

APPALTI: Concessione - Affidamento a terzi - Subappalto - Limiti alla subappaltabilità - Amministrazione aggiudicatrice - Gara - Concorrenza - Contratti pubblici.

Tar Emilia Romagna - Parma, Sez. I, 9 marzo 2022, n. 57

in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2022, pag. 2740 e ss., con commento di Giovanni Balocco e Petra Martina Minetti, *Il subappalto nell'ambito del contratto di concessione*.

“[...] la disposizione di cui all’art. 174 del codice degli appalti non prevede un limite percentuale per il subappalto e tale disposizione è applicabile nel presente caso in quanto trattasi di concessione mentre l’art. 105 del predetto codice, richiamato da parte ricorrente, disciplina il subappalto con riferimento alla diversa disciplina degli appalti e non è, dunque, applicabile al presente caso, relativo, come detto sopra, all’affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati.

Né il richiamo all’art. 164, comma 2, del codice degli appalti, operato da parte ricorrente, rende applicabile anche alla concessione il limite del subappalto previsto (al tempo della gara) negli appalti di cui all’art. 105.

Difatti l’art. 164, comma 2, espressamente stabilisce che “2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.”.

Dalla piana lettura della norma si evince che la stessa fa riferimento a disposizioni relative a principi generali e ad altre fattispecie estranee al limite di subappalto e, inoltre, l’applicazione viene disposta solo in quanto le predette disposizioni siano compatibili mentre, nel presente caso, esistono due distinti articoli che regolano il subappalto rispettivamente nella parte II del codice, relativa ai contratti di appalto, e nella parte III del predetto codice, relativa alle concessioni, e tali due articoli (rispettivamente, l’art. 105 per la II parte e l’art. 174 per la III) regolano compiutamente l’istituto del subappalto nei due diversi ambiti e, pertanto, non è fondata la tesi di parte ricorrente secondo cui l’art. 174 sarebbe integrato, sul punto del limite percentuale del subappalto, dall’art. 105 del medesimo codice degli appalti [...]”.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Iren Ambiente S.p.A. e dell'Agenda Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti - Atersir;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Iren Ambiente S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Massimo Baraldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera CAMB/2017/62 del 13 settembre 2017, il Consiglio d'Ambito dell'Agenda Territoriale dell'Emilia-Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti - Atersir (d'ora in poi, Atersir), approvava gli atti di gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Parma, per la durata di quindici anni.

Con delibera CAMB/2017/68 del 27 settembre 2017, il Consiglio d'Ambito di Atersir approvava nuovamente gli atti di gara, al precipuo fine di recepire le sopravvenute indicazioni della Regione Emilia-Romagna aventi ad oggetto la delimitazione del perimetro delle attività comprese nell'affidamento in applicazione della normativa regionale.

Il bando di gara veniva pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 198 del 14 ottobre 2017 e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana oltre che sul sito di Atersir.

In data 16 aprile 2018 si chiudevano i termini di partecipazione alla procedura di affidamento.

Presentavano offerta due concorrenti: Iren Ambiente S.p.A. e il RTI formato da De Vizia Transfer S.p.A. (mandataria) e da Urbaser S.A. (mandante).

In data 19 aprile 2018, si riuniva il Seggio di gara in seduta pubblica al fine di provvedere alla valutazione dell'ammissibilità, sotto il profilo amministrativo, delle offerte pervenute.

Nella seduta pubblica del 29 maggio 2018, il Seggio di gara dichiarava la completezza della documentazione amministrativa finalizzata all'ammissione dei concorrenti e, conseguentemente, concludeva la seduta pubblica, comunicando *che "...il seggio di gara procederà in seduta riservata alle dovute verifiche in ordine ai requisiti speciali, tecnici ed economici, dichiarati dai concorrenti in questa fase..."*.

Con determinazione n. 110 del 9 luglio 2018, assunta a *"Conclusione della fase di valutazione della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti"*, il Direttore dell'Agenda disponeva l'ammissione di *"entrambi gli operatori economici, IREN Ambiente S.p.A. e Costituendo RTI tra De Vizia Transfer S.p.A. (capogruppomandataria) e URBASER S.A. (mandante), alle successive fasi*

della procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Parma– CIG:72029985FC”.

