

Pubblicato il 08/07/2021

N. 01698/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00948/2021 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 948 del 2021, proposto da:

General Enterprise S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria e Valentina Brancaccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Salerno, l.go Dogana Regia 15;

contro

Comune di Caggiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido Lenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile Unico del Procedimento del Comune di Caggiano, n. 80 del 7.6.2021, con la quale la società General Enterprise s.r.l.

è stata esclusa dalla procedura aperta per l'affidamento del "servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani e servizi connessi sul territorio comunale di Caggiano (SA)";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caggiano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, mediante Teams, ai sensi dell'art. 25 DL 137/2020, la dott.ssa Gaetana Marena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

La General Enterprise s.r.l., impresa operante nel settore della gestione dei rifiuti da quasi 30 anni, gestisce il servizio di igiene urbana ovvero di raccolta integrata e/o differenziata dei rifiuti presso diversi Comuni delle Province di Salerno e di Potenza, ivi compreso lo stesso Comune di Caggiano, in virtù di contratto di appalto rep. n. 10 del 20.7.2018.

Il Comune, con bando di gara prot. n. 1958 del 18.3.2021, indiceva una nuova procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento triennale del "servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani e servizi connessi sul territorio comunale", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di € 685.440,00, oltre oneri di sicurezza non soggetti a ribasso per € 16.500,00. Il bando prevedeva che i concorrenti dovessero possedere, tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, anche la "proprietà e/o disponibilità di impianto di trattamento rifiuti secondo le specifiche del disciplinare". Il disciplinare di gara precisava che "gli operatori economici interessati a partecipare alla presente procedura di gara sono tenuti a dimostrare la loro

capacità tecnica e professionale mediante i seguenti requisiti:..d. Essere in possesso: 1) in proprio, di impianto/i di trattamento rifiuti dotato dei requisiti di cui al successivo punto; 2) in alternativa, di dichiarazione di disponibilità rilasciata da uno o più impianti autorizzati al recupero e/o smaltimento a ricevere i rifiuti prodotti dal Comune di Caggiano per tutta la durata dell'appalto; tali dichiarazioni dovranno: 1. essere rese dal rappresentante legale dell'impianto indicato; 2. essere espressamente riferite alla presente procedura; 3. avere validità per l'intera durata dell'appalto; 4. ricomprendere tutti i codici CER e i relativi quantitativi minimi desumibili dal MUD del Comune di Caggiano relativo all'anno 2019 (allegato al presente disciplinare); 5. attestare l'adeguatezza dell'autorizzazione dell'impianto con riferimento: ai codici CER e i quantitativi minimi di cui al precedente punto; alla durata stimata del contratto di appalto”.

La società in epigrafe presentava domanda di partecipazione, allegando, in conformità alle anzidette prescrizioni di gara: 1) una “dichiarazione impianto di trattamento” datata 31.3.2021, con la quale il legale rappresentante della società dichiarava “di avere la disponibilità (rilasciata da uno o più impianti autorizzati come per legge al recupero e/o smaltimento dei rifiuti) con riferimento alla procedura di che trattasi a ricevere presso il proprio impianto i rifiuti identificati dai codici CER prodotti dal Comune”; 2) una prima dichiarazione datata 2.4.2021, a firma della società AGEKO s.r.l., avente sede nel Comune di Tito (PZ), con la quale la stessa ha attestato “la propria disponibilità ad accettare il conferimento dei rifiuti prodotti dal Comune di Caggiano (SA) per tutta la durata dell'appalto, limitatamente ai codici CER ed ai quantitativi autorizzati con Aut. N. 6249/2019 del 21/02/2019 ed alle attuali condizioni operative. Si attesta pertanto l'adeguatezza dell'autorizzazione dell'impianto, in corso di validità, con riferimento alle tipologie di rifiuti cui è riferita detta dichiarazione”; 3) una seconda dichiarazione datata 2.4.2021, a firma della società Tortora Guido s.r.l., avente sede nel Comune di Castel San Giorgio (SA), con la quale la stessa attestava

“la propria disponibilità ad accettare il conferimento dei rifiuti prodotti dal Comune di Caggiano (SA) per tutta la durata dell'appalto come dai codici CER sotto elencati”, nonché “l'adeguatezza dell'autorizzazione dell'impianto con riferimento ai codici CER e i quantitativi minimi”.

La Commissione di gara, con una prima nota, prot. n. 3437 dell'11.5.2021, in occasione della prima seduta pubblica del 4.5.2021, deduceva che le prescrizioni della *lex specialis* (il punto 11, lettera d), del bando e il punto 7.3, lettera d), del disciplinare) dovessero essere eterointegrate dall'art. 182, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006, ai sensi del quale “è vietato smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in Regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti...”.

Con una seconda nota prot. n. 3437/2021, avviava il soccorso istruttorio, nei confronti della società concorrente, invitandola “a. a sanare la riscontrata irregolarità essenziale mediante la produzione di un documento attestante la “proprietà e/o disponibilità di impianto di trattamento rifiuti” richiesta dal punto 11 lett. del bando di gara e dotato: 1. di tutte le caratteristiche oggettive e soggettive previste dal punto 7.3 lett. d) del disciplinare di gara; 2. di data certa - verificabile e riscontrabile dalla Commissione di Gara - che ne dimostri la preesistenza rispetto al termine di scadenza delle offerte della procedura in oggetto (20 aprile 2021)”; “b. in alternativa, qualora codesto o.e. non disponga del documento innanzi richiesto, a fornire - con le medesime modalità ed entro il medesimo termine di cui al precedente punto a - tutti i chiarimenti che riterrà necessari rispetto all'atto di disponibilità del centro di smaltimento rifiuti presso il Comune di Tito, giudicato inidoneo dalla Commissione di Gara ad integrare il requisito di partecipazione previsto a pena espressa di esclusione dal combinato disposto del punto 11 lett. d) del bando e del punto 7.3 lett. d) del disciplinare della procedura di pubblica evidenza in oggetto”.

Con nota prot. n. 675.21 del 20.5.2021, la società riscontrava la richiesta della stazione appaltante, producendo altre due dichiarazioni di disponibilità di impianti, una della società provinciale Eco Ambiente Salerno s.r.l. del

10.5.2021 (per i rifiuti urbani indifferenziati) e una della società Tortora Guido s.r.l. del 19.4.2021 (per gli altri rifiuti della raccolta differenziata).

Con determinazione n. 80 del 7.6.2021, la Stazione Appaltante formalizzava l'esclusione dalla gara del concorrente, avverso la quale insorge la concorrente in epigrafe, proponendo gravame di annullamento, mediante ricorso notificato e depositato il 21.06.2021, assistito da una serie di censure di illegittimità, variamente scandite nei motivi di gravame e così di seguito sintetizzate:

I- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PUNTO 11, LETTERA D), DEL BANDO DI GARA E PUNTO 7.3, LETTERA D), DEL DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, 83 E 100 D.LGS. 18.4.2016 N. 50 E S.M.I.; ARTT. 181, 182 E 182 BIS D.LGS. 3.4.2006 N. 152 E S.M.I.; ART. 16 DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO 19.11.2008 N. 98; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I.; ART. 1362 E SS. COD. CIV.; ARTT. 3, 41 E 97 COST.) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI - DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - ERRONEITA' - ARBITRARIETA'.

La parte ricorrente rimarca l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante, sia per l'infondata contestazione, mossa a suo carico, della violazione dell'art. 11 del bando di gara sia per l'asserita insussistenza dei presupposti giustificativi dell'eterointegrazione della *lex specialis*. Evidenzia, altresì, che la Commissione di Gara non avrebbe potuto sollevare alcun profilo inerente la disponibilità dell'impianto di trattamento e di recupero presso il Comune di Tito, sia perché, nella specie, non viene in rilievo alcuna esigenza di smaltimento dei rifiuti; sia perché i rifiuti della raccolta differenziata possono essere conferiti anche fuori Regione; sia perché si tratta dell'impianto più vicino al Comune di Caggiano, altamente specializzato, che rappresenta la

miglior soluzione possibile anche al fine di “garantire un alto grado di protezione dell’ambiente e della salute pubblica”.

II- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PUNTO 11, LETTERA D), DEL BANDO DI GARA E PUNTO 7.3, LETTERA D), DEL DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, 83 E 100- TRAVISAMENTO - SVIAMENTO) - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA’, BUON ANDAMENTO E CORRETTEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERA CONCORRENZA, NON DISCRIMINAZIONE E PAR CONDICIO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS.

La parte ricorrente evidenzia un ulteriore aspetto di illegittimità della stazione appaltante, non avendo la stessa, in alcun modo, considerato e riscontrato i chiarimenti resi dalla società ricorrente in sede di soccorso istruttorio.

III- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PUNTO 11, LETTERA D), DEL BANDO DI GARA E PUNTO 7.3, LETTERA D), DEL DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, 83 E 100 D.LGS. 18.4.2016 N. 50 E S.M.I.; ARTT. 181, 182 E 182 BIS D.LGS. 3.4.2006 N. 152 E S.M.I.; ART. 16 DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO 19.11.2008 N. 98; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I.; ARTT. 3, 41 E 97 COST.) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI - DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DIMOTIVAZIONE - ERRONEITA’ - ARBITRARIETA’ - PERPLESSITA’ -ABNORMITA’ - ILLOGICITA’ - CONTRADDITTORIETA’ - IRRAZIONALITA’- TRAVISAMENTO - SVIAMENTO) - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA’, BUON ANDAMENTO E CORRETTEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERA CONCORRENZA, NON DISCRIMINAZIONE E PAR

CONDICIO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS.

La parte ricorrente contesta poi l'ulteriore causa di esclusione, fondata su una presunta violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis), D.Lgs. n. 50/2016.

Il 1.07.2021 si costituisce in giudizio il Comune di Caggiano, depositando documentazione e memoria, nella quale, controdeducendo alle avverse prospettazioni di parte ricorrente, conclude per il rigetto del gravame.

Nell'udienza camerale del 7 luglio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, la causa è introitata per la decisione.

Sussistono le condizioni per una definizione della controversia mediante sentenza in forma semplificata ex art. 60 cpa.

Il gravame è manifestamente fondato e, come tale, meritevole di accoglimento, in ragione del vizio dirimente riscontrato della violazione dell'art. 182 *bis* D.Lgs. 2006/152.

Sul punto è d'obbligo una duplice premessa ricostruttiva.

La prima premessa è in punto di eterointegrazione del bando di gara.

Com'è noto, la giurisprudenza è chiara sul punto, ritenendo, in linea di principio, che all'eterointegrazione della legge di gara debba farsi ricorso in modo accorto, poiché la stessa *lex specialis* deve essere intesa secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e ss. c.c., alla cui stregua si deve comunque attribuire valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza, di cui art. 1 della l. n. 241/1990. Diversamente operando, si violerebbe anche il principio della tassatività delle cause di esclusione, che è chiaramente ispirato al principio del "*favor participationis*" (TAR Roma, sez. I, 29/07/2019, n.10064). Le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai

concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (Consiglio di Stato sez. V, 27/07/2017, n.3699).

L'istituto della eterointegrazione del bando di gara ha, dunque, come necessario presupposto la sussistenza di una lacuna nella legge di gara e, solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla Pubblica amministrazione; l'invocato meccanismo sostitutivo/integrativo riesce quindi ad operare solo in presenza di norme imperative e cogenti (Consiglio di Stato sez. III, 24/10/2017, n.4903).

Il principio di eterointegrazione del bando di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. A detto potere di eterointegrazione deve farsi ricorso in modo accorto, in quanto la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., in base alle quali va comunque attribuito valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza, escludendo interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c.. (TAR Catania, (Sicilia) sez. IV, 16/06/2017, n.1454; Adunanza Plenaria, sent. n. 3/2015 e ord. n. 1/2019; Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2019, n. 5922).

Orbene, nella fattispecie sussistono entrambi i requisiti perché si sia corso all'integrazione delle regole di gara.

In primo luogo, perché le stesse sono lacunose sul punto della ubicazione dell'impianto di recupero e/o smaltimento che ciascun partecipante deve offrire.

Dunque, non si tratta di porsi in contrasto con una regola scritta, ma di colmare una lacuna del bando.

In secondo luogo, come si dirà di qui a poco, la natura imperativa e cogente del principio di autosufficienza locale e del connesso divieto di smaltimento dei rifiuti urbani di provenienza extraregionale, salvo diversi accordi tra Regioni che, allo stato, non sembrano sussistere.

Stabilita, dunque, la correttezza della scelta di applicare il predetto principio ed il predetto divieto alla selezione in esame, occorre fare una seconda premessa ricostruttiva, riguardante la materia delle fasi di gestione dei rifiuti trova una sua specifica regolamentazione nel D.Lgs. 152/2006, con puntuale enucleazione dei criteri orientativi in alcune previsioni normative precise.

L'art.178 del d.lgs. n. 152/2006 recita che “la gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di sostenibilità, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nonché del principio chi inquina paga. A tale fine la gestione dei rifiuti è effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, fattibilità tecnica ed economica, nonché nel rispetto delle norme vigenti in materia di partecipazione e di accesso alle informazioni ambientali”.

L'art. 179 del d.lgs. n. 152/2006 stabilisce i criteri da seguire nella gestione dei rifiuti, che consiste nelle seguenti attività: “a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e) smaltimento”. Il comma 2 precisa che tali criteri hanno lo scopo di stabilire, in generale, un “ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale”, prescrivendo che “nel rispetto della gerarchia di cui al comma 1, devono essere adottate le misure volte a incoraggiare le opzioni che garantiscono, nel rispetto degli articoli 177, commi 1 e 4, e 178, il miglior risultato complessivo, tenendo conto degli impatti sanitari, sociali ed economici, ivi compresa la fattibilità tecnica e la praticabilità economica”.

L'art. 199 del d. lgs. n. 152/2006 stabilisce che “Le regioni, sentite le province, i comuni e, per quanto riguarda i rifiuti urbani, le Autorità d'ambito di cui

all'articolo 201, nel rispetto dei principi e delle finalità di cui agli articoli 177, 178, 179, 180, 181, 182 e 182-bis ed in conformità ai criteri generali stabiliti dall'articolo 195, comma 1, lettera m), ed a quelli previsti dal presente articolo, predispongono e adottano piani regionali di gestione dei rifiuti. I piani di gestione dei rifiuti di cui al comma 1 comprendono l'analisi della gestione dei rifiuti esistente nell'ambito geografico interessato, le misure da adottare per migliorare l'efficacia ambientale delle diverse operazioni di gestione dei rifiuti, nonché una valutazione del modo in cui i piani contribuiscono all'attuazione degli obiettivi e delle disposizioni della parte quarta del presente decreto”. Il comma 3 lett. g) scandisce, tra i viari criteri, “il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di trasparenza, efficacia, efficienza, economicità e autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno di ciascuno degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200, nonché ad assicurare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione di rifiuti”.

Il D.Lgs. 152/2006 distingue chiaramente, sia in relazione al regime definitorio sia, soprattutto, sul piano della disciplina sostanziale, l'attività di recupero (art. 181 ed art. 183 lett. h del decreto legislativo), da quella di smaltimento (art. 182 e art. 183 lett. g), attività che trovano poi una disciplina più dettagliata negli allegati alla Parte quarta del D.Lgs. 152/2006 (allegato B, lettere D1-D15 per lo smaltimento ed allegato C, lettere R1-R13 per il recupero). Segnatamente, l'art. 183, nella lett. t) definisce l'attività di recupero come “qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale; l'allegato C della parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero”. Nella lett. z), invece, definisce lo

smaltimento alla stregua di “qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia. L'Allegato B alla parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo delle operazioni di smaltimento”.

La rilevanza della suddetta distinzione è stata ribadita anche dalla giurisprudenza (T.A.R. Milano, sez. IV, 16/02/2009, n.1309; TAR Piemonte, sez. II, 6.2.2007, n. 485).

L'art. 182-bis, relativo ai principi di autosufficienza e prossimità, prevede che: “Lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati sono attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili e del rapporto tra i costi e i benefici complessivi, al fine di: a) realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali; b) permettere lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione e raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti”.

Il Consiglio di Stato, nella recente sentenza del 1.07.2021, n. 5025, ha statuito che “il cd. criterio di prossimità valga anche per la gestione dei rifiuti speciali e non solo per quelli urbani. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha ben chiarito che - seppur un divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale sia applicabile ai rifiuti urbani non pericolosi, mentre il principio dell'autosufficienza locale ed il connesso divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale non possa valere né per quelli speciali pericolosi (sentenze n. 12 del 2007, n. 62 del 2005, n. 505 del 2002, n. 281 del 2000), né per quelli speciali non pericolosi (sentenza n. 335 del 2001) - l'utilizzazione dell'impianto di smaltimento più vicino al luogo di produzione dei rifiuti speciali viene a costituire la prima opzione da adottare (sentenza 23 gennaio 2009, n. 10). Anche la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons.

St. 11 giugno 2013, n. 3215; 19 febbraio 2013, n. 993) ha precisato che per i rifiuti speciali ha rilievo primario il criterio della specializzazione dell'impianto, in relazione al quale deve essere coordinato il principio di prossimità, con cui si persegue lo scopo di ridurre il più possibile la movimentazione di rifiuti (cfr. Cons. Stato, 23 marzo 2015, n. 1556)...pur dovendosi escludere una soluzione che preveda il divieto assoluto di trattamento di rifiuto speciali provenienti da altre regioni, il criterio della prossimità deve comunque ritenersi un criterio di cui tenere conto anche per i rifiuti speciali, unitamente agli ulteriori criteri rilevanti, ai fini della valutazione in questione”.

Ed invero, calando le coordinate normative e giurisprudenziali nella fattispecie sottoposta allo scrutinio del Collegio, si appalesa l'incontestabile illegittimità dell'atto escludente gravato, proprio in ragione della inosservanza dell'inciso normativo scandito nell'art. 182 *bis* e come interpretato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, ovvero in virtù della regola per cui il divieto di trattamento ultraregionale non vale vuoi per l'attività di recupero in generale, vuoi per quella di smaltimento dei rifiuti urbani pericolosi e dei rifiuti speciali, dove vige il diverso principio di prossimità territoriale.

Orbene, sulla scorta della disamina degli atti di gara, appare evidente che la complessiva procedura di gara afferisca, in via esclusiva o principale, all'attività di recupero; e questo emerge, in maniera inequivoca, dal tenore letterale delle previsioni di disciplina delle fasi procedimentali, le quali, senza dubbio alcuno, circoscrivono, in via principale, il contenuto della prestazione obbligatoria dell'appaltatore proprio all'esecuzione della specifica attività di raccolta e recupero, relegando la richiamata operazione di smaltimento a prestazione eventuale e connessa.

Il bando di gara, infatti, nell'art. 7 “descrizione dell'attività”, così recita: “raccolta integrata dei rifiuti urbani sul territorio comunale e servizi connessi”; l'art. 3 del disciplinare di gara così descrive l'oggetto dell'appalto:

“l'appalto ha ad oggetto la realizzazione, sull'intero territorio comunale, dei servizi di igiene urbana consistenti nella raccolta dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ai sensi del D.Lgs. 2006/152, con modalità porta a porta, il trasporto, il conferimento dei rifiuti ad impianti di trattamento/smaltimento/recupero e tutti gli altri servizi descritti nel progetto esecutivo dell'appalto e nel capitolato speciale di appalto”.

Tuttavia, lo stesso art. 7.3 del disciplinare di gara, recante i “requisiti di capacità tecnica e professionale”, tra gli elementi volti a comprovare gli stessi, richiede espressamente “la dichiarazione di disponibilità rilasciata da uno o più impianti autorizzati al recupero e/o smaltimento a ricevere i rifiuti prodotti dal Comune di Caggiano per tutta la durata dell'appalto”.

Ne discende che, in ragione di un'interpretazione logica e letterale, l'attività di conferimento dei rifiuti raccolti riguarda in via prioritaria il recupero e, solo in alternativa od in aggiunta (si veda l'utilizzo della congiunzione-disgiunzione e/o), lo smaltimento.

Pertanto, laddove l'offerente utilizzi l'impianto extraregionale proposto per il recupero, organizzando la propria attività nel senso di non effettuare ivi alcun tipo di smaltimento dei rifiuti urbani raccolti, il divieto di trattamento ultraregionale non potrebbe essergli opposto, operando il diverso principio della “prossimità territoriale”.

Di ciò la stazione appaltante non ha tenuto conto, avendo comminato la sanzione dell'esclusione per utilizzo di impianto di smaltimento extraregionale senza aver prima verificato quale sia esattamente l'oggetto dell'offerta (nei termini previsti dalla *lex specialis*: recupero e/o smaltimento) e, nel caso in cui l'attività offerta sia esclusivamente finalizzata al recupero, se l'impianto proposto integri il requisito della prossimità territoriale, in ragione della vicinanza e dei collegamenti esistenti tra il comune appaltante e località di ubicazione dell'impianto stesso.

La natura dirimente del vizio riscontrato consente di reputare assorbita qualsivoglia altra deduzione.

Sulla scorta delle considerazioni giuridiche su esposte, il gravame è accolto.
In ragione della peculiarità della vicenda, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la determinazione di esclusione n. 80 del 7.6.2021.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Gaetana Marena, Referendario, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE
Gaetana Marena

IL PRESIDENTE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO