

- dell'articolo 4 comma 10 del capitolato speciale d'appalto e del bando di gara *in parte qua*, concernenti l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (periodo 1.4.2009-31.3.2012);
- dei verbali di gara 16 gennaio 2009 (ammissione/esclusione di concorrenti) e 20 gennaio 2009 (aggiudicazione del servizio);

B) quanto al I° atto di motivi aggiunti:

- del verbale 14 aprile 2009 (nella parte in cui dichiara deserta la gara);
- della delibera di giunta 16 aprile 2009, n. 80 che approva un nuovo e differente capitolato speciale d'appalto;
- delle consequenziali determine nn. 309/09 (annullamento della gara censurata con il ricorso introduttivo) e 310/09 (avvio di nuova gara periodo 21.9.2009/31.12.2013);
- del nuovo bando di gara pubblicato sulla GUUE 22 aprile 2009;

C) quanto al II° atto di motivi aggiunti

- del verbale 29 giugno 2009 (*recte*: 26 giugno 2009), di approvazione della graduatoria;
- del verbale n. 3 del 17 luglio 2009, in tema di giustificazioni presentate dalla controinteressate Coop. Idealservice;
- del verbale n. 4 del 27 luglio 2009, di aggiudicazione provvisoria;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Roncadelle;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Idealservice Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2009 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con l'atto introduttivo del giudizio, depositato il 9 marzo 2009, le Società ricorrenti dichiarano di gestire il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, in forza di un contratto con il Comune di Roncadelle scadente al 31.3.2009.

Le medesime Società espongono, altresì, che:

- in data 23 ottobre 2008, il predetto Comune pubblicava sulla GUUE il bando per l'affidamento del servizio *de quo* relativamente al periodo 1.4.2009/31.3.2012, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con un prezzo a base di gara pari a euro 3.557.361,00;
- il capitolato speciale d'appalto prevedeva che i concorrenti presentassero (busta B) un'offerta tecnica anonima;
- nella seduta del 16 gennaio 2009, la Commissione di gara escludeva le ricorrenti e la Soc. Gial Plastic, per violazione dell'anzidetta regola dell'anonimato;
- nella successiva seduta del 20 gennaio 2009, la Commissione di gara disponeva l'aggiudicazione provvisoria in favore di Aimeri Ambiente s.r.l., unica rimasta in gara.

Le Società ricorrenti impugnano tali ultimi verbali e la *lex specialis* della gara, nella parte in cui impone l'anonimato dell'offerta tecnica, deducendo:

- 1-2) violazione degli artt. 37 e 74 D. Lgs. n. 163/2006, quanto alla regola dell'anonimato dell'offerta tecnica;
- 3) violazione dell'art. 4 comma 10 del CSA e del principio di uguaglianza, disparità di trattamento, poiché anche l'offerta della controinteressata/aggiudicataria provvisoria avrebbe – in ogni caso – violato la regola dell'anonimato dell'offerta tecnica.

II. Con successivo atto di motivi aggiunti, depositato l'1.6.2009, le stesse Società ricorrenti espongono ulteriormente che:

- con nota 28 marzo 2009, il Comune dava inizio al procedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, ritenendone l'offerta inficiata dal medesimo vizio di riconoscibilità;

- successivamente, in data 14 aprile 2009, la Commissione dichiarava deserta la gara;

- con deliberazione giuntales 16 aprile 2009, n. 80 veniva approvato un nuovo capitolato speciale d'appalto e con determine n. 309 e n. 310 del 2009 si annullava, rispettivamente, la prima (e censurata con il ricorso introduttivo) gara; e si avviava la nuova gara per il periodo 21.9.2009-31.12.2013;

- in data 22 aprile 2009 il bando veniva trasmesso alla GUUE, ivi stabilendosi, quale termine per la presentazione delle offerte, l'8 giugno 2009.

Avverso il verbale 14.4.2009, la delibera giuntales n. 80/2009, le determine nn. 309-310/2009 e il nuovo bando, le ricorrenti deducono le seguenti censure in ordine progressivo rispetto a quelle già proposte con il ricorso introduttivo:

4) illegittimità derivata, violazione dell'art. 24 Cost. e del diritto di difesa, in quanto tali atti avrebbero frustrato le aspettative sottese ai primi due motivi del ricorso introduttivo e consistenti nell'<interesse alla riammissione nella gara originaria>;

5) violazione dell'art. 70 D.Lgs. n. 163/2006 e del principio della libera concorrenza, sotto il duplice profilo che il lasso temporale intercorrente tra spedizione del bando e termine di presentazione delle offerte (47 giorni) sarebbe inferiore a quello di legge (52) e che i nuovi valori economici del bando (7.500.000. euro), in uno con il differente criterio di aggiudicazione, sarebbero stati conosciuti dalle ricorrenti solo in data 27 maggio 2009;

6) eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, difetto di motivazione: si censura il nuovo criterio di aggiudicazione (prezzo più basso) e si sostiene che il

Comune avrebbe dovuto spiegare le ragioni per cui non fosse più necessario “puntare sulla qualità del servizio”, tanto più a poca distanza di tempo dal precedente bando;

7) violazione dell’art. 200 D. Lgs. 152/2006 e dell’art. 14 L.R. 26/2003; eccesso di potere per irragionevolezza, sviamento, manifesta contraddittorietà: si contesta, sotto il profilo dell’inversione di tendenza rispetto alla logica della gestione integrata dei rifiuti, la scelta del Comune di scorporare dalla nuova gara la gestione dell’isola ecologica, in precedenza accorpata “nel più generale servizio di igiene urbana”;

8) violazione della libera concorrenza ed eccesso di potere per astrattezza e perplessità: si deduce che, essendo prevista nel bando la possibilità per l’amministrazione di rinnovare il contratto per un ulteriore triennio (*recte*, quadriennio) sino al 31.12.2017, il concorrente non sarebbe messo in grado di conoscere con esattezza la durata del servizio, su cui calibrare la propria offerta economica.

III. In data 8 giugno 2009 si è costituito in giudizio il Comune di Roncadelle, il quale sostiene:

i) che le ricorrenti non avrebbero interesse a contestare la declaratoria di “gara deserta”, avendo il Comune accolto uno dei motivi di censura dalle stesse sollevato;

ii) che tale declaratoria “costitutiva atto necessitato e dovuto, senza margini di discrezionalità per il Comune”, atteso che l’aver conosciuto l’offerta economica di un concorrente, in una gara fondata sull’offerta economicamente più vantaggiosa, comporterebbe il rinnovo integrale della procedura selettiva;

iii) che le ulteriori censure, svolte con l’atto di motivi aggiunti, sarebbero infondate.

IV. Con Ordinanza 11 giugno 2009, n. 400 questa Sezione svolgeva - in ordine all’incidente cautelare in trattazione - le testuali considerazioni:

“a) che l’istanza cautelare proposta con il ricorso introduttivo è stata espressamente rinunciata da parte ricorrente alla Camera di Consiglio del 15/04/09;

b) che - quanto alla domanda cautelare avanzata con i successivi motivi aggiunti e all’odierno esame del Collegio - appare dotata di particolari elementi di convincimento la censura di violazione dell’art. 70 Codice Contratti, quanto al mancato rispetto del termine minimo per la presentazione delle offerte previsto nel nuovo bando, spedito per la pubblicazione sulla GUUE il 22 aprile 2009 (cfr. motivo rubricato come progressivo n. 5);

c) che, essendo il suddetto termine – originariamente fissato in detto bando per l’8 giugno 2009 – non ancora scaduto, per effetto della sospensione provvisoria disposta con decreto monocratico n. 355 del 3.6.2009, l’anzidetta domanda cautelare va accolta nel senso di prorogare il termine stesso di un ulteriore e congruo periodo, atto a consentire alla Ditta ricorrente e ad altri eventuali partecipanti di formulare la propria offerta, in relazione al medesimo bando spedito il 22.4.2009;

d) che, a tal fine, il nuovo termine per il ricevimento delle offerte può essere opportunamente stabilito per il giorno giovedì 25 giugno 2009.”

Conseguentemente, la Sezione accoglieva, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, la domanda cautelare, proposta con l’atto di motivi aggiunti depositato l’1.6.2009 e, per l’effetto, così disponeva:

1) stabiliva al 25 giugno 2009 – ore 12 il termine per la ricezione delle offerte relative al bando spedito alla GUUE, dal Comune di Roncadelle, in data 22 aprile 2009;

2) stabiliva, altresì, l’apertura di tutte le offerte pervenute per il successivo venerdì 26 giugno 2009 – ore 9;

3) fissava, per la trattazione nel merito del presente ricorso e dei motivi aggiunti, l’odierna Udienza pubblica del 15 ottobre 2009.

V. In data 31 agosto 2009, le ricorrenti hanno depositato secondi motivi aggiunti con cui, dopo aver riproposto tutte le censure già svolte con i precedenti atti

processuali e aver ribadito la tesi che la seconda gara “non aveva ragione di essere”, impugnano i verbali:

- 26 giugno 2009 (classificazione della Coop. Idealservice al primo posto e delle ricorrenti al secondo);

- 17 luglio 2009 (congruità delle giustificazioni dalla stessa Idealservice presentate nel sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta);

- 27 luglio 2009 (aggiudicazione provvisoria a Idealservice).

Queste le corrispondenti censure dedotte, sempre in ordine di numerazione successivo alle precedenti:

9) violazione dell'art. 84 comma 12 D. Lgs. 163/2006 e degli artt. 73-74 Direttiva comunitaria 18/2004, per non avere l'Amministrazione riconvocato, in sede di rinnovo del procedimento di gara, la medesima Commissione e aver, anzi nominato un seggio di gara composto da un solo soggetto preposto alla gara, senza la presenza di un membro esterno esperto come nel caso della prima commissione;

10) eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria: si contesta il giudizio di congruità, formulato dal seggio di gara al termine del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta Idealservice, con particolare riferimento alla voce “ricavi collaterali” (per l'avvio al recupero e/o smaltimento dei rifiuti urbani derivati da raccolta differenziata) che risulta decisiva nel posizionare “in territorio positivo” l'offerta (per un valore di 87,385 euro).

VI. In esito ad apposita istanza cautelare di sospensione *inaudita altera parte* - contenuta nel secondo atto di motivi aggiunti e motivata dall'imminente (5 settembre 2009) presa in carico del servizio da parte di Idealservice - con decreto monocratico 1 settembre 2009, n. 526 veniva disposta la sospensione dei provvedimenti impugnati con il II° atto di motivi aggiunti, nel duplice rilievo:

“- che le molte e complesse censure avverso i provvedimenti impugnati necessitano di trattazione collegiale, fissata per il merito al 15 ottobre prossimo;

- che nelle more è necessario assicurare in via provvisoria gli effetti di tale decisione, effetti che sarebbero pregiudicati in modo non riparabile dalla conclusione del contratto e dall'inizio della sua esecuzione.”

VII. Dopodiché, in data 25 settembre 2009 si costituiva in giudizio la stessa Coop. Idealservice, controdeducendo a tutte le censure dispiegate negli atti difensivi di parte ricorrente.

VIII. Alla Camera di Consiglio del 30 settembre 2009, chiamata per la trattazione dinanzi al Collegio della domanda cautelare proposta in uno con i secondi motivi aggiunti, la pronuncia sulla controversia veniva rinviata alla già fissata odierna udienza.

In vista della quale, parte ricorrente e Comune resistente producevano rispettive memorie conclusive.

IX. All'odierna pubblica udienza, i difensori delle parti costituite, tutti presenti, concordavano sulla non trattazione della domanda di sospensione contenuta nel II° atto di motivi aggiunti, optando per una contestuale decisione nel merito anche di quest'ultimo, unitamente al ricorso introduttivo e al primo atto di motivi aggiunti e previa trasformazione del relativo incidente cautelare in giudizio immediato di merito: il tutto come risulta da separata Ordinanza collegiale assunta sempre in data odierna e cui, per i suddetti profili processuali, si fa qui espresso rinvio.

Dopodiché, il ricorso introduttivo, il primo e il secondo atto di motivi aggiunti passavano in decisione.

La quale può anche non essere preceduta dal previo deposito entro 7 giorni del dispositivo (come pure in detta Ordinanza si anticipa) per le seguenti ragioni:

- secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'adempimento *de quo* “è finalizzato esclusivamente all'accelerazione del giudizio” (cfr. da ultimo: sez. V,

8 marzo 2006, n. 1192) e il relativo termine non è perentorio (sez. V, 16 settembre 2004, n. 6035);

- in ossequio a tale esigenza di celerità, la presente sentenza sarà, quindi, depositata entro il termine dimezzato, rispetto a quello ordinario di 45 giorni, stabilito dall'art. 55 legge n. 186/1982.

In ogni caso, per la stessa costante giurisprudenza del Consiglio di Stato “*né il mancato deposito del dispositivo della decisione né la violazione del termine dimezzato per il deposito della decisione stessa costituiscono motivi di nullità della sentenza, non rinvenendosi al riguardo alcuna disposizione che ne disciplini in modo compiuto le eventuali relative conseguenze*” (cfr. Cons. St., IV Sez., 31 gennaio 2005, n. 224 e n. 5357/03; V Sez., n. 679/04).

X.1. Passando, ora, all'esame del merito dell'intera controversia, così come definita dall'originario ricorso introduttivo e dai successivi due atti di motivi aggiunti, il Collegio osserva che ancora in sede di memoria conclusiva parte ricorrente insiste soprattutto sulla illegittimità della regola dell'anonimato, posta dall'art. 4 comma 10 del CSA della prima gara.

Tale questione va, pertanto e per prima, esaminata.

XI.2. In proposito, il Collegio rileva che da tempo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6672) ha elaborato i seguenti principi ermeneutici:

a) “*in materia di gare pubbliche, l'inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera di invito circa le modalità di presentazione delle offerte, implica l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione appaltante o poste a garanzia della <par condicio> dei concorrenti (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 1515 del 1998; sez. IV, n. 1619 del 1998.; Cons. giust. amm. sic. 21 novembre 1997, n. 500); ed anche se tali prescrizioni siano ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, purché pertinenti e congrue rispetto allo scopo perseguito (cfr. Cons. giust. amm. sic. 9 giugno 1998, n. 339; Cons. St., sez. IV, n. 1619 del 1998 cit.)*”;

b) *“in generale, circa i poteri del giudice amministrativo nell'apprezzare lo scopo avuto di mira dalla stazione appaltante, si nega che, in presenza di una comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, il giudice possa procedere ad una autonoma valutazione della ragionevolezza della previsione al fine di verificarne la rispondenza ad un interesse effettivo dell'amministrazione (cfr. Cons. St., sez. IV, 4572 del 2001; Cons. giust. amm. sic. n. 500 del 1997 cit.).”*

Tali principi, definiti in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici, conservano, tuttora, la loro validità, posto che lo stesso Codice pare essersi ispirato ad analoga *ratio* (quella di consentire all'Amministrazione di modulare la legge di gara in rapporto a scopi specifici, considerando di norma vincolanti le prescrizioni poste dalla *lex specialis* a pena di esclusione), laddove – all'art. 74 co. 2 – ha stabilito che *“le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri”*.

X.3. Nel caso di specie, la controversa regola di cui all'art. 4 comma 10 del CSA (completo anonimato dell'elaborato inserito in busta B e integrante l'offerta tecnica, accompagnato da una seconda busta chiusa contenente gli estremi identificativi del concorrente) si colloca entro i limiti sopra individuati alla precedente lett. a) del capo X.2, cioè quelli di porre prescrizioni ulteriori rispetto alla legge e a garanzia della <par condicio> dei concorrenti, attingendo al meccanismo tipico che notoriamente tale garanzia cerca di assicurare nelle procedure concorsuali per l'accesso ai pubblici impieghi.

Se trasferita nel campo dei contratti pubblici, l'anzidetta regola appare un evidente e del tutto ammissibile sviluppo del principio di segretezza che vige in materia di appalti aggiudicati - come il primo indetto dal Comune di Roncadelle - secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che è posto al fine di garantire l'imparzialità del giudizio qualitativo (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1368), attraverso le note preclusioni per cui:

- l'esame del merito tecnico delle offerte non può svolgersi quando siano già note le offerte economiche (cfr. Cds n. 1368/2009, cit.);

- la comprovata conoscenza delle offerte tecniche impedisce la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte economiche, in quanto è la semplice cognizione del contenuto delle offerte a produrre un effetto invalidante, perché idoneo ad ingenerare dubbi sull'imparzialità della Commissione (T.A.R. Liguria, sez. I, 11 luglio 2007, n. 1382).

D'altra parte, non è *ictu oculi* ravvisabile una palese irragionevolezza in sé della regola dell'anonimato della documentazione tecnica, se è vero che lo stesso Codice dei Contratti la fa espressamente propria – in recepimento dell'art. 74, della direttiva UE 2004/18 – al successivo art. 107, pur con esclusivo e vincolante riferimento ai concorsi di progettazione: cosicché e conclusivamente, ben poteva il Comune di Roncadelle estenderla alla propria gara indetta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

X.4. Né a siffatta estensione osta il tenore letterale dell'art. 74 dello stesso Codice (di cui le ricorrenti denunciano la violazione con il primo motivo di ricorso), in quanto l'adempimento della compilazione della busta più piccola (contenente la denominazione del concorrente e da inserire, secondo il comma 11 dell'art. 4 CSA, all'interno della busta B – documentazione tecnica) è in grado di assicurare l'identificazione del concorrente stesso, richiesta dal prosieguo del comma 2 dell'art. 74.

Tutti gli ulteriori elementi indicati dal medesimo comma 2, nonché l'onere di sottoscrizione delle offerte previsto dal primo comma, devono così intendersi riferiti – alla stregua della peculiare *lex specialis* di questa gara – alla sola offerta economica e alla documentazione amministrativa di corredo.

Nei termini che precedono non sussiste, pertanto, la violazione dell'art. 74 in esame dedotta con il primo mezzo di impugnazione.

X.5. Per la stessa ragione non sussiste neppure la violazione dell'art. 37, comma 8 del Codice, denunciata con il secondo mezzo, poiché, ancora una volta, occorre osservare come il principio della sottoscrizione delle offerte (in questo caso da parte di tutti i soggetti del costituendo RTT) non sia assoluto e lo stesso Codice ne prevede - al già visto art. 107 - la deroga proprio per i concorsi di progettazione, a cui possono certamente partecipare soggetti in forma associata: cosicché esso ben può essere parzialmente derogato dalla *lex specialis* di una gara.

X.6. Il terzo e subordinato mezzo del ricorso introduttivo è divenuto improcedibile avendo – come si è detto – il Comune provveduto ad escludere Aimeri Ambiente dalla prima gara proprio per violazione della regola dell'anonimato.

X.7. Le considerazioni sin qui svolte conducono alle conclusioni che:

- 1) legittimamente il Comune ha introdotto nel CSA della prima gara la regola dell'anonimato dell'offerta tecnica;
- 2) legittimamente, in applicazione di detta regola, il Comune ha provveduto ad escludere (seppur in due tempi) tutte le imprese partecipanti a detta procedura e a dichiarare conseguentemente deserta la gara stessa;
- 3) va respinta l'impugnativa dei relativi atti proposta con il ricorso introduttivo (art. 4 comma 10 CSA prima gara; verbale 16 gennaio 2009 di esclusione di due soggetti) e con i primi motivi aggiunti (verbale 14 aprile 2009 di gara deserta; determina n. 309/09 di annullamento della gara);
- 4) vanno respinti i motivi svolti, in ordine cronologico, a sostegno di dette impugnative in via per così dire “principale” (primo e secondo) ovvero di illegittimità derivata (quarto);
- 5) vanno dichiarati improcedibili l'impugnativa del verbale 20 gennaio 2009 (aggiudicazione provvisoria ad Aimeri Ambiente) e il relativo terzo motivo del

ricorso introduttivo che la sorregge, avendo l'Amministrazione successivamente provveduto ad escludere anche l'anzidetta impresa.

XI. Parimenti improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, risulta il quinto motivo di ricorso, poiché il termine di presentazione delle domande per la seconda gara è stato prorogato – senza soluzioni di continuità – per effetto degli interventi cautelari monocratico e collegiale di questo Tribunale, in modo da ristabilire l'osservanza dell'art. 70 D.Lgs. n. 163/2006 e del principio della libera concorrenza.

XII. Vanno ora esaminate le residue censure del primo atto di motivi aggiunti (sesto, settimo e ottavo mezzo di impugnazione) con cui si contestano rispettivamente, della nuova gara bandita dal Comune e inviata il 22 aprile per la pubblicazione sulla GUUE, i seguenti profili:

- il diverso criterio (del prezzo più basso) di aggiudicazione (sesto mezzo);
- lo scorporo della gestione dell'isola ecologica (settimo mezzo);
- la previsione di rinnovo per un ulteriore quadriennio (ottavo mezzo).

Circa questo gruppo di censure rivolte avverso la nuova determinazione alla gara del Comune, il Collegio osserva, in linea generale, che - assai di recente e proprio in una fattispecie identica alla presente (gara di rilievo comunitario per il servizio di raccolta rifiuti urbani, indetta da un Comune lombardo e andata deserta) - il Consiglio di Stato (Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808):

° ha affermato il principio della sostanziale libertà di scelta dell'Amministrazione, in ordine alla modalità di affidamento del servizio, una volta andata deserta la gara (comunitaria) bandita: dall'esperimento di una nuova procedura di appalto, alla trattativa privata, all'affidamento in house;

° e ha evidenziato come queste siano *“scelte che impingono nel merito dell'azione amministrativa e come tali si sottraggono al sindacato di legittimità, salvo che non siano palesemente arbitrarie, irragionevoli, irrazionali, illogiche e fondate su di un macroscopico*

travisamento di fatto”, senza, poi, rinvenire tali elementi nel caso sottoposto al suo esame.

Alla stregua di tali proposizioni risultano, già di per sé, notevolmente depotenziate le censure, rivolte dalle ricorrenti in ordine al “ripensamento” del Comune circa la tipologia di gara concretamente ri-bandita.

Esse sono, poi, da disattendere sulla scorta delle ulteriori, specifiche considerazioni che seguono:

x) così come sottolineato da altra, recente sentenza della sez. V CdS (30 aprile 2009, n. 2765), è infondata la censura (qui proposta col sesto motivo) contro la scelta del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso per l'affidamento del servizio pubblico di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, “*stante la perfetta equivalenza tra i due criteri di aggiudicazione stabilita dall'art. 53 della direttiva n. 2004/18/CE*”;

y) la medesima sentenza ha precisato come l'art. 202 D.Lgs. n. 152/2006 sia “*sicuramente inoperante nella fattispecie concreta a causa della mancata costituzione* (per quella controversia, nella provincia di Udine) *della società d'ambito*”: tale declaratoria di inoperatività deve intendersi, evidentemente, estesa - oltre che alla suddetta, singola disposizione - all'intero Capo III del Titolo I della Parte Quarta del D. Lgs. 152 (Capo espressamente dedicato al Servizio di gestione integrata dei rifiuti) e dunque anche al precedente art. 200, compreso in tale Capo ed espressamente invocato dalle ricorrenti a sostegno del settimo motivo; inoperatività che concerne, quindi, anche la presente fattispecie, in cui è pacifico che l'ATO non sia ancora stato istituito in provincia di Brescia;

z) nessuna incertezza, infine, può sorgere in ordine alla durata dell'appalto, in quanto - nel relativo bando e all'apposita voce (punto II.3) - questa è espressamente indicata dal 5.9.2009 al 31.12.2013, mentre i precedenti punti II.2.1. e II.2.2., rispettivamente dedicati all'entità e alle opzioni, si limitano a prevedere

quale mera eventualità (e per l'appunto) opzione esercitabile dall'Amministrazione, l'ulteriore rinnovo (peraltro, per l'importo già quantificato di euro 3.601.383,00) per il periodo 1.1.2014-31.12.2007.

XIII. Quanto al secondo atto di motivi aggiunti, il Collegio osserva, in ordine al nono motivo ivi dedotto, quanto segue:

- l'art. 84 Codice Contratti (la cui violazione qui si denuncia), siccome espressamente dettato per le gare da aggiudicare "con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" è pacificamente inapplicabile alle gare in cui vige il criterio del prezzo più basso, stante che *"i due sistemi di aggiudicazione sono ontologicamente distinti, sì da comportare una distinta disciplina di gara"* (in termini: Consiglio di stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613, oltre ai precedenti menzionati dal Comune nella propria memoria finale);

- in particolare, la citata decisione Sez. IV n. 4613/2008 ha respinto una censura (analoga ad un profilo su cui in tale nono motivo si insiste) in ordine al mancato *"possesso della competenza (in capo ai commissari) nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, avuto riguardo alla rilevata "automaticità" della scelta correlata al criterio della aggiudicazione col sistema dell'offerta più bassa, e quindi alla sostanziale indifferenza, rispetto alla specificità del settore, della competenza medesima"*;

- in ogni caso, come esattamente osservato nella suddetta memoria finale del Comune, non si tratta qui di rinnovazione della procedura di gara (cui si riferisce il comma 12 dell'art. 84, richiamato nella prima parte del motivo all'esame) bensì di indizione di nuova e differente gara, come del resto riconoscono le stesse ricorrenti a pag. 6 del primo atto di motivi aggiunti;

- infine, come questa volta esattamente replicato nel controricorso di Idealservice, è inconferente il richiamo agli art. 73-74 della Direttiva UE 2004/18, in quanto essi disciplinano la composizione delle Commissioni di gara nei concorsi di

progettazione e difetta, a differenza di quanto si verificava per l'anonimato dell'offerta tecnica, un' espressa previsione sul punto della *lex specialis* di gara.

Il nono motivo deve, pertanto, essere respinto.

XIV. Analoga reiezione merita il decimo e ultimo motivo, con cui si contesta il giudizio di congruità, formulato dal seggio di gara al termine del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta Idealservice.

In primo luogo, il Collegio non può che preliminarmente richiamarsi al costante indirizzo giurisprudenziale, recentemente ribadito dalla Sez . V del Consiglio di Stato (18 settembre 2009 n. 5589) e “*secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; VI, 25 settembre 2007, n. 4933).*”

In applicazione di detto principio, la decisione n. 5589/2009 ha riformato la sentenza di primo grado, nell'assunto che il Tar (della Campania) “*analizzando i costi evidenziati, le misure degli ammortamenti, l'incidenza delle spese generali, il costo degli accompagnatori ha inconsapevolmente sostituito le proprie valutazioni a quelle dell'organo a ciò deputato introducendo un inammissibile sindacato di merito in <subiecta materia>*” e che “*a fronte di tali dati obiettivamente dimostrati, la richiesta di un'analisi specifica dei costi (cioè l'esatta dimensione quantitativa dei risparmi e delle riduzioni) fuoriesce evidentemente dal novero del sindacato ammesso in sede di legittimità e finisce per conculcare il libero convincimento che i seggi di gara possono raggiungere in ordine alla validità economica delle proposte contrattuali?*”.

Per non sconfinare nell'analitico sindacato di merito che gli è precluso, questo Giudice deve, quindi, attenersi ai dati obiettivi e globali emergenti dagli atti di causa: e questi consistono essenzialmente nella duplice circostanza che nella specie si tratta di un servizio di raccolta differenziata c.d. “porta a porta” (cfr. il

“riassunto” delle premesse della deliberazione G.M. n. 80/2009) e che Idealservice abbia evidenziato, nelle proprie giustificazioni, di essere specializzata in tale precipua tipologia di servizio.

A fronte di tali evenienze incontroverse, la quantificazione in circa 87.000 euro (per l'intero periodo contrattuale di oltre un quadriennio) di una posta positiva per recupero rifiuti solidi urbani derivanti dalla suddetta, “mirata” raccolta differenziata non appare *ictu oculi* incongrua rispetto all'importo totale dell'offerta di Idealservice (2.868.000 euro, al netto del ribasso del 25,16%) se si tiene conto degli altri elementi fattuali indicati da Idealservice nell'apposita voce delle proprie giustificazioni (costo di smaltimento e contributo CONAI) e cioè:

- della sua disponibilità di tre impianti per la selezione della plastica e di 4 impianti di selezione carta, multi materiale e rifiuti assimilati;
- della percentuale di raccolta differenziata, imposta dall'attuale normativa in riferimento al periodo di vigenza contrattuale (60% entro il 2010; 65% entro il 2012).

Anche il decimo motivo deve, in conclusione, essere disatteso.

XV. Per le considerazioni che precedono, il ricorso introduttivo, il primo e il secondo atto di motivi aggiunti devono essere respinti.

Quanto alle spese di lite, queste possono essere compensate tra le parti, attesa la peculiarità della controversia (riguardante entrambe le procedure indette, a poca distanza di tempo, per l'affidamento del medesimo servizio) e la sua natura prevalentemente interpretativa; con la precisazione che resta a carico della parte ricorrente e soccombente il contributo unificato già corrisposto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando RESPINGE il ricorso principale in epigrafe e i due successivi atti di motivi aggiunti.

Spese compensate, con la precisazione di cui al capo XV della motivazione.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO