

N. 05419/2016REG.PROV.COLL.

N. 03224/2016 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 iscritto in appello al numero di registro generale 3224 del 2016, proposto da:
SI.ECO. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via Portuense, n. 104;

contro

Comune di Noicattaro, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Camassambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Silvio Dodaro, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione I, n. 00058/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Camassambiente s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Andrea Manzi, su delega dell'avvocato Francesco Silvio Dodaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Noicattaro ha indetto una procedura negoziata, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi di igiene urbana e complementari della durata di un anno.

L'appalto, con due successive determinazioni, n. 120 del 27/2/2015 e n. 323 del 13/5/2015, è stato aggiudicato alla Camassambiente s.p.a. prima classificata davanti alla SI.ECO. s.p.a. e alla Teknoservice s.r.l., collocatesi, rispettivamente, al secondo e al terzo posto.

Con ricorso e motivi aggiunti al T.A.R. Puglia – Bari la SI.ECO. s.p.a. ha impugnato i due provvedimenti di aggiudicazione.

Il giudice adito, con sentenza 22/1/2016, n. 58, ha dichiarato l'impugnazione inammissibile in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla Camassambiente s.p.a..

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta, la SI.ECO. s.p.a. l'ha impugnata chiedendone l'annullamento.

Per resistere all'appello si è costituita in giudizio la Camassambiente s.p.a.

Con successive memorie entrambe le parti hanno ulteriormente argomentato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 17/11/2016 la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale occorre rilevare che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellata con la memoria di replica depositata in data 5/11/2016, l'adozione della determina 24/8/2016, n. 598, con la quale il Comune di Noicattaro ha prorogato ed esteso il servizio oggetto del contestato appalto, non ha fatto venire meno l'interesse alla decisione dell'appello.

Il servizio di che trattasi, della durata di un anno, è stato affidato con contratto stipulato in data 30/7/2015 ed è pertanto scaduto in data 30/7/2016.

Il provvedimento di proroga non ha, pertanto, inciso sul pregresso rapporto a cui soltanto si riferisce il presente giudizio, di modo che l'interesse alla decisione dell'appello rimane integro.

Il gravame può essere perciò esaminato nel merito.

Col primo motivo di gravame la SI.ECO. s.p.a. lamenta che, in nessun caso, l'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe potuto impedire, alla stregua della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione, 5/4/2016, in causa C-689/13), l'esame del ricorso principale.

L'appellata obietta che la regola invocata dall'appellante, secondo cui anche in caso di accoglimento di ricorso incidentale escludente dovrebbe sempre procedersi all'esame del ricorso principale, non sarebbe così tassativa ammettendo eccezioni, come recentemente affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. III 16/8/2016, n. 3708 relativa ad un'ipotesi in cui era presente, come nella fattispecie, un terzo concorrente la cui posizione non era stata fatta oggetto di contestazioni).

Il Collegio non ritiene necessario prendere posizione sulla questione controversa come sopra sinteticamente riassunta, potendo essere il ricorso principale esaminato nel merito perché, comunque, infondato come più sotto si vedrà.

Col secondo motivo si contesta il capo di sentenza con cui è stato accolto il ricorso incidentale della Camassambiente s.p.a..

Sul punto occorre preliminarmente osservare che non possono in questa sede essere presi in considerazione i rilievi che l'appellante ha mosso alla sentenza con la memoria depositata in data 28/10/2016, laddove si afferma che il ricorso incidentale non avrebbe potuto essere oggetto di delibazione in quanto proposto per contrastare la domanda avanzata col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado promosso contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva 27/2/2015, n. 120 e non riproposto a seguito della proposizione dei motivi aggiunti con i quali è stata gravata la nuova determinazione di aggiudicazione 13/5/2015 n. 323.

Tali rilievi, infatti, avrebbero dovuto costituire oggetto di un esplicito motivo d'appello, mentre, invece, sono stati introdotti soltanto con atto non notificato alla controparte.

Nel merito l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato nel ritenere che l'omessa dichiarazione di precedenti inadempimenti contrattuali intervenuti in rapporti con altre stazioni appaltanti, comportasse ex se l'esclusione

dalla gara. A suo dire, infatti, quest'ultima potrebbe essere disposta soltanto in presenza di condotte che a giudizio dell'amministrazione procedente abbiano dato luogo a errori professionali gravi.

In caso contrario, il provvedimento espulsivo risulterebbe sproporzionato rispetto allo scopo perseguito e, quindi, in contrasto con l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE e con lo stesso art. 38, comma 1, lett. f), del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici),

In ogni caso:

- a) i precedenti professionali considerati non sono stati segnalati all'Autorità di vigilanza;
- b) manca un accertamento giudiziale sui detti precedenti, posto che sugli stesse pende giudizio davanti al Tribunale di Foggia;
- c) l'omessa dichiarazione avrebbe potuto essere, comunque, sanata col soccorso istruttorio.

Il mezzo di gravame non merita accoglimento.

In base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale che può ritenersi ormai consolidato e al quale il Collegio ritiene di dover aderire, sussiste in capo al concorrente il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi del ricordato art. 38, comma 1, lett. f), occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente (Cons. Stato, Sez. V, 4/10/2016, n. 4108; 26/7/2016, n. 3375; 19/5/2016, n. 2106; 18/1/2016, n. 122; 25/2/2015, n. 943; 11/12/2014, n. 6105; 14/5/2013, n. 2610; Sez. IV, 4/9/2013, n. 4455; Sez. III, 5/5/2014, n. 2289).

La stazione appaltante dispone, invero, di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidatario di un contratto e tale discrezionalità può essere correttamente esercitata solo disponendo di tutti gli elementi necessari a garantire una compiuta formazione della volontà.

Posto che la previsione del ricordato onere dichiarativo risponde all'esigenza di porre la stazione appaltante in condizione di compiere una corretta valutazione dell'affidabilità del concorrente fornendole tutti i necessari elementi di giudizio, la previsione stessa può ritenersi proporzionata allo scopo perseguito e quindi non in contrasto con le norme invocate dall'appellante.

Una volta appurato che il concorrente ha l'obbligo di dichiarare tutti i precedenti professionali negativi, a nulla rileva che questi ultimi non siano stati segnalati all'Autorità di Vigilanza o che in ordine ai medesimi penda un procedimento giurisdizionale davanti al giudice ordinario, posto che tali circostanze potrebbero, al più, rilevare nella fase della valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante.

L'inosservanza del descritto onere dichiarativo comporta irrimediabilmente l'esclusione dalla gara e non può essere sanato, anche dopo l'introduzione del comma 2 bis del citato art. 38, ad opera dell'art. 39, comma 1, del D.L. 24/6/2014, n. 90, conv. dalla L. 11/8/2014, n. 114, mediante ricorso al soccorso istruttorio, istituto non utilizzabile per sopperire alla mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione alla gara (Cons. Stato, Sez. V, 19/5/2016, n. 2106; 11/4/2016 n. 1412, nonchè citata sent. n. 3375/2016).

Nel caso di specie, l'appellante pur destinataria di precedenti professionali negativi suscettibili di essere valutati ai sensi del ricordato art. 38, comma 1, lett. f), ha mancato di dichiararli, per cui, giusta quanto più sopra rilevato, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non potendo l'omissione essere sanata mediante ricorso al soccorso istruttorio.

Corretto risulta, dunque, l'accoglimento del ricorso incidentale.

A questo punto occorre procedere all'esame delle censure proposte in primo grado col ricorso principale e qui riproposte, che il TAR non ha esaminato.

Con la prima di esse la SI.ECO. s.p.a. deduce che la Camassambiate s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver dichiarato in sede di offerta la *"disponibilità immediata di una sede operativa/centro servizi adeguata al ricovero dei mezzi e delle attrezzature, dotata di uffici, spogliatoi e servizi per il personale sita nell'ambito del territorio del Comune di Noicattaro o almeno nel raggio di 20 km dalla casa comunale da dimostrare mediante contratto di locazione o*

altro titolo giuridico", diversa da quella che risulta dai giustificativi d'offerta e in relazione alla quale non è stato nemmeno prodotto il prescritto contratto di locazione o altro idoneo titolo giuridico.

La doglianza è infondata.

La lettera d'invito, infatti, non impediva ai concorrenti di modificare, in base alle proprie necessità, la "*sede operativa/centro servizi*" dichiarata in sede di offerta. Lo scopo della invocata clausola di gara era solo quello di ottenere l'impegno degli offerenti a procurarsi la disponibilità della detta sede sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione.

Peraltro, ai fini della dimostrazione della disponibilità della nuova sede indicata dall'appellata deve ritenersi sufficiente la lettera, di cui è cenno nello stesso ricorso in appello, con cui la società Dipinto G. s.r.l. si è detta disponibile a concederle "*in locazione per 12 mesi una porzione del piazzale di Ns proprietà ...*" da utilizzarsi per l'esecuzione del servizio oggetto di appalto.

Con la seconda doglianza si contesta il giudizio di non anomalia espresso sull'offerta dell'aggiudicataria rilevando la sottostima di alcuni dei costi indicati o comunque l'incongruità di taluni dati esposti nelle giustificazioni.

La doglianza è priva di pregio.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, il giudizio di congruità di un'offerta sospetta di anomalia deve mirare a verificare, così come richiesto dall'art. 88, comma 7, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, la complessiva attendibilità della stessa, senza che la sottostima di singole voci di costo possa, di per sé sola, determinare una valutazione negativa, se gli scostamenti accertati non sono tali da erodere completamente l'utile dichiarato (Cons. Stato, A. P. 29/11/2012 n. 36; Sez. V, 16/1/2015, n. 89; 14/6/2013, n. 3314; 1/10/2010, n. 7262; 11/3/2010 n. 1414; 24/8/2006, n. 4969; Sez. IV, 22/3/2013, n. 1633; 20/5/2008, n. 2348; Sez. III, 14/2/2012, n. 710; Sez. VI, 10/3/2009, n. 1417).

Nel caso di specie, non è stato dimostrato, o meglio non è stato nemmeno allegato, che gli asseriti maggiori costi che secondo quanto dedotto l'aggiudicataria dovrebbe sostenere, azzererebbero l'utile da quest'ultima dichiarato così da rendere globalmente inaffidabile l'offerta.

La censura è, pertanto, inidonea a scalfire il giudizio di congruità emesso dalla stazione appaltante.

Lamenta ancora l'appellante che il Comune di Noicattaro non si sarebbe avveduto che la nuova area destinata dalla Camassambiente s.p.a. a sede operativa sarebbe priva dell'autorizzazione richiesta dal D. Lgs. 3/4/2006 n. 152 per poter essere utilizzata come "*centro di riuso*".

La doglianza è infondata atteso che l'appellata, non contraddetta, ha affermato che il "*centro di riuso*" non ha finalità di area per lo stoccaggio di rifiuti (si veda memoria difensiva depositata in data 28/10/2016).

Con un'ulteriore censura la SI.ECO. s.p.a. denuncia che la Camassambiente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta priva delle caratteristiche minime prescritte nella lettera d'invito. Difatti sarebbero inferiori a quelli dovuti gli interventi di raccolta nel centro storico e quelli della terna (plastica – vetro - carta/cartone) relativi al centro abitato. Non sarebbe, inoltre, prevista alcuna raccolta per la zona PIP.

Il mezzo è privo di pregio.

Nessuna prescrizione della lettera d'invito prescrive, infatti, che le offerte dei concorrenti abbiano, come contenuti minimi, quelli indicati dall'appellante.

Ed invero, nel descrivere l'oggetto dell'appalto, la *lex specialis* della gara si limita a menzionare capitolato speciale d'appalto, relazione e proposta tecnica del precedente appaltatore, nonché alcune delibere comunali, ma senza vincolare esplicitamente i concorrenti a garantire, nel redigere la propria proposta migliorativa, le medesime prestazioni già svolte sulla base del pregresso rapporto contrattuale.

L'appellante contesta ancora il punteggio attribuito alla Camassambiente s.p.a. per l'offerta tecnica in base ai vari criteri di valutazione deducendo che:

a) in relazione ai servizi di raccolta (criterio sub A1) non poteva essere attribuito il coefficiente 0,9 visto che la proposta non rispettava le prescrizioni minime richieste dalla lettera d'invito;

b) in relazione al criterio sub A4 la Commissione esaminatrice non ha citato alcuni servizi aggiuntivi offerti dalla SI.ECO. s.p.a.;

c) con riguardo al medesimo criterio sub A4 i servizi aggiuntivi offerti dell'aggiudicataria sarebbero stati premiati con un punteggio immeritato stante l'impossibilità di qualificarli e valorizzarli come tali, atteso che:

c1) non sono state specificate le modalità di esecuzione del servizio da svolgere nel "centro di riuso";

c2) non sono state quantificate le risorse da impiegare in relazione al servizio di rimozione e smaltimento di eventuali rifiuti speciali e pericolosi;

c3) è stata proposta la raccolta degli indumenti usati, dei tessili sanitari (pannolini e pannoloni) e degli oli vegetali esausti provenienti da utenze domestiche; tuttavia la raccolta dei primi è già attiva e svolta da associazioni no profit, relativamente al ritiro dei tessili sanitari non sono state specificate le caratteristiche costruttive dei contenitori e la frequenza dello svuotamento, infine, con riferimento al ritiro degli oli vegetali, non è stata indicata la frequenza del servizio, la Camassambiente s.p.a. non è iscritta al CONOE, come occorrerebbe per poter svolgere la prestazione in parola e la medesima non ha dichiarato di voler procedere mediante subappalto.

La lagnanza non merita accoglimento.

Quanto alla censura di cui alla lettera a) la disciplina di gara non prescriveva, come più sopra evidenziato, che le proposte dovessero possedere i contenuti minimi indicati dall'appellante.

Quanto alla doglianza sub b) si rileva che la mera circostanza che alcuni servizi proposti dall'appellante non siano stati citati nel verbale della Commissione di gara concernente la valutazione della sua offerta non è sintomo di illegittimità.

Relativamente alle censure sub c) si rileva che la disciplina di gara non richiedeva l'analitica descrizione dei servizi aggiuntivi offerti e del resto, ai fini dell'attribuzione del punteggio, è sufficiente che dalla proposta tecnica possa evincersi (come nella fattispecie) il contenuto delle prestazioni offerte.

Si lamenta che l'appellata non essendo iscritta al CONOE non avrebbe potuto esercitare il servizio di raccolta degli oli vegetali esausti.

Sennonché la detta iscrizione non è necessaria ai fini della gara essendo sufficiente che sia posseduta prima che inizi lo svolgimento del servizio. Nel caso di specie, come emerge dagli atti di causa, la Camassambiente s.p.a. risulta iscritta al CONOE dal 24/3/2015, mentre il contratto con cui le è stato affidato il servizio oggetto di controversia è stato stipulato nel successivo mese di luglio.

Con altra doglianza l'appellante deduce che non le sarebbe stato assegnato alcun punteggio con riguardo alla voce sub A8 (percentuale annua di raccolta differenziata conseguita nel triennio 2011/2013).

A tal fine l'istante, dopo aver premesso di essersi avvalsa dell'esperienza maturata nel settore della raccolta differenziata dalla società Linea Gestioni a mezzo di apposito contratto di avvalimento, denuncia l'illegittimità della clausola della lettera d'invito che vieta il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti curriculari valutabili ai sensi delle A8, A9 e A10, per il caso in cui l'omessa attribuzione di punteggio fosse dipesa proprio dalla mancato possesso in proprio del requisito di cui alla suddetta voce A8.

Il motivo è infondato.

Nelle procedure ad evidenza pubblica l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente sfornito di alcuni requisiti di ammissione alla gara, di parteciparvi ugualmente acquisendo i requisiti mancanti da altro operatore economico che li possieda, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta, per cui non può essere condivisa la pretesa dell'appellante di ottenere il reclamato punteggio aggiuntivo riferibile ai requisiti curriculari posseduti dalla società Linea Gestioni (Cons. Stato, Sez. V, 8/11/2012, n. 5692; Sez. VI, 19/3/2015 n. 1422 e 18/9/2009, n. 5626).

Denuncia ancora l'appellante che la *lex specialis* della gara sarebbe illegittima nella parte in cui ha previsto l'attribuzione di punteggio in relazione a elementi curriculari per violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

La doglianza è infondata.

Ed invero, il suddetto divieto non risulta eluso o violato allorché – come nella fattispecie - gli aspetti organizzativi o di esperienza dell'offerente non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali, quindi in modo avulso dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, cioè come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente alle caratteristiche oggettive della proposta contrattuale (Cons. Stato, Sez. V, 20/8/2013 n. 4191; 3/10/2012 n. 5197 e 23/1/2012, n. 266).

Con ulteriore censura si deduce che l'appellata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver indicato nell'offerta gli oneri della sicurezza aziendale.

Laddove si ritenesse che tali oneri fossero quelli contemplati nella lettera d'invito sarebbe quest'ultima ad essere viziata, atteso che alla stazione appaltante compete soltanto la specificazione degli oneri da interferenza.

La lagnanza non merita condivisione.

Difatti, contrariamente a quanto si sostiene nel ricorso in appello, la Camassambiente s.p.a. ha espressamente indicato gli oneri della sicurezza ambientale. Nell'offerta economica dalla medesima presentata, si legge che si offre *“il ribasso unico percentuale del 12,145% (dodicivirgolacentoquarantacinque %) da applicare sul prezzo a base di gara di € 303.072,63 IVA inclusa in esso comprendente gli oneri della sicurezza aziendali inclusi nei 50.000,00 € indicati nella lettera d'invito”*.

Con un ultimo motivo l'odierna istante deduce, infine, che l'appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non aver riportato nel quadro economico dell'offerta alcune voci di costo relative agli smaltimenti e per aver formulato un'offerta condizionata.

Il mezzo di gravame non merita accoglimento.

Ed invero, la mancata specificazione di alcune voci di costo nel quadro economico dell'offerta non comporta di per sé sola l'esclusione dalla gara, se nonostante l'omissione non venga meno la complessiva affidabilità della proposta. Senonché tale affidabilità nella specie non è stata messa in discussione.

Contrariamente, poi, a quanto l'appellante lamenta, l'offerta della Camassambiente s.p.a. non risulta in alcun modo condizionata.

L'appalto va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

La complessità e novità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli