

Pubblicato il 13/04/2018

N. 00561/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01330/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1330 del 2017, proposto da Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gianni, con domicilio presso Luciano Martucci, in Bari, via A. Da Bari, 125;

contro

Comune di Triggiano - Capofila Aro Ba 7 Entrotterra Pianura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Lancieri, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Vito De Nicolò 7;

Associazione Aro 7/Ba - Entrotterra Pianura - Comune di Noicattaro, in qualità di precedente ente capofila, Regione Puglia - Agenzia Territoriale per il Servizio di Gestione dei Rifiuti, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ercav S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 614 del 10/11/2017, di cui alla determinazione n. 1233 del 10/11/21017 del Responsabile del Settore Polizia Locale, Ambiente, Sicurezza sociale e Cultura del Comune di Triggiano, recante *“l’esclusione dalla gara delle ditte Tekra Srl ... l’annullamento ai sensi dell’art. 21 nonies della legge 241/1990 dell’aggiudicazione definitiva in favore della Tekra e dell’intera graduatoria... dichiarando deserta la gara per intervenuta estromissione di tutti i concorrenti;*
- delle determinazioni conclusive del procedimento di riesame dell’intera gara per l’affidamento in appalto dei servizi di igiene urbana nei comuni facenti parte dell’ARO BA/7, avviato giusta comunicazione prot. n. 17935 del 20/06/2017, contenute nel provvedimento prot. n. 3306 del 06/11/2017 - che della determinazione *sub i)* costituisce parte integrale e sostanziale - adottato di concerto dal Responsabile del Settore Polizia Locale, Ambiente, Sicurezza sociale e Cultura del Comune di Triggiano, nonché Dirigente dell’Ufficio comune dell’ARO, e dal Commissario *ad acta* dell’Agenzia territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o ad essi connesso, compresi la comunicazione del Sindaco del Comune di Triggiano e il verbale dell’Assemblea dei sindaci dei comuni facenti parte dell’ARO (Capurso, Cellamare, Noicattaro, Rutigliano, Valenzano e Triggiano) nella parte in cui rivolgono al Commissario *ad acta* *“l’invito ad adottare con urgenza ogni misura utile atta a consentire l’espletamento di tutte le verifiche opportune inerenti il procedimento di gara”*; i decreti n. 37 del 27/04/2017 e n. 43 del 16/05/2017 con i quali il Commissario *ad acta* sospendeva, sino all’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di riesame, l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva dell’appalto a favore della ricorrente; la comunicazione di avvio del procedimento di riesame degli atti di gara su iniziativa congiunta del “nuovo” RUP, in qualità di Dirigente del neo-

capofila Comune di Triggiano, e del Commissario *ad acta*;

- il provvedimento di nomina del “nuovo” RUP, i cui estremi e contenuti sono ignoti, così come il provvedimento di annullamento e/o decadenza della nomina del precedente RUP presso il Comune di Noicattaro, ove esistente, e i cui estremi e contenuti sono anch’essi sconosciuti alla ricorrente;

nonché

per la condanna

- dell’Amministrazione al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente in conseguenza dell’illegittimità degli atti impugnati attraverso la reintegrazione in forma specifica, e perciò attraverso, previo annullamento di tutti gli atti impugnati, l’aggiudicazione del servizio e la condanna dell’Amministrazione alla successiva sottoscrizione del relativo contratto e, solo in subordine, per equivalente, con riserva di quantificare l’ammontare del danno in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Triggiano - Capofila ARO Ba 7 Entroterra Pianura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel medesimo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 6.12.2017 e depositato in Segreteria il 12.12.2017, la Tekra S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce meglio indicate in oggetto.

Esponesse in fatto che, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. (V Serie Speciale) n. 144 del 7.12.2015, l'ARO BA/7, avente come ente capofila il Comune di Noicattaro, indiceva una procedura di gara, avente ad oggetto la gestione del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani (RSU).

L'appalto aveva una durata di 9 anni, ed un importo a base d'asta pari ad € 116.960.626,08.

In data 24.4.2017, la gara in esame veniva aggiudicata definitivamente alla ricorrente con determinazione n. 254 a firma del Responsabile del Servizio Ufficio Comune ARO/7, la quale diveniva efficace una volta che l'offerta avanzata dall'odierna deducente superava positivamente la fase di controllo dei requisiti ad opera della Stazione Appaltante (S.A.).

L'efficacia dell'aggiudicazione definitiva veniva, tuttavia, sospesa mediante decreto del Commissario *ad acta* dell'Agenzia regionale, con cui si disponeva *“ai sensi dell'art. 21-quater co. 2 l. 241/1990 la sospensione dell'efficacia della Determina n. 254 del 24/04/2017, a firma del Responsabile del Servizio Ufficio Comune ARO/7, recante aggiudicazione definitiva della “gara d'ambito” per l'appalto del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto RSU nell'ARO7/BA 'Entrotterra Pianura' per 20 giorni (venti), decorrenti dalla data di adozione del presente provvedimento, tempo che si ritiene congruo e strettamente necessario al fine di consentire l'approfondimento dei profili di perplessità e criticità”* relative all'espletamento della procedura di gara.

Difatti, il Commissario giustificava siffatta scelta provvedimento sulla scorta di vari presupposti, quali: l'invito avanzato, all'organo procedente, dai Sindaci dei Comuni di Ambito volto *“ad adottare con urgenza ogni misura utile atta a consentire l'espletamento di tutte le verifiche opportune inerenti il procedimento di gara, valutando anche la possibilità di disporre la sospensione provvisoria del provvedimento di aggiudicazione definitiva”*; la circostanza che fosse già stato proposto - ad opera di una delle imprese concorrenti diverse

dall'odierna censurante - un ricorso giurisdizione avente ad oggetto gli atti della procedura *de qua* dinanzi a questo Tribunale; il fatto che l'ATI seconda graduata avesse trasmesso apposita istanza di autotutela relativamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Con successivo decreto n. 43 del 16.5.2017, il Commissario *ad acta* prorogava di ulteriori 30 giorni, e dunque sino al 15.6.2017, la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore dell'esponente.

L'organo procedente, infatti, riteneva necessario acquisire la nota a firma del Dirigente/RUP, dott. Rubino, datata 24.2.2017 e non trasmessa all'Assemblea dei sindaci, con cui si era provveduto a respingere motivatamente i rilievi sollevati con l'istanza di autotutela presentata dall'ATI collocata seconda in graduatoria.

Esaurita l'efficacia sospensiva di entrambi i decreti, il Commissario *ad acta*, unitamente al "nuovo" RUP e Dirigente del Comune di Triggiano (*medio tempore* subentrato a Noicattaro nel ruolo di ente capofila), decideva di avviare il procedimento di riesame dell'intera gara, giusta comunicazione del 20.6.2017 *ex art. 7 e ss., L. n. 241/1990 e s.m.i.*

In seguito, giusta nota del 28.09.2017, gli organi della revisione, rilevata la "*presunta*" difformità dell'offerta economica formulata dalla prima e dalla seconda classificata, integravano l'oggetto del procedimento di riesame, invitando le interessate a contraddire sul punto.

L'odierna deducente formulava controdeduzioni volte a respingere gli addebiti avanzati nei suoi confronti, sia in ordine all'asserita dichiarazione "*mendace o comunque omissiva*" resa in sede di gara in merito all'esclusione subita presso il Comune di Casola di Napoli, sia in relazione alla dichiarazione "*non veritiera*" resa in sede di gara a proposito del non assoggettamento dell'impresa agli obblighi *ex L. n. 68/1999*, sia, ancora, in merito alla irregolarità dell'offerta economica formulata, oltre che

sull'omessa sottoscrizione della relazione allegata all'offerta tecnica.

Ciò posto, l'esponente chiedeva alla S.A. di volere procedere alla stipula del contratto.

Tuttavia, con provvedimento n. 614 del 10.11.2017 a firma del R.U.P, il procedimento di riesame della gara giungeva a conclusione, disponendosi l'esclusione della ricorrente dalla procedura.

Avverso tali esiti procedimentali insorgeva la Tekra S.r.l., impugnando i provvedimenti meglio indicati in epigrafe.

In via preliminare la ricorrente si doleva della «illegittimità degli atti presupposti al provvedimento di secondo grado impugnato, e cioè la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e gli atti endoprocedimentali di avvio del procedimento e integrazione del suo oggetto, e delle determinazioni conclusive di esclusione della ricorrente dalla gara e di dichiarazione di procedura deserta per violazione del principio di separazione dei poteri - Incompetenza - Eccesso di potere per sviamento del potere tipico di autotutela in relazione agli artt. 1, 21-quater e 21-nonies, L. n. 241/1990 e s.m.i., agli artt. 9, 14, 14-bis, L.R. n. 24/2012 e s.m.i.- Violazione degli artt. 2, 10, e 11, D.lgs. n. 163/2006 applicabile *ratione temporis*».

In tesi di parte ricorrente ed in estrema sintesi, i provvedimenti gravati sarebbero stati viziati dall'illegittima ingerenza dell'organo di indirizzo politico-amministrativo e del Commissario *ad acta* nominato nella procedura ad evidenza pubblica, in difetto di una sottostante valida attribuzione di tale competenza; considerato che il procedimento di riesame veniva condiviso tra il Commissario *ad acta* e il neo-nominato RUP e Dirigente del “nuovo” ente capofila.

Secondo la prospettazione di parte istante, gli atti del procedimento di secondo grado venivano inficiati dall'interferenza di una autorità amministrativa - ovvero l'Agenzia regionale per la gestione dei rifiuti, nella

persona del Commissario *ad acta* - il quale, tenuto conto del disposto degli artt. 9, 14 e 14-*bis* della L.R. n. 24/2012 e s.m.i., non avrebbe potuto disporre del potere di revisionare una procedura già aggiudicata, visto che l'esercizio del potere di autotutela non rientrava nei compiti che l'art. 9, co.7, lettere d) e f) della legge regionale attribuiva all'Agenzia.

In tesi, invero, secondo le norme contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo, il potere di agire in via di autotutela apparteneva solo alla stessa Autorità che aveva emanato il provvedimento o ad altra autorità espressamente indicata dalla legge.

Con un secondo motivo di ricorso, parte istante si doleva del carattere illegittimo degli atti impugnati per «illegittimità dell'esclusione della ricorrente a seguito della ritenuta sussistenza del motivo di esclusione c.d. del grave errore professionale, consistente nell'aver subito nell'anno 2013 l'annullamento dell'aggiudicazione della gara di Casola di Napoli a causa di una falsa attestazione in ordine al possesso di un requisito di partecipazione specifico - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. f) D.Lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere per erroneità e/o travisamento dei presupposti - difetto di istruttoria - violazione e/o falsa applicazione dei principi di legalità dell'azione amministrativa in materia di cause di esclusione dalle gare pubbliche - violazione del principio di adeguatezza e proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa - violazione dei principi generali di buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 21-nonies della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., con particolare riferimento al nuovo paradigma normativo che consente l'annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo - eccesso di potere erroneità dei presupposti dell'atto di autotutela e per carenza e/o insufficiente motivazione e/o comunque motivazione apparente - eccesso di potere per ingiustizia manifesta, illogicità manifesta, sviamento, irragionevolezza ed

abnormità - violazione e/o falsa applicazione dei principi di proporzionalità e di non aggravamento dell'azione amministrativa - violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento della P.A. e di giustiziabilità dell'atto amministrativo».

In tesi di parte istante, gli organi della revisione pretendevano illegittimamente di sussumere nella fattispecie di cui all'art. 38, co.1, lett. f), D.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, l'esclusione subita dalla censurante a Casola di Napoli per aver dichiarato il possesso di un requisito di carattere professionale, invero non posseduto, consistente nella presenza in organico, a qualsiasi titolo, di un ingegnere.

Nello specifico, la Tekra S.r.l. aveva dichiarato in tale sede di essere nella disponibilità del requisito *de quo*, allegando alla dichiarazione un contratto di prestazione d'opera con scadenza al 30.5.2012, a firma del professionista, il quale, però, non la confermava come propria.

Tale precedente veniva puntualmente dichiarato dalla ricorrente, sia in sede di gara, sia in sede di contraddittorio procedimentale.

Tuttavia, proseguiva parte istante, la causa ostativa di cui alla norma summenzionata atteneva solo a vicende che si sarebbero dovute collocare nella fase di esecuzione del contratto di appalto, e che, secondo motivata valutazione dell'Amministrazione, sarebbero state in grado di denotare un deficit di diligenza o di professionalità in capo al concorrente, incompatibile con l'elemento fiduciario destinato a connotare il successivo rapporto negoziale.

Invece, il provvedimento impugnato, secondo la prospettazione fornita dalla Tekra S.r.l., si imperniava esclusivamente sulla natura "*palesamente reticente*" della dichiarazione resa sulle vicende avvenute presso il Comune di Casola, senza in alcun modo dare rilievo all'eventuale riflesso pregiudizievole che tale circostanza avrebbe potuto spiegare sul corretto e puntuale svolgimento del servizio oggetto di gara ad opera della odierna

censurante.

Illegittimo, dunque, sarebbe stato il tentativo dell'Amministrazione di ampliare la portata della causa di esclusione in esame sino a ricompredervi condotte che non si collocavano nella fase di esecuzione del contratto, ma in quella di gara; concretandosi, ciò, in una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, co.1-ter del Codice e di quelli generali dell'ordinamento giuridico, di legalità, predeterminazione e prevedibilità della condotta con la relativa pena.

Con un ulteriore motivo di gravame, parte istante si doleva del carattere illegittimo degli atti meglio indicati in epigrafe per «illegittimità dell'esclusione della ricorrente a seguito della ritenuta sussistenza di un'omissione dichiarativa a proposito della revoca dell'appalto aggiudicatole da Publiambiente S.p.A. - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere per erroneità e/o travisamento dei presupposti - difetto di istruttoria - illogicità e irragionevolezza manifeste - violazione del principio di adeguatezza e proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa - violazione dei principi generali di buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa - violazione e/o falsa applicazione dei principi di legalità dell'azione amministrativa in materia di cause di esclusione dalle gare pubbliche - violazione del principio di adeguatezza e proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 21-nonies della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., con particolare riferimento al nuovo paradigma normativo che consente l'annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo - eccesso di potere per erroneità dei presupposti dell'atto di autotutela e per carenza e/o insufficiente motivazione e/o comunque motivazione irragionevolezza ed abnormità - violazione e/o falsa applicazione dei principi di proporzionalità e di non aggravamento dell'azione amministrativa -

violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento della P.A. e di giustiziabilità dell'atto amministrativo».

Con tale articolato motivo di gravame si evidenziava come gli organi della revisione avevano sostenuto che la ricorrente non avesse dichiarato il precedente risolutivo rappresentato dalla revoca dell'aggiudicazione per presunte inadempienze adottata da Publiambiente S.p.A., nella fase di esecuzione anticipata del servizio relativo ad altra procedura di gara.

Ciò posto, l'odierna istante, in sede di partecipazione procedimentale prima, e giurisdizionale poi, precisava che la revoca dell'appalto *de quo* non fosse imputabile a fatto o colpa della ditta aggiudicataria, ma a fatto e colpa del committente pubblico, ossia Publiambiente S.p.A.

Difatti, la mancata tempestiva esecuzione delle azioni occorrenti per rendere il sistema satellitare installato sui mezzi operativi dell'appaltatrice compatibile con la piattaforma informativa di Publiambiente S.p.A., trovava origine in un difetto tecnico del sistema informatico utilizzato dalla S.A., che non aveva consentito il trasferimento dei dati dal software impiantato sugli automezzi dell'aggiudicataria, azionando successivamente la clausola risolutiva.

In tesi, la S.A. non teneva in debita considerazione la circostanza che la censurante avesse incardinato un giudizio dinanzi al giudice civile per l'accertamento dell'effettiva sussistenza di un inadempimento esecutivo a suo carico, contestandone in tal modo la sussistenza.

Tanto avrebbe escluso la configurabilità in capo alla ricorrente di qualsivoglia obbligo dichiarativo, atteso che l'errore professionale - per poter efficacemente assurgere a indice dell'inidoneità dell'impresa dal punto di vista tecnico-organizzativo a portare a compimento l'appalto - avrebbe dovuto essere grave ed imputabile all'esecutore perlomeno a titolo di colpa grave.

Tuttavia, secondo la ricorrente, nel caso di specie difettavano entrambe

queste caratteristiche, considerato che l'anticipata risoluzione del rapporto negoziale tra la ricorrente e Publiambiente S.p.A. era *sub iudice*, con l'effetto che ciò avrebbe determinato il venir meno del carattere definitivo dell'addebito e, prima ancora, l'accertamento della sua sussistenza e imputabilità soggettiva.

In ultimo, parte istante si doleva del carattere illegittimo degli atti gravati per «illegittimità del provvedimento impugnato a seguito della presunta difformità dell'offerta economica della ricorrente rispetto alla previsione della legge di gara che imponeva la formulazione di un ribasso unico e incondizionato - eccesso di potere per erroneità e/o travisamento dei presupposti - difetto di istruttoria - illogicità e irragionevolezza manifeste - violazione dei principi generali di buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa».

Gli organi della revisione avevano ritenuto che l'offerta proposta dalla Tekra S.r.l. non fosse coerente con quanto previsto dalla disciplina di gara, posto che l'offerente non solo aveva proposto sconti diversificati per i singoli Comuni, ma aveva formulato, per tre di essi, delle offerte al rialzo sull'importo posto a base d'asta.

Tuttavia, secondo la ricorrente, il ribasso offerto in sede di gara - pari allo 0,057% - era unico, incondizionato ed applicabile sia al valore complessivo del servizio posto a base di gara, sia ai valori parziali degli importi a base d'asta riferiti ai singoli Comuni che componevano l'ARO, nel pieno rispetto di quanto prescritto dalla *lex specialis*.

Nello specifico, proseguiva parte censurante, la Tekra S.r.l. aveva optato per un conto economico di tipo "scalare", nel quale fosse possibile evidenziare i "risultati di area", ovvero sia i risultati parziali riferiti a ciascun comune componente l'ARO.

Tale metodologia, in tesi, avrebbe permesso addirittura di raggiungere un grado di informazione maggiore rispetto a quella c.d. a "sezioni divise",

consentendo di comprendere quali fossero le componenti della gestione unitaria dell'ARO che avrebbero contribuito alla formazione di marginalità attive e passive.

Seguendo tale *modus operandi*, il ribasso avrebbe inciso non sugli importi riferiti ai singoli Comuni, ma sulla somma degli importi messi a disposizione per l'espletamento del servizio da ciascun Comune dell'ARO.

Il conto economico, dunque, avrebbe dovuto essere inteso come il costo che l'impresa prevedeva di sostenere per lo svolgimento del servizio nella sua globalità, e per il quale la S.A. aveva già previsto un costo parcellizzando l'importo totale.

Ciò detto, concludeva la censurante, le considerazioni svolte dagli organi della revisione apparivano infondate ed inconferenti, in quanto poste in essere ignorando del tutto il metodo utilizzato dalla ricorrente per calcolare il ribasso unico ed incondizionato.

In data 18.12.2017, si costituiva in giudizio l'ARO n.7 "Entroterra Pianura" e per esso il Comune di Triggiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, resistendo all'avverso ricorso, di cui eccepiva, altresì, la manifesta irricevibilità, inammissibilità ed infondatezza.

Seguiva, ad opera delle parti costituite, il deposito di ulteriori memorie difensive e di replica.

Alla udienza pubblica del 21.3.2018, il ricorso veniva definitivamente trattenuto per la decisione.

Tutto ciò premesso in fatto, il ricorso è infondato e, pertanto, non può essere accolto.

Quanto al motivo di ricorso articolato in via preliminare dalla Tekra S.r.l., il Collegio ritiene non corretta la ricostruzione prospettata della censurante, in base alla quale il Commissario *ad acta* sarebbe stato privo di competenze nella materia oggetto di controversia.

Sul punto, è opportuno prendere le mosse dal disposto della L. R. n

24/2014, così come modificata dalla successiva L. R. n 20/2016, il cui art. 9, comma 6, attribuisce all'Agenzia Regionale per i Rifiuti (d'ora in poi AGER) sia la competenza all'attuazione del Piano regionale dei Rifiuti, sia la materia della disciplina dei flussi di rifiuti indifferenziati da avviare a smaltimento e a recupero da FORSU e riciclaggio, nel rispetto di quanto previsto dal Piano Regionale.

A sua volta, l'art. 16 della legge regionale ha attribuito al Commissario AGER il compito di attuare il Piano Regionale Gestione Rifiuti Urbani (PRGRU) nella fase transitoria, attribuendogli i compiti previsti dall'art. 9, commi 6 e 7.

La competenza all'attuazione del PRGRU riconosciuta in capo al Commissario di per sé legittima lo stesso ad esercitare i poteri anche in materia di procedure degli ARO, finalizzate agli affidamenti dei servizi unitari d'Ambito per la raccolta di RSU, considerato che ai sensi dell'art. 199 del T.U Ambiente, spetta al Piano Regionale fissare gli obiettivi di raccolta differenziata da raggiungere a livello regionale.

Peraltro, il legislatore regionale ha previsto, all'art. 14, comma 2, della L.R. n. 24/2012 che *“La Regione esercita il controllo sugli enti locali facenti parte dell'Area omogenea anche in via sostitutiva, attraverso commissari ad acta, ai sensi dell'articolo 200, comma 4 del d.lgs. 152/2006”*, norma sul potere di controllo che, significativamente, reca nell'oggetto *“Affidamento dei servizi di spazzamento raccolta e trasporto”*.

È evidente, dunque, che il legislatore regionale abbia previsto *expressis verbis* che il potere di controllo - esercitabile anche dal Commissario *ad acta* - possa riguardare direttamente l'affidamento servizi, e quindi anche le procedure di gara.

A conclusioni non diverse è pervenuto lo stesso legislatore statale, considerato che il punto 4 dell'art. 200 T.U. Ambiente espressamente prevede che *«Le regioni disciplinano il controllo, anche in forma sostitutiva, delle*

operazioni di gestione dei rifiuti, della funzionalità dei relativi impianti e del rispetto dei limiti e delle prescrizioni previsti dalle relative autorizzazioni», facendovi sicuramente rientrare nel concetto di “gestione dei rifiuti” le modalità stesse e le procedure di affidamento di tale servizio.

Ciò posto, ed in siffatto contesto normativo, la Regione Puglia aveva esercitato, già in precedenza, il potere di commissariamento degli ARO, provvedendo all'adozione di una pluralità di Delibere di Giunta con cui si nominavano più commissari.

Dovendo poi dare attuazione alle nuove norme regionali di riforma del 2016, con il DPGR n. 53 del 6.2.2017, il Presidente della Regione Puglia aveva ravvisato la necessità di *“unificare le funzioni ed attività commissariali di cui all'art. 14 l.r. 24/2012”*, precedentemente conferite con delibere di Giunta, concentrandole in capo ad un unico Organo, ossia il Commissario dell'AGER.

Con lo stesso decreto, poi, si affidavano al Commissario le funzioni di cui all'art. 14, co. 2, l. r. n. 24/2012, tra cui, in particolare, quelle *“di approvazione di tutti gli atti e provvedimenti necessari alla risoluzione delle problematiche esistenti nelle procedure di affidamento già avviate”*.

Dunque, contrariamente a quanto affermato dalla censurante, il conferimento dei poteri attribuiti con il DPGR rinviene la sua fonte normativa sia nell'art. 200 T.U Ambiente, sia direttamente nella L.R. n. 24/2012 che per un verso prevedeva - e prevede - poteri di controllo sugli ARO e sulle relative procedure di gara (art. 14 co.2), e, per l'altro, conferiva al Commissario AGER i poteri di attuazione del PRGRU.

Inoltre, giova rilevare che l'art. 81, comma 3, D.lgs. n. 163/2006 espressamente prevedeva che *«Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto»*; dovendosi, dunque, ritenere che, nelle gare pubbliche, la Stazione Appaltante disponga di ampi poteri, non condizionati dalle

valutazioni tecniche del seggio di gara.

Infatti, deve ritenersi che la S.A. possa validamente decidere, nell'esercizio delle sue funzioni di controllo a carattere discrezionale, di non procedere all'aggiudicazione definitiva per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse, come paradigmaticamente accaduto nel caso di specie.

Alla luce del chiaro tenore letterale della norma, è evidente che l'unico soggetto competente ad eseguire il riesame degli atti di gara sia la S.A. e, per essa, il Dirigente responsabile del Settore di pertinenza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 D.lgs. 163/2006, d'intesa, come accaduto nel caso di specie, con il Commissario *ad acta*, in forza dei poteri a quest'ultimo attribuiti dalla L.R. n. 24/2012, come successivamente modificata, nonché dal D.P.G.R. n. 53 del 6.02.2017, relativamente alle procedure di gara degli ARO.

Peraltro, è opportuno evidenziare che il potere di controllo non presuppone affatto un necessario esercizio di prerogative aventi carattere e natura sostitutiva, potendo essere esplicito "*anche in via sostitutiva*" ai sensi dell'art. 14, co. 2, citato; il che implica la possibilità di estrinsecazione dello stesso in forme meno incisive, quali quelle del supporto ed impulso, nonché di controllo e supervisione dell'operato dell'ARO, senza alcun esautoramento delle funzioni di quest'ultimo.

Ciò è esattamente quanto accaduto nel caso di specie, avendo l'ARO esercitato in piena autonomia le proprie prerogative e funzioni, adottando il provvedimento conclusivo del riesame per il tramite del proprio Dirigente competente; a sua volta il Commissario ha svolto le proprie funzioni di supporto e supervisione, dapprima adottando la sospensione cautelare dell'aggiudicazione, peraltro su sollecitazione dell'Assemblea dei Sindaci ARO, sottoscrivendo, poi, la determinazione finale del riesame congiuntamente con il Dirigente ARO, avendone condiviso e fatto proprio l'operato.

L'intervento del Commissario, nel caso portato oggi all'attenzione del Collegio, non ha natura sostitutiva, ma di accompagnamento, tale da preservare le prerogative dell'ARO (e dei Comuni) nella formazione dei processi decisionali, nel perseguimento del comune interesse pubblico all'attuazione degli obiettivi di legge e nel pieno rispetto dei rispettivi ruoli. Per i motivi suesposti, dunque, il motivo di ricorso articolato in via preliminare dalla odierna ricorrente resta infondato nel merito.

Quanto al secondo motivo di ricorso, anch'esso è parimenti infondato.

Infatti, parte istante, in sede di partecipazione alla gara da cui è scaturita l'odierna controversia, aveva dichiarato di essere stata destinataria di *“un provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dell'affidamento del servizio di raccolta di RSU del quale era stata dichiarata aggiudicataria [...] sulla base della ritenuta mancanza di un requisito professionale richiesto dalla legge di gara a pena di esclusione e dichiarato dall'impresa posseduto”*.

Nella stessa dichiarazione, peraltro, la Tekra S.r.l. precisava di aver avviato i rimedi giurisdizionali avverso il provvedimento *de quo* e che, pertanto, lo stesso non avrebbe potuto considerarsi come definitivo.

Cionondimeno, una volta esaminati gli atti versati in sede di gara, la S.A. ha potuto constatare come la ricorrente avesse dichiarato il vero quanto all'avvio dei rimedi giurisdizionali, assumendo, tuttavia, un atteggiamento reticente sia in merito alla reale causa che aveva portato il Comune di Casola di Napoli ad annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione, sia in merito all'esito negativo delle iniziative giudiziarie proposte; esito, peraltro, risalente a quasi due anni prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara per cui oggi è causa.

Nello specifico, nel provvedimento gravato, l'ARO precedente precisava che a seguito dell'analisi della documentazione prodotta in sede procedimentale, risultava evidente il carattere parziale della dichiarazione

resa dalla ricorrente, e questo per una pluralità di motivi.

Innanzitutto, la Tekra non aveva specificato in sede di gara quale fosse la vera causa per cui il Comune di Casola di Napoli avesse deciso di annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione.

Infatti, nelle dichiarazioni versate in tale sede, non vi era il benché minimo riferimento alla circostanza che l'annullamento *de quo* - di cui pur si era dato atto - fosse stato disposto perché la Tekra aveva prodotto un documento non genuino a comprova di un requisito necessario ai fini della partecipazione.

Si ometteva, infatti, qualsiasi riferimento al fatto che l'allora Amministrazione procedente avesse annullato in autotutela il provvedimento poi gravato in sede giurisdizionale dalla Tekra, proprio perché quest'ultima aveva prodotto, in corso di gara, un documento non genuino, volto a comprovare il possesso di un requisito necessario ai fini della partecipazione; segnatamente, la ricorrente presentava un contratto di collaborazione, la cui sottoscrizione veniva poi disconosciuta dal professionista presunto firmatario.

Ma l'atteggiamento reticente tenuto dalla ricorrente andava oltre.

Infatti, sebbene fosse vero che l'annullamento dell'aggiudicazione disposto dal Comune di Casola di Napoli fosse stato impugnato dalla odierna censurante dinanzi al T.A.R. Campania, sede di Napoli, essa ometteva di comunicare che, con sentenza n. 2021 del 9.4.2014, la VII Sezione del medesimo T.A.R. respingeva il gravame proposto e che, per giunta, tale sentenza veniva, successivamente, integralmente confermata anche in sede di appello ad opera del Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 2775 del 28.5.2014.

È palese, dunque, che, contrariamente a quanto dichiarato in sede di gara, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla stessa, il provvedimento di annullamento subito da Tekra S.r.l. fosse da

considerarsi certamente intangibile, essendosi su questo formato un giudicato amministrativo che ne aveva statuito la legittimità, rilevando, come se non bastasse, *“la non rispondenza al vero del contratto di collaborazione professionale prodotto”* dall’odierna istante, e dunque, *“la non genuinità della documentazione prodotta”* da quest’ultima in sede di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 2775 del 28.5.2014).

Dinanzi a tali circostanze fattuali, poi confermate anche da Tekra S.r.l. nelle osservazioni rese in sede di procedimento di riesame, l’ARO ha ritenuto, correttamente, che la Società avesse comunque reso una dichiarazione di gara che, anche in ragione del suo tenore e contenuto, era con ogni evidenza finalizzata ad adempiere all’obbligo dichiarativo, di cui all’art. 38, co. 1, lett. f) del D.Lgs. n. 162/2006.

Ciò posto, l’ARO non decretava l’esclusione dalla gara per la falsità della dichiarazione, ma si preoccupava, a quel punto, di valutarne la sua completezza e il merito dei suoi contenuti.

All’esito di tali considerazioni, l’ARO riteneva che l’accertata produzione ad opera di Tekra S.r.l. di un contratto non genuino al fine di attestare in una gara il possesso di un requisito in realtà non posseduto, in uno con la presumibile volontà di nascondere alla Stazione appaltante l’esito negativo dei giudizi intrapresi allo scopo di dichiarare il carattere non definitivo dell’annullamento dell’aggiudicazione, si configurasse come grave errore commesso nell’esercizio dell’attività professionale e/o imprenditoriale, che l’art. 38, lett. f), del D.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, prevedeva come causa di esclusione dalla gara.

Per valutare la correttezza dell’*agere* dell’Amministrazione resistente, il Collegio ritiene opportuno prendere le mosse dal dettato della norma in esame, la quale prevede che la S.A. possa disporre l’esclusione dei partecipanti *«che secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla*

stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

Dalla piana lettura del dato testuale, è possibile comprendere come la norma preveda e disciplini due diverse cause di esclusione.

La prima ipotesi ha ad oggetto condotte che abbiano riguardato precedenti rapporti con la stessa Amministrazione che bandisce la gara, per le quali il legislatore ha individuato chiaramente tanto la natura - negligenza o malafede - quanto l'ambito nel quale tale condotta deve essere considerata rilevante al fine di rendere un giudizio di inaffidabilità del concorrente (esecuzione del contratto).

Nella seconda ipotesi, viceversa, il legislatore dà rilievo a condotte che non abbiano riguardato pregressi rapporti con la Stazione Appaltante, ma che da questa possono essere valutati ai fini di una prognosi di (in)affidabilità del concorrente. In questo caso, la negligenza e la malafede di cui al periodo precedente, cedono il posto al concetto ben più ampio di "errore grave" e l'esecuzione del contratto lascia il posto "all'attività professionale".

A ben guardare, dunque, è lo stesso dato testuale della norma in esame, nella parte in cui disciplina la seconda ipotesi di cui sopra, ad escludere che ai fini della valutazione di una condotta come grave errore professionale si debba far necessariamente riferimento ai soli errori commessi nell'esecuzione del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione della procedura di gara.

La *ratio* che ha guidato il legislatore nell'adozione della norma *de qua* è proprio quella di attribuire e riconoscere rilievo non *sic et simpliciter* all'attività posta in essere nell'esecuzione del contratto, ma anche ai quei gravi errori professionali frutto di condotte poste in essere nella fase precontrattuale, ed aventi ad oggetto proprio la partecipazione ad una pubblica gara per acquisire il relativo appalto.

L'interpretazione letterale della norma in oggetto, peraltro, è stata confermata dalla Corte di Giustizia UE, la quale con la sentenza resa dalla Sezione X il 18.12.2014, nella causa C-470/13, ha precisato che *«la nozione di errore nell'esercizio dell'attività professionale, ai sensi di quest'ultima disposizione, comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore»*.

Nella medesima ottica si è mossa la giurisprudenza amministrativa sia di primo, che di secondo grado.

Infatti, il T.A.R. Puglia, sede di Lecce, sempre pronunciandosi sulla effettiva portata della norma in commento, ha affermato a chiare lettere, nella recentissima sentenza n. 666/2017, che *«in uno ad inadempimenti, negligenze, ecc., verificatesi in sede di esecuzione delle prestazioni negoziali, la causa di esclusione in esame può astrattamente riferirsi anche a inadempienze verificatesi nella fase prodromica di gara. Di ciò ne è prova la doppia proposizione utilizzata dal legislatore, il quale discorre bensì di: "...grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara", ma vi aggiunge anche una ulteriore ipotesi, separata dalla prima sia dal segno di interpunzione (punto e virgola), sia dalla disgiuntiva "o" ("; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, ...")*. La qual cosa, a ben vedere, è del tutto logica, posto che se l'ipotesi del grave errore professionale fosse già inclusa nella prima ipotesi normativa (*"grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara"*), non avrebbe avuto senso aggiungervi anche l'ulteriore inciso (*"o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, ..."*), atteso che, notoriamente, il più comprende il meno.

Se pertanto il legislatore ha incluso nella fattispecie di cui al cennato art. 38 co. 1 lett. f) del "vecchio" codice degli appalti due ipotesi specifiche, ciò deriva dal fatto che la fattispecie di errore professionale non solo non è compresa nella prima ipotesi ("grave

negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante ...»), ma è svincolata anche dall'elemento cronologico che contraddistingue quest'ultima, id est la riferibilità della negligenza/malafede alla fase della "... esecuzione delle prestazioni", ben potendo dunque verificarsi anche nella prodromica fase di scelta del contraente, e comunque in una fase anteriore alla stipula del contratto» (in senso conforme cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 30.1.2018 n. 1092).

Questa interpretazione della norma è stata poi recentemente anche avvallata dal Consiglio di Stato, il quale *claris verbis* ha affermato che «*In proposito, la lettera della legge (<<Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi...i soggetti che...secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante ...>>) impedisce di assimilare le ipotesi di grave negligenza e malafede di cui al primo periodo a quelle di errore grave di cui al periodo seguente, sia perché in parte sovrapponibili, sicché non avrebbe avuto senso ripetere lo stesso concetto se non in riferimento ad altra situazione fattuale; sia perché soltanto per le prime è previsto il limite dell'«esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che gestisce la gara» a fronte della più ampia previsione che considera rilevante l'errore grave nell'esercizio dell'«attività professionale» dell'impresa senza alcuna limitazione.*

Coerente con questa lettura è altresì il dato testuale che consente l'accertamento dell'errore professionale <<con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante>>, essendo un siffatto accertamento logicamente incompatibile con quei fatti che la stazione appaltante conosce perché commessi nei rapporti direttamente intrattenuti con l'impresa.

A ciò si aggiunga che l'espressione grave errore professionale e l'ampiezza dei mezzi di accertamento non avrebbero avuto ragion d'essere se si fosse trattato semplicemente di

prendere atto di precedenti provvedimenti adottati da altre stazioni appaltanti, in quanto sarebbe stata sufficiente l'imposizione di un obbligo dichiarativo, facilmente specificabile anche quanto all'oggetto, da limitarsi ai casi della risoluzione contrattuale per inadempimento o dell'adozione di provvedimenti sanzionatori.

L'interpretazione letterale trova conforto sistematico nel potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante di valutare i fatti rilevanti al fine di garantire la sussistenza o la permanenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale, che incontra l'unico limite della manifesta illogicità, irrazionalità o errore di fatto della relativa valutazione» (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez., V, sent. 11.12.2017 n. 5818).

Ciò posto, e chiarita la portata della disposizione in esame, il Collegio ritiene che l'agere della S.A. non possa che qualificarsi come pienamente legittimo, in quanto conforme con i principi sanciti dal legislatore e più volte riaffermati dalla giurisprudenza, sia di primo che di secondo grado.

Nel dettaglio, è evidente che l'Amministrazione procedente non abbia commesso alcun errore nel sussumere la condotta tenuta dalla Tekra S.r.l. - in corso di partecipazione alla gara - nella fattispecie di cui all'art. 38, lett. f) D.lgs. n. 163/2006.

Infatti, come risulta dai documenti versati in atti, con riferimento alla vicenda relativa all'annullamento dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Casola di Napoli, l'odierna istante ha prodotto in sede di gara un documento non genuino, con la precipua finalità di risultare in possesso di un requisito necessario ai fini della partecipazione e di aggiudicarsi, conseguentemente la stessa.

Con riferimento alla procedura di gara da cui origina l'odierna controversia, la Tekra S.r.l. ha omesso di dichiarare quale fosse stato il reale motivo dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Casola di Napoli, rendendo una dichiarazione in parte parziale con riferimento all'esito dei giudizi intrapresi in cui è risultata soccombente, e in parte non conforme a verità, laddove, sulla scorta dell'omessa informazione circa

l'esito dei giudizi promossi, ha dichiarato testualmente che *“manca in ordine alle contestazioni mosse, il carattere della definitività”*.

Su tali presupposti, l'ARO non ha potuto esimersi dal rilevare legittimamente che il contegno tenuto dalla Tekra S.r.l. - sia con riferimento alla procedura indetta dal Comune di Casola di Napoli, sia con riferimento alla procedura dallo stesso gestita - sia stato connotato da consimili comportamenti, finalizzati ad ottenere l'aggiudicazione di contratti stipulati con la P.A., certamente riconducibili nel concetto di “grave errore professionale”, così come delineato dalla giurisprudenza e di cui all'art. 38, lett. f), D.lgs. n. 163/2006.

Pertanto, in definitiva, nel procedimento di riesame, l'ARO ha constatato, sulla base della documentazione prodotta ed acquisita, che la Tekra S.r.l. non fosse nuova ad assumere comportamenti non pienamente ispirati ai canoni della correttezza e della trasparenza, ritenendo che ciò costituisse un serio pregiudizio sulla sua affidabilità, disponendone, pertanto, l'esclusione dalla gara a fronte di tali circostanze comunque ritenute di carattere oggettivo.

Per i motivi suesposti, il motivo di ricorso è infondato.

Parimenti, anche l'ulteriore motivo di censura articolato dalla istante è privo di pregio giuridico, e, pertanto, non può essere accolto.

La ricorrente partecipava alla procedura di gara dichiarando di non aver commesso gravi errori nell'esercizio della propria attività professionale, eccezion fatta per la dichiarazione parzialmente resa in merito alla procedura di gara indetta dal Comune di Casola di Napoli.

Successivamente all'aggiudicazione, più in particolare nel corso degli autonomi giudizi instaurati dalle controinteressate, l'ARO apprendeva che la ricorrente era risultata aggiudicataria di un appalto bandito da Publiambiente S.p.A., per il servizio di raccolta differenziata di RSU e assimilati nei Comuni di Gambassi Terme - Montaione - Certaldo e Castel

Fiorentino, e che, nell'ambito dell'esecuzione anticipata ex art. 302 co. 2 DPR n. 207/2010 di tale appalto, Publiambiente, in data 27.01.2016, adottava un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e conseguente cessazione delle prestazioni contrattuali, a causa di gravi inadempimenti nel servizio ascritti e formalmente contestati.

L'omessa dichiarazione di tali fatti faceva sì che l'ARO decidesse, in maniera legittima, di escludere Tekra dalla gara anche per tale ulteriore e diverso profilo.

In sede di contraddittorio procedimentale, la ricorrente sosteneva che nessun obbligo dichiarativo fosse configurabile sul punto, considerato che il provvedimento di revoca e risoluzione anticipata non aveva ancora acquisito il carattere della definitività, in quanto *sub iudice*.

Tuttavia, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale - riconosciuto peraltro come maggioritario dalla stessa ricorrente nell'atto di impulso del giudizio - dal quale non vi è motivo di discostarsi in questa sede, non è consentito ai concorrenti operare alcun filtro nella valutazione della rilevanza dei precedenti risolutivi da dichiarare.

Infatti, tale tipo di valutazione è di pertinenza esclusiva della Stazione Appaltante, anche nel caso in cui gli stessi risultino contestati in giudizio, in quanto l'omissione di siffatte dichiarazioni non consentirebbe alla Amministrazione procedente di svolgere in maniera corretta e consapevole quel giudizio inerente l'affidabilità professionale di un contraente, che risulta indefettibile ai fini della aggiudicazione dell'appalto.

Deve, dunque, ritenersi che la ricorrente abbia, con la sua condotta parzialmente reticente, violato quel dovere di buona fede e correttezza nelle trattative rappresentato dagli obblighi dichiarativi che sono imposti a tutti i partecipanti alle gare pubbliche, e che hanno come finalità proprio quella di consentire alla Stazione Appaltante di conoscere e valutare il valore professionale delle singole ditte che si ritengono meritevoli di affidamento

di un lavoro, di un servizio o di una fornitura (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, sent. 27.9.2017 n. 4527).

Sul punto questo Tribunale ha già affermato che «*si ritiene che non sia indispensabile una precedente risoluzione del rapporto formalmente pronunciata ai sensi dell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici, né occorre il definitivo accertamento giudiziale in ordine all'inadempimento contrattuale [...], essendo sufficiente la valutazione in concreto operata in sede amministrativa dalla stazione appaltante sui fatti imputabili all'impresa, in qualunque modo accertati (cfr. A.V.C.P., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1)*» (cfr. T.A.R. Puglia, Sede di Bari, Sez. I, sentenza 26.06.2012 n. 1251; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, nonché 21 giugno 2012 n. 3666), considerata l'importanza delle conseguenze pratiche che siffatti provvedimenti producono nei confronti delle imprese che ne sono destinatarie, essendo in grado di mettere oggettivamente in discussione la loro professionalità.

Infatti, la fattispecie in esame non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del precedente risolutivo, trattandosi, fondamentalmente, di disposizione a carattere non sanzionatorio, posta semplicemente a presidio dell'elemento fiduciario nel momento genetico dell'appalto, come più volte affermato da questo Tribunale, oltre che dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. *ex multis* T.A.R. Puglia, Sede di Bari, Sez. I sentenza n. 1251 del 26.06.2012, Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, 21.06.2012 n. 3666; Consiglio di Stato, Sez. III, 14.01.2013 n.149).

Tanto, avrebbe *ex se* legittimato l'esclusione dell'odierna censurante.

Per i motivi precedentemente illustrati, anche il secondo motivo di ricorso è infondato, e, pertanto non può essere accolto.

Parimenti, il Collegio ritiene infondato anche il terzo e ultimo motivo di ricorso articolato dalla ricorrente.

Sul punto, si ritiene di prendere le mosse direttamente dal Disciplinare di

gara (par. 2, pag. 21) il quale prevedeva espressamente che *“Nella Busta C - Offerta Economica, il Concorrente dovrà inserire a pena di esclusione, la dichiarazione di offerta, conforme all’Allegato “Fac-simile 5”, recante “Offerta Economica [...]”*.

Inoltre, sempre nella stessa busta, il concorrente avrebbe dovuto inserire, sempre a pena di esclusione, *“una relazione economica che, per ciascun Comune dell’ARO7/BA espliciti le singole voci che concorrono a determinare il valore annuo offerto [...]”*.

Peraltro, lo stesso Disciplinare di gara (allegato 3, par. 6, pag. 36), nonché il fac-simile 5, richiedevano ai concorrenti di indicare nella propria offerta economica, sempre a pena di esclusione: il valore percentuale, prima in cifre e dopo in lettere, del ribasso unico e incondizionato; il valore annuo, in cifre, di ciascun Comune del Bacino ARO 7/BA detratto il ribasso unico e incondizionato (lett. d, pag. 36 del disciplinare, oltre che il fac-simile 5, pag. 2); il valore complessivo annuo, in cifre, di tutti i Comuni del Bacino ARO 7/BA, detratto il ribasso unico ed incondizionato.

Inoltre, il fac-simile 5 (modello per la proposizione dell’offerta economica) prevedeva che i concorrenti dichiarassero il ribasso unico e incondizionato sul valore dell’importo complessivo posto a base di gara per l’intero ARO, *“la cui applicazione determina i seguenti valori annui per ciascun Comune del Bacino”*, di cui si richiedeva di indicare gli importi nella tabella riportata nel medesimo modulo.

È evidente, dunque, che la *lex specialis* indicasse in maniera chiara ed inequivoca che i concorrenti avrebbero dovuto offrire un ribasso percentuale unico, da applicare sia al prezzo complessivo del servizio per ARO, sia al prezzo del servizio previsto per ciascun singolo Comune.

Ciò posto, deve ritenersi che la ricorrente abbia formulato un’offerta in maniera difforme rispetto a quanto prescritto dal disciplinare.

Segnatamente, l’offerta proposta dalla Tekra S.r.l. era così articolata: ribasso percentuale sull’importo posto a base di gara relativo al complessivo

servizio per l'intero ARO, con conseguente indicazione dell'importo complessivo offerto, al netto del ribasso *de quo*; indicazione del valore annuo per singolo Comune non coerente con il ribasso unico, ma espressione di sei diversi valori percentuali, di cui tre ribassi e tre addirittura in rialzo rispetto ai costi dei singoli Comuni posti a base d'asta.

Dall'esame della disciplina di gara, emerge, dunque, in maniera chiara che i concorrenti avevano l'onere di presentare la loro offerta economica in maniera conforme al fac-simile 5, indicando un ribasso "*unico*" che avrebbe dovuto essere applicato sia al servizio relativo all'intero ARO, sia ai servizi dei singoli Comuni, a pena di esclusione dalla procedura.

Infatti, l'indicazione del ribasso unico ed incondizionato rappresentava, nella prospettiva della *lex specialis* e quindi nella volontà della S.A., un elemento essenziale costitutivo dell'offerta, e dunque, del contratto, funzionale a garantire che vi fosse una concreta perequazione dei costi del servizio tra i sei Comuni costituenti l'ARO, i quali, fermo restando le differenze dei costi rivenienti dai singoli piani d'impresa, avrebbero dovuto usufruire tutti del medesimo sconto percentuale, oltre che di una omogeneità della qualità del servizio stesso.

Peraltro, giova rilevare che l'art. 2 del Capitolato speciale prevedeva espressamente che sebbene la gara fosse stata gestita come Stazione Appaltante dall'ARO, l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto sottoscrivere sei distinti contratti con ciascuno dei Comuni facente parte dell'Ambito di Raccolta Ottimale, i quali avrebbero assunto tutte le obbligazioni da questo derivanti, e sarebbero stati, pertanto, obbligati a corrispondere al gestore il canone contrattuale di servizio.

Tale circostanza assume, nella prospettiva del motivo di ricorso in esame, valore dirimente.

Infatti, ciò che a seguito dell'aggiudicazione avrebbe dovuto essere traslato nei singoli contratti, non sarebbe dovuto essere il prezzo complessivo del

servizio per l'intero ARO, ma il prezzo offerto dall'aggiudicatario per ciascun singolo Comune, che, a sua volta, sarebbe stato dato dalla sottrazione del ribasso offerto al costo singolo posto a base di gara.

Sicché, in definitiva, ciò che avrebbe determinato l'impegno contrattuale dell'aggiudicatario nei confronti dei singoli comuni, sarebbe dovuto essere il prezzo proposto con riferimento al singolo servizio di ciascun Comune.

In tale ottica, ben si comprende e si spiega la ragione per cui l'indicazione del costo del servizio, al netto del ribasso percentuale offerto sull'importo a base d'asta, fosse certamente da intendersi come elemento essenziale dell'offerta economica, la cui omissione imponeva alla Stazione Appaltante di disporre l'esclusione dalla gara ai sensi e per l'effetto dell'art. 46 del vecchio codice degli appalti applicabile *ratione temporis*.

Ciò posto, sul punto, il Collegio ritiene sia doveroso compiere qualche premessa sul c.d. "errore materiale", prima di analizzare il merito della censura mossa mediante l'ultimo motivo di gravame, così come articolato dalla deducente.

La giurisprudenza, infatti, è consolidata nel definire l'"errore materiale" come quello frutto di una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere *ictu oculi* dal documento stesso (cfr. *ex multis* e tra le più recenti Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2017, sent. n. 1320; Cons. Stato Sez. V, 13 ottobre 2016, sent. n. 1699).

Ciò che caratterizza l'errore materiale è, dunque, la circostanza che questa divergenza debba emergere in maniera evidente, senza alcun bisogno che vengano compiuti ulteriori indagini finalizzate alla ricostruzione della volontà del dichiarante, il cui contenuto, nonostante l'errore, deve rimanere individuato ed individuabile con certezza, da chiunque si appresti alla lettura e comprensione dell'atto.

Nel caso di specie, tuttavia, il Collegio ritiene non potersi ravvisare,

contrariamente a quanto sostenuto da parte istante e per le ragioni che si sono su illustrate, un mero errore materiale.

Ciò che si è concretizzato, piuttosto, è una ipotesi di offerta economica formulata in maniera difforme rispetto a quanto imposto dalle norme che regolamentavano la procedura di gara.

Da ciò discende, dal punto di vista logico prima che giuridico, che l'operazione effettuata in sede di gara dalla Commissione Giudicatrice, consistente nella rettifica degli importi e dei ribassi diversificati indicati con riferimento alla lettera d) e nella sostituzione di quelli indicati da Tekra con quelli corrispondenti al ribasso unico indicato sub e), non possa in alcun modo essere qualificata come una correzione di un mero errore materiale o come attività comunque riducibile a mera operazione algebrica.

Deve ritenersi, invece, che con il suo *agere* la Commissione abbia effettuato - in violazione delle norme e dei principi che governano le procedure ad evidenza pubblica - una vera e propria rimodulazione, rettifica o "correzione" postuma di un parametro dell'offerta, che avrebbe dovuto ritenersi come elemento essenziale della stessa, e che, pur non incidendo direttamente sul costo complessivo del servizio per l'intero ARO, incideva in maniera diretta e sostanziale sulle offerte per singolo Comune, destinate ad essere tradotte in singoli contratti.

Sull'argomento, consolidata giurisprudenza ha ribadito che non può «consentirsi alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta sostituendosi, anche solo parzialmente, alla volontà dell'offerente e interpretando la sua stessa volontà frutto di scelte insindacabili» (Cons. Stato Ad. Plen. 13 novembre 2015, n. 10; ma cfr. in tal senso *ex multis* Cons. Stato Sez. III, sent. 17 luglio 2012 n. 4176; id. 26 marzo 2012 n. 1699).

Più nello specifico, in un caso analogo a quello portato all'attenzione di questo Collegio, la Seconda sezione del T.A.R. Lazio, Sede di Roma, aderendo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale dal quale non

vi è motivo alcuno per discostarsi in questa sede, ha precisato che «*La rideterminazione dell'offerta, ove consentita, si tradurrebbe, infatti, in una oggettiva alterazione della parità di condizione dei concorrenti, nonché in violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche sotteso alla immodificabilità della "lex specialis", conseguendone che il bando di gara perderebbe la sua forza cogente per i soggetti partecipanti, ai quali non è dato interpretare e precisare il senso e la portata di quei parametri di gara la cui immutabilità è posta a garanzia di tutti indistintamente i partecipanti (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451; T.A.R., Lazio, Latina, 29 luglio 2003, n. 660; TAR Firenze, 05.05.2014 n. 703).* [...] *Come più volte affermato dalla giurisprudenza, il principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire, da un lato, la par condicio fra i concorrenti, e dall'altro l'affidabilità del contraente, attiene non ad ogni aspetto della stessa, bensì ai profili economici e tecnici essenziali della medesima (ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636). Tali devono indubbiamente reputarsi la modifica o l'aggiustamento delle giustificazioni delle singole voci di costo che non trovino il loro fondamento in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo».*

Palese, dunque, che l'intervento correttivo della Commissione non possa essere qualificato come soccorso istruttorio, non potendosi ammettere tale soluzione quando l'offerta sia carente in radice di un requisito essenziale, previsto, come nel caso di specie, espressamente a pena di esclusione; essendo, peraltro, normativamente non concretizzabile la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio tutte quelle volte in cui ci si trovi dinanzi a carenze che afferiscono al *proprium* dell'offerta tecnica ed economica.

L'attività posta in essere dalla Commissione, invece, configura un'inammissibile integrazione della stessa, in palese violazione dei principi di intangibilità dell'offerta e della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto l'organo procedente avrebbe modificato una delle componenti della stessa, sostituendosi, anche solo parzialmente, alla volontà dell'offerente, dando

luogo ad una interpretazione dell'offerta espressione di scelte insindacabili (cfr. *ex multis* Cons. Stato Ad. Plen. 13 novembre 2015, n. 10; Cons. Stato Sez. III, sent. 17 luglio 2012 n. 4176; id. 26 marzo 2012 n. 1699).

Legittima, dunque, anche sotto questo profilo la scelta degli organi della revisione di annullare il provvedimento di aggiudicazione della procedura *de qua*.

Per i motivi suesposti, anche l'ultimo motivo di ricorso risulta privo di pregio giuridico e, pertanto, non può essere accolto.

Da quanto sin qui evidenziato consegue, dunque, l'integrale reiezione del ricorso nel merito.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; sez. I, 27 dicembre 2013 n. 28663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Infine, in considerazione della particolare complessità procedimentale e processuale della fattispecie in esame, oltre che della evidente peculiarità in fatto della presente controversia, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso così come proposto in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO