

Pubblicato il 03/09/2020

N. 01123/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00971/2018 REG.RIC.
N. 00790/2019 REG.RIC.
N. 00142/2020 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 971 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Ecotecnica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese “Ecotecnica S.r.l. - Igeco Costruzioni S.p.A.”, rappresentata e difesa dagli Avvocati Maria Cicirelli, Felice Eugenio Lorusso, Saverio Sticchi Damiani e Matteo Sanapo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell’Avvocato Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola n. 166/5;

contro

l’Associazione ARO 7/BA “Entroterra Pianura” e per essa il Comune di Triggiano, quale Comune capofila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto

presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 124;

il Comune di Noicattaro, il Comune di Valenzano, il Comune di Capurso, il Comune di Cellamare, il Comune di Rutigliano, il Comune di Triggiano, non costituiti in giudizio;

il Direttore generale *pro tempore* dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER, in qualità di commissario *ad acta* dell'ARO n. 7 "Entrotterra Pianura", rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Cantobelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Marco Lancieri in Bari, corso Cavour n. 124;

nei confronti

Tekra S.r.l., Impresa -OMISSIS-& C. S.r.l., Er.Cav. S.r.l., Ecologia -OMISSIS- S.r.l., non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 790 del 2019, proposto da Ecotecnica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese "Ecotecnica S.r.l. - Igeco Costruzioni S.p.A.", rappresentata e difesa dagli Avvocati Maria Cicirelli, Felice Eugenio Lorusso, Saverio Sticchi Damiani e Matteo Sanapo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola n. 166/5;

contro

l'Associazione ARO 7/BA "Entrotterra Pianura" e per essa il Comune di Triggiano, quale Comune capofila, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 124;

il Direttore generale pro tempore dell'Agenzia Territoriale della Regione

Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER, in qualità di commissario ad acta dell'ARO n. 7 "Entroterra Pianura", rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Cantobelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Marco Lancieri in Bari, corso Cavour n. 124; il Comune di Noicattaro, il Comune di Valenzano ed il Comune di Triggiano, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Tekra S.r.l., Impresa -OMISSIS-& C. S.n.c., Er.Cav. S.r.l., Ecologia -OMISSIS- S.r.l. e Igeco Costruzioni S.p.A., non costituite in giudizio

sul ricorso numero di registro generale 142 del 2020, proposto da Ecotecnica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese "Ecotecnica S.r.l. - Igeco Costruzioni S.p.A.", rappresentata e difesa dagli Avvocati Maria Cicirelli, Felice Eugenio Lorusso, Saverio Sticchi Damiani e Matteo Sanapo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola n. 166/5;

contro

l'Associazione ARO 7/BA "Entroterra Pianura" e per essa il Comune di Triggiano, quale Comune capofila, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour n. 124; il Comune di Noicattaro, il Comune di Valenzano, il Comune di Capurso, il Comune di Cellamare, il Comune di Rutigliano ed il Comune di Triggiano, non costituiti in giudizio;

l'Agencia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Francesco Cantobelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avvocato Marco Lancieri in Bari, corso Cavour n. 124

nei confronti

Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Gianni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Impresa -OMISSIS-& C. S.r.l., Er.Cav. S.r.l. e Igeco Costruzioni S.p.A., non costituite in giudizio;

per l'annullamento,

quanto al RICORSO n. 971 del 2018:

RICORSO INTRODUTTIVO:

- della delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA n. 4 adottata in data 1.6.2018, comunicata alla ricorrente a mezzo pec in data 26.07.2018, avente ad oggetto *“Revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii. avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani”*;
- della presupposta delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA n. 3 adottata in data 7.5.2018, avente ad oggetto *“Progetto e relativo Piano Industriale del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani - Direttive ai Dirigenti dei Comuni del Bacino “ARO7/BA”*;
- di ogni altro atto ai predetti connesso, presupposto ovvero consequenziale, comunque lesivo;

MOTIVI AGGIUNTI depositati il 3.5.2019:

- altresì della delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA n. 1 adottata in data 19.03.2019 e comunicata a mezzo pec in data 28.03.2019, avente ad oggetto *“Presenza d'atto della sentenza del Consiglio di Stato*

n.00827/2019 – Conferma Revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani”;

- di ogni altro atto ai predetti connesso, presupposto ovvero consequenziale, comunque lesivo;

quanto al RICORSO n. 790 del 2019:

degli atti del procedimento di autotutela espletata dalle Amministrazioni resistenti in relazione alla procedura di gara per l'affidamento del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti indetta nel 2015 e, in particolare:

- del provvedimento di cui alla nota prot. 9045 del 27.03.2019 a firma del Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO e del commissario *ad acta* dell'ARO 7/BA comunicato a mezzo pec in data 28.03.2019;

- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 14860 del 21.05.2019 a firma del Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO e del commissario *ad acta* dell'ARO 7/BA comunicato a mezzo pec il 22.05.2019; - della determina n. 340 del 27.05.2019 del Responsabile del Settore Polizia Locale – Ambiente – Sicurezza Sociale – Cultura del Comune di Triggiano comunicata a mezzo nota prot. 16039 del 31.05.2019;

- di tutti gli atti ai predetti connessi comunque lesivi, presupposti e consequenziali;

quanto al ricorso n. 142 del 2020:

per la riassunzione

del giudizio di cui al RG 3718/2019 dinanzi al Consiglio di Stato a seguito della sentenza n. 144/2020 della Sezione V del Consiglio di Stato pubblicata in data 8.1.2020;

e per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota prot. 9045 del 27.03.2019 a firma del Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO e del commissario *ad acta* dell'ARO

- 7/BA, comunicato a mezzo pec in data 28.03.2019;
- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 14860 del 21.05.2019 a firma del Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO e del commissario *ad acta* dell'ARO 7/BA, comunicato a mezzo pec il 22.05.2019;
 - della determina n. 340 del 27.05.2019 del Responsabile del Settore Polizia Locale – Ambiente – Sicurezza Sociale – Cultura del Comune di Triggiano, comunicata a mezzo nota prot. 16039 del 31.05.2019;
 - di tutti gli atti ai predetti connessi comunque lesivi, presupposti e consequenziali.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, quanto ai ricorsi nn. 971/2018 e 790/2019, del Comune di Triggiano - Capofila dell'ARO 7/BA “Entrotterra Pianura” e del Direttore generale *pro tempore* dell’Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER, in qualità di commissario *ad acta* dell'ARO n. 7 “Entrotterra Pianura”, e, quanto al ricorso n. 142/2020, del Comune di Triggiano - Capofila dell'ARO BA 7 “Entrotterra Pianura”, dell’Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti – AGER e di Tekra S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza telematica tenutasi da remoto del giorno 8 luglio 2020, il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera n. 1 del 10.02.2015, l’Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA “Entrotterra Pianura” ha approvato il progetto ed il relativo piano industriale del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e servizi annessi.

Il piano industriale approvato come sopra ha subito tre modifiche approvate con delibera n. 2 del 5.10.2015 a seguito di richiesta di Comune di Noicattaro, con delibera n. 3 del 7.10.2015 per richiesta del Comune di Rutigliano e infine con delibera n. 4 sempre del 7.10.2015 in considerazione degli effetti derivanti dall'aggiornamento contrattuale di cui al nuovo CCNL e dal decreto del Ministero del Lavoro del 21.05.2015.

Quindi l'ARO suindicata, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. (V Serie Speciale) n. 144 del 7.12.2015, ha indetto una gara, avente valore a base d'asta pari a euro 117.525.264,75 IVA esclusa, per l'affidamento del servizio *de quo*, per la durata di 9 anni, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La graduatoria finale della procedura è risultata così composta: - al primo posto la ditta Tekra S.r.l. con 80,477 punti totali; al secondo posto il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese "Ecotecnica S.r.l. - Igeco Costruzioni S.p.A." con 77,929 punti totali; al terzo posto il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese "Impresa -OMISSIS-& C. S.r.l. - AVR S.p.A. - -OMISSIS-& C. S.a.s." con 73,651 punti complessivi.

Ne è stata invece esclusa, tra le altre, la costituenda associazione temporanea di imprese "Er.Cav. S.r.l. - Camassambiente S.p.A. - Catucci S.r.l.".

La gara è stata quindi aggiudicata alla ditta Tekra S.r.l. che, a seguito di doppia riparametrazione del punteggio tecnico, ha totalizzato 80,477 punti e un ribasso dello 0.057%.

Con ricorso n. 361 del 2017, Er.Ccav., quale mandante del costituendo RTI con Camassambiente e Catucci, ha impugnato la sua esclusione e poi, con motivi aggiunti, la richiamata aggiudicazione dell'appalto.

In tale giudizio è intervenuta *ad opponendum* Ecotecnica, che poi, con ricorso incidentale, ha pure contestato gli atti di gara, nella parte in cui la stazione

appaltante non ha dato rilievo ad assunte ulteriori cause di esclusione del raggruppamento ricorrente.

Con sentenza n. 598 del 19.04.2018 il richiamato ricorso n. 361 del 2017 è stato dichiarato inammissibile, in quanto il provvedimento di aggiudicazione, unitamente a quelli di positiva valutazione dei 3 concorrenti rimasti in gara, è stato nelle more annullato in autotutela con provvedimento n. 33063 del 6.11.2017, con il quale l'ARO 7 Bari ha appunto disposto l'esclusione di Tekra ed ha annullato l'aggiudicazione in suo favore e la graduatoria finale, conseguentemente dichiarando deserta la procedura.

Con ricorso n. 548 del 2017, comprensivo di gravame principale e di motivi aggiunti, Ecotecnica, quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Igeco Costruzioni S.p.A., ha, a sua volta, impugnato l'aggiudicazione della gara in questione alla prima classificata, chiedendo il risarcimento dei danni.

Anche tale ricorso è stato dichiarato inammissibile con sentenza n. 599 del 19.04.2018, sul rilievo che l'offerta del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente Ecotecnica è stata esclusa per difformità dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara, con la conseguenza che quest'ultima è risultata privata della legittimazione a ricorrere, mentre l'annullamento dell'aggiudicazione a Tekra ha determinato la cessazione della materia del contendere.

Avverso il richiamato provvedimento in autotutela Ecotecnica ha proposto il ricorso n. 1354 del 2017, respinto con sentenza n. 601 del 19.04.2018.

Anche Tekra ha censurato la propria esclusione con ricorso n. 1330 del 2017, che è stato respinto da questo Tar con sentenza n. 561 del 13.04.2018.

Tutte le sentenze citate sono appellate dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, previamente riunendo i relativi ricorsi, li ha definiti con sentenza n. 827 del 4.2.2019.

Con la sentenza menzionata in ultimo il Giudice d'appello ha accolto l'appello proposto con ricorso n. 5437 del 2018 avverso la citata sentenza n. 601 del 2018, per l'effetto, accogliendo il ricorso introduttivo del giudizio, ha respinto invece quello proposto da Tekra S.r.l. con ricorso n. 6062 del 2018 avverso la sentenza n. 561 del 2018, ha dichiarato cessata la materia del contendere in relazione all'appello proposto da Ecotecnica S.r.l. avverso la sentenza n. 599 del 2018 (Rg. 5441/2018) e inammissibile l'appello incidentale di Tekra S.r.l. ed infine ha respinto l'appello proposto da Er.Cav. S.r.l. avverso la sentenza n. 598 del 2018.

Nelle more, con delibera dell'Assemblea dei Sindaci n. 3 del 7.5.2018, recante *“progetto e relativo piano industriale del servizio unitario di spazzamento raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani - Direttive ai dirigenti dei comuni del bacino ARO7/BA”*, sull'assunto di una possibile inadeguatezza e di possibili criticità del piano industriale, a distanza di quasi tre anni dalla sua approvazione, e della necessità di un suo aggiornamento, anche alla luce delle evoluzioni tecnologiche e del miglioramento delle *performances* di igiene urbana conseguito dai singoli Comuni dell'ARO, è stato demandato ai Dirigenti dei Servizi Ambiente comunali di redigere una relazione illustrante le ragioni tecniche ed economiche per le quali avrebbe potuto essere opportuno procedere ad un suo riesame.

Quindi, all'esito dell'acquisizione dei dati forniti dai suddetti Dirigenti comunali, con delibera n. 4 dell'1.6.2018, recante *“Revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii. avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani”*, pubblicata in data 14.06.2018 all'Albo Pretorio del Comune di Triggiano, quale ente capofila, per 15 giorni e comunicata ad Ecotecnica via pec il 26.07.2018, è stata disposta la revoca dello stesso piano industriale, che era stato approvato con la citata delibera e con quelle successive modificative.

Avverso le richiamate delibere nn. 3 e 4 del 2018 è stato proposto il ricorso n. 971 del 2018, affidato alle seguenti doglianze: incompetenza - violazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. – violazione dei principi del giusto procedimento, della parità di trattamento e della garanzia del contraddittorio procedimentale - violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241/1990 - difetto di motivazione – violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 – carenza di istruttoria - eccesso di potere per sviamento, erronea presupposizione in fatto e in diritto – errore sui presupposti in fatto ed in diritto.

Si contesta il mancato avviso di avvio del procedimento, rimarcandosi altresì che i soggetti interessati sarebbero stati informati dopo quasi due mesi dall'adozione del provvedimento finale e dalla sua pubblicazione.

Si deduce altresì il difetto di motivazione, evidenziandosi che mancherebbe il riferimento alla procedura di gara e alla posizione dei soggetti nella stessa coinvolti e perciò interessati, quindi non vi sarebbe la stessa valutazione degli interessi privati incisi.

L'interesse pubblico sotteso alla decisione di revoca non sarebbe sufficientemente motivato ed esplicitato.

Si denuncia altresì l'incompetenza, in quanto l'iniziativa di riesame del progetto del piano industriale sarebbe partita non dall'Ufficio comune dell'Ambito, che è una struttura tecnica, bensì dell'Assemblea dei Sindaci, che è invece un organo politico.

Quindi si conclude, asserendo che l'unico fine perseguito in realtà sarebbe quello di porre nel nulla la gara e, perciò, sussisterebbe lo sviamento.

Si è costituita in giudizio l'Associazione ARO 7/BA "Entrotterra Pianura, la quale ha depositato documentazione.

Si è altresì costituito in giudizio il Direttore generale *pro tempore* dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio regionale dei rifiuti -

AGER, in qualità di commissario *ad acta* dell'ARO n. 7 "Entroterra Pianura".

Successivamente, con atto notificato il 26.04.2019 e depositato il 3.5.2019, è stata impugnata la delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA n. 1 adottata in data 19.03.2019 e comunicata alla ricorrente a mezzo pec in data 28.03.2019, avente ad oggetto "*Presenza d'atto della sentenza del Consiglio di Stato n.00827/2019 – Conferma Revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani*".

Questi i vizi dedotti con i motivi aggiunti: illegittimità propria e derivata per incompetenza - violazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. – violazione dei principi del giusto procedimento, della parità di trattamento e della garanzia del contraddittorio procedimentale - violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241/1990 - difetto di motivazione – violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990 – violazione del principio del *contrarius actus* - carenza di istruttoria - eccesso di potere per sviamento, erronea presupposizione in fatto e in diritto, malgoverno del procedimento e sviamento della causa – errore sui presupposti in fatto ed in diritto.

Dal momento che, come si legge nella delibera n. 1/2019, il piano industriale posto a base di gara sarebbe stato preventivamente sottoposto all'approvazione dei Consigli Comunali dei sei Comuni aderenti all'ARO 7/BA, in base al principio del c.d. *contrarius actus*, secondo cui i provvedimenti amministrativi in autotutela devono essere adottati dagli stessi organi che hanno emesso i provvedimenti da rimuovere o modificare, ai fini della decisione di sua revoca, avrebbero dovuto essere interpellati tali Consigli Comunali, per la sua formale approvazione, mentre ciò non sarebbe avvenuto.

L'intervento dei Consigli comunali si imporrebbe anche per altre ragioni.

In particolare, ai sensi dell'art. 42 TUEL, spetta al Consiglio comunale, tra gli altri compiti, l'approvazione di tutte le determinazioni dell'Ente in grado di incidere sul bilancio comunale.

Il necessario coinvolgimento dei rispettivi Consigli Comunali sarebbe ulteriormente supportato dall'art. 5 (“Compiti dell'Assemblea”) della Convenzione istitutiva dell'ARO sottoscritta in data 21.03.2013, ove, alla lettera c), si prevede espressamente: *“Adozione proposta di progetto unico del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani per l'intero territorio dell'A.R.O., da sottoporre ai Consigli Comunali dei Comuni associati, per la formale approvazione”*. Perciò l'Assemblea avrebbe il compito di adottare la sola ‘proposta’, da approvarsi da parte dei Consigli dei Comuni associati; conseguentemente ciò imporrebbe che il medesimo procedimento debba essere svolto anche nel caso di revoca del progetto.

In ogni caso la delibera n. 1 del 10.02.2015 (oggetto di revoca) è stata adottata con il voto di tutti i Sindaci dei Comuni associati, mentre la revoca è stata votata in prima battuta (delibera ARO n. 4 dell'1.6.2018) con la sola presenza di n. 4 Sindaci su 6 (assenti il Comune di Rutigliano ed il Comune di Valenzano), e in seconda battuta (delibera ARO n. 1 del 19.03.2019) con la presenza di n. 5 Sindaci su 6 (assente il Comune di Rutigliano) e comunque con il voto favorevole di soli 4 Sindaci (il Comune di Triggiano, tra l'altro Comune capofila, in sede di votazione si è astenuto).

Si contesta altresì che la delibera n. 1/2019 – così come le presupposte delibere nn. 3 e 4 del 2018 - è stata adottata in assenza del preventivo avviso di avvio del procedimento e di contraddittorio con la Società ricorrente interessata, evidenziandosi che, a seguito della sentenza n. 827/2019 del Consiglio di Stato, la Ecotecnica sarebbe titolare di una posizione di interesse ancora più qualificata, trattandosi dell'unica impresa rimasta in gara, per cui a fortiori l'Amministrazione avrebbe dovuto coinvolgerla nel procedimento.

La delibera gravata sarebbe inficiata anche da difetto di motivazione: essa, per un verso, ometterebbe di dare conto della gara svoltasi, delle procedure poste in essere, del cospicuo contenzioso sviluppatosi, delle stesse iniziative in autotutela dell'ARO e dell'AGER e, soprattutto, della posizione qualificata della odierna ricorrente, per altro verso, sarebbe priva di una congrua motivazione in ordine all'interesse pubblico invocato a supporto della decisione di revoca, contenendo un mero richiamo alle ragioni di interesse pubblico addotte a fondamento della delibera n. 4/2018, delle quali si conferma la "perdurante validità"; tali ragioni, secondo l'Assemblea, troverebbero conforto nella relazione economica redatta dai progettisti incaricati dall'ARO nell'ambito del procedimento di predisposizione del nuovo piano, acquisita dall'Assemblea dei Sindaci in data 11.03.2019, ma in ricorso si sostiene che non sarebbero state esplicitate le presunte criticità tecnico-economiche che avrebbero giustificato la revoca del piano industriale.

Quanto poi alla considerazione circa la "maggiore omogeneizzazione" del servizio nei vari Comuni, si tratterebbe di assunto generico e non dimostrato, così come non sarebbe dimostrato in che modo possa incidere sulla adeguatezza del piano industriale l'avvio del sistema di raccolta domiciliare anche nei tre Comuni che fino al 2015 non vi facevano ancora ricorso.

La 'relazione economica' dei progettisti incaricati della redazione del nuovo piano d'ambito non si esprimerebbe sulla adeguatezza del piano industriale revocato, limitandosi al calcolo dei costi del nuovo piano d'ambito, mediante un raffronto solo sul costo totale per ciascun Comune, e mettendo in evidenza, in apposite tabelle, la differenza tra il costo totale del servizio in base al nuovo piano e quello totale previsto per l'appalto 2015.

Confrontando la dichiarazione dell'offerta della Ecotecnica con il quadro economico dei nuovi servizi elaborato per ciascun Comune nella suddetta

relazione e, comunque, con il quadro riepilogativo riferito all'intero ARO, si comprenderebbe che la proposta formulata in gara dalla ricorrente (che aveva offerto un ribasso unico del 4,706%) comporta per ciascun Comune risparmi ulteriori rispetto al “nuovo” progetto d'ambito.

Inoltre, ove tali marginali scostamenti fossero effettivamente necessari (così come ipotizzato nella delibera n. 1/2019), gli stessi potrebbero trovare spazio anche a seguito dell'aggiudicazione del contratto alla Ecotecnica quali “migliorie” in sede di “Offerta Economica”, così come previsto dall'articolo 4 del “Capitolato Speciale d'Appalto”.

Infine si pone in rilievo che l'iniziativa di riesame del progetto e del piano industriale è partita, non già dall'Ufficio comune di ARO (vale a dire dalla struttura tecnica a ciò preposta), bensì dall'Assemblea dei Sindaci, quindi dall'organo di indirizzo politico (privo di competenza rispetto all'esercizio di funzioni di amministrazione attiva e di natura tecnico-amministrativa), che avrebbe autonomamente stabilito la sopravvenuta inadeguatezza del progetto del servizio unitario e, in ragione di ciò, incaricato i Dirigenti comunali preposti al Servizio Ambiente di ciascun Comune di predisporre gli atti conseguenti.

Infine si sottolinea in ricorso che tale situazione ha ingenerato la ripetizione di “gare-ponte” da parte dei singoli Comuni, in violazione del sistema di affidamento unitario imposto dalla legge della Regione Puglia n. 24/2012 e ss.mm.ii..

Medio tempore, con nota prot. n. 9045 del 27.03.2019, l'ARO resistente ha dato comunicazione, ex art. 7 della legge n. 241/1990, di avvio del procedimento di revoca degli atti della procedura di gara d'ambito per l'appalto del “*servizio unitario di spazzamento, raccolta, e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati*” (CIG 6437128611), dalla stessa indetta con bando pubblicato sulla GURI del 7.12.2015, nonché della riapertura del procedimento di riesame delle determinazioni di gara inerenti l'ATI

Ecotecnica - Igeco Costruzioni.

Con tale nota si fa presente che con la delibera n. 1 del 19.03.2019, di conferma della revoca dell'originario piano d'ambito, verrebbe meno l'atto presupposto per l'espletamento della relativa procedura di gara, con conseguenziale travolgimento e caducazione degli atti della gara stessa, e che inoltre, sotto altro ed autonomo profilo, preso atto, da parte dell'ARO, della pronuncia del Consiglio di Stato e della conseguente riapertura della gara e della reviviscenza della graduatoria per quanto concerne l'ATI Ecotecnica - Igeco, essendo venuti meno (per effetto della pronuncia di annullamento in appello) gli autonomi ed assorbenti motivi di esclusione cui nella determina di riesame, annullata, si faceva riferimento, una volta riattivato il procedimento, essa sarebbe tenuta a pronunciarsi in via definitiva sulle ulteriori circostanze che erano già emerse in quella sede e che non erano state vagliate per ragioni di economia procedimentale.

In data 26.04.2019, la Igeco Costruzioni ha fatto pervenire all'ARO 7/BA le proprie osservazioni.

Quindi, con provvedimento prot. n. 14860 del 21.05.2019, è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'ATI Ecotecnica - Igeco Costruzioni, per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs n. 163/2006, sotto i profili della omessa dichiarazione e della sussistenza di un grave errore professionale, consistente in una condotta illecita della Igeco Costruzioni, che ha comportato una condanna al risarcimento di ingenti danni pecuniari in favore di un soggetto pubblico; la gara è stata conseguentemente dichiarata deserta, non essendovi rimasti altri concorrenti in graduatoria; l'intera procedura di gara è stata revocata.

È seguito il provvedimento del Dirigente della Polizia Locale del Comune di Triggiano del 27.05.2019, comunicato a mezzo nota prot. 16039 del 31.05.2019, di presa d'atto delle suindicate determinazioni conclusive.

In data 3.6.2019 Ecotecnica ha presentato istanza di accesso all'ARO 7/BA,

che l'ha riscontrata il 14.06.2019.

Quindi con ricorso n. 790 del 2019 essa ha impugnato dinanzi a questo Tribunale i tre atti relativi alla procedura di gara sopra richiamati, deducendo le seguenti censure:

1) Illegittimità per incompetenza, violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 14, 14 bis e 16 della l.r. Puglia n. 24/2012 e s.m.i., difetto assoluto di attribuzione, violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost., nonché del principio di legalità, erronea presupposizione in fatto e in diritto, difetto di istruttoria, eccesso di potere, sviamento.

Sia l'atto di "riapertura del procedimento" comunicato alla ricorrente dalla P.A. in data 28.03.2019 sia quello "conclusivo" comunicato il 22.05.2019 risultano sottoscritti, oltre che dal Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO 7/BA, altresì dal commissario *ad acta* dell'ARO 7/BA, il quale si qualifica come tale, pur non essendo in corso alcuna situazione di "commissariamento" dell'ARO, i cui organi sono pienamente operativi.

Da qui il vizio di incompetenza e, comunque, di difetto di attribuzione di poteri.

Inoltre ciò non terrebbe conto delle specifiche statuizioni espresse sul punto dal Consiglio di Stato, che, al capo 7 della sentenza n. 827/2019, pronunciandosi sullo specifico motivo di ricorso della Tekra, ha affermato che la competenza all'adozione degli atti di gara resta sempre concentrata in capo all'ARO, mentre, quanto all'AGER, è legittima la sua manifestazione di volontà nell'ambito degli atti endoprocedimentali, visti i poteri di controllo riconosciuti dall'art. 9 della l.r. Puglia n. 24/2012.

2) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 3 Cost., violazione del contraddittorio procedimentale, disparità di trattamento, erronea presupposizione in fatto e in diritto, carenza di istruttoria, eccesso di potere per sviamento, ingiustizia grave e manifesta.

Ecotecnica lamenta che la P.A. abbia instaurato il contraddittorio procedimentale con la mandante del costituendo raggruppamento, sebbene questa non fosse abilitata ad interloquire con la stessa, giusta previsione di cui all'art. 37, comma 16, del d.l.gs. n. 163/2006.

Peraltro anche l'ATI costituenda dovrebbe considerarsi quale unico centro di interessi, stante l'unica offerta presentata, e la designazione della futura capogruppo sarebbe atto già sufficiente a determinare la rappresentanza ai fini della gara.

3) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.l.gs. n. 163/2006, erronea presupposizione in fatto e in diritto, carenza di istruttoria, eccesso di potere per sviamento, ingiustizia grave e manifesta, violazione dell'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000, difetto di motivazione.

Ecotecnica, a seguito dell'adozione dell'interdittiva antimafia nei confronti di Igeco Costruzioni, con comunicazione inoltrata in data 5.11.2018 a tutti i Comuni associati all'ARO 7/BA e depositata in giudizio, ha dato la propria disponibilità ad assumere anche le quote del servizio di Igeco Costruzioni (mandante del costituendo RTI), essendo tale ipotesi espressamente prevista dall'art. 37, comma 19, del d.l.gs. n. 163/2006 e dall'art. 95 del d.l.gs. n. 159/2011 ed essendo comunque in possesso di tutti i requisiti di gara. Analoga dichiarazione aveva formulato in precedenza, a seguito delle contestazioni mosse nel provvedimento di autotutela del 2017.

Ma ciò sarebbe stato ignorato dall'ARO, che ha continuato ad agire imputando alla Ecotecnica presunte carenze di requisiti le quali atterrebbero, invece, alla posizione della mandante.

Inoltre si contesta la fondatezza delle ragioni dell'esclusione del RTI avente la ricorrente come capogruppo.

L'art. 38, comma 1, lett. f), d.l.gs. 163/2006 stabilisce che sono esclusi dalle

procedure 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 da parte della stazione appaltante”*.

Nella disposizione qui considerata si distinguono due diverse fattispecie, non sovrapponibili fra loro: a) ipotesi di grave negligenza o malafede commesse in esecuzione di prestazioni commesse ai danni della medesima stazione appaltante che bandisce la gara; b) ipotesi di grave errore nell’esercizio dell’attività professionale dell’impresa.

Per il caso in esame deve farsi riferimento solo alla seconda di tali fattispecie, essendo stati contestati al raggruppamento episodi e condotte commesse nei confronti di soggetti diversi dalla stazione appaltante ARO 7/BA e, precisamente, riguardanti rapporti intercorsi tra la Igeco Costruzioni e – rispettivamente- il Comune di Cellino San Marco e la Snamprogetti.

Al riguardo, dottrina e giurisprudenza ritengono che l’errore nell’esercizio dell’attività professionale include qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore economico, compresi i casi di esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte di esso (T.a.r. Lombardia, Milano, IV, n. 2175/2015). Inoltre, la lata formula utilizzata dal legislatore fa sì che la causa di esclusione in esame sia sganciata da quelle, specifiche e tipizzate, dettate da risvolti penali di cui alle lettere c) e h) del medesimo art. 38 (T.a.r. Campania, Napoli, VII, n. 2174/2015). Si aggiunge che la presenza dell’aggettivo “grave” indurrebbe a ritenere necessario, ai fini dell’esclusione, che l’Amministrazione dia conto, con atto motivato, della gravità dell’errore professionale commesso e del rilievo che tale elemento ha sull’affidabilità dell’impresa e sull’interesse pubblico a stipulare un contratto con essa.

Rileverebbero, sotto tale profilo, pregressi provvedimenti di revoca, risoluzione, decadenza sanzione, legati all'inadempimento di un precedente contratto, anche aggiudicato da un'Amministrazione diversa da quella che bandisce la gara.

Ne resterebbero invece esclusi i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento.

Il Consiglio di Stato avrebbe escluso che gli estremi del grave errore professionale possano essere automaticamente ricavati da procedimenti penali nei confronti di esponenti dell'impresa concorrente, per i rischi di sovrapposizione della causa ostativa di cui alla lettera f) dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 con quella autonoma prevista dalla lettera c) della medesima disposizione, anche in questo caso in violazione del principio di tassatività della cause di esclusione.

Qualora poi la stazione appaltante desuma da procedimenti penali l'esistenza di fatti idonei ad integrare gli estremi del grave errore professionale, ha l'onere di una puntuale descrizione di tali fatti stessi e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario.

Le condotte della Igeco Costruzioni poste alla base del nuovo procedimento in autotutela e della esclusione del raggruppamento non avrebbero alcuna attinenza con la fattispecie del "grave errore professionale" prevista dalla suddetta norma, tant'è che la Commissione di gara non aveva rinvenuto alcuna annotazione in proposito nel Casellario informatico dell'ANAC.

Con particolare riferimento alla vicenda del Comune di Cellino San Marco, l'esclusione del raggruppamento è così motivata: a) l'ATI avrebbe dovuto dichiarare in sede di gara, ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, il provvedimento emesso dal Prefetto di Brindisi di cui all'art. 32, comma 8, del d.l. n. 90/2014 e, in particolare, la dichiarazione avrebbe dovuto vertere sulla vicenda contrattuale complessivamente emersa, ivi

compresi i provvedimenti adottati dal Giudice penale nei confronti del sig. -OMISSIS-; b) la relativa omissione dichiarativa comporta l'automatica esclusione del raggruppamento ai sensi dell'art. 38 citato; c) in disparte tale profilo, gli accadimenti rilevati sono idonei a compromettere il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante ed il potenziale contraente, per come le relative vicende sono descritte nei provvedimenti del Prefetto e dell'ANAC e nei provvedimenti cautelari del Giudice penale. La consistenza di tali addebiti è poi corroborata dalla sentenza ex art. 444 c.p.p. del GIP del Tribunale di Brindisi menzionata a pag. 10 del provvedimento di interdittiva antimafia del 3.10.2018, nonché dalla circostanza della perdurante influenza del Sig. -OMISSIS-, emergente sempre da quest'ultimo provvedimento e, più in generale, dal rilievo che la Prefettura ha attribuito alla vicenda del Comune di Cellino San Marco nell'emissione dell'interdittiva antimafia.

Si assume in ricorso che le contestazioni relative alla vicenda di Cellino San Marco sarebbero coperte dal giudicato della sentenza n. 827/2019 del Consiglio di Stato, il quale ne è già venuto a conoscenza, sebbene non vi abbia espressamente statuito.

Inoltre la Igeco Costruzioni non avrebbe mai taciuto alla stazione appaltante la sussistenza del predetto procedimento penale a carico del Sig. -OMISSIS-, avendo in sede di gara reso apposita dichiarazione datata 2.3.2006 circa i soggetti cessati da cariche amministrative presso la società ed informato l'ARO dell'ordinanza n. 2762/2013 del Tribunale di Brindisi, di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari a carico dello stesso, nonché dei successivi provvedimenti di riforma della suddetta misura.

In particolare, si contestava al Sig.-OMISSIS-il pagamento di tangenti all'allora Sindaco del Comune di Cellino San Marco e ad altri componenti della Giunta in cambio di vantaggi nell'espletamento del servizio di igiene

urbana (precisamente, nomina di un direttore dell'esecuzione gradito all'impresa, aumento del corrispettivo contrattuale, approvazione di una variante urbanistica per l'allocazione del centro di raccolta dei materiali).

A fronte di tali fatti, la Prefettura di Brindisi, su proposta del Presidente dell'ANAC, ha adottato la misura di sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, comma 8, del d.l. n. 90/2014 convertito con modifiche in legge n. 114/2014.

Con sentenza del 12.02.2019 il Tribunale di Brindisi ha dichiarato di non doversi procedere nei confronti del Sig. -OMISSIS-.

Pertanto dall'esame dei suddetti provvedimenti non si evincerebbe alcun fatto da qualificarsi come "grave errore professionale" di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), citato.

Gli episodi corruttivi presi in considerazione, seppure presumibilmente commessi "in occasione" dell'esecuzione del servizio, non concretizzerebbero di per sé alcuna violazione dei doveri di natura professionale scaturenti dal contratto e, come tali, non sarebbero in grado di minare l'affidabilità professionale dell'impresa.

Si sottolinea anche che nel Casellario informatico dell'ANAC non vi è alcuna annotazione.

Non essendo intervenuto alcun provvedimento del novero di quelli rilevanti per le finalità di cui alla lettera f) dell'art. 38 in esame (es. risoluzione, revoca, decadenza, rescissione del contratto), secondo la prospettazione di parte ricorrente, non vi era alcun onere dichiarativo di tali fatti da parte dell'impresa; né tantomeno le vicende inerenti i presunti fatti corruttivi commessi dal Sig. -OMISSIS-configurerebbero il grave errore professionale idoneo ad escludere il concorrente.

Con particolare riferimento alla vicenda della gara indetta da Snamprogetti, l'esclusione del raggruppamento è invece così motivata: a) l'ATI aveva l'onere di dichiarare in gara anche le vicende relative agli episodi di

corruzione nell'ambito degli appalti pubblici indetti da Enipower, Enelpower e Snamprogetti, essendole preclusa qualsiasi autonoma valutazione in ordine alla pertinenza e alla gravità delle stesse con riferimento alla gara in esame; b) la suddetta vicenda, per come emerge dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 28299 del 10.11.2015, denota la sussistenza di un grave errore professionale, consistente in una condotta illecita che ha comportato una condanna al risarcimento di danni pecuniari in favore di un soggetto pubblico.

Si assume che i fatti posti a base delle sentenze menzionate sarebbero ben noti alle cronache giudiziarie.

Vi sarebbe motivo di ritenere che la P.A., ancor prima di inoltrare apposita contestazione alla ricorrente, fosse già a conoscenza del contenuto della sentenza e, in virtù di ciò, fosse già in grado di verificare la manifesta irrilevanza dei fatti ivi illustrati ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006.

Peraltro neppure di tale vicenda vi sarebbe traccia nel Casellario informatico dell'ANAC.

Inoltre nulla è detto nel provvedimento gravato circa il concreto addebito rivolto alla Igeco Costruzioni e, soprattutto, non sarebbero illustrate le condotte eventualmente integranti il grave errore professionale.

Come si evince dalla lettura della sentenza della Corte di Cassazione del 10.11.2015 (che peraltro cassa con rinvio la sentenza d'appello impugnata), ai vertici della Igeco Costruzioni si contestava in sede penale il pagamento di una tangente ad un funzionario della Snamprogetti in cambio di informazioni per realizzare la migliore offerta nell'ambito di una gara d'appalto per la posa in opera di tubazioni, fognature e canali per il completamento della centrale termoelettrica Enipower di Brindisi.

Si tratterebbe, perciò, di un episodio non riguardante l'esecuzione di un contratto di appalto e, come tale, non integrante l'errore professionale ex

art. 38, lett. f), così come interpretato dalla giurisprudenza consolidata.

4) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, difetto di motivazione - erronea presupposizione in fatto e in diritto, carenza di istruttoria, eccesso di potere per sviamento, ingiustizia grave e manifesta.

Viene contestata anche la disposizione finale, contenuta nel provvedimento del 21.05.2019 e nella successiva presa d'atto da parte del Dirigente della Polizia Locale del Comune di Triggiano, circa la revoca integrale della procedura di gara; essa risulterebbe priva di motivazione e non suffragata dai presupposti dell'art. 21*quinquies* della legge n. 241/1990, se non con un mero riferimento in premessa alla delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO n. 1 del 19.03.2019.

Mancherebbe la valutazione dell'interesse pubblico idoneo a sorreggere la decisione di revoca integrale degli atti della procedura.

Anche nel giudizio in esame si sono costituiti l'Associazione ARO 7/BA "Entrotterra Pianura, che ha depositato documentazione, ed il Direttore generale pro tempore dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER, in qualità di commissario ad acta dell'ARO n. 7 "Entrotterra Pianura".

A fronte dell'adozione degli atti impugnati dinnanzi a questo Tribunale con ricorso n. 790/2019 appena esaminato, Ecotecnica ha altresì proposto davanti al Consiglio di Stato il ricorso n. 3718/2019 (comprensivo anche di motivi aggiunti) per chiedere l'ottemperanza alla sentenza di tale Giudice n. 827 del 2019.

Con la sentenza n. 144 dell'8.1.2020 il suddetto ricorso è stato respinto sul rilievo che il potere di autotutela può essere esplicito più volte, per cui l'annullamento in sede giurisdizionale dell'esclusione in autotutela della ricorrente non impedisce all'Amministrazione di agire nuovamente in autotutela vagliando ulteriori profili in precedenza non esaminati per

ragioni di economia procedimentale.

Il Consiglio di Stato ha perciò affermato che il ricorso dovesse essere riassunto, come ricorso ordinario, dinanzi al Tar Puglia-Bari.

Con ricorso n. 142 del 2020 Ecotecnica ha dunque provveduto alla riassunzione, nuovamente impugnando gli atti già gravati con il ricorso n. 790 del 2019.

Essa ha riprodotto le censure già dedotte in quest'ultimo ricorso, assumendo altresì che il piano industriale posto a base di gara (sulla base del quale la Ecotecnica ha formulato la propria offerta) risulterebbe tuttora valido ed efficace, in quanto l'Amministrazione ha disposto la revoca in autotutela di un piano industriale "obsoleto" e mai messo a gara.

Più precisamente la procedura di gara di cui di cui si discute è stata indetta mediante determinazione n. 865 del 26.11.2015 del Responsabile del 5° Settore Polizia Locale del Comune di Noicattaro, capofila dell'ARO, che, a quel tempo, svolgeva la funzione di Dirigente dell'Ufficio comune di ARO, ponendo a base di gara gli elaborati progettuali del piano industriale così come approvati dall'Assemblea di Sindaci dell'ARO con propria deliberazione n. 4 del 7.10.2015.

Tuttavia L'ARO 7/BA ha disposto la revoca in autotutela del piano industriale approvato con deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci n. 1 del 10.02.2015, diverso, perciò, da quello posto a base di gara.

La differenza tra i due piani (quello approvato con delibera dell'Assemblea dei Sindaci n. 1/2015 e quello approvato con delibera dell'Assemblea n. 4/2015) sarebbe sostanziale ed evidente.

Si sono costituiti in giudizio la Società Tekra, l'Associazione dei Comuni dell'Ambito di Raccolta Ottimale n. 7/BA "Entrotterra Pianura" e l'Agenzia territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti.

L'ARO 7 e l'AGER hanno prodotto documentazione.

Fissata l'udienza pubblica del 13.05.2020 per i tre ricorsi in esame, con

ordinanze nn. 678, 679 e 680, tutte del 14.05.2020, è stato disposto un rinvio all'udienza dell'8.7.2020, su istanza di parte, in considerazione della sospensione dei termini e della rappresentata necessità di una discussione orale, allora preclusa *ex lege* per l'emergenza covid 19.

Quindi in relazione ai tre giudizi qui in rilievo le parti hanno depositato documentazione e memorie difensive.

In particolare, la ricorrente ha depositato una memoria unica, nella quale ha in primis eccepito l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Tekra in relazione al ricorso n. 142/2020 e ha ribadito le deduzioni svolte nei tre ricorsi in rilievo.

L'ARO 7 e l'AGER, con separate memorie, hanno rilevato l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso introduttivo n. 971/2018, a seguito di adozione della delibera 1/2019, oggetto dei motivi aggiunti.

Con memorie riferite a ciascuno dei ricorsi in esame, esse hanno altresì controdedotto alle censure di parte avversa.

Infine la ricorrente ha prodotto una memoria di replica, corredata di una relazione tecnica di parte.

Nell'udienza tenutasi in modalità telematica in data 8.7.2020, all'esito anche della discussione orale da remoto delle parti, i ricorsi in epigrafe sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve disporsi la riunione dei ricorsi in epigrafe, stante l'evidente connessione soggettiva ed oggettiva tra gli stessi.
2. Sempre in via pregiudiziale deve disaminarsi l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Tekra in relazione al ricorso n. 142/2020, mossa da Ecotecnica.

Deve evidenziarsi l'erroneità dell'assunto da cui muove quest'ultima. Essa

ha, infatti, notificato il ricorso a Tekra con pec in data 6.2.2020, per cui non si ravvisa alcun intervento.

3. Si ritiene di partire con l'esame del ricorso n. 971/2018, comprensivo di gravame introduttivo e di motivi aggiunti, con cui si contesta la revoca della *“delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani”*.

4. In primo luogo va dichiarato improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso introduttivo, con cui si è impugnata la delibera dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA n. 4 dell'1.6.2018, unitamente a quella presupposta n. 3 in data 7.5.2018.

In proposito deve rilevarsi, infatti, che la successiva delibera n. 1 adottata sempre dell'Assemblea dei Sindaci dell'ARO 7/BA il 19.03.2019, recante *“Preso d'atto della sentenza del Consiglio di Stato n.00827/2019 – Conferma Revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii avente ad oggetto l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani”*, richiama il contenuto di quella gravata col gravame introduttivo, arricchendolo con ulteriori valutazioni e considerazioni anche alla luce degli eventi medio tempore sopravvenuti, perciò superandola e sostituendola del tutto.

5. Occorre poi precisare che, differentemente da quanto assunto dalla ricorrente, la revoca oggetto delle delibere richiamate riguarda il progetto concernente la gestione associata del servizio *de quo* approvato con delibera n. 1 del 2015, come successivamente modificata.

In primis nello stesso oggetto si legge *“revoca delibera n. 1 del 10/02/2015 e ss.mm.ii”*, con ciò significando che la revoca riguarda il progetto, non già nella versione originaria, bensì in quella risultante a seguito delle modifiche successivamente apportate, approvato con le ulteriori delibere del 2015.

A ciò deve aggiungersi che nella parte motiva viene fatto un richiamo di

queste ultime.

5.1. Pertanto risulta infondato il rilievo sopra riportato di parte corrente, in verità fatto nel ricorso n. 142 del 2020 (laddove si contesta l'asserita erroneità di uno dei presupposti della revoca degli atti della procedura di gara d'ambito per l'appalto del "*servizio unitario di spazzamento, raccolta, e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati*", assumendo che il progetto posto a base di gara in realtà non sarebbe stato revocato).

6. Fatta questa dovuta rilevante precisazione, innanzi tutto deve affermarsi l'infondatezza del vizio di incompetenza dedotto con i motivi aggiunti al ricorso n. 971 del 2018.

Si rammenta in proposito che Ecotecnica ha sostenuto che il provvedimento impugnato sarebbe affetto da incompetenza sotto più profili.

Essa ha invocato il principio del c.d. *contrarius actus* per assumere che, essendo stato il piano industriale posto a base di gara preventivamente sottoposto all'approvazione dei Consigli Comunali dei sei Comuni aderenti all'ARO 7/BA, ai fini della decisione di revoca del medesimo avrebbero dovuto essere interpellati tali Consigli Comunali, per la sua formale approvazione, mentre ciò non sarebbe avvenuto.

Inoltre ha rilevato che, ai sensi dell'art. 42 TUEL, spetta al Consiglio comunale, tra gli altri compiti, l'approvazione di tutte le determinazioni dell'Ente in grado di incidere sul bilancio comunale.

Ancora ha asserito che il coinvolgimento dei rispettivi Consigli comunali sarebbe ulteriormente supportato dall'art. 5 ("Compiti dell'Assemblea") della Convenzione istitutiva dell'ARO sottoscritta in data 21.03.2013, ove, alla lettera c), si prevede espressamente: "*Adozione proposta di progetto unico del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani per l'intero territorio dell'A.R.O., da sottoporre ai Consigli Comunali dei Comuni associati, per la formale approvazione*", concludendo che l'Assemblea avrebbe il compito di

adottare la sola “proposta” anche di revoca, da approvarsi da parte dei Consigli dei Comuni associati.

Infine ha rimarcato che la delibera n. 1 del 10.02.2015 (oggetto di revoca) è stata adottata con il voto di tutti i Sindaci dei Comuni associati, mentre la revoca è stata votata in prima battuta (delibera ARO n. 4 dell’1.6.2018) con la sola presenza di n. 4 Sindaci su 6 (assenti il Comune di Rutigliano ed il Comune di Valenzano), e in seconda battuta (delibera ARO n. 1 del 19.03.2019) con la presenza di n. 5 Sindaci su 6 (assente il Comune di Rutigliano) e comunque con il voto favorevole di soli 4 Sindaci (il Comune di Triggiano, tra l’altro Comune capofila, in sede di votazione, si è astenuto).

6.1. Sul punto si rende preliminarmente necessario una breve excursus normativo della materia in esame.

Il legislatore statale ha riorganizzato il servizio di gestione dei rifiuti urbani per ambiti territoriali ottimali, statuendo, all’art. 3 bis (*“Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali”*), comma 1 bis, del d.l. n. 138 del 2011: *“Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all’utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli Enti di Governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente.”*

Da tale disposizione si evince che: a) gli Enti di Governo (qui l’assemblea dell’ARO) sono titolari di una competenza *ex lege* esclusiva in materia di organizzazione, scelta di forma di gestione e affidamento del servizio stesso (mentre in tali materie non vi è alcuna autonoma competenza dei Consigli Comunali); b) la partecipazione dei Comuni all’ARO è obbligatoria.

Anche la l.r. n. 24/2012, all'art. 14, prevede obbligatoriamente la partecipazione dei Comuni alla gestione associata dei servizi.

6.2. È perciò evidente che l'art. 42 del TUEL deve necessariamente retrocedere rispetto alla richiamata norma speciale del 2011, nonché alla normativa regionale, per giunta cronologicamente successiva.

6.3. Neanche si può ritenere violata la convenzione istitutiva dell'ARO, che invece costituisce attuazione di quanto disposto dall'art. 3 bis, comma 1 bis, del dl. n. 138/2011 e che quindi a maggior ragione deve essere interpretata conformemente alla fonte normativa da cui proviene.

Infine non si ravvisa la dedotta violazione del principio del *'contrarius actus'*, atteso che l'approvazione del progetto relativo alla gestione associata del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, unitamente al piano industriale, era avvenuta da parte dell'Assemblea dei Sindaci, mentre la successiva approvazione ad opera dei Consigli Comunali aveva solo un valore politico, finalizzato al coinvolgimento delle comunità, senza nulla aggiungere alla piena ed autonoma efficacia delle delibere dell'organo di governo dell'ARO.

6.4. Neppure assume rilievo la circostanza, rimarcata da Ecotecnica, che non tutti i Sindaci fossero presenti e che il Sindaco del Comune di Triggiano, capofila, pur presente, si sia astenuto; la ricorrente non allega alcuna previsione che richiedesse l'unanimità per la validità della delibera, promanante – si ribadisce – non da ogni singolo Comune, bensì dall'ARO.

7. Destituita di fondamento è anche la doglianza con la quale si contesta il mancato avviso di avvio del procedimento.

La ricorrente lamenta al riguardo la conseguente assenza di contraddittorio, che invece si sarebbe dovuto garantire, a maggior ragione in forza della propria posizione di interesse ancora più qualificata derivante dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 827/2019.

7.1. In primo luogo deve evidenziarsi che il piano oggetto della revoca

disposta con il provvedimento censurato s'inquadra pacificamente negli atti di pianificazione e programmazione, per i quali l'art. 13 della legge n. 241/1990 dispone espressamente l'esclusione dall'applicazione delle norme in materia di partecipazione al procedimento.

7.2. Deve poi considerarsi che, a seguito di quanto disposto dal Giudice d'appello nella richiamata sentenza, il raggruppamento che vede Ecotecnica quale mandataria si è semplicemente trovato collocato al primo posto nella gara per l'affidamento del servizio in parola, ma certamente non è risultato aggiudicatario definitivo, dovendo essere ancora eseguite le verifiche sul possesso dei requisiti in capo alle Società sue componenti.

8. Quest'ultimo dato assume rilievo anche nella valutazione degli interessi coinvolti ai fini della decisione se revocare o meno il piano di raccolta dei rifiuti oggetto della gara in questione.

8.1. Come si legge nella delibera n. 1/2019, l'ARO, posto l'interesse generale a disporre la revoca – sul quale si tornerà nel prosieguo della disamina - correttamente ha considerato: *“non può dirsi giuridicamente apprezzabile, in quanto necessariamente recessivo rispetto agli interessi di rango pubblico sopra richiamati, il contrapposto interesse del privato alla conservazione degli atti di gara, anche perché non è ravvisabile in capo al medesimo alcuna posizione consolidata tale da meritare qualificato affidamento. Infatti solo con l'intervento dell'aggiudicazione definitiva l'interessato acquista una posizione giuridica qualificata, meritevole di specifico apprezzamento, potendo fino a quel momento vantare nient'altro che una mera aspettativa alla conclusione in suo favore del procedimento di evidenza pubblica. Ciò a maggior ragione ove si rammenti che nella stessa disciplina della gara in questione (pag. 36 del Disciplinare) era espressamente previsto che “la stazione appaltante si riserva il diritto di: a) non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto contrattuale in conformità a quanto previsto dall'art. 81 D.lgs n. 163/2006; b) (...) reindire o non aggiudicare la gara motivatamente; c) non stipulare il contratto, anche quando sia intervenuta in precedenza l'aggiudicazione”.*”.

È evidente, perciò, che, in ragione della posizione ricoperta dal costituendo raggruppamento capeggiato da Ecotecnica l'interesse privato dello stesso non era tale da prevalere su quello pubblico alla rivisitazione del piano e, perciò, alla presupposta revoca di quello in precedenza approvato.

9. La sussistenza di valide ragioni di opportunità alla base di tale revoca e quindi di un interesse generale a procedere in tal senso emerge poi dalla stessa lettura della delibera qui gravata e degli atti presupposti, ivi richiamati.

9.1. In particolare, l'Assemblea rileva che *“a distanza di quasi tre anni dalla sua presentazione il Piano Industriale non risulta più adeguato agli sviluppo gestionali recenti e presenta delle criticità prima fra tutte i proventi decisamente più elevati di quelli reali; si ravvisa la necessità di procedere ad un aggiornamento/ adeguamento del Piano industriale, sia per via delle evoluzioni tecnologiche che per i miglioramenti delle performances di igiene urbana conseguiti dai singoli Comuni dell'ARO”*.

9.2. Deve rammentarsi che in precedenza, prima che fosse adottata la delibera n. 4/2018, con cui già era stata disposta la revoca del piano, superata da quella qui in esame, con delibera n. 3/2018 l'Assemblea dei Sindaci aveva dato indirizzo ai dirigenti del Servizio Ambiente dei Comuni aderenti di predisporre apposita relazione da cui si evincessero eventuali ragioni tecniche ed economiche per le quali si sarebbe potuto ritenere opportuno procedere ad un riesame del progetto d'ambito.

All'esito di quest'ultima delibera: il Comune di Rutigliano, rilevando l'inadeguatezza del piano, aveva posto l'accento sulla variazione del costo del personale e del flusso dei rifiuti, sulla presenza di nuove zone da servire e sui maggiori oneri rispetto a quelli pianificati per assicurare il trasferimento ed il conferimento dei rifiuti urbani differenziati per le sopravvenute carenze impiantistiche; il Comune di Triggiano, pur ritenendo di dover confermare il piano industriale, aveva tuttavia ritenuto necessario un aggiornamento normativo dello stesso ed una rivisitazione tecnica, su

eventuale indicazione dell'organo politico; il Comune di Valenzano aveva affermato la necessità di un riesame del progetto, in considerazione del tempo trascorso dalla sua approvazione; il Comune di Cellamare aveva ritenuto l'opportunità di verificare la validità tecnica del piano industriale, considerati il tempo trascorso dalla sua approvazione e i miglioramenti alla raccolta differenziata intervenuti; il Comune di Capurso aveva ritenuto la necessità di eseguire nuove valutazioni sulla variazione di costi del personale, dei flussi dei rifiuti e dei dati relativi al numero di utenze domestiche e non domestiche presenti sul territorio; il comune di Noicattaro aveva ritenuto il piano industriale superato, non adeguato alle esigenze dei Comuni e non rispettoso dei principi di economicità e di efficienza.

Da qui la decisione di revocare il piano industriale.

9.3. Successivamente, preso atto della sentenza del Consiglio di Stato sopra citata, in data 11.03.2019 l'Assemblea dei Sindaci ha acquisito una dettagliata relazione economica dalla quale sono emerse ragioni valide per procedere all'elaborazione di un nuovo piano, sostitutivo del precedente.

In particolare, da tale relazione si evince *“la complessiva maggior omogeneizzazione tra tutti i Comuni delle modalità di progettazione ed esecuzione dei servizi; ciò in ragione del fatto che diversamente da quanto accadde nel 2015, in cui solo tre dei sei comuni avevano già a regime il sistema di raccolta domiciliare, attualmente per effetto delle gare ponte medio tempore svolte dalle singole amministrazioni ai sensi dell'art. 24 l.r. 24/2012, tutti i Comuni dell'ARO si avvalgono di tale sistema e pertanto le stime previsionali dei costi e dei fabbisogni è stata operata sulla base non di mere proiezioni ma sulla scorta di dati storici derivanti dallo svolgimento di servizi analoghi a quelli da porre a base di gara.”*

Si legge ancora nella delibera impugnata: *“In[soli] due casi (Cellamare e Rutigliano), emerge attualmente invece un maggior costo, dovuto però alla ricordata rimodulazione ed implementazione dei servizi, frutto di una precisa scelta delle due*

amministrazioni di segno opposto rispetto alla precedente progettazione. Ai fini inoltre della determinazione del costo complessivo del capitolo di spesa si è resa infine necessaria una rimodulazione dei costi di smaltimento e/o ricavi, in quanto tali voci di costo sono estremamente variabili e quindi necessitano di costante aggiornamento.

Ai fini inoltre della determinazione del costo complessivo del capitolo di spesa si è resa infine necessaria una rimodulazione dei costi di smaltimento e/o ricavi, in quanto tali voci di costo sono estremamente variabili e quindi necessitano di costante aggiornamento.”.

9.4. Il Collegio ravvisa, pertanto, un'attenta valutazione della situazione sopravvenuta, da parte dell'ARO resistente, che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ravvisando valide ragioni di opportunità, ha disposto la revoca in questa sede contestata.

9.5. Ne deriva che il provvedimento gravato appare conforme alla previsione di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 e s.m.i..

10. Da parte di Ecotecnica, che contesta puntualmente le considerazioni svolte da tale Amministrazione, si assiste al tentativo di sostituirsi alla stessa nella valutazione di tali ragioni e di condurre questo Giudice a farlo, il che evidentemente è precluso, in quanto ciò significherebbe impingere nel merito.

11. Né certamente può condividersi il suo assunto secondo cui la propria offerta in gara consentirebbe comunque di garantire lo svolgimento del servizio in adeguamento a quanto emerso e rappresentato in parte motiva nella delibera n. 1/2019.

Evidentemente, stante l'inadeguatezza del piano in precedenza approvato e posto a base di gara, sul piano che sarà elaborato avuto riguardo alle esigenze *medio tempore* emerse, sarà predisposta una nuova gara, alla quale potrà eventualmente partecipare anche Ecotecnica.

12. Infine risulta infondato l'ultimo dei motivi formulati, con cui la ricorrente asserisce l'incompetenza dell'Assemblea ad adottare i

provvedimenti gravati.

Come si è già evidenziato prima, l'art. 3 bis, comma 1 bis, del d.l. n. 138/2011 attribuisce all'Ente di Governo la competenza esclusiva in materia di organizzazione e gestione del servizio di igiene urbana a livello di ambito.

13. Alla luce di quanto rilevato e considerato i motivi aggiunti al ricorso n. 971/2018 sono infondati e devono conseguentemente essere respinti.

14. Pertanto il richiamato ricorso è in parte improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse (gravame introduttivo), ed in parte infondato.

15. Passando all'esame dei riuniti ricorsi nn. 790/2019 e 142/2020 (quest'ultimo in riassunzione del giudizio per l'ottemperanza n. 3718/2019 dinanzi al Consiglio di Stato, a seguito della sentenza di tale organo n. 144/2020), con gli stessi si contestano i provvedimenti con cui sono state disposte l'esclusione del raggruppamento costituito da Ecotecnica ed Igeco Costruzioni e la revoca degli atti della gara del servizio unitario di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e servizi annessi bandita dall'ARO resistente.

16. In primo luogo Ecotecnica deduce l'incompetenza, contestando che sia l'atto di "riapertura del procedimento" comunicato alla ricorrente dalla P.A. in data 28.03.2019 sia quello "conclusivo" comunicato il 22.05.2019 risultano sottoscritti, oltre che dal Dirigente dell'Ufficio comune di ARO 7/BA, altresì dal commissario *ad acta* di detta ARO, il quale si qualifica come tale, pur non essendo in corso alcuna situazione di "commissariamento" dell'ARO stessa, i cui organi sono pienamente operativi.

Aggiunge al riguardo che il Consiglio di Stato, al capo 7 della sentenza n. 827/2019, pronunciandosi sullo specifico motivo di ricorso della Tekra, ha affermato che la competenza all'adozione degli atti di gara resta sempre

concentrata in capo all'ARO.

16.1. Il motivo è privo di fondamento.

16.2. Deve considerarsi sul punto che con delibera del Presidente della Regione Puglia n. 527/2016 è stato affidato tale incarico di commissario *ad acta* al Direttore generale *pro tempore* dell'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio regionale dei rifiuti - AGER per monitorare gli ARO. Il suddetto incarico è stato prorogato con DPRP n. 53 del 6.2.2017.

16.3. Inoltre, a sfornire di fondatezza la censura in esame, vi è la circostanza che detti atti risultano firmati anche dal dirigente dell'ARO, la cui competenza non viene messa in discussione in ricorso.

17. Con ulteriore motivo Ecotecnica lamenta che la P.A. abbia instaurato il contraddittorio procedimentale con la mandante del costituendo raggruppamento, sebbene questa non fosse abilitata ad interloquire con la stessa, dato detto suo ruolo al suo interno.

17.1. Come correttamente evidenziato dalla resistente Associazione dei Comuni, non si ravvisa alcun interesse, in capo ad Ecotecnica, a fare il richiamato rilievo: essa, infatti, è stata comunque coinvolta in sede endoprocedimentale, mentre l'interlocuzione con la mandante Igeco era funzionale ad acquisire dalla medesima elementi di valutazione, tenuto conto che l'esclusione del R.T.I., poi disposta, è stata determinata proprio da fatti alla stessa riferibili.

18. Nel merito, deve considerarsi che, come si è in precedenza evidenziato in questa disamina, certamente la revoca, di cui questo Tribunale ha accertato e dichiarato la legittimità, concerne il piano industriale di raccolta dei rifiuti posto a base della gara.

18.1. Essa costituisce legittimamente uno dei presupposti della revoca degli atti di gara censurata appunto con i ricorsi nn. 790/2019 e 142/2020.

È evidente, infatti, che essendo venuto meno il piano di raccolta dei rifiuti sul quale doveva plasmarsi il servizio oggetto di gara, il servizio stesso non

può più essere espletato secondo dette modalità. Pertanto la prosecuzione della gara non sarebbe giustificata da alcun interesse pubblico né sarebbe più di utilità per la stazione appaltante.

18.2. Peraltro il disciplinare di gara espressamente prevedeva: *“la stazione appaltante si riserva il diritto di: a) non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto contrattuale in conformità a quanto previsto dall’art. 81 D.lgs n. 163/2006; b) (...) reindire o non aggiudicare la gara motivatamente; c) non stipulare il contratto, anche quando sia intervenuta in precedenza l’aggiudicazione”*.

19. Altro presupposto della revoca degli atti di gara è l’esclusione del raggruppamento Ecotecnica-Igeco, unico concorrente rimasto in gara, disposta all’esito di una nuova verifica del possesso dei requisiti, per effetto della quale la gara stessa è risultata andata deserta.

20. In proposito occorre una precisazione preliminare.

Si rammenta che detto raggruppamento era già stato escluso per un’assunta non corretta formulazione dell’offerta economica. L’ARO resistente, per ragioni di economia procedimentale, ha ritenuto in quella sede di non vagliare altri motivi di esclusione.

Detta esclusione è stata annullata con sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019; all’esito dei giudizi decisi con detta sentenza, il raggruppamento *de quo* è risultato primo in gara.

Tuttavia, come lo stesso Consiglio di Stato ha affermato nella sentenza n. 144 del 2020: *“Trova [...] applicazione nel nostro ordinamento la diversa teorica del c.d. one shot temperato per la quale, ad evitare che l’amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, è dovere della pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l’avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2016, n. 4421, nonché Adunanza plenaria, 15*

gennaio 2013, n. 2).

La ricostruzione accolta, alla quale il Collegio intende adeguarsi, costituisce, allora, il punto di equilibrio tra due opposte esigenze quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4568; IV 11 febbraio 2013, n. 769).

...In ragione dell'impostazione accolta, l'Associazione "ARO BA/7" poteva, successivamente al giudicato intervenuto sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019, esercitare nuovamente il suo potere, ampiamente discrezionale, di riesame degli atti della procedura di gara, decidendo di escludere l'A.t.i. Ecotecnica, per una ragione (sostanziale) diversa da quella ritenuta infondata nel precedente giudizio; ed è proprio quanto avvenuto con il provvedimento impugnato che, per questa ragione, si sottrae alla censura di nullità per violazione e/o elusione del giudicato."

Il Consiglio di Stato ha altresì affermato: *"ritiene il Collegio che la stazione appaltante, per aver deciso di porre a fondamento dell'esclusione l'una ragione, l'incompletezza dell'offerta e non l'altra, l'omissione informativa con conseguente inaffidabilità dell'operatore economico, che pure aveva rilevato, non sia incorsa in una preclusione procedimentale o, in altra forma di decadenza, con conseguente riduzione o esaurimento del suo potere discrezionale."*

Ha quindi concluso: *"Come alla stazione appaltante non era precluso dal giudicato formatosi a seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 827 del 2019 esercitare nuovamente il potere di riesame degli atti di gara e disporre l'annullamento in autotutela dell'ammissione di Ecotecnica, per le stesse ragioni, non era precluso procedere alla revoca di tutti gli atti di gara per sopravvenute ragioni di interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660).*

Ne segue che anche la determinazione di revoca degli atti di gara, contenuta nel medesimo provvedimento, non può reputarsi né adottata in violazione o elusione del giudicato, poiché esercizio di potere non conformato dal precedente dictum giudiziario"

20.1. Pertanto non può essere legittimamente censurata la decisione della

stazione appaltante di procedere ad un nuovo esame del possesso dei requisiti in capo al raggruppamento *de quo*.

21. A seguito di un nuovo vaglio dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante ha ritenuto di escludere Ecotecnica-Igeco per violazione dell'onere dichiarativo in ordine a carenze contestate alla mandante Igeco e per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs n. 163/2006, per grave errore professionale.

22. Deve rilevarsi che Ecotecnica sostiene innanzi tutto che l'ARO 7/BA illegittimamente non avrebbe consentito alla stessa di assumere anche le quote di Igeco Costruzioni.

22.1. Il Collegio osserva al riguardo che la norma di cui all'art. 38, comma 9, del d.lgs n. 163/2006, *ratione temporis* alla specie applicabile, era al contrario a ciò preclusiva.

Infatti, in base alla menzionata norma: *“Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.”*

Con l'assunzione delle quote della mandante da parte della mandataria si determinerebbe proprio una modifica soggettiva del raggruppamento, che si è visto essere vietata.

È a dirsi che l'ipotesi in esame non rientra in alcuna di quelle indicate ai commi 18 e 19 (concernenti il fallimento, rispettivamente, del mandatario e del mandante), per le quali vigevano invece le deroghe.

23. Il Collegio è ora chiamato a vagliare la legittimità o meno dell'esclusione del R.T.I. in questione, per grave errore professionale di Igeco Costruzioni, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs n. 163/2006.

24. Queste le ragioni che hanno determinato l'esclusione del Raggruppamento di cui Igeco Costruzioni è mandante.

24.1. Con particolare riferimento alla vicenda del Comune di Cellino San Marco, l'esclusione del raggruppamento è così motivata: a) l'ATI avrebbe dovuto dichiarare in sede di gara, ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006, il provvedimento emesso dal Prefetto di Brindisi di cui all'art. 32, comma 8, del d.l. n. 90/2014 e, in particolare, la dichiarazione avrebbe dovuto vertere sulla vicenda contrattuale complessivamente emersa, ivi compresi i provvedimenti adottati dal Giudice penale nei confronti del Sig. -OMISSIS-; b) la relativa omissione dichiarativa comporta l'automatica esclusione del raggruppamento ai sensi dell'art. 38 citato; c) in disparte tale profilo, gli accadimenti rilevati sono idonei a compromettere il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante ed il potenziale contraente, per come le relative vicende sono descritte nei provvedimenti del Prefetto e dell'ANAC e nei provvedimenti cautelari del Giudice penale. La consistenza di tali addebiti è poi corroborata dalla sentenza ex art. 444 c.p.p. del GIP del Tribunale di Brindisi menzionata a pag. 10 del provvedimento di interdittiva antimafia del 3.10.2018, nonché dalla circostanza della perdurante influenza del Sig. -OMISSIS-, emergente sempre da quest'ultimo provvedimento e, più in generale, dal rilievo che la Prefettura ha attribuito alla vicenda del Comune di Cellino San Marco nell'emissione dell'interdittiva antimafia.

In particolare, si contestava al Sig.-OMISSIS-il pagamento di somme di denaro all'allora Sindaco del Comune di Cellino San Marco e ad altri componenti della Giunta in cambio di vantaggi nell'espletamento del servizio di igiene urbana (precisamente, nomina di un direttore dell'esecuzione gradito all'impresa, aumento del corrispettivo contrattuale, approvazione di una variante urbanistica per l'allocatione del centro di raccolta dei materiali).

A fronte di tali fatti, la Prefettura di Brindisi, su proposta del Presidente dell'ANAC, ha adottato la misura di sostegno e monitoraggio di cui all'art.

32, comma 8, del d.l. n. 90/2014 convertito con modifiche in legge n. 114/2014.

Con sentenza del 12.02.2019 il Tribunale di Brindisi ha dichiarato di non doversi procedere nei confronti del Sig. -OMISSIS-.

24.2. Con particolare riferimento alla vicenda della gara indetta da Snamprogetti, l'esclusione del raggruppamento è invece così motivata: a) l'ATI aveva l'onere di dichiarare in gara anche le vicende relative agli episodi di corruzione nell'ambito degli appalti pubblici indetti da Enipower, Enelpower e Snamprogetti, essendole preclusa qualsiasi autonoma valutazione in ordine alla pertinenza e alla gravità delle stesse con riferimento alla gara in esame; b) la suddetta vicenda, per come emerge dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 28299 del 10.11.2015, denota la sussistenza di un grave errore professionale, consistente in una condotta illecita che ha comportato una condanna al risarcimento di danni pecuniari in favore di un soggetto pubblico.

Al riguardo ai vertici della Igeco Costruzioni si contestava in sede penale il pagamento di una tangente ad un funzionario della Snamprogetti in cambio di informazioni per realizzare la migliore offerta nell'ambito di una gara d'appalto per la posa in opera di tubazioni, fognature e canali per il completamento della centrale termoelettrica Enipower di Brindisi.

25. Si rammenta in proposito che l'art. 38 del d.lgs n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile alla specie, individua i requisiti di ordine generale richiesti alle ditte per poter partecipare alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture.

Detta disposizione ne elenca alcuni di immediata individuazione, essendo elementi rispetto ai quali nessuna valutazione discrezionale viene richiesta alla stazione appaltante, data la loro indicazione chiara ed inequivocabile, come avviene per l'assenza di procedure concorsuali, di misure di prevenzioni e di condanne disposte con sentenze passate in giudicato

riferite a determinati soggetti ivi precisati.

Essa indica altresì requisiti generali, la cui sussistenza in concreto è invece rimessa ad una valutazione ampiamente discrezionale ad opera della stazione appaltante.

25.1. In particolare, il comma 1, lett. f), individua, al 1° ed al 2° periodo, due distinte fattispecie, integranti assenza di requisito generale di ammissione alle gare pubbliche: il caso dei 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”* e quello, diverso, delle imprese *“che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*.

Soltanto nella prima ipotesi è previsto il limite della *“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 della *“attività professionale”* dell’impresa, senza alcuna limitazione (in tali sensi, cfr. Cons. Stato, V, 11.12.2017, n. 5818).

Tale disposizione, nelle due fattispecie in cui viene declinata, è stata introdotta per permettere all’Amministrazione aggiudicatrice di valutare globalmente l’affidabilità di un’impresa concorrente.

Stante la *ratio*, ivi sottesa, di garantire l’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico, all’esclusione che ne deriva non può attribuirsi alcun carattere sanzionatorio.

26. Nel caso in esame viene in rilievo, in particolare, il 2° periodo della lett. f) del comma 1 dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, vale a dire la previsione dell’esclusione disposta per aver il soggetto concorrente *“commesso un errore grave nell’esercizio della [sua]...attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*. Si tratta della

fattispecie del “grave errore professionale”.

L'esclusione qui censurata è stata, infatti, disposta con riferimento al comportamento in ultimo indicato.

Nell'accezione di “grave errore professionale” deve ricomprendersi qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi, oltre alle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore.

26.1. In proposito deve rilevarsi che una previsione espressa della causa di esclusione in esame si rinviene nel sopravvenuto Codice dei Contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, attualmente vigente, ma *ratione temporis* non applicabile alla specie, segnatamente all'art. 80, comma 5, lett. c), secondo cui: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni..., qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: ...il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio”*.

Essa si riconduce alla direttiva 2014/24/UE, la quale, all'art. 57, paragrafo 4, stabilisce che l'Amministrazione appaltante può escludere gli operatori economici *“se...può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”*. Tale disposizione va poi letta contestualmente all'indicazione contenuta nel Considerando 101 della direttiva stessa: *“È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di*

ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale.”.

26.2. Tuttavia l'art. 38, comma 1, lett. f), 2° periodo, deve interpretarsi nel senso di ricondurre la previsione ivi contenuta proprio alla fattispecie del grave errore professionale.

Tale disposizione è stata adottata in attuazione dell'art. 45, paragrafo 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, secondo cui *“può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico...d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice”.*

Deve quindi ritenersi che *“in via generale la normativa comunitaria consenta di qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché sia abbastanza grave da metterne in dubbio l'affidabilità. La norma nazionale vigente riproduce quella comunitaria e di conseguenza rende rilevanti tutti gli errori professionali commessi”* (cfr. Consiglio di Stato, V, 20 novembre 2015, n. 5299).

Segnatamente la giurisprudenza, (cfr.: T.a.r. Lazio, II, 30.01.2018, n. 1092, confermata in appello da Consiglio Stato, V, 17.09.2018, n. 5424), ne ha esteso l'applicazione ad ogni comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico, senza limitarsi alle sole violazioni delle norme di deontologia, in senso stretto, della professione cui esso appartiene (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, IV, 11.07.2016, n. 3070; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, X, 18.12.2014, n. 470). Perciò il concetto normativo di errore professionale deve ritenersi esteso ad un'ampia gamma di ipotesi, comunque riconducibili alla negligenza, alla malafede o all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

26.3. La stazione appaltante dispone al riguardo di un'ampia discrezionalità nell'accertamento della sussistenza in concreto del grave errore professionale, come sopra illustrato.

27. Alla luce di quanto sinora evidenziato deve ritenersi sussistente nella specie il grave errore professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), 2° periodo, del d.lgs n. 163/2006 in capo a Igeco Costruzioni, con la conseguenza che, anche prescindendo da ogni vaglio circa il contestato mancato assolvimento dell'onere dichiarativo ed informativo, è legittima l'esclusione del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente Ecotecnica e di cui detta Società è mandante.

28. Ne consegue che risulta pienamente motivata e fornita dei necessari presupposti la revoca degli atti di gara di che trattasi.

29. Pertanto i ricorsi nn. 790/2019 e 142/2020 sono infondati e da rigettare.

30. Le spese dei riuniti giudizi seguono la soccombenza, ponendosi a carico della ricorrente, e vanno liquidate come in dispositivo, rispetto all'ARO 7/BA e al Direttore *pro tempore* dell'AGER e all'AGER, mentre vanno compensate rispetto a Tekra S.r.l., tenuto conto che essa ha depositato una mera memoria di costituzione di stile nel solo giudizio n. 142/2020.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- dispone la riunione dei ricorsi, come in epigrafe proposti;
- dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso introduttivo n. 971/2018 e respinge i relativi motivi aggiunti;
- respinge il ricorso n. 790/2019;
- respinge il ricorso n. 142/2020;
- condanna la ricorrente alla rifusione delle spese dei riuniti giudizi,

liquidandole in complessivi € 6.000,00, da imputarsi in parti uguali all'ARO 7/BA, da una parte, e al Direttore *pro tempore* dell'AGER e all'AGER, dall'altra, e le compensa rispetto a Tekra S.r.l.

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

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2020, con l'intervento dei Magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Consigliere

L'ESTENSORE

Rita Tricarico

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO