

**APPALTI - BANDO DI GARA - INTERPRETAZIONE CLAUSOLE - RUOLO DELLA STAZIONE APPALTANTE - CHIARIMENTO “NEUTRO” - E’ POSSIBILE**

La stazione appaltante, in relazione all’interpretazione del bando di gara, può intervenire con una sorta di interpretazione autentica al fine di precisare meglio la propria volontà purché il chiarimento abbia il carattere della “neutralità”, senza alcun pregiudizio e a beneficio di tutti gli operatori coinvolti.

**TAR, Sicilia, Catania, Sez. I, sentenza n.2335/2018**

Pubblicato il 10/12/2018

**N. 02335/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 01528/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1528 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da I.G.M. Rifiuti Industriali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Siracusa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Gianni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

*Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:*

- della lettera d'invito del 31/08/2018 trasmessa via PEC all'odierna ricorrente in pari data, inerente l'avvio della procedura negoziata ex art. 63 comma 2 lettera c) del D Lvo 50/16 per l'affidamento per mesi 6 del servizio di spazzamento, raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. del Comune di Siracusa, importo a base d'asta EU 8.525.634,40, CIG N° 7609111509, ivi compreso il CSA e gli atti di gara tutti;
- della Determina Dirigenziale n° 190 del 29.8.2018, di approvazione degli atti di gara, del CSA e della lettera d'invito;
- ove occorra, della precedente determinazione n° 123 del 19.6.2018 con cui è stato approvato lo schema della manifestazione d'interesse;
- nonché ogni eventuale altro atto presupposto o conseguenziale, allo stato non conosciuto.

*Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 27\9\2018:*

- del provvedimento di ammissione della controinteressata contenuto nei verbali di gara n° 1 del 18.9.2018 e n° 2 del 19.9.2018 della procedura negoziata ex art. art. 63 comma 2 lettera c) del D Lvo 50/16 per l'affidamento per mesi 6 del servizio di spazzamento, raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. del Comune di Siracusa, importo a base d'asta EU 8.525.634,40, CIG N° 7609111509;

*Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati l'1\10\2018:*

- della determina n° 213 del 27.9.2018 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI TEKRA srl – Ecologica Sud srl della procedura negoziata ex art. art. 63 comma 2 lettera c) del D Lvo 50/16 per l'affidamento per mesi 6 del servizio di spazzamento, raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. del Comune di Siracusa, importo a base d'asta EU 8.525.634,40 CIG N° 7609111509,

- nonché di ogni atto presupposto e/o connesso;

*Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 13\10\2018:*

- dell'Ordinanza del Sindaco del Comune di Siracusa n° 39 del 6.6.2018, ivi compresa ove occorra la proposta del Dirigente di pari data, nella parte in cui, accogliendo la proposta del Dirigente, “*Ordina sempre al Dirigente Settore Ambientale, nelle more di riappaltare il servizio, di avviare l'iter di*

*una procedura negoziata per l'aggiudicazione del servizio, per la durata di mesi 6, utilizzando il criterio dell'aggiudicazione del prezzo più basso”;*

ove occorra, dell'Ordinanza sindacale n° 46 dell'11.7.2018, ivi compresa la proposta del Dirigente di pari data, laddove richiama e conferma la predetta ordinanza n° 39 del 6.6.2018;

- nonché, ove occorra, dei provvedimenti di ammissione in gara dell'ATI TEKRA contenuti nei verbali di gara n° 1 del 18.9.2018 e n° 2 del 19.9.2018 e della determina n° 213 del 27.9.2018 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI TEKRA srl;

*Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da TEKRA SRL il 22\10\2018:*

per l'annullamento in parte qua del verbale di gara n. 2 del 19/09/2018 nella parte in cui non esclude la ricorrente principale dalla gara e, altresì, della determinazione n. 213 del 27/09/2018 nella parte in cui approva il suddetto verbale e tutti gli atti di gara riferiti all'ammissione della ricorrente principale, nonché di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Siracusa e di Tekra S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. - Con ricorso introduttivo parte ricorrente ha impugnato la lettera d'invito del 31 agosto 2018, inerente l'avvio della procedura negoziata ex art. art. 63, comma 2, lettera c), del D Lvo 50/16 per l'affidamento per mesi 6 del servizio di spazzamento, raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'A.R.O. del Comune di Siracusa, importo a base d'asta EU 8.525.634,40, ivi compreso il CSA, gli atti di gara tutti e gli atti propedeutici e connessi deducendo:

I) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.Lvo 50/16. Illegittima applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso – Difetto di motivazione ex art. 95.5: l'amministrazione, in deroga alla normativa citata in rubrica, che prescrive per gli appalti ad alta intensità dell'impiego di manodopera – quale è quello in questione - l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in virtù peraltro di una non chiara motivazione, ha assunto di voler ricorrere “all'art. 95 della medesima norma allo scopo di consentire di ricorrere al criterio del prezzo più basso anche al di fuori delle ipotesi previste dalla norma per le stesse finalità”*; le esigenze

di “*semplificare ed accelerare la procedura per la scelta del contraente*” non potevano giustificare la deroga che comunque non era ammissibile in quanto tra il 3° comma e il 4° vi è un rapporto di specie a genere;

II) *Violazione sotto altro profilo dell’art. 95 del D. LVO 50/16. Violazione art. 97 Cost.*

In via meramente subordinata, parte ricorrente evidenzia che l’aggiudicazione di un appalto col sistema del prezzo più basso presuppone un livello di determinazione in dettaglio delle modalità di svolgimento del servizio, che deve essere assolutamente analitico, completo ed esaustivo, il che non sarebbe il caso di specie, ove viene lasciato ampio spazio alla discrezionalità dell’offerente sul come organizzare il servizio;

III) *Incongruità del costo della manodopera – Eccesso di potere per illogicità – Contraddittorietà – Travisamento di fatto e carenza d’istruttoria:* a) a fronte dei 253,58 operai previsti per il corretto svolgimento del servizio nel piano A.R.O., le unità previste nell’appalto in esame (le quali, per gli effetti della “clausola sociale” prevista all’art. 24 del CSA e dell’art. 20 della lettera d’invito, dovranno essere prioritariamente assorbite dal nuovo gestore) sono solamente 244, di cui solo 207 unità svolgono mansioni di operai/autisti e 37 unità hanno mansioni di impiegati amministrativi (per come indicato dalla stessa S.A, nel richiamato ALL. 1 al CSA); mancherebbero, quindi, ben 47 operai nel computo della manodopera addetta ai servizi operativi; il costo della manodopera sarebbe stato fortemente sottostimato; b) in subordine, la dedotta incongruità

sussisterebbe anche con riferimento al calcolo, sottostimato, di 244 unità lavorative; anche limitandosi ai soli costi del personale indicato nell'allegato 1 in 244 unità, la Stazione Appaltante avrebbe sottostimato il reale costo del personale; infatti, sulla base delle informazioni contenute in tale allegato (avuto riguardo alle tabelle ministeriali) risulterebbe che il vero costo del personale soggetto alla clausola sociale avrebbe dovuto essere € 5.697.995,00, quindi circa € 350.000 in più rispetto a quanto stimato dalla Stazione Appaltante (5.350.000);

IV) *Violazione dei principi del giusto procedimento. Violazione art. 97 Cost. – Illegittima previsione della possibilità di sostituzione dell'offerta*: la lettera d'invito infine, dopo aver precisato che il plico sigillato contenente l'offerta va depositato entro le ore 12 del 18 settembre 2018 contiene tale previsione: *“Con le stesse modalità e formalità sopra descritte e purché entro il termine indicato per la presentazione delle offerte, pena l'irricevibilità, i concorrenti possono far pervenire eventuali sostituzioni al plico già presentato”*; la S.A. avrebbe quindi confuso la possibilità di “ritiro” dell'offerta, purché ciò avvenga prima della scadenza del termine di partecipazione, con l'illegittima possibilità di sostituzione del plico; tale previsione della lex specialis si presterebbe ad operazioni manipolative del tutto inammissibili, tanto più ove si consideri che si tratta di offerta al maggior ribasso.

1.1. - Con atto depositato in data 27 settembre 2018 parte ricorrente ha prodotto ricorso con i motivi aggiunti, con il quale ha impugnato il provvedimento di ammissione della controinteressata contenuto nei verbali di gara n° 1 del 18 e n° 2 del 19 settembre 2018 della procedura

negoziata ex art. art. 63 comma 2 lettera c) del D Lvo 50/16 per l'affidamento in questione.

Ha dedotto i seguenti motivi:

I) *Violazione Art. 83 del D Lvo 50/16 – Violazione del punto b.2) della lettera d'invito - Carenza sostanziale di requisiti di partecipazione:* la TEKRA, nella propria domanda di partecipazione, ha sì dichiarato di essere iscritta all'ANGA per la categoria 1, ma per la sottocategoria “raccolta rifiuti da spiaggia” sarebbe in possesso – per come dichiarato - dell'iscrizione solo per la ben più ridotta classe “E”<sup>2</sup> e non per la classe B, come prescritto dal bando;

II) *Art. 83 del D Lvo 50/16 – Violazione del punto b.3) della lettera d'invito - Carenza sostanziale di requisiti di partecipazione:* la TEKRA non avrebbe dimostrato di essere iscritta per ciascuna delle attività richieste, come si evincerebbe dall'esame comparativo della certificazione della CCIAA di TEKRA rispetto a quella di IGM, ove invece sono indicate le singole attività per le quali è vigente l'iscrizione;

III) *Violazione Art. 83 del D Lvo 50/16 – Violazione del punto A.3 lettera b) della lettera d'invito - Carenza sostanziale di requisiti di partecipazione:* la TEKRA ha allegato al plico contenente la domanda di partecipazione, depositata in data 18 settembre 2018, copia di un certificato di qualità per le norme ISO 14001/2004 rilasciato da Bureau Veritas, scaduto il 15 settembre 2018 e quindi inutilizzabile;

IV) *Violazione art. 80.5 del D Lvo 50/16 – Esistenza di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità della TEKRA. Difetto*



*assoluto di motivazione:* dalla dichiarazione resa dalla TEKRA ex art. 80.5 del Codice, si sarebbe appreso che la stessa ha subito ben 10 tra esclusioni e/o risoluzioni contrattuali e/o penali per inadempimento; nel caso in specie, pur a fronte di tali plurime risoluzioni ed applicazioni di penali contrattuali, che denoterebbero un'insufficiente e scarsa moralità ed affidabilità professionale dell'impresa, non vi sarebbe nei verbali di gara alcuna motivazione sulla rilevanza di tali illeciti professionali;

V) *Incongruità dell'offerta - inadeguatezza costo del lavoro e conseguente incongruità globale dell'offerta:* la Tekra ha formulato un'offerta complessiva pari ad EU 7.338.346,84, con un ribasso del 13,86 %; il ribasso dell'ATI TEKRA non sarebbe compatibile e renderebbe totalmente incongrua l'offerta, alla luce dei costi inerenti al personale, agli automezzi (approntamento, ammortamento e costi di gestione) e alle altre attrezzature necessarie per lo svolgimento del servizio.

In subordine, ha chiesto l'annullamento per illegittimità derivata.

1.2. - Con il secondo ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva.

Avverso gli atti impugnati si è affidata alle medesime censure rivolte al provvedimento di ammissione dell'ATI Tekra.

Ha, inoltre, introdotto l'ulteriore motivo (n. 6) di "*Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, difetto di motivazione*": l'amministrazione nella lettera di invito ha specificato che dal corrispettivo mensile da fatturare l'aggiudicatario del servizio dovrà detrarre l'importo di € 25.000,00 oltre iva, che la "stazione appaltante riconoscerà al gestore uscente quale rateo

pro quota e pro tempo per l'investimento sostenuto nella fase di start up"; tale previsione sarebbe scomparsa, contraddittoriamente e immotivatamente, nel provvedimento di aggiudicazione; in subordine, ha, sempre in via di illegittimità derivata, dedotto i motivi di cui al ricorso introduttivo.

2. - Si sono costituiti l'amministrazione e la controinteressata per resistere al giudizio.

2.1. - L'amministrazione, in via preliminare ha contestato la mancanza dei termini a difesa in relazione al secondo ricorso per motivi aggiunti ed ha poi eccepito, con riferimento al ricorso introduttivo:

a) l'inammissibilità: l'anticipata impugnazione della lex specialis di gara sarebbe inammissibile oltretutto irrituale in quanto proposta ai sensi dell'art.120, co. 2 bis, del cod. proc. amm., concernendo clausole non escludenti (Cons. St., Adunanza Pl., 26 aprile 2018, n.4);

b) il ricorso introduttivo sarebbe inammissibile con riferimento alle censure relative al criterio di aggiudicazione, per omessa impugnazione dell'ordinanza contingibile ed urgente numero 39/GAB del 6 giugno 2018, che ha imposto un preciso vincolo per il successivo bando di gara ed ha indicato le ragioni sottese alla scelta del criterio di aggiudicazione;

c) ha quindi controdedotto l'infondatezza del ricorso introduttivo in quanto:

- la scelta della deroga del criterio è stata disposta facendo ricorso ai poteri *extra ordinem*;

- per le restanti censure, palese sarebbe la carenza di interesse derivante dal fatto che la ricorrente ed altri due concorrenti hanno formulato offerta; le censure sulla stima dei costi e sul capitolato sarebbero peraltro generiche e quindi inammissibili e comunque impingerebbero nella sfera dei poteri ampiamente discrezionali della stazione appaltante; per quanto riguarda la modalità di presentazione dei plichi, *“le ardite ipotesi della ricorrente non si sono neppure verificate”*.

Con riferimento al primo ricorso per motivi aggiunti ha eccepito:

a) l'inammissibilità in quanto la ricorrente, senza attendere l'aggiudicazione, contesterebbe la congruità dell'offerta; l'impugnazione dell'ammissione può avvenire solo in relazione ai requisiti soggettivi e a quelli economico-finanziari e tecnico-professionali (e non anche in relazione alla congruità o ammissibilità dell'offerta tecnica o dell'offerta economica);

b) i motivi aggiunti sarebbero comunque infondati:

- l'ATI aggiudicataria sarebbe in possesso di tutti i requisiti di partecipazione alla gara;
- l'ATI aggiudicataria sarebbe in possesso, altresì, di tutti i requisiti di capacità professionale stabiliti dalla lex specialis;
- la controinteressata possederebbe valida certificazione di qualità, essendo consentito alle imprese di partecipare alle gare nella fase di rinnovo della certificazione medesima (Consiglio di Stato – Sezione V, 12 novembre 2013 numero 5375);

- nessun obbligo di motivazione sussisterebbe nel caso di ammissione in gara di un concorrente che ha dichiarato esclusioni e/o risoluzioni contrattuali o penali, bensì, al contrario, in caso di sua esclusione;

- non sussisterebbe alcuna incongruità dell'offerta della controinteressata.

Ha contestato anche l'ammissibilità e la fondatezza del secondo ricorso per motivi aggiunti.

2.2. - La controinteressata ha ritenuto:

a) inammissibile la sovrapposizione dei riti ed ha chiesto la separazione dei giudizi e congruo rinvio per proporre ricorso incidentale avverso la ritenuta illegittima ammissione in gara di IGM;

b) inammissibile il primo ricorso per motivi aggiunti laddove contesta l'ammissione della controinteressata per ragioni afferenti l'offerta economica;

c) l'infondatezza dei motivi, avendo la stessa argomentato circa la sussistenza di tutti i requisiti richiesti.

3. - In data 13 ottobre 2018 parte ricorrente ha depositato il terzo ricorso per motivi aggiunti per l'annullamento: dell'Ordinanza del Sindaco del Comune di Siracusa n° 39 del 6 giugno 2018, ivi compresa ove occorra la proposta del Dirigente di pari data, nella parte in cui, accogliendo la proposta del Dirigente, *“Ordina sempre al Dirigente Settore Ambientale, nelle more di riappaltare il servizio, di avviare l'iter di una procedura negoziata per l'aggiudicazione del servizio, per la durata di mesi 6, utilizzando il criterio dell'aggiudicazione del prezzo più basso”*; nonché ove occorra dell'Ordinanza sindacale n° 46 dell'11 luglio 2018, ivi compresa la proposta del

Dirigente di pari data, laddove richiama e conferma la predetta ordinanza n° 39 del 6 giugno 2018; nonché nuovamente ove occorra dei provvedimenti di ammissione in gara dell'ATI TEKRA e di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI TEKRA srl.

Avverso gli atti impugnati ha dedotto:

A) *Violazione art. 107 D. Lvo 267/00 – Eccesso di potere per arbitrio – Violazione*

*dell'art. 97 Cost. – Incompetenza*: gli atti amministrativi di indizione di una gara d'appalto, ivi comprese le modalità di svolgimento della medesima, rientrerebbero nell'attribuzione esclusiva dei poteri del Dirigente; la volontà sindacale contenuta nell'ordinanza n° 39 del 6 giugno 2018 non potrebbe pertanto costituire “atto presupposto” della gara d'appalto e, in caso contrario, sarebbe certamente viziata da incompetenza;

B) *Violazione art. 191 TU 152/06 – Violazione art. 50 TU 267/00. Violazione Circolare Min. Ambiente del 22.4.2016 prot. 005982. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione della Direttiva 24/2014/CE B.1)*:

B1) Non sarebbe comprensibile se si sia in presenza di un provvedimento adottato ai sensi dell'art. 50 TU 267/00 ovvero ai sensi dell'art. 191 TU 152/06;

B2) non potrebbe il Sindaco risolvere l'emergenza con una ordinanza ex art. 191 TU 152/06 e 50 TU 267/00 di affidamento del servizio ad un'impresa ed al contempo, sempre nell'ambito della stessa “emergenza”,

disporre una gara in deroga alle disposizioni contenute nelle Direttive Europee;

B.3) non andrebbe poi confusa la possibilità di deroga alle forme di gestione dei rifiuti (che riguardano generalmente le modalità di trattamento, stoccaggio, inertizzazione, conferimento in discarica con deroghe, etc), richiamate dall'art. 191 del TU 152/06, con le eventuali deroghe alle procedure d'appalto, che riguardano invece il rispetto delle Direttive comunitarie;

B.4) l'Amministrazione non potrebbe ricorrere a norme emergenziali, quando è essa stessa che ha causato l'emergenza; e questo sarebbe il caso in questione, considerato che dal 30 Maggio 2018, allorquando per effetto della sentenza del CGA è cessato l'affidamento contrattuale ad IGM, sono passati quasi 5 mesi, termine congruo per avviare e portare forse a compimento una gara regolare con l'O.E.P.V.; al contrario, di tale nuova gara, a tutt'oggi, non vi sarebbe traccia.

Parte ricorrente ha quindi concluso per l'annullamento della procedura in via subordinata al mancato accoglimento delle censure mosse avverso l'ammissione in gara e l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'ATI TEKRA; ha formulato, altresì, domanda di inefficacia del contratto – se nelle more stipulato – e di subentro nel contratto medesimo, ai sensi degli artt. 122-124 CPA.

4. - In data 22 ottobre 2018 la controinteressata Tekra s.r.l. ha depositato ricorso incidentale.

Ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'ultimo dei ricorsi per motivi aggiunti in quanto le ordinanze sindacali avrebbero da tempo esaurito i loro effetti e sarebbero privi di efficacia lesiva diretta e attuale.

Ha altresì eccepito l'inammissibilità per difetto di interesse in quanto non vi sarebbe alcun collegamento tra le ordinanze e i successivi atti relativi alla gara ponte.

Ha contestato nel merito tutte le censure mosse dalla ricorrente avverso la sua ammissione; ha eccepito il difetto di legittimazione della ricorrente in quanto l'ammissione in gara di questa sarebbe viziata sotto molteplici profili analiticamente esposti; ha insistito sulla separazione dei riti ed ha chiesto in via cautelare che alla camera di consiglio del 25/10 venissero definite le reciproche domande di annullamento dell'ammissione alla gara di IGM e Tekra.

5. - Con memoria del 23 ottobre 2018 parte ricorrente ha replicato al ricorso incidentale, insistendo per le conclusioni già rassegnate.

In vista della camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare anche il Comune e la Tekra hanno prodotto memorie.

6. - All'esito della camera di consiglio del 25 ottobre 2018 è stata rigettata l'istanza cautelare per assenza del *periculum*, con ordinanza cautelare n. 675 del 2018, confermata in sede di appello cautelare dal C.G.A. con ordinanza n.769 del 2018.

7. - Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2018, dopo discussione, il ricorso è stato posto in decisione, con la richiesta del difensore di parte

ricorrente della pubblicazione del dispositivo nei termini di cui all'art.120, co. 9, del cod. proc. amm..

## DIRITTO

1. – Va premesso che vengono introdotte nel presente giudizio domande soggette asseritamente sia al rito super-speciale che all'ordinario rito appalti.

Come anticipato già in sede cautelare, il Collegio ritiene che, nell'ipotesi di tale concorso, è possibile, per ragioni di economia processuale ed anche al fine di evitare decisioni contrastanti, che i relativi motivi di doglianza siano esaminati nell'ambito di un unico e simultaneo giudizio da svolgersi secondo le forme e i termini del rito ordinario, che, in base ai principi processuali di carattere generale desumibili anche dall'art. 32, comma 1, c.p.a., deve trovare sempre prevalente applicazione, essendo quello che assicura maggiori garanzie di difesa (Cons. St. sez. V, 23 marzo 2018, n.1854); a suffragio di tale opzione (in senso conforme T.A.R. Bari sez. I, 7 dicembre 2016, n.1367; T.A.R. Bari, sez. III, 14 aprile 2017, n.394; Cons. di St. sez. V, 28 febbraio 2018, n.1216), occorre considerare che se la ratio legis del nuovo rito “superaccelerato” è quella di consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente anche all'esame delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, parere n.855/2016 sul codice degli appalti) – da qui, invero, l'imposizione di censurare l'altrui partecipazione anche senza averne “interesse” - tale ratio viene meno allorquando, come



nel caso di specie, sia sopraggiunta l'aggiudicazione (a pochi giorni dall'ammissione delle offerte), venendo pertanto meno i presupposti logici dell'operatività del rito superaccelerato e l'eccezionale irrilevanza dell'interesse ai fini dell'azione.

1.1. - Tanto premesso, anche in accoglimento delle eccezioni sollevate dal Comune e dalla controinteressata, va dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo.

Invero, il comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. non annovera tra le tassative ipotesi di doglianza quelle relative al modulo della gara, limitandosi a regolare il caso in cui venga censurato "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali".

Per altro, come di recente confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 4 del 26 aprile 2018), le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi) "*considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n.1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo*".

La detta decisione ha inoltre chiarito che non ci si trova al cospetto di *"clausole del bando immediatamente escludenti"* avuto riguardo a quelle con le quali la stazione appaltante presceglie il criterio di aggiudicazione; infatti *"versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità"*.

Nel caso in esame, i vizi dedotti avverso l'indizione della gara afferiscono al criterio di aggiudicazione del maggior ribasso anziché a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto da parte della ricorrente obbligatorio per legge, nonché ad altri aspetti che non hanno immediata validità escludente, sicché il ricorso introduttivo, non solo è stato prematuramente introdotto invocando la disciplina del rito superaccelerato, ma, per quanto detto, anche ove qualificato come regolato dalle regole ordinarie in tema d'appalto, va dichiarato inammissibile.

2. – Va poi dato atto che parte ricorrente ha insistito in via principale nell'accoglimento del primo e del secondo ricorso per motivi aggiunti, contenenti le censure volte a censurare l'ammissione dell'ATI TEKRA e nel rigetto del ricorso incidentale; in via subordinata, in caso di mancato accoglimento delle censure escludenti, ha chiesto l'accoglimento del

ricorso principale introduttivo, come integrato dal III ricorso per motivi aggiunti con annullamento dell'intera gara.

2.1. - Ne consegue che occorre procedere preventivamente all'esame del primo ricorso per motivi aggiunti e del ricorso incidentale.

Il Collegio deve preliminarmente rilevare che, essendo quella in controversia una gara con solo due contendenti (rimasti tali a seguito di esclusioni non contestate di altri concorrenti), nella fattispecie, già alla luce dei principi esposti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 25 febbraio 2014 n. 9, varrebbe la regola che il ricorso incidentale escludente dell'aggiudicataria, anche ove fondato, non farebbe venir meno la necessità di esaminare, congiuntamente, anche il ricorso principale, siccome imperniato su censure afferenti la medesima fase procedimentale. Senza dire, poi, che la Corte di Giustizia europea, più recentemente, con la sentenza della Grande Sezione 5 aprile 2016, n. 689 – Puligienica, ha precisato che *“il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb”* (ossia la decisione della Sez. X della stessa Corte del 4 luglio 2013, C-100/12) (cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa, sent. n.95/2018).

Nella vicenda le contrapposte impugnative delle parti private dovranno, pertanto, essere scrutinate entrambe, valorizzando non solo l'interesse all'aggiudicazione (della gara già bandita), ma anche, in via graduata,

l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, che in tesi dovesse essere di nuovo bandita (C.G.A. n.314 del 2018).

3. - Per comodità espositiva il Collegio procede all'esame dall'impugnativa escludente principale di cui al primo ricorso per motivi aggiunti.

3.1. - Parte ricorrente ritiene che il provvedimento di ammissione della controinteressata sia viziato sotto molteplici profili.

Intanto, in violazione del punto b.2) della lettera d'invito, vi sarebbe carenza sostanziale di requisiti di partecipazione, in quanto la TEKRA, nella propria domanda di partecipazione, ha sì dichiarato di essere iscritta all'ANGA per la categoria 1, ma con riferimento alla sottocategoria "raccolta rifiuti da spiaggia" possiede – per come dichiarato - l'iscrizione solo per la più ridotta classe "E"2 e non per la classe B, come prescritto dal bando.

La Tekra, dal canto suo, controdeduce che, allorquando la lettera di invito fa riferimento alla "*Categoria 1, classe B , comprese tutte le sottocategorie*", intende che la locuzione "*comprese tutte le sottocategorie*" "*sia dettata a esclusiva specificazione della completezza del possesso dell'iscrizione per tutte le sottocategorie di cui si compone la categoria 1*"; quindi, in questa ricostruzione la classe minima di iscrizione B sarebbe richiesta solo per la categoria 1, mentre per le relative sottocategorie non sarebbe richiesta alcuna classe minima di iscrizione.

3.2. – La censura appare infondata per le ragioni che seguono.

Nella lettera di invito, all'art.6 lett. B) Requisiti di idoneità professionale, lett. b.2, si legge: *“Dichiarazione di iscrizione ex art. 212 del L. lsg. N.152/06, all'albo Nazionale Gestori Ambientali nelle seguenti Categorie e Classi minime: - Categoria, classe B, comprese tutte le sottocategorie; Categoria 4, classe F; Categoria 5, classe F; Categoria 10, classe E.”*.

Agli atti risulta prodotta dalla controinteressata una Faq, con relativa risposta della stazione appaltante, circa il quesito di iscrizione all'ANGA per l'espletamento del servizio di raccolta rifiuti da spiaggia; in particolare, in relazione al punto *“Iscrizione all'Albo Nazionale Gestore Ambientale categoria 1, Classe B, comprese tutte le sottocategorie”*, si chiedeva *“di esplicitare le sottocategorie comprese nella categoria 1 classe B di cui si necessita per la partecipazione alla presente manifestazione, specificando che la scrivente è iscritta all'ANGA per la categoria 1 classe A con attivazione delle seguenti sottocategorie: - Raccolta rifiuti da spiaggia e rive classe E; Spazzamento meccanizzato classe A; Centri di raccolta classe A”*; in risposta al quesito n.1 veniva affermato che *“Come indicato nell'Avviso, è richiesta l'iscrizione all'ANGA per tutte le sottocategorie della Categoria 1. È inoltre richiesta l'iscrizione nella Categoria 10, classe E”*; veniva, inoltre, chiarito, tra l'altro, che il requisito non era colmabile con il subappalto e che non era ammesso l'avvalimento per soddisfare il requisito di iscrizione all'ANGA.

Orbene, si osserva che nella lettera di invito si indicavano le categorie e le classi minime di iscrizione all'ANGA ai fini della partecipazione alla gara e per la categoria 1 si specificava che la classe fosse la B *“comprese tutte le sottocategorie”*, ove tale formula si presta ad entrambe le interpretazioni

fornite dalle parti in causa; peraltro, dal quesito formulato emerge che la questione era stata posta, ma non chiarita in maniera inequivoca dall'amministrazione, limitatasi ad affermare la necessità del possesso di tutte le sottocategorie della categoria 1, senza specificazione, per esse, della classe richiesta.

Ne consegue che, essendo stata formulata la prescrizione del bando in modo poco chiara ed equivoca e non avendo l'amministrazione chiarito nemmeno in sede di FAQ la classe richiesta per la sottocategoria in questione, pure a fronte della esplicitazione del possesso per la sottocategoria D7 della classe E, la controinteressata non avrebbe potuto essere esclusa dalla gara.

Infatti, in base ai principi giurisprudenziali consolidati, se la disposizione del bando relativo alla partecipazione alla gara sia formulata in maniera equivoca o di scarsa intellegibilità o ancora se al testo della clausola – come nel caso – possono essere attribuiti una pluralità di significati, l'interprete deve privilegiare l'accezione che comporti la più ampia possibilità di concorrere alla gara da parte degli operatori economici (T.A.R. Cagliari sez. I 17 marzo 2015, n.444; Cons. St., 17 luglio 2014, n.3777).

Al riguardo va sottolineato, altresì, che se la Stazione Appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata e nemmeno può interpretare le suddette regole in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale, tuttavia, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri di “neutralità”

rispetto ai contenuti del bando ed alla partecipazione alla gara e costituisca una sorta di interpretazione autentica con cui la S.A. chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intellegibile, precisando o meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*; in tali casi i chiarimenti operano a beneficio di tutti e — laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor participationis* e resi pubblici — non comportano, se giustificati da un'oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione (T.A.R. Napoli, sez. IV, 28 agosto 2018, n.5292).

3.3. – Ritene, inoltre, la ricorrente che, in violazione del punto b.3) della lettera d'invito, la TEKRA non avrebbe dimostrato di essere iscritta per ciascuna delle attività richieste, come si evincerebbe dall'esame comparativo della certificazione della CCIAA di TEKRA rispetto a quella di IGM, ove invece sono indicate le singole attività per le quali è vigente l'iscrizione.

3.3.1. - La censura non è fondata.

Sul punto la lettera di invito chiedeva ai concorrenti di rendere “*Dichiarazione di iscrizione, ex art. 2 del D.M. 7 luglio 1997, n.274, al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane per le attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione, fascia di classificazione a) o superiore*”.

Il cennato D.M. 7 luglio 1997, all'art.3, chiarisce che le fasce di classificazione variano in base al volume di affari dichiarato nel settore al netto dell'IVA. La fascia A (ossia la fascia minima di fatturato richiesta dalla stazione appaltante) è quella relativa al volume di affari, sviluppato dall'operatore economico, al netto dell'IVA pari a € 51.645,70.

La controinteressata osserva che dalla visura camerale della stessa si evince che sulla specifica iscrizione risulta un fatturato certificato al netto dell'IVA superiore a 400.000.000 di lire e pertanto comprovante l'iscrizione di Tekra al registro delle imprese per le attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione in fascia C (superiore alla fascia minima richiesta).

La controdeduzione appare convincente, rivelandosi la censura infondata oltre che non specifica.

3.4. - Vi sarebbe, inoltre, violazione del punto A.3 lettera h) della lettera d'invito, in quanto la TEKRA ha allegato al plico contenente la domanda di partecipazione, depositata in data 18 settembre 2018, copia di un certificato di qualità per le norme ISO 14001/2004 rilasciato da Bureau Veritas, scaduto il 15 settembre 2018 e quindi assolutamente inutilizzabile.

3.4.1. - Anche tale censura si rivela infondata.

Infatti, come chiarito dalla controinteressata con la memoria del 9 ottobre 2018, non vi era nel caso una certificazione scaduta quanto piuttosto il mancato possesso del “nuovo” certificato cartaceo, in quanto



questo non le era stato ancora materialmente inviato dell'Ente certificatore.

Dal certificato, poi pervenuto, risulta che gli audit di aggiornamento presso le sedi/cantieri aziendali di Tekra sono stati posti in essere dal 9 marzo 2018 al 9 aprile 2018; detta certificazione dichiara una validità di iscrizione a far data dal 18 settembre 2018 (data di scadenza della presentazione dell'offerta economica e della relativa documentazione amministrativa).

In tal senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è espressa ritenendo che è consentito alle imprese di partecipare alle gare nella fase di rinnovo della certificazione di qualità, restando l'aggiudicazione subordinata all'esito positivo della verifica; del resto, la produzione del certificato scaduto ben può essere oggetto di integrazione documentale, atteso che siffatta integrazione serve soltanto a provare che l'offerta era sin dall'inizio conforme alla lex specialis di gara: la dichiarazione sul possesso del requisito integrava quel principio di prova ritenuto sufficiente dalla giurisprudenza per consentire l'integrazione documentale, dovendosi considerare altresì che la stazione appaltante può direttamente accedere al sito dell'ente accertatore e verificare la posizione della concorrente circa il requisito in questione; diversamente opinando, si introdurrebbe in sede amministrativa una ragione di esclusione in contrasto con il principio della tassatività della causa di esclusione, per di più sproporzionata rispetto alle esigenze

dell'amministrazione aggiudicatrice (Consiglio di Stato sez. V, 27 ottobre 2014, n.5297).

Pertanto, essendo in possesso del requisito alla data di scadenza di presentazione dell'offerta, la controinteressata non avrebbe dovuta essere esclusa.

Osserva, infine, quest'ultima che il possesso della certificazione ISO 14001/2004 era consultabile già dal 31 agosto 2018 sul portale web dell'Ente certificatore "Bureau Veritas Italia" e produce lo screen shot della schermata di detta pagina internet.

3.5. - La partecipazione della Tekra sarebbe illegittima anche per l'esistenza di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità, che la stessa avrebbe dichiarato.

Nel caso in specie, la controinteressata sarebbe stata ammessa pur a fronte di plurime risoluzioni ed applicazioni di penali contrattuali, che denoterebbe un'insufficiente e scarsa moralità ed affidabilità professionale dell'impresa; in particolare, emergerebbero dalla stessa dichiarazione resa dalla Tekra in corso di gara che questa *"ha subito ben 10 tra esclusioni e/o risoluzioni contrattuali e/o penali per inadempimento"*; sulla base di tali notizie il Comune di Brusciano ha revocato l'aggiudicazione di un appalto di igiene urbana alla controinteressata, ritenendola priva dei requisiti di moralità professionale (il TAR Napoli, con sentenza n.5220 del 7 agosto 2018, ha respinto l'impugnativa avverso detta revoca); una valutazione escludente sulla base di tali elementi sarebbe stata effettuata dall'ARO n.7 "Entroterra Pianura" e anche stavolta il T.A.R. Bari ha

ritenuto, con sentenza n.561/2018, legittima l'esclusione; non vi sarebbe nei verbali di gara alcuna motivazione sulla rilevanza di tali illeciti professionali a fronte dei fatti dichiarati, con conseguente illegittimità nell'ammissione della controinteressata; viene contestato, altresì, che, a fronte dei plurimi episodi risolutivi, la stazione appaltante non avrebbe quanto meno approfondito le ragioni delle risoluzioni, acquisendo gli atti ed avviando un'istruttoria per valutarne la rilevanza.

3.5.1. – La doglianza è fondata.

Preliminarmente, osserva il Collegio che la dichiarazione circa le precedenti risoluzioni e penali è stata resa e ciò non è oggetto di contestazione, come pure la completezza della stessa.

Ciò posto, occorre verificare se la circostanza che nei verbali di gara non vi sia alcun accenno alla effettuata valutazione dei fatti in questione e alcuna motivazione sulla rilevanza degli stessi renda già, *ex se*, viziato il provvedimento di ammissione, come ritenuto da parte ricorrente.

3.5.2. – Come ricordato dal recente parere n.2616/2018 reso dall'Adunanza della Commissione del Consiglio di Stato in relazione agli aggiornamenti sulle Linee guida dell'Anac n. 6, recanti *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016”*, *“Nel senso della rilevanza di un accertamento (anche se) non ancora definitivo del grave illecito professionale, come, del resto, nel senso della natura solo esemplificativa e non tassativa della casistica contenuta nella seconda parte della lettera c) del comma 5 dell'art. 80 in esame, si dirige da ultimo la giurisprudenza di questo Consiglio in sede*

*giurisdizionale (sentenze della sez. V 11 giugno 2018, n. 3592 e 24 settembre 2018, n. 5500, sentenza del CGA 30 aprile 2018, n. 252), che ha affermato che «sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti», ragion per cui «costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all’Amministrazione» e «a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi». Si tratta, del resto, di previsioni che costituiscono espressione degli «immanenti principi di lealtà e affidabilità professionale dell’aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo – per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell’appalto e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione - alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3375)». Si sottolinea, inoltre, come laddove l’accertamento dell’illecito professionale sia ancora sub iudice, sulla stazione appaltante incomberà un obbligo di prova e di motivazione più rigoroso (cfr. Cga, 252/2018 cit.)».*

Ciò posto ed avuto riguardo alle plurime risoluzioni subite dalla controinteressata (ancorché *sub iudice*) e delle penali contrattuali dichiarate (le quali non risultano tutte giudizialmente contestate), ritiene il Collegio che la stazione appaltate era tenuta a compiere una doverosa valutazione sulla moralità professionale, di cui però non v’è traccia nel verbale di gara, ove ci si limita a dare atto che “*Si procede all’apertura della Busta A*

*contenente la documentazione Amministrativa e si verifica la completezza e corrispondenza con quanto richiesto negli atti di gara. Si effettua l'accesso al sistema AVCPass per accertare la corrispondenza del PassOE n.5023 – 1346 – 2269 – 7139 del R.T.I. verticale TEK.R.A. s.r.l- Ecologica Sud s.r.l.; Il Presidente ammette alla fase successiva il R.T.I. TEK.R.A. s.r.l. – Economica Sud s.r.l.”.*

È noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non sussiste un obbligo delle stazioni appaltanti di motivare l'ammissione.

Invero, *"la Stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; in termini Cons. Stato, Sez. IV, 21.05.2014, n. 2622). Da ciò deriva che non sussiste un obbligo di motivazione espressa nella ipotesi di ritenuta non gravità dei reati manifestata dalla P.A. attraverso la ammissione della concorrente"* (cfr. da ultimo T.A.R. Bari, sez. I, 9 marzo 2017, n.2156).

Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata in tali sentenze fa riferimento ad un periodo antecedente al D.Lgs. 18 aprile 2016, n.50 che, all'art. 204, ha introdotto all'art.120, del D.Lgs. n.104 del 2010 il comma 2-bis, ai sensi del quale anche il provvedimento di ammissione (e non solo di esclusione) va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente

della stazione appaltante e l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Orbene, ritiene il Collegio che l'onere di immediata impugnazione (anche) delle ammissioni importa che il concorrente che intenda impugnarle debba essere messo in condizione di sapere innanzitutto se la stazione appaltante abbia effettuato le valutazioni di sua pertinenza sui fatti dichiarati dai concorrenti ai fini di una loro possibile rilevanza quali gravi illeciti professionali e di conoscere, sia pure succintamente, le ragioni per le quali l'amministrazione, specie a fronte di un numero così rilevante di risoluzioni e di penali (alcune delle quali non impugnate giudizialmente), quali quelle dichiarate dalla controinteressata, abbia ritenuto che non fossero sussistenti i presupposti dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione.

Inoltre, ai fini dell'art.80, co. 5, lett. c), è necessaria una attività di giudizio della commissione che deve consistere, alla luce della documentazione in atti e di quella che eventualmente è necessario acquisire ai fini di una piena contezza dei fatti e della loro rilevanza, nel valutare se sussista o meno il grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico; questa valutazione discrezionale si deve concludere con un giudizio di sussistenza o insussistenza del grave illecito professionale supportato da motivazione, che, in caso di esclusione, deve essere congrua e in alcuni casi (individuati dalla giurisprudenza) rafforzata; il potere discrezionale si arresta a tale

momento valutativo, in quanto, ove si accerti a seguito della detta attività, che il grave illecito professionale sussista, allora l'esclusione costituisce atto vincolato e dovuto.

Orbene, in assenza di qualsivoglia riferimento anche alla sola valutazione effettuata dall'amministrazione sulla gravità e rilevanza nella gara in questione dei fatti dichiarati – valutazione che, giova ricordare, compete in via esclusiva all'amministrazione – rimane incontestata l'affermazione di parte ricorrente che la “*valutazione è totalmente mancata*”.

Né in senso contrario può giovare la tesi sostenuta nella memoria difensiva del Comune (sia pure per controdedurre al ricorso incidentale mirante all'esclusione della ricorrente principale) secondo cui si tratterebbe di censure (tra la ricorrente e la controinteressata) speculari e che emergerebbe “*un comportamento neutro del Seggio di gara*” o ancora che nessun obbligo di motivazione sussisterebbe nel caso di ammissione in gara di un concorrente che abbia dichiarato esclusioni e/o risoluzioni contrattuali o penali.

Invero, condividere il detto ragionamento significherebbe avallare la conclusione secondo la quale “il medesimo comportamento illegittimo rispetto a parti contrapposte risulterebbe legittimo poiché non comportante discriminazioni”, conclusione, invero, “forte” e certamente non condivisibile, laddove l'Amministrazione deve improntare la propria attività ai principi di correttezza e imparzialità, oltre che di “eguaglianza”. Insomma, fermo restando che i fatti dichiarati di cui si discute (relativi a precedenti risoluzioni contrattuali e penali, alcune delle quali non

contestate) non possono comportare un'esclusione con carattere automatico (importando, invece, ai fini di un'eventuale esclusione, specie in caso di contestazioni, un obbligo di motivazione rafforzata per l'amministrazione) e tenuto conto che l'amministrazione non può certo essere tenuta a motivare analiticamente le ragioni per cui non ritenga i singoli fatti dichiarati rilevanti e gravi (o meno) ai sensi dell'art.80, co. 5, lett. c), l'assoluta mancanza di qualsiasi riferimento nel verbale di ammissione alla compiuta valutazione degli stessi e ad una sia pure sintetica motivazione circa la loro non rilevanza o comunque del percorso logico che ha consentito alla commissione di concludere per l'ammissione sia pure a fronte di *“10 tra esclusioni e/o risoluzioni contrattuali e/o penali per inadempimento”*, nel caso, non consentono all'operatore economico che abbia interesse ad impugnare la ammissione e a questo Tribunale di accertare se la doverosa valutazione vi sia stata e se la stessa sia affetta da macroscopica illogicità, impedendone uno scrutinio in sede di giudizio.

Consegue la fondatezza del motivo.

3.6. - Parte ricorrente, infine, con il primo ricorso per motivi aggiunti contesta la congruità dell'offerta per inadeguatezza del costo del lavoro e conseguente incongruità globale dell'offerta.

La Tekra ha formulato un'offerta complessiva pari ad EU 7.338.346,84, con un ribasso del 13,86 %; il ribasso dell'ATI TEKRA non sarebbe compatibile e renderebbe totalmente incongrua l'offerta, alla luce dei costi inerenti al personale, agli automezzi (approntamento,



ammortamento e costi di gestione) e alle altre attrezzature necessarie per lo svolgimento del servizio.

3.6.1. - Tale censura si rivela inammissibile in quanto afferente all'offerta e non ai requisiti soggettivi economico-finanziari e tecnico-professionali (Tar Venezia n.872/2018; T.A.R. Napoli 1020/2017), pertanto la stessa non può essere fatta valere in sede di contestazione dell'ammissione alla gara, potendo invece rilevare nella fase successiva, ove in quella sede (ri)proposta.

3.7. Alla luce di quanto sopra il primo ricorso per motivi aggiunti è fondato nei detti termini e limiti.

4. Come premesso, va esaminato il ricorso incidentale escludente.

Ritiene la controinteressata che l'ammissione in gara della ricorrente sarebbe viziata giacché la stessa non possiederebbe il requisito della moralità professionale ex art.80, co.5 lett. c) del codice; evidenzia presunte inadempienze nei confronti della stazione appaltante (quali emergenti dall'ordinanza sindacale n.73/Gab del 29 settembre 2018) e carenza dei requisiti di professionalità e inaffidabilità dell'impresa, quali sarebbero desumibili dalla stessa sentenza C.G.A. n.314/2018 che ha annullato la precedente aggiudicazione in favore della IGM.

In particolare dalla suddetta ordinanza emerge che, con precedente ordinanza sindacale n.43/GAB dell'11 luglio 2018, era stato disposto che la IGM proseguisse il servizio fino al 30 settembre 2018 agli stessi patti e condizioni del contratto dichiarato inefficace (a seguito di sentenza del C.G.A.), ma che la società non era stata sino a quel momento in grado di

rispettare tutte le obbligazioni assunte; che, quindi, con verbale del 27 febbraio 2018, veniva prevista una trattenuta di € 364.000,00 per il mancato avvio nei termini contrattuali e l'approvazione di un nuovo cronoprogramma; che tale *“ingiustificato ritardo ha provocato un rallentamento nella procedura di distribuzione ai cittadini del materiale necessario alla raccolta differenziata domiciliare ... vanificando così il raggiungimento della soglia minima del 30% di raccolta differenziata”*; *“che la IGM ... non ha ancora ottemperato alle obbligazioni assunte per cui non è stato completato il 100% delle utenze ... da servire con il metodo domiciliare”*; che *“per l'ingiustificato ritardo ... sono state comunicate alla IGM ... una trattenuta di € 63.122,90 sul corrispettivo dovuto per il mese di giugno, una di € 126.245,81 sul corrispettivo dovuto per il mese di luglio ed una di € 85.540,12 sul corrispettivo dovuto per il mese di agosto 2018”*.

Ed ancora altri elementi che dimostrerebbero l'inaffidabilità dell'impresa sarebbero desumibili dalla sentenza del CGARS n.314/2018, ove di legge dell'esistenza di penali pari a € 2.729.878,93 per il triennio 2011-2014, non dichiarati nella presente gara.

Conclude affermando che dall'esame congiunto dell'ordinanza sindacale e della sent. 314/2018 si ricaverebbe che il rapporto tra ricorrente principale e il Comune è stato caratterizzato da una significativa conflittualità e lo sarebbe tuttora, come testimonierebbe l'applicazione di decurtazioni sul corrispettivo dovuto.

Con memoria del 23 ottobre 2018 la ricorrente ha fatto presente che:

- le penali subite nell'ultimo triennio sono state dichiarate con la specificazione che sono state contestate in giudizio;

- si tratterebbe di modeste penali (giudizialmente contestate e non più temporalmente rilevanti) a fronte delle plurime risoluzioni contrattuali subite da Tekra, nonché di modestissime ritenute operate recentemente (e non penali) e per ritardi non imputabili alla società;

- *inadimplenti non est adimplendum*: il T.A.R. Catania, con sentenza n. 207 del 2018, ha condannato il comune di Siracusa a risarcire i danni arrecati all'IGM in correlazione alla differenza tra i maggiori volumi dei servizi di igiene urbana approntati e forniti ed il vecchio prezzo del pregresso appalto; la CTU avrebbe accertato che IGM ha diritto ad un risarcimento di danni che potrebbe oscillare da un minimo di euro 9 milioni circa ad un massimo di circa 15 milioni di euro; e ad oggi il Comune sarebbe inadempiente rispetto all'obbligo di formulare un'offerta risarcitoria in conformità a quanto statuito dalla detta sentenza;

- per effetto dell'annullamento/inefficacia dell'affidamento e del contratto che era stato stipulato, IGM avrebbe diritto ad un indennizzo per la fase di start up, per la quale aveva percepito solo una quota parte limitatissima del canone e che sarebbe stata spalmata sui sette anni contrattuali; anche con riferimento a tale obbligo il Comune a tutt'oggi sarebbe inadempiente.

Quanto alle penali relative al periodo 2011-2014, con riferimento alle quali il CGA nel precedente contenzioso aveva ritenuto la dichiarazione incompleta annullando la gara, esse sarebbero pari al 3,5230% del totale dell'ammontare del servizio nel medesimo periodo, sarebbero contestate

(per esse pendendo giudizio civile innanzi al Tribunale delle imprese di Catania) ed in ogni caso oggi “*non possono assumere rilevanza alcuna*”.

Il Comune, con la memoria prodotta in vista della trattazione del cautelare, come già sopra accennato, ha replicato che si tratta di censure speculari tra le ditte in questione, con la conseguenza che emergerebbe un comportamento neutro tenuto dal seggio di gara.

4.1. – La censura è fondata per le medesime ragioni per le quali è stato condiviso il corrispondente motivo proposto avverso la controinteressata dalla ricorrente principale.

Infatti, a fronte di penali dichiarate superiori all’1% ancorché impugnate (ad esempio pari al 3% nel rapporto contrattuale con il Comune di Siracusa nel periodo ricompreso tra agosto 2015 e agosto 2018; pari all’1,5 % nel rapporto contrattuale con il Comune di Caltanissetta nel periodo tra agosto 2015 e agosto 2018), a trattenute dichiarate per complessivi € 553.368,71 e ad agli altri fatti dichiarati non risulta traccia, anche in tal caso, della valutazione effettuata dal Comune; quest’ultimo, di contro, come sottolineato dalla controinteressata, nella ultima ordinanza di affidamento del contratto alla IGM, ha richiamato trattenute per € 364.000,00 per mancato avvio nei termini contrattuali (giusta verbale del 27 febbraio 2018), “*ingiustificato ritardo*” nella distribuzione ai cittadini del materiale necessario alla raccolta differenziata domiciliare, “*tant’è che nel mese di luglio , ovvero oltre la scadenza del termine concordato, risultava servita dal sistema di raccolta domiciliare meno del 70% dell’utenza, vanificando così il raggiungimento della soglia minima del 30% di*

*raccolta differenziata*”; ulteriore diffida del 9 agosto 2018 - a fronte del mancato avvio del servizio di raccolta porta a porta nelle circoscrizioni cittadine indicate, comprendenti circa un terzo della popolazione della città di Siracusa - a completare la distribuzione delle attrezzature per la raccolta differenziata domiciliare improrogabilmente entro il 30 settembre 2018; ha inoltre indicato le ulteriori trattenute effettuate nei confronti della IGM sul corrispettivo di giugno, luglio ed agosto per *“l’ingiustificato ritardo e mancato avvio del servizio nella circoscrizione di Tiche e Grottasanta”*; ha infine concluso per l’affidamento con la detta ordinanza del servizio alla IGM atteso che *“nelle more dell’avvio del servizio aggiudicato al nuovo gestore, occorre assicurare la continuità di un servizio pubblico locale, qual è quello di igiene urbana”*.

Anche in questo caso la mancata indicazione nel verbale di ammissione dell’avvenuta valutazione da parte della stazione appaltante dei fatti dichiarati e delle ragioni (sia pure succinte) per le quali, nonostante i ritardi ritenuti “ingiustificati” dalla stessa e le trattenute sin da ultimo operate, si è ritenuto che sussistessero i presupposti dell’affidabilità dell’operatore economico in questione non consentono di ricostruire che una valutazione (discrezionale ma dovuta) da parte della stazione appaltante effettivamente vi sia stata.

Né, spetta a questo Tribunale valutare *“l’enorme differenza che vi è tra IGM e la plurime risoluzioni contrattuali e variegate penali subite da Tekra”*, secondo quanto ritenuto dalla ricorrente, trattandosi di valutazione di esclusiva

pertinenza dell'amministrazione, di cui, però, anche in questo caso, nel verbale non si dà atto.

4.1.1. – Non si ritiene, invece, che la IGM dovesse dichiarare (a pena di esclusione) le penali anche relative al triennio 2011-2014 (la cui mancata dichiarazione era stata censurata, tra l'altro, dalla sentenza del C.G.A. n.314/2018), contestate giudizialmente ed evidentemente conosciute dalla stazione appaltante (a cui questa volta, contrariamente alla precedente gara, appartengono i membri della commissione); la mancata dichiarazione delle stesse, comunque, non poteva comportare l'esclusione della società ai sensi dell'art.80, co. 10, del d.lgs. n.50/2016 per la rilevanza temporale dell'effetto interdittivo; va inoltre sottolineato che la IGM esplicitava che la dichiarazione si riferiva al triennio precedente e pertanto la sua poteva, al più, costituire omissione rilevante ai sensi dell'art.80, co.5, lett. c e non f), essendo quanto meno dubbia, anche in giurisprudenza, la comunicazione di penali contestate giudizialmente concernenti il periodo 2011-2014 (non immediatamente prossimo alla gara in questione), la cui mancata dichiarazione è stata esaminata in un precedente contenzioso, di cui è stato parte anche il Comune di Siracusa (cfr. T.A.R. Catania, sez. I, 17 ottobre 2018, n.1961).

4.2. - Ritiene la controinteressata che la ricorrente avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni ex art. 80, co. 3, da parte di tutti i soggetti a ciò tenuti rispetto al socio di maggioranza, trattandosi di una persona giuridica.

In particolare, la ricorrente principale riveste la forma giuridica di società a responsabilità limitata e risulta di proprietà di IGM Group di C. Quercioli Dessena & C. SApA; non risulterebbe che il socio di maggioranza persona giuridica abbia reso correttamente tutte le dichiarazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti di ordine generale ex art. 80 del Codice.

Ritiene la ricorrente che la censura sarebbe infondata in quanto agli atti di gara risulta la rituale dichiarazione del legale rappresentante della IGM Group di C. Quercioli Dessena & C. SApA, ossia della sig.ra Claudia Quercioli Dessena, amministratore unico ed unico socio accomandatario, in ordine ai requisiti morali richiamati dall'art.80.

La censura non appare al Collegio rilevante ai fini dell'esclusione automatica della ricorrente, potendo, al più, indurre all'applicazione del soccorso istruttorio; essa va quindi disattesa.

4.3. - La controinteressata ritiene, inoltre, che la ricorrente non possenga la referenza esecutiva nei termini richiesti dalla legge di gara in punto di raggiungimento della soglia percentuale di raccolta differenziata non inferiore al 35% in almeno un anno (per servizi di raccolta differenziata domiciliare di cui sia stata attestata la regolarità ed il buon esito per un bacino di utenza anche cumulativo di più comuni pari o superiore a 60.000 abitanti, servizi svolti nei tre anni precedenti la pubblicazione del presente avviso); ritiene altresì la presunta invalidità del contratto di avvalimento ai fini del raggiungimento della prova del possesso del requisito della percentuale di R.D. del 35% in almeno un anno (secondo

quanto richiesto dal par. D lett. d.2) della lettera di invito; peraltro non si sarebbe innanzi ad un requisito passibile di avvalimento (a cui ha fatto ricorso la ricorrente), avendo ad oggetto non una mera capacità tecnica professionale, ma una competenza personale insurrogabile; e comunque il requisito non sarebbe passibile di avvalimento senza il conferimento dell'intero compendio aziendale, sicché si ritiene invalido e insufficiente il contratto di avvalimento.

La ricorrente replica che:

- la censura è infondata in quanto la lettera d'invito ha specificato che si tratta di un requisito inerente alle capacità tecniche professionali ex art. 83 del d.lgs. n.50/2016 e quindi usufruibile anche tramite avvalimento; IGM aveva già il 25% (occorreva il 35%), ove il raggiungimento dell'obiettivo non dipende esclusivamente dalla volontà dell'appaltatore (Cons. St. m.7031/2010); l'avvalimento in questione sarebbe invero operativo e con assunzione di responsabilità solidale; vi è dotazione di personale e mezzi forniti; quanto alla sufficienza dei mezzi indicati per completare i requisiti tecnici, essa rientra nelle valutazioni di merito esercitate dall'amministrazione

4.3.1. – Il motivo è infondato.

Il par. D), lett. d.2) della lettera di invito richiedeva ai concorrenti, a pena di esclusione, *“di aver svolto, nei tre anni precedenti la pubblicazione del presente avviso, servizi di raccolta differenziata domiciliare, di cui sia stata attestata la regolarità ed il buon esito, per un bacino di utenza, anche cumulativo di più comuni,*



*pari o superiore a 60.000 abitanti, con il raggiungimento, in almeno un anno, di una percentuale media annua di raccolta differenziata non inferiore al 35%”.*

Va in primo luogo osservato come il requisito in questione richiesto avesse un'evidente connotazione esperienziale e si riferisse quindi a una specifica qualità di carattere tecnico-operativo richiesta. Tanto chiarito, occorre verificare se il contratto di avvalimento corrispondesse all'obbligo legale di indicare in modo determinato e specifico le risorse oggetto di prestito. Al quesito deve essere fornita risposta positiva, atteso che l'art 7 esplicita i contenuti del “prestito”. Segnatamente, il contratto prevede che l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione due addetti con esperienza pluriennale nell'organizzazione e gestione di servizi di raccolta differenziata domiciliare di rifiuti urbani, preordinati tanto alla divulgazione delle conoscenze ed esperienze acquisite, quanto al controllo dell'andamento della commessa e della messa in pratica delle informazioni trasferite. Sono previsti incontri preparatori, affiancamenti operativi per la progettazione dei turni di lavoro, per la preparazione delle campagne di informazione, per la programmazione delle campagne di distribuzione e per affrontare le problematiche specifiche e sopralluoghi con cadenza almeno mensile ed incontri di verifica e/o di analisi delle situazioni critiche. E' inoltre prevista la messa a disposizione di specifici ed indicati automezzi.

Va qui richiamato il condiviso orientamento per cui nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei

confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata da un semplice quanto generico riferimento alle risorse dell'ausiliaria (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, V, 12 marzo 2018, n. 1543; id., IV, 2 febbraio 2016, n. 5052).

Tuttavia nel caso in esame, per le ragioni esposte, si deve concludere nel senso della validità del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla ricorrente che indica professionalità e mezzi necessari per il raggiungimento del requisito in questione, specificando anche in cosa l'attività delle professionalità individuate debba consistere ai fini del raggiungimento dell'obiettivo atteso.

Sul punto è stato affermato che *“Le capacità tecniche e professionali rilevanti come criterio di selezione per gli appalti di servizi e forniture presuppongono non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, entrambi elementi necessari “per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità” (secondo la lettera dell'art. 83, comma 6, codice dei contratti pubblici del 2016). Pertanto, è ben possibile che l'impresa concorrente abbia la disponibilità di risorse umane e materiali idonee e sufficienti, ma non un adeguato background esperienziale, per il quale ben si può avvalere del portato d'esperienza di altra impresa”* (Consiglio di Stato sez. V, 19 luglio 2018, n.4396); ed ancora *“Con specifico riguardo alla figura dell'avvalimento "operativo" - ovvero quello avente ad oggetto i requisiti di capacità*

*tecnica e professionale - l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento "deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale"; in particolare tale indagine deve essere svolta secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367)" (Consiglio di Stato sez. V, 30/10/2017, n.4973).*

In base alle esposte coordinate interpretative, l'amministrazione deve potere confidare nel raggiungimento dei medesimi obiettivi quando la garanzia di questo risultato provenga da un soggetto, che non si è qualificato per la procedura di gara, ma di cui uno dei suoi partecipanti si avvalga; la concreta messa a disposizione della capacità tecnica richiesta attraverso lo strumento contrattuale deve gioco forza avvenire attraverso l'assunzione di un'obbligazione valida sul piano civilistico. L'impegno dell'ausiliario deve quindi essere munito dei necessari requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., onde prevenire contestazioni nella fase di esecuzione del contratto tra l'appaltatore e l'ausiliario che possano frustrarne il buon esito.

Ebbene, ciò può dirsi essersi verificato nel caso di specie, dal momento che il contratto di avvalimento espone nei detti termini lo specifico oggetto che lo connota. Su questa base l'amministrazione è posta nelle condizioni di verificare se l'esperienza maturata in passato dall'ausiliaria sia effettivamente messa a disposizione per l'esecuzione del contratto

posto a gara e attraverso quali risorse (tecnico-professionali di provata esperienza e automezzi) si impegna ad eseguire l'appalto in questione e a realizzare l'obiettivo atteso.

Né si può fare in questa sede questione di sufficienza dei mezzi messi a disposizione al fine, impingendo detta valutazione su questioni di merito di pertinenza dell'amministrazione, che, nel caso, ne ha ritenuto la sussistenza, accettando il contenuto del detto contratto.

4.4. - Ritene inoltre il ricorrente incidentale che la I.G.M. non possieda il requisito di idoneità professionale consistente nell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (ANGA) per la sottocategoria espressamente richiesta a fini partecipativi (D7) (servizio di raccolta rifiuti da spiaggia), non facendo riferimento ad essa il certificato CCIAA prodotto.

IGM eccepisce di essersi iscritta all'ANGA nel 2011, nel vigore della vecchia disciplina, la quale prevedeva che la classe posseduta ai fini della "Categoria" si estendesse anche alle eventuali sottocategorie. A suffragio della propria tesi, la ricorrente fa riferimento alla Delibera del Ministero dell'Ambiente del 3 novembre 2016, artt. 1.6 (*«L'iscrizione nella categoria 1 per lo svolgimento dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani di cui al comma 1, in una determinata classe, ricomprende anche le attività di cui alla stessa classe o classe inferiore delle sottocategorie individuate all'allegato D»*) e 3.2, che conforterebbero tale ricostruzione, nonché alla circolare del Ministero dell'Ambiente del 24 febbraio 2017 n. 229.

La censura va respinta per le ragioni esposte dalla ricorrente principale e che si condividono.

In particolare, l'ultima circolare richiamata ha chiarito che “2. *Le imprese iscritte alla data di entrata in vigore della delibera n.5 del 3 novembre 2016 nella categoria 1 per l'esclusivo esercizio delle attività individuate all'Allegato B, Tab. 1B ... o Tab. 4B sono iscritte d'ufficio nella sottocategoria ... di cui all'allegato D) ...3. L'articolo 1, comma 6, della delibera n.5 del 3 novembre 2016, dispone che l'iscrizione nella categoria 1 per lo svolgimento dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ... in una determinata classe, ricomprende anche le attività di cui alla stessa classe, o classe inferiore, delle sottocategorie individuate all'Allegato D, fermo restando l'obbligo per le imprese che intendono svolgere l'attività di cui alle Tab. D6 e D7 del medesimo allegato, di disporre delle macchine operatrici o dei veicoli ad uso speciale previsti. In base a tale disposizione il provvedimento d'iscrizione nella categoria 1 per la raccolta e trasporto dei rifiuti urbani non riporta esplicitamente l'indicazione delle sottocategorie di cui all'Allegato D. In ordine alla necessità delle dotazioni individuate al primo e al secondo rigo della Tab. D6 ... e al primo rigo della tab. D7, si precisa che, qualora l'impresa non ne dimostri la disponibilità come specificato al successivo punto 4, nel provvedimento d'iscrizione nella categoria 1 per la raccolta e trasporto dei rifiuti urbani è riportato: “L'impresa non può esercitare le attività di cui alle sottocategorie “raccolta e trasporto di rifiuti urbani giacenti sulle strade extraurbane e sulle autostrade” e/o “raccolta e trasporto di rifiuti abbandonati sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua”, relativamente alla sottocategoria interessata”.*

Alla luce di quanto sopra la censura si rivela infondata.

5. – Conclusivamente il ricorso incidentale si rivela fondato per il motivo della mancanza di prova nel verbale di ammissione (o in altri atti della Commissione) della valutazione dei fatti dichiarati ai fini dell'art.80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n.50/2016.

5.1. – L'accoglimento del primo ricorso per motivi aggiunti e del ricorso incidentale esclusivamente per le dette ragioni, però, non comporta l'automatica esclusione delle ricorrenti, bensì la necessità di un approfondimento istruttorio della commissione sulla sussistenza del requisito di cui all'art.80, co. 5, lett. c) come sopra specificato, se del caso chiedendo ulteriori delucidazioni ai concorrenti, mediante un opportuno subprocedimento.

6. - Dalla fondatezza del primo ricorso per motivi aggiunti deriva l'accoglimento, per illegittimità derivata, del provvedimento di aggiudicazione, impugnato con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

7. – L'accoglimento del primo e del secondo ricorso per motivi aggiunti, sia pure nei termini in cui si è detto, rende improcedibile l'esame del terzo ricorso per m.a., proposto in via meramente subordinata ai fini dell'annullamento della gara, ferma restando la possibilità di impugnare la *lex specialis* in caso di contestazione di nuova aggiudicazione, conformemente a quanto disposto dalla già citata Ad. Plen. n.4/2018.

8. – Tuttavia, ritiene il Collegio di osservare, in via di dichiarato *obiter dictum*, che:

- la “volontà” del Sindaco di avviare una gara “ponte” non può che intendersi quale atto di indirizzo alla realizzazione degli indicati obiettivi

e non anche quale atto presupposto dell'indizione della gara in grado di incidere sul metodo di aggiudicazione della stessa, essendo la sua indizione e la scelta del criterio di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 107 del D Lvo 167/00, attività di attribuzione esclusiva dei poteri del Dirigente, *“in quanto procedimenti estranei all'attività di indirizzo politico e sicuramente compresi nell'attività di gestione delle procedure selettive dei contraenti dell'amministrazione e di conclusione dei contratti dell'ente”* (cfr per tutte CdS Sez. V, 21 novembre 2003, n. 7632: T.A.R. Catanzaro, sez. I, 15 aprile 2010, n. 471);

- *“il potere contingibile ed urgente ex art. 50, T.U. sugli enti locali, attribuito al Sindaco quale Ufficiale di governo, è un potere extra ordinem, esercitabile solo per fronteggiare situazioni di carattere eccezionale ed impreviste, costituenti concreta minaccia per l'incolumità pubblica, per le quali non sia possibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento e sulla base di preventivo accertamento, non presuntivo della situazione di emergenza”* (T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 01/06/2015, n. 3011);

- l'esercizio dei poteri extra ordinem deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità e deve essere assistito da ampia motivazione e comunque l'ordine di indire una gara “ponte” con la deroga del criterio dell'o.e.p.v. non può rientrare tra tali poteri straordinari;

- l'urgenza non può, ai sensi del vigente art. 95, co. 3 e co.4, giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in assenza peraltro di puntuale motivazione, atteso che il

comma 4 dell'art. 95 del cod. non contempla le esigenze “acceleratorie” tra le ipotesi di deroga;

- i servizi ad alta intensità di manodopera – e tali sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, ai sensi dell'art. 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) del d. lgs. n.50/2016 - sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;

- laddove la legge di gara lasci ampi margini di discrezionalità ai concorrenti – ad esempio consentendo una proposta tecnica ad integrazione di quanto contenuto dal capitolato speciale d'appalto – non v'è un contratto con caratteristiche standardizzate che giustifichino il sistema del minor prezzo.

9. - Conclusivamente, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile; il primo ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso incidentale vanno accolti nei limiti di cui sopra; il secondo ricorso per motivi aggiunti va accolto per illegittimità derivata; il terzo ricorso per motivi aggiunti va dichiarato improcedibile.

In definitiva, residuando nel caso un potere valutativo in capo all'amministrazione nei detti limiti deve essere disposta la regressione della procedura alla fase di verifica dei requisiti di ammissione delle parti private costituite, con esclusivo riferimento alla verifica della sussistenza dei requisiti di affidabilità ai sensi dell'art. 80, co.5, lett. c del d.lgs. n.50/2016, che è di esclusiva pertinenza della Commissione, la quale,



nell'esercizio dei poteri che le spettano, ai sensi della normativa vigente, dovrà adottare le determinazioni finali conseguenti, acquisendo – ove ritenuto – atti e, se del caso, avviando un'istruttoria per valutarne la rilevanza.

10. - Le spese di lite, in considerazione dell'oggettiva complessità della vicenda in esame, possono essere, in via d'eccezione, compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- b) accoglie il primo ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso incidentale, disponendo la regressione della procedura alla fase di verifica dei requisiti per l'ammissione dei concorrenti nei termini e limiti di cui in motivazione;
- c) accoglie il secondo ricorso per motivi aggiunti, come in parte motiva e conseguentemente annulla il provvedimento di aggiudicazione;
- d) dichiara improcedibile il terzo ricorso per motivi aggiunti.
- e) compensa le spese di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Giuseppina Alessandra Sidoti**

**IL PRESIDENTE**

**Pancrazio Maria Savasta**

**IL SEGRETARIO**