

Il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice negli appalti pubblici di servizi

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 5-7-2021

Il principio di equivalenza trova applicazione *ex lege* anche negli appalti di servizi, come *ad abundantiam* reso evidente dall'allegato XIII, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, anche in assenza di un'espressa previsione del bando, in quanto principio generale della materia degli appalti pubblici.

Inoltre le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non devono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*.

GUIDA ALLA LETTURA

Con ricorso depositato presso il giudice di secondo grado, la Società Cooperativa Ecoalba ha formulato istanza per la riforma della Sentenza del T.a.r., concernente l'aggiudicazione di una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene urbana sul territorio del Comune di Bojano.

Nel merito, tra le diverse domande spiegate dalla Società Ecoalba, il Consiglio di Stato ha dovuto affrontare il tema della c.d. **clausola di equivalenza** e della possibile applicazione della stessa alla fattispecie in esame.

Al fine di analizzare compiutamente quanto esaminato dall'autorevole Giudice, è importante fare riferimento ai fatti concreti. In particolare, originariamente, l'Ente interessato, con determinazione a contrarre del 20 settembre 2017, procedeva ad approvare la documentazione di gara. Tra la documentazione, venivano ricompresi anche il disciplinare e il capitolato tecnico. Nel capitolato si stabiliva che i servizi oggetto di gara dovessero eseguirsi "secondo le modalità indicate nelle Linee Guida allegate ai documenti di gara", ossia le "Linee Guida per la campagna di informazione e comunicazione ambientale" e le "Linee Guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana". Il Disciplinare di Gara, pur rinviando alle "Linee Guida" (secondo il Giudice di II grado, tale locuzione adottata dalla Stazione Appaltante negli atti di gara non rappresenta prescrizioni rigide e immodificabili), prevedeva espressamente che "l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice".

Ancora più nel dettaglio, le Linee Guida prevedevano quanto segue:

- “il presente elaborato contiene le linee guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana del Comune di Bojano”;
- “per ciascun servizio considerato sono state considerate vincolanti le prescrizioni contenute nel Regolamento di gestione dei rifiuti urbani e assimilati per la pulizia del territorio (Deliberazione Consiglio Comunale Bojano n. 17 del 23/04/2014)”;
- i “servizi” oggetto dell’appalto, come puntualmente descritti nell’elaborato, sono funzionali al “raggiungimento degli standard qualitativi minimi” (standard che, secondo la normativa unionale si attestano nella percentuale fissa del 65%).

Ora, valutando l’offerta tecnica presentata dall’Operatore Economico, poi rivelatasi utile ai fini della aggiudicazione dell’appalto *de qua* ma, successivamente, soggetta a censure formulate dall’Impresa seconda in graduatoria e accolte dal giudice di primo grado, occorre comprendere se la stessa offerta sia da intendere ultronea rispetto ai requisiti posti dalle Linee Guida (come previsto nella sentenza del T.a.r.) o se, al contrario, possa considerarsi migliorativa degli “*standard qualitativi minimi*” previsti dalle richiamate Linee Guida (come statuito nella sentenza della sezione IV del Consiglio di Stato ora in esame).

In pratica, la cooperativa Ecoalba, ai fini della gara, ha depositato il proprio progetto che, secondo lo stesso Operatore Economico, avrebbe comportato una forte implementazione del servizio di igiene urbana “porta a porta” (prevedendo, in particolare, il raddoppio della frequenza del ritiro domiciliare della plastica e la previsione della raccolta domiciliare dei pannolini/pannoloni per tre volte a settimana), tale da condurre prospetticamente ad una percentuale di raccolta differenziata (74%) superiore agli “obiettivi minimi” indicati in sede regionale e richiamati dal bando (65%), il cui conseguimento costituirebbe il fine principale dell’affidamento. Inoltre, Ecoalba, nella propria offerta, ha previsto l’apertura del Centro di Raccolta in tre giorni settimanali per complessive 8 ore. Al contrario, le Linee Guida prevedevano semplicemente un servizio con frequenza due volte a settimana, oltre all’apertura del centro di raccolta garantito almeno 4 giorni a settimana per un minimo di 4 ore per giorno.

Secondo il giudice di prime cure, la sopra delineata proposta migliorativa di Ecoalba ha violato le prescrizioni delle modalità minime di raccolta previste dalla *lex specialis*, o per meglio dire delle Linee Guida, non ravvisando altresì l’applicazione del cosiddetto principio di equivalenza.

Sul punto, occorre esaminare tale istituto e precisare che le specifiche tecniche di cui all’art. 68 del Codice rappresentano un valore indicativo, permettendo pertanto alla S.A. di valutare se le offerte tecniche presentate possano ritenersi equivalenti rispetto alle caratteristiche indicate nelle specifiche tecniche che, nella fattispecie in esame, risiedono all’interno delle Linee Guida. In proposito, risulta interessante richiamare quanto già rilevato dalla Sezione III del Consiglio di Stato, con la Sentenza n. 4282 del 11/09/2017, secondo la quale la Stazione Appaltante non può respingere un’offerta per il motivo che i prodotti ed i servizi offerti non

sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche e ciò in attuazione del principio europeo della massima concorrenza, tanto da permettere alla S.A. di scegliere il miglior contraente.

Pertanto, fermo restando l'obbligo da parte degli O.E. di dimostrare che la loro proposta ottemperi agli standard prestazionali richiesti in maniera equivalente, occorre verificare come si sia comportata Ecoalba per l'appalto in esame e se l'offerta tecnica rispetti le modalità minime di organizzazione dei servizi di igiene urbana o se addirittura le migliori.

Il Collegio della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, a differenza della valutazione effettuata dal T.a.r. Campobasso, pone l'accento sul fatto che le Linee Guida e la documentazione di gara prevedono clausole di carattere generale e facilmente modificabili e superabili. "Altrimenti detto, il Comune, sino ad allora servito da un sistema misto di raccolta dei rifiuti, ha ritenuto sì opportuno indicare nel dettaglio i caratteri dei vari segmenti di raccolta ritenuti idonei al conseguimento dello scopo di miglioramento della raccolta differenziata, ma non ha, così facendo, inteso escludere modalità alternative di svolgimento del servizio, ove concretamente idonee al perseguimento dell'esposto fine di miglioramento della performance comunale in tema di recupero e riciclo (...). Inoltre e prima ancora, lo stesso disciplinare richiama espressamente il principio di equivalenza di cui all'art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016: alla pag. 11, infatti, si stabilisce che "l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice". Ora, tale principio, precipitato tecnico del più generale principio del favor participationis, trova applicazione ex lege anche negli appalti di servizi, come ad abundantiam reso evidente dall'allegato XIII, comma 1, lett. b), del medesimo d.lgs., ove si precisa che, "nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture", per "specifiche tecniche", dizione utilizzata nella rubrica dell'art. 68 cit., si intendono "le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità".

Benché, dunque, il principio di equivalenza trovi applicazione anche in assenza di un'espressa previsione del bando, in quanto principio generale della materia degli appalti pubblici, purtuttavia il bando vi ha operato un esplicito richiamo".

Continua il Giudice di II grado, precisando che "trae ulteriore conferma la conclusione secondo cui le "caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara" non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*: le offerte, in altre parole, rispettano la *lex specialis* ove comunque capaci di conseguire il fine ultimo (e, a ben vedere, esclusivo) dell'affidamento, consistente nel miglioramento delle percentuali di raccolta differenziata", e come ha dimostrato l'Operatore Economico Ecoalba, il progetto depositato nell'offerta tecnica

conduce prospetticamente ad una percentuale di raccolta differenziata (74%) superiore agli “obiettivi minimi” indicati in sede regionale e richiamati dal bando (65%): espressione, quest’ultima, rilevante ai fini del vincolo *quoad effectum*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 277 del 2021, proposto dalla società cooperativa sociale di tipo “B” Ecoalba, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Raffaele Irmici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- la Regione Molise - Centrale Unica di Committenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
- il Comune di Bojano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Domenico Spano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- la società Smaltimenti Sud s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, Sezione Prima, n. 353 del 7 dicembre 2020, resa tra le parti, concernente l’aggiudicazione di una procedura aperta per l’affidamento dei servizi di igiene urbana sul territorio del Comune di Bojano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Molise, del Comune di Bojano e della società Smaltimenti Sud S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020 convertito con l. n. 176 del 2020, il Cons. Luca Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Irmici, Giuliano Di Pardo e Michele Caromano su delega dell'avvocato Domenico Spano, che partecipano da remoto alla discussione orale ai sensi della citata disposizione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il T.a.r. per il Molise ha accolto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, svolto dalla società Smaltimenti Sud S.r.l., gestore uscente del servizio, avverso il provvedimento della Centrale Unica di Committenza della Regione Molise del 27 luglio 2020, recante l'aggiudicazione all'odierna appellante della procedura aperta, retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento triennale (con possibilità di proroga biennale ex art. 63, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016) del servizio di igiene urbana nel territorio del Comune di Bojano.

Il T.a.r., in particolare, ritenendo fondate due delle censure avanzate dalla ricorrente ed assorbendo le altre, ha sostenuto che:

- l'odierna appellante dovesse essere esclusa, difettando la relativa offerta delle *“condizioni minime capitolari”* e non potendo essere utilmente richiamato il principio di equivalenza, giacché, nella specie, non verrebbero in considerazione *“specifiche tecniche”*, bensì modalità appunto *“minime”* di prestazione del servizio; del resto, ha aggiunto il T.a.r., *“le giustificazioni proposte dalla contro-interessata non appaiono comunque idonee a dimostrare l'equivalenza delle prestazioni in esame, invero le stesse risultano obbiettivamente differenti da quelle indicate come modalità minime nella documentazione di gara”*;

- il sub-criterio valutativo della *lex specialis* indicato come *“B1”* (*“parte variabile attribuita alle soluzioni aggiuntive di svolgimento dei servizi e/o complementari previsti dalla documentazione di gara”*) sarebbe eccessivamente *“generico”*, *“fumoso”* ed *“indeterminato”*, tanto più *“in considerazione del peso specifico che il punteggio relativo al criterio B.1 assume*

sul totale conseguibile".

2. La cooperativa Ecoalba ha interposto appello, sostenendo, tra l'altro, che il proprio progetto si baserebbe su una forte implementazione del "*porta a porta*" (prevedendo, in particolare, il raddoppio della frequenza del ritiro domiciliare della plastica e la previsione della raccolta domiciliare dei pannolini/pannoloni per tre volte a settimana), tale da condurre prospetticamente ad una percentuale di raccolta differenziata (74%) superiore agli "*obiettivi minimi*" indicati in sede regionale e richiamati dal bando (65%), il cui conseguimento costituirebbe il fine principale dell'affidamento.

Si è costituita in resistenza la ricorrente in prime cure, che ha altresì riproposto i motivi assorbiti dal T.a.r..

Si sono costituiti anche la Regione Molise ed il Comune di Bojano, instando per l'accoglimento dell'appello.

Il ricorso, rinviato al merito alla camera di consiglio dell'11 febbraio 2021, è stato discusso all'udienza pubblica del 13 maggio 2021, in vista della quale le parti hanno versato in atti difese scritte.

3. Il Collegio premette alcune necessarie precisazioni in fatto.

Con determinazione a contrarre del 20 settembre 2017 il Comune di Bojano ha disposto "*di procedere alla indizione di gara ad evidenza pubblica per l'appalto dei <<Servizi di igiene urbana sul territorio comunale>>*", contestualmente approvando la documentazione di gara e demandando alla Centrale Unica di Committenza regionale (CUC) l'espletamento delle relative operazioni.

La documentazione di gara comprendeva, oltre al bando *stricto sensu* inteso, il disciplinare ed il capitolato tecnico.

Nel disciplinare si indicavano i "*criteri di valutazione*" delle offerte (denominati "A", "B" e "C", i primi due a loro volta distinti in sub-criteri) e si precisava che "*l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice*" degli appalti pubblici.

Nel capitolato si stabiliva che i servizi oggetto di gara dovessero eseguirsi "*secondo le modalità indicate nelle Linee Guida allegate ai documenti di gara*", ossia le "*Linee Guida per la campagna di informazione e comunicazione ambientale*" e le "*Linee Guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana*", ambedue a suo tempo redatte da un professionista su incarico del Comune, conferito proprio in vista dell'indizione della gara *de qua*.

Venivano presentate solo due offerte, quelle delle società oggi in contenzioso.

All'esito delle valutazioni, il seggio di gara attribuiva i seguenti punteggi: Ecoalba 90,15; Smaltimenti Sud 80,66.

La gara, quindi, veniva aggiudicata ad Ecoalba, previo esito positivo del giudizio di anomalia della relativa offerta.

4. Ciò posto ai fini di un preliminare inquadramento fattuale della *res controversa*, il Collegio osserva che le censure formulate da Smaltimenti Sud ed accolte dal T.a.r. sono infondate.

4.1. La ricorrente in prime cure sostiene, in estrema sintesi, che l'offerta di Ecoalba non rispetti le prescrizioni di gara come enunciate nelle "*Linee Guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana*", ove (cfr. pag. 45) vengono individuate le "*modalità minime di svolgimento di tutti i servizi di igiene urbana*", tra cui:

- la raccolta domiciliare del rifiuto urbano residuo (cd. indifferenziato) due volte a settimana;
- l'apertura al pubblico del "*centro di raccolta*" per "*almeno 4 giorni a settimana per un minimo di 4 ore per giorno*";
- la pulizia e disinfezione dei contenitori stradali destinati alla raccolta della frazione umida e secca residua.

La ricorrente in prime cure osserva, in proposito, che Ecoalba ha offerto il ritiro domiciliare dell'indifferenziato una sola volta a settimana e l'apertura del "*centro di raccolta*" per complessive otto ore settimanali, mentre non ha *ab ovo* previsto la pulizia dei contenitori stradali destinati alla raccolta della frazione umida e secca residua.

Il T.a.r. ha accolto tali prospettazioni, ritenendo che tale distonia fra quanto offerto da Ecoalba e quanto indicato nelle cennate Linee Guida sia *ex se* sufficiente a lumeggiare l'incoerenza dell'offerta, in quanto violativa delle "*condizioni minime capitolari*".

Il Collegio dà un'opposta esegesi della normativa di gara.

Invero, nelle cennate "*Linee Guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana*" è esplicitamente precisato (pag. 4) che:

- "*il presente elaborato contiene le linee guida per la messa a punto della raccolta differenziata e degli altri servizi di igiene urbana del Comune di Bojano*";
- "*per ciascun servizio considerato sono state considerate vincolanti le prescrizioni contenute nel Regolamento di gestione dei rifiuti urbani e assimilati per la pulizia del territorio (Deliberazione Consiglio Comunale Bojano n. 17 del 23/04/2014)*";
- i "*servizi*" oggetto dell'appalto, come puntualmente descritti nell'elaborato, sono funzionali al "*raggiungimento degli standard qualitativi minimi*".

Orbene, tra tali “*standard*” primeggia il dato della percentuale di raccolta differenziata, che la normativa unionale e nazionale, ampiamente richiamata dalle Linee Guida, fissa al 65%.

Del resto, la stessa disciplina regionale e provinciale (cfr. pag. 12 dell’elaborato) conferma la centralità di siffatti “*obiettivi ... di recupero*”.

L’elaborato, inoltre, si diffonde per molte pagine sui livelli di raccolta differenziata sino ad ora conseguiti in ambito regionale, evidenziandone l’attuale insufficienza rispetto ai menzionati obiettivi unionali e nazionali.

Al paragrafo 5, poi, l’elaborato tratta espressamente degli “*obiettivi minimi di raccolta differenziata*”, rimarcando il rilievo fondamentale rivestito, nell’ambito della procedura di gara, dal “*miglioramento delle percentuali di raccolta differenziata nel corso dell’affidamento*”.

In quest’ottica, la descrizione della “*nuova organizzazione dei servizi di igiene urbana*” recata dal successivo paragrafo 8 - peraltro successivo a quello ove si riassumono le caratteristiche del servizio prestato dal gestore uscente, ossia l’odierna appellata - non deve essere tralasciata come volta a vincolare rigidamente le modalità di esplicazione del servizio stesso.

Invero, in una visione sistemica, complessiva e, per così dire, teleologicamente orientata delle Linee Guida, il punto nevralgico, lo scopo caratterizzante dell’affidamento è il miglioramento della *performance* comunale in termini di recupero, così da poter raggiungere gli obiettivi di raccolta differenziata inderogabilmente fissati in sede nazionale.

In sostanza, l’intera documentazione di gara è costruita attorno ad un nucleo centrale irrinunciabile (il miglioramento della percentuale di raccolta differenziata), cui sono strumentali le puntuali declinazioni, recate dalle Linee Guida, dei singoli segmenti in cui si articola il complessivo servizio.

Ciò porta a concludere che tali declinazioni, certo puntuali, non assumono tuttavia un carattere assolutamente invalicabile, rigidamente vincolante e, per così dire, “finale”: invero, la *voluntas* amministrativa che si trae da una complessiva lettura critica della documentazione di gara non è, a ben vedere, quella di avere un servizio con quelle specifiche, precise ed immutabili caratteristiche, bensì quella di avere un servizio che consenta di conseguire i cennati obiettivi minimi di riciclo.

Altrimenti detto, il Comune, sino ad allora servito da un sistema misto di raccolta dei rifiuti, ha ritenuto sì opportuno indicare nel dettaglio i caratteri dei vari segmenti di raccolta ritenuti idonei al conseguimento dello scopo di miglioramento della raccolta differenziata, ma non ha, così facendo, inteso escludere modalità alternative di svolgimento del servizio, ove concretamente idonee al perseguimento dell’esposto fine di miglioramento della *performance* comunale in tema di recupero e riciclo.

Ciò è reso evidente da concordanti profili.

In primo luogo, il disciplinare prevede che, dei complessivi 100 punti assegnabili, ben 40 siano

relativi a “servizi aggiuntivi e migliorie”, dei quali 25 attribuibili in funzione di “soluzioni aggiuntive di svolgimento dei servizi e/o complementari ... Il concorrente dovrà produrre una relazione descrittiva con allegate schede sintetiche dei servizi aggiuntivi e/o innovativi proposti”.

Il richiamo a servizi “aggiuntivi e/o innovativi” ed a “soluzioni aggiuntive” lumeggia, anche a livello lessicale, il margine di manovra che si è volutamente inteso lasciare all’iniziativa privata, libera di articolare modalità diverse di prestazione del servizio, suscettibili di valutazione positiva (*sub specie* di attribuzione di punteggio preferenziale) ove in grado di migliorare la complessiva *performance* in termini di recupero.

Peraltro, non solo il documento *de quo* ha il nome di Linee Guida, locuzione certo non evocativa di prescrizioni rigide ed imm modificabili, ma la stessa scelta del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è coerente con il riconoscimento di un margine di manovra del privato in ordine alle modalità di organizzazione del servizio messo a gara.

Inoltre e prima ancora, lo stesso disciplinare richiama espressamente il principio di equivalenza di cui all’art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016: alla pag. 11, infatti, si stabilisce che “l’offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara, pena l’esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice”.

Ora, tale principio, precipitato tecnico del più generale principio del *favor participationis*, trova applicazione *ex lege* anche negli appalti di servizi, come *ad abundantiam* reso evidente dall’allegato XIII, comma 1, lett. b), del medesimo d.lgs., ove si precisa che, “nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture”, per “specifiche tecniche”, dizione utilizzata nella rubrica dell’art. 68 cit., si intendono “le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l’accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d’uso, l’uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l’imballaggio, la marcatura e l’etichettatura, le istruzioni per l’uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità”.

Benché, dunque, il principio di equivalenza trovi applicazione anche in assenza di un’espressa previsione del bando, in quanto principio generale della materia degli appalti pubblici, purtuttavia il bando vi ha operato un esplicito richiamo.

Tale circostanza non è pleonastica, ma riveste un rilievo oggettivo.

Anche in virtù di tale richiamo, infatti, trae ulteriore conferma la conclusione secondo cui le “caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara” non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*: le offerte, in altre parole, rispettano la *lex specialis* ove comunque capaci di conseguire il fine ultimo (e, a ben vedere, esclusivo)

dell'affidamento, consistente nel miglioramento delle percentuali di raccolta differenziata.

Non ha, dunque, rilievo escludente la parziale distonia fra prestazioni offerte e modalità del servizio divise dalla documentazione di gara (in particolare, dalle Linee Guida), ove, a giudizio del seggio di gara, sia comunque assicurato l'obiettivo finale di miglioramento dell'efficienza della raccolta.

L'apprezzamento operato in proposito dalla stazione appaltante ha natura tecnico-discrezionale ed è, come tale, sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab externo* in presenza di macroscopiche abnormità, afferendo al margine di valutazione *ex lege* riservato all'Amministrazione.

Tale apprezzamento, inoltre, non deve esternarsi in una specifica dichiarazione (invero non richiesta da alcuna norma), ma è implicito nell'attribuzione di punteggio al concorrente.

Ora, nella specie Ecoalba ha puntualmente indicato, nel corso della procedura di gara, le ragioni della parziale distonia della propria offerta rispetto alle modalità prestazionali indicate dalle Linee Guida.

In particolare, Ecoalba ha valorizzato:

- il raddoppio, rispetto alle Linee Guida, della frequenza settimanale della raccolta domiciliare della plastica, il materiale più voluminoso e quantitativamente più rilevante;
- la previsione, non contemplata dalle Linee Guida, della raccolta domiciliare dedicata per pannolini/pannoloni per tre volte a settimana, in tal modo separandoli dall'indifferenziato in cui, altrimenti, rientrerebbero;
- la totale eliminazione dei cassonetti stradali per la raccolta della frazione umida e secca residua (cd. indifferenziato);
- la predisposizione di un sistema di tracciamento dei rifiuti, atto a monitorare l'andamento della raccolta e di consentire di articolare, se del caso, le opportune misure correttive, nonché l'istituzione di un "eco-sportello" aperto alla cittadinanza.

Tali aspetti della propria offerta, congiuntamente considerati, renderebbero:

- idonea l'unica raccolta settimanale dell'indifferenziato presso l'utenza;
- sufficiente l'apertura del centro di raccolta (comunque presidiato quotidianamente) per sole otto ore settimanali;
- del tutto superflui i cassonetti stradali per la raccolta dell'umido e del secco (cd. indifferenziato).

Tali accorgimenti, infatti, consentirebbero non solo di conseguire il *target* di riciclo fissato in

sede nazionale (65%), ma addirittura di superarlo (74%).

La stazione appaltante ha, evidentemente, ritenuto sufficienti e convincenti tali argomentazioni, avendo non solo ammesso la società alla gara, ma avendo altresì attribuito un alto punteggio alla relativa offerta.

Di converso, la ricorrente in prime cure non ha dimostrato che tali modalità operative siano, in realtà, concretamente inidonee a conseguire gli obiettivi di miglioramento dell'efficienza della raccolta, di talché non risulta il carattere illogico ed aberrante di siffatta valutazione del seggio di gara.

4.2. In ordine, poi, al sub-criterio "B1", il disciplinare (pag. 13) individua una griglia di possibili punteggi contenuti entro una forbice da 0 ad 1 (ossia 0; 0,25; 0,50; 0,75 ed 1), che ogni commissario avrebbe attribuito a ciascun "*criterio o sub-criterio avente natura qualitativa*", quale palesemente è quello *de quo*, che involge una delibazione della complessiva *performance* prestazionale dell'offerta, quanto in particolare ad innovatività.

Orbene, per ogni punteggio il disciplinare individua un'articolata motivazione, sì che l'espressione numerica del voto da parte di ciascun commissario rappresenta la mera concretizzazione di un giudizio le cui basi motivazionali sono state debitamente ostese nella documentazione di gara.

Tale giudizio, inoltre, attiene al merito della valutazione istituzionalmente riservata all'Amministrazione e non è sostituibile con quello del Giudice, tenuto esclusivamente a verificare *ab externo* la sussistenza di un errore di fatto o l'assoluta ed intrinseca inconsistenza logica del giudizio medesimo, evidente *ictu oculi*.

Nella specie, questi vizi macroscopici della ponderazione amministrativa non ricorrono.

5. Con riferimento alle censure riproposte, il Collegio osserva sinteticamente, in ossequio al dovere stabilito dall'art. 3, comma 2, c.p.a. e, per così dire, viepiù rafforzato dall'art. 120, comma 10, c.p.a., quanto segue.

5.1. L'appellante, avente veste giuridica di cooperativa sociale, ben può partecipare alle gare pubbliche (cfr. art. 3, comma 1, lett. *p*), nonché art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016; in precedenza, v. art. 34 d.lgs. n. 163 del 2006), ivi incluse quelle in tema di rifiuti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3571), in considerazione del valore fondamentale costituito dalla massima apertura al mercato delle procedure pubbliche di selezione del contraente, cui è informata l'intera legislazione unionale e nazionale *in subiecta materia*.

5.2. La cooperativa sociale che partecipa a gare pubbliche è tenuta a rispettare il proprio CCNL di settore (cfr. art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016): non solo ciò è *naturaliter* coerente con la natura giuridica dell'impresa, con la relativa connotazione sociale e, a monte, con il rapporto biunivoco che lega forma giuridica cooperativa e contrattazione collettiva applicabile, ma un obbligo (che si volesse trarre implicitamente dalla *lex specialis*) di adozione di un CCNL diverso da quello fisiologicamente applicabile avrebbe l'effetto equivalente di scoraggiare la

partecipazione alle gare pubbliche delle imprese cooperative sociali e si porrebbe, pertanto, in tensione con i fondamentali ed inderogabili valori giuridici unionali e nazionali di massima apertura del mercato degli appalti pubblici.

5.3. Di converso, parte ricorrente in prime cure non ha convincentemente dimostrato la violazione, da parte dell'appellante, del CCNL da essa applicato, essendo all'uopo necessaria un'evidenza matematica e, per così dire, liquida dell'inosservanza, invero non recata dalla relazione prodotta dalla Smaltimenti Sud.

Non vale, in proposito, il riferimento alle Tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016, aventi valenza statistica generale circa il "costo medio" del lavoro, ma proprio per questo prive di carattere cogente, essendo ben possibile che il costo del lavoro di un singolo operatore economico diverga dal costo medio (ad esempio, per la fruizione di regimi fiscali di favore); peraltro, la *lex specialis* escludeva dal ribasso d'asta i soli oneri per la sicurezza.

5.4. Neppure può sostenersi che l'adozione del CCNL di settore, in quanto in tesi recante condizioni deteriori per il trattamento economico del personale rispetto a quanto previsto dal CCNL applicato dall'appellata, integri un'implicita violazione della "*clausola sociale*" prevista dall'art. 14 del capitolato (a sua volta applicativo dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016): come più volte affermato in giurisprudenza, infatti, il dovere dell'aggiudicatario di riassorbimento del personale dell'appaltatore uscente non è assoluto ed incondizionato, ma è, di contro, funzione delle effettive possibilità dell'impresa subentrante.

La cosiddetta "*clausola sociale*", invero, strutturalmente opera:

- all'interno del margine di autonoma articolazione imprenditoriale dell'aggiudicatario, senza determinarne una autoritativa conformazione *ab externo* (che, a tacer d'altro, cozzerebbe con la stessa logica del ricorso al mercato e con la sovra-ordinata *mens legis* di massima apertura alla concorrenza);
- nell'ambito dell'inquadramento lavoristico applicato dall'aggiudicatario ai propri dipendenti, in base alle vigenti condizioni contrattualistiche.

5.5. Il giudizio di anomalia, ove positivo, non necessita di una particolare motivazione da parte della stazione appaltante, posto che, con esso, l'Amministrazione si limita ad attestare che l'offerta dell'aggiudicatario è complessivamente credibile, ossia dà un ragionevole affidamento circa il regolare svolgimento della prestazione messa a gara.

Il sindacato giurisdizionale in proposito è limitato alla sussistenza di aberranti conclusioni logiche da parte dell'Amministrazione, connesse ad evidenti e macroscopici profili di oggettiva insostenibilità dell'offerta, condizione che, nella specie, *prima facie* non ricorre.

5.6. Di converso, non risulta neanche un profilo di incompetenza: il giudizio positivo di anomalia elaborato dalla commissione di gara è stato, infatti, implicitamente ma univocamente accolto dal RUP della CUC (nella persona del relativo dirigente), allorché questi, dopo aver

dato espressamente atto dell'esito positivo del giudizio di anomalia, ha deliberato l'aggiudicazione della gara.

5.7. Il RUP comunale ha emanato la determina a contrarre in data 20 settembre 2017, allorché era ancora in servizio, essendo andato in pensione in data 1 ottobre 2017.

Il successivo periodo di richiamo in servizio sino al 24 settembre 2019 non rileva ai fini di causa, in quanto la procedura di gara, allora ancora in corso, era di competenza esclusiva della CUC regionale e, quindi, del relativo RUP.

5.8. La censura circa il mancato svolgimento dei controlli *ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016* con riferimento al revisore dei conti della Ecoalba si scontra con il fatto che, all'epoca dell'instaurazione della causa avanti il T.a.r., i controlli *de quibus* erano ancora in corso; peraltro, la censura non risulta più utilmente argomentata nel corso del presente giudizio.

5.9. Infine, l'asserita complessiva mancanza di chiarezza della *lex specialis*, in disparte ogni altra considerazione, doveva essere sollevata al momento dell'emanazione del bando, non in uno con l'impugnazione della conclusiva aggiudicazione, in quanto l'asserito vizio afferisce alla documentazione di gara *ex se* considerata, non all'esito della stessa.

6. Per le esposte ragioni, in accoglimento del gravame e previo rigetto delle censure riproposte, il Collegio, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta integralmente il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni trattate suggerisce l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie l'appello;
- rigetta i motivi riproposti in questo grado di giudizio dalla società appellata Smaltimenti Sud S.r.l.;
- per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta integralmente il ricorso di primo grado;
- compensa fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

