

Pubblicato il 06/06/2022

N. 00388/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00229/2022 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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2022, proposto da:

██████████, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avvocato Simonetta Garbati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

██, rappresentata e difesa dagli avvocati Elena Alfero e Alice Merletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

a) della determinazione dirigenziale n. 1082 del 21 febbraio 2022 (doc. 1) con cui il Comune di Cagliari - Stazione Unica Appaltante - ha aggiudicato in via definitiva la gara n. 11/SUA/21 avente ad oggetto *“procedura aperta in modalità telematica, relativa all’Affidamento del Servizio di sepoltura e operazioni correlate nei*

cimiteri cittadini per mesi 12 rinnovabile per altri 12 mesi” (C.I.G. 8977666C57) alla

_____.

b) della nota prot. n. 0059268/2022 del 21 febbraio 2022 (doc. 2) con cui l'Amministrazione comunale intimata ha comunicato a [REDACTED] che con determinazione dirigenziale n. 1082 del 21 febbraio 2022 la procedura selettiva di cui è causa è stata aggiudicata alla [REDACTED];

c) del verbale di gara del 12 gennaio 2022 (doc. 8), nei limiti di cui in ricorso e segnatamente nella parte in cui la commissione giudicatrice non ha escluso la [REDACTED] per mancanza di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in categoria e classe adeguate per poter eseguire la commessa, nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 5, co. 5, della L.R. Sardegna 2 agosto 2018, n. 32;

d) della determinazione dirigenziale n. 153 del 14 gennaio 2022 (doc. 9), recante l'ammissione al prosieguo delle operazioni di gara della [REDACTED], segnatamente nella parte in cui la commissione giudicatrice/Dirigente non ha escluso la controinteressata per mancata iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in categoria e classe adeguate per poter eseguire la commessa, nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 5, co. 5, della L.R. Sardegna 2 agosto 2018, n. 32;

e) del verbale di gara del 2 febbraio 2022 (doc. 10), nei limiti di cui in ricorso;

f) del verbale di gara del 15 febbraio 2022 (doc. 11) con cui il R.U.P., avvalendosi della collaborazione della commissione giudicatrice, all'esito dell'esame dei giustificativi di prezzo trasmessi ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 ha ritenuto congrua e remunerativa l'offerta della [REDACTED];

g) del disciplinare di gara (doc. 3), nei limiti di cui in ricorso e segnatamente nella parte in cui non è stata richiesta l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per categoria e classe adeguate per poter eseguire la commessa;

h) del capitolato speciale (doc. 4), nei limiti di cui in ricorso;

i) del contratto d'appalto avente ad oggetto *“procedura aperta in modalità telematica, relativa all’Affidamento del Servizio di sepoltura e operazioni correlate nei cimiteri cittadini”* (C.I.G. 8977666C57) ove nelle more fosse già stato sottoscritto tra l’Amministrazione intimata e la [REDACTED];

l) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati ivi compresi pareri, proposte e valutazioni adottate medio tempore dall’Amministrazione intimata in relazione alla procedura concorsuale ad evidenza pubblica di cui qui si controverte;

e per la declaratoria:

- di inefficacia, ex artt. 122 e 124, co. 2, Cod. proc. amm. del contratto di appalto ove nelle more fosse già stato sottoscritto tra il Comune di Cagliari e la controinteressata;

nonché per la condanna:

- dell’Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica con conseguente annullamento dell’aggiudicazione definitiva impugnata, esclusione dalla gara della [REDACTED] e scorrimento della graduatoria ovvero, per il caso in cui il contratto di appalto fosse già stato sottoscritto tra la l’Amministrazione intimata e la controinteressata al subentro della deducente nell’esecuzione dello stesso previa declaratoria di inefficacia dell’atto negoziale ex artt. 122 e 124, co. 2, Cod. proc. amm. (e con espressa riserva di proporre separata azione e/o domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario nell’ipotesi in cui non fosse più possibile il risarcimento in forma specifica per come richiesto nel presente ricorso);

- in subordine, ovvero nel caso in cui l’Ecc.mo Collegio adito dovesse ritenere comprovato che l’esito del sub-procedimento di verifica dell’anomalia a cui è stata sottoposta l’offerta della C [REDACTED] sia viziato da eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità intrinseca e difetto di motivazione, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del

danno in forma specifica con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva impugnata, annullamento del ridetto segmento procedimentale (sub-procedimento di verifica dell'anomalia) e con ordine di riedizione dello stesso con obbligo di puntuale nuova motivazione e/o riesame dell'offerta tecnico-economica della controinteressata secondo le indicazioni che codesto Ecc.mo T.A.R. vorrà eventualmente impartire.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e della

[REDACTED]

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2022 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 30 novembre 2021 il Comune di Cagliari ha indetto una procedura aperta, gestita su Piattaforma telematica SIMAP, per l'affidamento del servizio di sepoltura e operazioni correlate nei cimiteri cittadini, per la durata di dodici mesi, rinnovabile per altri dodici, con importo a base d'asta di euro 257.500,00 (I.V.A. esclusa), oltre a euro 7.500,00 per oneri di sicurezza. "interferenziali" non soggetti a ribasso. La selezione è stata affidata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione di massimo 70 punti per la qualità dell'offerta e 30 per l'offerta economica.

All'esito delle operazioni di valutazione il punteggio più alto è stato assegnato alla [REDACTED] (100 punti, di cui 70 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica), seguita da [REDACTED], odierna ricorrente (79,22 punti, di cui 60,61 per l'offerta tecnica e 18,60 per quella economica) e da [REDACTED] (64,97 punti, di cui 51,96 per l'offerta

tecnica e 12,90 per quella economica) come da verbale della commissione di gara in data 2 febbraio 2022.

L'offerta della [REDACTED] è stata sottoposta a verifica di anomalia, poi conclusasi con esito positivo per l'interessata, come da verbale del RUP in data 15 febbraio 2022.

Con determinazione dirigenziale 21 febbraio 2022, n. 1082, il Comune di Cagliari ha approvato gli atti di gara e disposto l'aggiudicazione del servizio alla [REDACTED], comunicando tale esito alle altre due concorrenti con nota del 21 febbraio 2022.

Dopo avere ottenuto accesso ai documenti in data 17 marzo 2022, la seconda classificata [REDACTED] ha proposto il ricorso ora all'esame del Collegio, avviato alla notifica in data 23 marzo 2022, chiedendo l'annullamento degli atti di gara e il proprio subentro nell'aggiudicazione del servizio, in subordine previa riedizione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta economica presentata dalla [REDACTED]

A fondamento di tali domande la ricorrente deduce l'esistenza di plurime ragioni per le quali la stessa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva di alcuni requisiti soggettivi di partecipazione, nonché per anomalia dell'offerta e per avere indebitamente sottostimato i costi della manodopera.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cagliari e la [REDACTED], entrambi opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Alla camera di consiglio del 13 aprile 2022, fissata per l'esame dell'istanza cautelare proposta in ricorso, la trattazione della controversia è stata rinviata al merito.

È seguito il deposito di memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 25 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La fondatezza del primo motivo dedotto, sulla base delle ragioni di seguito esposte, implica l'esclusione dalla gara della [REDACTED] e il conseguente accoglimento delle domande proposte da [REDACTED] il che consente al Collegio di ritenere assorbite le ulteriori censure.

Con tale prima doglianza si assume che la controinteressata dovesse essere esclusa dalla gara perché priva dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, quanto meno, in relazione ad alcune tipologie di rifiuti oggetto del servizio in appalto.

Precisa, al riguardo, la ricorrente che l'iscrizione all'Albo di cui la controinteressata era in possesso (vedi doc. 17) non comprendeva (tra gli altri) i Codici CER relativi ai rifiuti derivanti da esumazioni/estumulazioni e ai rifiuti prodotti nella sala autoptica *"a seguito di autopsie o vestizione di salme recuperate in luogo pubblico"*, per i quali il Capitolato speciale di gara (cfr. doc. 5, pag. 14) poneva espressamente a carico dell'appaltatore le correlate attività di trattamento, recupero, stoccaggio e smaltimento.

Né il difetto di tale requisito soggettivo potrebbe considerarsi superato in base a quanto si legge a pag. 20 della Relazione tecnica allegata all'offerta della [REDACTED] (doc. 18), secondo cui *"I rifiuti che saranno prodotti in seguito all'effettuazione di operazioni cimiteriali, presso uno dei tre cimiteri cagliaritani, saranno conferiti presso l'area di stoccaggio temporaneo situata presso il Cimitero di San Michele"*, giacché la sopra descritta carenza di iscrizione *in parte qua* all'Albo Nazionale Gestori Ambientali non consentirebbe alla controinteressata (neppure) il conferimento e il trasposto di quei rifiuti presso il Centro di raccolta temporaneo individuato dalla stazione appaltante, così come la stessa controinteressata non potrebbe a tal fine ricorrere a terzi trasportatori abilitati, avendo espressamente escluso il subappalto nel proprio D.G.U.E. (doc. 16).

Sul punto la difesa comunale e quella della [REDACTED] oppongono argomentazioni sostanzialmente analoghe, che possono riassumersi nei termini seguenti.

In primo luogo eccepiscono la mancata impugnazione della legge di gara nella parte in cui non indicava l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali tra i requisiti di ammissione, sostenendo che sul punto un'eterointegrazione di fonte normativa sia prospettabile solo in relazione ad appalti ove lo smaltimento dei relativi rifiuti e/ la bonifica di siti inquinati siano le prestazioni prevalenti, il che non si riscontrerebbe nel caso ora in esame, ove l'offerta di [REDACTED] indicava in 3.000 euro il valore delle prestazioni aventi a oggetto la gestione dei rifiuti implicanti gli specifici Codici CER di cui la stessa controinteressata era sprovvista, il che, peraltro, le consentiva, pur avendo escluso il subappalto nella propria offerta, di affidare a terzi soggetti abilitati il trasporto e lo smaltimento di quei rifiuti presso il Centro di raccolta di San Michele, non risultando raggiunta la soglia minima del 2% del valore posto a base d'asta che, ai sensi dell'art. 105, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, determina l'applicazione della disciplina in materia di subappalto.

Infine la difesa della controinteressata osserva che *“La ricorrente pare confondere la categoria di iscrizione all'Albo con la successiva specifica dei codici CER. Senza censurare l'iscrizione alla categoria, che evidentemente è ritenuta idonea da parte del ricorrente, controparte censura l'elenco dei codici CER attribuiti negli anni alla BB. La censura non convince. L'albo in questione è istituito dal dlgs. n. 152/2006 ed è costituito, come è noto, presso il ministero dell'ambiente e della tutela del territorio ed è articolato in un comitato nazionale, ed in sezioni regionali e provinciali. L'art. 212 al co. 5 dispone: “L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi. 7. Gli enti e le imprese iscritte all'Albo per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi sono esonerate dall'obbligo di iscrizione per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi a condizione che tale ultima attività non comporti variazione della classe per la quale le imprese sono iscritte. 8. I produttori iniziali di rifiuti non pericolosi che effettuano operazioni di raccolta e trasporto dei propri rifiuti, nonché i produttori iniziali di rifiuti pericolosi che effettuano*

operazioni di raccolta e trasporto dei propri rifiuti pericolosi in quantità non eccedenti trenta chilogrammi o trenta litri al giorno, non sono soggetti alle disposizioni di cui ai commi 5, 6, e 7 a condizione che tali operazioni costituiscano parte integrante ed accessoria dell'organizzazione dell'impresa dalla quale i rifiuti sono prodotti". Le imprese e gli enti che, in base alla loro attività ed alle tipologie di rifiuti gestite, devono essere iscritte all'Albo ai sensi dell'art. 212 comma 5 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 tra essi vi sono gli OO.EE che svolgono servizi cimiteriali poiché svolgono anche attività di raccolta di rifiuti. La BB è iscritta alla categoria 2 bis, come peraltro la stessa [REDACTED], e, dunque è autorizzata al trasporto in conto proprio dei rifiuti (tutti) in discarica senza avvalersi di trasportatori esterni. L'iscrizione a suddetta categoria prevede ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. 152/2006 e del regolamento comunitario 1013-2006, l'autorizzazione dell'iscritto a smaltire tutti i rifiuti (non pericolosi e/o pericolosi) in conto proprio, riferiti all'Elenco Europeo dei Rifiuti – EER (ex codici CER), che possono essere trasportati dall'azienda. È l'iscrizione all'Albo requisito per svolgere l'attività. Sulla base dell'attività svolta in concreto dalla impresa già autorizzata, i codici CER, dunque, vengono poi implementati e aggiornati mediante l'invio di una istanza da parte dell'O.E. D'altro canto non potrebbe essere differente in quanto la classificazione dei rifiuti è effettuata dal produttore assegnando ad essi il competente codice CER prima che il rifiuto sia allontanato dal luogo di produzione e non in astratto. Questi codici insomma vengono assegnati al momento dell'iscrizione e possono essere modificati in un secondo momento quando le esigenze dell'azienda variano in concreto; l'unico limite è che i codici rifiuto che si desiderano inserire devono essere sempre attinenti all'attività svolta dall'azienda. Il capitolato speciale, peraltro, è del tutto in linea con la ricostruzione normativa del settore. Ed invero, l'Allegato A - Art.5 – al contrario di quanto ex adverso sostenuto - non indica affatto prestazioni oggetto della gara, ma unicamente, riassume le operazioni che nell'anno 2019 – 2020 sono state effettuate. Essendo la BB iscritta all'Albo Gestori Ambientali per la Categoria 2 – bis riluce all'evidenza che la S.A. ben abbia fatto a non escluderla. Privo di fondamento è dunque altresì la considerazione per la quale la stessa avrebbe dovuto utilizzare l'istituto del subappalto necessario" (così in memoria).

Il Collegio non condivide tali argomentazioni difensive e reputa, quindi, fondata la censura ora in esame.

Ritiene, in primo luogo, che non vi siano motivi per discostarsi dal prevalente e condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, ancorché non espressamente prevista dal bando, è requisito di partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi implicanti le relative attività, trattandosi di un presupposto necessario allo svolgimento della relativa attività alla luce della disciplina legale di riferimento, capace di "eterointegrare" sul punto quella di gara, in particolare sulla base dell'art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, secondo cui l'iscrizione all'Albo è *"requisito speciale di idoneità professionale...che...va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio"*; conforme T.A.R. Sardegna, Sez. II, 4 dicembre 2019, n. 869, secondo cui *"... il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che il relativo possesso determina l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione (Consiglio di Stato sez. V, 3 giugno 2019, n. 3727)"*).

Privo di pregio è, poi, l'assunto difensivo secondo cui, ai fini della partecipazione alla gara, sarebbe sufficiente una generica iscrizione all'Albo, anche non riferita alla tipologia di rifiuti specificamente oggetto di gara, sia perché esso non emerge in alcun modo dalla giurisprudenza di riferimento sia perché, comunque, l'ontologica differenza tra le diverse tipologie di rifiuti, implicante per ciascuna capacità professionali e cautele gestionali differenti, indica la necessità che l'iscrizione comprenda e si estenda sin dall'inizio a tutte le tipologie di rifiuti oggetto dei servizi da affidare.

Né, infine, può condividersi l'ulteriore argomentazione difensiva basata sulla ritenuta incidenza "minimale" dell'attività di trasporto e smaltimento dei rifiuti per i quali la controinteressata è priva della necessaria iscrizione all'Albo.

Secondo la controinteressata, in particolare, tale carattere minimale si desumerebbe dall'esiguo valore economico della relativa prestazione, quantificato entro i 3.000 euro nella seconda tabella riportata a pag. 5 lett. E dei giustificativi di prezzo elaborati dalla stessa controinteressata (doc. 19 prodotto dalla ricorrente) e ciò consentirebbe, altresì, il ricorso a terzi soggetti abilitati per lo svolgimento delle necessarie attività di trasporto e conferimento anche senza necessità di applicare la disciplina prevista in materia di subappalto.

Ma tale assunto non è condivisibile, prima di tutto, perché, il carattere accessorio della prestazione, che secondo la tesi in esame escluderebbe la necessità dell'iscrizione all'Albo nazionale Gestori Ambientali in mancanza di una previsione espressa in tal senso nella legge di gara -ammesso e non concesso che effettivamente rilevi in questo senso- certamente non può essere desunto dal solo valore economico (non particolarmente rilevante) della prestazione stessa, restando necessario valutarne l'oggetto e i rischi connessi alla stessa, che sono alla base della necessità dell'iscrizione all'Albo.

In secondo luogo perché appare *ictu oculi* inattendibile, come, peraltro, si evidenzia nel terzo motivo di ricorso e nella memoria conclusiva di parte ricorrente, la stima economica operata sul punto dalla controinteressata, laddove ha previsto, come detto, di trasportare e smaltire ben 53 tonnellate di rifiuti (di cui 400 kg. provenienti dalla sala autoptica) a un costo complessivo non superiore a euro 3.000, ove solo si consideri che la ricorrente aveva previsto, sul punto specifico, costi di euro 14.000 circa.

Per quanto premesso il ricorso è, dunque, fondato con il conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui vi è stata ammessa la controinteressata, alla quale è stato, poi, aggiudicato l'appalto.

Infine si precisa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 1, lett. e), del codice del processo amministrativo, che -non essendo ancora intervenuta la stipulazione del contratto, come espressamente riferito dalle parti- all'esito della presente pronuncia di annullamento la stazione appaltante, una volta esclusa dalla gara la [REDACTED], dovrà affidare il servizio all'odierna ricorrente, previo espletamento delle verifiche di legge, ove necessarie.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite, vista l'obiettivo complessità della vicenda implicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla gli atti di gara nella parte in cui vi è stata ammessa la Cooperativa Sociale Barbara B s.c.s. e nella parte in cui l'appalto è stato a quest'ultima aggiudicato.

Compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Gabriele Serra, Referendario

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO

