclusione risulta, pertanto, illegittimo per non aver la stazione appaltante provveduto a richiedere chiarimenti o a convocare la Termotetti S.a.s. per un'audizione, solo all'esito della quale avrebbe dovuto essere espresso il giudizio finale sull'anomalia.

Nel caso di specie, infatti, l'impresa avrebbe potuto dare i chiarimenti e le integrazioni documentali, che peraltro la stessa ha fornito in giudizio, e che debbono essere oggetto di una valutazione improntata a profili di indubbia discrezionalità tecnica riservati alla sfera amministrativa.

Quanto alla ricorrenza sostanziale dei presupposti sostanziali di anomalia, infatti, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica (Cons. Stato Sez. III, 13-09-2017, n. 4336; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 11-09-2017, n. 707; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 11-09-2017, n. 707).

Il ricorso di cui al r.g. 2566/2017 deve, quindi, essere accolto nei termini indicati, con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti impugnati. In ragione di ciò, la stazione appaltante dovrà procedere alla rivalutazione dei profili di anomalia dell'offerta della Termotetti S.a.s.

7) Venendo al ricorso di cui al r.g. 1688/2017, in via preliminare si devono rigettare le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, basate sulla circostanza

che la Termotetti S.a.s. non avrebbe impugnato, in questo giudizio, l'esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta.

L'impugnativa dell'esclusione dalla gara è stata, infatti, formulata nel connesso ricorso di cui al r.g. 2566/2017 e, di conseguenza, considerando congiuntamente l'effetto delle due impugnative, si palesa come evidente l'esistenza dell'interesse ad agire.

8) Il ricorso introduttivo di cui al r.g. 1688/2017 è fondato nei termini che seguono.

Parte ricorrente ha impugnato la determina n. 11 del 27.03.2017 di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto.

Ha lamentato l'inesistenza dei requisiti richiesti dalla legge e dagli atti di gara in capo all'aggiudicataria Ricicla srl, deducendo che la stessa andava esclusa sin dall'inizio o, quanto meno, in sede di verifica del possesso dei requisiti.

Termotetti S.a.s. ha innanzitutto dedotto l'assenza delle referenze bancarie richieste dalla lex specialis, dato che il capitolato di gara (art. 13.1.10) prevedeva la presentazione di almeno una referenza bancaria a pena di esclusione, e tale omissione non sarebbe stata "sanabile" a mezzo di soccorso istruttorio.

In sede di ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente ha integrato questa censura lamentando ulteriormente che la stazione appaltante avrebbe consentito all'aggiudicataria di integrare la documentazione mancante sulle referenze bancarie, con nota prot. n. 1189 del 24.02.2017, facendo inammissibilmente ricorso all'istituto del soccorso istruttorio. Inoltre, a fronte dell'intervenuto deposito da parte della Ricicla srl di una referenza bancaria Unicredit, Termotetti S.a.s. ha dedotto che le referenze bancarie sarebbero dovute essere due, essendo consentito ai concorrenti di limitare le referenze bancarie a una sola esclusivamente in caso di fondati motivi da dimostrare, se del caso anche mediante una dichiarazione sostitutiva o idonea documentazione contabile.

In particolare, l'indicata nota prot. n. 1189 di richiesta integrativa avrebbe chiarito che "la referenza bancaria da presentare in sede di gara è almeno una, ciò significa che tale è il requisito minimo richiesto. Resta pertanto l'obbligo per il concorrente (operatore economico italiano) la presentazione di almeno n. 1 referenza bancaria da inserire nella "Busta A – documentazione amministrativa" come riportato al punto 13.1.10 a pag. 9 del disciplinare", specificando che l'art. 86 comma 4 del d.lgs. 50/16 prevede che, di norma, la dimostrazione della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I. L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante e che in applicazione di tale disposizione legislativa il concorrente, oltre alla referenza dell'unico istituto di credito con cui intrattiene rapporti bancari, può produrre all'interno della BUSTA A – Documentazione Amministrativa una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, resa e sottoscritta ai sensi degli artt. 38 e 47 del D.P.R. 445/2000, attestante che nella propria attività di Impresa intrattiene rapporti bancari esclusivamente con l'istituto di credito che ha rilasciato la referenza prodotta ed, in sostituzione della seconda referenza bancaria richiesta dalle disposizioni di gara, i documenti previsti dall'allegato XVII, parte I, al d.lgs. n. 50/16 (bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa ovvero dichiarazione sostitutiva in conformità ovvero una dichiarazione concernente il fatturato globale e il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili).

Termotetti S.a.s. ha rilevato, altresì, che la referenza bancaria esibita dalla società Ricicla era stata da questa ottenuta ex novo in un momento successivo a quella di scadenza della domanda.

Il motivo è infondato.

A fronte dell'omessa allegazione della referenza bancaria, la stazione appaltante ha fatto ricorso all'istituto del soccorso istruttorio in seguito al quale la parte controinteressata ha depositato, come indicato, la referenza della Unicredit Spa, filiale di Ponte, datata 13 marzo 2017.

Il Collegio ritiene che l'ipotesi di omessa allegazione di una referenza bancaria richiesta nella lex specialis rientri nell'ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio, attualmente disciplinata dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Già in vigore del "vecchio" codice dei contratti pubblici, in seguito all'introduzione del comma 1-ter all'art. 46, del D.Lgs. n. 163/2006 – ad opera dell'art. 39, comma 2, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 - si poteva ritenere che l'istituto fosse applicabile all'ipotesi di omessa produzione delle referenze bancarie previste, a pena di esclusione, dalla "lex specialis" (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 18-05-2016, n. 829).

Il soccorso istruttorio riguardava, infatti, tutte le ipotesi in cui vi fosse una omissione, incompletezza o irregolarità di una dichiarazione o di un elemento con il carattere dell'essenzialità (ex art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006), al ricorrere delle quali la stazione appaltante non poteva più comminare direttamente l'esclusione del concorrente, ma il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2-bis del D.Lgs. n. 163/2006.

Il legislatore, infatti, perseguendo l'obiettivo di una disciplina sostanzialistica e semplificatrice in tema di documentazione e accertamento dei requisiti soggettivi, aveva esteso e procedimentalizzato il potere di soccorso istruttorio ed aveva relegato l'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine

(appositamente) assegnato dalla stazione appaltante, e non più quale effetto di carenze originarie.

Ciò con la ratio di evitare, nella prima fase dell'ammissione delle offerte, esclusioni immediate dalla procedura selettiva per carenze documentali, compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni.

Tale orientamento favorevole all'applicazione del soccorso istruttorio per tali ipotesi può considerarsi ribadito dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Non rileva in senso contrario, nel caso di specie, la circostanza che la referenza bancaria riporti una data (13.3.2017) successiva alla scadenza della data di presentazione dell'offerta.

Il comma 9 dell'art. 84 in questione ritiene il soccorso istruttorio ammissibile per la "mancanza" di "elementi" e ammette anche che le dichiarazioni mancanti siano "rese" (e non solo integrate o regolarizzate) successivamente, consentendo, quindi, anche di allegare documenti formati dopo la richiesta da parte dell'amministrazione.

Quelli che non possono sopravvivere alla data di presentazione dell'offerta sono, infatti, i requisiti sostanziali richiesti dalla legge o dal bando, non i documenti che comprovano l'esistenza di tali requisiti, come, nel caso di specie, quelli attestati dalla referenza bancaria, ovvero sia l'esistenza di rapporti di affidamento bancari con l'impresa e la sua relativa solidità finanziaria.

Quanto all'insufficienza di una sola referenza bancaria, indipendentemente da quanto indicato nella nota prot. n. 1189 del 24.02.2017 della stazione appaltante, la lex specialis della procedura, e in particolare l'art. 13.1.10, punto 1, del disciplinare di gara, si limita a indicare come necessaria "almeno una referenza bancaria", senza altra indicazione, per cui non è possibile escludere l'impresa che, anche in sede di soccorso istruttorio, si sia attenuta a tale previsione.

9) Termotetti s.a.s. nel ricorso n. 1688/2017 ha lamentato la mancata dimostrazione del requisito di "fatturato globale" e quello di "fatturato specifico" richiesti dalla lex specialis, con riferimento al triennio anteriore alla partecipazione alla gara (2014/2016), e in particolare ha rilevato che tali fatturati che sarebbero stati solo dichiarati dall'aggiudicataria, ma non provati, né sarebbero stati oggetto di verifica da parte della stazione appaltante prima di procedere all'aggiudicazione.

Per quanto riguarda il requisito del fatturato "specifico" nel triennio anteriore alla gara de qua, la ditta concorrente avrebbe allegato solo un certificato di esecuzione di servizi analoghi rilasciato dal solo Comune di Paupisi senza nemmeno indicare l'importo del servizio.

Il disciplinare di gara prescriveva ai punti 13.1.4. e 18.2.5 la necessità di un fatturato globale nel triennio 2014/2016 non inferiore al doppio dell'importo a base d'appalto ovvero sia euro 2.251.189,86 IVA esclusa, "per servizi identici a quelli a base d'appalto"; nonchè ai punti 13.1.5 e 18.2.6 la necessità di un "fatturato specifico relativo ai servizi corrispondenti a quello in oggetto, realizzato nell'ultimo

triennio 2014/2016 complessivamente non inferiore all'importo importo a base d'appalto ovvero a euro 1.125.594,93", IVA esclusa.

In sede di ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha ribadito che la conoscenza della documentazione alla stessa rilasciata in data 9.5.2017 aveva confermato la censura relativa alla carenza dei requisiti inerenti al fatturato globale e specifico, con riferimento al triennio anteriore alla partecipazione alla gara (2014/2016).

Nel ricorso di cui al r.g. 2566/2017, parte ricorrente ha formulato una doglianza inerente al fatturato globale e specifico dell'aggiudicataria sotto il diverso ma concorrente profilo che la stazione appaltante avrebbe dichiarato l'efficacia definitiva dell'aggiudicazione senza verificare l'effettiva sussistenza di tale requisito. Solo quest'ultima censura, sollevata nel ricorso di cui al r.g. 2566/2017, risulta fondata.

Per quanto attiene, infatti, alla asserita mancanza dei requisiti relativi al fatturato globale e al fatturato specifico, il possesso di tali presupposti, come ammesso dalla lex specialis di gara, è stato autodichiarato dall'impresa in sede di offerta, né il capitolato speciale (artt. 13.1.4 e 13.1.5) richiedeva ai concorrenti di depositare atti o certificati a comprova, limitandosi a prevedere il rilascio di una dichiarazione ex D.P.R. 445/2000 sul possesso del fatturato.

Nessun vizio è, pertanto, rilevabile per quanto riguarda la delibera di aggiudicazione della gara.

L'aggiudicazione definitiva è, infatti, intervenuta con la precisazione che la stessa sarebbe divenuta efficace, previa positiva verifica, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, del possesso dei requisiti prescritti e autodichiarati. Da quanto emerge dagli atti di gara, la stazione appaltante ha verificato l'effettiva sussistenza dei requisiti del fatturato globale e specifico tramite una dichiarazione dell'Agenzia delle Entrate (n. 3142 del 16.5.2017).

Tali fatturati dovevano essere riferiti rispettivamente a “servizi identici a quelli a base d'appalto” (per quello globale) e a “servizi corrispondenti a quello in oggetto” (per quello specifico).

La dichiarazione prodotta era effettivamente riferita ai volumi di affari della società negli anni 2014 (euro 904.197,00), 2015 (euro 1.018.184,00) e 2016 (euro 999.168,00) e riportava, quindi, un importo complessivo superiore a quello richiesto dalla lex specialis di gara.

Tuttavia la stessa è genericamente riferita ai volumi di affari complessivi della società, senza dare alcuna indicazione in ordine alla tipologia di servizi ai quali tali volumi di affari si riferiscono.

Non è idonea, quindi, ad attestare i requisiti dei fatturati richiesti, che devono essere relativi a determinate tipologie di servizi.

La dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione a seguito della verifica dei requisiti va, pertanto, annullata e la stazione appaltante, in sede di eventuale riesercizio dell'attività amministrativa, dovrà verificare, con atti idonei, la sussistenza del requisito dichiarato in sede di gara.

10) Parte ricorrente ha dedotto l'assenza del requisito di capacità, previsto nei punti 13.1.3 e 18.2.4 del disciplinare di gara, consistente nell'aver svolto “nell'ultimo triennio 2014/2016 servizi corrispondenti a quelli del presente appalto per una popolazione media non inferiore a 4.200 abitanti”, secondo le modalità e il quantitativo pure individuato dalla lex specialis, come certificato dalle amministrazioni per le quali il servizio è stato svolto.

La lex specialis, infatti, indicava che “il requisito va dimostrato mediante certificati rilasciati dalle amministrazioni per le quali è stato svolto il servizio. Per servizi uguali a quelli in appalto, si considerano quelli la cui gestione ha prodotto, nel triennio di riferimento, un quantitativo globale di raccolta differenziata di rifiuti

solidi urbani con il sistema di porta a porta non inferiore, mediamente, a 100 kg pro capite rispetto all'intera popolazione servita".

L'aggiudicataria si sarebbe, secondo parte ricorrente, limitata ad esibire un certificato rilasciato dal solo Comune di Paupisi (BN) che attesterebbe lo svolgimento del servizio nei comuni di Paupisi (BN) e Ponte (BN) senza, peraltro, nemmeno indicare gli importi di tali servizi; il tutto in evidente violazione del disciplinare.

La censura si palesa infondata.

Il requisito in questione sussiste, in quanto, alla certificazione generica inizialmente allegata ha fatto seguito, a seguito di richiesta operata dal RUP, il deposito della certificazione del Comune di Paupisi (nota prot. 2763 del 23 marzo 2017) sul regolare svolgimento da parte della ditta Ricicla di un servizio analogo a quello oggetto di gara in favore di un numero di abitanti rispondente a quello indicato dal bando di gara. In particolare, infatti, Comune in questione ha attestato l'avvenuto regolare svolgimento del servizio di raccolta differenziata porta a porta e trasporto e smaltimento di RR.SS.UU. e servizi accessori nei comuni convenzionati di Paupisi e Ponte, per una popolazione media non inferiore ai 4.200 abitanti e una produzione media annua non inferiore ai 100 kg pro capite, in conformità a quanto previsto dalla lex specialis.

11) Una ulteriore censura riguarda la violazione della previsione contenuta negli art. 17 e 18 del Capitolato speciale d'appalto, che imponeva ai concorrenti di prevedere, all'interno della propria offerta, la realizzazione di un cantiere operativo ad una distanza non superiore a 15 km dal territorio comunale di Limatola.

La previsione in questione sarebbe stata violata dall'aggiudicataria.

Quest'ultima si sarebbe limitata a indicare, nella propria offerta tecnica, che la sede destinata al solo deposito dei propri automezzi in caso di aggiudicazione del servizio (ovverosia il cosiddetto cantiere operativo), sarebbe stata la propria sede

ubicata nel Comune di Ponte, che si trova a ben 30 km dal Comune di Limatola e, quindi, a distanza doppia rispetto a quella prevista nel capitolato.

La censura è infondata.

Innanzitutto tale requisito non è posto a pena di esclusione nella lex specialis di gara.

Inoltre, si tratta di un requisito di esecuzione del contratto, ovverosia di un obbligo da assumere come attinente alla fase esecutiva del servizio e non un requisito di partecipazione da possedere alla data di presentazione della domanda.

12) Si rivela fondato, invece, il motivo del ricorso principale vertente sulla circostanza che l'aggiudicataria ha prodotto un'offerta economica recante un costo del lavoro nettamente inferiore (euro 430.000,00) rispetto a quello previsto dalla lex specialis (euro 573.514,71), che richiama l'applicazione del vigente Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Federambiente, nonché ha previsto un numero di ore di lavoro pure di gran lunga più basso rispetto a quello previsto nel piano di gestione costituente parte integrante e sostanziale della lex specialis.

L'art. 16 comma 10 e l'art. 20 del capitolato speciale di appalto, inoltre, prevedono l'obbligo del passaggio di cantiere immediato delle unità attualmente in servizio, che risultano essere, ex art. 2 del medesimo capitolato speciale, in numero di 5 unità lavorative.

Il dettaglio delle ore e delle retribuzioni (in linea con il CCNL Fise/Assoambiente) viene indicato a pagina 22 del Piano Industriale Gestione rifiuti, anch'esso facente parte della documentazione di gara, che indica che le 5 unità lavorative vengano impiegate a tempo pieno, con un numero di 36 ore lavorative settimanali ciascuna.

Osserva la parte ricorrente che dall'esame della documentazione economica dell'aggiudicataria risulta che il monte ore lavorative dall'aggiudicataria (10.400 ore in tre anni) è diverso ed inferiore rispetto a quello sostanzialmente derivabile dalle

indicazioni della *lex specialis* (calcolabile 28.080 ore in tre anni) e anche insufficiente rispetto al servizio da eseguire.

Sempre secondo la prospettazione del ricorrente, infatti, il costo complessivo del personale risulterebbe troppo basso, rivelandosi del tutto sproporzionato e inferiore alle previsioni dei minimi salariali previsti dai Contratti Collettivi Nazionali del Lavoro come inderogabili, così come non risulterebbe rispondente ai criteri della *lex specialis* il numero del monte ore lavorative, generando un'anomalia dell'offerta economica che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'aggiudicataria sin dal momento della conoscenza dell'offerta o, quanto meno, all'esito delle verifiche di legge propedeutiche alla dichiarazione di efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

La censura è fondata.

Effettivamente nell'offerta dell'aggiudicataria è contenuta l'anomalia della previsione di un costo del lavoro decisamente inferiore a quello previsto nel Piano Industriale Gestione in base al numero e al livello delle risorse impiegate, così come l'indicazione di un numero sensibilmente inferiore di ore lavorative rispetto a quello risultante dall'applicazione dei criteri indicati nel medesimo Piano Industriale inerenti all'impiego delle cinque risorse previste nel passaggio del servizio con un impiego a tempo pieno.

A fronte di questa evidente incongruità dell'offerta la stazione appaltante, prima di aggiudicare la gara, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti alla concorrente aggiudicataria al fine di valutare questi profili di anomalia in ordine al costo del lavoro e al rispetto dei minimi inderogabili previsti nei contratti collettivi, all'effettiva discrasia tra il numero di ore indicato nella *lex specialis* e quello proposto e alla possibilità di garantirne la corretta esecuzione del servizio con il monte ore previsto in offerta.

Per tale ragione l'atto di aggiudicazione deve essere annullato, come pure, per illegittimità derivata, deve essere annullato il provvedimento che ha decretato l'efficacia definitiva dell'aggiudicazione.

13) La Termotetti S.a.s. ha formulato, in sede di ricorso per motivi aggiunti nel giudizio di cui al r.g. 1688 del 2017, un ulteriore profilo di censura riguardante l'assenza, in capo alla Ricicla S.r.l., del requisito di iscrizione all'Albo gestori ambientali per la "categoria 4 classe E o superiore" prevista ai punti 13.1.1 e 18.2.3 del disciplinare a pena di esclusione, indicando, peraltro, che il RUP avrebbe dovuto verificare l'assenza di tale requisito prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Questo motivo di ricorso si rivela irricevibile per tardività.

La censura, infatti, risulta tardiva, anche in questo caso, come nel suindicato punto 4, indipendentemente dall'applicabilità dell'onere di immediata impugnativa previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. per i provvedimenti di ammissione o esclusione dalle procedure di gara, ovvero sia dalla questione se il termine per impugnare decorre esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (della quale nel caso di specie non si ha notizia), oppure, anche a prescindere dalla pubblicazione, se inizi a decorrere dall'avvenuta conoscenza dell'atto (il verbale del 6/3/2017 di ammissione è stato comunicato alla ricorrente).

Come già indicato, infatti, si può ritenere pacifico che, pur ammettendo la tesi più restrittiva, il termine decadenziale di 30 giorni per l'impugnazione inizi comunque a decorrere dalla pubblicazione, o meglio, dalla ricezione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e, in ogni caso, dall'avvenuta conoscenza di quest'ultimo.

Al riguardo la determinazione dirigenziale n. 11 del 27/03/2017 di aggiudicazione definitiva è stata comunicata a tutti i concorrenti a mezzo PEC e pubblicata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016.

Inoltre, seppure parte ricorrente ha indicato di non aver potuto consultare subito con completezza i documenti di gara - ottenuti solo dopo un formale accesso agli atti in data 9.5.2017 - risulta in realtà che la medesima parte ricorrente ha avuto accesso alla busta A della controinteressata, in cui erano contenute le dichiarazioni della classe di iscrizione, sin dalla data del 22.4.2017, come ammesso in una PEC inviata in pari data.

Non vi è dubbio, infatti, che la conoscenza del provvedimento di ammissione, unitamente alla piena conoscenza dei documenti contenenti le censure di illegittimità paventate, comportava l'onere di impugnativa, con conseguente inizio del decorso, non più tardi del 22.4.2017, del termine per proporre ricorso al fine di far valere l'indicato profilo.

Questa censura è stata, invece, sollevata solo nel ricorso per motivi aggiunti notificato il 7 giugno 2017, con conseguente irricevibilità della stessa per tardività.

La Termotetti ha, altresì, sollevato in sede di ricorso di cui al r.g. 2566/2017 una censura avente ad oggetto la stessa questione dell'assenza in capo all'aggiudicataria del requisito di iscrizione all'Albo gestori ambientali per la "categoria 4 classe E o superiore", sotto diverso profilo, in sede di impugnazione della determina che ha preso atto dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva.

In particolare, ha dedotto l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che, in sede di verifica dei requisiti, ai sensi dell'art. 32, commi 7 e 8 del D.Lgs. n. 50/2016, non avrebbe rilevato l'assenza del predetto requisito.

La censura si rileva anche sotto questo profilo irricevibile per tardività.

La doglianza inerente all'assenza del requisito andava, infatti, proposta tempestivamente, quale doglianza avverso l'ammissione della Ricicla S.r.l. o, tutt'al più avverso l'aggiudicazione, e non poteva essere successivamente fatta valere sotto il profilo della mancata verifica da parte della stazione appaltante all'atto della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione.

In particolare, l'ordinamento è chiaro nel ritenere che le parti debbano sollevare i propri motivi di censura entro i termini decadenziali previsti dalla legge.

Nel caso in esame, peraltro, si ricade nell'ipotesi di impugnativa di una causa di possibile esclusione del partecipante alla gara, per la quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., prevede termini assolutamente perentori di impugnativa, addirittura anticipati rispetto all'aggiudicazione definitiva, prevedendo che "l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale".

In questo caso, come già indicato, parte ricorrente, pur avendo avuto avviso dell'ammissione alla gara dell'impresa poi aggiudicataria e dell'intervenuta aggiudicazione (comunicato alle parti), nonché piena conoscibilità del profilo inerente all'assenza del requisito in questione, non ha proposto tempestiva impugnativa nemmeno rispetto alla determina di aggiudicazione definitiva.

Termotetti S.a.s. è, pertanto, decaduta dalla possibilità di far valere questa censura e non può sollevarla censurando l'operato della stazione appaltante in sede di verifica dei requisiti, con l'effetto di "aggirare" l'intervenuta decadenza.

Ciò tanto più in quanto Ricicla Srl, in sede di offerta, non ha "falsamente" autodichiarato, con le modalità di cui al D.P.R. n. 445/2000, il possesso di un requisito in realtà non sussistente, bensì ha attestato il possesso dell'iscrizione all'Albo gestori ambientali per la categoria effettivamente posseduta (cat. 4 classe F), benchè ritenuta insufficiente dalla ricorrente.

Non vi è stata, quindi, alcuna inesatta dichiarazione e ricorrente ben avrebbe potuto accertare l'assenza del requisito ed agire tempestivamente.

14) Quanto alla domanda di risarcimento danni formulata nel ricorso di cui al r.g. 1688/2017 e ribadita nel ricorso per motivi aggiunti, la stessa non può essere accolta in forma equivalente, giacché – come è noto – l'illegittimità di un provvedimento amministrativo per vizi procedimentali che impongano il rinnovato

esercizio del potere comporta che la richiesta di risarcimento del danno sia suscettibile di valutazione solo all'esito della nuova manifestazione di volontà dell'Amministrazione, ove – come nel caso di specie – persistano in capo all'Amministrazione stessa significativi margini di discrezionalità in sede di riesercizio del potere .

15) In conclusione, l'atto di esclusione della Termotetti S.a.s. dalla gara per anomalia dell'offerta deve essere annullato, così come devono essere annullati l'atto di aggiudicazione definitiva del servizio alla Ricicla S.r.l. e il provvedimento che ha decretato l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione, per i motivi e nei termini suindicati.

L'Amministrazione dovrà provvedere alla rivalutazione, da un lato, della posizione di anomalia dell'offerta della Termotetti S.a.s. e, dall'altro lato, dell'offerta della Ricicla S.r.l. in relazione al costo del lavoro e del monte ore previsto nonché in relazione alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti di fatturato dichiarati da quest'ultima ditta.

Il Collegio, inoltre, valutati gli elementi di cui all'art. 122 c.p.a., e stante che le parti non hanno evidenziato specifiche ragioni per le quali mantenere fermo il contratto, ritiene di dover dichiarare l'inefficacia del contratto per la gestione del servizio stipulato tra l'aggiudicataria e l'Amministrazione appaltante, con decorrenza *ab origine*. Del resto, che la dichiarazione di inefficacia del contratto possa essere pronunciata anche nelle ipotesi in cui l'annullamento dell'atto di aggiudicazione comporta la necessità di ripetizione della gara è stato di recente riconosciuto dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22 marzo 2017 n. 7295).

Non è, invece, possibile disporre il subentro della Termotetti S.a.s. nell'esecuzione del servizio, non essendo stato acclarato, allo stato, il titolo della stessa a conseguire l'aggiudicazione.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

16) Le spese di giudizio seguono il regime della soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- riunisce il ricorso di cui al r.g. 2566/2017 al ricorso di cui al r.g. 1688/2017;
- dichiara irricevibile per tardività il ricorso incidentale proposto nel giudizio di cui al r.g. 2566/2017;
- accoglie il ricorso di cui al r.g. 2566/2017 nei termini di cui in motivazione;
- accoglie il ricorso di cui al r.g. 1688/2017 nei termini di cui in motivazione;
- rigetta in parte e in parte dichiara irricevibile per tardività il ricorso per motivi aggiunti di cui al r.g. 1688/2017;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'aggiudicataria e l'Amministrazione appaltante, con decorrenza *ab origine*;
- rigetta la domanda risarcitoria per equivalente.

Condanna il Comune di Limatola e la Ricicla S.r.l. al pagamento, in favore della Termotetti S.a.s., delle spese di lite, quantificate complessivamente in 6.000 euro, in ragione di 3.000 euro per ciascuna parte soccombente, oltre accessori se dovuti

e alla rifusione del contributo unificato, da suddividere a metà tra le due parti soccombenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO