

Pubblicato il 03/05/2019

N. 02875/2019REG.PROV.COLL.

N. 06784/2018 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6784 del 2018,
proposto da:

Gea S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gaetano Scoca e Emilio Potena, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, n. 55;

contro

Tac Ecologica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio eletto presso lo studio Tonucci & Partners Tonucci & Partners in Roma, via Principessa Clotilde, n. 7;

nei confronti

Comune di Torrice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Greta Morelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. da Palestrina, n.47;

Provincia di Frosinone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariacristina Iadecola, con domicilio digitale avvocatura@provincia.fr.it;

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., Soc. Cooperativa 29 Giugno Coop. Sociale Onlus, non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA, SEZIONE I n. 00368/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Tac Ecologica S.r.l. del Comune di Torrice e della Provincia di Frosinone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 14520 del 4 marzo 2019;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Scoca Franco Gaetano, Scalia Francesco, Cedrone Francesco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, ha accolto il ricorso proposto dalla Tac Ecologica s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione, in favore di GEA s.r.l., dell'appalto quinquennale del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilabili nel territorio del Comune di Torrice, nonché degli atti presupposti specificati in ricorso.

1.1. La Tac Ecologica s.r.l. ha preso parte alla gara indetta dalla S.U.A. Provincia di Frosinone per l'affidamento dell'appalto predetto, la cui graduatoria finale ha visto collocata al primo posto la GEA s.r.l., al secondo l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., al terzo la società cooperativa 29 Giugno Coop. soc. onlus ed al quarto la ricorrente.

Quest'ultima ha presentato reclamo rilevando che le prime tre graduate non avevano indicato nell'offerta economica i costi delle varianti; il presidente della commissione di gara lo ha respinto, ritenendo possibile l'integrazione delle singole voci di prezziario in via istruttoria.

In esito al subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte delle prime due classificate (di cui ai verbali delle riunioni del 19 e 20 dicembre 2017), la commissione di gara le ha ritenute congrue, dando atto che le voci di costo delle migliorie erano state esplicitate nel dettaglio e confermando perciò la graduatoria, con proposta di aggiudicazione in favore di GEA s.r.l.

Respinto un ulteriore reclamo della Tac Ecologica da parte della commissione di gara, il Comune di Torrice ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (d.d. 22 giugno 2018, n. 82).

1.2. Contro l'aggiudicazione Tac Ecologica ha formulato tre motivi di ricorso, concernenti rispettivamente: la mancata indicazione dei costi delle varianti nelle offerte delle prime tre graduate; la mancata rispondenza dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria alle specifiche tecniche; l'inadeguata valutazione della propria offerta riguardo ai mezzi operativi a basso impatto ambientale.

1.3. Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Frosinone, il Comune di Torrice e la GEA s.r.l., resistendo e chiedendo il rigetto del ricorso.

1.4. La sentenza di primo grado ha ritenuto fondati i primi due motivi e, reputata perciò l'illegittimità della valutazione delle offerte delle prime tre imprese

classificate, ha concluso affermando che queste ultime *“debbono essere escluse a vantaggio della quarta graduata, Tac Ecologica, cui deve essere aggiudicato l'appalto”*.

Accolto il ricorso ed annullati gli atti impugnati, le spese di lite sono state poste in solido a carico delle parti soccombenti e liquidate, in favore della ricorrente, nell'importo complessivo di € 6.000,00 (seimila/00), oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato.

2. Per ottenere la riforma della sentenza, la GEA s.r.l. ha avanzato appello con due motivi.

La Provincia di Frosinone e il Comune di Torrice si sono costituiti, chiedendo entrambi l'accoglimento dell'appello.

La Tac Ecologica s.r.l. si è invece costituita al fine di resistere al gravame, riproponendo, in via subordinata, i motivi di ricorso assorbiti in primo grado.

2.1. Con ordinanza cautelare in data 7 dicembre 2018, n. 5941 è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata.

2.2. Alla pubblica udienza del 28 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione; il dispositivo è stato pubblicato, su richiesta di parte, in data 4 marzo 2019.

3. Col primo motivo di gravame viene censurato il capo della sentenza col quale è stato accolto il primo motivo del ricorso. Le ragioni di tale decisione sono le seguenti:

- l'integrazione a mezzo soccorso istruttorio è ammissibile per la produzione dei documenti che attestino i requisiti di partecipazione già posseduti dalle imprese concorrenti *“mentre non può essere ammessa per l'integrazione o la precisazione dell'offerta che non risulti chiara dalla documentazione già presentata”*, come da interpretazione giurisprudenziale (desumibile dai precedenti citati in sentenza), riscontrata dal testo dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016;

- nel caso di specie, l'art. 41 del capitolato speciale esige l'indicazione nell'offerta economica dei costi delle varianti migliorative autorizzate ai sensi dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici; quest'ultima norma, al comma 14, dispone che l'autorizzazione delle varianti migliorative da parte degli enti appaltanti deve contenere l'indicazione negli atti di gara dei requisiti minimi che le varianti devono rispettare e che solo le varianti che rispondono a detti requisiti minimi possono essere prese in considerazione;
- l'indicazione del costo di ciascuna variante contribuisce al giudizio di congruità dell'offerta, sicché *“ammettere una valutazione postuma di congruità, con integrazione istruttoria dell'elemento di costo mancante, comporta il rischio di alterazione della parità tra i concorrenti, giacché l'impresa richiesta dell'integrazione potrebbe, fermo il ribasso complessivo offerto, modulare il prezzo di ciascuna variante proposta alla luce della conoscenza assunta, a buste aperte, dei costi delle varianti offerte dalle altre concorrenti”*, non essendo sufficiente ad escludere l'alterazione della *par condicio* che gli oneri economici delle migliorie trovino compensazione nella complessiva offerta economica.

3.1. Tale capo di sentenza è censurato, in primo luogo, perché *“omette di decidere su questioni rilevanti”*, poste dalle difese delle parti resistenti in primo grado, e precisamente:

- l'omessa indicazione del costo delle varianti migliorative è dovuta alla formulazione contraddittoria e fuorviante della *lex specialis*, sicché il provvedimento di esclusione per tale ragione sarebbe in contrasto con i principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia Europea e dall'Adunanza Plenaria, in merito all'affidamento ingenerato in capo ai concorrenti dalle disposizioni della legge di gara;
- trattandosi di appalto da retribuire *a corpo*, la mancata specificazione di un singolo elemento di prezzo sarebbe irrilevante ed incapace di alterare la *par condicio participationis*, come da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello.

3.2. Lo stesso capo di sentenza è censurato altresì perché “*si basa su motivazioni non condivisibili*”, che l’appellante sottopone alle critiche di cui appresso:

- il provvedimento *ad excludendum* è stato basato su una (presunta) violazione del combinato disposto dell’art. 41 del capitolato con l’art. 95, comma 14, del codice dei contratti pubblici, ma nessuna delle due disposizioni prevede la sanzione dell’esclusione;
- ne deriverebbe che l’art. 41 del C.S.A. avrebbe introdotto –peraltro implicitamente e ponendosi in netto contrasto con altre previsioni della *lex specialis*– una nuova clausola di esclusione dalla procedura di gara non tipizzata dalla normativa di settore, con violazione dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, che è chiaro nel ribadire il principio della tassatività delle ipotesi *ad excludendum* (anche alla stregua della sua interpretazione giurisprudenziale, risultante dal precedente di cui a Cons. Stato, V, 28 marzo 2018, n. 1942);
- non è condivisibile quanto affermato in sentenza a proposito dell’inammissibilità del ricorso al soccorso istruttorio, sia perché nel caso di specie la stazione appaltante non lo ha attivato affatto, avendo piuttosto avviato la procedura di verifica della congruità complessiva delle offerte; sia perché, comunque, il soccorso istruttorio non è ammesso per integrare gli elementi essenziali delle offerte (art. 83, comma 9), mentre i costi delle migliorie proposte nel caso di specie non possono considerarsi essenziali, considerati l’art. 19 del disciplinare di gara sul contenuto dell’offerta economica e le indicazioni richieste dai moduli predisposti dalla stazione appaltante per la presentazione dell’offerta (che non li contemplano); per di più, a differenza di quanto previsto dall’art. 95, comma 10, per oneri di sicurezza e costi della manodopera, nessuna previsione legislativa impone di indicare i costi delle varianti migliorative, sì da dare luogo ad eterointegrazione della *lex specialis*;
- è erronea l’affermazione della sentenza circa l’inammissibilità del soccorso istruttorio poiché altererebbe la parità di trattamento, in quanto la giurisprudenza

ha escluso che il soccorso istruttorio, limitato ad un solo addendo dell'offerta economica, comprometta l'affidabilità complessiva dell'offerta o la *par condicio* (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2973); in ogni caso, tale alterazione sarebbe stata in concreto impossibile nella gara *de qua*, poiché si tratta di appalto *a corpo* e poiché l'unica concorrente che ha indicato i costi delle migliori offerte è stata la Tac Ecologica, la quale però non ha offerto le stesse varianti proposte dall'aggiudicataria (sicché quest'ultima non avrebbe potuto rimodulare i propri costi avvalendosi di quelli indicati dall'impresa concorrente); nella specie, poi, è stato attivato il subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta, nel corso del quale è legittimo che la stazione appaltante richieda e l'offerente produca elementi integrativi, come da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello.

3.3. Infine, l'appellante sostiene che la motivazione della sentenza contiene richiami a “*giurisprudenza inconferente*”, in quanto le sentenze citate (“*Cons. St., III, 17.6.2016 n. 2684; id., V, 15.2.2016 n. 627; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 16.1.2015 n. 181; T.A.R. Lazio, III, 8.6.2017 n. 6791*”) sono relative a casi in cui il soccorso istruttorio è stato ritenuto inammissibile in virtù di gravi incoerenze logiche delle offerte presentate, mentre l'offerta di GEA non si potrebbe dire indeterminata o contraddittoria; altrettanto inconferente sarebbe il parere dell'ANAC n. 7/2012, pure richiamato in sentenza.

4. Il motivo è fondato sotto tutti i profili.

4.1. Quanto al primo, va evidenziato che se è vero che l'art. 41 del capitolato speciale -valorizzato nella sentenza gravata- impone che “*di ogni variante migliorativa dovranno essere indicati, inoltre, i costi nell'offerta economica di cui al Disciplinare di gara*”, tuttavia risulta *per tabulas* che l'art. 19 del disciplinare, nel definire espressamente il contenuto dell'offerta economica da presentare a pena di esclusione, prescrive che “*nella busta “B-Offerta economica” devono essere contenuti, a pena di esclusione dalla gara, i seguenti documenti [...]*”, riguardanti l'indicazione del ribasso offerto, degli oneri della

sicurezza e del costo della manodopera, mentre non vi è alcun riferimento al costo delle varianti migliorative.

Inoltre, lo stesso art. 19 precisa che l'offerta economica “*può essere redatta in conformità al modello allegato (A/6)*”: questo modello non richiede l'indicazione dei costi delle proposte migliorative, mancando anzi di qualsiasi spazio utilizzabile eventualmente per tale indicazione. Non solo la GEA, ma anche le altre due imprese concorrenti classificatesi al secondo ed al terzo posto, facendo affidamento sulla conformità del modulo alla *lex specialis*, lo hanno compilato senza indicare i costi delle varianti migliorative.

Infine, l'art. 22 del disciplinare, che contempla le cause di esclusione dalla gara, non menziona allo scopo l'omessa indicazione del prezzo delle varianti.

Ciò detto della legge di gara, è da escludere che l'indicazione dei costi delle migliorie sia richiesta, a pena di esclusione, da una norma di legge, specificamente da una norma contenuta nel codice dei contratti pubblici e perciò va escluso che si verta in ipotesi di eterointegrazione della *lex specialis*.

