



**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 della Campania**

**(Sezione Settima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2426 del 2017, proposto dalla società A.M. Technology a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ermanno Santoro e Alessandra Galdi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Donato Lettieri in Napoli, via G. Sanfelice;

***contro***

il Comune di Gragnano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Starace, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza G. Bovio, 22; C.U.C. Torre Annunziata - Boscotrecase - Gragnano non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

la società Buttol a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console n. 3;

***per l'annullamento***

1. della determinazione n. 101 del 10.5.2017, comunicata a mezzo pec del 22 maggio 2017, a firma del Responsabile del Settore Finanziario (nonché RUP) del Comune di Gragnano, recante l'aggiudica definitiva del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani sul territorio comunale (quinquennio 2016/2020), a favore della BUTTOL s.r.l. (odierna controinteressata);
2. della relazione del RUP del 17.3.2017, integrata il 3.4.2017, recante il giudizio di congruità delle giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria, resa all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia;
3. dei verbali della Commissione di gara (operante presso la CUC del Comune di Torre Annunziata), con particolare riguardo a quelli relativi all'ammissione e alla valutazione dell'offerta della Buttol;
4. ove occorra ed in parte qua, degli atti indittivi, incluso il bando, il disciplinare, il Capitolato speciale d'appalto e il Piano di Riorganizzazione, nonché per il risarcimento di tutti i danni patiti dal raggruppamento ricorrente per l'illegittimo e colposo operato dell'intimata Amministrazione, infine, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora nelle more intervenuto (ovvero qualora dovesse essere sottoscritto in costanza del presente giudizio), con richiesta di subentro della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gragnano e della Buttol S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2017 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La società ricorrente, seconda classificata nella procedura di aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Gragnano con determina n. 127 del 27.6.2016 per l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani sul territorio comunale (quinquennio 2016/2020) con un distacco di 0,88 punti dalla controinteressata Buttol s.r.l., ha impugnato la determina n. 101 del 10.5.2017 del RUP recante l'aggiudicazione definitiva a quest'ultima, unitamente agli atti presupposti.

1.1. La società ricorrente deduce l'illegittimità della determina di aggiudicazione definitiva: 1) per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016, nonché per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e per eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e sviamento in quanto il R.U.P. avrebbe consentito alla controinteressata di presentare giustificazioni ulteriori rispetto a quelle fornite all'esito del decorso dei 15 giorni assegnati per la verifica dell'anomalia, convocandola per ben due audizioni e permettendole di determinare il costo per gli ispettori ambientali solo in sede di seconda audizione; 2) per violazione e falsa applicazione del citato art. 97, nonché dell'art. 13 del Capitolato speciale di appalto e del C.C.N.L. in quanto una corretta previsione dei costi sterilizzerebbe anche l'utile minimo rimasto all'esito delle giustificazioni, pari a euro 29.000,00, giacché per la fornitura di tre ispettori ambientali l'aggiudicataria ha previsto l'assunzione di tre unità con *part time* al 33%, inquadrandole al 2 livello del C.C.N.L. Multiservizi, in palese violazione della *lex specialis* e, segnatamente del Piano di Riorganizzazione, che ne prevederebbe, invece, l'inquadramento al 5 livello del C.C.N.L. Fise – Federambiente, nonché della stessa offerta originariamente presentata in cui era indicato un *full time* o un *part time* al 50%; 3) per violazione e falsa applicazione delle medesime disposizioni di legge e di bando laddove è stato attribuito un punteggio all'aggiudicataria per i servizi aggiuntivi,

quali ad esempio gli interventi mensili di pulizia del piazzale sito alla fonte “Valle dei Mulini”: secondo la prospettazione di parte ricorrente, infatti, se i predetti servizi aggiuntivi vengono svolti dal personale da impiegare per i servizi di base dell'appalto ad essi non andrebbe ascritto alcun punteggio, mentre se le predette prestazioni fossero considerate come aggiuntive con totali oneri a carico della ditta aggiudicataria ne conseguirebbe un maggior costo annuo da aggiungere all'offerta economica almeno di euro 10.728,00 per gli interventi di pulizia del piazzale, di euro 9.255,60 per i quattro operatori e i mezzi adeguati per assicurare lo spazzamento meccanico e manuale e il lavaggio delle strade, di euro 4.533,12 per il servizio di diserbamento dei plessi scolastici e di euro 1.133,64 per due interventi annui urgenti e non programmati con garanzia di intervento entro due ore dalla richiesta; 4) per violazione e falsa applicazione delle citate disposizioni di legge e di bando per erroneità dei costi indicati per gli automezzi in relazione ai tempi di utilizzo: in particolare, secondo la prospettazione della ricorrente, il costo annuale per due spazzatrici dovrebbe essere di euro 92.928,00 anziché di euro 69.600,00 come indicato dalla ditta controinteressata, mentre il costo annuale per 10 compattatori Iveco Daily c 35 dovrebbe essere di euro 205.200,00 anziché di euro 108.000,00, come preventivato dalla società Buttol; inoltre tutti i preventivi esibiti dalla controinteressata sarebbero privi di firma e di sottoscrizione da parte della ditta VRENT locatrice; 5) per violazione delle citate disposizioni di legge e di bando, nonché per eccesso di potere per contraddittorietà e sviamento poiché il R.U.P. in sede di valutazione finale avrebbe applicato sia ai servizi di cui alla tabella A che a quelli di cui alla tabella B la percentuale di ribasso offerta, pari a 7,1%, mentre dal verbale di audizione del 14.3.2017 emergerebbe che la ditta controinteressata ha limitato il ribasso ai soli servizi di cui alla tabella A; 6) per violazione dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016 poiché il R.U.P. avrebbe erroneamente attribuito alla aggiudicataria significativi punteggi per servizi che non risulterebbero

giustificati, in particolare 4,5 punti per il criterio B3 e 2,5 punti per il criterio D1 con la conseguente postergazione della stessa alla ricorrente in ipotesi di loro decurtazione; 7) per violazione degli artt. 31, 84 e 97 del D.lgs. n. 50/2016 perché il R.U.P. non avrebbe tenuto nel debito conto le criticità evidenziate dalla Commissione con conseguente alterazione dell'assetto delle competenze.

2. Il Comune di Gragnano, costituito in giudizio, ha concluso per la reiezione del gravame difendendosi in modo articolato su ciascuna delle censure sollevate da parte ricorrente.

3. La controinteressata società Buttol a r.l., costituita in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso.

4. Con l'ordinanza n. 1039 del 12.7.2017 la Sezione ha respinto la domanda di misure cautelari non ravvisando il *fumus* del ricorso quanto alle censure di carattere procedimentale relative alla verifica dell'anomalia e alla ripartizione delle competenze tra R.U.P. e Commissione e ritenendo che "le principali doglianze sollevate dalla ricorrente afferenti la voce ispettori ambientali appaiono superate dalle motivazioni espresse dal R.U.P. anche sulla falsariga del servizio fornito dal precedente gestore, mentre quelle relative ai costi da sostenere per l'espletamento dei servizi aggiuntivi sembrano trovare una giustificazione nel piano di riorganizzazione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e nell'allegata scheda contabile".

4.1. Con l'ordinanza n. 3438 del 31.8.2017 il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto avverso la predetta pronuncia, ritenendo le questioni afferenti al *fumus* non delibabili in sede cautelare.

5. Alla pubblica udienza del 10.10.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento nei limiti e nei termini di cui in motivazione.

7. Il Collegio ritiene di confermare l'orientamento espresso in sede cautelare per la parte afferente l'infondatezza delle censure di carattere procedimentale relative alla verifica dell'anomalia e alla ripartizione, in detta fase, delle competenze tra il R.U.P. e la Commissione.

Infatti, secondo l'orientamento condiviso dal Collegio, la stazione appaltante ha un ampio potere tecnico-discrezionale nella valutazione dei chiarimenti presentati dall'operatore economico in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, potere sindacabile solo entro i ristretti limiti della macroscopica illogicità o abnormità della valutazione, ovvero di evidenti errori di fatto (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, V, 16.1.2015, n. 89; TAR Lazio, Roma, 3.7.2017, n. 7564).

7.1. Nel caso di specie, ad avviso del Collegio, la Stazione appaltante ha legittimamente instaurato un pieno contraddittorio con la società ricorrente, anche a seguito delle giustificazioni scritte, al fine di acquisire gli elementi necessari alla valutazione finale che è stata assunta dal R.U.P., quale organo competente ad esprimere la volontà dell'amministrazione.

Infatti, in assenza di un procedimento normativamente disciplinato e scandito nelle sue varie fasi, il Collegio ritiene condivisibile l'orientamento della giurisprudenza secondo cui "oggetto della verifica di anomalia, e quindi fulcro della motivazione del giudizio che al riguardo si esprime, non sono le giustificazioni in sé, ma l'offerta nella sua globalità, sebbene attraverso l'esame analitico di sue componenti, per cui giammai l'invocato principio di corrispondenza, ove inteso in senso così puntuale e frazionato, potrebbe costituire parametro di legittimità complessiva e finale dell'azione amministrativa valutativa in casi come quello in esame" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 15.3.2017, n. 1500).

7.2. Ne discende, pertanto, che nel procedimento seguito dal R.U.P. non sono riscontrabili, ad avviso del Collegio, le illegittimità dedotte da parte ricorrente giacché non appare condivisibile l'affermazione secondo la quale il termine

previsto dall'art. 97, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016 (“la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni”), sia da interpretare come termine perentorio oltre il quale non possano essere ammesse ulteriori interlocuzioni con la ditta offerente. Anzi ad avviso del Collegio il predetto comma non solo in base al criterio di interpretazione letterale, ma anche in base a quello sistematico e teleologico, se letto in combinato disposto con gli altri commi, evidenzia come il procedimento di verifica dell'anomalia sia privo di fasi rigide e preclusive, ad eccezione delle ipotesi in cui è lo stesso legislatore che ha posto delle esclusioni (ad esempio l'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge ovvero in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento).

In tutti gli altri casi la stazione appaltante può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, in assenza di preclusioni di carattere procedimentale e sostanziale.

8. Tanto premesso il Collegio, alla luce di una più approfondita delibazione delle censure e della documentazione che connota la fase del merito rispetto a quella cautelare, ritiene invece di non confermare quanto affermato in sede cautelare in relazione alle censure concernenti la voce “ispettori ambientali”.

Il giudizio di anomalia può essere sindacato dal giudice, eventualmente con il supporto di un consulente tecnico o di un verificatore, onde acclarare la correttezza dell'*iter* logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole tecniche, l'attendibilità delle operazioni, fermo restando che il giudice non può sostituire le proprie scelte a quelle che l'amministrazione abbia adottato secondo un giudizio che possa definirsi

accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica (cfr. TAR Toscana, I, n. 1028/2015; Cons. Stato, V, 23.6.2011, n. 3807).

8.1. Con riguardo alla voce "ispettori ambientali" la ricorrente denuncia la violazione del Piano di Riorganizzazione dell'art. 13 del Capitolato Speciale di Appalto per errata individuazione del contratto da applicare alle predette figure (Multiservizi anziché Fise – Federambiente), per erroneo inquadramento degli stessi nel 2° livello anziché nel 5° livello, corrispondente alle specifiche funzioni ad essi attribuite, nonché per la previsione di un *part time* al 33% anziché al 50% o di un *full time*, come indicato nella originaria offerta.

8.2. Il Collegio ritiene, *re melius perpensa*, che tali doglianze sono fondate.

Al punto 3 di pag. 13 del Piano di Riorganizzazione dei Servizi è prevista la fornitura di almeno tre ispettori ambientali, muniti di un'auto aziendale, per il controllo del territorio.

A seguito della richiesta di giustificazioni la società controinteressata, che inizialmente non aveva previsto un onere economico aggiuntivo per tale organo di controllo ritenendo di poter fare svolgere il relativo compito al personale operativo aziendale, ha garantito, senza oneri aggiuntivi per la stazione appaltante, 3 unità lavorative da adibire a funzioni di controllo e monitoraggio del territorio (guardie ambientali), assunte con regolare contratto al 2° livello del C.C.N.L. Imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi con un *part time* al 33%, specificando altresì che l'impiego avverrà con turni variabili in modo tale da garantire almeno 12 ore settimanali (cfr. nota del 15.3.2017).

8.3. Premesso, come evidenziato anche dal R.U.P. in sede di relazione tecnica, che la funzione di ispettore ambientale non può essere inclusa nelle competenze del personale di cantiere, trattandosi di personale già adibito ad altri servizi previsti da capitolato, ad avviso del Collegio la soluzione proposta dalla società ricorrente non appare conforme a quanto previsto dal Piano di Riorganizzazione e dall'art. 13 del

Capitolato Speciale di Appalto che cita quale C.C.N.L. di riferimento esclusivamente quello dei dipendenti del settore igiene urbana (Fise e Federambiente).

Al riguardo evidenzia il Collegio come anche la Commissione di gara nel proprio verbale del 29.3.2017 avesse rilevato riguardo alla citata proposta della società Buttol sia un errore di calcolo in quanto avrebbe dovuto essere indicato l'importo di euro 29.259,36 (12 ore x 3 unità x 52 settimane x euro/h 15,63) in luogo di euro 24.469,35 per le 3 unità con applicazione del C.C.N.L. Imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati /multiservizi, sia i dubbi ingenerati dall'applicazione di un C.C.N.L. diverso da quello di cui al Capitolato Speciale di Appalto che ricomprende proprio la figura dell'ispettore ambientale con assegnazione del 5° livello e della tariffa oraria di euro 26,62.

8.4. Alla luce delle predette circostanze il Collegio ritiene, quindi, che nel caso di specie siano fondate le censure con le quali parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'iter logico e dell'impianto motivazionale del R.U.P. che nelle sue valutazioni finali non sembra aver tenuto nel debito conto le discrasie della proposta della controinteressata rispetto a quanto prescritto dal Piano di Riorganizzazione e dal Capitolato Speciale di Appalto, esprimendo, peraltro, una serie di valutazioni sulla mancanza di difficoltà delle mansioni da svolgere, sull'assenza di una specializzazione degli ispettori, nonché sulla circostanza che in altre realtà i medesimi compiti sono affidati a personale volontario, che sembrano esulare dalle competenze e dalla stessa sfera di discrezionalità attribuite al predetto organo della stazione appaltante.

8.5. Per le suesposte circostanze – apprezzabili dal Collegio anche a prescindere dall'espletamento dell'incombente istruttorio richiesto dalla società ricorrente – deve essere evidenziata la non rispondenza dell'offerta tecnica a quanto prescritto dalla *lex specialis* con conseguente implausibilità del punteggio attribuito alla

controinteressata per tale voce e inattendibilità dell'offerta economica, in punto di utile dichiarato.

Alla luce delle considerazioni su esposte, risultano fondate le deduzioni di parte ricorrente circa la superficialità dell'istruttoria condotta dal Comune resistente e l'approssimazione del giudizio di congruità dell'offerta che ne è conseguito: su tali questioni infatti, in sede di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante si è limitata a prestare adesione alle giustificazioni di volta in volta presentate dall'aggiudicataria.

Le lacune dell'istruttoria procedimentale e del giudizio di congruità conducono, in conclusione, all'accoglimento del ricorso, non potendo essere colmate neppure parzialmente dal giudice attraverso le emergenze processuali, trattandosi di attività riservata all'amministrazione, la quale provvederà al rinnovo delle valutazioni conseguente all'annullamento degli atti impugnati tenendo conto dei principi affermati nella presente sentenza ai fini della verifica di anomalia dell'offerta e motivando adeguatamente le scelte effettuate nel rispetto del principio di immodificabilità dell'offerta; in tale fase, com'è noto, sono infatti ammessi aggiustamenti e compensazioni che non si traducano in una variazione sostanziale dell'offerta o della sua logica, posto che, diversamente, ne risulterebbe violata la *par condicio* (cfr. Cons. Stato, III, 23.1.2015, n. 293; Cons. Stato, V, 22.12.2014, n. 6267).

8.6. L'accertata inattendibilità dell'offerta, sotto tale dirimente profilo, nei termini in cui è stata presentata e giustificata in gara, esige l'integrale rinnovo del giudizio di congruità da parte dell'amministrazione, cui solo compete valutare se, una volta riconsiderata l'offerta sul piano tecnico, le ricadute su quello economico consentano ancora di concludere per la serietà della proposta contrattuale della Buttol s.r.l..

9. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso – assorbito ogni ulteriore profilo di doglianza – va accolto quanto alla domanda di annullamento, per gli effetti precisati, non potendosi invece procedere alla decisione in ordine alla domanda di subentro nel contratto di appalto della società ricorrente, rispetto alla quale peraltro non risulta essere stata espletata la procedura di verifica dell'anomalia.

9.1. Ne discende, inoltre, che allo stato, in attesa delle nuove determinazioni dell'amministrazione, la domanda accessoria di risarcimento del danno deve ritenersi prematuramente formulata dalla società ricorrente e non può essere accolta.

10. Sussistono eccezionali motivi, in considerazione dell'accoglimento della domanda cautelare e della conferma della pronuncia interinale anche in appello, nonché della complessità e peculiarità della fattispecie esaminata, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in parte motiva, e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Luca De Gennaro, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Marina Perrelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosalia Maria Rita Messina**

**IL SEGRETARIO**