

N. 06239/2011REG.PROV.COLL.  
N. 06828/2010 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6828 del 2010, proposto da:  
Gial Plast s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Chiola e Innocenzo Gorlani,  
con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via della  
Camilluccia, n. 785;

***contro***

Cauto, Cooperativa Sociale Onlus a r.l., in proprio e nella qualità di  
mandante del costituendo Raggruppamento di imprese con Aprica  
s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato  
e difeso dagli avv. Gabriele Pafundi, Vito Salvatori e Alberto  
Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma,  
viale Giulio Cesare 14a/4;

***nei confronti di***

Comune di Collebeato, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Fiorenzo Bertuzzi e Giuseppe Ramadori, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Marcello Prestinari, n. 13;

***per la riforma***

del T.A.R. Lombardia - Sez. staccata di Brescia, Sezione II, n. 02161/2010, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cauto Cooperativa Sociale Onlus a.r.l. e del Comune di Collebeato ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Chiola, Pafundi e Buccellato, su delega dell' avv. Ramadori;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

Con il ricorso in appello in esame la società Gial Plast s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto dalla Cauto, Cooperativa sociale a r.l. per l'annullamento della determinazione 15 dicembre 2009 n. 224 (con la quale il Dirigente del settore del

Comune di Collebeato aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Gial Plast s.r.l. della gara, indetta con provvedimento 28 agosto 2009 n. 134 per l'affidamento dell'appalto del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati), nonché della determinazione 11 dicembre 2009 n. 182 (di aggiudicazione provvisoria della gara predetta), del verbale 4 novembre 2009 (con il quale la Commissione di gara aveva escluso la Cauto, Cooperativa sociale a r.l. dalla gara stessa ed aveva ribadito di aver classificato prima in graduatoria la controinteressata), del verbale 27 ottobre 2009 (con il quale la predetta Commissione aveva classificato prima in graduatoria la controinteressata) e del verbale 14 ottobre 2009 (con il quale la predetta Commissione non aveva escluso dalla gara la controinteressata).

Con detta sentenza in particolare sono stati accolti il primo, il secondo ed il terzo motivo di ricorso, è stato dato atto della rinuncia al quarto motivo, è stato assorbito il quinto motivo ed è stato respinto il ricorso incidentale di detta s.r.l..

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

I.- In relazione alla mancata esclusione del R.T.I. Cauto, Cooperativa Sociale Onlus a r.l.:

I.1.- Violazione e falsa applicazione di legge, quanto all'art. 5.2. del bando e del disciplinare di gara ed agli artt. 6 e 6.1 del disciplinare. Violazione del principio della par condicio. Difetto di motivazione.

I.2.- Violazione e falsa applicazione di legge, quanto all'art. 48 del d.

lgs. n. 163/2006. Difetto di motivazione. Violazione del principio della par condicio e dell'economicità dell'azione amministrativa.

I.3.- Violazione di legge, quanto all'art. 5.2. del bando e del disciplinare di gara ed agli artt. 6 e 6.1 del disciplinare. Difetto di motivazione.

I.4.- Violazione e falsa applicazione di legge, quanto all'art. 11.3. del disciplinare di gara. Travisamento, violazione del principio di buon andamento, efficienza ed economicità. Violazione del principio della par condicio e del principio di immodificabilità dell'offerta.

II.- Con riguardo alla esclusione della Gial Plast s.r.l. per asserita carenza di esperienza nella gestione delle piattaforme ecologiche sono stati dedotti i seguenti motivi:

II.1.- Erroneità per violazione dell'art. 6.2 del disciplinare di gara, letto alla luce della nota di chiarimenti del 7.10.2009. Travisamento, irragionevolezza e sproporzione.

II.2.- Erroneità ed illegittimità per contraddittorietà manifesta, sproporzione, violazione e falsa applicazione di legge, quanto alla legge speciale di gara ed all'art. 183, I c., cc), del d. lgs. n. 152/2006 e relative norme esecutive.

II.3.- Violazione e falsa applicazione della legge di gara, letta in uno con la normativa di settore. Erroneità per travisamento dei dati istruttori. Irragionevolezza e sproporzione.

III.- In relazione al ricorso per motivi aggiunti promosso da Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. è stata dedotta la seguente censura:

III.1.- Tardività e comunque inammissibilità, irricevibilità ed improcedibilità, infondatezza.

Con atto depositato il 30.7.2010 si è costituito in giudizio il Comune di Collebeato, che ha concluso per la riforma della impugnata sentenza, con reiezione del ricorso introduttivo del giudizio e dei collegati motivi aggiunti, nonché del ricorso incidentale.

Con memoria depositata il 6.8.2010 si è costituita in giudizio la Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l., che ha eccepito la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto al infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 10.9.2010 detta Cooperativa ha precisato le ragioni della infondatezza dell'appello, ha riproposto il quinto motivo di ricorso dichiarato assorbito dal T.A.R. ed ha illustrato i motivi per i quali sarebbero illegittimi i provvedimenti impugnati in primo grado nella parte in cui non hanno disposto la esclusione dalla gara della controinteressata Gial Plast s.r.l..

Con memorie depositate il 23.12.2010 la Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. e la Gial Plast s.r.l. hanno contestato le avverse argomentazioni e hanno ribadito le rispettive tesi e richieste.

Con memoria depositata il 24.12.2010 l'Amministrazione resistente ha eccepito la inammissibilità del ricorso promosso in primo grado da Aprica s.p.a. per carenza di interesse dovuto a difetto di legittimazione ad agire (a seguito di sentenza di questa Sezione n. 7964/2010) ed ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 30.12.2010 la Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. ha replicato alle avverse deduzioni ed eccezioni, sostenendo in particolare la inammissibilità (ai sensi dell'art. 104, comma 1, del c.p.a.) e la infondatezza della eccezione di carenza di interesse sollevata dalla difesa del resistente Comune.

Con memoria depositata il 30.12.2010 la Gial Plast s.r.l. ha replicato alle avverse argomentazioni.

Con memoria depositata l'8.3.2011 il Comune di Collebeato ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 18.3.2011 la Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 29.3.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

#### DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Gial Plast s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto dalla Cauto, Cooperativa sociale a r.l. per l'annullamento della determinazione di aggiudicazione definitiva in favore della Gial Plast s.r.l. della gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati, nonché della determinazione di aggiudicazione provvisoria della gara predetta, del verbale di esclusione della Cauto, Cooperativa sociale a r.l. dalla gara stessa e del verbale di non

esclusione dalla gara della controinteressata.

2.- Innanzi tutto va esaminata la eccezione formulata dalla difesa dell'Amministrazione resistente di inammissibilità del ricorso promosso in primo grado da Aprica s.p.a. per carenza di interesse dovuta a difetto di legittimazione ad agire (a seguito di sentenza di questa Sezione n. 7964/2010, che ha stabilito che detta società versava nelle condizioni di cui all'art. 113, comma 6, del d. lgs. n. 267/2000 e non aveva quindi titolo a partecipare alle gare indette per l'affidamento di servizi pubblici).

Al riguardo la Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. ha sostenuto la inammissibilità (ai sensi dell'art. 104, comma 1, del c.p.a.) e la infondatezza della eccezione.

2.1.- La Sezione ritiene insuscettibile di positiva valutazione detta eccezione.

Ai sensi dell'art. 113, comma 6, del d. lgs. n. 267/2000 (il cui comma 15 quater ha stabilito che il divieto di cui al comma 6, è escluso nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa) e poi ai sensi dell'art. 23 bis, comma 9, del d.l. n. 112/2008 (che ha stabilito che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti), detto divieto può essere applicabile solo a seguito di indagine sulla effettiva

sussistenza nel particolare caso di specie della insussistenza della causa di esenzione sopra indicata, indagine di esclusiva competenza della Amministrazione procedente.

Detta eccezione non è, quindi, rilevabile d'ufficio perché, pur essendo relativa alla sussistenza di una delle condizioni dell'azione, come l'interesse a ricorrere, della insussistenza di questo non esiste palese prova agli atti ed essa avrebbe potuto essere proposta solo dalla parte dopo la verifica sopra indicata.

Il Giudice non può infatti tener conto d'ufficio di quei fatti impeditivi, estintivi o modificativi che producono i loro effetti non automaticamente, perché oggetto di una facoltà che la parte resistente potrebbe far valere (ma anche non valere) con una azione autonoma.

Essa eccezione, non essendo rilevabile d'ufficio, non è quindi proponibile per la prima volta in appello, ai sensi dell'art. 104, comma 1, del c.p.a..

3.- Nel merito rileva la Sezione che, con una serie di motivi di appello, sono state dedotte le seguenti censure in relazione alla mancata esclusione del R.T.I. Cauto, Cooperativa Sociale Onlus a r.l.:

3.1.- Il Giudice di prime cure, pur avendo dato atto che impresa mandataria Aprica s.pa. aveva dichiarato in sede di domanda una circostanza formalmente non vera circa il possesso di un requisito, non avrebbe poi motivato in ordine alla doverosità della esclusione di detta società (disposta dalla stazione appaltante in ossequio all'art. 6.1. del disciplinare di gara, atteso che il possesso di esso requisito

mancante era previsto a pena di esclusione, in assenza di impugnazione del bando di gara “in parte qua”), così violando l’art. 5.2 del bando, gli artt. 6 e 6.1. del disciplinare ed il principio di par condicio.

3.1.1.- Osserva al riguardo il Collegio che la Aprica s.p.a. aveva dichiarato di essere iscritta all’Albo dei gestori ambientali per tutte le categorie richieste dal bando, cioè le categorie 1, 2, 4, 5 e 6A, ma è pacifico che non era iscritta per la categoria 2.

Il Giudice di primo grado ha ritenuto di aderire all’orientamento giurisdizionale di cui alla decisione di questa Sezione 9 dicembre 2008, n.6064, che, con riferimento alle categorie 2 e 4, ha ritenuto che le tipologie di rifiuti oggetto delle due categorie siano le stesse, malgrado la diversità letterale delle denominazioni, dato che la categoria 2 attiene ai “rifiuti non pericolosi” e la categoria 4 ai “rifiuti speciali non pericolosi”; le tipologie di rifiuti effettivamente comprese nella categoria 2 sono invero quelle previste in astratto dal D.M. Ambiente 5 febbraio 1998, come ricodificate dall’allegato C alla direttiva del medesimo Ministero 9 aprile 2002, mentre quelle effettivamente comprese nella categoria 4 sono quelle in concreto risultanti dall’iscrizione della singola ditta considerata.

Il T.A.R. ha eseguito un raffronto identico per il caso in esame, evidenziando che le categorie del D.M. Ambiente 5 febbraio 1998 e quelle risultanti dalla iscrizione della Aprica, al n° MI 003175 dell’Albo, erano del tutto analoghe; inoltre che l’iscrizione della Aprica

alla classe B la abilitava a gestire un quantitativo di oltre venti volte superiore a quello della classe F richiesta per partecipare al bando.

Ha quindi, condivisibilmente, ritenuto che detta società fosse in possesso dei requisiti richiesti perché, in concreto, l'iscrizione nella categoria 4 comprendeva quella in categoria 2, sicché la dichiarazione resa era da considerarsi nella sostanza veritiera, data la ritenuta equipollenza fra le due iscrizioni.

Le statuizioni contenute nella "lex specialis" sono state quindi, secondo la Sezione, sostanzialmente rispettate, atteso che l'impresa iscritta con procedura ordinaria può ritenersi automaticamente iscritta anche nella categoria 2, sicché l'omissione o l'incompletezza in ordine a quanto ivi previsto, in base ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle procedura di evidenza pubblica, non ha prodotto alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla disposizione di cui al punto 6.1. del disciplinare di gara, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile a fondare l'esclusione.

3.2.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che la circostanza che, secondo il T.A.R., la dichiarazione fosse nella sostanza veritiera non valeva a cancellare il fatto storico della avvenuta produzione in gara di una dichiarazione falsa, al che, ex art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, non poteva che conseguire l'esclusione della impresa che la ha prodotta. Al riguardo il primo Giudice non avrebbe motivato, limitandosi ad interpretare (sostanzialmente riscrivendola) la

legge di gara, in presunta applicazione del principio del "favor participationis", che non può tuttavia superare il formalismo della "lex specialis", che è volto a tutelare i principi di parità di trattamento tra tutti i concorrenti e di economicità.

3.2.1.- Considera in proposito il Collegio che la nozione di "falso innocuo" è applicabile al fine di escludere la rilevanza della falsità delle dichiarazioni non veritiere rese dai soggetti partecipanti alle gare pubbliche quando esso non abbia prodotto alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla disposizione che impone di attestare una determinata circostanza (sia essa contenuta nella legge o nel bando) e non abbia procurato all'impresa dichiarante alcun vantaggio competitivo.

La ratio dell'art. 48, d.lg. n. 163 del 2006 va individuata infatti nel contemperamento del principio del libero accesso alle gare, con la garanzia che vi partecipino imprese affidabili; a tale fine, il legislatore impone una campionatura a sorteggio tesa a riscontrare il possesso, da parte delle imprese, dei requisiti dichiarati ai fini partecipativi; la finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti e di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando, che, per il solo fatto di partecipare senza titolo, alterano, di per sé, la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della commissione di gara, chiamato a vagliare anche concorrenti inidonei, con le relative questioni innescabili.

Detto fine non appare nel caso che occupa intaccato dalla

dichiarazione effettuata dalla Aprica s.p.a. che deve considerarsi sostanzialmente veritiera ed insuscettibile di arrecare vantaggi non consentiti alla stessa, sicché non sussiste alcuna violazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006.

La circostanza della sostanziale veridicità della dichiarazione di cui trattasi comporta anche che non risulta violato il principio di par condicio e di economicità.

3.3.- Con il terzo motivo di appello è stato dedotto che i riferimenti contenuti nella impugnata sentenza agli artt. 212 e ss. del d. lgs. n. 163/2006 (al fine di affermare che la iscrizione della Aprica s.p.a. nella categoria 1 poteva tener luogo della iscrizione anche nella categoria 2) sarebbero volti ad introdurre una inammissibile correzione nella "lex specialis" della gara e comunque sarebbero indivisibili, atteso che la categoria 2 concerne la raccolta ed il trasporto di rifiuti non pericolosi avviati al recupero in modo oggettivo ed individuati con D.M. 5 febbraio 1998, sicché il numero di rifiuti ivi considerati è molto ristretto; non sarebbe, pertanto, scontato l'assorbimento della categoria 2 nella categoria 1, perché far leva sulla iscrizione ordinaria al fine di esercitare l'attività di cui alla categoria 2 significa dover verificare ogni volta se il rifiuto non pericoloso ex art. 216, oggetto della esercitanda attività di cui alla categoria 2 sia compreso (per categoria, classe e tipologia) nella iscrizione ordinaria (e sarebbe per evitare ciò che la legge di gara ha previsto lo specifico possesso della categoria 2).

Essere legittimati alla raccolta ed al trasporto di rifiuti urbani e speciali di cui alla categoria 1 non significherebbe quindi essere legittimati anche alla raccolta ed al trasporti di quelli di cui alla categoria 2, non essendo automatica la identità tra il primo gruppo di rifiuti ed il secondo.

3.3.1.- Osserva la Sezione che la censura non è positivamente apprezzabile perché, ai sensi dell'art. 212 del d. lgs. n. 152/2006, alle imprese iscritte con la procedura ordinaria è consentito anche l'esercizio, senza iscrizione, anche della attività di cui alla categoria 2, purché ciò non comporti variazione nella categoria della classe e della tipologia di rifiuti in cui esse sono iscritte.

La Aprica s.p.a., essendo iscritta alla categoria 1 classe A (che comprende tutti i rifiuti da raccogliere per ogni bacino di utenza), oltre che alle categorie 4 classe B e 5 classe C, poteva quindi legittimamente svolgere anche le attività comprese nella categoria 2.

3.4.- Con il quarto motivo di appello, relativamente alla esclusione, disposta dalla Commissione di gara, del costituendo R.T.I. Cauto Cooperativa Sociale Onlus a r.l. per aver presentato oltre al capitolato sottoscritto su tutte le pagine, anche una dichiarazione non richiesta dal disciplinare ed avente ad oggetto le ipotesi in cui la remuneratività dell'offerta era assicurata, è stato dedotto che erroneamente il Giudice di prime cure ha accolto sul punto il ricorso, facendo leva sulla distinzione tra il concetto di offerta condizionata e quello di ipotesi di remuneratività dell'offerta.

Sarebbe stato violato l'art. 11.3 del disciplinare di gara, che imponeva di presentare offerte prive di osservazioni, restrizioni e riserve di sorta, cioè condizionate, in quanto l'offerta economica de qua, era intimamente correlata alle condizioni apposte, anche se denominate *“ipotesi di remuneratività”*.

Se è vero, come sostenuto in sentenza, che la remuneratività è un fattore che attiene di norma alla sfera del guadagno privato del concorrente, tuttavia nel caso che occupa il fattore remuneratività era stato reso parte integrante della offerta, con legittimità della disposta esclusione, a nulla valendo la presentazione del capitolato integralmente sottoscritto (in quanto ciò costituiva solo una evidente contraddittorietà) e la nota di chiarimenti presentata dal R.T.I. (in quanto l'offerta era comunque condizionata ed immodificabile in corso di gara).

3.4.1.- Osserva al riguardo il Collegio che le imprese partecipanti al R.T.I di cui trattasi hanno sottoscritto su tutte le pagine il capitolato, in segno di accettazione e in seguito, su richiesta di chiarimenti dalla Commissione, hanno dichiarato *“di accettare senza riserve le prescrizioni e indicazioni contenute nel bando e nel capitolato d'appalto”* e che *“l'offerta formulata è congrua rispetto agli elementi descrittivi del capitolato d'appalto... del bando valutati dalla stazione appaltante”*; inoltre, nel documento intitolato *“dichiarazioni di cui al capo 11.1 del disciplinare”*, hanno inserito una dichiarazione -non richiesta dal disciplinare stesso- avente ad oggetto le *“ipotesi”* in cui *“la remuneratività dell'offerta è da ritenersi assicurata”*.

Il Giudice di prime cure ha distinto tra l'offerta condizionata, (nella quale il corrispettivo, per chi la formula, ovvero le prestazioni che questi deve a parità di corrispettivo sono variabili in dipendenza da un qualche evento esterno all'offerta stessa, sì che l'accettante non è in grado di conoscere a priori quale sarà l'impegno finanziario da affrontare per ottenere la prestazione) e la l'offerta "*remunerativa*" soltanto in una o più "*ipotesi*" (che è quella eseguendo la quale l'offerente potrà guadagnarci non sempre e comunque, ma soltanto ove si verificano certe circostanze e non altre).

Il T.A.R. ha ritenuto possibile che una offerta sia certa e incondizionata, nel senso che il suo contenuto resta determinato e immutabile, ma che nondimeno si rendano esplicite le condizioni alle quali essa potrà produrre un guadagno, esplicitazione -non richiesta, ma neppure proibita dal bando- che non è stata ritenuta di per sé pregiudizievole al buon andamento dell'Amministrazione e quindi non elevabile a causa di esclusione dalla gara, ostandovi oltretutto il principio della tassatività delle stesse, che garantisce la più ampia partecipazione.

La Sezione ritiene condivisibile la impostazione seguita dal T.A.R. atteso che il R.T.I. di cui trattasi ha espressamente dichiarato di accettare senza riserve il capitolato speciale di appalto (come confermato a seguito di richiesta di chiarimenti dalla Commissione), ed ha così rispettato la condizione che l'offerta dovesse risultare nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione. La

dichiarazione di cui trattasi più che a condizionare la gara (non subordinando la adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero ad elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato) deve ritenersi finalizzata ad indicare le modalità attraverso le quali esso poteva rendere remunerativa la offerta, il che esclude la sussistenza di contraddittorietà e di integrazione dell'offerta a seguito della dichiarazione stessa.

La censura in esame non può, quindi, essere condivisa.

4. Con una seconda serie di motivi di appello, in relazione all'accoglimento della censura del R.T.I. Cauto, Cooperativa Sociale Onlus a r.l. volta alla esclusione dalla gara della Gial Plast s.r.l. per asserita carenza di esperienza nella gestione delle piattaforme ecologiche, dalla quale è stata fatta derivare anche la reiezione del ricorso incidentale di detta s.r.l. (volto a contestare la richiesta della Commissione di gara di dimostrazione della propria esperienza nella gestione delle piattaforme ecologiche e di dimostrarne l'avvenuta gestione), sono state dedotte le seguenti censure:

4.1.- Il T.A.R. avrebbe dato una lettura errata della nota di chiarimenti della Amministrazione in ordine alla discrasia tra quanto previsto nel punto 6.2. del disciplinare (in cui era previsto il possesso di fatturato relativo allo svolgimento di servizi simili a quelli oggetto dell'affidamento) e al seguente punto 11.1-7 (in cui è fatto riferimento allo svolgimento di servizi identici).

Ha infatti interpretato la nota, che ha confermato la necessità dello

svolgimento di servizi simili, nel senso che doveva essere dimostrata la gestione di servizi simili a tutti i servizi oggetto del bando, nessuno escluso, mentre la nota si limitava a chiarire che per gestione di servizi simili doveva intendersi quella di “servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani”.

Avrebbe quindi dovuto essere respinto il motivo del ricorso in esame ed accolto il ricorso incidentale di Gial Plast s.r.l.

4.1.1.- Osserva la Sezione che il T.A.R. ha ritenuto che i citati “servizi” dovessero essere determinati, secondo logica, facendo riferimento alla legge di gara nella sua interezza, cioè al bando propriamente detto, al disciplinare di gara e al capitolato d’oneri, che descrive con precisione il servizio richiesto. Ha quindi attribuito rilievo alla circostanza che alla piattaforma ecologica faceva riferimento l’art. 2 del bando, nel prevedere la gestione della stessa come una delle prestazioni richieste all’appaltatore e che di quale gestione di preciso poi si trattasse era spiegato nel capitolato d’oneri, che regola tale struttura all’art. 22.

La tesi è sostanzialmente condivisibile, atteso che scopo della richiesta di cui trattasi era quella di assicurarsi che il futuro gestore dell’impianto de quo fosse titolare di esperienza triennale nella totalità dei servizi che sarebbe andato a gestire, nessuno escluso, quindi compresa la gestione di piattaforme ecologiche, a prescindere dalla interpretazione da dare alla locuzione simili, dovendosi questa intendere nel senso di “simili a tutte le prestazioni ora richieste”.

Tanto rende indivisibile il motivo in esame, sia con riguardo all'accoglimento del motivo di ricorso del R.T.I. di cui trattasi, sia con riguardo alla reiezione del correlato ricorso incidentale della Gial Plast s.r.l., con il quale era stata contestata la richiesta della Commissione di gara di dimostrazione della propria esperienza nella gestione delle piattaforme ecologiche e della l'avvenuta gestione di queste.

4.2.- Con il quinto motivo di appello è stata dedotta la erroneità della impugnata sentenza anche laddove, contraddittoriamente, avrebbe prima sostenuto che era necessario il previo svolgimento di servizi non identici, ma simili a quelli oggetto di gara, e poi ha affermato che tanto imponeva ai concorrenti di dimostrare il possesso di esperienza nella gestione di un centro di raccolta (come è correttamente definibile la piattaforma ecologica ex art. 183, comma 1, del d. lgs. n. 152/2006 ed ex D.M. 8 aprile 2008) esattamente coincidente con quello descritto nel capitolato speciale (e dunque anche aperto al pubblico, pur non essendo detto centro di raccolta caratterizzato dalla apertura al pubblico in base a detta normativa).

4.2.1.- Osserva la Sezione innanzi tutto che per servizi simili a quelli oggetto dell'appalto correttamente e non contraddittoriamente sono stati intesi quelli che avessero comunque avuto ad oggetto tutti i servizi ivi previsti.

Inoltre, considerato che l'art. 183, comma 1, lettera mm), del d. lgs. n. 152/2006 si limita ad stabilire che il centro di raccolta consiste in una *“area presidiata ed allestita, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza*

*pubblica, per l'attività di raccolta mediante raggruppamento differenziato dei rifiuti urbani per frazioni omogenee conferiti dai detentori per il trasporto agli impianti di recupero e trattamento. La disciplina dei centri di raccolta e' data con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza unificata , di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281",* deve condividersi la tesi del T.A.R. che la piattaforma ecologica regolata dall'art. 22 del capitolato d'oneri coincidesse con i centri di raccolta comunali poi disciplinati dal D.M. Ambiente 8 aprile 2008 Tale D.M., nel prevedere che l'attività di raccolta è esercitata a seguito di conferimenti di utenze domestiche e non domestiche, non può che intendersi nel senso che essa deve essere aperta al pubblico, con necessità della acquisizione di specifica professionalità che la relazione con esso comporta per i tecnici addetti.

In assenza di gestione pregressa di un centro di raccolta dei rifiuti urbani aperti al pubblico, per aver gestito un impianto industriale non aperto al pubblico finalizzato oltre che alla raccolta, al recupero e allo smaltimento dei rifiuti e quindi in assenza della richiesta esperienza di relazioni dirette con i privati conferenti essi rifiuti, la Gial Plast s.r.l. correttamente è stata ritenuta priva del predetto requisito richiesta dalla legge di gara.

La censura in esame è quindi insuscettibile di positivo apprezzamento.

4.3.- Con il sesto motivo di gravame è stato dedotto che erroneamente il Giudice di primo grado avrebbe ritenuto che la Gial Plast s.r.l. non avesse dimostrato la propria esperienza nella gestione

dei centri di raccolta, in quanto essa aveva dimostrato la propria esperienza nella gestione del centro di raccolta di Taviano e in generale, a nulla valendo che solo nell'anno 2008 aveva ottenuto le autorizzazioni prescritte (risalendo solo a tale anno la normativa di settore al riguardo emanata), nonché che esso centro non fosse aperto al pubblico (atteso che la società comunque aveva acquisito la esperienza necessaria alla gestione di una area presidiata e allestita destinata alla ricezione di rifiuti conferiti in maniera differenziata).

Inoltre la censura formulata a seguito di documentazione prodotta da Cauto Cooperativa Sociale Onlus a r.l. (che il centro che era stato gestito non era un centro di raccolta) sarebbe stata nuova ed avrebbe dovuto essere introdotta con motivi aggiunti.

4.3.1.- La Sezione ritiene la censura non positivamente valutabile, atteso che, comunque, è incontrovertito che in detti centri la Cauto Cooperativa Sociale Onlus a r.l. aveva svolto attività non aperta al pubblico e quindi le dedotte referenze erano inconferenti ai fini della dimostrazione del possesso del requisito de quo.

5.- Quanto al ricorso per motivi aggiunti promosso da Cauto, Cooperativa sociale onlus a r.l. e dichiarato assorbito, esso è stato censurato nell'ipotesi che la Sezione, in riforma sul punto della impugnata sentenza, ritenga che la Gial Plast s.rl. legittimamente non fosse stata esclusa dalla gara.

5.1.- Il Collegio, avendo confermato la impugnata sentenza nella parte in cui ha accolto la censura del R.T.I. Cauto, Cooperativa Sociale

Onlus a r.l. (volta alla esclusione dalla gara della Gial Plast s.r.l. per asserita carenza di esperienza nella gestione delle piattaforme ecologiche), ritiene conseguentemente inutile la disamina della fondatezza delle censure relative a detti motivi aggiunti, essendo il motivo apprezzato dal T.A.R. sufficiente a riconoscere la doverosità della esclusione di detta s.r.l..

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)