

Pubblicato il 19/11/2020

N. 00636/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00269/2020 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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 269 del 2020, proposto da ETAMBIENTE S.p.A. in proprio ed in qualità di Mandataria Ati con THARROS MARITTIMA S.r.l., mandante, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Matilde Mura, Pasquale Cristiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

COMUNE DI ORISTANO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianna Caccavale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Porcu E Barberio Studio Legale in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

nei confronti

FORMULA AMBIENTE S.P.A.- CONSORZIO FORMULA AMBIENTE SOC. COOP. SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonello Rossi, Emilio Potena, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri N° 32;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della Determinazione Dirigenziale prot. n. 445 del 30.04.2020, comunicata con nota del 05.05.2020 e trasmessa con PEC del 06.05.2020, con la quale il Comune di Oristano ha disposto L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA IN FAVORE DI *FORMULA AMBIENTE S.P.A.* della “*Gara europea con procedura aperta per la gestione dei rifiuti urbani ed assimilati e concessione del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti portuali nel Comune di Oristano*”;

- di tutti i verbali di gara e, segnatamente, il verbale del 10.01.2020, del verbale del 09.03.2020, del verbale del 13.03.2020, del verbale del 23.04.2020, nei limiti dell'interesse dell'odierno ricorrente

e, per l'effetto, per la condanna del Comune di Oristano al RISARCIMENTO DEL DANNO in forma specifica

- mediante dichiarazione di INEFFICACIA DEL CONTRATTO eventualmente stipulato medio tempore con *Formula Ambiente S.p.A.* e con conseguente aggiudicazione in favore dell'ATI ETAmbiente S.p.A.;

- *in subordine,*

per il caso in cui il contratto nelle more eventualmente stipulato non dovesse essere dichiarato inefficace, disporre IL SUBENTRO nel contratto medesimo, con riferimento al quale l'ATI ETAmbiente S.p.A. manifesta la propria disponibilità;

- *in linea ulteriormente subordinata,*

ove non dovesse essere consentito, ovvero non fosse possibile il subentro del contratto, condannare il Comune di Oristano al RISARCIMENTO DEL DANNO per equivalente, tenuto conto che l'ATI ETAmbiente S.p.A., in assenza delle violazioni di cui infra, sarebbe stato legittimamente aggiudicatario.

nonché, *in via ancor più subordinata*

e solo nella denegata ipotesi di mancato accoglimento delle precedenti domande

per l'annullamento dell'intera procedura di gara e dunque, del bando di gara, del Disciplinare di gara, del Capitolato Speciale di Appalto e di tutti i verbali di gara

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Oristano e di Formula Ambiente S.p.A. e di Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2020 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Oristano, con bando pubblicato del 28.11.2019, ha indetto la procedura aperta per l'appalto per la "*gestione dei rifiuti urbani ed assimilati e per la concessione del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti portuali*", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 7 anni e per un valore di valore massimo stimato di € 43.587.353,33

Il termine per la presentazione delle offerte veniva fissato per l'8.1.2020.

La Stazione appaltante, con verbale 10.1.2020, ammetteva alla procedura 5 operatori economici, tra i quali, l'ATI ricorrente ed il "*Consorzio Formula Ambiente s.r.l.*".

La valutazione delle offerte tecniche è stata compiuta dalla Commissione di gara in 5 sedute (del 12.2.2020, 21.2.2020, 22.2.2020, 28.2.2020 e del 9.3.2020).

Sono stati redatti più verbali (tra cui uno sintetico del 9.3.2020 ed uno analitico il 13.3.2020) ove la Commissione di gara ha proceduto:

- alla non ammissione dell'ATI Cogeir Costruzione e Gestione s.r.l. – Impregico s.r.l.;
- all'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica delle 4 ditte ammesse, attribuendo all'ATI ricorrente un punteggio pari a 75,902 ed al *Consorzio Formula Ambiente soc. coop. sociale* 80,00 punti.

Nella seduta pubblica del 13.3.2020 la Commissione di gara dava lettura dei punteggi tecnici attribuiti alle ditte ammesse e procedeva all'attribuzione e alla lettura del punteggio alle offerte economiche.

Nella graduatoria finale (cfr. verbale n. 6 del 23.4.2020) il “*Consorzio Formula Ambiente soc. coop. Sociale-Formula Ambiente Spa*” si classificava al primo posto con l'attribuzione di un punteggio complessivo di 96,894; all'ATI ricorrente veniva attribuito con il minor punteggio totale di 95,902 , con posizionamento al secondo posto (con un minimo scarto di punteggio).

La Commissione procedeva alla verifica della anomalia/congruità dell'offerta presentata dal Consorzio Formula Ambiente.

Si evidenzia che, <nel corso della procedura>, al “*Consorzio Formula Ambiente soc. coop. sociale*” è subentrata la Società “*Formula Ambiente S.p.A*”.

La “*Formula Ambiente S.p.A*” (d'ora in poi anche FA spa) era succeduta, in forza di conferimento di ramo d'azienda nonché di contratto di affitto di ramo di azienda, a far data dal 1.3.2020 , nei rapporti di “*Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale*”, (d'ora in poi anche Consorzio FA), per quanto attiene la gestione rifiuti e verde.

A seguito di ciò , con nota del 27.3.2020 FA spa ha comunicato alla stazione appaltante (anteriormente alla conclusione della procedura di selezione del contraente) l'intervenuto “*subentro*” nella posizione della concorrente Consorzio FA, producendo la documentazione amministrativa per la dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis.

La subentrante presentava anche le giustificazioni sul prezzo e sui costi indicati in offerta, che erano state richiesti dalla Commissione.

Con verbale del 23.04.2020 la Commissione concludeva positivamente il procedimento di verifica di congruità dell'offerta di Formula Ambiente S.p.A. Nella seduta di gara del 28.04.2020 la Commissione di gara, in riferimento alla comunicazione di subentro della Formula Ambiente S.p.A. nella posizione del Consorzio Formula Ambiente s.r.l.:

- verificava la conformità della documentazione amministrativa;
- prendeva atto della documentazione amministrativa depositata da Formula Ambiente S.p.A.;
- riscontrava “invariata la graduatoria di merito” che vedeva il *Consorzio F.A. (Formula Ambiente S.p.A.)* primo in classifica (e seconda l'ATI ricorrente);
- ha proposto l'aggiudicazione in favore del *Consorzio (Formula Ambiente S.p.A.)*.

Con Determinazione Dirigenziale del 30.4.2020 il Comune di Oristano ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della società *Formula Ambiente spa* (subentrata al *Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale* con decorrenza dal 01/3/2020), in applicazione dell'art. 106 D.lgs 50/2016 e s.m.i..

La ricorrente, con ricorso depositato il 8.6.2020, ha impugnato gli atti della procedura, formulando le seguenti censure:

***A)IN VIA PRINCIPALE: ILLEGITTIMITÀ DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA** per:

- 1)violazione dell'art. 106 del d. lgs. n. 50/2016 – violazione del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione – eccesso di potere per difetto di motivazione e difetto di istruttoria;
- 2)violazione dell'art. 106 del d. lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 10 del disciplinare di gara – violazione del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione – eccesso di potere per difetto di motivazione e difetto di istruttoria;
- 3)violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 72 del capitolato speciale di appalto – eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza – violazione della par condicio;

4)violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara – violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 72 del capitolato speciale di appalto – eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza – violazione della par condicio.

Con formalizzazione di richiesta di subentro nel contratto.

B) IN VIA SUBORDINATA, ANNULLAMENTO DELL'INTERA PROCEDURA DI GARA:

B1) eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza ed imparzialità delle operazioni di gara – difetto di istruttoria e difetto di motivazione; verbale incompleto, unico e riferito alle 5 sedute di gara;

B2) contro il bando: mancanza del requisito di “*operatore nel Porto*”; violazione e falsa applicazione del regolamento (UE) 2017/352 – violazione dell'art. 82 del d. lgs. n. 50/2016 – eccesso di potere per manifesta irragionevolezza.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione comunale che la controinteressata aggiudicataria “*FORMULA AMBIENTE S.P.A.*”.- “*CONSORZIO FORMULA AMBIENTE SOC. COOP. SOCIALE*”, depositando documenti e chiedendo :

-l'inammissibilità del 3° e 4° motivo nonché la tardività della 2^ domanda formulata in via subordinata;

-il rigetto del ricorso per infondatezza di tutte le censure sia principali che subordinate.

Il servizio è stato affidato in via d'urgenza il 30.4.2020 (ex art. 32 comma 8 e 13 del D.Lgs. 50/2016) con avvio al 1.5.2020 (cfr. doc. 14 deposito del Comune), dopo l'avvenuto espletamento dei controlli ex art. 32 comma 7 del Codice appalti.

Successivamente è stato stipulato il contratto, il 8.10.2020.

All'udienza del 28 ottobre 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con i primi tre motivi di ricorso la ricorrente ha chiesto l'esclusione dell'aggiudicataria.

1) Con il primo vizio Etambiente contesta il subentro (post conferimento e affitto di ramo d'azienda), in quanto la Stazione Appaltante avrebbe omesso l'istruttoria diretta a verificare il possesso in capo, a "Formula Ambiente S.p.A." (subentrata in corso di gara al *Consorzio FA soc. coop sociale*) dei requisiti prescritti dalla lex specialis, con violazione dell'art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016. La censura non è fondata.

L'Amministrazione ha preso atto del subentro societario, che le è stato tempestivamente comunicato dalla nuova FA spa, ed ha compiuto le verifiche necessarie per poter accertare se il nuovo soggetto subentrante (privatisticamente idoneo, di diritto, a conservare la medesima posizione del cedente) avesse tutti i titoli e requisiti di partecipazione alla gara.

In particolare il subentro fra società, per cessione del ramo d'azienda, è stato attuato ex art. 106 del Codice contratti (con subentro "in corso" di gara).

L'ordinamento garantisce il subentro, in questo caso di *Formula Ambiente spa* nella posizione del *Consorzio Formula Ambiente soc. coop.*, originario offerente, con successione nella posizione del partecipante a gare pubbliche.

A seguito di (in questo caso duplice titolo) conferimento ed affitto di ramo d'azienda.

Dagli atti separati (delibera assembleare di conferimento ramo e contratto d'affitto) il ramo "complessivo" d'azienda è stato trasmesso da Consorzio FA a FA spa, sia per la gestione rifiuti, sia per il verde.

Nel caso di specie:

- con la delibera assembleare del 6.2.2020 n. 6728 è stato <conferito> il ramo d'azienda "*Igiene urbana e servizi complementari*" a FA spa;

- tra le due società è stato <affittato> il ramo d'azienda, con contratto stipulato il 6.2.2020 n. 13680, per quanto concerne il "*manutenzioni di aree verdi pubbliche e private*" con decorrenza 1 marzo 2020 e fino al 31 marzo 2024 a FA spa,

(cfr. docc. 2 e 3 deposito controinteressata).

Con espressa individuazione specifica, per quanto attiene l'oggetto di tutti i beni, contratti, personale,..., trasmessi al nuovo soggetto.

Si consideri che sono due i diversi atti, entrambi del 6.2.2020, che rilevano ai fini dell'individuazione dell'oggetto delle prestazioni trasferite:

*Rep. Notarile n. 13.679 (fascicolo n. 6728) per *conferimento* del ramo d'azienda formato dal “*complesso dei beni mobili, immobili e immateriali del ramo d'azienda relativo all'attività diretta di raccolta, spazzamento e trasporto di rifiuti urbani e speciali e servizi accessori, quali gestione dei centri di raccolta, servizi di pulizia e lavaggio di aree pubbliche e rimozione di neve e ghiacci, con esclusione delle attività svolte attraverso le consorziate*”;

*Rep. n. 13.680 per “*l'attività diretta dei servizi di manutenzione e realizzazione di aree verdi in ambito pubblico e privato comprendenti anche le attività accessorie*”.

Nell'art. 2 della delibera assembleare il “RAMO D'AZIENDA” CONFERITO è stato così individuato:

formato dal “*complesso dei beni mobili, immobili e immateriali del ramo d'azienda relativo all'attività diretta di raccolta, spazzamento e trasporto di rifiuti urbani e speciali e servizi accessori, quali gestione dei centri di raccolta, servizi di pulizia e lavaggio di aree pubbliche e rimozione di neve e ghiacci, con esclusione delle attività svolte attraverso le consorziate*”

Il successivo art. 11 disciplina “*I rapporti contrattuali con i dipendenti, limitatamente a quelli che sussistevano alla data di stipula del presente contratto di Affitto del Ramo d'Azienda, e gli altri rapporti contrattuali relativi al Ramo d'Azienda, passeranno in capo alla Locatrice.*”

Per quanto concerne le autorizzazioni amministrative l'art 13 prevede che *La Locatrice autorizza altresì l'intestazione dei contratti, delle autorizzazioni amministrative ed idoneità sanitarie inerenti il ramo d'azienda concesso in affitto a favore dell'Affittuaria, limitatamente al periodo di durata dell'affitto, con esonero per i competenti Enti Amministrazioni e Uffici, pubblici e/ o privati, da ogni responsabilità al riguardo.*

E l'art. 17 prevede che “*tutti i crediti e i debiti come pure le attività e ogni passività, comprese quelle di carattere fiscale, relativi al Ramo d'Azienda, con riferimento al periodo*

antecedente la Data di Inizio dell’Affitto, saranno rispettivamente a favore e a carico della Locatrice, a eccezione di quanto già sopra specificato all’art.3, lett. f)”

Per quanto concerne l’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali di FA spa il Consorzio FA ha chiesto la voltura a favore di FA spa; domanda che è stata accolta il 26.2.2020 (doc. 8), in attesa del futuro formale rilascio del provvedimento.

La tesi della decorrenza dell’efficacia in capo alla nuova società (dal 21.4 al 9.2.2021) non è condivisibile in quanto il regime transitorio, disciplinato dall’art. 18 comma 5° del DM istitutivo dell’Albo, dispone che le imprese possono continuare ad operare fino alla delibera di variazione della richiesta.

E ciò risulta dalla visura del 26.3.2020 della società FA spa.

Dunque la controinteressata FA spa è qualificabile come soggetto subentrante a tutti gli effetti, idoneo alla stipula ed all’esecuzione del contratto d’appalto globale, in quanto l’Atto di conferimento del ramo di azienda (rifiuti) e di affitto (verde) è stato trasmesso dalla *Formula Ambiente spa* al Comune, il 24.2.2020, con indicazione della decorrenza degli effetti dall’ 1.3.2020.

La comunicazione alla Stazione appaltante dell’avvenuta ristrutturazione societaria è stata tempestiva (ancor prima della sua decorrenza iniziale).

L’Amministrazione, a seguito delle richieste del 29 aprile, 12 e 16 giugno 2020, ha potuto espletare il controllo dei requisiti necessari in capo alla nuova società.

Si evidenzia che l’avvio del procedimento di verifica di *Formula Ambiente spa* (per l’antimafia, 29.4) è stato avviato anteriormente alla notifica di questo ricorso (4.6.2020), contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente.

La società subentrante ha prodotto i dati richiesti, comprese le *volture* delle iscrizioni all’Albo Gestori Ambientali di *Consorzio Formula Ambiente*, ottenute in proprio favore.

In sostanza il possesso dei requisiti e condizioni di partecipazione del subentrante sono state adeguatamente vagliate dall’Amministrazione, sulla base della documentazione fornita.

Il servizio è stato assegnato, in via d'urgenza, a FA spa e l'affidamento del servizio globale è poi avvenuto, in via definitiva, in forza di idonei titoli (compresi DGUE), con continuità nel possesso dei requisiti di gara.

**

2) Con il secondo motivo parte ricorrente contesta un profilo attinente la mancanza di persistenza della “cauzione *provvisoria*”, che, stipulata dal soggetto originariamente partecipante Consorzio FA, non potrebbe essere considerata utile per il nuovo soggetto, in quanto non riferibile alla società FA spa.

In particolare si sostiene che la garanzia sarebbe riferibile solo al *Consorzio Formula Ambiente* (e non anche alla *Formula ambiente spa*), con mancanza di idonea cauzione/fidejussione riferita alla fase dell'espletamento del procedimento di gara.

Il Collegio ritiene non fondata la censura.

Con l'avvenuto subentro, a tutti gli effetti, della società FA spa, anche la garanzia stipulata dal *Consorzio partecipante* si è trasferita in capo alla *Formula Ambiente spa*, stipulante, in quanto tutte le posizioni contrattuali individuate sono state trasferite con il conferimento del ramo d'azienda e con l'affitto di una ulteriore parte.

Parte ricorrente erroneamente ritiene che per tale garanzia, provvisoria, non sarebbe ravvisabile una forma di continuità (fra le due società), con assenza di operatività.

Come già posto in evidenza, il conferimento-affitto di ramo d'azienda (entrambi del 6.2.2020) si riferivano a tutti i contratti in essere (cfr. art. 2 atto di conferimento), in particolare:

-“*la società conferitaria subingredisce in tutte le situazioni contrattuali di legge, sia attive che passive, anche relative ai contratti di mutuo bancari ipotecari, relative al ramo aziendale in oggetto*”;

-“*sono compresi altresì nel conferimento ...i contratti di assicurazione e ogni altro contratto o proposta contrattuale attinente il ramo aziendale oggetto di conferimento*”.

Ne consegue l'avvenuta trasmissione, in capo a Formula Ambiente s.p.a., di tutti i contratti in essere relativi al ramo d'azienda, ivi inclusi "i contratti di assicurazione", a partire dal 1° marzo 2020.

Dunque anche per le fidejussioni riferite alla cauzione provvisoria (il contratto era stato stipulato dalla cedente Consorzio FA), per la garanzia del rispetto degli obblighi riferiti al procedimento di selezione del contraente.

Il beneficiario della polizza provvisoria è sempre rimasto il Comune di Oristano.

Successivamente FA spa ha stipulato, in proprio, con UnipolSai Assicurazioni, il contratto di cauzione definitiva (Polizza fidejussoria n. 175834579 del 18.6.2020, doc. 11, esibito in udienza firmato), necessario per la sottoscrizione del contratto d'appalto, riferito ad un corrispettivo di aggiudicazione di € 29.539.845,81 (somma garantita € 1.181.593,84, rapportata al 4 % del costo del servizio).

Con beneficiario il Comune di Oristano.

Ne consegue che le garanzie (provvisoria e definitiva) sono riscontrabili , in parte per subentro di FA spa (al Consorzio FA) ed in parte per stipula autonoma.

**

3)Con il terzo motivo, proposto sempre in via principale, viene formulata ulteriore richiesta di esclusione della controinteressata, in riferimento ad altri due aspetti.

In particolare per asserito omesso rispetto dell'offerta Formula Ambiente di due elementi dell'offerta ritenuti, dalla ricorrente, "*minimi*".

Nella prospettazione della ricorrente l'offerta di Formula Ambiente non sarebbe in grado di soddisfare le seguenti condizioni minime prestazionali, che sarebbero state richieste dal Capitolato Speciale di Appalto; nella specie:

a)mancato rispetto delle ore minime (secondo il calcolo della ricorrente 1.556) per la raccolta degli "ingombranti e RAEE", avendo l'aggiudicataria offerto , solo 979 ore per l'espletamento del servizio ;

b) numero cestini gettacarte da svuotare (600 e non 366) e sui quali applicare il misuratore *transponder*.

INGOMBRANTI.

Nell'offerta (doc. All 14 ricorso) l'aggiudicataria ha previsto, a pag. 39, per questo servizio:

- di garantire 30 interventi per ciascun turno di servizio;
- stimando una produttività di 8 utenze/ora
- con utilizzo di una squadra (composta da un mezzo e autista e un operatore);
- con tempo di utilizzo complessivo di 979 ore;
- con soddisfazione della totalità delle richieste entro il tempo massimo richiesto (14 giorni);
- con assicurazione della raccolta di RAEE e ingombranti abbandonati, entro 24 ore dalla segnalazione.

Sono state previste anche alcune migliorie:

- ritiro "entro il domicilio" per disabili e anziani soli con difficoltà motorie;
- sistema informatizzato di raccolta.

Parte ricorrente, a fronte di una proposta così articolata, sostiene che l'offerta di 979/anno, non sarebbe conforme, in quanto doveva essere rispettato il limite orario di 1.556 ore (come soglia minima), quantificato nel Capitolato .

Etambiente ritiene che sarebbe "essenziale" la fornitura del servizio con il rispetto del minimo orario di 1556 all'anno; con conseguente insufficienza dell'indicazione dello svolgimento dello stesso servizio con sole 979 ore/anno.

L'art. 58 del Capitolato:

° "*quantificava*" un impegno di "*261 passaggi annui da 6 ore ciascuno con impiego di due operatori e con opportuno automezzo provvisto di sponda caricatrice*";

° e prevedeva anche un obbligo ("*deve*"), stabilendo che "*il servizio deve necessariamente includere le giornate del lunedì e sabato*".

Per il primo aspetto sussiste solo una "stima", compiuta dalla stazione appaltante .

Ciò che deve essere garantito, in termini sostanziali, è l'espletamento del servizio, completo, nei tempi prestabiliti (con termine massimo 14 giorni dalla chiamata), e, necessariamente, con svolgimento (questo sì è un vincolo irrinunciabile), almeno, nelle due giornate indicate (lunedì e sabato).

La ricorrente ha estrapolato i dati per tradurli in un vincolo orario per l'aggiudicatario.

Ma tale elemento non è ravvisabile dagli atti di gara.

Il dato delle ore (ritenute necessarie e vincolanti) è stato enucleato dalla ricorrente utilizzando parametri, che sono sì contemplati all'art. 58 del Capitolato, ma che non sono "imposti", non avendo una valenza direttamente prescrittiva, trattandosi di sola "quantificazione".

La stazione appaltante si è espressa, nell'ambito del medesimo articolo, in modo chiaro e difforme tra quanto era richiesto come "prescrizione minima" e quanto, invece, faceva parte di elementi illustrativi di quantificazione e stima del servizio.

Il computo orario ed economico effettuato dalla ricorrente sulla stima/quantificazione non rifletteva elementi concepiti come vincolanti dal Comune.

Non era, cioè, prescritto un "obbligo" di esercizio del servizio in almeno 1.556 ore (moltiplicando il numero di passaggi con il numero degli operatori). Tale calcolo non è stato fissato come "minimo orario" dal Capitolato (che neppure menziona tale "monte ore").

Non essendo stato previsto un vincolo-obbligo nelle "modalità" minime di prestazione, nell'esercizio del servizio (raccolta domiciliare ingombranti), ma solo tempistiche massime di esecuzione, le modalità con le quali pervenire all'adempimento entro i tempi comminati, possono essere rimesse all'organizzazione dell'imprenditore e alle sue capacità di ottimizzazione.

Ciò che conta è la garanzia del risultato con l'obbligo di esecuzione della raccolta domiciliare, in almeno 2 giorni alla settimana prestabiliti, nel rispetto del "tempo" massimo imposto di 14 giorni.

Va considerato che la “strutturazione” dell’offerta di FA è stata compiuta utilizzando anche elementi (componenti la proposta) differenziati, rispetto al punto contestato, nell’individuazione della produttività (con, anche, previsioni migliorative rispetto a quelle base; che, come si vedrà, sono state riconosciute positivamente dalla Commissione, con attribuzione di punteggio).

Le modalità di configurazione del servizio raccolta RAEE, ingombranti e rifiuti tessili (che incide globalmente per l’1,20% della raccolta globale) sono state concepite dall’impresa non solo in termini strettamente orari (indicando un monte ore stimato di 979), ma utilizzando anche criteri diversi riferiti, in particolare, al “*numero di utenze ad ora*” (8).

Essenzialmente , nella logica dell’Amministrazione, ciò che risultava “*necessario*” era l’espletamento di un servizio che garantisse:

- la raccolta entro 14 giorni;
- l’effettuazione nelle giornate di lunedì e sabato;
- per i non deambulanti il ritiro nell’abitazione;
- l’obbligo di tenere separati i diversi rifiuti.

In sostanza l’art. 58 prevede alcuni elementi “obbligatori” ed altri descrittivi e/o di quantificazione.

La stima oraria va considerata una mera “quantificazione” del fabbisogno.

L’individuazione delle modalità vincolanti di esecuzione del servizio sono state espressamente sancite con terminologia inequivocabile.

E tra queste non rientrano il monte ore annuale di lavorazione.

L’ultimo comma dell’art. 58 del Capitolato prevede, infatti, in modo descrittivo (testualmente) che “l’impegno corrispondente è *quantificato* in 261 passaggi annui da 6 ore ciascuno con due operatori”.

A seguire prescrizione (questo sì configurato come obbligo) che “ il servizio *deve necessariamente includere* le giornate di lunedì e sabato”.

Allo stesso modo il comma 2 ° impone che “*il tempo di evasione massimo delle richieste non deve essere superiore a 14 giorni*”.

Ed il 6° comma vuole, obbligatoriamente, che *“i rifiuti devono essere tenuti separati per frazioni merceologiche omogenee”*.

Dunque solo per le prestazioni che il Capitolato, all'art. 58, configura, propriamente, come *“obblighi”*, l'offerente è tenuto al rispetto delle prescrizioni Diversamente per quanto concerne *“stime”* e *“quantificazioni”*, che non sono state configurate come prestazioni, in termini espliciti, vincolanti, non può scaturire la pronuncia di legittima esclusione dell'offerta.

La capacità ed autonomia nella gestione imprenditoriale del servizio può implicare l'utilizzo di elementi che consentono una maggiore ottimizzazione del servizio (che si possono riflettere, anche, con un risparmio orario).

Con garanzia del risultato, come richiesto nelle forme obbligatorie.

In questo specifico contesto previsionale la sufficienza ed idoneità del servizio (la raccolta stimata della ricorrente è di 201 tonnellate/anno) non può essere effettuata considerando unicamente il profilo orario (come *“soglia minima”* annuale, non vincolante).

Ciò che conta nell'individuazione delle prestazioni *“minime”* è il riscontro dei parametri *“certi”* ed individuati come essenziali.

Con il rispetto dei reali vincoli , come il tempo massimo di raccolta, le giornate , il domicilio per i non deambulanti, separazione fra i diversi rifiuti, per tipologia.

Si consideri che il peculiare servizio, che incide solo per l'1,20% in rapporto al totale della produzione rifiuti (cfr. pag. 9 offerta FA), è stato *“organizzato”* con l'introduzione di migliorie (gestione informatizzata e ottimizzazione dei percorsi).

Va considerato che il servizio non è preventivabile in modo certo (per il numero dei passaggi), diversamente da quello attinente la raccolta generale , calendarizzata, ex ante, in modo costante e continuativa.

Ciò che rileva nella raccolta degli ingombranti è l'esecuzione, in concreto, della raccolta nel rispetto degli elementi realmente essenziali, con garanzia del risultato conforme.

Tenuto conto che trattasi di un servizio fluido, che non ha carattere costante ed omogeneo, ma che va a concretizzarsi in relazione alle esigenze, variabili, della comunità.

E l'offerta FA garantisce, con completezza, l'espletamento di questo servizio, configurando, anche, migliorie, che sono state premiate dalla Commissione, sotto il profilo della <valutazione dell'efficacia del servizio> , con l'attribuzione di 2,538 punti, in modo coerente con le previsioni di Capitolato (il profilo del punteggio sarà oggetto della separata censura, sub quarto vizio). L'offerta della controinteressata non era sanzionabile con l'esclusione, nemmeno sotto l'aspetto del "monte ore" per la raccolta ingombranti.

*

CESTINI

La ricorrente sostiene, inoltre, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per un altro aspetto di violazione di un diverso "asserito minimo" previsto in Capitolato.

L'Art. 72 del Capitolato (pag. 40), prevedeva, come obbligo, lo "svuotamento" dei cestini gettacarte "presenti sul suolo pubblico", con fornitura e sostituzione dei sacchi a perdere nonché con lavaggio mensile.

Con prescrizione che l'appaltatore avrebbe dovuto, entro 2 mesi, "farsi carico di installare su ciascuna di queste unità un transponder RFID-UHF, in modo da garantire la redazione di una banca dati di ciascun punto presa registrandone gli svuotamenti effettuati tramite la medesima tecnologia di rilevazione e conteggio dei conferimenti utilizzata per i RUR. La banca dati degli svuotamenti dovrà essere sempre consultabile da parte degli uffici comunali, fungendo da strumento di verifica della bontà del servizio reso."

Il 4° comma ha effettuato una <quantificazione>, testualmente, meramente "indicativa" del numero dei cestini (600).

Anche in questo caso (come nel punto già in precedenza esaminato), la "prescrizione" vincolante è quella < sostanziale > (svuotamento, lavaggio, applicazione di *transponder*) in relazione a "tutti" i cestini "esistenti" sul territorio comunale.

La “stima” di questi non assume valenza obbligatoria , in quanto è la stessa stazione appaltante che utilizza un termine variabile (“*indicativamente*”), compiendo una “quantificazione *presunta*” .

Con conseguente non vincolatività e perentorietà di questa previsione numerica.

Dunque sussisteva uno spazio di diversa determinazione/quantificazione da parte dell’aggiudicatario, il quale ben poteva (come è avvenuto nel caso di specie) individuare con maggiore precisione (ed aderenza alla realtà), anche a proprio rischio, un diverso censimento.

Nel caso di specie l’aggiudicatario, a pagg. 47-48 dell’offerta, ha individuato, dopo averli “*geolocalizzati*”, un numero dei “*cestini esistenti*” in 366 unità.

Distinguendo, per stato di conservazione, quelli in buono stato (158), quelli riparabili (116) e quelli da sostituire (92) per garantire la resa di un buon servizio.

Con articolazione dell’offerta e definizione della proposta contrattuale in termini migliorativi (con rinnovo delle unità usurate e riduzione delle bocche di carico).

A prescindere da tale quantificazione (compiuta in proprio) l’aggiudicatario ha assunto il vincolo di provvedere al servizio, completo, per tutti i cestini “realmente esistenti sul territorio comunale”. Con impossibilità di sottrarsi alle prestazioni di svuotamento, di lavaggio e di applicazione del *transponder*.

Le “stime” che sono state compiute (dalle parti contrattuali) debbono recedere a fronte del dato, prevalente, “reale”.

E ciò sia in caso di eccessiva individuazione (da parte dell’Amministrazione) sia in caso di computo sottostimato (da parte del concorrente).

Il dato relativo all’esecuzione doverosa del servizio (costante svuotamento e lavaggio di tutti i cestini) non può che essere quello reale e concreto, delle unità effettivamente “*esistenti*” sull’intero territorio comunale.

Per quanto concerne l’ulteriore prestazione (straordinaria) prevista dal Capitolato , all’ultimo comma dell’ art. 72, con l’obbligo di applicazione, per

ciascuna unità, di un *transponder* (che l'aggiudicataria stima in circa 1 euro ciascuno), il ragionamento è consequenziale a quanto già si è sostenuto per le prestazioni ordinarie.

L'obbligo, evidentemente, sussiste per "tutti" i cestini effettivamente "esistenti" (*indicativamente* quantificati dal Comune in 600).

L'aggiudicataria (gestore uscente) ha compiuto una geolocalizzazione dei cestini (differenziandoli anche numericamente per lo stato di conservazione) individuando un numero decisamente inferiore.

E' evidente che se il numero reale dovesse essere superiore a 366 l'aggiudicatario sarà tenuto ad applicare il dispositivo su tutti i cestini effettivamente preesistenti.

Sussistendo il vincolo dell'impresa di eseguire tutte le prestazioni contemplate, ed integralmente accettate dall'aggiudicataria.

Si precisa che oggetto del Capitolato non era il rinnovo dei cestini (con sostituzione dei vecchi con i nuovi), ma solo, il loro svuotamento, lavaggio e applicazione del *transponder*.

La parziale sostituzione e riparazione sono prestazioni che l'aggiudicataria ha proposto in via migliorativa.

Si consideri che, comunque, una eventuale sottostima del proponente (con una "possibile" differenza di 234 cestini da gestire, con applicazione dei relativi *transponder* di minimo valore) , determinerebbe la permanenza degli obblighi sostanziali, con obbligo di prestazioni, a carico dell'aggiudicatario, per le quali la stazione appaltante ha i pieni poteri di pretendere sia la gestione ordinaria (lavaggio e svuotamento), che il montaggio, per ciascuno, del dispositivo di rilevamento del carico.

Con una incidenza, comunque minima, nell'ambito di una gara di € 43.587.353,33

*

4) Con l'ultimo, quarto, motivo principale la società Etambiente chiede, in luogo dell'esclusione, la "*riduzione*" del punteggio attribuito all'offerta

dell'aggiudicataria per i medesimi due profili già indicati al vizio che precede (ingombranti e cestini).

In particolare viene contestata l'attribuzione del punteggio all'aggiudicataria, ritenuto eccessivo e non coerente alle prescrizioni, in quanto l'offerta di Formula Ambiente sarebbe stata, erroneamente, sopravvalutata dalla Commissione.

I punteggi che sono stati attribuiti all'aggiudicataria sono i seguenti:

^per ingombranti (parametro 6.1) : 2,538 punti;

^per cestini (parametri 9.1 e 9.2): $1.299 + 0,257 = 1,556$ punti;

per un totale di 4,094 punti (in riferimento a questi tre parametri).

Alla ricorrente Etambiente sono stati assegnati i seguenti "maggiori" punteggi:

^3 punti per ingombranti;

^ $1,5 + 1,5 = 3$ punti per cestini;

per un totale di 6 punti (per i tre parametri).

Il criterio di valutazione indicato sub 6.1 dell'art. 18.1 del Disciplinare (per raccolta *ingombranti*), posto in relazione all'art. 58 del Capitolato speciale, non va considerato in termini di "monte ore", ma (testualmente) in riferimento all' "*efficacia delle azioni*".

In particolare attribuendo il punteggio (max 3 punti), considerando "*il livello di efficacia delle azioni proposte per far fronte ai picchi di richieste e mantenere il tempo massimo di attesa previsto dal Capitolato speciale d'Appalto per i passaggi presso gli utenti*".

E l'art. 58 del Capitolato prevedeva il termine massimo di evasione delle domande di 14 giorni.

Profilo che è stato garantito dall'offerta dell'aggiudicataria, con integrazioni migliorative, come emerge dal fascicolo 6-6.1.1 dell'offerta FA (con ottimizzazione del servizio nell'individuazione dei percorsi, "minimizzando i tempi per l'effettuazione del servizio"; gestione informatizzata).

Analogamente per i cestini (parametri 9.1 e 9.2) l'offerta prevedeva elementi migliorativi (pagg. 45 e 46), con previsione, in parte, di "riparazione" di cestini esistenti (per lo stato di usura) ed, in parte, di loro "sostituzione" (causa il pessimo stato).

Concretizzando una variante migliorativa, essendo il servizio riferito ai cestini concepito solo come raccolta dei rifiuti (e non sostituzione unità) .

Soddisfacendo la previsione di incentivazione della "riduzione delle bocche" (specifica finalità individuata nel criterio di disciplinare), limitando la possibilità di versare solo rifiuti di piccole dimensioni.

Non è condivisibile, quindi, la tesi che la Commissione avrebbe attribuito alla ricorrente punti in più, sia per il criterio 6.1 che per quelli 9.1 e 9.2, rispetto a quelli effettivamente spettanti.

I criteri e subcriteri sono stati adeguatamente individuati e valutati; ed il riconoscimento a Formula Ambiente dei punti 2,538 per ingombranti e 1,556 punti per i cestini non risulta viziato da macroscopica e palese sovrastima.

Si consideri che la Commissione ha attribuito alla ricorrente Etambiente, per tutti i tre menzionati subcriteri punteggi maggiori (totale 6 punti) a fronte dei 4,094 assegnati all'aggiudicataria.

**

In relazione alle due domande proposte in via subordinata si evidenziano i seguenti elementi.

Prima subordinata.

Parte ricorrente contesta i tempi di valutazione delle offerte da parte della Commissione (24 ore e 40 minuti complessivi) compiute in 5 sedute.

Ritenendo che, a fronte di ben 5 sedute riservate per la valutazione dell'offerta tecnica, la Commissione di gara avrebbe "*redatto un unico verbale del 09.03.2020, senza alcuna puntuale descrizione di ciò che è accaduto nelle singole sedute di gara*".

Esaminando i verbali (sia quello sintetico del 9.3.2020, di 6 pagine; sia quello del 13.3.2020, di 17 pagine; nonché quello del 23.5.2020, di 5 pagine) risulta

che le attività svolte dalla Commissione sono state dettagliatamente descritte, garantendo l'effettuazione (e la comprensione) di tutti i passaggi valutativi compiuti.

Sono state adeguatamente esaminate le offerte dei 5 partecipanti e sono state formalizzate le modalità di attribuzione dei punteggi per ciascun parametro .

Gli elementi di ponderazione risultano ampiamente esternati, con dimostrazione dell'avvenuto scrutinio delle 5 offerte, con una tempistica appropriata, come emerge dai verbali, compreso quello analitico del 13.3.2020 (che è stato, oltretutto , depositato dalla stessa ricorrente il 17.6.20, in allegato al ricorso del 8.6.20 , doc. n. 5).

Nell'attività svolta dalla Commissione non sono riscontrabili profili di palese inadeguatezza.

Le valutazioni compiute sono state espresse ed illustrate in modo idoneo e conformemente a tempi tecnici appropriati.

La mancata indicazione dell'orario di fine delle attività, concretizza mera irregolarità (CS 1094/2011), essendo stata compiuta congruamente l'attività sostanziale di esame delle offerte tecniche .

*

Seconda subordinata

La ricorrente ha chiesto, in via ulteriormente subordinata, l'annullamento dell'intera gara. Impugnando la *lex specialis* nella parte in cui non ha previsto il possesso di alcun "requisito speciale" per l'affidatario del servizio di gestione dei "rifiuti portuali", in violazione del Regolamento UE n. 352/2017.

Nella specie si sostiene che sarebbe stata omessa la necessità del *requisito di "operatore nel Porto"* in capo al soggetto che avrebbe dovuto svolgere la raccolta all'interno di tale zona portuale.

A prescindere dall'eccezione di tardività (sollevata da controparte , per impugnazione fuori termine del bando), il Collegio ritiene, in via sostanziale, che la censura è nel merito infondata.

Il requisito di qualificazione per l'esecuzione di “*servizi portuali*” (disciplinati dal Regolamento UE n. 352/2017) , nell'ambito dell'espletamento del contratto generale di “raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani” in tutto il territorio comunale di Oristano, non doveva essere richiesto.

Per due ordini di ragioni.

La norma comunitaria non prevede alcun “*obbligo*”, per l'Amministrazione, di richiedere, nell'organizzazione del servizio ordinario di “raccolta di rifiuti urbani”, requisiti specifici (di “*operatore portuale*”) in capo all'aggiudicatario, anche qualora l'attività ricomprenda anche una zona portuale.

La norma prevede solo la “*facoltà*” (oltretutto) per il “*legislatore*” nazionale di definire requisiti in materia.

L'insieme delle previsioni (e non prescrizioni) contemplate agli artt. 3, 4 e 5 del Regolamento UE “consente” agli Stati membri di introdurre un “sistema di qualificazione” , con previsione di requisiti minimi per l’ “operatore portuale”.

Preoccupandosi, il Regolamento, di non ammettere, comunque, eccessive limitazioni e compressioni limitative alla partecipazione.

E' previsto che l'accesso ai “*servizi portuali*” (che includono, fra gli altri, anche la “*Raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui di carico*”) può essere circoscritto, da parte del legislatore, a favore di soggetti aventi determinati titoli.

Non sussistono obblighi (già definiti e suscettibili di auto-imposizione) a carico dell'Amministrazione che affida la generale raccolta di “*rifiuti urbani*” in tutto il territorio comunale, Porto compreso.

La *lex specialis* ha previsto, all'art. 7.1 del Disciplinare, la necessaria iscrizione, per gli operatori, alla “*Classe 1 lett. D*” dell' Albo Gestori Ambientali.

E la sottocategoria “*1-D3*” dell'Albo consente, specificamente, la “*Raccolta e trasporto di rifiuti urbani nelle Aree Portuali*”.

Iscrizione posseduta dall'aggiudicataria come “requisito speciale di idoneità”.

In conclusione il ricorso va respinto per infondatezza di tutte le censure promosse sia in via principale (finalizzate all'esclusione dell'aggiudicataria e/o riduzione del suo punteggio) che in via subordinata (per l'annullamento della gara).

L'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Oristano in favore di Formula Ambiente S.p.a. risulta legittima .

Ne consegue il rigetto, anche, della domanda di subentro e di risarcimento, non sussistendo elementi per il riconoscimento alla ricorrente di ambiti di tutela, sotto qualsiasi forma.

Con legittima collocazione in graduatoria della controinteressata.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti, in quanto (in sede di subentro nella posizione di Consorzio FA da parte di FA spa) la società ricorrente può essere stata tratta in errore dalla sussistenza di un contratto di "affitto" di ramo d'azienda solo parziale (gestione del verde); mentre il "conferimento" del ramo d'azienda era esteso, nell'oggetto, alla gestione dei servizi di raccolta e smaltimento rifiuti (come si evince dalla delibera assembleare).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Grazia Flaim

Marco Lenzi

IL SEGRETARIO