



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3226 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Commerciale Sicula S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Vinciprova, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Margot Bellomo sito in Palermo, via Isidoro La Lumia N.7;

contro

Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Palermo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria, con uffici siti in Palermo, via A. De Gasperi 81;

nei confronti di

Società Castellana Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Stallone, Marco Sirna, con domicilio eletto presso lo studio Patrizia Stallone in Palermo, via A. Veneziano N. 69;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del (non ancora conosciuto) provvedimento di ammissione in gara della società Castellana Società Cooperativa nell'ambito della procedura RDO n. 1332514, espletata sul MEPA (Mercato della Pubblica Amministrazione) per l'affidamento dell'Appalto di **locazione e pulizia-spurgo di bagni mobili** in occasione dello sbarco dei migranti;
- del (non ancora conosciuto) provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della predetta società;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, anche se non attualmente conosciuto;

quanto ai motivi aggiunti:

- della nota del 28/11/2016 con cui l'Amministrazione ha comunicato di voler procedere alla aggiudicazione definitiva;
- dell'atto di affidamento del 25/11/2016;
- del contratto di stipulato digitalmente il 30/11/2016;
- di ogni ulteriore atto connesso e conseguente.

Visti il ricorso introduttivo, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e di U.T.G. - Prefettura di Palermo e della controinteressata Società Castellana Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1475/2016 sulla domanda cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori Avv. Vincenzo Vinciprova per Commerciale Sicula srl, Avv. Pierfrancesco La Spina per l'Avvocatura dello Stato, Avv. Marco

Sirna per la Società Castellana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso introduttivo, notificato il 02/12/2016 e depositato il 06/12/2016, parte ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, il provvedimento –non conosciuto- di ammissione della controinteressata Castellana Società Cooperativa alla gara espletata per via telematica su piattaforma MEPA per il **noleggino e pulizia dei bagni** destinati all'accoglimento dei migranti. Parte ricorrente impugna, altresì, il provvedimento, ancora non conosciuto, di aggiudicazione definitiva in favore della stessa società.

Commerciale Sicula premette di aver preso visione, sulla piattaforma MEPA, della richiesta di offerta e della relativa lettera d'invito per la fornitura di che trattasi e di aver quindi presentato la propria offerta in data 22/09/2016.

Esponde quindi di aver appreso, a seguito di accesso al sito in data 04/10/2016, che alla gara avevano partecipato due sole imprese, tra cui, oltre la ricorrente, la controinteressata Castellana Società Cooperativa: tuttavia, per le considerazioni di seguito illustrate, Commerciale Sicula presentava alla stazione appaltante una istanza volta alla adozione di un provvedimento in autotutela per l'esclusione della controinteressata, che, in tesi di parte, **difetta di un proprio sito ove procedere allo smaltimento dei reflui** (attività per la quale quindi la controinteressata avrebbe dovuto procedere in sub appalto, non espressamente previsto – e quindi da considerare vietato- nella procedura in parola, cfr. art. 105 co. 4 D.Lgs. 50/2016 nuovo codice appalti).

In assenza di riscontro su quanto segnalato, in data 28/11/2016 la ditta apprendeva dell'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata.

Dal ché la proposizione del presente ricorso nel quale si articolano le seguenti censure:

- 1) Illegittimità per assenza di requisito, insussistenza dell'autorizzazione ex art. 208 e ss. D.Lgs. 152/2006, nullità ed illegittimità dell'ammissione alla gara, violazione art. 105 D.Lgs. 50/2016, Violazione di legge, difetto di istruttoria, violazione art. 3 L.r. 10/1991;
- 2) Omessa verifica della cause di esclusione e della sussistenza dei requisiti soggettivi ed economico-finanziari ex artt. 80 e 204 comma 1 lett. b) D.Lgs. 50/2016; Violazione di legge, Carezza di istruttoria; Violazione art. 3 L.R. 10/1991, illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- 3) Omessa verifica delle cause di esclusione, violazione di legge e difetto di istruttoria, Inefficacia dell'aggiudicazione definitiva ed illegittimità del contratto stipulato.

Resiste l'Avvocatura distrettuale dello Stato per l'amministrazione intimata.

Con memoria del 16/12/2016 parte ricorrente, richiamando l'art. 193, comma 2, e l'art.188, comma 2 D.Lgs. 152/06, sottolinea che nel caso in esame, ai sensi di legge, il produttore dei rifiuti deve essere individuato nella Prefettura, la quale ha l'obbligo di trasferire i medesimi rifiuti ad un trasportatore per il conferimento e il trattamento in discarica, con onere di responsabilità, a mente del comma 3 lett. b) art. 188 cit., solo se *“abbia ricevuto il formulario di cui all'art. 193 ...”*.

Con la stessa memoria parte ricorrente prospetta, altresì, la violazione dell'art. 32 comma 11 D.Lgs. n. 50/2016 in relazione alla sottoscrizione del contratto in pendenza di ricorso, notificato con richiesta di misura cautelare.

Resiste altresì la controinteressata osservando, quanto al possesso dei requisiti soggettivi per la partecipazione alla gara in parola, di essere iscritta all'Albo dei Gestori Ambientali, alla Categoria 4 Classe F.

A confutazione delle censure *ex adverso* proposte, parte resistente deduce, inoltre, che né la lettera di invito, né la RDO, né il Capitolato prescrivono che l'offerente debba essere in possesso di un proprio sito per lo smaltimento dei reflui:

all'uopo evidenzia che per lo smaltimento dei reflui, derivante dalla propria attività, provvede tramite conferimento all'AMAP, presso il sito di Acqua dei Corsari, in virtù di una convenzione stipulata del 2012 e di anno in anno rinnovata.

Parte resistente osserva ancora:

-che in data 25/11/2016 la Prefettura ha trasmesso l'atto di affidamento del **servizio** per la firma, restituito per accettazione e sottoscrizione nella stessa data;

-che il capitolato, al punto 5.4.8.2 lett. h), richiamando l'art. 212 D.Lgs. 152/2016, prescrive la conformità al disposto normativo in tema di attività di trasporto di rifiuti;

-che la memoria di parte ricorrente del 16/12/2016 (e le relative produzioni documentali) sembra introdurre nuovi e differenti motivi di censura avverso le operazioni di gara, con evidente inammissibilità.

In sede cautelare la domanda è stata rigettata con ordinanza n. 1475/2016.

Con ricorso per motivi aggiunti, spedito per la notificai n data 31/12/2016 e depositato il 13 gennaio 2017, oltre agli atti già gravati, l'impresa ricorrente ha impugnato:

-la nota del 28/11/2016 con cui l'Amministrazione ha comunicato di voler procedere alla aggiudicazione definitiva;

-l'atto di affidamento del 25/11/2016;

-il contratto stipulato digitalmente il 30/11/2016.

Con detto ricorso, oltre a precisare i contenuti delle doglianze articolate con l'atto introduttivo, parte ricorrente censura, altresì, l'illegittimità della stipula del contratto avvenuta, in tesi, nonostante l'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva in ragione del combinato disposto degli artt. 32, comma 7 e 89 D.Lgs. n. 50/2016, nonostante il divieto ex art. 32 comma 11 D.Lgs. 50/2016: di guisa tale che viene contestata la violazione di legge, con domanda per la declaratoria di inefficacia del contratto ex Art. 121 comma 1 lett. c) e d) CPA e art. 122 CPA.

Parte resistenza ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti, in quanto proposti avverso provvedimenti già esistenti alla data della proposizione del ricorso introduttivo. Nel merito chiede il rigetto del ricorso.

In prossimità della pubblica udienza di trattazione, parte ricorrente ha concluso per l'accoglimento con memoria del 05/06/2017. L'Avvocatura distrettuale dello Stato ha concluso per il rigetto con memoria del 06/06/2017.

La controinteressata ha concluso con memoria del 06/06/2010.

Parte ricorrente ha replicato con memoria del 0/06/2017.

Ciò posto, il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti sono da rigettare per le considerazioni che seguono, potendo il Collegio prescindere dalle eccezioni in rito prospettate dalle parti resistenti.

Le prime due censure del ricorso introduttivo possono essere contestualmente scrutinate per evidente omogeneità. Entrambe sono da disattendere.

La gara oggetto del presente ricorso attiene ad una procedura negoziata, ai sensi del D.Lgs. n.50/2016, mediante Richiesta di Offerta (RdO) sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA), giusta lettera d'invito n. 20160100638 del 09/09/2016, rivolta a tutti gli operatori economici abilitati da CONSIP al bando Servizi per Eventi - Eventi 2010 (Noleggio **bagni** Chimici).

La Prefettura ha esplicitato, nella richiesta di offerta, sia la tipologia del **servizio** richiesto (da effettuare per il periodo decorrente dalla data di stipula del contratto e sino al 31 dicembre 2016), sia i requisiti minimi richiesti alle ditte partecipanti e le modalità di presentazione delle offerte.

Segnatamente, come risulta dagli atti e come correttamente rimarcato dalla difesa erariale, la gara in argomento, da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo, prevede:

a) il "noleggio di *bagni chimici pronti per l'uso (trasporto posizionamento, attivazione e ritiro) presso il porto di Palermo o altro ambito territoriale della città di Palermo in occasione degli sbarchi di migranti. L'Amministrazione, qualora lo ritenga necessario, potrà richiedere*

degli interventi di pulizia aggiuntivi rispetto a quella giornaliera prevista”;

b) il possesso dell'idoneità tecnico-professionale; la conformità dei beni oggetto dell'appalto alle vigenti normative nazionali e comunitarie (UNI EN 16194); l'idonea competenza del personale impiegato nel **servizio** richiesto;

c) la presentazione di un preventivo specificando distintamente il prezzo giornaliero offerto per il noleggio di un singolo bagno chimico e il prezzo per l'eventuale intervento di pulizia aggiuntiva rispetto a quella giornaliera prevista.

Ciò premesso, diversamente da quanto opinato dall'impresa ricorrente, **il servizio oggetto di gara non impone alcun obbligo per le ditte offerenti di possedere un proprio impianto di smaltimento del rifiuto.** Può condividersi con la difesa erariale che il conferimento da parte dell'aggiudicataria dei reflui derivanti dall'utilizzo dei **bagni** oggetto di noleggio presso un impianto autorizzato non è in contrasto con le previsioni di gara e non integra un sub-appalto.

Correttamente la difesa erariale richiama, a supporto delle proprie difese, oltre alla Sentenza del T.A.R. Toscana, n. 87/2009, anche la sentenza del TAR Puglia, Bari, Sez.I, 24 marzo 2011 n. 474.

Con tale sentenza, il giudice pugliese ha affermato come “... *la giurisprudenza ha già avuto modo di sottolineare che la vigente normativa sui rifiuti non postula un legame necessario ed inscindibile fra attività di raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti e loro smaltimento finale, ben potendo le distinte fasi del complessivo servizio essere svolte da imprese diverse.* Ciò perché, in primo luogo si tratta di operazioni del tutto autonome fra loro, ed in secondo luogo perché non è pensabile (a causa della carenza di un sufficiente numero di aree idonee) imporre a ciascuna impresa operante nel settore di possedere una propria autonoma discarica o un proprio impianto di smaltimento finale. Pertanto, il servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti presuppone quasi di necessità che l'operazione finale (lo smaltimento) sia appannaggio di un soggetto diverso rispetto a quello che svolge le fasi antecedenti. Ma se così è, ne consegue che in relazione ad affidamenti quali quello in discussione non è a parlarsi di subappalto (che peraltro è un istituto di generale applicazione, ai sensi della normativa comunitaria) e, a rigore, neppure di avalimento in senso stretto, visto che anche l'avalimento presuppone che i mezzi dell'impresa terza vengono utilizzati per svolgere una fase dell'appalto, poiché il risultato che l'Amministrazione persegue è semplicemente quello di essere certa che lo smaltimento finale dei rifiuti sanitari avvenga *secundum legem* (in questo senso, si veda TAR Puglia, Lecce, sez. II, 24 novembre 2006 n. 5467; TAR Toscana, sez. II, 23 gennaio 2009 n. 87).

Tale orientamento risulta peraltro richiamato anche nel parere dell'ANAC n. 124/2012 in relazione ad analogo procedimento.

Nel caso in esame risulta documentato che l'impresa aggiudicataria ha stipulato una convenzione con l'A.M.A.P. per il conferimento presso gli impianti autorizzati di Acqua dei Corsari: convenzione che, diversamente da quanto ritenuto nel ricorso, è soggetta a proroga tacita tra le parti di anno in anno, salvo disdetta.

Inoltre, a differenza di quanto opinato dalla parte ricorrente, l'amministrazione –anche a seguito della richiesta di autotutela provvedimento sulla ammissione della controinteressata- ha comunque effettuato ulteriori approfondimenti sul possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dalla concorrente, acquisendo anche ogni ulteriore idonea documentazione dalla CSC. Priva di pregio risulta quindi la doglianza con cui si contesta la carenza di istruttoria.

Invero, come sottolineato dalla difesa erariale, la Prefettura ha proceduto all'aggiudicazione solo dopo avere acquisito dagli Enti certificatori la documentazione attestante il possesso da parte dell'aggiudicataria di tutti i requisiti richiesti dalla lettera di invito nonché di ogni altro ulteriore atto e provvedimento ritenuto utile anche a seguito della citata istanza in autotutela presentata dall'impresa qui ricorrente. In particolare risulta essere stata acquisita, e qui versata, anche la dichiarazione dell'aggiudicataria sulle modalità di smaltimento dei rifiuti presso già citato sito autorizzato intestato all'A.M.A.P..

Per altro nel caso in esame, avendo riguardo all'importo presunto di € 10.000,00 (in funzione della variabile legata all'imprevedibilità del numero di sbarchi) per la stipula del contratto (avvenuta il 30/11/2016, non trova applicazione né il termine dilatorio né il termine di *stand still* di 35 giorni, come previsto dall'art. 32, comma 10 lett. b) del Codice dei

contratti (per affidamenti inferiori a € 40.000,00), per cui vanno disattese le ulteriori “precisazioni” rispetto alle censure introduttive contenute nei motivi aggiunti: correttamente parte resistente, con la memoria conclusiva, richiama il Regolamento attuativo dell’art. 36 comma 7 del Codice dei contratti adottato dall’ANAC con deliberazione 26/10/2016 n. 1097.

Parimenti destituita di fondamento risulta anche il profilo della seconda censura con cui parte ricorrente lamenta la mancata pubblicità ex art. 29 comma 1 secondo periodo D.lgs. 50/2016, della fase di ammissione dei concorrenti: premesso che le ditte partecipanti hanno avuto piena conoscenza della ammissione in data 29/9/2016, in ogni caso rileva il Collegio che la pubblicazione delle fasi di ammissione delle imprese partecipanti ha una propria rilevanza ai fini processuali per ciò che concerne il rito super accelerato di cui ai commi 2-bis 2e 6-bis art. 120 c.p.a.. La mancata pubblicazione dell’elenco delle ditte ammesse alla gara non incide sulla legittimità delle ulteriori operazioni e sul provvedimento finale di aggiudicazione: in tali evenienza non opera il divieto di contestate, unitamente al provvedimento di aggiudicazione, anche la fase pregressa di ammissione delle imprese, come nel caso in esame.

Quanto precede evidenzia oltremodo l’infondatezza anche della terza censura con cui parte ricorrente ripropone i medesimi profili di illegittimità già scrutinati estendendone gli effetti anche alla ritenuta inefficacia e nullità del contratto sottoscritto dalla Prefettura con l’aggiudicataria.

Analoghe considerazioni valgono anche per l’unico nuovo profilo di doglianza articolato con i motivi aggiunti con cui parte ricorrente assume la violazione di legge in ordine alla stipula del contratto in quanto asseritamente sottoscritto “nonostante l’inefficacia dell’aggiudicazione definitiva”, dovuta in tesi di parta alla mancata verifica dell’insussistenza delle cause di esclusione, invero non esistenti, e per il prospettato rispetto del termine dilatorio e dello *stand still* che, come già esposto, non opera nel caso in esame.

In conclusione, il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti vanno rigettati in quanto infondati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, **lo rigetta**.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle parti resistenti che liquida in complessivi € 2.000,00 (Euro duemila/00) oltre accessori di cui € 1000,00 (Euro mille/00) in favore dell’Avvocatura erariale, patrocinante *ex lege* per la Prefettura, ed € 1.000,00 (Euro mille/00) in favore della controinteressata.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 22 giugno 2017, 26 ottobre 2017, con l’intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE
Roberto Valenti

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO