

Publicato il 08/05/2023

N. 00490/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00786/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 786 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Unica s.p.a. e Cisaf s.r.l., rappresentate e difese dall'avvocato Diego Piselli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sogesid s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Michela Reggio d'Acì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Riccoboni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Vivani ed Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e di Furia s.r.l., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Greenthesis s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del combinato disposto delle clausole nn. 8.1, 16.1 e 22 del disciplinare della gara indetta da Sogesid per la prestazione dei servizi e l'esecuzione dei lavori necessari allo smaltimento dei rifiuti derivanti dal decommissioning dell'area nord e alla demolizione delle strutture della zona Monte nell'area dell'ex stabilimento "Stoppani" nel comune di Cogoleto, nonché del provvedimento 11.11.2022, di esclusione dalla gara a causa della mancata iscrizione della CISAF nell'elenco di cui all'art. 1, comma 52, della Legge 6 novembre 2012, n. 190 ("white list").

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

della determinazione della stazione appaltante Sogesid di aggiudicazione della gara al R.T.I. Riccoboni s.p.a. - Furia s.r.l..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sogesid s.p.a. e di Riccoboni s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2023 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le due società Unica s.p.a. e CISAF s.r.l. espongono di aver partecipato, quali parti di un costituendo R.T.I. (nel quale la prestazione principale sarebbe stata svolta dalla CISAF, e quella secondaria dalla Unica), alla gara d'appalto con procedura aperta indetta dalla società pubblica Sogesid s.p.a. per la prestazione dei servizi e l'esecuzione dei lavori necessari allo smaltimento dei rifiuti derivanti dal decommissioning dell'area nord e alla demolizione delle strutture della zona Monte nell'area dell'ex stabilimento Stoppani sito nel comune di Cogoleto (GE), classificandosi al secondo posto alle spalle della società aggiudicataria Riccoboni s.p.a..

Con il ricorso introduttivo hanno impugnato: - il combinato disposto delle clausole nn. 8.1, 16.1 e 22 del disciplinare di gara; - il provvedimento 11.11.2022, di esclusione dalla gara a causa della mancata iscrizione della CISAF nell'elenco di cui all'art. 1, comma 52, della Legge 6 novembre 2012, n. 190 ("white list"); - il diniego di soccorso istruttorio.

Lamentano che il disciplinare di gara prevede – in relazione alla prestazione principale di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti – un'ultronea e sovrabbondante duplicazione delle cautele antimafia, imponendo sia (clausole nn. 8.1 e 16.1) l'iscrizione o la domanda di iscrizione nell'elenco di operatori di cui alla legge 190/2012 (c.d. *white list*), sia (clausola n. 22) l'acquisizione della equipollente informativa antimafia prima della stipula del contratto, laddove l'iscrizione alla *white list* di CISAF, tardivamente effettuata dalla Prefettura di Bergamo soltanto nel marzo 2021 a fronte di una domanda dell'8.8.2018, era scaduta nell'ottobre 2021, in quanto la società, che confidava nella sua efficacia annuale (marzo 2022), non aveva comunicato per tempo l'interesse a permanere nell'elenco.

A sostegno del gravame introduttivo hanno dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Nullità o annullabilità del disciplinare di gara, per violazione dell'art. 83 comma 8 del D.lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di buona fede e *favor participationis*. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto di istruttoria e di motivazione, carenza o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, sviamento di potere, violazione dei principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Il disciplinare prevederebbe una esorbitante duplicazione del requisito "antimafia", tale da violare il principio della tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità delle relative clausole.

2. Illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione dell'art. 83 comma 8 del D.lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di buona fede e *favor*

participationis. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto di istruttoria e di motivazione, carenza o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, sviamento di potere, violazione dei principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza e ingiustizia manifesta.

La stazione appaltante avrebbe dovuto considerare irrilevante l'assenza della domanda di iscrizione nella *white list*, in considerazione del fatto che comunque la legge di gara prevedeva la verifica presso la Prefettura dell'assenza di infiltrazioni e condizionamenti mafiosi attraverso l'acquisizione della informazione antimafia, e del fatto che la situazione della CISAF era del tutto identica a quella di un soggetto che avesse presentato la domanda di iscrizione pochi minuti prima della partecipazione alla gara, con violazione dei principi generali di buona fede e di favore per la massima partecipazione alle gare.

3. Illegittimità del rifiuto del soccorso istruttorio. Violazione dell'articolo 83, comma 9, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto di istruttoria e di motivazione, carenza o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, sviamento di potere, violazione dei principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Censurano l'illegittimità del rifiuto di soccorso istruttorio, posto che non si trattava affatto di consentire l'integrazione postuma di un requisito essenziale di partecipazione, giacché il disciplinare di gara prevede che l'Amministrazione effettui in ogni caso, anche in presenza di iscrizione nella *white list*, le verifiche antimafia.

4. Quarto motivo di ricorso riferito alla catena procedimentale esclusione/rifiuto del soccorso istruttorio. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione. Violazione del principio di proporzionalità.

Il difetto dell'iscrizione all'elenco non derivava comunque da una volontaria omissione della CISAF, dato che la società si era trovata nell'incolpevole

condizione di aver confidato in buona fede nella permanenza della propria iscrizione all'elenco, iscrizione che comunque era da ritenersi irrilevante, per le ragioni esposte nei motivi che precedono.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso la stazione appaltante Sogesid s.p.a. e la società aggiudicataria Riccoboni s.p.a..

Con atto di motivi aggiunti notificato il 30.1.2023 e depositato il 31.1.2023 le società ricorrenti, dopo aver avuto parziale accesso agli atti di gara in data 9 gennaio 2023, hanno esteso l'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione - conosciuto fin dal 1° dicembre 2022 -, deducendo tre motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione dell'art. 95, d.lgs. 50 del 2016 e dell'articolo 3 legge 241/1990/41 Carta di Nizza. Eccesso di potere - Irragionevolezza - Carenza di motivazione - Carenza di istruttoria - Illogicità manifesta (in relazione alla scelta complessiva della commissione giudicatrice).

La *lex specialis* ha previsto per il merito tecnico delle offerte due macro-criteri di valutazione (A: "adeguatezza dell'operatore economico"; B: "caratteristiche metodologiche") di portata estesissima e generica, specificati in sub-pesi di estrema latitudine (disciplinare di gara, pp. 30/36 e ss.), e i verbali della commissione riporterebbero, laconicamente, solo il punteggio numerico per il criterio "A" e quello per il criterio "B", senza alcuna menzione dei sotto-criteri e senza una motivazione discorsiva di accompagnamento.

2. Violazione del d.lgs. 50/16 (artt. 83 e 95) - Eccesso di potere - Irragionevolezza - Carenza di motivazione - Carenza di istruttoria - Illogicità manifesta (in relazione alla scelta apparentemente compiuta sul criterio A1).

In relazione al criterio A1 l'offerta delle ricorrenti, prevedendo la presenza stabile in cantiere di un tecnico di comprovata esperienza e procedure dettagliate di coordinamento giornaliero e settimanale, sarebbe oggettivamente migliore rispetto a quella del raggruppamento controinteressato.

3. Violazione del d.lgs. 50/16 (artt. 83 e 95) - Eccesso di potere - Irragionevolezza - Carenza di motivazione - Carenza di istruttoria - Illogicità manifesta (in relazione alla scelta apparentemente in merito ai criteri B2 e B3.) Sottolineano la asserita netta superiorità della loro offerta tecnica rispetto a quella della controinteressata anche in merito ai criteri B2 (tracciabilità dei rifiuti) e B3 (procedure di gestione di eventuali situazioni di emergenza).

Con atto ritualmente notificato, depositato in giudizio il 9.3.2023, è intervenuta in giudizio, *ad opponendum*, la società Greenthesi s.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Eco Eridania s.p.a., R.T.I. che, originariamente classificatosi terzo in graduatoria alle spalle dell'aggiudicatario Riccoboni-Furia e del R.T.I. Unica/Cisaf, è divenuto secondo a seguito dell'esclusione di quest'ultimo.

Con un secondo atto di motivi aggiunti notificato l'8.3.2023 e depositato il 15.3.2023 Unica e Cisaf, a seguito dell'ostensione integrale, in data 7.2.2023, dell'offerta tecnica di Riccoboni s.p.a., hanno dedotto due ulteriori motivi di ricorso, come segue.

1. Primo motivo di ricorso (riferito alla valutazione del sub criterio "A2"). Violazione del d.lgs. 50/16 (artt. 83 e 95) - Eccesso di potere - Irragionevolezza - Carenza di motivazione - Carenza di istruttoria - Illogicità manifesta (in relazione alla scelta apparentemente compiuta sul criterio A1).

Premesso che il criterio A2 era volto a premiare la similitudine dei tre servizi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione con la tipologia del progetto oggetto dell'affidamento, lamentano che due dei tre servizi presentati dal raggruppamento controinteressato come "analoghi", in realtà non sarebbero tali.

2. Secondo motivo di ricorso (riferito al sub criterio B1). Violazione del d.lgs. 50/16 (artt. 83 e 95) - Eccesso di potere - Irragionevolezza - Carenza di motivazione - Carenza di istruttoria - Illogicità manifesta.

Premesso che il criterio B1 premiava la disponibilità di più siti "di destinazione finale" in grado di accogliere i rifiuti speciali pericolosi,

osservano come, dei 22 impianti indicati da Riccoboni, 18 sarebbero abilitati all'espletamento delle sole operazioni di smaltimento contraddistinte alle voci D8 e/o D9 dell'Allegato B alla Parte IV del D.lgs. 152/2006, e dunque non sarebbero propriamente "siti di destinazione finale" (da intendersi come trattamento definitivo del rifiuto), ma soltanto intermedia.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 21 aprile 2023 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso principale – peraltro proposto avverso clausole del disciplinare che, con riferimento alla situazione della società Cisaf, si ponevano come direttamente escludenti - è infondato.

Giova riportare la clausola di cui all'art. 8.1 del disciplinare (requisiti generali e cause di esclusione), a mente della quale *"Gli operatori economici devono essere in possesso, alla data fissata quale termine per la presentazione dell'offerta, dei seguenti requisiti: ▪ insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., comprese quelle previste dalla normativa antimafia; [...] ▪ (per la sola prestazione principale) iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede oppure devono aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco, da allegare in copia"*.

Premesso che per prestazione principale deve intendersi quella relativa ai servizi di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti, si tratta di una clausola che costituisce puntuale applicazione dell'art. 1 commi 52, 52-bis e e 53 lett. i-*quater*) della legge L. 6/11/2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), a mente dei quali *"52. Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, è obbligatoriamente acquisita dai soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a*

tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco è istituito presso ogni prefettura. [...] 52-bis. L'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta. 53. Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: [...] i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti”.

La disposizione, concernendo le attività maggiormente esposte a pericolo di infiltrazione mafiosa (cd. settori sensibili) – tra le quali rientrano quelle di raccolta, trasporto, trattamento e smaltimento di rifiuti oggetto della prestazione principale nella gara in questione – integra una forma di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica anticipata e più incisiva rispetto all'acquisizione *ex post* della documentazione antimafia (comunicazione liberatoria o informazione antimafia ex artt. 88 e 91 D. Lgs. n. 159/2011), sicché la mancanza, al momento della presentazione della domanda di partecipazione ad una procedura di gara concernente un settore sensibile, dell'iscrizione alla *white list* prefettizia (ovvero anche soltanto della presentazione della domanda di iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione) concreta una legittima causa di esclusione, giacché si tratta di un requisito di ordine generale considerato come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, che deve essere posseduto con continuità dal momento della presentazione della domanda e per tutta la fase di esecuzione del contratto (in tal senso Cons. di St., III, 14.12.2022, n. 10935, in una fattispecie in cui la previsione non era neppure contenuta nel bando, ma è stata ritenuta nondimeno operante in virtù del principio di eterointegrazione dalla legge di gara).

Dunque, la clausola in questione, in quanto meramente ricognitiva di un onere imposto direttamente dall'ordinamento per le imprese operanti in

determinati settori, che aspirino all'acquisizione di commesse da parte della pubblica amministrazione, non appare né illegittima, né inutilmente gravatoria, non imponendo certo oneri sproporzionati (essendo sufficiente anche la sola presentazione della domanda di iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione), ma soltanto gli adempimenti esigibili da un operatore professionale del settore di media diligenza (art. 1176 comma 2 cod. civ.).

A ciò si aggiunga che la clausola in questione non appare neppure in contraddizione con la clausola n. 22 del disciplinare, che, del tutto coerentemente, si limita ad imporre la consultazione della Banca dati, prima della stipulazione del contratto, per coloro che fossero *“in possesso della sola domanda di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. white list)”*.

Orbene, l'iscrizione nella *white list* ha efficacia per un periodo di dodici mesi (art. 2 comma 3 D.P.C.M. 18.4.2013), *“salvi gli effetti conseguenti alle verifiche periodiche di cui all'art. 5”*, ovvero le verifiche conseguenti alla richiesta di permanenza nell'elenco, da comunicare alla Prefettura, a cura delle imprese, *“almeno trenta giorni prima della data di scadenza della validità dell'iscrizione”*.

Nel caso di specie, è pacifico che, all'atto del termine per la presentazione dell'offerta (20.9.2022), l'iscrizione alla *white list* della società Cisaf fosse da lungo tempo scaduta (l'11 ottobre 2021), e che la società, pur a fronte di un avvertimento in tal senso contenuto nella lettera di accompagnamento del provvedimento di iscrizione, non avesse manifestato per tempo la volontà di permanenza nell'elenco (cfr. doc. 5 delle produzioni 20.12.2022 di parte ricorrente), risolvendosi a presentare domanda di (re)iscrizione soltanto il 23.11.2022 (doc. 8 delle produzioni 20.12.2022 di parte ricorrente), dopo la comunicazione del provvedimento di esclusione dell'11 novembre 2022.

Donde la legittimità della clausola e del conseguente provvedimento di esclusione, meramente ricognitivo dell'effetto escludente previsto dalla prima.

Né potrebbe invocarsi l'operare dell'obbligo di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, d.lgs. 50/2016.

Anche a voler ammettere che il soccorso istruttorio operi relativamente alla prova dei requisiti di partecipazione, è dirimente il rilievo che è comunque onere della parte nei cui confronti il soccorso istruttorio sia stato attivato, dimostrare di possedere il requisito sin dal momento della presentazione della domanda (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 17/11/2022, n. 15232).

Difatti, il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (Cons. di Stato, Sez. V, 23/11/2022, n. 10325; Cons. di Stato, Sez. V, 26/10/2022, n. 9139; T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 02/12/2022, n. 7555).

Dall'infondatezza del ricorso principale, proposto avverso il disciplinare ed il provvedimento di esclusione dalla procedura, deriva l'inammissibilità per difetto di interesse dei motivi aggiunti dedotti avverso l'aggiudicazione.

Le spese seguono come di regola la soccombenza nei confronti della stazione appaltante e dell'aggiudicatario, e sono liquidate in dispositivo, mentre sussistono i presupposti di legge per compensarle nei confronti dell'interveniente *ad opponendum*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso introduttivo e dichiara inammissibili i ricorsi per motivi aggiunti.

Condanna le società ricorrenti al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila) ciascuno, oltre spese generali, IVA e CPA, nei confronti di Sogesid s.p.a. e di Riccoboni s.p.a..

Compensa per il resto le spese.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Liliana Felletti, Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO