

Pubblicato il 21/04/2022

N. 03024/2022REG.PROV.COLL.

N. 10649/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10649 del 2021, proposto dalla società L'Igiene Urbana Evolution s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la società Win Ecology s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e il Provveditorato interregionale opere pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - sede di Napoli, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

il Comune di Marigliano, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione seconda) n. 7739 del 2 dicembre 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Win Ecology s.r.l. e del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il consigliere Alessandro Verrico e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci, Antonio D'Angelo e l'avvocato dello Stato Maria Teresa Lubrano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del giudizio è rappresentato dalla determinazione del 12 luglio 2021 (prot. 0012375-08/07/2021), recante l'aggiudicazione, in favore della ditta L'Igiene Urbana Evolution s.r.l. (d'ora in poi anche IUE, che aveva conseguito un punteggio di 96,34), della gara per il servizio di igiene urbana indetta dal Comune di Marigliano, per la durata di un anno e per un importo di euro 3.120.644 [procedura aperta telematica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, bandita in data 26 gennaio 2021 prot. 0001411 dal competente Provveditorato interregionale opere pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - sede di Napoli (SUA – SUB SUA NA 2) cui erano state demandate le funzioni di stazione appaltante]. 2. Con ricorso dinanzi al T.a.r. per la Campania (r.g. n. 3379/2021), la società Win Ecology s.r.l., seconda classificata alla gara (con un punteggio di 93,22), impugnava l'aggiudicazione, sollevando cinque autonomi motivi, a cui faceva seguito ricorso per aggiunta, affidato a sei motivi aggiunti.

3. Il T.a.r. per la Campania, sez. II, con la sentenza n. 7739 del 2 dicembre 2021:

i) ha dichiarato tardivo il deposito della memoria difensiva del Comune avvenuto il 4 novembre 2021;

ii) ha esaminato ed accolto il quarto motivo aggiunto incentrato sulla violazione della legge di gara (§ 16 del disciplinare di gara) nella parte in cui, *inter alios*, a pena di esclusione, ha imposto come elemento essenziale dell'offerta, che la raccolta della frazione secca indifferenziata dei rifiuti avvenisse come minimo due volte alla settimana; invero, nell'offerta tecnica, l'aggiudicataria avrebbe disatteso tale prescrizione vincolante delle caratteristiche minime del progetto, avendo previsto la raccolta di tale frazione con una cadenza di una sola volta alla settimana; del resto, diversamente da quanto prospettato dalla contro interessata, la raccolta bisettimanale del rifiuto indifferenziato doveva considerarsi, a mente del piano industriale, un requisito minimo, quindi, per un verso, non era derogabile *in peius* nella elaborazione di proposte migliorative e, per altro verso, non rappresentava una "specificata tecnica" che poteva essere oggetto di valutazione di equivalenza funzionale ai sensi dell'art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016;

iii) ha assorbito l'esame delle restanti censure;

iv) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale;

v) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. La società IUE ha proposto appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante ha sviluppato un unico complesso motivo suddiviso in undici censure (da pagina 5 a pagina 19 dell'atto del ricorso).

3.1. In sintesi l'appellante ha criticato la sentenza gravata - sotto il profilo della violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 in una alla violazione dell'art. 181 del d.lgs. n. 181/2006 e dell'art. 16 del disciplinare di gara - per non aver rilevato il carattere migliorativo della propria proposta, nella parte in cui ha ridotto la frequenza di raccolta del secco da 2/7 a 1/7, al fine di *“aumentare la percentuale di raccolta e raggiungere l'obiettivo di almeno il 70% nei primi 8 mesi”* (cfr. offerta tecnica IUE), correlativamente raddoppiando la frequenza di raccolta del c.d. “multi materiale” e prevedendo una serie di ulteriori misure complementari (n. 3 isole ecologiche mobili; l'adozione di un piano di riduzione dei rifiuti; l'avvio di una campagna di sensibilizzazione etc.). Del resto, l'integrità del *minimum* prestazionale richiesto ed il carattere migliorativo della proposta di IUE di incremento della frequenza di raccolta del “multi materiale”, oltre a trovare conforto nella recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353), sarebbero stati elementi condivisi anche dalla commissione di gara che, verificata e ponderata la soluzione progettuale proposta da IUE alla luce degli obiettivi prefigurati nel piano, le attribuiva il massimo punteggio disponibile (15 punti) in relazione al sub-criterio nell'ambito del quale la proposta era stata formulata. Peraltro, nel caso di specie troverebbe applicazione il principio di equivalenza *ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016*, sia perché espressamente richiamato - quale clausola di “salvaguardia” - dallo stesso art. 16 del disciplinare, sia perché, in base ad una nozione ampia di “specifiche tecniche”, nel relativo ambito rientrerebbe anche la soluzione metodologica di organizzazione del servizio proposta da IUE. In ogni caso, ove mai la Commissione avesse ritenuto la riduzione della frazione di secco non confacente alle proprie esigenze, ciò avrebbe semmai potuto comportare la mancata accettazione della proposta migliorativa - con conseguente non attribuzione di alcun punteggio per la relativa proposta tecnica - e non certo l'esclusione dalla gara del concorrente IUE, anche in omaggio al principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art. 83, c. 8, del d.lgs. n. 50/2016* e del principio di *clare loqui* della stazione appaltante.

3.2. Si è costituita in giudizio la società Win Ecology s.r.l. (in seguito anche Win), riproponendo, *ex art. 101, comma 2, c.p.a.*, le censure del ricorso introduttivo ritenute assorbite dal primo giudice.

3.3. Con decreto n. 2309 del 23 dicembre 2021 è stata respinta la richiesta della società Win Ecology di superamento dei limiti dimensionali della memoria di costituzione. È stata quindi depositata, in data 27 dicembre 2021, una nuova memoria da parte della società Win rispettosa del limite dimensionale.

3.4. Le società IUC e Win, rispettivamente in data 17 e 18 gennaio 2022, hanno depositato ulteriori memorie, insistendo nelle proprie difese e opponendosi alle deduzioni avversarie.

3.5. Si è costituito in giudizio per aderire all'appello il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile che, successivamente, ha prodotto memoria (in data 18 gennaio 2022).

3.6. Alla camera di consiglio del 20 gennaio 2022 tutte le parti hanno chiesto il differimento dell'esame dell'istanza cautelare all'udienza pubblica.

3.3. Le parti hanno infine depositato ulteriori memorie (la società Win in data 1° marzo 2022 e 4 marzo 2022; la società IUE in data 1° marzo 2022 e 5 marzo 2022).

4. All'udienza del 17 marzo 2022, nel corso della quale nessuna delle parti ha insistito per la definizione dell'incidente cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

5. L'appello è infondato e deve pertanto essere respinto.

6. Il Collegio osserva in primo luogo che:

a) ai sensi dell'art. 16 del disciplinare di gara: *“L'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel progetto, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice”*;

b) le caratteristiche minime nel progetto sono indicate nel Piano industriale, che, a pagina 26, al punto 6.2 prevede *“6.2 FREQUENZA DI RACCOLTA - La frequenza di raccolta rimane invariata rispetto al precedente piano, così come mostrato nella tabella seguente, con l'inserimento della raccolta dei rifiuti prodotti dai soggetti positivi al COVID-19”* e, nella seguente tabella, alla voce *“Indifferenziato residua”*, con modalità di raccolta *“domiciliare”*, indica una frequenza di raccolta settimanale pari a due;

c) nell'offerta tecnica della aggiudicataria IUE, alla pag. 11, è invece previsto che: *“Per aumentare la percentuale di raccolta e raggiungere l'obiettivo di almeno il 70% nei primi 8 mesi, L'Igiene Urbana Evolution S.r.l. ha previsto: - la riduzione di una giornata del ritiro del secco indifferenziato per le utenze domestiche.”*.

6.1. Ciò posto, risulta condivisibile quanto affermato dal primo giudice in ordine alla sussistenza dei presupposti per disporre l'esclusione della società IUC dalla gara, in ragione del mancato rispetto, mediante la citata indicazione all'interno della propria offerta tecnica (raccolta dei rifiuti indifferenziati per una sola volta a settimana), di una prescrizione inerente alle caratteristiche minime del progetto (raccolta bisettimanale dei rifiuti indifferenziati) che, da quanto risulta dalla lettera della *lex specialis*, presenta carattere vincolante. Invero, la chiara ed univoca previsione di tale prescrizione nell'ambito del Piano Industriale per la gestione dei rifiuti urbani, come visto indicata a pena di *“esclusione dalla procedura di gara”*, e in assenza di diverse indicazioni, induce a ritenere la stessa quale requisito minimo ed essenziale richiesto alle proposte contrattuali presentate dalle ditte partecipanti alla gara, non suscettibile di variazione, neppure in senso migliorativo nella valutazione complessiva dell'offerta.

6.2. A tale ultimo riguardo, non è condivisibile la tesi esposta dall'appellante secondo cui la propria proposta, consistente nella riduzione della frequenza di raccolta del secco da 2/7 a 1/7 e nel corrispondente aumento della

frequenza di raccolta del multimateriale da 1/7 a 2/7 al fine di “*aumentare la percentuale di raccolta e raggiungere l’obiettivo di almeno il 70% nei primi 8 mesi*”, andrebbe interpretata quale soluzione migliorativa del descritto requisito “minimo”, a sua volta da intendersi come requisito migliorabile nell’ottica del perseguimento degli “*Obiettivi di raccolta differenziata*” di cui all’art. 4 del CSA.

Per converso, il carattere essenziale del requisito (come detto, posto a pena di esclusione) non ammette alcuna deroga *in peius*, neanche laddove, alla stregua di una valutazione complessiva dell’offerta, la soluzione proposta potrebbe presentare in un’ottica generale un esito migliorativo. Del resto, secondo la costante giurisprudenza, le proposte (o soluzioni migliorative), sebbene possano liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, incontrano un limite insuperabile nelle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione, le quali, in quanto requisiti essenziali, non sono in alcun modo modificabili (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602; sez. V, 11 febbraio 2021, n. 1255; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282).

6.4. D’altro canto, nel caso di specie non può trovare applicazione neanche il principio di equivalenza di cui all’art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, invocato da parte appellante, in virtù del quale viene concesso a ciascun concorrente la facoltà di offrire soluzioni che possano soddisfare - in modo pressoché equivalente - i requisiti delle specifiche tecniche individuati, a monte, dalla stazione appaltante.

6.4.1. Al riguardo, si ravvisa in primo luogo che la costante giurisprudenza, se, sulla base della espressa previsione normativa e in ossequio al principio del *favor participationis* e ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d’iniziativa economica, tende ad ammettere l’applicazione del principio di equivalenza, riconoscendolo quale espressione del legittimo esercizio di discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante, al contempo ne limita l’ambito operativo ai prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, in tal modo escludendo la possibilità in capo all’operatore di provare l’equivalenza rispetto a grandezze comuni le quali, piuttosto che individuare specifiche tecniche del prodotto, ne definiscono la tipologia, limitandosi a delineare l’oggetto dell’affidamento (Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6767; sez. V, 2 agosto 2021, n. 5643; sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169; sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808).

Nel caso di specie, la previsione della raccolta bisettimanale del rifiuto indifferenziato, per quanto detto innanzi, non può essere considerata quale “specifica tecnica”, in essa apprezzandosi invece il carattere di “requisito minimo” dell’offerta, posto a pena di esclusione, dovendosi pertanto negare a priori l’operatività della valutazione di equivalenza funzionale.

6.4.2. Peraltro, si ravvisa che, per la soluzione del caso in esame, non risulta calzante il richiamo al precedente di questa Sezione n. 4354 del 2021, atteso che, in quella vicenda, diversamente dalla presente, la legge di gara non prevedeva a pena di esclusione il contenuto minimo essenziale dell’offerta tecnica.

6.4.3. A tale ultimo riguardo, si rileva altresì che alcuna dimostrazione della pretesa equivalenza funzionale è stata fornita dalla società IUE nella propria offerta né a tali fini è stata prodotta alcuna documentazione probante, così come non si ravvisa un espresso apprezzamento della commissione sull’applicazione dell’equivalenza (nessun cenno vi è nei verbali di gara), particolarmente necessario alla luce della previsione della *lex specialis* secondo cui “*l’offerta doveva rispettare le caratteristiche minime del progetto*”. Diversamente, nella fattispecie oggetto del precedente richiamato dall’appellante si rilevava una specifica motivazione a giustificazione dell’applicazione del principio di equivalenza.

6.5. In ragione di quanto esposto, la difformità dell’offerta presentata dalla società IUC rispetto alle modalità esecutive di espletamento del servizio previste dalla *lex specialis* giustifica l’esclusione della candidata dalla gara di appalto, considerato che il disciplinare richiamato espressamente dal bando, alla sezione III concernente le “*condizioni di partecipazione*”, stabilisce con chiarezza che a pena di esclusione l’offerta tecnica deve prevedere quanto illustrato.

6.6. D’altro canto, non può trovare accoglimento la tesi alternativa proposta dall’appellante, finalizzata ad ottenere - invece dell’esclusione - un punteggio decurtato di quello relativo alla proposta tecnica (asseritamente) migliorativa. Il carattere essenziale della previsione della frequenza della raccolta del secco indifferenziato, come visto, rende incompatibile con il progetto posto dal Piano industriale un’offerta che, seppure per un eventuale finalità migliorativa, finisce per modificare un requisito minimo dell’offerta richiesta. Non è quindi neanche astrattamente concepibile una soluzione che, ferma l’ammissibilità dell’offerta, si limiti a ridurre il punteggio attribuibile.

6.7. Del resto, l’esclusione dalla gara di un’impresa autrice di un’offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che esso riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l’accertata mancanza dei necessari requisiti dell’offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809).

Al riguardo, condividendo sul punto quanto di recente affermato da questa sezione (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 1107), si osserva che:

a) già nella fase antecedente all’introduzione nell’ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione (nell’art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, quale risultante dalla novella introdotta dall’art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011), non si è mai dubitato dell’ampia facoltà intestata all’Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l’oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (così, Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.1);

b) successivamente all'introduzione della regola della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, si è statuito che fossero legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione (in senso sostanziale, perché posti a tutela di interessi imperativi, c.d. tassatività attenuata), anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22);

c) conseguentemente, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22, § 7.).

6.7.2. Peraltro, alla medesima conclusione conduce anche l'analisi della giurisprudenza che esclude l'ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza di elementi essenziali dell'offerta tecnica, ponendosi in questo senso:

a) sia la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui, mediante il soccorso istruttorio, non è consentito all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente, non potendosi in questo modo né avviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, né giungere alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C- 523/16 e C-536/16, *MA.T.I. SUD Spa/Centostazioni Spa e Duemme SGR Spa/CNPR*; id., sez. VIII, sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, *Archus*);

b) sia la giurisprudenza nazionale, sviluppatasi sulla inapplicabilità del soccorso istruttorio alla fattispecie della esclusione dalla gara per mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale interni (Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3; successivamente alla previsione di puntuale disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815 e sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228).

7. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

8. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (r.g. n. 10649/2021), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società Igiene Urbana Evolution s.r.l. e il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, in solido fra loro, al pagamento in favore della società Win Ecology s.r.l. delle spese del presente grado di giudizio, nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti (I.V.A., C.P.A. e spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO