

Pubblicato il 07/01/2025

N. 00015/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00925/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 925 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

(...) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato F. I., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), non costituito in giudizio;
nei confronti

(...) , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato F. F., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- del provvedimento di cui al messaggio PRC del 19 aprile 2024, con cui la Commissione giudicatrice delle offerte presentate nell'ambito della procedura di gara per l'affidamento dei "Servizi di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, Raccolte differenziate e Servizi complementari (Raccolta, Trasporto e Smaltimento) del Comune di Staletti" ha disposto l'esclusione della ricorrente (...);
- del successivo provvedimento di cui al messaggio PEC del 29 aprile 2024 con cui la medesima Commissione, a seguito di istanza di riesame presentata dalla società ricorrente, ha confermato l'esclusione di (...) dalla procedura di gara;
- della determina del 5 aprile 2024, n. 96, con cui il Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di (...) ha nominato la Commissione giudicatrice delle offerte;
- del/i provvedimento/i (i cui estremi e contenuti non sono pienamente conosciuti dalla ricorrente, se non per quanto riportato nel Verbale del Sedgio del 9 giugno 2023) con cui il RUP, a seguito di istanza di riesame presentata dalla controinteressata (...), ha disposto la riammissione in gara della predetta società previa autorizzazione a sostituire l'ausiliario ai sensi e per gli effetti dell'art. 89, comma 3 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- di ogni altro atto e provvedimento che sia o possa considerarsi presupposto o connesso con gli atti sopra impugnati e che con lo stesso sia in rapporto di correlazione, con particolare riferimento: i) verbali del sedgio di gara del 2 maggio 2023, 12 maggio 2023 e 9 giugno 2023; ii) dei successivi verbali (non conosciuti e pubblicati) della Commissione giudicatrice delle offerte in tutte le parti in cui hanno escluso la ricorrente (...) nonché

ammesso e valutato l'offerta presentata dalla controinteressata (...); *iii*) dell'eventuale proposta di aggiudicazione o aggiudicazione che medio tempore dovesse intervenire in favore di (...)

con i motivi aggiunti:

- della determinazione del Comune di (...) del 12 giugno 2024, n. 169, comunicata a mezzo PEC del 17 giugno 2024, con cui sono stati approvati i precedenti verbali di gara e, quindi, è stata disposta l'aggiudicazione, in favore dell'odierna controinteressata (...), della gara per l'affidamento della durata di tre anni dei *“Servizi di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, Raccolte differenziate e Servizi complementari (Raccolta, Trasporto e Smaltimento) del Comune di (...) (CIG (...))”*;

- del successivo *“Avviso di appalto aggiudicato”* con cui è stata resa l'aggiudicazione in favore di (...);

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e, comunque, connesso ai provvedimenti sopra indicati e, in particolare, dei Verbali di Gara n. 1 e n. 2 della Commissione giudicatrice delle offerte in tutte le parti in cui hanno escluso la ricorrente (...), nonché ammesso e valutato l'offerta presentata dalla controinteressata (...).

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2024 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso seguito da motivi aggiunti, (...) ha impugnato la propria esclusione dalla procedura per l'affidamento del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, raccolta differenziata e servizi complementari (Raccolta, Trasporto e Smaltimento) indetta dal Comune di (...) e l'aggiudicazione in favore di (...).

2. – Ha resistito in giudizio la controinteressata, mentre il Comune di (...), cui pure ricorso e motivi aggiunti sono stati regolarmente notificati, non si è costituito.

3. – Il ricorso è stato trattato e spedito in decisione all'udienza pubblica del 10 dicembre 2024.

4. – Si esaminano per primi i motivi inerenti all'esclusione di (...).

Con la comunicazione del 19 aprile 2024 la Commissione valutatrice ha comunicato *«l'esclusione dalla procedura in oggetto: Nella busta offerta tecnica, è stata inserita la busta amministrativa con omesso inserimento della busta tecnica, che non consente di poter effettuare la valutazione»*.

L'esclusione è stata successivamente confermata dalla stessa commissione con nota del 29 aprile 2024, con la quale ha escluso l'ammissibilità del soccorso istruttorio.

4.1. – Con il primo motivo di ricorso si assume l'incompetenza della commissione valutatrice, trattandosi di attività che, a mente dell'art. 31, comma 3 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, spetta al responsabile del procedimento.

Questo Tribunale Amministrativo Regionale, pur concordando con la ricorrente sul fatto che spetti al responsabile unico del procedimento disporre l'esclusione formale dei concorrenti dalla gara, rileva, da un lato, che questi ha fatto proprie le decisioni della commissione di valutazione mercé l'approvazione dei verbali di gara, con la determina del

12 giugno 2024; dall'altro lato, che la commissione si è limitata, nella sostanza, a prendere atto dell'impossibilità di valutare un'offerta tecnica "non prodotta".

Il motivo è infondato.

4.2. – In secondo luogo, la ricorrente ha dedotto che la commissione valutatrice, che ha disposto l'esclusione, avrebbe avuto una composizione irregolare. In particolare, la nomina di un presidente esterno all'amministrazione contrasterebbe con l'art. 84, comma 3 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tutt'ora applicabile; l'illegittimità della nomina della commissione deriverebbe anche dalla mancata individuazione di regole di "competenza e trasparenza" per la selezione dei commissari.

Rileva il Tribunale che le modalità di composizione della commissione valutatrice non possono in alcun modo incidere sull'esclusione della società concorrente, che è avvenuta per mancata produzione dell'offerta tecnica, e dunque senza che la commissione sia stata messa nelle condizioni di svolgere qualsivoglia attività valutativa.

4.3. – Con il terzo motivo, parte ricorrente ha invocato l'applicazione del soccorso istruttorio, essendo in possesso dell'offerta tecnica corredata di marca temporale, tale da consentire di escludere che sia stata elaborata dopo la scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

La commissione valutatrice, sul punto, ha opinato che *«la circostanza che l'offerta tecnica in possesso della ditta nei propri uffici, risulti firmata in data anteriore alla presentazione dell'offerta, non esclude che vi siano nella propria disponibilità più opzioni di offerte tecniche con firma digitale apposta per come sopra, sì da poter utilizzarne la versione che più si addice allo svolgimento della gara una volta presa visione delle offerte degli altri concorrenti, con conseguente non dimostrabilità dell'unicità dell'offerta»*.

Ora, in disparte le pur valide osservazioni della commissione, il Tribunale osserva che il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, non può in alcun modo riguardare l'offerta tecnica, soprattutto se il relativo deposito è assente.

4.4. – Con il terzo motivo, parte ricorrente segnala anche che il sistema di *e-procurement* non prevedeva alcun *alert* in caso di doppio caricamento nel medesimo *file*, che è proprio quello avvenuto nel caso di specie.

Nondimeno, secondo il Tribunale il principio di autoresponsabilità esclude che la mancanza di un congegno di rilevamento di possibili errori possa comportare l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione.

4.5. – In conclusione, essendo infondati i motivi di ricorso proposti sul punto, l'esclusione della ricorrente deve ritenersi legittima.

5. – Altri motivi di ricorso, invece, riguardano la mancata esclusione dell'altra unica concorrente (...).

Nonostante le avverse deduzioni della controinteressata, tali motivi debbono ritenersi ammissibili.

5.1. – Infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea è nel senso che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti, di cui si chiede l'esclusione, hanno un interesse legittimo equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto (cfr. CGUE, sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punto 33). La Corte ha altresì chiarito (CGUE sentenza del 5 aprile 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199) che, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro offerente ottenga direttamente l'appalto nell'ambito della stessa procedura e, dall'altro, in caso di esclusione di entrambi

gli offerenti e di apertura di una nuova procedura di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare e quindi ottenere indirettamente l'appalto. Inoltre, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorso e la divergenza dei motivi da essi sollevati, non risultano rilevanti ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale risultante dalla sentenza "Fastweb".

5.2. – Di conseguenza, applicando tale principio, l'offerente escluso può presentare un ricorso contro la decisione dell'ente aggiudicatore che ammette l'offerta di uno dei suoi concorrenti, qualunque sia la fase della procedura di appalto pubblico in cui tale decisione viene adottata; nell'ambito di un tale ricorso, è applicabile il principio giurisprudenziale menzionato al § 5.1. presente (CGUE, sentenza del 24 marzo 2021, NAMA e a., C-771/19, EU:C:2021:232).

5.3. – In altri termini, ove prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un offerente sia stato definitivamente escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto stesso con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice confermata da una decisione giurisdizionale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 non osta a che a tale offerente sia negato l'accesso a un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del relativo contratto (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, punti 35 e 36; dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, punti da 57 a 59, nonché del 24 marzo 2021, *NAMA e a.*, C-771/19, EU:C:2021:232, punto 42).

Di converso, però, fino a che l'esclusione non sia definitiva (ed essendo stata impugnata, nel caso in esame al momento l'esclusione non è ancora definitiva) deve ritenersi possibile la contestazione, da parte del candidato escluso, di quei vizi che comporterebbero la ripetizione dell'intera procedura.

Infatti, come statuito dalla Corte, è il carattere non ancora definitivo della decisione di esclusione che determina la legittimazione ad agire di un offerente contro una decisione di aggiudicazione (CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, *Randstad Italia*, C497/20, EU:C:2021:1037, punti 73 e 74). Orbene, ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665, l'esclusione di un offerente dalla partecipazione a una procedura di gara d'appalto è definitiva se è stata comunicata a quest'ultimo e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso (CGUE, sentenza 9 febbraio 2023, *VZ*, C-53/22).

6. – Ciò posto, con il quarto motivo del ricorso principale e il secondo motivo aggiunto si evidenzia che (...) era stata già esclusa con verbale del 12 maggio 2023, in quanto (...), di cui si intendeva avvalere, non era iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, sicché la partecipante risultava priva dei requisiti richiesti.

Nondimeno, era stato consentito all'offerente di sostituire l'ausiliaria e di essere così ammessa alla gara.

Tale decisione, però, sarebbe illegittima perché la controinteressata aggiudicataria era ben conscia della situazione in cui versava il (...), e dunque non poteva avvalersi del rimedio di cui all'art. 89, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016, dettato per i casi di incolpevolezza dell'offerente rispetto alla mancanza di requisiti di un'ausiliaria.

Vi sarebbe stata, quindi, la violazione del principio di *par condicio* dei partecipanti alla gara.

6.1. – Rileva il Tribunale che il citato art. 89, al comma 3, prevede che la stazione appaltante verifichi, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfino i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

La sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la procedura di gara costituisce un istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura, che risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, conseguentemente, di stimolare il ricorso all'avvalimento (TAR Puglia – Bari, Sez. I, 7 giugno 2022, n. 831).

6.2. – Tale norma non prevede alcun limite alla sostituzione dell'ausiliaria: tanto risponde alla *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese (Cons. Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6965).

Anche nel caso in cui la dichiarazione dell'ausiliaria fosse mendace non consegue l'esclusione della concorrente ausiliata ma solo la sostituzione dell'ausiliaria priva del requisito di partecipazione, non potendo, alla luce della richiamata finalità dell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliata rispondere, per responsabilità oggettiva, per circostanze riconducibili solo alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile neppure a titolo di colpa (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368).

Quindi, alla luce della finalità dell'istituto dell'avvalimento e dei principi di proporzionalità (ben delineati da CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, Red Service, C-210/20; ECLI:EU:C:2021:445), deve ritenersi corretto l'operato dell'amministrazione, che ha consentito all'aggiudicataria di provvedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria.

6.3. – Il Tribunale prende atto dell'esistenza di un orientamento, puntualmente richiamato dalla parte ricorrente, che esclude l'applicabilità dell'istituto della sostituzione dell'ausiliaria per quei casi in cui vi fosse la consapevolezza, da parte del concorrente, dell'insussistenza, in capo all'altro soggetto, dei requisiti necessari alla partecipazione.

Tuttavia, tale diversa ricostruzione appare allontanarsi dalla logica di fondo della scelta normativa sottolineata al § 6.2., in assenza di un dato testuale che ancori la possibilità della sostituzione all'incolpevolezza dell'operatore economico concorrente.

7. – Con il sesto motivo del ricorso principale e il terzo motivo aggiunto, la ricorrente si duole della mancata esclusione dalla gara della resistente aggiudicataria, che non avrebbe mantenuto il requisito della regolarità contributiva dalla data di presentazione dell'offerta a quella della stipula del contratto.

Tale dato, emergerebbe dalla lettura della sentenza della Sezione Staccata di Reggio Calabria di questo Tribunale del 2 febbraio 2024, n. 87.

Il Tribunale, in realtà, osserva che la sentenza evocata come prova della mancanza del requisito della regolarità contributiva si limita a esporre le argomentazioni della parte ricorrente, che non sono punto esaminate.

In questa sede, invece, non vi è alcuna evidenza dell'insussistenza del requisito di cui si tratta.

Il motivo, pertanto, va respinto, mancando di qualsivoglia supporto dimostrativo

Invero, come già in altra e diversa occasione affermato da questo Tribunale (cfr. sentenza della Sezione II, 8 maggio 2023, n. 712, in materia di impugnazione di uno strumento urbanistico), il sindacato giurisdizionale deve avvenire in una prospettiva di tutela effettiva della posizione soggettiva vantata dalla parte ricorrente, e non può invece trasformarsi in una sostanziale "*caccia all'errore*" commesso dall'amministrazione, attività che avrebbe molti più punti di contatto con una giurisdizione di tipo obiettivo, piuttosto che con la tradizionale strutturazione a diritto subiettivo del nostro sistema di giustizia amministrativa (cfr., in materia edilizia, TAR Toscana, Sez. I, 28 marzo 2023, n. 313; il concetto, elaborato con riferimento al giudizio di anomalia delle offerte presentate nelle pubbliche gare, è stato declinato con un respiro più ampio da Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308, ripresa da TAR Lazio – Roma, Sez. II-*quater*, 22 dicembre 2022, n. 17356).

Quindi, come già detto, non essendovi alcun apprezzabile elemento probatorio nel senso della perdita, anche temporanea, del requisito della regolarità contributiva, il motivo deve essere disatteso.

8. – Con il primo motivo aggiunto, viene dedotta la violazione del principio di segretezza, in quanto le offerte tecniche dei concorrenti sarebbero state valutate dalla Commissione di gara nel corso della seduta del 26 aprile 2024, quando, in tale data, la Commissione già conosceva il contenuto del ribasso offerto da (...).

In realtà, risulta *per tabulas* che i plichi elettronici sono stati aperti già nella seduta del 19 aprile 2024, mercé l'apertura prima dell'offerta tecnica, quindi di quella economica.

Nessuna violazione, quindi, è stata perpetrata a discapito della segretezza delle offerte, non essendo quella del 24 aprile la data di riferimento ma, per tutti, quella del 19 aprile.

9. – Con il quarto motivo aggiunto, si assume la violazione degli artt. 23, comma 16, e dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016.

Benché l'amministrazione non abbia espressamente individuato i costi della manodopera, questi sarebbero facilmente quantificabili in € 886.262,86, e l'aggiudicataria li avrebbe palesemente sottostimati, quantificandoli nella misura di € 805.062,15.

L'amministrazione, quindi, avrebbe dovuto espletare una seria e approfondita verifica della sostenibilità dell'offerta, tanto più che l'aggiudicataria ha dichiarato di volere applicato un CCNL diverso da quello indicato negli atti di gara e avrebbe presentato un piano di assorbimento generico con riferimento al personale stagionale.

Il motivo, tuttavia, non coglie nel segno perché, in primo luogo, (...) non ha negato che il Comune abbia verificato la conformità dei costi della manodopera indicati da (...) ai minimi salariali inderogabili né, in concreto, che i costi indicati da (...) siano appunto inferiori a quelli stabiliti dalle pertinenti tabelle di riferimento.

Parte ricorrente ha solo contestato la mancata attivazione del controllo di anomalia "facoltativo", di cui all'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, senza però indicare elementi di palese irragionevolezza di tale scelta discrezionale.

10. – Con l'ultimo dei motivi aggiunti, parte ricorrente torna sull'illegittima composizione della commissione, che avrebbe inciso sulla valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il motivo è inammissibile.

Invero, ai §§ 5.1.-5.3. della presente sentenza questo Tribunale ha illustrato i limiti entro i quali l'offerente escluso dalla gara può presentare un ricorso contro gli atti della procedura. Esso deve limitarsi a contestare la decisione dell'ente aggiudicatore che ammette l'offerta di uno dei suoi concorrenti, a tutela dell'interesse strumentale alla ripetizione dell'intera gara.

Ebbene, se anche nel caso di specie risultasse illegittima la composizione del seggio di gara, ciò non comporterebbe l'annullamento radicale dell'intera procedura e la sua ripetizione a partire dalla presentazione delle offerte, bensì solo la sua ripetizione a partire dalla valutazione delle offerte legittimamente presentate, tra le quali non vi è quella di (...)

Dunque, il motivo non è finalizzato alla tutela dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara e non può, conseguentemente, essere esaminato.

11. – In conclusione, ricorso e motivi aggiunti sono rigettati.

Le spese di lite sono regolate secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 6.500,00, oltre al rimborso generale nella misura del 15% oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere, Estensore

Federico Baffa, Referendario

L'ESTENSORE

Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO