

N. 01994/2015REG.PROV.COLL.

N. 10767/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10767 del 2014, proposto da:
Team Ambiente S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/b;

contro

Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangiamele, Gabriele Pafundi e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14/a;

nei confronti di

Zanetti Arturo & C. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Giavazzi, con domicilio di legge presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01105/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per affidamento quinquennale di servizio raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate e di Zanetti Arturo & C. s.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Zanetti Arturo & C. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 marzo 2015 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Brugnoletti, Pafundi e Giavazzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con l'appello in epigrafe Team Ambiente s.r.l. ha esposto di aver partecipato in r.t.i. con Ghibeca, unitamente all'altro solo concorrente Zanetti Arturo & C. s.r.l. (gestore uscente), alla gara indetta nel 2010 dall'Azienda ospedaliera Bolognini di Seriate per l'affidamento quinquennale del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali (pericolosi e non) per l'importo complessivo di € 2 milioni.

Nel settembre 2010 la gara è stata aggiudicata a Zanetti, ma su suo ricorso l'aggiudicazione è stata annullata, per difetto nell'aggiudicataria di un requisito tecnico di partecipazione e mancata indicazione dei costi di sicurezza, con sentenza 20 aprile 2011 n. 583 del TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, confermata in appello (Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2011 n. 6380).

Tuttavia l'Azienda ha deciso di verificare, ai sensi dell'art. 2 del capitolato, se tra le aziende sanitarie lombarde aderenti all'accordo interaziendale per l'acquisto di beni e servizi vi fossero contratti economicamente più convenienti, prorogando nelle more l'affidamento al gestore uscente. Ha quindi individuato come conveniente il contratto in essere presso l'Azienda ospedaliera di Treviglio ed ha chiesto ed ottenuto da Team Ambiente la presentazione di un'offerta migliorativa. Avviata l'istruttoria per verificarne la convenienza, a distanza di tre mesi ha comunicato che il contratto degli Istituti Ospitalieri di Cremona con H3 era ancor più conveniente, invitando l'r.t.i. a formulare un ulteriore sconto.

Team Ambiente ha però opposto l'inidoneità di quel contratto a costituire idoneo parametro di riferimento ed il 30 gennaio 2012 ha chiesto all'Azienda di conoscere le determinazioni in merito all'affidamento.

In risposta alla richiesta con deliberazione 31 gennaio 2012 n. 72 l'Azienda ha deciso di non procedere all'aggiudicazione e di indire nuova gara.

Team Ambiente ha impugnato anche tale deliberazione e con sentenza 5 marzo 2013 n. 214 il predetto TAR ha, tra l'altro, respinto la domanda annullatoria, ritenendo che l'offerta in gara non potesse essere oggetto di miglioramento, e la domanda risarcitoria, ritenendo che il comportamento dell'Azienda non integrasse la violazione dei doveri di leale collaborazione.

Nelle more, la nuova gara è stata espletata ed ha visto Zanetti nuovamente aggiudicataria.

La pronuncia n. 214 del 2013 è stata riformata in appello con sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 28 febbraio 2014 n. 943, con cui è stato negato che l'offerta presentata in gara non potesse essere rinegoziata ed affermato ed affermato che l'offerta migliorata dovesse essere rivalutata per verificarne l'adeguatezza.

Con deliberazione 18 aprile n. 304 l'Azienda ha deciso di procedere nuovamente alla valutazione di convenienza dell'offerta migliorata e con successiva deliberazione 20 maggio 2014 n. 363 ha di nuovo ritenuto non conveniente la stessa offerta (comparata con i prezzi offerti da Zanetti nel 2010 e nel 2005, con quello della gara indetta nel 2006 dagli Istituti Ospitalieri di Cremona nonché, nello schema di calcolo e non in delibera, con quello offerto dalla società Douglas in una procedura negoziata, di durata semestrale ed al prezzo più basso, indetta dalla stessa Azienda di Seriate), confermando l'aggiudicazione della seconda gara in favore di Zanetti.

Pure queste ultime deliberazioni sono state impugnate, ma il TAR ha respinto il ricorso con sentenza 21 ottobre 2014 n. 1105, che non risulta notificata.

2.- Di qui l'appello, inoltrato per le notifiche il 30 dicembre 2014, depositato il giorno seguente, notificato i giorni 8 e 13 gennaio 2015, col quale Team Ambiente ha dedotto "*Errores in iudicando*. Violazione dei limiti di giurisdizione. Divieto di integrazione della motivazione nel corso del giudizio. Carenza istruttoria. Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza ed illogicità. Elusione del giudicato. Violazione dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990. Erronea istruttoria" in relazione ai seguenti aspetti:

Premessa.

Il giudicato nascente dalla sentenza n. 943 del 2014 imponeva di rivalutare l'offerta migliorata del r.t.i. Team Ambiente sulla scorta del contratto dell'Azienda ospedaliera di Treviglio per poi procedere o meno all'aggiudicazione della (prima) gara. Di contro, l'Azienda ha paragonato l'offerta migliorata con altri prezzi. Al riguardo era dedotto il difetto di istruttoria, poiché i soli tre prezzi presi a riferimento erano numericamente insufficienti a fondare il giudizio di convenienza, e l'erroneità dell'istruttoria stessa, poiché i detti tre prezzi non costituivano idoneo parametro in quanto attinenti a servizi svolti con modalità diverse o sopravvenuti al momento in cui doveva essere condotta la valutazione.

Il TAR ha respinto le censure premettendo di non condividere la tesi secondo cui la formazione del giudicato impedisse l'applicazione dell'art. 81, co. 3, del codice dei contratti e l'art. 2 del capitolato speciale, posto che nessuna sentenza ha riconosciuto a Team Ambiente il diritto all'aggiudicazione della gara, bensì solo ad un'approfondita istruttoria per l'accertamento delle condizioni ivi previste. Ciò è erroneo poiché ella non sosteneva l'inapplicabilità del cit. art. 81, anzi ne invocava l'applicazione. Nel merito, il primo giudice ha affermato che il giudizio su quale sia l'offerta più conveniente rientra nella discrezionalità tecnica propria della p.a. e nel caso di specie non erano dedotti vizi di irrazionalità ed illogicità. Ma il detto art. 81 postula, pena un comportamento arbitrario, una specifica e penetrante istruttoria e motivazione e tale ambito è pacificamente sindacabile dal giudice amministrativo.

A.- Sulla carenza istruttoria

Erroneamente il TAR ha ritenuto giustificato il giudizio di non convenienza dell'offerta migliorata dall'individuazione dei prezzi più bassi praticati da Zanetti in regime di proroga della gara del 2005 e nella gara del 2010, quello praticato da Douglas in una procedura negoziata al prezzo più basso e quello offerto da Zanetti nel 2012, ancorché sopravvenuto, quest'ultimo qualificato dirimente (pur essendo stato assunto in deliberazione come elemento di fatto "sintomatico dell'esistenza di una disponibilità di mercato ad offrire prezzi più convenienti", e non come elemento istruttorio). L'Azienda si è basata "chirurgicamente" solo su tali tre prezzi, pur sapendo che erano più bassi e pur avendo a disposizione quelli delle aziende della Regione Lombardia e delle regioni limitrofe, tutti in realtà più alti, specie quelli riferibili a un servizio analogo con contenitori monouso in polipropilene, ossia ha svolto un'istruttoria carente priva di indagine di mercato benché avesse ciò deciso nel 2011. Non è stato considerato che l'offerta migliorata di Team Ambiente era stata "provocata" per far adeguare i prezzi a quelli dell'Azienda di Treviglio, mentre quelli degli Istituti Ospitalieri di Cremona erano stati individuati dopo la presentazione dell'offerta migliorata.

Il giudizio di non convenienza è stato reso solo sul prezzo offerto da Team Ambiente, senza tener conto della sua offerta tecnica.

L'assunto del TAR sull'adeguatezza dell'istruttoria e la sua conformità ai principi in materia è pertanto errato. Inoltre, travalica i limiti di giurisdizione per invadere quelli riservati alla stazione appaltante laddove ha posto la nuova offerta Zanetti quale elemento sufficiente a far ritenere legittima la valutazione di non convenienza dell'offerta migliorata di Team Ambiente, nonché viola il giudicato poiché ha preso in considerazione il prezzo sopravvenuto, mentre il Consiglio di Stato aveva disposto la rinnovazione dell'istruttoria "ora per allora".

B.- Sull'erroneità dell'istruttoria.

Si deduceva l'incomparabilità dei prezzi assunti a riferimento in quanto relativi a servizi diversi con diverse modalità di esecuzione, quali l'uso presso gli Istituti Ospitalieri di Cremona di contenitori monouso in cartone in luogo di quelli polipropilene alveolare, più costosi, richiesti dall'Azienda Bolognini per i rifiuti sanitari a rischio infettivo pari al 90% delle tipologie di rifiuti da raccogliere.

Sul punto, non sono condivisibili le conclusioni del primo giudice, secondo cui l'offerta doveva essere valutata anche tenendo conto della possibilità di contenitori diversi aventi prezzo più basso, ma parimenti idonei e comunque adeguati al perseguimento dello scopo finale. La possibilità di fornitura di contenitori diversi è infatti irrilevante per apprezzare la convenienza al cospetto della precisa scelta della *lex specialis*, che consentiva di offrire contenitori in polipropilene, e del contenuto dell'offerta della Team Ambiente, conforme al capitolato, mentre fuorviante è il fatto che "potenzialmente" fosse possibile l'utilizzo di contenitori diversi; occorre perciò che la comparazione avvenisse con offerte simili, dovendosi valutare non le prestazioni teoricamente previste dalla legge di gara, ma l'effettiva offerta proposta.

Era inoltre dedotta l'inidoneità del prezzo dei predetti Istituti perché derivante da un rinnovo disposto nel giugno 2011 di un contratto stipulato nel 2006, in cui l'esecutore può beneficiare di economie di scala assenti all'avvio di un nuovo contratto e dell'avvenuto ammortamento degli investimenti di mezzi e attrezzature dedicate all'appalto.

Il primo giudice non ha considerato l'inidoneità ai fini in parola del prezzo Zanetti del 2010, posto che il concorrente era stato escluso per ragioni relative a due importanti voci di costi aziendali che "delegittimano" il prezzo stesso.

L'inidoneità delle offerte Zanetti discende anche dal fatto che la società gode di un vantaggio territoriale, avendo sede in località vicina a quella dell'Azienda Bolognini. Al riguardo, il TAR ha osservato che si trattava di vantaggio oggettivo ed ineliminabile, non incidente sulla concorrenza e la cui interiorizzazione del calcolo del prezzo praticabile esclude ogni imputabilità degli effetti alla stazione appaltante, non rappresentando un elemento di distorsione. La territorialità non era però adottata in relazione alla violazione della *par condicio*, ma quale elemento ulteriore di carenza istruttoria, atteso che impediva di paragonare i prezzi, pena altrimenti premiare surrettiziamente le imprese più vicine territorialmente, in spregio del principio comunitario che vieta di considerare la localizzazione dell'impresa come elemento premiante dei concorrenti.

Era il mercato "comunitario" che la Bolognini doveva prendere in considerazione, non le sole offerte di Zanetti formulate nel 2005 (oggetto di infinite proroghe), nel 2010 (quando fu esclusa) e nel 2012.

Sul prezzo degli Istituti Ospitalieri di Cremona l'Azienda ha osservato che era realistico ed anzi probabile ottenere condizioni migliori da un nuovo confronto concorrenziale, così fondando un giudizio di probabilità su due soli prezzi e non, com'era necessario, su una molteplicità di elementi, cioè sui prezzi delle principali gare espletate tra il 2012 ed il 2014, tutti superiori all'offerta migliorativa di Team Ambiente.

C.- Sul comportamento e sugli effetti della pronuncia del giudice amministrativo.

I provvedimenti impugnati in primo grado non solo sono illegittimi singolarmente presi, ma evidenziano un comportamento complessivo (come riconosciuto dalla sentenza n. 943 del 2014 del Consiglio di Stato) illegittimo che continua a perpetrarsi, giungendo all'abuso di potere, mascherato dall'esercizio di una legittima facoltà, ed all'elusione del giudicato, per come proteso a "confermare" la propria scelta iniziale piuttosto che a ricercare una soluzione più conveniente. Del resto, non si comprende perché non si sia aderito al contratto degli Istituti Ospitalieri, ad un prezzo più basso di quello praticato da Zanetti sia nel 2010 che nel 2012. In altri termini, si tratta della reiterazione, dopo l'annullamento giurisdizionale, di comportamenti illegittimi e lesivi, costringendo l'attuale appellante ad adire la quarta volta il giudice amministrativo. E, come affermato dalla giurisprudenza, a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento con invito all'amministrazione a rivalutare la situazione, tale rivalutazione può avvenire una sola volta e non generare una rivalutazione all'infinito, mentre nella specie la possibilità di riesaminare è stata già consumata e con il provvedimento impugnato si è svolto un secondo riesame concluso sfavorevolmente, senza che sia

emerso alcun elemento che possa far ritenere l'offerta non conveniente e/o faccia ritenere più conveniente perseguire altre soluzioni; dunque, in caso di esito positivo del giudizio l'Azienda non potrà decidere sfavorevolmente per la terza volta ma dovrà attribuire all'appellante il bene della vita a cui aspira, ossia l'aggiudicazione della gara del 2010.

Con atto inoltrato per le notifiche il 28 gennaio 2015, notificato i seguenti giorni 4 e 5 febbraio, depositato il 3 anteriore, Zanetti Arturo & C. s.r.l., ricostruita la vicenda, ha svolto controdeduzioni

e proposto appello incidentale deducendo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità della domanda di aggiudicazione dell'appalto, avendo Team Ambiente prestato acquiescenza alla seconda aggiudicazione in favore di Zanetti con rinuncia alla domanda di annullamento della relativa deliberazione del 23 novembre 2012 in ragione di "sopravvenute esigenze di natura strettamente imprenditoriali, attinenti a valutazioni strategiche, rientranti in un più ampio progetto di definizione degli obiettivi aziendali".

In data 24 febbraio 2015 anche l'Azienda ospedaliera Bolognini si è costituita in giudizio e, ricostruita anch'essa la vicenda, ha svolto controdeduzioni.

Con memoria dello stesso giorno Team Ambiente ha eccepito l'inammissibilità dell'appello incidentale per omessa contestazione di una delle due ragioni, sulla quale si è quindi formato il giudicato interno, per le quali con la sentenza appellata è stata respinta l'eccezione di difetto di legittimazione della ricorrente, costituita dall'esser a suo tempo pendente il contenzioso sull'indizione della nuova gara, sicché poteva ragionevolmente ritenersi che la medesima ricorrente contasse sull'effetto caducante dell'eventuale sentenza di accoglimento anche sull'esito della nuova gara e avesse, dunque, interesse all'esecuzione del servizio alle condizioni previste sull'offerta migliorativa.

Nel merito, ha sostenuto l'infondatezza dell'appello incidentale sotto vari profili.

Ha poi replicato alle difese di Zanetti, sostenendo l'inammissibilità della deduzione circa l'assunta diversità ontologica tra art. 81 del codice contratti e dell'art. 2 del capitolato.

In data 28 febbraio 2015 la stessa Team Ambiente ha inoltre replicato alla memoria dell'Azienda, mentre in data 2 marzo seguente Zanetti ha replicato alle difese avversarie.

La causa è stata introitata in decisione all'udienza pubblica del 12 marzo 2015.

3.- L'appello principale è infondato, con conseguente improcedibilità dell'appello incidentale, che investe la sola domanda di aggiudicazione dell'appalto, la quale si pone a valle e presuppone l'esito positivo della prioritaria domanda annullatoria.

4.1.- Al riguardo, occorre premettere che la sentenza del TAR 5 marzo 2013 n. 214 è stata resa sull'atto introduttivo del giudizio instaurato da Team Ambiente avverso la deliberazione 31 gennaio 2012 n. 72, di diniego della possibilità di tener conto della sua offerta migliorata in quanto modificativa delle condizioni contrattuali proposte in gara (quindi di non disporre l'aggiudicazione in favore della stessa Team Ambiente in presenza di un'unica offerta rimasta in gara non conveniente, di procedere a nuova gara e nel contempo prorogare ulteriormente il contratto con Zanetti), nonché sui motivi aggiunti avverso l'indizione della nuova gara e la sua aggiudicazione in favore della controinteressata, con richiesta risarcitoria.

Con tale sentenza il ricorso è stato accolto limitatamente alla reiterazione delle proroghe in favore di Zanetti oltre il 30 aprile 2012, mentre è stato per il resto respinto. In particolare, è stato affermato, tra l'altro, che dal giudicato di cui alla precedente sentenza n. 583 del 2011, di annullamento dell'aggiudicazione della prima gara in favore di Zanetti, non discende un vincolo all'aggiudicazione in favore di Team Ambiente poiché il giudicato stesso si è arrestato all'esclusione della controinteressata; di qui la legittimità della scelta di indire nuova gara, posta la sussistenza di un rigoroso divieto di rinegoziazione delle offerte economiche e la non ravvisabilità nella scelta stessa di evidenti vizi di logicità, razionalità e travisamento dei fatti.

4.2.- La Sezione, con la pronuncia 28 febbraio 2014 n. 943, resa sull'appello di Team Ambiente avverso detta sentenza del TAR n. 214 del 2013, premessa la correttezza dell'affermazione del primo giudice circa l'insussistenza, alla stregua del giudicato formatosi sulla citata pronuncia n. 583 del 2011, dell'obbligo della p.a. di aggiudicare la gara a Team Ambiente, ha però ritenuto illegittima la tesi dell'impraticabilità sotto il profilo giuridico dell'offerta migliorativa, poiché la stazione appaltante può concordare con l'aggiudicatario uno sconto maggiore rispetto a quello offerto in gara, senza che ciò costituisca nuova aggiudicazione o distorsione della concorrenza, a condizione che l'adeguamento sia minimo e non comporti perciò un nuovo appalto, non riscontrando ragioni logico giuridiche che impedissero all'amministrazione di condurre un'ulteriore trattativa col vincitore. Ha quindi giudicato illegittima *in parte qua* la delibera 31 gennaio 2012 n. 72 "con conseguente obbligo per l'Amministrazione di rinnovare gli atti del procedimento a partire dalla valutazione di convenienza dell'offerta 'migliorata' di Team Ambiente".

Ha inoltre riconosciuto la responsabilità precontrattuale dell'Azienda, che aveva avviato le trattative, per aver ingenerato nella controparte l'affidamento nell'utilità delle trattative stesse e, di qui, il diritto al risarcimento del danno per spese inutilmente sostenute e perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali, cioè nei limiti del c.d. interesse negativo, nonché il diritto al risarcimento del danno da ritardo stante l'eccessività del tempo trascorso per la conclusione del procedimento, ma non anche il diritto al risarcimento in forma specifica. Ciò in quanto "L'interesse della ricorrente a conseguire l'affidamento dell'appalto non può prescindere (...) dall'esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà, prevista dall'art. 2 del capitolato speciale, con cui l'Amministrazione si è riservata, a suo insindacabile giudizio, di non procedere all'attuazione della procedura di gara, per la scelta di aderire al Consorzio delle Aziende Sanitarie della Regione Lombardia o per l'adesione a contratti stipulati da altra Azienda sanitaria o a procedure telematiche o per altri motivi, purché più vantaggiosi dal punto di vista economico".

Di conseguenza, ha precisato che l'accoglimento nei sensi predetti dell'appello "non comporta l'automatico travolgimento della 2° gara per l'affidamento del servizio, che si è svolta sul presupposto della non negoziabilità dell'offerta migliorata e sulla considerazione della necessità di contenere la spesa pubblica, in esercizio della facoltà di cui all'art. 2 del capitolato speciale", atteso che "finché non verrà formulato il giudizio circa l'adeguatezza o meno dell'offerta economica migliorata, non essendo individuabile in Team Ambiente il soggetto avente titolo alla stipula del contratto, non può non riconoscersi come legittimo l'esercizio della discrezionalità dell'azienda nella ricerca della soluzione economicamente più conveniente, e quindi anche la legittimità di indizione di nuova gara".

Infine, ha respinto l'impugnativa a mezzo motivi aggiunti dell'aggiudicazione di tale nuova gara, disattendendo le censure di irragionevolezza dell'aumento del prezzo a base d'asta, per genericità e per la non confrontabilità delle due gare e delle due offerte, e di violazione della *par condicio* in ragione della richiesta della stazione appaltante dello svolgimento del servizio a mezzo contenitori monouso con esclusione di quelli "riutilizzabili", poiché la normativa di riferimento "consente entrambe le soluzioni e lascia arbitra l'amministrazione di scegliere", sicché "nessuna violazione della concorrenza può rinvenirsi nella scelta pienamente consentita dalla norma".

4.3.- In esecuzione della sentenza riassunta appena sopra, con deliberazione 18 aprile 2012 n. 304 l'Azienda Bolognini ha disposto la raccolta di ogni dato utile alla valutazione della convenienza dell'offerta migliorata di Team Ambiente.

Poi con deliberazione 20 maggio 2014 n. 363, sulla scorta della relazione dell'ufficio incaricato e delle tabelle ad essa allegate, ha stabilito di non procedere all'aggiudicazione della gara del 2010, ritenendo "ora per allora" economicamente più vantaggiosa l'indizione di una nuova gara rispetto all'affidamento del servizio alle condizioni di cui all'offerta migliorata di Team Ambiente.

In particolare tale offerta è stata comparata, avuto riguardo ai vari quantitativi ed ai differenti periodi, con i prezzi di Zanetti in regime di proroga, delle due concorrenti nella gara del 2010 e nella nuova gara, dell'Azienda ospedaliera di Cremona, nonché della stessa Team Ambiente e di Douglas Ecology (aggiudicataria) nella procedura negoziata svolta nel 2012.

5.- Ciò posto, il Collegio osserva in primo luogo che, com'è evidente da quanto sopra riportato e diversamente dalla prospettazione esposta nelle proprie premesse dall'appellante principale, nella precedente sentenza n. 943 del 2014 della Sezione non si affermava affatto che l'offerta migliorata di Team Ambiente dovesse essere rivalutata in base al contratto dell'Azienda ospedaliera di Treviglio, bensì che restava integra la facoltà della stazione appaltante di esercitare la facoltà prevista dall'art. 2 del capitolato speciale il quale, come precisato nella stessa sentenza, consente non solo l'adesione a contratti aggiudicati da altre aziende sanitarie, ma anche ogni altra soluzione "purché economicamente più vantaggiosa", compresa l'indizione di nuova procedura.

In altri termini, la pronuncia non limitava il parametro di raffronto all'offerta sopra indicata, laddove invece quanto ritenuto illegittimo era l'assunta impossibilità giuridica di tener conto dell'offerta migliorativa di Team Ambiente, pur sollecitata dalla stessa Amministrazione; pertanto, il giudicato non vietava l'esercizio, per la prima volta, della facoltà di non procedere all'aggiudicazione sulla base dell'offerta migliorata né delimitava o comunque indicava l'ambito in cui l'Azienda avrebbe dovuto muoversi per effettuarne la valutazione di convenienza.

6.1.- In secondo luogo, la deliberazione di cui si controverte risulta in linea non solo con la predetta disposizione della *lex specialis* di gara, bensì anche con il più generale ma non dissimile art. 81, co. 3, del codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che "Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto".

6.2.- La norma richiede alla stazione appaltante un giudizio di convenienza sul futuro contratto, che consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell'esercizio ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara (cfr. Cons. St., sez. III, 4 settembre 2013 n. 4433).

È ben vero, peraltro, che siffatto giudizio implica una specifica e penetrante motivazione, corredata dall'esplicitazione precisa e circostanziata degli elementi di inidoneità dell'offerta che giustificano la mancata aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013 n. 3215).

Tuttavia nella specie non può negarsi che l'Azienda Bolognini abbia esplicitato ampiamente e chiaramente le ragioni del diniego di aggiudicazione, ravvisando nell'offerta migliorata di Team Ambiente l'elemento di inidoneità costituito dal prezzo, tenuto anche conto che trattasi di parametro "prevalente" assunto dalla disciplina di gara (pp. 60 su 100).

6.3.- Né l'istruttoria compiuta per pervenire a questa conclusione, per vero precisa ed approfondita in quanto riferita anche alle varie modalità di affidamento (rinnovo, procedura negoziata e gara aperta), può ritenersi carente in ragione del ristretto numero dei prezzi comparati anziché di quelli praticati presso tutte le aziende della Regione Lombardia e delle regioni limitrofe.

Difatti, come bene esposto dalla difesa dell'Amministrazione appellata, non si trattava di effettuare un'indagine di mercato per verificare se, in assoluto ed in astratto, l'offerta migliorata di Team Ambiente fosse o meno di per sé in linea con i dati emergenti da tale indagine, bensì - a maggior ragione del fatto che Team Ambiente era l'unica concorrente rimasta in gara e che, per questo, non vi era stato in realtà alcun confronto concorrenziale - di valutare se, in concreto, fosse possibile scontare migliori condizioni economiche.

E ciò l'Azienda ha fatto prendendo coerentemente, in via logica, in considerazione pure i prezzi appunto in concreto e per il medesimo servizio praticati nei suoi confronti; prezzi a fronte dei quali l'offerta migliorata di Team Ambiente non si è rivelata conveniente rispetto sia alle condizioni coeve, cioè "ora per allora" senza tener conto dei prezzi sopravvenuti, sia, alla prova dei fatti, alle condizioni successive ed in particolare quelle ottenute con la nuova gara, onde è stata pure verificata a posteriori la bontà della scelta di indire altra procedura alla quale, d'altra parte, aveva partecipato anche Team Ambiente le cui contestazioni sull'esito della stessa procedura da un lato sono state respinte con la ridetta sentenza n. 943 del 2014 in sede di appello

in relazione ai motivi aggiunti formulati nel rispettivo ricorso di primo grado, e, dall'altro lato, a cui essa ha rinunciato nell'autonomo ricorso di primo grado.

Non v'è dubbio, invero, che il prezzo di aggiudicazione della seconda gara, pur successivo e nondimeno proprio per questo legittimamente considerato dall'Amministrazione confermativo della possibilità di fruire di un risparmio di spesa, rappresenta un valido e razionale elemento di fatto "sintomatico dell'esistenza di una disponibilità di mercato ad offrire prezzi più convenienti" e, più precisamente, dello specifico mercato direttamente interessato allo svolgimento del servizio di cui trattasi.

Ciò non diversamente dal prezzo offerto da Zanetti nella prima gara, tenuto conto che l'esclusione non era stata determinata da un'anomalia dell'offerta o da cause che incidessero sulla sua entità; di contro, l'esclusione era avvenuta per profili che, pur riflettendosi sull'ammissibilità dell'offerta, ne investivano il confezionamento formale. Con la sentenza del TAR 20 aprile 2011 n. 583, confermata da Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2011 n. 6380, è stato infatti ritenuto che l'aggiudicataria dovesse essere esclusa in primo luogo per aver prodotto in allegato alla domanda, invece delle prescritte convenzioni ed in violazione della *par condicio* tra i concorrenti, una dichiarazione sostitutiva di atto notorio indicante le convenzioni in essere con i centri autorizzati al trattamento dei rifiuti, priva inoltre dell'indicazione della durata delle medesime e della scadenza dei relativi contratti, laddove in ogni caso tale carenza non avrebbe potuto essere colmata con successiva dichiarazione ulteriore; ed in secondo luogo per la mancata indicazione preventiva, già in sede di offerta, dei costi di sicurezza, esposti invece in sede di verifica di congruità. Non può pertanto ragionevolmente affermarsi che l'offerta non fosse congrua perché basata su convenzioni scadute e nella sua quantificazione non fossero stati considerati i costi di sicurezza, dunque che quel prezzo non fosse significativo ai fini in parola.

6.4.- Sotto altro aspetto, è errato sostenere che la valutazione *de qua* avrebbe dovuto essere condotta in base ad un servizio del tutto analogo, vale a dire espletato per i rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo mediante i più costosi contenitori riutilizzabili in polipropilene alveolare, e non anche con contenitori monouso in cartone di minor prezzo, sicché non avrebbe costituito corretto termine di raffronto il prezzo dell'Azienda ospedaliera di Cremona relativo a contratto prevedente appunto contenitori monouso e, nel contempo, nella stessa valutazione avrebbe dovuto assumere rilievo non solo l'offerta economica migliorata di Team Ambiente, ma anche la sua offerta tecnica, cioè gli elementi qualitativi proposti.

Si è detto, difatti, che ai sensi del cit. art. 81, co. 3, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 il giudizio di non convenienza attiene all'esercizio ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati dalle valutazioni tecniche del seggio di gara, con la conseguenza che rientrano negli elementi su cui può legittimamente fondarsi tale giudizio anche le opzioni qualitative consentite dalla *lex specialis* di gara, quali, nella specie, la scelta tra le due modalità, entrambe ritenute idonee per espressa previsione della normativa generale di riferimento (art. 9 d.m. 26 giugno 2000 n. 219) e del capitolato speciale (art. 11).

6.5.- Non può essere seguita neppure l'argomentazione secondo cui non potessero essere presi a confronto i prezzi in sede di rinnovo o proroga contrattuale.

Tali prezzi, al pari di quelli offerti in sede di procedura negoziata al prezzo più basso per la gestione temporanea del servizio, dimostrano comunque l'acquisibilità del servizio stesso a migliori condizioni, quale che sia il metodo di acquisizione.

6.6.- Infine, non inficia l'istruttoria compiuta il dato che Zanetti godesse di un vantaggio territoriale derivante dalla vicinanza della sede dell'impresa a quella dell'Azienda Bolognini, cioè al luogo dell'esecuzione del servizio.

Bene ha osservato il primo giudice al riguardo che si tratta di un fattore oggettivo non incidente sulla concorrenza, come già affermato dalla Sezione con la menzionata sentenza n. 943 del 2014 e, del resto, riconosce la stessa appellante.

Né il dato ora in parola impediva di configurare il relativo prezzo quale parametro di valutazione della convenienza dell'offerta migliorata di Team Ambiente, in spregio dei principi comunitari i quali affermano che la localizzazione dell'impresa non possa fungere da elemento premiante dei concorrenti e con conseguente *vulnus* del cit. art. 81, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Al riguardo, va ribadito quanto già esposto al precedente paragrafo 6.3), cioè che il giudizio di convenienza effettuato dall'Azienda non doveva consistere in una generale ed astratta indagine di mercato, mirando invece, anche ai sensi dello stesso art. 81, co. 3, a verificare in concreto l'opportunità economica di quel futuro rapporto negoziale rispetto ad altre possibilità emergenti parimenti in concreto. Ed in tale contesto non si vede come la vicinanza territoriale si traduca in premialità piuttosto che in un fattore oggettivo di economicità, oltretutto rientrante nell'ambito delle condizioni eccezionalmente favorevoli delle quali dispone l'offerente, previste dall'art. 87, co. 2, lett. c), del predetto decreto legislativo ed idonee a giustificare finanche un'offerta che appaia anormalmente bassa.

7.- Per le considerazioni sin qui esposte si rivelano corrette le conclusioni raggiunte dal primo giudice in ordine ai dedotti vizi di carenza ed erroneità dell'istruttoria che ha condotto all'adozione della contestata deliberazione n. 363 del 2014.

8.- Per le stesse considerazioni non sussistono neppure i vizi prospettati dall'appellante principale con riguardo al comportamento complessivo dell'Azienda.

Si è visto, invero, che dal giudicato discende il diritto di Team Ambiente non già all'aggiudicazione, bensì alla valutazione della convenienza della propria offerta migliorata, possibilità, questa, negata in radice con la deliberazione annullata. E per la prima volta tale valutazione l'Azienda Bolognini ha effettuato con la ripetuta deliberazione n. 363 del 2014, onde non è ravvisabile un illegittimo e reiterato comportamento lesivo nei confronti di Team Ambiente.

Pertanto, non sussiste un'elusione del giudicato né un abuso del diritto. Del resto, le obiettive risultanze istruttorie comprovano che la stazione appaltante ha perseguito l'interesse pubblico alla miglior gestione delle proprie risorse economiche.

9.- Una volta esclusa la "convenienza", nella specifica fattispecie di cui si è discusso, dell'offerta di Team Ambiente, non residua in capo alla medesima alcun interesse a contestare il mancato affidamento del servizio in adesione al contratto tra H3 e l'Azienda ospedaliera di Cremona.

10.- In conclusione, come anticipato, l'appello principale va respinto, con conseguente conferma della sentenza appellata. Di qui l'improcedibilità per carenza di interesse dell'appello incidentale.

La complessità della vicenda consiglia la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)