



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 7102 del 2011, proposto da:
Ecologica Anzuca Srl in proprio e quale Mandataria Costituenda Ati,
rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Russo, Manuel De Monte,
con domicilio eletto presso Marco Croce in Roma, via Nizza, 63; Ati
Ecologica Anzuca-Edra-Ecoelpidiense;

contro

Consorzio Comprensoriale Per Lo Smaltimento R.U. in Area
Piomba Fino, rappresentato e difeso dall'avv. Michele De Cilla, con
domicilio eletto presso Michele De Cilla in Roma, via Zara, 16;

nei confronti di

Lombardi Ecologia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Patrizio
Leozappa, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa in Roma,
via Giovanni Antonelli, 15;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00390/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della costruzione e gestione della nuova discarica. risarcimento danni -

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Comprensoriale Per Lo Smaltimento R.U. in Area Piomba Fino e di Lombardi Ecologia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati De Monte, De Cilla e Leozappa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Comprensoriale per lo smaltimento R.U. area Piomba – Fino , con bando del 23.04.2010 , indicava una procedura aperta per l'affidamento in concessione della costruzione e gestione della nuova discarica per rifiuti non pericolosi in località Santa Lucia di Atri e copertura finale vecchio invaso.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche

pervenute, veniva stilata la relativa graduatoria che vedeva, al primo posto, la Lombardi Ecologia S.r.l. ed al secondo la costituenda ATI tra la Ecologica Anzuca (mandataria) e le società Edra Ambiente Soc. coop. e Ecoelpidiense S.r.l. (mandanti); l'offerta della prima classificata veniva sottoposta a verifica.

Superata positivamente tale verifica, il Consorzio disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore della Lombardi Ecologia .

La Ecologica Anzuca impugnava l'aggiudicazione dinnanzi al TAR Abruzzo, chiedendone l'annullamento.

La controinteressata Lombardi Ecologia proponeva ricorso incidentale , deducendo che la Ecologica Anzuca avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto carente delle certificazioni di qualità richieste quali requisiti di partecipazione.

Il Consorzio si costituiva in giudizio eccependo l'infondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale.

Il TAR Abruzzo, con sentenza n° 390/2011, accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava improcedibile quello principale.

Avverso la predetta sentenza la Ecologica Anzuca ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Lombardi Ecologia, chiedendo il rigetto del ricorso siccome infondato.

Si è altresì costituito in giudizio il Consorzio intimato.

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza per violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo.

Assume al riguardo che la Lombardi Ecologia, avendo formulato censure che investivano direttamente le imprese Edra Ambiente ed Ecoelpidiense mandanti della costituenda ATI , avrebbe dovuto notificare il proprio ricorso incidentale anche alle predette società e non solo alla Ecologica Anzuca , che pure ha agito nel giudizio di primo grado in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento.

1.1 L'eccezione è inammissibile, siccome proposta per la prima volta nell'odierna sede.

Come noto, infatti , l'appello amministrativo per la sua natura devolutiva contiene il generale divieto di jus novorum, per cui non è ammissibile la proposizione di nuove domande o eccezioni che non siano già state formalmente avanzate in primo grado.

1.2 L'eccezione è comunque priva di fondamento.

Infatti, Ecologica Anzuca ha agito nel giudizio di primo grado non solo in proprio

ma anche nella qualità di mandataria di un costituendo raggruppamento d'impresе, di talchè Lombardi Ecologia ha correttamente agito dal punto di vista processuale notificando il proprio ricorso incidentale alla Stazione Appaltante e alla sola

Ecologica Anzuca, tanto in proprio che nella qualità da essa stessa spesa nel proprio ricorso.

Del resto, così come è pacificamente ammessa la possibilità di impugnativa da parte di una sola impresa facente parte di un'ATI costituenda in ragione del vincolo che astringe le imprese raggruppande, correlativamente deve ritenersi che la notificazione di un ricorso nei confronti dell'impresa capogruppo e mandataria di una costituenda ATI sia sufficiente ai fini dell'adempimento delle formalità in oggi previste dall'art. 41 del cod. proc. amm.

2. Nel merito, l'appellante società deduce in primo luogo che la gravata sentenza sarebbe erronea, laddove ha accolto il ricorso incidentale proposto da Lombardi Ecologia ritenendo:

a - che le certificazioni di qualità aziendale UNI EN ISO devono essere direttamente riferite all'attività oggetto dell'appalto per cui, non recando le certificazioni delle imprese partecipanti all'ATI la dicitura "Costruzione e gestione di discarica" oggetto dell'appalto, queste ultime sarebbero prive del requisito di partecipazione alla gara previsto dal bando;

b – che in ogni caso il certificato prodotto da Ecologica Anzuca non conterrebbe alcun riferimento agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso;

c – che la mancata precisazione nella lex specialis della obbligatoria inerenza della certificazione di qualità all'oggetto della gara non è dirimente, essendo tale precisazione comunque superflua.

Assume, al riguardo, che le certificazioni di qualità non devono essere riferite a specifiche lavorazioni ma alla complessità dell'organizzazione aziendale dell'impresa; che il certificato prodotto da Ecologica Anzuca contiene l'espresso riferimento agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso; che ove fosse stata necessaria la certificazione di qualità in relazione alle specifiche lavorazioni, questa avrebbe dovuto essere espressamente richiesta dalla *lex specialis* di gara.

3. La censura è fondata.

3.1. Rileva in via preliminare il Collegio, che l'art. 9 punto 4) del bando di gara richiede, ai fini della partecipazione, il semplice possesso della certificazione UNI EN ISO 2001 rilasciata da un organismo accreditato, senza ulteriori specificazioni e, tantomeno, alcun riferimento all'oggetto specifico dell'appalto.

Ciò posto, in relazione al primo profilo di censura, va osservato che l'art. 4, comma 2, del DPR n.34 del 25.01.2000, applicabile al caso di specie, dispone quanto segue: “ La certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche.”

A sua volta l'art. 63 del DPR 207/2010, entrato in vigore l'8.6.2011 e applicabile ai bandi di gara emanati successivamente alla sua entrata

in vigore, ripete al comma n. 2 la stessa ed identica formulazione.

Non v'è dubbio, quindi, che la certificazione del sistema di qualità aziendale attesta la presenza nell'azienda di caratteristiche organizzative e di modalità operative predeterminate dalle norme UNI EN ISO 9000.

Esse concernono una serie articolata di elementi denotanti la capacità imprenditoriale tout court, quali la funzionalità dell'organizzazione, le modalità di reclutamento e di formazione del personale, la suddivisione di ruoli e competenza, le procedure di formulazione e di presentazione delle offerte, le verifiche in caso di aggiudicazione e le modalità di pianificazione della commessa, le modalità di approvvigionamento dei materiali, le selezioni dei fornitori, la gestione dei subappalti, l'esecuzione dei lavori e il relativo controllo, le procedure di verifiche interne ed esterne, il rilievo e la gestione delle criticità (cfr. allegato C) al D.P.R. 25.1.2000, n. 34).

In definitiva, si tratta di un complesso predefinito di caratteristiche che conferiscono ad un'impresa la capacità di soddisfare elevate esigenze di qualità, perché la loro esistenza garantisce un determinato livello qualitativo della struttura aziendale e dei processi lavorativi, in quanto capaci di garantire il controllo del complesso delle operazioni che influiscono sui prodotti e sulle prestazioni con risorse adeguate, la corretta esecuzione dei rapporti contrattuali e l'orientamento alla soddisfazione del cliente.

Si tratta di caratteristiche generali che prescindono dalle dimensioni e

dal settore di attività dell'azienda. Esse codificano gli standard industriali e commerciali, le regole organizzative e i principi vigenti nei Paesi industrializzati che un'azienda efficiente deve seguire per i suoi processi produttivi, ma non attengono alle modalità con le quali si fabbricano specifici prodotti o si rendono individuati servizi.

Ed è per queste ragioni che la certificazione di qualità attiene agli aspetti gestionali dell'impresa, intesa nel suo complesso, e non ai prodotti da essa realizzati ovvero alle attività ed ai processi produttivi per cui sia specificamente abilitata.

L'assunto, oltre a trovare formale riscontro nel dato normativo sopra richiamato, trova altresì puntuale conferma nel consolidato insegnamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui “le norme della certificazione ISO 9001:2000 sono universali, la loro applicabilità prescinde dalla dimensione o dal settore dell'attività, e le stesse definiscono principi generici che l'organizzazione deve seguire in funzione della soddisfazione dei clienti, ma non i requisiti intrinseci dei prodotti, sicchè tale certificazione è idonea a fornire un'ulteriore prova dell'impegno dell'organizzazione a garanzia dell'orientamento dell'organizzazione verso la soddisfazione del cliente ed il correlativo miglioramento continuo “(cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2010 n. 6530; Sez. VI, 21.4.2010, n. 2222; Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6619; Sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5800). Del resto, nel caso di specie le capacità tecniche, ovvero quelle relative alla costruzione e alla gestione di discariche, dovevano essere

comprovate dall'attestazione SOA relativa alle specifiche categorie indicate dalla lex specialis e non, quindi, dalla certificazione di qualità (UNI ES ISO 9001).

Infatti, l'attestazione di qualificazione attiene e garantisce il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, mentre la certificazione di qualità aziendale, come già precisato , attiene alla garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V 24 marzo 2011 n. 1773).

Così, la capacità tecnica in relazione all'oggetto dell'appalto e cioè la "costruzione e gestione della discarica ", è stata prevista dall'art. 9 punto 2 del bando di gara, laddove viene richiesta una "SOA debitamente autorizzata, che attesti il possesso della qualificazione adeguata alla categoria e all'importo totale dei lavori di cui ai punti 6.1 e 6.2 e cioè la categoria OG12 classe V.

Attestazione SOA regolarmente posseduta dall'ATI ricorrente , come correttamente verificato dalla Commissione di gara e non contestato.

Inoltre lo stesso bando richiedeva, ai fini della partecipazione (cfr. punto 3 dell'art. 9), la " effettuazione, nell'ultimo decennio, di gestioni operative di discariche analoghe a quelle di cui alla gara" per le quantità ivi specificate.

Requisito tecnico parimenti soddisfatto dalla ricorrente.

Pertanto, la certificazione dei sistemi di gestione si sostanzia nel

riconoscimento delle capacità imprenditoriali di un'azienda che ha saputo effettuare la propria organizzazione dotandosi di una gestione efficiente, di strutture idonee e di competenze adeguate, e costituisce anche una garanzia di affidabilità per clienti, fornitori, dipendenti e collaboratori.

Tutto ciò a prescindere dalla specifica attività esercitata, proprio perché il rispetto dell'insieme di regole e di procedure, riconosciute da norme di valore internazionali, è teso a consentire alla organizzazione complessiva della società di raggiungere obiettivi definiti quali, ad esempio, la soddisfazione del cliente ed il miglioramento continuo delle prestazioni.

Per quanto sopra, non v'è dubbio che l'appellante non avrebbe dovuto impugnare il bando di gara nella parte in cui prevedeva il possesso della certificazione di qualità quale specifico requisito di partecipazione alla gara, contrariamente a quanto dedotto da Lombardi Ecologia nelle sue memorie difensive.

La clausola del bando infatti, come già precisato, richiedeva esclusivamente, ai fini della partecipazione alla gara, il possesso da parte di tutte le imprese facenti parte di un RTI della certificazione UNI EN ISO 9001 rilasciata da un organismo accreditato ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 4500, senza ulteriore specificazione e cioè senza alcun riferimento all'oggetto dell'appalto.

Non v'è dubbio alcuno che, nell'assenza di qualsiasi prescrizione in ordine allo specifico contenuto della certificazione di qualità, la

richiamata clausola concorsuale dovesse ritenersi oggettivamente soddisfatta con la produzione del richiamato certificato UNI EN ISO 9001 riferito in generale agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, e non in particolare all'oggetto dell'appalto.

Pertanto, nessun onere di impugnativa della clausola in questione gravava sull'appellante, essendo quest'ultima in possesso del certificato di qualità dalla clausola medesima richiesto.

3.2. In relazione al secondo profilo di censura, il Collegio non può che rilevare come dal certificato di qualità prodotto in atti da Ecologica Anzuca, risulti espressamente attestato che “la certificazione si intende riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso”.

Ne consegue, all'evidenza, l'erroneità sul punto della gravata sentenza.

3.3. Quanto esposto al precedente punto 3.1, dà poi ragione della erroneità della gravata sentenza, laddove ha ritenuto che la “mancata precisazione nella lex specialis della obbligatoria inerenza della certificazione di qualità all'oggetto della gara non sembra.... dirimente” essendo “tale precisazione... comunque superflua”, attesa la funzione oggettiva della certificazione stessa e le “intenzioni” della stazione appaltante di “ottenere la garanzia che lo specifico processo produttivo oggetto di gara fosse di qualità certificata”.

Per un verso, infatti, la funzione oggettiva del certificato in questione

attiene, come già precisato, agli aspetti gestionali dell'impresa intesa nel suo complesso, e non ai prodotti da essa realizzati ovvero alle attività ed ai processi produttivi per cui sia specificamente abilitata.

Ed in ragione di ciò, non è neppure ipotizzabile una etero integrazione ex lege del disciplinare di gara, atteso che la tesi della necessarietà della produzione della certificazione per le specifiche attività oggetto dell'appalto, non è minimamente avallata dall'art. 4 del D.P.R. 34/2000 (che costituisce la normativa di riferimento) il quale, viceversa, espressamente la contraddice.

Per altro verso, le "intenzioni" della stazione appaltante risultano oggettivamente di segno opposto, atteso che la clausola in questione è assolutamente chiara, precisa e, quel che più conta, conforme al dettato normativo, nel richiedere esclusivamente il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001 rilasciata da un organismo accreditato, senza ulteriori specificazioni e, tantomeno, alcun riferimento all'oggetto specifico dell'appalto.

Sicchè, essendo per principio consolidato le clausole fissate dal bando a pena di esclusione di stretta interpretazione, dovendosi dare assoluta prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, non v'è dubbio che nessuna interpretazione analogica o estensiva delle stesse era nella specie legittimamente percorribile.

In conclusione, erroneamente il primo giudice ha accolto il ricorso incidentale proposto da Lombardi Ecologia ed ha escluso l'odierna appellante della gara, sul presupposto che le certificazioni di qualità

aziendale presentate da quest'ultima dovessero essere espressamente riferite all'attività oggetto dell'appalto, pur in mancanza nella disciplina concorsuale di una specifica ed espressa prescrizione in tal senso.

4. Avendo il primo giudice erroneamente accolto il ricorso incidentale con conseguente dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale, va esaminato quest'ultimo così come riproposto da Ecologia Anzuca nell'odierna sede d'appello.

5. Il ricorso si appalesa fondato sotto gli assorbenti profili di censura dedotti con il secondo ed il quarto mezzo di gravame (odiernamente riproposti con il quarto motivo d'appello sub 4.2 e sub 4.4), che vanno trattati congiuntamente attesa la loro connessione.

5.1 Sotto un primo profilo Ecologia Anzuca deduce che la stazione appaltante, applicando il bando in modo erroneo, avrebbe illegittimamente omesso di attribuire all'ATI di cui è capogruppo quattro punti per le ulteriori certificazioni prodotte da lei stessa e da Ecoelpidiense.

La censura è fondata.

Ed invero, l'art. 13 lettera d) del disciplinare di gara, nel fissare i punteggi da attribuire alle offerte, espressamente dispone: “Certificazioni relative agli standard di qualità in aggiunta a quelle previste come requisito minimo (2 punti per ogni certificazione ulteriore prodotta): 4 punti;”.

Orbene, in relazione al possesso delle predette certificazioni

aggiuntive l'ATI composta dalla Ecologia Anzuca (capo gruppo mandataria), dalla Edra Ambiente e dalla Ecoelpidiense, ha documentato il possesso di altre due ulteriori certificazioni e precisamente:

- 1) Certificato di registrazione EMAS n. it – 000821 posseduto dalla Ecoelpidiense;
- 2) Certificato UNI EN ISO 14001:2004 posseduto dalle società Ecoelpidiense e dalla Ecologica Anzuca.

Senonché, nella seduta del 25.9.2010 la commissione, nel valutare l'offerta presentata dall'ATI Ecologica Anzuca, non assegnava alcun punteggio per tali certificazioni di qualità aggiuntive.

In particolare la commissione precisava di non attribuire alcun punteggio all'ATI ricorrente in quanto "Le certificazioni ammissibili sono quelle possedute da tutti i componenti dell'ATI".

Tale decisione si appalesa errata.

Invero, per poter correttamente applicare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre tenere conto della netta distinzione, operata dal bando di gara, tra i requisiti di qualificazione che devono possedere i concorrenti e quelli che caratterizzano l'offerta.

Così, l'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 47 a 52 della direttiva 2004/18/CE, recepiti dagli artt. 40 e ss. Del d.lgs.

163/2006: in questa fase si tiene conto di criteri rivelatori della capacità dell'offerente ad eseguire la prestazione (esperienza, competenza, referenze, lavori già realizzati, risorse disponibili ecc., che sono certificati, per gli esecutori di lavori pubblici, dall'attestazione SOA).

Al contrario, l'offerta deve essere valutata in base al criterio del maggior vantaggio economico (in base all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, recepito dall'art.83 d.lgs. 163/2006), alla stregua di criteri quali-quantitativi che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurarne il valore, escludendo, quindi, la considerazione delle qualità inerenti i concorrenti.

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha evidentemente confuso i requisiti di idoneità necessari per la partecipazione alla gara che devono essere posseduti da ogni impresa partecipante all'ATI e dai quali non si può prescindere, con gli aspetti relativi alla valutazione dell'offerta, aspetti ulteriori che il bando non impone a pena di partecipazione a carico di ogni ditta partecipante al raggruppamento temporaneo.

Ed è evidente che il possesso di ulteriori certificazioni di qualità costituisce un elemento di valutazione dell'offerta che non è esplicitamente richiesto a pena di ammissibilità in capo ad ogni ditta e bene può essere riferito all'intero raggruppamento temporaneo e quindi posseduto, come nel caso di specie, solo da alcune imprese.

In effetti, la ratio del raggruppamento d'impresè è quella di ampliare le possibilità di partecipazione alla gara e, quindi, di consentire il cumulo dei requisiti di natura tecnica ed economica, specificati nella lex specialis, facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento.

Pertanto, salva una diversa disposizione del disciplinare di gara, la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica, dei raggruppamenti va effettuata di norma cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate.

Così, il requisito della Certificazione del Sistema di Qualità Aziendale UNI EN ISO 9001:2000 richiesto per la partecipazione alla gara, secondo quanto stabilito dal bando all'art.9, comma 4, è stato correttamente interpretato nel senso di richiederne il possesso in capo ad ogni ditta del raggruppamento in caso di ATI.

Tale interpretazione, viceversa, non poteva essere estesa anche alla diversa ipotesi di cui all'art.13, lettera d) del disciplinare di gara relativa ai criteri di valutazione delle offerte che, come precisato, non possono essere confusi con i requisiti di partecipazione alla gara. Del resto, mentre l'art. 9 contiene espressamente la seguente dizione "si precisa che in caso di ATI tale certificazione deve essere posseduta da ogni ditta del raggruppamento", l'art. 13 lettera d) nulla dispone riguardo alle certificazioni relative agli standard di qualità in aggiunta a quelle previste come requisito minimo.

E non ve dubbio che laddove la norma avesse voluto attribuire un maggior punteggio per tali ulteriori certificazioni solamente nell'ipotesi del possesso da parte di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, avrebbe dovuto esplicitarlo in maniera chiara ovvero operare il richiamo all'art. 9 del disciplinare di gara.

Pertanto, anche alla stregua dello stesso tenore letterale delle clausole del bando riguardate nel loro insieme, le certificazioni di qualità aggiuntive prodotte dalla ricorrente erano senz'altro ammissibili e da ascrivere al raggruppamento nel suo complesso, con la conseguente attribuzione al medesimo dei quattro punti previsti dal richiamato art. 13 del disciplinare di gara.

5.2 Con il secondo profilo di censura, Ecologica Anzuca deduce che la commissione giudicatrice non avrebbe correttamente applicato i principi fissati dal Codice dei Contratti ed i criteri specificati dal bando, procedendo in corso di gara ad una illegittima modifica nella valutazione dell'offerta presentata dalla Lombardi Ecologia.

La doglianza è da condividere.

Ed invero, con specifico riferimento all'elemento economico, il punto 11 n.1 lett. a) del disciplinare di gara dispone che la “ tariffa deve risultare unica e deve essere espressa, in cifre e in lettere, in Euro per tonnellata di rifiuto urbano conferito tal quale”.

Inoltre sempre la stessa lett. a) stabilisce che la tariffa deve coprire”tutte le spese a carico del concessionario,nessuna esclusa, quali quelle per il finanziamento, per la procedura di gara, per la

progettazione esecutiva, per la copertura finale della vecchia discarica, per la costruzione della nuova discarica, per la gestione dell'intero impianto fino al termine della concessione e comunque fino al completamento della volumetria disponibile ed alla chiusura definitiva della nuova discarica”.

Al riguardo, peraltro, con nota prot. 866 del 9.06.2010 il Consorzio,rispondendo ad uno specifico quesito di Ecologica Anzuca, precisava che la tariffa avrebbe dovuto comprendere tutte le spese indicate negli atti di gara mentre sarebbe stato “compito della stazione appaltante fissare la tariffa da applicare ai conferenti, che sarebbe stata da essa stabilita tenendo conto anche delle spese per la gestione del vecchio e del nuovo impianto dopo la scadenza della concessione”.

Per la tariffa , poi, l'art.13 lettera e) del disciplinare stabilisce che al parametro “tariffa, al netto dell'ecotassa, in Euro per tonnellata di rifiuto urbano conferito tal quale” viene assegnato il punteggio massimo di 45 punti.

Ciò posto, la Lombardi Ecologica ha presentato come offerta economica, seguendo le indicazioni del disciplinare, la seguente tariffa : “tariffa al netto di iva, ecotasse e ristoro ambientale di 141 €/t (centoquarantuno/00) di rifiuto urbano conferito tal quale, da applicare all'ente appaltante per il conferimento dei rifiuti all'impianto prioritariamente dai Comuni soci di tale ente e/o eventualmente, da altri soggetti secondo quanto verrà stabilito dagli

organismi di governo dell'Ente stesso”.

L'ATI Ecologica Anzuca , a sua volta , ha presentato come offerta economica la seguente tariffa:” la tariffa al netto di ecotasse, da applicare all'ente appaltante per il conferimento dei rifiuti all'impianto, prioritariamente dai Comuni soci di tale ente e/o eventualmente, da altri soggetti secondo quanto verrà stabilito dagli organi dell'Ente stesso è pari ad €. 144,96 (centoquarantaquattro e centesimi novantasei) per ogni tonnellata di rifiuto urbano conferito tal quale”.

La commissione, nella seduta del 25.09.2010, nell'applicare la formula stabilita assegnava il seguente punteggio:

- alla ditta Lombardi Ecologia, per l'offerta di 141 €/t, punti 40,213
- alla ATI Ecologica Anzuca, per l'offerta pari a 144,96 €/t punti 39,114, con un scarto di punti 1,099.

Sulla base di tale punteggio veniva quindi redatta la prima graduatoria finale che vedeva una differenza di 3,941 punti in favore della Lombardi Ecologia.

Senonchè la commissione, in sede di verifica di congruità dell'offerta della LOMBARDI ECOLOGIA avvenuta nella terza seduta del 15.10.2010, stabiliva che l'offerta economica formulata da quest'ultima così come risultante dall'esame del piano Economico Finanziario, non doveva ritenersi pari ad €/t 141,00 come indicato dalla stessa impresa, ma di €/t 121,00 per la realizzazione di tutte le opere e per la gestione dovendosi scomputare l'importo di €/t 20,00 per

l'accantonamento degli oneri di gestione post mortem da versare alla regione Abruzzo, per conto del Consorzio ai sensi del punto 2 dell'allegato A alla DGR n. 790 del 3.8.2007.

La commissione, quindi, dopo avere considerato che le precisazioni presentate dalla Lombardi Ecologia in ordine alle giustificazioni erano accettabili, ha proceduto ad una nuova attribuzione dei punteggi per l'offerta economica.

Così, sul presupposto che la tariffa effettiva da corrispondere alla Lombardi Ecologia ammontasse ad €/t 121,00, nella seduta del 27.11.2010 la commissione ha scorporato dalla offerta di quest'ultima la quota di gestione post mortem pari ad €.20, ha stabilito la nuova offerta in €/t 121 (€/t 141,00 - 20), ed ha proceduto di conseguenza a riassegnare tutti i punteggi per l'offerta economica ai concorrenti.

In particolare :

- alla offerta della LOMBARDI ECOLOGIA, la cui tariffa unica passava da 141 €/t a 121 €/t veniva attribuito il massimo del punteggio pari a 45;
- - alla offerta dell'ATI Ecologica Anzuca, la cui tariffa unica rimaneva di €/t 144,96, veniva attribuito, a seguito della modifica, il minor punteggio pari a 37,562.

A seguito di tale riconteggio, la graduatoria finale risultava quindi modificata come segue:

- 1[^] classificata Lombardi Ecologia con punti 92,240 (in luogo del

punteggio attribuito in precedenza pari a 87,453):

- 2^a classificata ATI Ecologica Anzuca, con punti 81,960 (in luogo del punteggio attribuito in precedenza pari a 83,512)

Una siffatta operazione della Commissione, di natura sostanzialmente manipolativa, è illegittima.

Costituisce infatti principio fondamentale in materia di gara per l'affidamento di appalti pubblici, quello per cui l'offerta, sia economica che tecnica, presentata dall'impresa partecipante deve essere "unica e imm modificabile" al fine di garantire l'effettiva parità di condizioni tra i concorrenti.

Conseguentemente, né l'impresa partecipante può nel corso della gara modificare l'offerta né, tantomeno, la commissione giudicatrice può intervenire sulla stessa correggendola o scorporandola al fine di individuare un diverso ammontare rispetto a quello indicato dalla impresa partecipante.

In particolare, la commissione di gara non ha poteri modificativi e/o manipolativi della volontà espressa dai concorrenti nel redigere l'offerta (Cons. Stato, IV Sez., 29 gennaio 2008 n. 263) e ciò non solo perché, diversamente opinando, si violerebbe il principio della par condicio dei concorrenti, ma soprattutto perché il concorrente che risulti poi aggiudicatario sarà tenuto al rispetto della sola offerta che ha sottoscritto e non di quella, diversa, risultante dalla modifica operata dalla commissione.

Si tratta di un principio fondamentale, ripetesì improntato a

salvaguardare la trasparenza dell'azione amministrativa e la parità di trattamento tra i concorrenti, che costituisce espressione del più generale principio di imparzialità codificato dall'art. 97 della Costituzione e, come tale, intangibile.

Pertanto, nel caso in esame, la commissione di gara illegittimamente ha deciso di suddividere l'offerta della Lombardi Ecologia, considerando una quota come offerta economica e l'altra come accantonamento degli oneri di gestione post mortem da corrispondere alla regione Abruzzo.

In tal modo, da €/t141,00 l'offerta è stata valutata in €/t 121,00 e così l'applicazione della formula matematica prevista dal bando ha inevitabilmente determinato un aumento del punteggio complessivo in favore della Lombardi Ecologia, aumento tale da portare la stessa come vincitrice con un punteggio ben superiore rispetto al precedente.

Ciò, inoltre, ha determinato una conseguente riduzione del punteggio precedente assegnato all'ATI ricorrente.

A ciò aggiungasi, che la predetta operazione manipolativa è stata effettuata dalla commissione in modo contraddittorio con quanto la stessa aveva stabilito nel rispondere al quesito posto dalla Ecologica Anzuca.

Infatti, come già rilevato, quest'ultima al fine di formulare correttamente l'offerta economica, aveva predisposto alcuni quesiti alla stazione appaltante proprio con riferimento alla

omnicomprensività della tariffa .

In particolare veniva chiesto “ se nella tariffa dovesse essere ricompresa una quota percentuale o fissa da riservare all’Ente appaltante ai fini di una eventuale post gestione così come riportato nell’elaborato di gara approvato dalla Regione Abruzzo (allegato 34 del piano Finanziario pg.4 ultimo comma)”.

Con nota prot. n. 866 del 9.06.2010, il Consorzio rispondeva ai quesiti precisando che la tariffa avrebbe dovuto comprendere tutte le spese indicate negli atti di gara mentre sarebbe stato “compito della stazione appaltante fissare la tariffa da applicare ai conferenti, che sarebbe stata da essa stabilita tenendo conto anche delle spese per la gestione del vecchio e del nuovo impianto dopo la scadenza della concessione”.

Pertanto, anche in maniera contraddittoria rispetto alla nota sopra citata, la stazione appaltante ha deciso di scindere l’offerta della Lombardi Ecologia dalle quote da riservare all’Ente Appaltante, nonostante l’offerta, che ben doveva conoscere gli elementi che componevano la stessa, l’abbia presentata come “unica”.

Laddove, poi, l’offerta fosse stata ritenuta non conforme alle prescrizioni del disciplinare di gara perché contenente previsioni di spese non conferenti, la commissione non avrebbe potuto modificare la relativa tariffa, ma avrebbe dovuto semmai escludere la Lombardi dalla procedura concorsuale.

6. Nè , per altro verso , può assumere valore dirimente il rilievo

sviluppato da Lombardi Ecologia nella memoria difensiva , secondo cui l'offerta economica formulata da Ecologica Anzuca, pari a 144,96 , sarebbe stata erroneamente calcolata giacchè essa sarebbe dovuta essere pari a 130,46 , con una differenza di 14,50 non giustificabile.

In primo luogo , infatti , detto rilievo non è stato proposto nelle forme di rito , e pertanto lo stesso è inammissibile.

In secondo luogo, ove dovesse ritenersi che l'offerta della Ecologica Anzuca avrebbe dovuto essere pari a 130,46 , occorrerebbe ricalcolare i punteggi assegnati dalla commissione e ciò inevitabilmente a svantaggio della Lombardi la quale , pertanto, aveva l'onere di comprovare il suo concreto interesse a coltivare un rilievo siffatto.

Infine, il rilievo risulta comunque infondato.

Come precisato dalla Ecologica Anzuca, infatti, il valore richiamato dalla Lombardi pari a 92.222 tonnellate di rifiuti conferiti rappresentano i metri cubi occupati in discarica e non già le tonnellate totali di rifiuti conferibili.

La tariffa di Ecologica Anzuca è quindi frutto dell'operazione che segue:

- 12.031.984,74 (valore complessivo dell'investimento): 83.000 (tonnellate di rifiuti conferibili) = 144,96 €/t.

Diversamente, il valore richiamato di 92.222 rappresenta i metri cubi occupati in discarica risultante dal seguente calcolo:

- 83.000 t di RSU : 0,90 mc (peso specifico del rifiuto) = 92.222 mc.
(quantità complessiva dei rifiuti espressa in metri cubi in linea con la capienza della discarica) .

7. Per quanto sin qui esposto, per un verso alla Ecologica Anzuca devono essere riconosciuti quattro punti, ai sensi dell'art. 13 lettera d) del disciplinare di gara, per le ulteriori certificazioni di qualità prodotte ed illegittimamente non valutate dalla commissione giudicatrice ; per altro verso, deve essere invalidato il ricalcolo della graduatoria effettuato dalla predetta commissione nella seduta riservata n. 8 del 27 novembre 2010, ed il conseguente nuovo punteggio in tale sede attribuito sia alla Lombardi Ecologia che alla Ecologica Anzuca.

Ne consegue che la graduatoria finale, come esattamente dedotto da Ecologica Anzuca, viene ad essere la seguente:

- Ecologica Anzuca punti 87,512 (83,512 + 4);
- Lombardi Ecologia punti 87,453.

Ecologica Anzuca, pertanto, risulta aggiudicataria della gara per cui è causa in luogo della Lombardi Ecologia.

8. Conclusivamente, assorbito quant'altro, l'appello si appalesa fondato e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso proposto in primo grado dalla Ecologica Anzuca e quindi annullata l'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata società Lombardi, con ogni ulteriore effetto ai sensi degli artt. 122 e seguenti del cod. proc. amm. sussistendone tutte le

condizioni, così come precisato nel dispositivo.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, così dispone:

- respinge il ricorso incidentale proposto in primo grado da Lombardi Ecologia;
- accoglie il ricorso principale proposto in primo grado da Ecologica Anzuca e, di conseguenza, annulla l'aggiudicazione definitiva della gara disposta in favore della Lombardi Ecologia;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la Lombardi Ecologia, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione;
- dispone il subentro della Ecologica Anzuca, quale legittima aggiudicataria della gara, nel contratto relativo all'appalto per cui è causa entro i 30 giorni successivi alla pubblicazione della presente decisione, previo esperimento della verifica di anomalia dell'offerta, nonché della sussistenza di tutti i requisiti necessari per il subentro stesso.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo

2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2012

IL SEGRETARIO

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