

Pubblicato il 03/05/2021

N. 03481/2021 REG. PROV. COLL.
N. 09674/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9674 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società S.A.R.I.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Tigano e Bruno Tassone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Bruno Tassone in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 326;

contro

il Comune di Frascati, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Caterina Albesano e Massimiliano Graziani, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

la Centrale unica di committenza della XI Comunità Montana del Lazio, Castelli Romani e Prenestini - Città di Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

la società Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto e Marcello Collevicchio, con domicilio digitale come da

registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione seconda, n. 11309 del 3 novembre 2020.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l. e del Comune di Frascati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2021, svoltasi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 28 ottobre 2020 convertito in l. n. 176 del 18 dicembre 2020, il consigliere Emanuela Loria;

Nessuno presente per le parti;

Lette le note d'udienza depositate ai sensi del d.l. n. 28 del 2020 e del d.l. n. 137 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente contenzioso è costituito dall'aggiudicazione - disposta con la determinazione n. 816 del 17 giugno 2020 del Comune di Frascati, Settore ambiente, a favore della s.r.l. Tekneko Sistemi Ecologici - della gara per l'affidamento dei servizi di igiene urbana nel Comune di Frascati per sette annualità (del valore di euro 25.971.374,73), nonché dai verbali contenenti la valutazione dell'offerta tecnica e l'ammissione alla gara, disposta dalla Centrale unica di committenza, di Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l.

1.1. La società S.A.R.I.M. s.r.l. (di seguito Sarim), classificatasi seconda con 87,327 punti a fronte del punteggio di 88,647 conseguito dalla controinteressata Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l. (di seguito Tekneko) nella procedura aperta indetta con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, ha impugnato dinanzi al T.A.R. per il Lazio l'aggiudicazione, articolando tre motivi di gravame:

1. Violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 per omessa dichiarazione; difetto di istruttoria e sviamento di potere.

L'aggiudicataria non avrebbe reso la dichiarazione prevista dai commi 3 e 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 80 del 2016, con riferimento ai nove rappresentanti della cooperativa Arcobaleno, il cui ramo di azienda è stato acquisito da Tekneko nell'anno anteriore al bando di gara; inoltre, l'obbligo dichiarativo non sarebbe stato assolto neppure con riguardo a 4 delle 5 persone che la controinteressata stessa ha menzionato tra i propri amministratori.

2. Violazione del disciplinare § 14.3; assenza del responsabile del "Responsabile tecnico all'albo gestori comunali".

La ricorrente ha dedotto la violazione del disciplinare (rispettivamente, paragrafo 14.3 e 14.4), perché l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato di essere in possesso dell'iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali, nella categoria 1 classe D o superiore.

3. Violazione del disciplinare § 14.4; mancata prova del "Fatturato specifico di impresa minimo annuo relativo a servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto" e altri requisiti ivi previsti.

Inoltre, l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato la sussistenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dal bando, mediante la produzione dei bilanci e dei documenti atti a dimostrare sia di non avere subito perdite economiche nell'ultimo triennio, né il conseguimento di idoneo fatturato specifico.

4. Violazione del disciplinare di gara in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica, con particolare riferimento ai punti 19, 19.1. e 19.2.; sviamento di potere, irragionevolezza ed illogicità manifeste.

La stazione appaltante sarebbe incorsa in sviamento di potere, irragionevolezza e illogicità manifesta in sede di valutazione dell'offerta

tecnica, giacché se fosse stato attribuito il punteggio corretto, la ricorrente si sarebbe aggiudicata la gara.

2. La sentenza del T.A.R. - dopo avere disposto, con ordinanza n. 5683 del 2020, un'istruttoria in relazione al punteggio attribuito alle offerte presentate oggetto di contestazione con il quarto motivo di gravame - ha rigettato il ricorso e ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio sia a favore della controinteressata che del Comune.

2.1. La Sarim ha appellato la sentenza di primo grado per falsa ed errata applicazione di legge e violazione dell'art. 14, comma 1, lett. g) del disciplinare di gara, per errata interpretazione e violazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 per mancata dichiarazione, difetto di istruttoria e sviamento di potere, riproponendo il primo motivo di gravame (da pag. 7 a pag. 20).

2.2. L'appellante ha, altresì, proposto un ulteriore motivo consistente nella illegittimità della sentenza per errata e falsa applicazione di legge, per violazione del disciplinare in ordine all'offerta tecnica, con particolare riferimento ai punti 19, 19.1, 19.2, per sviamento, irragionevolezza ed illogicità manifeste, per carenza di motivazione (da pag. 20 a pag. 42).

3. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Frascati e la società Teckneko, depositando apposite memorie con le quali hanno argomentato in ordine alla infondatezza dell'appello.

In particolare, la controinteressata:

I. ha eccepito l'inammissibilità della censura relativa alla violazione dell'art. 14, punto 1, lett. g), del disciplinare di gara, in quanto introdotta dall'appellante per la prima volta con memoria depositata in vista della pubblica udienza dinanzi al T.A.R. del 27 ottobre 2020;

II. ha eccepito la inammissibilità della censura di cui al punto 1.4 per violazione del divieto dei *nova* in appello ex art. 104 comma 2 c.p.a.

III. ha eccepito la inammissibilità del secondo motivo, poiché a mezzo di esso si reca una critica generalizzata alle valutazioni espresse in sede di gara "con

evidente lesione dei consolidati principi sui limiti del sindacato giurisdizionale” (punto 2 della memoria dell’11 gennaio 2021).

4. Alla camera di consiglio del 14 gennaio 2021, la causa è stata rinviata al merito.

5. Successivamente, in data 21 gennaio 2021, l’appellante ha depositato istanza di misure cautelari monocratiche, in presenza di un fatto nuovo costituito dalla circostanza che il Comune di Frascati ha richiesto a Sarim di favorire il subentro di Tekneco, che aveva presentato apposita istanza all’Amministrazione.

5.1. Con decreto presidenziale n. 255 del 2021, l’istanza di misure cautelari monocratiche è stata accolta e con ordinanza collegiale n. 538 del 2021 è stata sospesa l’esecutività della sentenza impugnata ed è stato altresì disposto che non vi fosse il subentro della Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l. fino all’esito dell’udienza pubblica fissata per la data dell’8 aprile 2021.

6. L’appellante ha quindi depositato, il 22 febbraio 2021, motivi aggiunti, con i quali ha rilevato che l’aggiudicataria non sarebbe in possesso di adeguati software ai fini dello svolgimento del servizio e che tale elemento sarebbe emerso *medio tempore* in conseguenza di una interlocuzione avviata dall’appellante con il fornitore del software (il medesimo per entrambe le società).

6.1. Con memorie depositate il 23 marzo 2021, sia il Comune di Frascati sia la controinteressata hanno eccepito la inammissibilità dei motivi aggiunti:

a) per tardività della loro proposizione in relazione all’art. 120, comma 5, c.p.a., il quale prevede che i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all’articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Il termine di trenta giorni decorre dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; secondo la giurisprudenza, al più tardi dalla conoscenza degli atti di gara avvenuta dopo la tempestiva

formulazione di istanza di accesso agli atti. Nel caso in esame l'aggiudicazione a Tekneko è avvenuta con provvedimento del 17 giugno 2020, comunicato alla società Sarim il 18 giugno 2020.

Anche in relazione alla conoscenza da parte dell'appellante dell'offerta tecnica della controinteressata e alla procedura di accesso - che si è conclusa in data 13 luglio 2020 - sarebbero ampiamente spirati i termini per la proposizione dei motivi aggiunti.

b) per violazione del divieto di *nova* ex art. 104 c.p.a., giacché l'istanza formulata da Sarim al fornitore del software (Innova S.r.l.) *“avrebbe ben potuto essere diligentemente proposta addirittura prima della instaurazione del ricorso di primo grado e fin dal momento in cui SARIM è venuta in possesso dell'offerta tecnica di Tekneko.*

I vari “riferimenti indiretti ai prodotti della società Innova s.r.l.” sono stati, infatti, rinvenuti da SARIM dall'esame dell'offerta tecnica di Tekneko la quale era a disposizione di quest'ultima già prima della proposizione del giudizio di primo grado.

La nota della Innova s.r.l. non può dunque essere ritenuta in alcun modo presupposto valido per la proposizione di motivi aggiunti nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 104 c.p.a.

Ne consegue che le censure avanzate da SARIM nel ricorso per motivi aggiunti avrebbero dovuto essere proposte nel giudizio di primo grado entro il termine decadenziale di 30 gg. dalla comunicazione dell'aggiudicazione.” (pag. 4 della memoria del Comune; le medesime considerazioni vengono sostanzialmente prospettate nella memoria della controinteressata).

7. Le parti hanno quindi depositato memorie e memorie di replica, con le quali hanno argomentato in ordine alle rispettive difese ed eccezioni.

8. All'udienza del giorno 8 aprile 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

8.1. L'appello è infondato e deve essere respinto.

8.2. Preliminarmente, il Collegio rileva che l'atto di appello non ripropone il secondo e il terzo motivo del ricorso di primo grado e la censura proposta nell'ambito del quarto motivo relativamente al criterio n. 6 (Esperienza nella

raccolta differenziata con sistema “porta a porta”), per cui sulle statuizioni di reiezione della sentenza di prime cure in ordine a tali motivi e censure si è formato il giudicato.

8.3. L'appellante ripropone il primo motivo, con il quale sostiene che l'Amministrazione avrebbe violato l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché l'art. 14, comma 1, lett. g) del disciplinare di gara.

L'aggiudicataria – che ha acquisito un ramo d'azienda della Cooperativa Arcobaleno nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara - avrebbe soltanto parzialmente adempiuto agli obblighi dichiarativi, poiché le disposizioni citate prevedono che in caso di fusione, incorporazione, cessione o anche solo affitto d'azienda, le dichiarazioni di cui all'art. 80, commi 1, 2, e 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 devono riferirsi anche ai soggetti di cui all'art. 80, comma 3, che hanno operato presso la società incorporata, fusa o che ha ceduto oppure affittato l'azienda nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Pertanto, anche il legale rappresentante *pro tempore* della Cooperativa Arcobaleno ed i suoi nove amministratori (succedutisi nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara) ridetto arco temporale) avrebbero dovuto rendere le dichiarazioni di cui ai commi 1, 2 e 5, lett. l), dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In altri termini la società Tekneko avrebbe dovuto adempiere (e far adempiere) agli ulteriori obblighi dichiarativi previsti dall'art. 80, commi 1, 2 e 5, lett. l), in quanto vi erano soggetti muniti del potere di rappresentanza negoziale e/o giudiziale e/o di amministrazione della Cooperativa Arcobaleno nell'anno precedente alla pubblicazione del bando per cui è causa: la mancata realizzazione di tale adempimento costituirebbe un mendacio omissivo.

La società Tekneko, inoltre, avrebbe indicato cinque persone – diverse da quelle menzionate – quali unici soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni ai

sensi dell'art. 80 e non avrebbe prodotto le dichiarazioni neppure per quattro di questi soggetti.

Si sarebbe pertanto realizzata una violazione della previsione del disciplinare contenuta al punto 14.1, lett. g).

8.4. In subordine, l'appellante richiama gli orientamenti che si sarebbero formati in ordine all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, che non sarebbero stati adeguatamente vagliati dal T.A.R.

La sentenza impugnata avrebbe, inoltre, introdotto una condizione di rilevanza *extra ordinem* della falsa dichiarazione, laddove ha affermato che *“la posizione [degli amministratori] potrà rilevare nelle sole ipotesi in cui, nonostante l'intervenuta cessione, non vi sia stata soluzione di continuità organizzativa tra la parte cedente e quella cessionaria, nel senso che è la prima, con la sua propria organizzazione originaria, che di fatto non cessa di rendere il servizio posto a base di gara, benché esso sia giuridicamente imputabile alla seconda.”*

Tale regola sarebbe del tutto opinabile per quanto concerne gli obblighi dichiarativi, poiché l'art. 80 cit. avrebbe “come fulcro l'interesse del legislatore a che la stazione appaltante contragga con soggetti “trasparenti” in tutte le strutture e le loro composizioni, e quindi, anche considerando le attività precedentemente svolte dalla Cooperativa acquisita.”

8.5. Il motivo è infondato.

In primo luogo e in linea generale, si osserva che l'orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è nel senso della necessità di interpretare in senso restrittivo le clausole di esclusione poste dalla legge e dal bando in ordine alle dichiarazioni a cui è tenuta l'impresa concorrente, con conseguente esclusiva prevalenza di una interpretazione che non si discosti dal significato letterale delle espressioni in esse contenute e con preclusione di ogni forma di estensione analogica (cfr. Adunanza plenaria, sent. n. 10 del 2012, che si è espressa con riferimento al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione speculare all'attuale art. 80 d.lgs. cit.).

In secondo luogo, l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non indica, tra i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione in ordine all'assenza di cause di esclusione, gli amministratori del ramo dell'azienda ceduta, per cui la violazione dell'obbligo dichiarativo può verificarsi soltanto quando vi siano chiari indizi in ordine al fatto che, nonostante la intervenuta cessione, vi sia continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, in tal caso, infatti, il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente nell'ambito della partecipazione alle pubbliche gare, risente anche delle conseguenze delle eventuali responsabilità del soggetto cedente e dei suoi amministratori.

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, l'obbligo dichiarativo non doveva essere assolto per tutti gli amministratori della cooperativa cessionaria, ma è stato assolto con riguardo a quattro delle cinque persone che l'aggiudicataria ha menzionato tra i propri amministratori con dichiarazione rilasciata dal rappresentante della stessa Tekneco: pertanto non si ravvisa alcuna omissione dichiarativa con valenza espulsiva e, conseguentemente, le deduzioni del punto 1.3 dell'appello sono infondate.

8.6. Sotto il distinto profilo della violazione del disciplinare di gara si può prescindere dalla eccezione di inammissibilità sollevata dall'appellata Tekneco, poiché la censura è infondata.

La previsione del disciplinare di gara richiamata dall'appellante – punto 14.1, lett. g) – afferma che il titolare e/o il legale rappresentante dell'impresa concorrente devono dichiarare sotto la propria responsabilità di non presentare, nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, dichiarazioni o documentazioni non veritiere.

Si tratta, quindi, di una disposizione di carattere generale, che non impone a pena di esclusione un obbligo dichiarativo aggiuntivo a quello di cui all'art. 80 d.lgs. citato.

La disposizione del disciplinare non risulta essere stata violata, giacché, come più sopra rilevato, l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non obbliga a dichiarazioni attinenti gli amministratori dell'azienda ceduta, a meno che non si rilevi una

continuità tra il soggetto cedente e il soggetto cessionario, tale per cui le responsabilità dei rappresentanti legali dell'azienda ceduta si riverberino sulla cessionaria ovvero nel caso in cui vi siano concrete evidenze in ordine alla carenza dei requisiti di moralità professionale del ramo di azienda ceduto, elemento che però non risulta nel caso di specie.

Nel caso in esame, la società Tekneco, che già operava nel settore dei servizi di raccolta dei rifiuti, ha acquisito un ramo d'azienda della Cooperativa Arcobaleno, operazione che si è invero sostanziata nel subentro in due contratti già sottoscritti dalla Cooperativa (con assunzione dei lavoratori ivi impiegati) e nell'acquisizione di taluni beni strumentali, per cui, alla luce di tali caratteristiche dell'operazione societaria, non si rinvergono elementi di continuità aziendale tra i due soggetti, tali da far ritenere che si sia realizzata una comunanza del centro decisionale che obbligherebbe a rendere le dichiarazioni ex art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 anche tutti gli amministratori della cedente.

8.7. Gli orientamenti giurisprudenziali citati dall'appellante non si attagliano al caso in esame, poiché concernono una casistica diversa nella quale gli elementi non dichiarati riguardavano precedenti risoluzioni contrattuali con gli altri partecipanti a RTI (sent. Sez. V n. 1462 dell'11 aprile 2016, sent. Cons. Stato, Sez. III, n. 5040/2018, in cui peraltro il Collegio non ha ritenuto applicabile l'esclusione automatica) oppure la omissione di fatti relative a pregresse vicende penali (sentenza Cons. Stato, Sez. V, n. 5142 del 3 settembre 2018) da valutarsi da parte della stazione appaltante, senza quindi la sanzione dell'esclusione automatica.

La censura di cui al punto 1.2. dell'appello deve pertanto essere respinta.

8.9. Al punto 1.4. l'appellante, muovendo da una argomentazione della sentenza impugnata (*“È, infatti, in tale caso che davvero si può affermare che l'obbligo dichiarativo abbia fonte legale, perché, ove la dichiarazione venga omessa, verrebbe a realizzarsi proprio l'effetto che la norma di legge ha inteso scongiurare, ovvero che la stazione appaltante si trovi a contrarre con soggetti che, in ragione di tale continuità, non si*

sono emendati dalla condizione potenzialmente ostativa alla conclusione del contratto. Posto che l'ordinamento reagisce sempre alle operazioni negoziali volte a conseguire un esito direttamente precluso dalla legge, attraverso la combinazione di operazioni in sé consentite (arg. ex art. 1344 cod. civ.), in una ipotesi simile non vi è dubbio che l'obbligo dichiarativo abbia fondamento legale, e che il bando di gara lo possa specificare''), costruisce un motivo del tutto nuovo non presente in prime cure che pertanto, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'appellata, deve essere dichiarato inammissibile.

Peraltro, in proposito, risulta chiaro il ragionamento del giudice di prime cure che, partendo dalla disposizione dell'art. 80. che non prevede l'obbligo di dichiarazione per gli amministratori dell'azienda ceduta, ha inteso precisare - nel solco dell'orientamento dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 - che l'obbligo dichiarativo sussiste quando sia in concreto ravvisabile una continuità organizzativa tra la parte cedente e quella cessionaria, nel senso che è la prima con la sua organizzazione originaria che di fatto rende il servizio posto a base di gara, benché esso sia giuridicamente imputabile alla seconda: in tal caso, infatti, si verificherebbe un effetto elusivo della legge, la cui finalità è quella di impedire l'inquinamento dei pubblici appalti derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

9. Con il secondo motivo, la Sarim deduce la violazione del disciplinare di gara in ordine alla valutazione di talune voci delle offerte tecniche e le pone a raffronto.

In primo luogo, si rileva che la sentenza impugnata ha correttamente ritenuto il motivo in sé non inammissibile e lo ha respinto, limitando le proprie valutazioni entro il perimetro del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica spettante all'amministrazione e svolgendo anche una istruttoria in ordine al criterio n. 6 sulla raccolta differenziata col sistema

“porta a porta” (sulla cui statuizione si è formato il giudicato, non avendo l'appellante sollevato specifiche censure sul punto).

L'appellante ritiene non condivisibili le valutazioni della sentenza.

9.1. Quanto al criterio 1-sub criterio 1.1 (riduzione dei rifiuti e incremento delle percentuali di raccolta differenziata), il TAR ha ritenuto che *“si può convenire con le parti resistenti che la maggiore frequenza nella raccolta dei rifiuti differenziati, sulla quale si incentrerebbe la presunta superiorità dell'offerta di Sarim, in sé non è indice di specifica apprezzabilità con riferimento all'obiettivo di incrementare le percentuali di raccolta differenziata, posto che quest'ultima, anzi, comprimendo la quantità di rifiuti accumulabili per ciascuna categoria, tollera semmai una contrazione della frequenza di raccolta. Neppure il servizio aggiuntivo di aspirazione delle foglie nei mesi autunnali, poi, connota, la tematica della raccolta differenziata.”*

9.2. L'appellante insiste nel ritenere che *“la maggior frequenza della raccolta e l'incremento della differenziata sono indici di maggiore efficienza perché agiscono a monte come a valle”*.

9.3. La censura è infondata, poiché la valutazione di ragionevolezza effettuata dal TAR è corroborata dalle azioni ed iniziative che la controinteressata ha proposto nell'offerta con la finalità di riduzione dei rifiuti (allestimento di un centro permanente per il riuso dei rifiuti, ottimizzazione della raccolta degli ingombranti).

9.4. Quanto al criterio 1-sub criterio 1.3 (modalità di raccolta innovative), il T.A.R. ha respinto la censura, poiché *“non ha fondamento la contestazione della ricorrente circa il fatto che l'offerta della aggiudicataria non presentasse alcun elemento particolare di innovazione, posto che essa include non solo l'identificazione a radiofrequenza, ma anche la istituzione di 3 isole ecologiche informatizzate per il centro storico, contro una soltanto da parte di Sarim.”*

9.5. La Sarim rileva di avere proposto più prodotti innovativi rispetto all'aggiudicataria (7 contro 2), la cui offerta comprenderebbe servizi complementari che non presentano alcun elemento di innovazione ed efficientamento del servizio.

9.6. La censura è infondata, poiché, sempre in punto di ragionevolezza, l'attribuzione dei punteggi appare esente dai vizi dedotti: infatti, l'aggiudicataria ha proposto nella propria offerta tecnica tre isole ecologiche ad alto contenuto tecnologico oltre all'identificazione a radiofrequenza, ai raccoglitori incentivanti e ad una proposta migliorativa per la pulizia delle caditoie stradali.

9.7. Quanto al criterio 2-sub criterio 2.1 (completezza nella descrizione del sistema di tracciabilità delle attrezzature dotate di tag con accesso tramite identificazione utente anche ai fini dell'applicazione della quantificazione puntuale dei conferimenti del secco residuo), il TAR afferma che *“la stessa ricorrente postula che Tekneko abbia fornito “attrezzature dotate di tag e mezzi in grado di leggere e registrare i dati di conferimento”, ciò che, diversamente da quanto poi opina Sarim, è senza dubbio attinente all'obiettivo identificato dal sub criterio.”*

9.8. Secondo l'appellante la propria offerta sarebbe di gran lunga più completa e soprattutto pertinente rispetto al criterio di valutazione in questione.

9.9. La censura è infondata, poiché – sempre effettuando una valutazione entro i sopra richiamati del sindacato di legittimità spettante al giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica – si rileva che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria ha specificato tutte le attività che consentono la tracciabilità dei rifiuti in modo tale da poter quantificare le tariffe da richiedere all'utente.

9.10. Quanto al criterio 4-sub criterio 4.1 (organizzazione del sistema di manutenzione del parco veicolare), il T.A.R. ha affermato che *“la ricorrente si limita a porre in luce le virtù della propria officina meccanica, ma non introduce in causa elementi che valgano a contestare l'apprezzamento maggiore riservato alla officina della controinteressata, che, secondo quanto dedotto dal Comune, ha sede in Frascati, anziché a Roma, con evidente vantaggio per la stazione appaltante.”*

9.11. L'appellante sostiene che la propria offerta sarebbe stata sottovalutata rispetto a quella della aggiudicataria, in quanto comprenderebbe l'impiego di

una officina meccanica di proprietà, adeguatamente allestita e in cui prestano servizio 10 unità lavorative qualificate, a circa 20 km. dal Comune di Frascati.

9.12. La censura non è fondata, poiché, come argomentato dalla sentenza gravata, sussistono elementi di elevata apprezzabilità della offerta dell'appellata, *in primis* costituiti dal progetto di realizzazione di una officina nel territorio della stessa stazione appaltante, il che rende non irragionevole il maggiore punteggio attribuito rispetto a quella dell'appellante.

9.13. Quanto al criterio 4-sub criterio 4.2 (disponibilità di un adeguato parco veicolare supplementare), il T.A.R. ha osservato che *“non può ritenersi manifestamente irragionevole che la stazione appaltante abbia preferito i 18 mezzi offerti da Tekneko in esclusiva e aventi base di partenza in Frascati, ai 109 veicoli che Sarim può impiegare, ma che stazionano a Roma, e non sono ad uso esclusivo del servizio posto a gara.*

Né si vede, ai fini dell'esame della presente censura (che verte esclusivamente sulla attribuzione di punteggi per l'offerta tecnica), quale rilievo possa avere l'osservazione della ricorrente circa il fatto che Tekneko non avrebbe dimostrato di possedere tali veicoli (con la conseguenza, in caso contrario, di doverli acquistare, rendendo anomala l'offerta). Si tratta, infatti, di un profilo che attiene esclusivamente al corretto adempimento contrattuale, ma non inficia la fase di valutazione dell'offerta tecnica.”

9.14. L'appellante sostiene la erroneità di tale valutazione del giudice di primo grado, che ha assegnato per questo criterio un punteggio maggiore all'offerta dell'aggiudicataria, poiché nonostante le controdeduzioni di quest'ultima in merito al fatto che i propri veicoli sarebbero ad uso esclusivo del Comune di Frascati, non vi sarebbe la prova del possesso di tali veicoli e vi sarebbe una sottostima dei costi che altererebbe l'offerta economica dell'aggiudicataria rendendola anomala.

9.15. La censura è infondata, poiché il fatto che la stazione appaltante abbia premiato con un maggiore punteggio l'offerta della società Tekneko non appare irragionevole, essendo stati offerti mezzi ad utilizzo esclusivo, peraltro collocati in officine poco distanti dal Comune; la circostanza che i mezzi non

siano a disposizione dell'aggiudicataria e che il loro costo altererebbe l'offerta economica non costituisce fattore tale da determinare la violazione delle regole di gara in merito alla formulazione dell'offerta tecnica (che costituisce l'oggetto del motivo articolato dall'appellante), potendo peraltro i costi per tale acquisto esser fatti rientrare in altre voci già contemplate nell'offerta economica.

10. Con i motivi aggiunti depositati il 22 febbraio 2021, l'appellante ha articolato censure nuove in merito ad aspetti ulteriori dell'offerta tecnica della controinteressata, che sarebbero emersi soltanto a seguito di una richiesta del 28 gennaio 2021 che l'appellante ha indirizzato alla società che gestisce i software applicativi per la gestione del servizio affidato.

10.1. In relazione ai motivi aggiunti, è fondata l'eccezione di inammissibilità sollevata, sotto plurimi profili, sia dalla società Tekneco sia dall'Amministrazione.

In primo luogo, l'art. 104, comma 3, c.p.a. prevede che i motivi aggiunti possano essere proposti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado, da cui emergano vizi degli atti o dei provvedimenti amministrativi impugnati.

Non sono neanche ammesse nuove domande, né sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne che nell'ipotesi in cui siano ritenuti indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non averli potuti produrre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile (art. 104, commi 1 e 2, c.p.a.).

Nel caso in esame, il motivo proposto con i motivi aggiunti in grado d'appello riguarda una parte dell'offerta tecnica di Tekneco, offerta che costituiva uno dei documenti già acquisiti agli atti del processo di primo grado (doc. n. 13), per cui l'appellante è stata posta in grado, effettuando una attenta lettura dell'offerta, di articolare apposito motivo con il ricorso di primo grado, ove ritenuto rilevante e tale da inficiare l'avvenuta aggiudicazione.

Peraltro, a seguito di accesso agli atti successivo alla stessa aggiudicazione, e precisamente il 13 luglio del 2020, la società Sarim ha ottenuto dalla stazione appaltante la copia delle giustificazioni dell'offerta della Tekneco, nonché la copia del provvedimento di valutazione di congruità effettuata dal Responsabile unico del procedimento sia in merito all'offerta economica che all'offerta tecnica, per cui, sotto questo profilo, i motivi aggiunti proposti in appello sono anche tardivi, essendo l'istante in possesso già dalla data indicata dei documenti che le avrebbero consentito di svolgere approfondimenti immediati circa tutti gli aspetti dell'offerta dell'aggiudicataria ed eventualmente di sottoporre i vizi aggiuntivi, in modo rituale, al giudice di primo grado.

11. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto, con conferma della sentenza di primo grado; i motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili.

12. Le spese del presente grado di giudizio seguono, come di regola, il criterio della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9674/2020 e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti;
- condanna la S.A.R.I.M. s.r.l. a rifondere le spese del grado, che liquida in euro 20.000,00 (ventimila) in favore del Comune di Frascati e in euro 20.000,00 (ventimila) in favore di Tekneco s.r.l., oltre accessori (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso dal Consiglio di Stato nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2021, svoltasi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 28 ottobre 2020 convertito in l. n. 176 del 18 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Loria

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO