

N. 03859/2015REG.PROV.COLL.

N. 01667/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1667 del 2015, proposto dal Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié- Consorzio Cisa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

contro

La s.r.l. Sea Soluzioni Eco Ambientali, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Maria Saracco e Laura Formentin, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

La San Germano Rti, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Gili e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;
Cns - Consorzio Nazionale Servizi Soc.Coop.;

e con l'intervento di

ad opponendum:

la s.r.l. Team 3r Ambiente, in persona del legale rappresentante in carica., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, n. 114;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. I n. 196/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta e di trasporto dei rifiuti urbani;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.r.l. Sea Soluzioni Eco Ambientali e di San Germano Rti;

Visto l'atto di costituzione *ad opponendum* della s.r.l. Team 3r Ambiente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2015 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti l'avvocato Alessandro Botto, l'avvocato Gianni Maria Saracco, l'avvocato Mario Sanino e l'avvocato Andrea Manzi, su delega dell'avvocato Francesco Antonio Caputo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Ciriè - CISA – consorzio di bacino, costituito ai sensi della legge regionale del Piemonte n. 24/2002 con funzioni di governo relative alla gestione dei rifiuti urbani, aveva indetto una procedura ristretta, regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del «servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani in 21 Comuni del Consorzio Cisa», corrispondente ad un importo di valore pari a €. 16.759.681,20 IVA esclusa, della durata contrattuale di cinque anni.

A tale gara avevano partecipato Team 3R Ambiente, SEA e ATI San Germano- CNS, oltre ad una quarta concorrente, esclusa per carenze dell'offerta tecnica.

Con la determinazione n. 36 del 5 agosto 2014, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI San Germano – CNS (seconda graduata), nonché l'esclusione di Team 3R Ambiente (prima graduata), all'esito del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

La Team 3R impugnava dinanzi al TAR del Piemonte il provvedimento di esclusione, con il ricorso recante R.G. 1034/2014, definito dal TAR con sentenza di rigetto n. 1926 del 10 dicembre 2014, poi confermata in appello con la sentenza n. 2953 del 15 giugno 2015.

Con la successiva impugnativa, la s.r.l. SEA - classificatasi al terzo posto e divenuta poi seconda per l'esclusione di Team 3R – impugnava a sua volta gli atti del procedimento, proponendo una serie di censure e deducendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere dalla gara la controinteressata aggiudicataria, con la modifica dell'ordine di graduatoria in suo favore.

Con i primi tre motivi di ricorso, la s.r.l. SEA contestava le valutazioni tecniche svolte dalla commissione di gara, in quanto sarebbero viziate per profili di eccesso di potere, nella parte in cui non avrebbero colto le incongruenze contenute nelle proposte migliorative offerte dalla contro interessata, con riguardo all'incremento delle frequenze di raccolta dei rifiuti.

Con i successivi motivi di ricorso – tutti vertenti su asserite circostanze ostative all'ammissione in gara della controinteressata – la s.r.l. SEA lamentava la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di uno dei consorziati esecutori, aggregati nel raggruppamento aggiudicatario, l'inadeguatezza dell'indicazione in forma meramente percentuale, da parte dell'aggiudicataria, della ripartizione interna dei servizi da prestare, ai sensi dell'art. 37, comma 4, d.lgs. 163/2006, la mancata indicazione da parte della cooperativa Frassati, consorziata dall'ATI aggiudicataria, del CCNL di riferimento, la sussistenza di affidamenti diretti in capo alla San Germano, tali da precluderle la possibilità di partecipare a procedure di evidenza pubblica ed in via subordinata, l'esistenza di problematiche inerenti la costituzione della commissione giudicatrice, tanto da inficiare la validità di tutti i successivi atti di gara.

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, sostenendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

2. Con la sentenza n. 196 del 4 febbraio 2015, il TAR del Piemonte accoglieva il ricorso, annullando l'aggiudicazione e dichiarando inefficace il contratto stipulato dal CISA con l'ATI San Germano – CNS.

Il TAR ha rilevato che:

- le due contendenti avevano conseguito i seguenti punteggi finali: San Germano 90,11 punti, di cui 68,98 per l'offerta economica e 21,13 per le proposte tecniche, SEA 89,34 punti, di cui 68,23 per l'offerta economica e 21,11 per le proposte tecniche, sulle quali si indirizzavano le contestazioni;
- il bando e il capitolato speciale attribuivano alla valutazione del merito tecnico della proposta complessivamente 30 punti su 100, articolati in due sub-criteri: l'uno relativo all'implementazione delle frequenze di raccolta previste dal

progetto per la frazione indifferenziata, plastiche, vetro, organico, carte ed utenze particolari, l'altro relativo a proposte migliorative, articolate in 5 ulteriori sub-criteri;

- nell'attribuzione del punteggio, il bando prevedeva una scala di attribuzione dei coefficienti di valutazioni variabile da un minimo di 0,00 ad un massimo di 1,00, con indicazione della soglia di sufficienza a 0,60 e facoltà dei commissari di attribuire coefficienti intermedi, oltre ad una soglia minima di sbarramento a punti 21, sicché il conseguimento di un punteggio inferiore, riferito agli elementi qualitativi, avrebbe comportato automaticamente l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, visti anche i punteggi conseguiti e ciò anche per i coefficienti delle singole frazioni;
- la ricostruzione dell'offerta tecnica ed in particolare delle soluzioni migliorative delle frequenze di raccolta degli imballaggi in plastica e delle frequenze dei servizi di raccolta di carta, cartone, vetro e lattine, previsto ad esempio per le plastiche «da ogni 21 giorni a ogni 14 giorni», rappresentavano, in riferimento all'offerta economica presentata, un complesso di prestazioni non sostenibile sotto il profilo della quantificazione complessiva dei suoi costi, dunque un primo indice di inattendibilità dell'offerta, sotto il profilo del suo dimensionamento economico;
- ulteriore conferma dell'inattendibilità dell'offerta tecnica si ricavava dall'analisi delle voci - facenti parte del servizio opzionale proposto dall'ATI aggiudicataria - riferite agli operatori utilizzati, ai mezzi impiegati e alle ore previste per ciascun intervento;
- rispetto alla stima contenuta nelle schede tecniche elaborate dalla stazione appaltante, l'offerta dell'ATI San Germano evidenziava un ribasso nell'ordine dell'81% per quanto riguardava le ore destinate al servizio supplementare, e tra il 67% e il 99% per quanto riguardava i tempi di impiego dei mezzi;
- considerazioni e dati numerici analoghi emergevano poi con riguardo alla proposta migliorativa in tema di aumento;
- in definitiva, l'offerta San Germano – CNS risultava marcatamente sottodimensionata rispetto alle stime operate dal Consorzio appaltante, il che ne minava l'apparente equilibrio economico complessivo, sicché la commissione valutatrice non aveva notato né verificato tali incongruenze, il che denunciava il chiaro deficit istruttorio e di esame della documentazione tecnica oggetto di valutazione, nonostante la valutazione espressa dalla commissione, la quale richiamando gli 0,98 punti attribuiti, così motivava: «la proposta appare pienamente soddisfacente rispetto alle esigenze del servizio, con particolare riguardo alla soluzione delle criticità che, specialmente in determinati periodi derivano dalla produzione dei rifiuti costituiti dagli imballaggi in plastica. Si apprezza la particolare modalità di formulazione dell'offerta tecnica»;
- i dati riportati dalla ricorrente non erano stati adeguatamente confutati dalle parti resistenti, se non attraverso generiche affermazioni di inattendibilità, non supportate da alcun elemento argomentativo e nonostante la SEA avesse corroborato la propria tesi producendo in atti un'analitica relazione tecnica, alla quale non era stata opposta in replica alcuna idonea, attendibile o pertinente controdeduzione.

Il TAR concludeva nel senso che i contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria erano quanto mai distanti dai generali canoni della ragionevolezza e di buona amministrazione e che l'operato dell'amministrazione risultava affetto da chiari elementi sintomatici di eccesso di potere, sotto i profili della illogicità della valutazione, della difformità dai parametri di gara e della carenza di motivazione a giustificazione degli apprezzamenti espressi sulla proposta tecnica, per giungere ad una valutazione di fondatezza del primo motivo di ricorso, nella parte in cui questo indicava come afflitta da manifesta illogicità l'attribuzione del massimo del punteggio all'offerta migliorativa della controinteressata, con riguardo al criterio A1B e A1C.

Il sindacato così operato sul giudizio espresso dal seggio di gara si legittimava in virtù del carattere di manifesta irragionevolezza delle incongruenze riscontrate e, al contempo, facendo salva la sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione, che si sarebbe potuta nuovamente esplicitare in sede di rinnovazione delle operazioni di gara, sempre nell'osservanza dei criteri generali sopra segnalati.

Quindi il ricorso doveva essere accolto con riguardo alle censure esaminate, mentre quelle residue non apparivano apprezzabili ai fini dell'invalidazione della procedura

Il TAR ha altresì disposto, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la parte controinteressata e il conseguente obbligo, in capo alla stazione appaltante, di rinnovare il procedimento di valutazione dell'offerta, in conformità ai principi sopra enunciati.

3. Con appello al Consiglio di Stato, notificato il 21 febbraio 2015, il CISA impugnava la sentenza in questione, sollevando quattro motivi con i quali lamentava l'invasione da parte del TAR della sfera di valutazioni riservate alla discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice nell'affermare l'insostenibilità economica dell'offerta tecnica risultata aggiudicataria ed inoltre nell'aver travisato i contenuti della proposta, confondendo il corrispettivo promesso dalla P.A. - €. 65.826,54 – in caso di richiesta di implementazione della raccolta della plastica, con l'offerta tecnica del

San Germano – CNS, i cui relativi costi venivano quantificati in €. 19.920,00, indicati descrittivamente perché inseriti nell'ammontare generale di base dell'offerta economica, anche perché l'implementazione in parola altri non era che una miglioria dell'offerta complessiva da parte della concorrente.

Ancora, è stato dedotto che il giudice di primo grado non poteva far discendere l'insostenibilità economica dell'intera offerta da quella, asserita, dell'implementazione della raccolta della plastica, vista l'incidenza dello 0,01 di questa sul complesso totale. Ad altrettante conclusioni si doveva giungere riguardo alle altre proposte migliorative di raccolte differenziate – carta, cartone, vetro e lattine – la cui quantificazione economica non poteva entrare nel conto generale.

Il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Ciriè concludeva per l'accoglimento dell'appello, con vittoria di spese.

Si è costituita in giudizio l'appellata SEA, sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto, mentre l'ATI San Germano- CNS si costituiva in giudizio, contestando le ragioni del TAR del Piemonte.

Ha proposto intervento *ad opponendum* la Team 3R Ambiente.

All'udienza del 25 giugno 2015 la causa è passata in decisione.

4. Ritiene la Sezione che l'appello è fondato, sicché, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

Risultano fondati i primi due motivi del gravame, con cui l'appellante ha lamentato che la sentenza di primo grado ha sovrapposto il proprio giudizio di merito a quello dell'Amministrazione, in ordine ai contenuti dell'offerta dell'ATI San Germano- CNS, non sottoposta a verifica di anomalia, decretandone un'insostenibilità, laddove i limiti all'apprezzamento tecnico rimesso al giudice amministrativo non lo avrebbero consentito.

La sentenza impugnata appunta i suoi rilievi sul punteggio relativo all'offerta di implementazione della raccolta dei rifiuti costituiti da imballaggi in plastica, portata da una raccolta «ogni 21 giorni» in base al bando di gara a una raccolta «ogni 14 giorni», possibilità che rientrava tra le proposte migliorative.

Il bando aveva consentito al Consorzio intercomunale di formulare una specifica richiesta in tal senso, in corso di rapporto, prevendo in tal caso una remunerazione aggiuntiva di €. 65.826,54.

Da ciò, la sentenza impugnata ha tratto l'osservazione secondo cui l'offerta economica di €. 19.920,00 da parte della concorrente, unitamente alle ore ed ai mezzi impiegati per detta miglioria, analogamente alla proposta migliorativa espressa in tema di aumento delle frequenze di raccolta di carta, cartone, vetro e lattine, verrebbe ad esprimere un generale sottodimensionamento del preventivo delle prestazioni che inficerebbe l'intera impostazione dell'offerta.

Osserva al riguardo la Sezione che, per l'esame della effettiva portata della formulata proposta migliorativa, si deve partire dal dato dell'importo annuo della gara, ammontante ad €. 3.351.936,24 iva esclusa: trattandosi di un rapporto quinquennale, l'offerta economica dell'ATI San Germano- CNS, scomposta per anno, era di €. 3.281.880,77, quindi con un ribasso totale del 2,09 % a fronte del ribasso della SEA s.r.l. dell'1%.

Queste cifre dimostrano la presenza di un impegno assai prossimo tra i concorrenti.

Già alla stregua dei valori economici in questione, non si può ritenere – in sede di giudizio di legittimità - che vi sia stata un'offerta insostenibile: nella specie, non essendoci stata neppure una valutazione di anomalia, non si può superare la valutazione tecnica dell'Amministrazione con una valutazione sostitutiva del giudice amministrativo.

Si deve aggiungere che il fondamento dal quale il Tar trae le sue conclusioni, sono quegli €. 45.906,54 di differenza per la remunerazione dell'implementazione della raccolta degli imballaggi in plastica.

Si tratta però di una riduzione sull'offerta complessiva che ammonta a circa un ulteriore 3% di riduzione sulla cifra globale, che ben può trovare giustificazione, su un importo talmente alto, in economie di scala e compensazioni.

Se in linea di principio può suscitare perplessità una differenza effettivamente radicale tra prezzo a base di gara e prezzo offerto per la singola prestazione, tale perplessità non può portare ad affermazioni sulle manchevolezze irragionevoli dell'offerta che va giudicata comunque e sempre nel suo complesso.

Se poi si va a rilevare che il Tar si è limitato ad affermare la sussistenza di analoghe manchevolezze su altri tipi di raccolta differenziata – carta, cartone, vetro e lattine – senza particolari specificazioni, non si può giungere ad un giudizio

di irragionevolezza, in assenza di verifiche di anomalia e dunque con una sostituzione concreta dei poteri della stazione appaltante.

Il Collegio non può che aderire a quella pacifica giurisprudenza della Sezione, richiamata dall'ATI San Germano – CNS, per cui nelle gare di appalto il giudizio di insostenibilità e di anomalia deve essere complessivo, tenendo conto di tutti gli elementi favorevoli o negativi, tanto da poter giungere a ritenere credibili voci di prezzo eccessivamente basse perché accompagnate da altre voci sulle quali sono possibili e realizzabili risparmi al fine di giungere ad una compensazione che lasci l'offerta affidabile e seria a prescindere dalla gestione interna dell'impresa offerente.

Quindi, il giudizio di insostenibilità dell'offerta appare pronunciato al di là di un preventivo giudizio dell'Amministrazione appaltante e non riesce ad individuare quegli aspetti di irragionevolezza che soli possono essere conosciuti dal giudice amministrativo.

Peraltro, ritiene la Sezione che in linea di principio ben può la Stazione appaltante considerare come una effettiva miglioria l'offerta di svolgere con una maggiore frequenza – rispetto a quella prevista dal bando – e senza incremento del corrispettivo un servizio come quello di raccolta degli imballaggi in plastica, pur se il bando stesso – in assenza di uno specifico impegno da parte dell'aggiudicataria - aveva previsto che per tale maggiore frequenza l'Amministrazione avrebbe corrisposto un corrispettivo ulteriore rispetto a quello base.

In tal caso, è del tutto ragionevole che non rilevi l'importo che l'Amministrazione avrebbe pagato, se una tale frequenza fosse stata da lei richiesta in assenza di un impegno contrattuale (trattandosi per l'aggiudicataria di un costo comunque remunerato nell'ambito del corrispettivo contrattuale), così come è del tutto ragionevole qualificare il relativo impegno come una miglioria suscettibile di valutazione positiva.

5. Per le suesposte ragioni l'appello deve essere accolto, sicché - in riforma della sentenza impugnata – il ricorso di primo grado va respinto.

Le peculiarità della vicenda permettono la compensazione delle spese per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1667 del 2015, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate dei due gradi.

Dispone che l'originaria ricorrente rimborsi all'appellante quanto effettivamente versato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 06/08/2015

IL SEGRETARIO

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