In siffatta situazione, è corretto il richiamo che l'appellante e le difese del Comune di Torrice e della Provincia di Frosinone fanno ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15, recepiti dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, nelle decisioni n. 19 e n. 20 del 27 luglio 2016, per i quali, qualora l'amministrazione abbia ingenerato in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza di un determinato obbligo (in quel caso, dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali; nel caso di specie, dei costi delle varianti), perché non richiamato nei documenti di gara né nella predisposizione dei moduli, né sancito da una norma della legge interna, deve escludersi l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio.

4.1.2. D'altronde, come pure dedotto dall'appellante col primo profilo di censura, nel caso di specie, non solo si sarebbe dovuto tenere conto del significativo affidamento ingenerato in capo alle imprese concorrenti dalla legge di gara, ma avrebbe dovuto essere favorevolmente apprezzato il dato di fatto -evidenziato dalle difese delle parti resistenti in primo grado- che, trattandosi di appalto da retribuire *a corpo*, la mancata specificazione del singolo elemento di prezzo non avrebbe potuto comportare alcuna alterazione della *par condicio* dei concorrenti, poiché resta comunque fermo il prezzo complessivo della commessa. In tale senso è la giurisprudenza consolidata, per la quale, in caso di *appalto a corpo*, il corrispettivo è determinato in una somma fissa ed invariabile risultante dal ribasso offerto sull'importo a base d'asta, sicché elemento essenziale è solo tale importo finale, risultando irrilevanti le voci di costo che hanno concorso a formare tale importo (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2057, citata dall'appellante).

Giova precisare che non è contestato che il prezzo finale offerto dall'aggiudicataria fosse sufficiente a ricomprendere i costi delle proposte migliorative -per come emerso, senza contestazioni sul punto, all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta- sicché, fermo restando il prezzo complessivo, l'indicazione postuma dei costi delle varianti non avrebbe potuto influire sulla *par condicio* delle imprese concorrenti.

4.2. Quanto al secondo profilo, va ribadito che la sanzione dell'esclusione non si sarebbe potuta desumere dall'art. 41 del capitolato, nemmeno se letto in combinato disposto con l'art. 95, comma 14. Quest'ultima norma, infatti, a differenza dello stesso art. 95, comma 10 (riguardante i costi della manodopera e gli oneri della sicurezza), non prevede affatto l'obbligo di indicare i costi delle varianti autorizzate o richieste dalla stazione appaltante; né nel caso di specie, per quanto detto sopra sull'art. 41 del capitolato (letto unitamente all'art. 19 del

disciplinare) si sarebbe potuto ritenere che le varianti sarebbero state autorizzate soltanto se assistite dall'indicazione specifica dei relativi costi già nell'offerta economica.

4.2.1. Peraltro, la conclusione dell'esclusione automatica delle imprese concorrenti prime tre classificate che la sentenza gravata ha tratto dalla criticata interpretazione del combinato disposto appena detto finisce per attribuire all'art. 41 del capitolato il significato della previsione di una causa di esclusione, per di più implicita, che sarebbe in palese violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Invero la richiesta da parte della stazione appaltante di un'indicazione (quella dei costi delle varianti) nell'offerta economica, la cui omissione fosse stata sanzionata con l'esclusione violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione poiché, come detto, trattasi di indicazione non prevista dal codice dei contratti né da altre disposizioni di legge vigenti.

4.2.2. Inoltre vanno ritenute non conformi a diritto le ragioni della sentenza poste a fondamento dell'affermazione di inammissibilità del ricorso al soccorso istruttorio, perché:

- non tengono conto del fatto che, nel caso di specie, non è stato attivato il soccorso istruttorio al fine di integrare un elemento mancante dell'offerta economica, ma si è avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti;
- non tengono conto della previsione di cui all'*incipit* dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che consente la sanatoria attraverso la procedura di soccorso istruttorio delle “*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*”, quale si è dimostrata essere la mancata indicazione di costi comunque contemplati nel prezzo finale complessivamente proposto;
- non tengono conto del fatto che i costi delle migliorie non danno luogo a mancanze o incompletezze essenziali afferenti all'offerta economica, per quanto

già detto a proposito della portata dell'art. 19 del disciplinare di gara e della mancanza di previsione legislativa che imponga di indicare i costi delle varianti migliorative, eterointegrando la *lex specialis*.

4.2.3. Né si può ritenere che, come affermato nella sentenza, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio ovvero (visto che questo non è stato attivato) la precisazione postuma dei costi delle migliorie in sede di verifica di congruità dell'offerta avrebbe comportato un'alterazione della *par condicio* tra i concorrenti.

In proposito va ribadito che mentre l'offerta è imm modificabile, sono invece modificabili le giustificazioni, così come sono ammesse le giustificazioni sopravvenute e di compensazione tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4978).

4.3. Quanto al terzo profilo, si conviene con la difesa dell'appellante nel ritenere non pertinenti i richiami giurisprudenziali effettuati dal primo giudice, poiché relativi a casi in cui il soccorso istruttorio non è stato ammesso per gravi incoerenze logiche delle offerte, in quanto assolutamente indeterminate (Cons. Stato, III, 17 giugno 2016, n. 2684) ovvero ambigue (Cons. Stato, V, 15 febbraio 2016, n. 627), laddove non è tale l'offerta di GEA.

4.3.1. Il parere ANAC n. 7/2012 dell'8 febbraio 2012, è, a sua volta, non rilevante nel presente giudizio poiché attiene alla diversa questione della segretezza delle offerte economiche e del correlato divieto di inserimento di elementi dell'offerta economica all'interno della busta concernente l'offerta tecnica.

4.4. Il primo motivo di appello va perciò accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, va reputato infondato il motivo di ricorso col quale la Tac Ecologica s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione in favore di GEA s.r.l. per mancata esclusione di quest'ultima a causa della mancata indicazione nell'offerta economica dei costi delle varianti migliorative.

5. Col secondo motivo viene criticato il capo di sentenza che ha ritenuto fondato il motivo di ricorso concernente l'inadeguatezza dell'offerta dell'aggiudicataria, con la seguente motivazione: *“Il secondo motivo è fondato laddove è censurata la valutazione per la GEA delle offerte di contenitori di capacità inferiore a quella prescritta dal capitolato (la GEA ha offerto contenitori per la raccolta della carta con capacità di lt 30, anziché lt 40 come prescritto), ovvero la valutazione delle offerte di contenitori di capacità inferiore al minimo prescritto (l'aggiudicataria ha offerto per le attività commerciali contenitori carrellati per la frazione carta e cartone di capacità variabile da lt 240 a lt 1.100, laddove è prescritta una capacità minima di lt 360). Dunque sono state valutate offerte non adeguate.”*

5.1. Tale capo di sentenza è censurato in primo luogo perché *“viola la discrezionalità tecnica della P.A. e produce conseguenze negative per il Comune”*, considerato che i servizi offerti dalla Gea s.r.l. hanno avuto una valutazione tecnica pari a 60,89 punti e la proposta di TAC Ecologica invece ha ricevuto soltanto 20,22 punti, per la palese differenza qualitativa (quanto a frequenza di raccolta e servizi aggiuntivi, come dettagliato nell'atto di appello).

Inoltre, le difformità ravvisate nel primo grado, inesistenti in punto di fatto, non concretizzano, comunque, secondo l'appellante, alcuna difformità essenziale dell'offerta rispetto alle previsioni di gara, tale da comportare la macroscopica illegittimità della relativa valutazione discrezionale riservata alla stazione appaltante (come da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello).

5.2. Lo stesso capo di sentenza è censurato altresì perché *“a parte le omissioni di pronuncia, contiene motivazioni erronee in fatto”*, in quanto:

- il capitolato impone, per la raccolta differenziata presso le utenze commerciali e presso i condomini, contenitori di misura variabile a seconda della frazione merceologica, sicché, in conformità all'art. 24 del C.S.A., la Gea ha assicurato la dotazione di contenitori di dimensione variabile ricompresa fra i 240 ed i 1100 litri, nella quale perciò si sarebbero dovuti ritenere compresi i contenitori di 360 litri;

- anzi, la proposta dell'aggiudicataria costituirebbe un sensibile miglioramento rispetto allo standard della legge di gara, sia quanto alle dimensioni dei contenitori che quanto alla frequenza della raccolta della carta presso le utenze non domestiche;
- il giudice di primo grado ha omesso di considerare il principio dell'equivalenza di cui al punto 11.16 del disciplinare di gara, in applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016;
- infine, va considerato che la GEA ha concluso la propria proposta precisando che *“la scrivente dichiara il pieno rispetto di quanto previsto nei documenti di gara anche se per errore la presente fosse in contrasto con quanto in essi contenuto”*, sicché si sarebbe dovuto ritenere frutto di errore emendabile –in forza di tale impegno- l'offerta di contenitori per la raccolta della carta di lt 30, anziché lt 40, comportanti un costo maggiore tutt'al più di mille (1000,00) euro; va perciò escluso che si tratti di difformità essenziale e che l'offerta dell'aggiudicataria sia stata valutata pur se inadeguata, come ritenuto nella sentenza.

6. Il motivo è fondato, sotto entrambi i profili, che, per evidenti ragioni di connessione, vanno esaminati congiuntamente.

Dirimenti risultano, in primo luogo, i rilievi in punto di fatto concernenti l'offerta, da parte dell'aggiudicataria, di mastelli di *“volumetria variabile da 240 litri a 1100 litri”*, in luogo di quelli aventi specificamente la volumetria di 360 litri. Un'offerta siffatta soddisfa indiscutibilmente il requisito minimo previsto dalla legge di gara, poiché, per un verso, non esclude che vi possano essere compresi mastelli della richiesta volumetria di 360 litri; per altro verso, è configurata come offerta flessibile, a seconda delle esigenze delle utenze servite (rimettendo la scelta alla stazione appaltante), accompagnata dalla proposta migliorativa per cui *“i servizi verranno espletati con frequenze aggiuntive”*, ed in particolare, la raccolta di carta e cartone per le utenze non domestiche *“verrà espletata con cadenza 4 giorni a settimana”*.

6.1. Tale proposta migliorativa renderebbe legittima l'offerta dell'aggiudicataria anche se effettivamente le attrezzature avessero capienza inferiore a quella indicata nel capitolato, dovendosi comunque applicare il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016, espressamente richiamato dal punto 11.16 del disciplinare di gara (*"[...] l'amministrazione non può dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"*).

In proposito, infatti, va data continuità all'orientamento giurisprudenziale che, in tema di corrispondenza dei prodotti offerti alle specifiche tecniche richieste, tende a privilegiare, in applicazione del principio di equivalenza di cui al citato art. 68, la conformità di tipo funzionale, secondo un giudizio discrezionale rimesso alla stazione appaltante, rispondente al principio del *favor participationis* ed insindacabile in sede di legittimità (cfr. Cons. Stato, III, 14 novembre 2017, n. 5259).

6.2. L'applicazione dei richiamati principi al caso di specie comporta, non solo che l'utilizzo di mastelli di dimensioni maggiori di quelle prescritte consente, a maggiore ragione, sotto il profilo funzionale, il rispetto del requisito, ma altresì l'irrilevanza dell'ulteriore discrasia dimensionale valorizzata dalla sentenza impugnata, concernente la fornitura di bidoni per la raccolta della carta di capienza inferiore a quella prescritta (litri 30 anziché litri 40), in quanto inidonea ad incidere sulle caratteristiche funzionali del prodotto offerto, soprattutto se considerata unitamente alle altre proposte migliorative dell'aggiudicataria.

6.3. Il secondo motivo va quindi accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, va reputato infondato il motivo di ricorso col quale la Tac Ecologica s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione in favore di GEA s.r.l. per l'inadeguatezza dell'offerta tecnica non rispondente alle specifiche tecniche sopra considerate.

7. Con la memoria difensiva Tac Ecologica ha riproposto i motivi di ricorso rimasti assorbiti dalla decisione di primo grado, chiedendone l'esame in caso di accoglimento dell'appello principale, richiesta cui pertanto occorre dare corso.

7.1. Col primo motivo (*violazione dell'art. 95, comma 14, d.lgs. n.50/2016 in relazione all'art. 41 del capitolato speciale di appalto*) l'appellante sostiene che si sarebbe formato un giudicato interno sull'affermazione della sentenza secondo cui la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 95, comma 14, lett. c), avrebbe potuto prendere in considerazione soltanto le varianti migliorative corrispondenti ai requisiti prescritti dalla legge di gara; con la conseguenza che -non rispondendo le varianti migliorative proposte dalle prime tre classificate al requisito (asseritamente), richiesto dall'art. 41 del capitolato d'appalto, di indicazione dei relativi costi- la stazione appaltante non avrebbe potuto prenderle in considerazione in favore delle prime tre classificate ed avrebbe dovuto assegnare il punteggio massimo previsto di 30 punti soltanto in favore della Tac Ecologica.

7.1.1. La manifesta infondatezza del motivo emerge dall'accoglimento dell'appello principale, atteso che questo ha investito anche la *ratio decidendi* fondata sull'art. 95, comma 14, codice dei contratti pubblici.

In aggiunta a quanto detto, occorre tuttavia precisare che:

- non si configura alcun giudicato interno poiché la sentenza si è fermata all'esame del richiamato art. 95, comma 14, al solo fine di sancire l'inapplicabilità, nel caso di specie, di qualsivoglia sanzione escludente, addivenendo perciò all'assorbimento implicito della questione -logicamente subordinata- della possibilità di considerare, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio aggiuntivo, le varianti autorizzate prive dell'indicazione dei costi;
- comunque, l'art. 41 del capitolato d'appalto non è interpretabile come richiedente, quale requisito indispensabile per la considerazione delle proposte di varianti migliorative, l'indicazione separata e specifica dei costi già nell'offerta

economica, poiché tale interpretazione è esclusa dalla collidente previsione dell'art. 19 del disciplinare.

7.1.2. Il primo motivo riproposto dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm, va perciò respinto.

7.2. Col secondo (*Violazione degli artt. 23, 24 e 27 del capitolato speciale d'appalto. Difformità dell'offerta della GEA rispetto alle specifiche tecniche prescritte nel capitolato e nella relazione tecnica. Indeterminatezza dell'offerta tecnica. Eccesso di potere per violazione della par condicio*), l'appellata sostiene che la GEA avrebbe dovuto essere comunque esclusa per aver offerto forniture con specifiche tecniche diverse da quelle indicate dal capitolato e dalla relazione tecnica, in particolare quanto al colore dei cassonetti, che l'amministrazione avrebbe preteso uguale a quelli attualmente in uso; la mancata specificazione del colore dei cassonetti da parte dell'aggiudicataria, inoltre, avrebbe reso l'offerta del tutto indeterminata.

Ancora, secondo l'appellata, la GEA avrebbe dovuto essere esclusa per aver offerto contenitori, non solo difformi dal progetto di gara, ma che si trovavano già nel suo magazzino, traendo *“un ingiusto vantaggio dall'aver potuto offrire mezzi diversi da quelli prescritti sia in termini di costo del servizio (non li deve acquistare), sia in termini di tempi di avvio del medesimo, avendo potuto conseguire per quest'ultimo profilo il maggior punteggio previsto dal disciplinare di gara”*.

7.2.1. Il primo profilo di doglianza è infondato, per le medesime ragioni per le quali si è accolto il secondo motivo dell'appello. L'indicazione del colore dei cassonetti da parte della stazione appaltante è unilateralmente ritenuta, dalla ricorrente, funzionale ad assicurare continuità di colori tra i cassonetti già in uso e quelli utilizzabili dal nuovo gestore del servizio. In realtà, come ampiamente argomentato già nel primo grado di giudizio dalle difese del Comune di Torrice e della S.U.A. Provincia di Frosinone, con la pubblicazione della nuova norma dell'Ente italiano di normazione (UNI 11686) sui *Waste Visual Elements*, gli

elementi visivi identificativi dei contenitori per la raccolta differenziata dei rifiuti, devono soddisfare tutti uno stesso standard di colore: bianco per carta, cartone (riviste, giornali e materiali cellulosici in generale); verde per vetro (bottiglie, barattoli, specchi, eccetera); rosso o marroncino per l'organico (umido); giallo per la plastica riciclabile (bottiglie di bevande, detersivi, prodotti per l'igiene, eccetera) e blu per l'alluminio (lattine, imballaggi, bombolette spray, eccetera).

Per il vetro, pertanto, la GEA ha indicato quale colore identificativo del contenitore il colore verde, in conformità a quanto previsto dalla norma UNI 11686, sicché non è affatto irragionevole il giudizio positivo espresso dalla stazione appaltante circa l'idoneità dell'offerta tecnica a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, in particolare quelle di immediata identificabilità del rifiuto per ciascun contenitore.

7.2.2. Il secondo profilo di doglianza presuppone, all'evidenza, che si ritenga che l'aggiudicataria abbia violato irrimediabilmente le specifiche tecniche prescritte al fine di utilizzare le proprie giacenze di magazzino. Pertanto, la censura non merita alcun favorevole apprezzamento, una volta che si sia ritenuto, come sopra, che le difformità dell'offerta tecnica di GEA rispetto alle prescrizioni del disciplinare fossero ammissibili sia perché rispondenti al principio dell'equivalenza sia perché del tutto soddisfattive delle esigenze della stazione appaltante secondo il giudizio discrezionale insindacabile di quest'ultima, in quanto non illogico né manifestamente irragionevole.

7.2.3. Il secondo motivo riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. va perciò respinto.

7.3. Col terzo motivo (*Eccesso di potere per erroneità del presupposto*) la Tac Ecologica censura l'operato della commissione di gara quanto alla valutazione del criterio E - di natura quantitativa- relativo al numero dei mezzi a basso impatto ambientale, perché ha ritenuto che solo uno dei mezzi offerti dall'appellata avesse il requisito

prescritto. Invece, secondo la difesa della Tac Ecologica, questa, oltre all'autocompattatore di proprietà omologato euro 6, aveva proposto l'acquisto di 3 "Costipatori IVECO DAILY NATURAL POWER" e un Piaggio porter per il centro storico con alimentazione Bi-power metano/benzina, a basso impatto ambientale, non considerati dalla commissione di gara. Con la conseguenza che è stato assegnato un punteggio di 0,56 in luogo di quello di 2,78, che la Tac Ecologica avrebbe dovuto avere.

Per contro, la commissione di gara ha assegnato il punteggio 2,78 all'aggiudicataria, mentre il punteggio corretto avrebbe dovuto essere quello di 2,22, perché si sarebbe dovuto escludere dai mezzi a basso impatto ambientale il compactatore da 14/18 mc. offerto dalla GEA, ma non previsto tra i mezzi richiesti dal Comune per lo svolgimento del servizio.

7.3.1. Il motivo è inammissibile poiché -contrariamente a quanto assume la difesa della Tac Ecologica- alle controinteressate vanno attribuiti i punti per le varianti migliorative, con la conseguenza che il divario tra la prima posizione (punti 81,541) e la quarta, occupata dall'appellante (punti 50,223), è tale da non poter essere colmato nemmeno modificando il punteggio nel senso preteso col terzo motivo qui riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. civ.

8. In conclusione, va accolto l'appello ed, in riforma della sentenza appellata, vanno respinti tutti i motivi del ricorso avanzato da Tac Ecologica s.r.l.

8.1. Le peculiarità del caso di specie, determinate dall'imperfetta formulazione della legge di gara, giustificano la compensazione, per giusti motivi, delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, respinge il ricorso avanzato in primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO