

Pubblicato il 30/07/2020

N. 01673/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00780/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 780 del 2020, proposto da Camedil Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Campo e Pasquale Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.R.O. Jato Ambiente dei Comuni di San Giuseppe Jato e San Cipirello in persona del Sindaco del Comune di San Giuseppe Jato, rappresentato e difeso dall'avvocato Fulvio Ingaglio La Vecchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di San Cipirello, Comune di San Giuseppe Jato, in persona dei rispettivi Sindaci *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

New System Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Giacalone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensiva,

- della determina n. 17 del 17/04/2020, con la quale il Responsabile dell'Ufficio A.R.O. "Jato Ambiente", previa approvazione parziale dei verbali di gara, ha escluso l'odierna ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti soliti urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene pubblica, nell'ambito del piano A.R.O. "Jato Ambiente" dei Comuni di San Giuseppe Jato e San Cipirello, ed ha aggiudicato il predetto servizio alla New System Service S.r.l.;

- della nota n. 4 del 12/02/2019 (in realtà 2020 n.d.r.), richiamata nell'anzidetta determina n. 17/2020 e con essa conosciuta, con la quale il Responsabile Unico del Procedimento ha comunicato all'U.RE.GA, che la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara "*... sia per avere reso una falsa dichiarazione, sia per non possedere i requisiti di carattere tecnico –professionali richiesti dal disciplinare di gara, al punto 7.3 lettera a)*";

- della clausola prevista nell'art. 7.3 lettera a) secondo capoverso del disciplinare di gara, il quale, nello stabilire i requisiti di capacità tecnico professionale occorrenti per partecipare alla procedura di selezione, ha previsto che "*il concorrente deve aver eseguito un servizio di raccolta rifiuti porta a porta o analogo, in uno o più Comuni, per una popolazione complessivamente servita di almeno 13.981 abitanti, per un periodo continuativo di almeno 12 mesi, con una percentuale di raccolta differenziata media annua pari o superiore al 65%*", ove la stessa sia intesa nel senso di indicare una media di raccolta differenziata correlata all'intero periodo considerato e non nel senso di indicare una percentuale di raccolta differenziata raggiunta e mantenuta nel periodo considerato;

- ove e per quanto occorra, ancora della clausola prevista dall'art. 7.3 lettera a), del disciplinare di gara, ove la si dovesse interpretare nel senso che per i requisiti di

ammissione relativi alla capacità tecnico-professionale dell'impresa non operi – per le imprese di recente istituzione/attivazione – il principio della correlazione proporzionale dei requisiti stessi al periodo di attività effettivamente svolto;

- di ogni altro atto o provvedimento, presupposto, conseguente o comunque connesso ed al momento non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.R.O. Jato Ambiente dei Comuni di San Giuseppe Jato e San Cipirello e della New System Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2020 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Con ricorso regolarmente notificato e depositato, la società ricorrente ha esposto:

- di essere una società costituitasi nel febbraio 2005 e operante nel settore della gestione dei rifiuti dal 24/01/2018, data in cui è stata iscritta nell'albo nazionale delle imprese di gestione dei servizi ambientali;

- di avere partecipato alla procedura aperta – indetta dall'Ambito di Raccolta Ottimale (A.R.O.) denominato “Jato Ambiente”, costituito ai sensi dell'art. 5, commi 2 *bis* e 2 *ter* della L.R. n. 9/2010 tra il Comune di San Giuseppe Jato ed il Comune di San Cipirello ed espletata dalla Sezione Provinciale di Palermo dell'Ufficio Regionale Espletamento Gare e Appalti – per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene

pubblica, da svolgere nel territorio dei due anzidetti comuni per la durata di cinque anni, per un importo a base d'asta di € 6.559.550,07 (di cui € 115.791,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso), e da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- che tra i requisiti di capacità economico-finanziaria stabiliti dall'art. 7.2 del relativo disciplinare era previsto un fatturato minimo annuo pari ad 1,5 del valore annuo del servizio da affidare e riferito a

ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili e da un fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili con la seguente precisazione "ove le informazioni sui fatturati non siano disponibili, per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività";

- che tra i requisiti di capacità tecnica e professionale stabiliti dal punto 7.3 del disciplinare di gara era previsto alla lettera a) che "*... Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio: - servizi analoghi a quello oggetto di affidamento in uno o più Comuni aventi complessivamente un numero di abitanti almeno pari a 13.981 abitanti; - il concorrente deve aver eseguito un servizio di raccolta rifiuti porta a porta o analogo, in uno o più Comuni, per una popolazione complessivamente servita*

di almeno 13.981 abitanti, per un periodo continuativo di almeno 12 mesi, con una percentuale di raccolta differenziata media annua pari o superiore al 65%; La comprova del requisito, è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice";

- che, in risposta a specifico interpello formulato dalla ricorrente, la stazione appaltante ha specificato che "*I requisiti di cui al punto 7.3 lett. a del Disciplinare possono essere dimostrati anche sommando*

più contratti di diversi comuni, purchè nello stesso arco temporale..."

- che, pertanto, il predetto requisito era stato dimostrato esibendo la certificazione di regolare esecuzione del servizio svolto per il Comune di Corleone dal 7 agosto 2018 al 31 agosto 2019 (popolazione servita pari a 11.183 abitanti) e per il Comune di Linguaglossa dall'1 settembre 2018 al 30 settembre 2019 (popolazione servita pari a 5270 abitanti);
- di avere superato la fase di ammissione e di essere stata proposta per l'aggiudicazione dell'appalto;
- che il Comune di Corleone, su richiesta del RUP, specificava che la percentuale media della raccolta differenziata – nei periodi in cui Camedil Costruzioni Srl aveva prestato svolto il servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti – era stata inferiore al 65%;
- di essere stata pertanto esclusa dalla gara con atto n. 4 del 12 febbraio 2020 emesso dal RUP non comunicato e conosciuto solo a seguito della determina n. 17 del 17 aprile 2020, di pari contenuto, adottata Responsabile dell'Ufficio A.R.O. "Jato Ambiente".

Ciò premesso, la società ricorrente ha gravato i provvedimenti indicati in oggetto articolando i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione e falsa applicazione art. 33 del d.lgs. n. 50/2016.
2. Violazione di legge art. 9, comma 20, l.r. n. 12 dell'11/07/2011 in relazione all'art. 31 d.lgs. n. 50/2016 ed al paragrafo 19 del disciplinare di gara. Incompetenza – eccesso di potere per contraddittorietà ed errata rappresentazione dei fatti.
3. Violazione e falsa applicazione art. 7.3 lettera a) del disciplinare di gara in relazione ai principi della massima partecipazione e della *par conditio competitorum* – Eccesso di potere per difetto di Presupposti – Illogicità.
4. Violazione e falsa applicazione art. 7.3 lettera a) del disciplinare di gara – Difetto di motivazione – Eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto di presupposti.

5. Eccesso di potere per incongrua rappresentazione dei fatti – Violazione dei principi in tema di avvalimento.

6. Violazione di legge – artt. 83 e 84 e allegato XVII parte II – D.lgs. n. 50/2016 – Eccesso di potere per illogicità manifesta.

7. Eccesso di potere per difetto di presupposti e incongrua rappresentazione dei fatti.

B. Si sono costituiti in giudizio l'A.R.O. Jato Ambiente dei Comuni di San Giuseppe Jato e San Cipirello e l'impresa contro-interessata che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

C. In vista dell'udienza camerale le parti hanno depositato scritti difensivi e il Collegio con ordinanza n. 1271/2020, onde consentire il rispetto dei termini a difesa, ha rinviato alla camera di consiglio del 7 luglio 2020, alla quale, previo avviso di sentenza ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

D. Il ricorso deve essere dichiarato in parte inammissibile e in parte deve essere rigettato.

D.1 Ragioni logico-sistematiche impongono l'esame preliminare del secondo motivo di ricorso con cui la parte ricorrente censura l'incompetenza del R.U.P. nel disporre la sua esclusione dalla gara.

La doglianza è infondata.

Secondo quanto più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa, l'art. 31, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (che, peraltro, amplia la dizione normativa del previgente art. 10, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) delinea la competenza del responsabile unico del procedimento (RUP) in termini residuali, competenza che, nella sua qualità di *dominus* della gara, si estende anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle imprese partecipanti (Cons. Stato, Sez. V, 12

febbraio 2020, n. 1104; T.A.R. Venezia, Sez. I, 1 febbraio 2019, n. 128; T.A.R. Trieste, Sez. I, 29 ottobre 2019, n. 450).

Tale assetto non muta per la Regione Siciliana in cui l'invocato art. 9, comma 20, della l.r. n. 12/2011 che riserva alla stazione appaltante la verifica dei requisiti carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, stante il pieno rinvio mobile alla disciplina statale contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 disposto dall'art. 24 della l.r. 17 maggio 2016, n. 8 (cfr. parere n. 121/2018 del C.G.A.R.S.).

D.2. Parimenti infondato è il primo motivo di ricorso giacché a fronte di una proposta di aggiudicazione del 4 febbraio 2020, il R.U.P. provvedeva agli incombeni di cui all'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 con l'atto n. 4 del 12 febbraio 2020 (gravato con il presente ricorso) cosicché il termine perentorio previsto dalla norma appena citata appare sicuramente rispettato, a nulla rilevando l'effettiva conoscenza e conoscibilità dello stesso da parte della società ricorrente, in ragione della natura meramente endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 11 marzo 2020, n. 3142).

In ogni caso, deve rilevarsi come, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, permane sempre in capo alla stazione appaltante la doverosa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, anche successivamente alla fase dell'aggiudicazione e fino alla stipula del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730), sicché, come evidenziato nelle difese dell'amministrazione resistente, non è predicabile in capo al ricorrente alcun legittimo affidamento sul consolidarsi di posizioni di vantaggio fondate sull'intervenuta aggiudicazione.

D.3 Anche il terzo motivo di ricorso è infondato.

In seno al ricorso si sostiene che i requisiti speciali di partecipazione, nel caso di specie il requisito della media del 65% di raccolta differenziata su 12 mesi, avrebbe dovuto mobilmente rapportarsi al periodo di effettiva operatività dell'impresa partecipante, sicché, nel caso di imprese operanti nel settore rifiuti da meno di tre

anni, il periodo di 12 mesi tale periodo si sarebbe dovuto proporzionalmente ridurre, similmente a quanto previsto all'art. 7.2. del disciplinare per i requisiti di capacità economico-finanziaria.

L'interpretazione delineata dalla ricorrente non solo appare chiaramente contrastare con il tenore letterale del bando che ha previsto tale criterio solo per i requisiti di capacità economico-finanziaria e non per i requisiti speciali, ma appare altresì contraddire la necessità di assicurare che tra i partecipanti alla gara vi fossero imprese con sufficiente esperienza e adeguate prestazioni.

Ragionando nel modo suggerito dalla ricorrente, pertanto, la legge di gara favorirebbe imprese prive di esperienza e di adeguata professionalità poiché *ad absurdum* un'impresa neocostituita potrebbe aggiudicarsi l'appalto dimostrando il raggiungimento del 65% della raccolta differenziata anche solo per un mese (o anche per frazioni temporali inferiori).

D'altronde, in concreto, la ricorrente è stata posta nelle condizioni di partecipare (risultando addirittura aggiudicataria provvisoria), ma è stata esclusa per la successiva verifica delle prestazioni e obiettivi dichiarati.

D.4 Anche il quarto motivo di ricorso è infondato.

Tramite una valutazione puramente ipotetica, la ricorrente ricostruisce "a ritroso" la percentuale di raccolta differenziata che avrebbe potuto raggiungere nel periodo di gestione del servizio nel Comune di Linguaglossa.

In primo luogo deve rilevarsi l'inaffidabilità dell'operazione prospettata dalla ricorrente che renderebbe la verifica dei requisiti speciali altamente aleatoria in ragione di giustificazioni postume che la Commissione di gara e la stazione appaltante dovrebbero esaminare in ordine alla natura e alle cause, verificatesi *aliunde*, del mancato raggiungimento della specifica capacità richiesta dal bando,

Inoltre, occorre rilevare come il predetto requisito speciale di partecipazione fosse stato puntualmente previsto nel disciplinare di gara (punto 7.3, lett. a), sicché, la ricorrente avrebbe dovuto e potuto tempestivamente adoperarsi per soddisfarlo tramite, ad esempio, il ricorso all'avvalimento.

D.5 Il quinto motivo di ricorso è inammissibile nonché infondato.

Come puntualmente eccepito dalla contro-interessata, giova preliminarmente osservare che né in seno al ricorso introduttivo né tantomeno nell'allegato prospetto grafico (allegato n. 25) si riesca a comprendere come il predetto requisito speciale potesse ritenersi integrato dalla ricorrente con il prospettato utilizzo del criterio della mera media aritmetica delle medie di raccolta differenziata dei Comuni interessati non ponderata in funzione della popolazione di ognuno di essi.

In ogni caso, il motivo di ricorso appare non suscettibile di accoglimento poiché, opinando nel senso prospettato dalla ricorrente, il requisito speciale del raggiungimento del 65% della raccolta differenziata sarebbe non sarebbe ancorato ad un criterio oggettivo e certo, ma muterebbe in base al numero di comuni serviti dall'impresa partecipante.

In altre parole, seguendo il ragionamento della società ricorrente, la facoltà prevista dall'art. 7.3 lett. a) del disciplinare, ossia quella di consentire che *“I requisiti di cui al punto 7.3 lett. a del Disciplinare possono essere dimostrati anche sommando più contratti di diversi comuni, purché nello stesso arco temporale...”*, non sarebbe neutra, ma favorirebbe, all'evidenza, coloro i quali hanno affidati plurimi servizi di gestione e raccolta in piccoli comuni, rispetto agli operatori che svolgono lo stesso servizio in enti territoriali maggiormente popolati.

D.6 Il sesto motivo è infondato.

Con il predetto motivo la società ricorrente afferma l'illogicità del requisito speciale del raggiungimento del 65% della raccolta differenziata previsto dal disciplinare.

A prescindere, infatti dall'ammissibilità di tale censura in questa sede, il predetto requisito speciale non appare manifestamente illogico o sproporzionato rispetto all'oggetto di gara e agli obiettivi della stazione appaltante (T.A.R, Perugia, Sez. I, 27 settembre 2011, n. 310) nonché, nello specifico, coerente con gli obiettivi previsti dall'art. 205 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, tenuto altresì conto che la stessa ricorrente afferma di avere raggiunto (e di gran lunga superato) tali soglie nella gestione dei rifiuti in alcuni comuni.

D.7 Anche l'ultimo motivo di ricorso deve essere rigettato.

E invero, a prescindere dalla valutazione della falsità delle dichiarazioni rese dalla società ricorrente (che non possono sicuramente ricondursi alle attestazioni del Comune di Corleone e di Linguaglossa rese dalle stesse conformemente alle richieste avanzate dalla parte ricorrente senza specificare la continuità del mantenimento del requisito speciale), sia il provvedimento del R.U.P. sia quello del Responsabile dell'Ufficio A.R.O. "Jato Ambiente" n. 17 del 17 aprile 2020 si fondano sull'accertata assenza del requisito speciale di professionalità la cui verifica è dovuta fino alla stipula del contratto (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16 marzo 2020, n. 475).

E. In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato in parte inammissibile e in parte deve essere rigettato stante l'infondatezza dei motivi e delle censure sollevate.

F. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo tenuto conto del valore della causa determinato ai sensi degli artt. 4 e 5 del d.m. n. 55/2015 (Cons. Stato, Sez. III, 3 novembre 2016, n. 4612), dell'attività difensiva effettivamente svolta dalle parti e dalla definizione del giudizio in camera di consiglio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo rigetta, nei sensi indicati in motivazione.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore delle altre parti costituite che si liquidano, per ciascuna, in euro 3.000,00, oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2, comma 2, del d.m. n. 55/2014, dell'I.V.A. e della C.P.A., come per legge, se dovute.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, co. 6, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, e giusta decreto del Presidente del T.A.R. Sicilia n. 48/2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Anna Pignataro, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO