

N. 12505/2014 REG.PROV.COLL.

N. 09401/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9401 del 2014, proposto da:

Romana Maceri Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio ed in qualità di mandataria del RTI costituendo con Ma.Re. Snc, DTV di Della Torre e Veneziano Srl e Martinelli Srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Bragaglia e Cinzia Di Marco, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via Savoia, 78;

contro

Ama Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Alessia Regni, con domicilio eletto presso l'avv. Damiano Lipani in Roma, Via Vittoria Colonna, 40;

nei confronti di

Impresa Sangalli Giancarlo & C Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso l'avv. Claudio De Portu in Roma, Via Flaminia 354;

Società Cooperativa Edera a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Alfano e Massimiliano Cesali, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via G.G. Belli, 36; Remaplast Srl;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva dell'11 giugno 2014 del lotto 1 in favore di Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl e del lotto 3 in favore di Edera Cooperativa sociale a r.l. della procedura aperta bandita da AMA Spa per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata del vetro monomateriale (CER 15 01 07), comprensivo di raccolta, trasporto e stoccaggio del vetro e di noleggio, posizionamento e manutenzione di n. 3540 campane polietilene e del servizio di raccolta differenziata del vetro monomateriale (CER 15 01 07), comprensivo di raccolta, trasporto e stoccaggio del vetro e manutenzione di n. 845 campane per la durata di 60 mesi;

dei verbali e degli altri atti di gara;

delle relazioni del Presidente della Commissione e del Responsabile del procedimento allegate ai verbali;

del provvedimento del Direttore Generale Pad n. 35/2014;

di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama Spa, di Impresa Sangalli Giancarlo & C Srl e di Soc Cooperativa Edera a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. AMA Spa, con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S 63 del 29 marzo 2014, ha avviato una procedura aperta avente ad oggetto il servizio di raccolta differenziata del vetro (CER 15 01 07), comprensivo di raccolta, trasporto e stoccaggio del vetro e di noleggio, posizionamento e manutenzione di n. 3540 campane in polietilene per un periodo di 60 mesi, suddiviso in 3 lotti territoriali (lotti I, II, e III), e servizio di raccolta differenziata del vetro (CER 15 01 07), comprensivo di raccolta, trasporto e stoccaggio del vetro e manutenzione di n. 845 campane in polietilene (lotto IV), per un periodo di 60 mesi.

Con provvedimento del Direttore Generale n. 35 – 2014 sono state determinate, sulla base del criterio del prezzo più basso, le seguenti aggiudicazioni:

I lotto Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl importo offerto €/ton 124,80 (seconda graduata RTI Romana Maceri Spa importo offerto €/ton 145,30);

Il lotto RTI Remaplast Srl importo offerto € 149,00 (seconda graduata Impresa Sangalli Giancarlo & C, Srl importo offerto €/ton 131,65);

III lotto Edera Cooperativa Sociale a r.l. importo offerto €/ton 119,12 (seconda graduata Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl importo offerto €/ton 134,45; terza graduata RTI Romana Maceri Spa €/ton 142,35).

Con il presente ricorso, Romana Maceri Spa ha impugnato la aggiudicazione del lotto n. 1 (servizio di raccolta e trasporto vetro con posizionamento e manutenzione di n. 1285 campane) in favore della Impresa Sangalli e la aggiudicazione del lotto n. 3 (servizio di raccolta e trasporto vetro con posizionamento e manutenzione di n. 920) in favore della Società Cooperativa Edera.

Con riferimento all'impugnazione dell'aggiudicazione del lotto n. 3 alla Cooperativa Edera, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di impugnativa:

Violazione e falsa interpretazione dell'art. 42 d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97, comma 1, Cost. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, falsità dei presupposti e carenza istruttoria (mancata comprova da parte di Edera del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti).

Il servizio che, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, i ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare di avere svolto, a pena di esclusione, per il numero di abitanti o di campane richiesto, era quello di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane, comprensivo del posizionamento delle campane in territori dove queste sono tuttora assenti e della manutenzione delle campane medesime. Edera non avrebbe comprovato i requisiti richiesti in quanto avrebbe svolto per il Comune di Guidonia servizi diversi dal servizio di raccolta differenziata per mezzo di campane e per un numero di cittadini di circa 31.000 abitanti, inferiore a quello di 76.000 abitanti richiesto dal disciplinare di gara.

L'impresa, inoltre, avrebbe partecipato all'appalto del Comune di Guidonia come mandante in un'ATI in una quota di partecipazione prima del 15%, poi del 28,97% ed infine del 30%, sicché potrebbe fregiarsi del servizio svolto solo per la quota di attività effettivamente espletata.

La Cooperativa Edera, pertanto, non avrebbe dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnica richiesto dal disciplinare, ovvero l'aver eseguito "servizi di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane, comprensivi di posizionamento e manutenzione delle stesse", in un bacino di 76.000 abitanti o con un numero di 307 campane atteso che: il servizio riguardava la raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e di nettezza urbana e solo per una porzione davvero marginale la raccolta differenziata per mezzo di campane e, comunque, non il loro posizionamento e la loro manutenzione.

Violazione e falsa interpretazione degli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97, comma 1, Cost. Eccesso di

potere per travisamento dei fatti, falsità dei presupposti e carenza istruttoria (Sull'inaffidabilità dell'offerta di Edera).

L'offerta di Edera sarebbe inaffidabile per due ordini di motivi: il costo del personale estremamente basso ed i significativi costi di trasporto da sostenere per conferire il vetro raccolto in modo differenziato presso gli impianti siti nel Comune di Colleferro.

Violazione e falsa interpretazione del disciplinare di gara, p. 17, lett. B). Eccesso di potere per travisamento dei fatti, falsità dei presupposti e carenza istruttoria (Omissione da parte di Edera di dichiarazioni richieste dal disciplinare).

L'offerta di Edera, in violazione di quanto richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione, non recherebbe alcun impegno a mantenere bloccato il prezzo contrattuale.

Violazione e falsa interpretazione del facsimile, domanda di partecipazione, allegato 1 al disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, falsità dei presupposti e carenza istruttoria (Omissione da parte di Edera di dichiarazioni richieste).

Edera non avrebbe reso la dichiarazione relativa ai soci che figurano nel libro soci.

AMA ha contestato analiticamente la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

La controinteressata Cooperativa Edera, in rito, ha eccepito l'inammissibilità dell'azione di annullamento avverso l'aggiudicazione del lotto n. 3 per carenza di interesse. In particolare, la ricorrente avrebbe impugnato esclusivamente l'aggiudicazione in favore di Edera, nulla eccependo quanto all'offerta presentata dalla impresa Sangalli, seconda in graduatoria, per cui la ricorrente Romana Maceri non potrebbe comunque aggiudicarsi il lotto n. 3.

Nel merito, ha anch'essa analiticamente contestato le censure contenute nel ricorso con riferimento all'impugnazione dell'aggiudicazione del lotto n. 3 concludendo per la reiezione delle stessa.

Con sentenza 28 ottobre 2014, n. 10808, questa Sezione, con riferimento al lotto I, ha respinto l'azione di annullamento dell'aggiudicazione in favore della Impresa Sangalli ed ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese del relativo giudizio, mentre, con riferimento al lotto III - riservata ogni pronuncia in rito, nel merito e sulle spese - ha disposto che AMA Spa e la Cooperativa Edera chiariscano attraverso apposita specifica relazione, allegando ove del caso la relativa documentazione, se il servizio di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane prestato dalla Cooperativa Edera presso il Comune di Guidonia nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando sia stato o meno comprensivo di posizionamento e manutenzione delle campane.

Ama Spa e Cooperativa Edera hanno depositato memorie e documentazione sul punto, mentre la ricorrente ha prodotto altre articolate memorie a sostegno delle proprie ragioni.

All'udienza pubblica del 26 novembre 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'eccezione di carenza di interesse di Romana Maceri all'impugnazione del lotto III è infondata.

In relazione al terzo lotto, come detto, la migliore offerta è stata presentata dalla Cooperativa Edera, con un importo offerto di €/ton 119,12, seguita dalla Impresa Sangalli, con un importo offerto di € 134,45, e da Romana Maceri, con un importo offerto di €/ton 142,35.

Tuttavia, l'eventuale accoglimento della presente impugnazione, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione in favore della Cooperativa Edera, non potrebbe riflettersi a beneficio della Impresa Sangalli, seconda migliore offerente, in quanto quest'ultima è risultata aggiudicataria del lotto 1 e, nel verbale di gara n. 5 di cui alla riunione del 23 maggio 2014, è indicato che "la Commissione, viste le dichiarazioni rese dalla Impresa Sangalli e la comprova offerta in ordine al possesso dei requisiti, ritiene che la citata impresa non si può aggiudicare più di un lotto", tanto che il lotto II è stato aggiudicato a Remaplast Srl che ha offerto un importo superiore (€/ton 149,00) a quello offerto dall'Impresa Sangalli (€/ton 131,65).

Pertanto, la ricorrente Romana Maceri, atteso che la Impresa Sangalli non può aggiudicarsi più di un lotto (il punto 6.2 del disciplinare di gara ha previsto che, ai fini dell'aggiudicazione di più lotti, il concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnica, di cui al punto III.2.3 del bando di gara e al paragrafo 7.1.1 del disciplinare di gara, in misura almeno pari alla somma di quanto richiesto per la partecipazione ai singoli lotti), conseguirebbe certamente un beneficio dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione in favore di Cooperativa Edera in quanto dovrebbe essere individuata come aggiudicataria del lotto.

Di qui, l'interesse della ricorrente all'azione di annullamento dell'aggiudicazione del lotto III.

3. Nel merito, l'azione di annullamento proposta avverso l'aggiudicazione del lotto III in favore della Cooperativa Edera è

infondata e va di conseguenza respinta.

3.1 Con il primo motivo di impugnativa, la ricorrente ha sostenuto che la Cooperativa Edera non avrebbe dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnica richiesto dal disciplinare, ovvero l'aver eseguito "servizi di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane, comprensivi di posizionamento e manutenzione delle stesse", in un bacino di 76.000 abitanti o con un numero di 307 campane atteso che: il servizio riguardava la raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e di nettezza urbana e solo per una porzione davvero marginale la raccolta differenziata per mezzo di campane e, comunque, non il loro posizionamento e la loro manutenzione.

La doglianza non può essere condivisa.

Il punto III.2.3 del bando di gara ha stabilito che, pena l'esclusione dalla gara, ciascun concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al punto 7.1.1 del disciplinare di gara, il quale ha imposto una dichiarazione ex art. 42, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, conforme a quella contenuta nel facsimile allegato sub 1 al disciplinare, attestante, a pena di esclusione, l'aver eseguito negli ultimi tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando, per un periodo continuativo di almeno cento giorni, servizi di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane, comprensivi di posizionamento e manutenzione delle stesse, in un bacino di abitanti o con un numero di campane pari ad almeno, per il lotto III, n. 76.000 abitanti o 307 campane servite.

Dal verbale di gara n. 3 emerge che la Commissione si è riunita in data 19 maggio 2014 per esaminare la documentazione prodotta in riscontro alla richiesta di comprova ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 inoltrata a tutti i concorrenti alla procedura di gara con nota dell'8 maggio 2014 ed al termine della verifica dei documenti presentati ha ritenuto che la Cooperativa sociale Edera non abbia comprovato relativamente al lotto II le dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione in ordine al possesso del requisito di cui al bando di gara ed al punto 7.1.1 del disciplinare di gara, mentre nessuna osservazione ha formulato con riferimento al lotto III.

La documentazione presentata da Cooperativa Edera per comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui punto 7.1.1 del disciplinare di gara con riferimento al lotto III, come indicato nella memoria depositata da AMA il 10 novembre 2014, è stata la seguente:

- dichiarazioni del Comune di Guidonia Montecelio in data 4 febbraio 2013 ed in data 9 ottobre 2013;

- atto aggiuntivo sottoscritto in data 4 agosto 2011 al contratto di appalto stipulato il 23 luglio 2009 tra il Comune di Guidonia Montecelio ed il RTI Aimeri Ambiente (mandataria) ed Edera e CO.GE.I. (mandanti), con relativo allegato A;

- regolamento interno dell'associazione temporanea di imprese.

Il Collegio ribadisce che il punto 7.1.1 del disciplinare di gara ha previsto una dichiarazione ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006 attestante, a pena di esclusione, l'aver eseguito negli ultimi tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando, per un periodo continuativo di almeno cento giorni, servizi di raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane, comprensivi di posizionamento e manutenzione delle stesse, in un bacino di abitanti o con un numero di campane pari ad almeno, per il lotto III, n. 76.000 abitanti o 307 campane servite.

La Città di Guidonia Montecelio nella dichiarazione in data 4 febbraio 2013 ha indicato che la Cooperativa Sociale Edera ha espletato ed espleta in forma associata con Aimeri Ambiente Srl capogruppo mandataria, Edera Cooperativa Sociale mandante e Consorzio Cogei mandante per conto dell'amministrazione "servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, servizi di nettezza urbana e altri servizi connessi a quelli precedenti" con inizio del servizio in data 7 settembre 2009 per 5 anni, con le seguenti quote di partecipazione: Aimeri Ambiente 70%; Edera 15% e Consorzio Cogei 15%. Ha soggiunto che, in data 12 aprile 2011, le quote dell'ATI sono state modificate in base all'art. 11 del regolamento interno nel seguente modo: Aimeri Ambiente 70%; Edera 28,97% e Consorzio Cogei 1,03%. Il Comune di Guidonia Montecelio ha altresì specificato che la popolazione residente totale è pari ad 88.755 abitanti circa al 31 dicembre 2012 e che la popolazione dei centri urbani serviti da Cooperativa Edera è stata così ripartita negli anni 2009-2012 (Villalba – Villanova – La Botte – Albuccione - Bivio di Guidonia residenti, rispettivamente, 30.645, 31.801, 31.501 e 31.007).

Nella successiva dichiarazione del 9 ottobre 2013, la Città di Guidonia Montecelio, ribadite le informazioni già comunicate con la precedente dichiarazione circa la composizione dell'associazione temporanea di imprese e le iniziali quote di partecipazione, ha specificato che, in data 26 febbraio 2013, le quote dell'ATI sono state modificate in base all'art. 11 del regolamento interno come segue: Aimeri Ambiente 70%, Edera 30%. Ha altresì rappresentato che il servizio ha avuto inizio in data 7 settembre 2009 fino al 13 luglio 2013 e che la Cooperativa Sociale Edera "ha prestato per due anni consecutivi sull'intero territorio comunale negli ultimi tre anni servizi di raccolta differenziata con impiego di compattatori scarrabili".

L'allegato A all'atto aggiuntivo al contratto di appalto stipulato tra il raggruppamento e la Città di Guidonia Montecelio nell'ambito della ripartizione dei servizi all'interno dell'ATI, include il servizio di "raccolta e trasporto vetro", da svolgere in via esclusiva dalla Cooperativa Edera, nell'area vasta, con un'incidenza dell'1,17% sul servizio complessivo da prestare dal raggruppamento in esecuzione dell'appalto, e, in Montecelio, per un'incidenza dello 0,05% sul servizio complessivo del raggruppamento. Inoltre, l'allegato A all'atto aggiuntivo prevede la "consegna e rimozione contenitori" da svolgere da

Aimeri Ambiente (incidenza dello 0,41% sul servizio complessivo) e da Cooperativa Edera (incidenza dello 0,18% sul servizio complessivo), nonché la "rimozione dei contenitori" da svolgere da Cooperativa Edera, per un'incidenza dello 0,01% sul servizio complessivo.

L'art. 9 del regolamento interno dell'ATI, inoltre, prevede che Cooperativa Edera svolga su tutto il territorio di Guidonia Montecelio, tra gli altri, i seguenti servizi: "lavaggio contenitori"; "raccolta vetro a campane"; "raccolta vetro utenze non domestiche".

Il capitolato speciale d'appalto, infine, ha ad oggetto, tra gli altri, i servizi di: "raccolta domiciliare e trasporto dei rifiuti urbani costituiti da vetro" (a.5); "rimozione di vecchi contenitori di varia tipologia e volumetria e distribuzione sul territorio di nuovi contenitori di varia tipologia e volumetria per la raccolta di rifiuti" (a.11); "manutenzione ordinaria e straordinaria e sostituzione di attrezzature eventualmente deteriorate, siano esse già presenti sul territorio, di proprietà del Comune di Guidonia Montecelio, o fornite dall'Appaltatore" (a.12); "lavaggio, disinfezione, sanificazione e deodorazione dei contenitori per rifiuti di tutte le tipologie" (a.13). La stessa previsione è contenuta nell'art. 1, comma 3, del contratto stipulato il 23 luglio 2009.

Sulla base di tali elementi, la stazione appaltante ha correttamente ritenuto comprovata la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica da parte della Cooperativa Edera in quanto, a prescindere dal fatto che il servizio della raccolta vetro abbia inciso per una percentuale minima sul servizio complessivamente svolto dal raggruppamento in favore della Città di Guidonia Montecelio, non può esservi dubbio che lo stesso sia stato svolto a favore dell'intera cittadinanza la quale, secondo quanto dichiarato dall'amministrazione, ammonta a circa 88.000 abitanti, per cui il servizio di "raccolta differenziata di rifiuti per mezzo di campane" deve ritenersi svolto dalla concorrente Cooperativa Edera continuativamente per almeno cento giorni nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando in un bacino di almeno 76.000 abitanti.

Né può ritenersi illegittima l'attività amministrativa laddove la controinteressata Cooperativa Edera non è stata esclusa per assenza dello svolgimento di un servizio comprensivo di "posizionamento e manutenzione" delle campane.

La documentazione prodotta per comprovare la presenza dei requisiti, infatti, include i servizi di rimozione dei contenitori, di sostituzione di attrezzature eventualmente deteriorate e di lavaggio, disinfezione, sanificazione e deodorazione dei contenitori, sicché la manutenzione delle campane deve ritenersi senz'altro compresa nell'oggetto dell'appalto così come quella di posizionamento, ove la stessa sia intesa non nel senso di posizionare in tutto il territorio comunale campane al momento assenti, ma di posizionare le campane in sostituzione di quelle eventualmente deteriorate o da spostare.

Su tale ultimo aspetto, la valutazione della stazione appaltante, che ha evidentemente considerato rientrare nell'ambito del posizionamento l'attività di sostituzione o spostamento, si presenta plausibile in presenza di una *lex specialis* di gara che ha previsto genericamente che il servizio sia comprensivo del "posizionamento e della manutenzione" delle campane e non del posizionamento per la prima volta delle stesse nel territorio oggetto dell'appalto ed è altresì coerente con il principio del *favor participationis*, cui è ispirata la normativa europea e nazionale in materia di scelta del contraente negli appalti pubblici, in ragione del quale, quando una clausola presenta qualche profilo di opinabilità in ordine alla sua corretta applicazione, deve accordarsi preferenza all'interpretazione che consente la massima partecipazione alla gara.

3.2 Con il secondo motivo d'impugnativa, la ricorrente ha sostenuto che l'offerta di Edera sarebbe inaffidabile per due ordini di ragioni: il costo del personale estremamente basso ed i significativi costi di trasporto da sostenere per conferire il vetro raccolto in modo differenziato presso gli impianti siti nel Comune di Colferro.

In proposito, il Collegio ribadisce alcune considerazioni già svolte nell'ambito della sentenza parziale di questa Sezione n. 10808 del 2014.

Alla gara, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, sono state ammesse tre sole offerte: quella della controinteressata Cooperativa Edera, quella dell'Impresa Sangalli e quella della ricorrente Romana Macerì, mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese.

L'art. 86, comma 1, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) stabilisce che nei contratti *de quibus*, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta soglia.

Il successivo quarto comma esclude l'applicabilità di tale norma quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque; in tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del terzo comma, che attribuisce loro, in ogni caso, la possibilità di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Non v'è dubbio, pertanto, che la stazione appaltante non fosse tenuta ad effettuare la verifica di anomalia nei confronti dell'offerta presentata dalla prima classificata, mentre avrebbe potuto procedere alla stessa verifica nel caso in cui

l'offerta Edera, in base ad elementi specifici, fosse apparsa anormalmente bassa.

In sostanza, esclusa ogni ipotesi di violazione di legge, ciò che può essere contestato ad AMA è la manifesta illogicità nell'esercizio del proprio potere discrezionale per non avere sottoposto a valutazione di congruità l'offerta presentata dalla Cooperativa Edera in presenza di specifici indici di anomalia, relativi al costo del personale ed alla distanza dal centro di conferimento.

Le doglianze non possono essere condivise.

Per il lotto III, come detto, hanno presentato offerta la Cooperativa Edera, l'impresa Sangalli ed il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Romana Maceri, mandataria, e dalle mandanti Ma.Re. Snc, DTV di Della Torre e Veneziano Srl e Martinelli Srl; la gara è stata aggiudicata alla Cooperativa Edera che ha offerto un importo pari ad €/ton 119,12, mentre l'impresa Sangalli ha offerto un importo di €/ton 134,45 e l'RTI Romana Maceri ha offerto un importo pari ad €/ton 142,35.

In linea generale, occorre considerare che, in una gara per l'affidamento di un appalto, la facoltà, ex art. 86, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di procedere alla valutazione della congruità del ribasso, costituisce espressione di discrezionalità tecnica riconosciuta dalla legge alle amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile esclusivamente in presenza di macroscopica irragionevolezza o erroneità fattuale, esercitabile solo qualora la stazione appaltante ritenga, in base ad elementi oggettivi, che vi siano degli indici di anomalia dell'offerta che impongano chiarimenti da parte dell'impresa (*ex multis*: Cons. Stato, V, 21 giugno 2013, n. 3398).

La determinazione di non esercitare la facoltà di cui all'art. 86 comma 3, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, proprio per la natura discrezionale e residuale del potere contemplato, non necessita nemmeno di essere motivata dalla stazione appaltante (*ex multis*: Cons. Stato, VI, 27 luglio 2011, n. 4489).

Con riferimento al caso di specie, il Collegio rileva in primo luogo che l'offerta presentata dalla Cooperativa Edera risulta inferiore a quella dell'impresa Sangalli dell'11,4% ed a quella della Romana Maceri del 16,3% e, già sulla base di questo solo dato, può essere esclusa la presenza di indici di anomalia tali da dovere senz'altro indurre la stazione appaltante ad avviare il procedimento previsto dall'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, una differenza dell'11,4% tra le prime due offerte appare fisiologica, non facendo emergere alcun sospetto di anomalia.

A ciò si aggiunga che, come indicato dalla Cooperativa Edera nella memoria depositata in data 29 settembre 2014, la controinteressata ha dichiarato di applicare, per l'inquadramento del personale, "il contratto nazionale delle cooperative sociali", più economico di quello applicato dalla ricorrente.

3.3 Parimenti infondato, per le ragioni anch'esse già esposte nella sentenza parziale di questa Sezione n. 10808 del 2014, è il motivo di impugnativa secondo cui l'offerta economica formulata dalla Cooperativa Edera avrebbe dovuta essere esclusa in quanto non recherebbe alcun impegno a mantenere bloccato il prezzo contrattuale, laddove il disciplinare di gara avrebbe espressamente richiesto, a pena di esclusione, tale dichiarazione.

Va da sé, infatti, che l'offerta presentata da ciascun concorrente è relativa all'intera durata del contratto, nel caso di specie sessanta mesi decorrenti dalla data della stipulazione, e non può essere variata nel corso dell'esecuzione dello stesso.

Il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, così come d'altra parte quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non avrebbe alcun senso se fosse possibile procedere alla modifica dell'offerta economica una o anche più volte durante l'esecuzione della prestazione.

Ne consegue che non vi è alcun bisogno di formulare un impegno a mantenere bloccato il prezzo offerto in quanto l'offerta, ontologicamente, non può essere modificata nel corso del rapporto che nasce dalla stipulazione del contratto d'appalto.

Né la stazione appaltante avrebbe il potere di rinegoziare le clausole contrattuali dopo avere scelto il contraente in esito ad una gara ad evidenza pubblica in ragione dell'offerta formulata nei termini della *lex specialis* della procedura.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che sono invalidi, per difetto di capacità di agire dell'amministrazione pubblica, gli accordi con il contraente privato che contemplino diritti o obblighi diversi da quelli sanciti con l'aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto, atteso che, con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, la stazione appaltante perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato – che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara e, quindi, perde la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (*ex multis*: Cons. Stato, V, 14 luglio

2003, n. 4167).

Insomma, la rinegoziazione di elementi fondamentali del contratto, quali il prezzo, con i partecipanti alla gara è illecita e ciò in quanto in tal modo si vanificherebbe la procedura espletata introducendo elementi oggettivi di distorsione della concorrenza.

Pertanto, la dichiarazione di impegno a mantenere bloccata l'offerta economica per tutta la durata del contratto si rivela superflua in quanto è *in re ipsa* l'impossibilità di modificare, anche attraverso una rinegoziazione delle clausole, l'elemento prezzo e gli altri elementi essenziali dell'offerta economica.

Inoltre - in disparte l'argomentazione secondo cui la dichiarazione relativa all'impegno a mantenere bloccata l'offerta per tutta la durata del contratto non era contenuta nel fac-simile di offerta economica di cui all'allegato 2A del disciplinare di gara ed anche a voler considerare che il disciplinare abbia voluto prevedere la detta dichiarazione a pena di esclusione dalla gara - trova applicazione nella fattispecie l'art. 46, comma 1 bis, d. lgs. n. 163 del 2006 in ragione del quale la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ... i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

La clausola *de qua*, anche ove fosse stata prevista a pena di esclusione, sarebbe nulla in quanto, come detto, è superflua e non sanziona una violazione prevista dal codice dei contratti, dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti.

3.4 La ricorrente ha infide dedotto che Edera non avrebbe reso la dichiarazione relativa ai soci che figurano nel libro soci.

Il Collegio rileva che tale eventuale omissione non potrebbe comunque refluire in un vizio di legittimità dell'azione amministrativa in quanto la relativa prescrizione a pena di esclusione della *lex specialis* di gara sarebbe comunque nulla ai sensi del richiamato art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 non essendo una tale causa di esclusione prevista dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento o da altra disposizione di legge.

3.5 L'infondatezza dei motivi di impugnativa determina l'infondatezza dell'azione di annullamento proposta avverso l'aggiudicazione del lotto III in favore della Cooperativa Edera.

4. Le spese relative a detta azione di annullamento seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), sono poste a carico della ricorrente ed a favore, in parti uguali, di AMA Spa e della controinteressata Cooperativa Edera.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge l'azione di annullamento avverso l'aggiudicazione del lotto III.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del relativo giudizio, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), in favore, in parti uguali, di AMA Spa e della controinteressata Cooperativa Edera.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 10/12/2014

IL SEGRETARIO

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