Avverso il sopra menzionato provvedimento proponevano ricorso, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a., *ratione temporis* vigente, De Vizia Transfer S.p.A. ed Iren ambiente S.p.A., contestando entrambe l'ammissione dell'altro concorrente alla gara.

Tale complessa vicenda contenziosa è stata definita dalle seguenti pronunce:

- sentenze TAR Emilia-Romagna, Parma, n. 311/2018 e Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2511/2019 sul ricorso dell'RTI De Vizia avverso l'ammissione di Iren Ambiente S.p.A., entrambe di reiezione dei ricorsi presentati;

- sentenze TAR Emilia-Romagna, Parma, n. 310/2018 e Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2407/2019 sul ricorso Iren Ambiente S.p.A. avverso l'ammissione dell'RTI De Vizia, concluse con sentenza di accoglimento parziale di questo Tribunale e di rigetto del Consiglio di Stato.

In seguito alle sopra menzionate sentenze sui ricorsi Iren Ambiente S.p.A., la stazione appaltante ha emesso il provvedimento n. 94 del 13 giugno 2019, con cui ha ammesso il costituendo RTI De Vizia alle fasi successive della gara.

Avverso tale provvedimento Iren Ambiente S.p.A. ha proposto ricorso per ottemperanza presso questo Tribunale che, previa conversione del rito con sentenza non definitiva n. 256/2019, con sentenza n. 30/2020 lo ha dichiarato inammissibile.

Avverso tali sentenze ha proposto appello Iren Ambiente S.p.A. ed il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4013 del 24 maggio 2021, ha accolto il predetto appello ed ha dichiarato la nullità della determinazione n. 94 del 13 giugno 2019.

Nel frattempo Atersir, preso atto delle sentenze di questo Tribunale, ha proseguito nello svolgimento della procedura di appalto e con determinazione del Direttore n. 165 del 12 ottobre 2020, di cui in epigrafe, avente ad oggetto *“Esito verifica di congruità dell'offerta e proposta di aggiudicazione ai sensi, rispettivamente, degli articoli 97, c. 3 e 32 del D.lgs. n. 50/2016”*, è stata approvata la Relazione contenente le risultanze dell'istruttoria di verifica della congruità tecnico-economica dell'offerta dell'operatore economico Iren Ambiente S.p.A ed è stato proposto all'organo competente l'aggiudicazione a favore di Iren Ambiente S.p.A.

Con successiva deliberazione n. 101 del 1° giugno 2021, Atersir, a seguito di procedimento istruttorio in ottemperanza alla sopra menzionata sentenza del Consiglio di Stato n. 4013 del 24 maggio 2021, ha confermato l'ammissione alla gara di De Vizia Transfer S.p.A.

Con determinazione dirigenziale n. 148 del 14 luglio 2021, di cui in epigrafe, è stata disposta l'aggiudicazione in favore di Iren Ambiente S.p.A. del *“contratto di concessione per lo svolgimento*

del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati nel bacino territoriale di Parma - CIG:72029985FC per un importo pari a Euro 778.387.133,00”.

Avverso il sopra menzionato provvedimento, nonché gli altri in epigrafe indicati, ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, depositato in data 17 settembre 2021, la società De Vizia Transfer S.p.A., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Ati con Urbaser Sa, chiedendone l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, deducendo i seguenti motivi:

- 1) Violazione degli artt. 105 e 164 del D.lgs. n. 50/2016; falsa applicazione dell’art. 174 del D.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di imparzialità e tutela della concorrenza; eccesso di potere per sviamento;
- 2) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (art. 26 dello schema di contratto); violazione e falsa applicazione sotto altro profilo degli artt. 105 e 164 del D.lgs. n. 50/2016; violazione dell’art. 97 del D.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di imparzialità e tutela della concorrenza; eccesso di potere per contraddittorietà, carenza di motivazione, sviamento;
- 3) Violazione di legge per mancata esclusione di Iren Ambiente S.p.A. per anomalia e non congruità dell’offerta. Violazione e/o falsa applicazione sotto altro profilo degli artt. 105 e 164 del D.lgs. n. 50/2016; violazione dell’art. 97 del D.lgs. n. 50/2016; Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (punti “O”, punto 9, ed “R” del bando di gara); eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti, travisamento dei fatti;
- 4) Violazione dell’art. 17 della legge regionale dell’Emilia-Romagna n. 26 del 23 dicembre 2011;
- 5) Violazione dell’art. 95 del D.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi in tema di valutazione comparativa delle offerte economiche; violazione dei principi di buon andamento, efficienza, imparzialità, proporzionalità; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà.

Parte ricorrente ha, inoltre, domandato che venga dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato e che venga accertato il proprio diritto al subentro nel medesimo.

Sempre col ricorso introduttivo del presente giudizio, poi, parte ricorrente ha formulato domanda di accesso all’offerta di Iren Ambiente S.p.A., ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a., chiedendo che siano annullati i provvedimenti di diniego parziale di accesso alla predetta offerta emessi da Atersir in data 16 agosto 2021 e 3 settembre 2021.

Si è costituita in giudizio, in data 21 settembre 2021, Iren Ambiente S.p.A., chiedendo la reiezione del ricorso e depositando, poi, in data 4 ottobre 2021, articolata memoria di difesa e contestuale ricorso incidentale.

In particolare, con tale ricorso incidentale Iren Ambiente S.p.A. ha impugnato la determinazione dirigenziale di Atersir n. 101 del 1° giugno 2021, comunicata via PEC il 9 giugno 2021, con la quale

è stata confermata l'ammissione in gara di De Vizia nonché gli atti ad essa connessi, in epigrafe indicati, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), f) e f-bis), comma 6, del D.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 in relazione alla mancata dichiarazione di precedenti gravi illeciti professionali. Violazione e falsa applicazione del punto I. 1.1 del bando e delle linee guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, in particolare per violazione del principio di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale in relazione al principio di onnicomprensività della dichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), e per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e sviamento, violazione del principio di par condicio;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis), del D.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 in relazione alla mancata dichiarazione di precedenti gravi illeciti professionali. Violazione e falsa applicazione del punto I. 1.1 del bando e delle linee guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, in particolare per violazione del principio di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale in relazione al principio di onnicomprensività della dichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), e per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e sviamento, violazione del principio di par condicio;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis), del D.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 in relazione alla mancata dichiarazione di precedenti gravi illeciti professionali. Violazione e falsa applicazione del punto I. 1.1 del bando e delle linee guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, in particolare per violazione del principio di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale in relazione al principio di onnicomprensività della dichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), e per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e sviamento, violazione del principio di par condicio.

Si è costituita in giudizio, in data 4 ottobre 2021, Atersir, chiedendo la reiezione del ricorso introduttivo, ivi compresa la domanda di accesso in esso formulata, e, con successiva memoria del 15 novembre 2021, anche del ricorso incidentale proposto da Iren Ambiente S.p.A.

In data 21 ottobre 2021, parte ricorrente, preso atto del fatto che in data 16 settembre 2021 Atersir, con determinazione n. 196, aveva dichiarato efficace l'aggiudicazione disposta nei confronti di Iren Ambiente S.p.A. già pronunciata con la determinazione n. 148/2021 e che, inoltre, la predetta stazione appaltante, con nota PG.AT/2021/0009367 del 14 ottobre 2021, aveva confermato il rigetto parziale dell'istanza di accesso, ha proposto motivi aggiunti, con cui ha impugnato i sopra menzionati

provvedimenti, ritenuti illegittimi per illegittimità derivata, deducendo i medesimi motivi già proposti col ricorso introduttivo del giudizio.

All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 17 novembre 2021, è stata emessa l'ordinanza collegiale n. 278/2021, con cui, con riguardo all'istanza cautelare, è stata disposta la trattazione del merito della causa all'udienza pubblica del 15 dicembre 2021 mentre, per quanto concerne l'istanza di accesso avanzata da De Vizia Transfer S.p.A., la stessa è stata respinta statuendo che *“l'Agenzia, poichè Iren ha motivato e comprovato le esigenze di riservatezza di alcune parti della sua offerta, e parte ricorrente non ha dimostrato che l'accesso integrale all'offerta di Iren risulta indispensabile alla sua difesa, ha attuato un equo bilanciamento degli interessi consentendo l'accesso parziale agli atti richiesti con il provvedimento impugnato, che deve considerarsi pienamente legittimo”*.

Le parti hanno poi depositato relative memorie e, inoltre, parte ricorrente, con nota del 6 dicembre 2021, ha chiesto il rinvio della trattazione del merito della causa visto che la stessa aveva impugnato la sopra menzionata ordinanza collegiale n. 278/2021 avanti al Consiglio di Stato che non si era ancora pronunciato.

Preso atto di ciò, all'udienza pubblica del 15 dicembre 2021 la causa è stata rinviata ad altra data.

In data 17 dicembre 2021, il Consiglio di Stato ha emesso l'ordinanza n. 8421/2021 con cui ha dichiarato inammissibile il proposto appello avverso l'ordinanza collegiale n. 278/2021 in quanto *“per costante giurisprudenza di questo Consiglio l'appello contro l'ordinanza istruttoria che decide un'istanza di accesso in corso di causa ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.a. è pacificamente inammissibile, trattandosi di provvedimento non decisorio, fermo che del mancato accoglimento della propria istanza la parte può dolersi impugnando la sentenza che definisce il merito in I grado: per tutte, sez. IV 26 novembre 2014 n.5850 e sez. VI 22 gennaio 2002 n.403;”*.

Le parti hanno poi depositato memorie finali e, infine, all'udienza pubblica del 26 gennaio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti, è infondato nel merito e va respinto mentre il ricorso incidentale è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

2.1. - Col primo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati affermando che *“La lex specialis di gara è illegittima laddove (art. 36 dello schema di contratto di servizio allegato al bando e disciplinare di gara) consente di affidare in subappalto una quota (pari al 45%) dei servizi di gran lunga superiore a quella massima consentita dalla normativa vigente al momento della indizione della gara (30%).”*

In particolare, secondo parte ricorrente la predetta disposizione sarebbe illegittima e non rilevarebbe, nel caso di specie, che *“trattasi di un contratto di concessione e che l'art. 174 del decreto legislativo*

non prevede uno specifico limite quantitativo al subappalto. È vero anzi il contrario: proprio perché la norma appena menzionata nulla dice al riguardo, trova applicazione, in virtù del rinvio disposto dall'art. 164, secondo comma, del codice, il limite indicato nell'art. 105 che, nella versione applicabile ratione temporis alla gara in oggetto, è pari al 30%.”.

2.2. - Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva che la disposizione di cui all'art. 174 del codice degli appalti non prevede un limite percentuale per il subappalto e tale disposizione è applicabile nel presente caso in quanto trattasi di concessione mentre l'art. 105 del predetto codice, richiamato da parte ricorrente, disciplina il subappalto con riferimento alla diversa disciplina degli appalti e non è, dunque, applicabile al presente caso, relativo, come detto sopra, all'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati.

Né il richiamo all'art. 164, comma 2, del codice degli appalti, operato da parte ricorrente, rende applicabile anche alla concessione il limite del subappalto previsto (al tempo della gara) negli appalti di cui all'art. 105.

Difatti l'art. 164, comma 2, espressamente stabilisce che *“2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.”.*

Dalla piana lettura della norma si evince che la stessa fa riferimento a disposizioni relative a principi generali e ad altre fattispecie estranee al limite di subappalto e, inoltre, l'applicazione viene disposta solo in quanto le predette disposizioni siano compatibili mentre, nel presente caso, esistono due distinti articoli che regolano il subappalto rispettivamente nella parte II del codice, relativa ai contratti di appalto, e nella parte III del predetto codice, relativa alle concessioni, e tali due articoli (rispettivamente, l'art. 105 per la II parte e l'art. 174 per la III) regolano compiutamente l'istituto del subappalto nei due diversi ambiti e, pertanto, non è fondata la tesi di parte ricorrente secondo cui l'art. 174 sarebbe integrato, sul punto del limite percentuale del subappalto, dall'art. 105 del medesimo codice degli appalti.

Del resto, tale conclusione circa la non sussistenza di un limite percentuale per il subappalto nel caso di concessioni, come condivisibilmente dedotto dalla controinteressata, *“è coerente con le caratteristiche della figura, costituendo il naturale pendant del rischio imprenditoriale che assume*

il concessionario e quindi della maggiore autonomia organizzativa attribuitagli nella gestione del rapporto con la PA.”.

Né, sul punto, risulta convincente quanto dedotto da parte ricorrente nella propria memoria del 15 novembre 2021, quando sostiene che le difese avversarie *“non chiariscono per quale motivo il richiamo generale posto dall’art. 164 del codice alle norme che disciplinano gli appalti in quanto compatibili non consentirebbe di riferire il limite anche alle concessioni”.*

Il Collegio rileva che, proprio dalla lettura dei due articoli relativi al subappalto sopra menzionati, ossia l’art. 105 e l’art. 174, emerge con chiarezza che nessuna integrazione rispetto al limite del subappalto sussiste da parte dell’art. 105 rispetto all’art. 174 e che quanto disposto dal predetto art. 105 *ratione temporis* vigente circa il limite del 30% non era assolutamente applicabile all’art. 174 proprio per espressa disposizione legislativa atteso che lo stesso art. 174, al comma 8, individua puntualmente le disposizioni dell’art. 105 applicabili anche alle concessioni, stabilendo che *“8. Si applicano, altresì, le disposizioni previste dai commi 10, 11 e 17 dell’articolo 105.”.*

Orbene, il sopra menzionato richiamo espresso previsto dal comma 8 dell’art. 174 rende chiaro, con ogni evidenza, che il coordinamento fra le due norme che disciplinano il subappalto nei due diversi ambiti (appalti e concessioni) è normato dalle stesse, in particolare dall’art. 174 che individua le (uniche) disposizioni dell’art. 105 applicabili anche al subappalto per le concessioni e fra tali disposizioni manca quella relativa al limite del 30% che, dunque, risulta pacificamente non applicabile al subappalto per le concessioni in quanto non prevista dall’art. 174 e non richiamata dal predetto articolo che, si ribadisce, ha espressamente risolto il problema del coordinamento con l’art. 105 individuando puntualmente le sole disposizioni di tale articolo applicabili anche alle concessioni ed omettendo, con chiara scelta legislativa, ogni riferimento al limite percentuale per il subappalto che, pertanto, in base al principio *“ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”*, risulta chiaramente non applicabile alle concessioni.

Inoltre, sul punto, il Collegio osserva che, in disparte ogni considerazione circa il principio di diritto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza Vitali, risultano condivisibili le conclusioni dell’Amministrazione resistente secondo cui *“l’art. 174 rappresenta la fedele trasposizione dell’art. 42 della direttiva 2014/23/UE, il quale non prevede alcun limite quantitativo o percentuale al ricorso al subappalto. Qualunque interpretazione della normativa nazionale che si discosti dalle disposizioni della direttiva n. 23 deve dunque essere ritenuta sic et simpliciter contraria al diritto europeo.”.*

3.1. - Col secondo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l’illegittimità dei provvedimenti impugnati in quanto *“La corretta lettura delle disposizioni della lex specialis (e l’unica idonea ad escluderne la radicale illegittimità per contrasto con l’art. 105 del codice) è quella che impone di applicare il contratto FISE-UTILITAIA a tutte le prestazioni oggetto di concessione,*

indipendentemente dal soggetto (concessionario o subaffidatario) che le espleti, così come prescritto dall'art. 105 cit.” mentre, nel caso de quo, ciò non sarebbe avvenuto atteso che “l’aggiudicataria - a fronte di un costo del lavoro che dovrebbe essere sostanzialmente identico per i due concorrenti (tenuti entrambi all’applicazione del medesimo contratto collettivo) – ha ritenuto di poter offrire, “giustificandone” i costi (e sul punto ci si riserva espressamente di avanzare motivi aggiunti), un monte ore superiore di quasi il 50% a quello offerto dalla ricorrente (1.264.636 a fronte di 846.669)”.

Né, al riguardo, tale discrasia fra le due offerte potrebbe essere giustificata dall’applicazione dell’art. 26, comma 3, dello schema di contratto, secondo cui *“Il Gestore si impegna a garantire che al personale dipendente di imprese terze a qualsiasi titolo impiegate nello svolgimento delle attività operative del servizio sia applicato il Contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto del subaffidamento.”.*

Secondo parte ricorrente, difatti, *“la eccezione posta dall’art. 26 dello schema di contratto deve correttamente intendersi come riferita esclusivamente a ipotesi marginali di prestazioni accessorie e strumentali connesse all’oggetto dell’appalto svolte da soggetti che per tale ragione (diversità di oggetto) applicano contratti diversi. Qualora, viceversa, si intendesse ampliare strumentalmente la portata di tale disposizione fino a consentire di applicare contratti diversi peggiorativi ai dipendenti di qualsiasi soggetto diverso dal concessionario anche laddove gli stessi svolgano le stesse identiche attività oggetto della concessione se ne dovrebbe necessariamente inferire la nullità e illegittimità dell’art. 26 per violazione dell’art. 105 del codice degli appalti che non consente di utilizzare il subappalto per aggirare le garanzie tutela dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore.”.*

3.2. - Il motivo è infondato.

3.2.1. - Il Collegio rileva che l’articolo 26 dello schema di contratto stabilisce, al comma 2, che *“Il Gestore deve applicare al proprio personale dipendente il Contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (FISE – UTILITALIA/EX FEDERAMBIENTE).”* e, poi, al comma 3, quanto sopra riportato.

Dalla lettura di tale schema di contratto, pertanto, si evince che il gestore deve applicare solo al proprio personale il contratto individuato dalla legge di gara, ossia il contratto FISE – UTILITALIA/EX FEDERAMBIENTE, mentre non vi è alcun vincolo per il contratto applicabile dal subappaltatore.

Inoltre, la norma richiamata da parte ricorrente, ossia l'articolo 105 del codice degli appalti, prevede, sempre secondo la prospettazione di parte ricorrente, l'obbligo per il subappaltatore, ai commi 9 e 14, di applicare il medesimo contratto ma tali commi non sono richiamati dal comma 8 dell'art. 174 del medesimo codice degli appalti, che disciplina - come sopra illustrato - il subappalto nelle concessioni coordinandolo con quello negli appalti, né, va evidenziato, in sede di introduzione puntuale di tale obbligo di applicazione dei medesimi contratti, avvenuto con il DL n. 77/2021 che è intervenuto sul comma 14 dell'articolo 105, il legislatore è intervenuto anche sull'art. 174, relativo al subappalto nelle concessioni, così ribadendo la diversità fra le due situazioni, ossia il subappalto nei confronti di un appaltatore ed il subappalto nei confronti di un concessionario, come dedotto anche dall'Amministrazione resistente secondo cui *“laddove il legislatore ha voluto imporre un obbligo in tal senso, lo ha sancito espressamente, come con la novella introdotta al comma 14 del citato art. 105 ad opera dell'art. 49 comma 1 del d.l. n. 77/2021 conv. con mod. in l. n. 108/2021”*.

3.2.2. - Inoltre, sul punto, va ricordato che la controinteressata ha ingaggiato, in subappalto, delle cooperative sociali e tale circostanza risulta rilevante ai fini della ulteriore infondatezza del motivo di ricorso.

Al riguardo, difatti, il Collegio osserva che, con riferimento a tale tipologia di cooperativa, la giurisprudenza si è espressa nel senso che le stesse debbano applicare il proprio contratto collettivo di settore e, in un caso analogo al presente, relativo alla gestione dei rifiuti, ha statuito, con argomentazioni pienamente condivise da questo Collegio, che *“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.”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 4353/2021).

Per tutto quanto sopra argomentato, dunque, il ricorso al subappalto in favore di cooperative sociali che applicano il proprio contratto collettivo non risulta illegittimo, in quanto non viola nel presente caso né le (pertinenti) norme del codice degli appalti, ossia l'art. 174, né la *lex specialis* di gara.

4.1. - Col terzo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in quanto Iren Ambiente S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa per anomalia dell'offerta.

In particolare, secondo parte ricorrente la stazione appaltante non avrebbe approfondito, nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dalla medesima svolto, la circostanza che la controinteressata aveva offerto "*un ribasso nettamente superiore*", pari al 4,27% (a fronte del ribasso del 2,33% offerto dalla ricorrente) pur offrendo un monte ore superiore rispetto a quello offerto dalla ricorrente, calcolato dalla medesima nella percentuale di circa il 50% (1.246.636 a fronte di 846.669), e, pertanto, "*è evidente che la relativa offerta economica è ictu oculi incongrua ed insostenibile*".

4.2. - Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva che l'affermazione di parte ricorrente costituisce, con tutta evidenza, una mera allegazione, senza alcun riscontro concreto e, dunque, non provata ed infondata atteso che dalla semplice constatazione del differente ribasso rispetto al diverso numero di ore offerte non può certo trarsi la conclusione che la predetta offerta economica sia insostenibile e, conseguentemente, l'offerta anomala, dovendo il giudizio di anomalia dipendere da concrete circostanze non allegare col presente motivo di ricorso.

Risulta, dunque, condivisibile quanto affermato sul punto dalla difesa della controinteressata secondo cui la censura di che trattasi non è stata formulata "*sulla base di dati specifici, bensì limitandosi ad una censura per così dire di assoluto principio e, in ultima analisi, ipotetica*".

Inoltre, va evidenziato che parte ricorrente afferma, nel presente motivo di ricorso, che il ribasso offerto dalla controinteressata risulta, come detto sopra, "*nettamente superiore*" al proprio salvo poi, nel quinto motivo di ricorso, affermare, sempre con riferimento al ribasso offerto, che "*La differenza tra le due offerte è minima (differenza tra i due ribassi offerti pari all'1,94% !!!)*", e, quindi, formulando affermazioni fra loro palesemente contraddittorie che corroborano, una volta di più, l'infondatezza dei motivi di ricorso articolati su tali affermazioni.

5.1. - Col quarto motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati affermando che la legge regionale Emilia-Romagna n. 26/2011 conterrebbe espresse disposizioni relativamente al servizio di gestione dei rifiuti urbani ed alle cooperative sociali.

In particolare, parte ricorrente afferma che l'articolo 17 della sopra menzionata legge dispone che "*i gestori del servizio di gestione dei rifiuti urbani sono autorizzati ad avvalersi delle cooperative sociali di tipo B <... omissis ...> per la gestione operativa dei centri di raccolta o per l'effettuazione di attività amministrativa connessa alle operazioni preliminari per l'avvio al recupero o allo*

smaltimento” e, dunque, “sembra che le cooperative sociali possano svolgere solo queste due attività e non appare legittimo prevedere il loro utilizzo per la esecuzione dei servizi di raccolta e trasporto rifiuti, tanto più ove tale utilizzo si risolva in una elusione delle norme poste a garanzia dei lavoratori e della stazione appaltante”.

5.2. - Il motivo è palesemente infondato.

Il Collegio osserva, *in primis*, che l’inconsistenza del motivo di ricorso di che trattasi risulta evidente dal fatto che parte ricorrente utilizza il termine “sembra” (ossia un termine dubitativo) per affermare quanto le cooperative sociali potrebbero fare nel campo della gestione dei rifiuti.

Ciò premesso, il Collegio osserva che, con riferimento alla figura delle cooperative sociali, la capacità di partecipare alle gare e svolgere poi le attività da esse previste consegue alla loro capacità civile di soggetti che possono svolgere un’attività commerciale e, dunque, tale capacità, afferente sia all’ordinamento civile (in quanto stabilisce le attività che tali società possono espletare), sia alla tutela della concorrenza (in quanto relativa alla partecipazione agli appalti pubblici alla stregua degli altri soggetti economici) può essere regolata unicamente dalla legge statale e non certo dalle leggi regionali, che verrebbero a creare dei trattamenti differenziati su base regionale per le cooperative sociali del tutto contrari alla Costituzione, atteso che le sopra citate materie (tutela della concorrenza ed ordinamento civile) sono materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, comma 2, della Costituzione, come rilevato anche da parte resistente secondo cui *“un’interpretazione teleologica della norma regionale nel senso di limitare le attività delle cooperative sociali alle sole due attività indicate dal ricorrente appare non costituzionalmente orientata.”*

Infine, sul punto, il Collegio osserva che parte ricorrente, ai fini della propria tesi, ha riportato nel ricorso introduttivo solo una parte dell’art. 17 della legge regionale Emilia-Romagna n. 23/2011, il cui comma 1 stabilisce quanto segue: *“1. Fermo restando la possibilità per le cooperative sociali in possesso dei requisiti di legge di partecipare alle procedure di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani, i gestori del servizio di gestione dei rifiuti urbani sono autorizzati ad avvalersi delle cooperative sociali di tipo B di cui all’articolo 1, comma 1, della legge n. 381 del 1991 per la gestione operativa dei centri di raccolta o per l’effettuazione di attività amministrativa connessa alle operazioni preliminari per l’avvio al recupero o allo smaltimento.”*

Dalla piana lettura dell’intera disposizione si evince, dunque, che, come condivisibilmente affermato dalla società controinteressata, *“...(i) le cooperative possono svolgere tutte le attività relative al servizio di gestione dei rifiuti urbani, potendo anche partecipare direttamente alle relative gare (il che implica che, a maggior ragione, possano assumere i servizi in subappalto); (ii) i gestori possono*

“avvalersi” delle specifiche cooperative di tipo B (persone svantaggiate) per determinati compiti strumentali alla gestione dei servizi, al di fuori dello schema contrattuale del subappalto.”.

6.1. - Col quinto motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati affermando che la formula utilizzata per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, basata sul metodo “bilineare”, avrebbe creato effetti distorsivi atteso che *“a fronte di due offerte assolutamente paragonabili tra di loro la differenza del punteggio economico assegnato è enorme”*, pari a 13,05 punti sui 30 assegnabili, e, dunque, ne discenderebbe *“con evidenza l'illegittimità del criterio seguito per l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica, che si è tradotta nella attribuzione alla aggiudicataria di un differenziale di punteggio non giustificato dalla effettiva differenza dei ribassi offerti”*.

6.2.1. - Il motivo è, *in primis*, inammissibile per difetto di interesse, atteso che, come risulta dal quarto verbale della Commissione di Gara relativo alla seduta pubblica del 5 giugno 2020, all'esito dell'esame delle offerte tecniche l'offerta della ricorrente aveva conseguito un punteggio, riparametrato, nettamente inferiore a quello della controinteressata (punti 59,43 rispetto a punti 70) e, dunque, attesa la circostanza, incontestata, che l'offerta economica della ricorrente è più alta di quella di Iren Ambiente S.p.A., ne deriva che non vi è interesse concreto da parte della società ricorrente alla contestazione della formula matematica utilizzata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica in quanto, visti i dati di partenza, l'applicazione di qualsiasi formula comporterebbe il conseguimento, da parte di De Vizia Transfer S.p.A., di un punteggio minore rispetto a quello conseguito da parte della controinteressata, non potendo certo conseguire un'offerta economica maggiore un punteggio migliore rispetto a quello attribuito all'offerta economica più bassa.

Tale circostanza risulta, altresì, confermata dal fatto che anche sulla base della metodologia dell'interpolazione lineare basata sul prezzo, ritenuta da parte ricorrente la metodologia più indicata con esplicitazione, nel corpo del ricorso, di un'ipotesi dei relativi punteggi attribuibili alle due offerte sulla base della predetta metodologia, l'offerta della controinteressata sarebbe comunque risultata migliore.

6.2.2. - Premesso quanto sopra, il motivo è altresì anche infondato nel merito.

Il Collegio ritiene utile, innanzitutto, richiamare quanto già sopra statuito circa la palese contraddizione fra quanto sostenuto da parte ricorrente nel presente motivo di ricorso circa la sussistenza, nel presente caso, di una differenza fra le due offerte *“minima”*, e quanto dalla stessa affermato nel terzo motivo di ricorso circa il fatto che il ribasso offerto dalla controinteressata era *“nettamente superiore”* rispetto a quanto offerto dalla ricorrente (e tale ribasso, dunque, in tale

prospettiva, avrebbe reso l'offerta economica di Iren Ambiente S.p.A. *"ictu oculi incongrua ed insostenibile"*).

Ciò premesso, passando all'analisi del presente motivo di ricorso, il Collegio rileva che, come dedotto dalla controinteressata, *"Il motivo muove dal riscontro postumo della circostanza fattuale (ovviamente imprevedibile) della partecipazione alla gara di due soli concorrenti, per inferirne l'irragionevolezza della scelta del metodo in parola, che esplicherebbe la sua funzione solo in presenza di almeno tre offerte."*

È stata, dunque, la partecipazione alla gara di che trattasi di sole due imprese a divaricare così sensibilmente il punteggio delle due offerte economiche che, secondo parte ricorrente, sarebbero (si ripete, solo nel quinto motivo di ricorso) *"assolutamente paragonabili"* mentre *"qualora il criterio di valutazione del punteggio fosse stato quello dell'interpolazione lineare sul ribasso, (si rimarca che ANAC ne sconsiglia l'applicazione laddove la stazione appaltante intenda limitare la concorrenza basata sul prezzo), il risultato sarebbe stato ben diverso"*.

La sopra menzionata affermazione non può, però, comportare l'illegittimità del metodo di valutazione dell'offerta economica scelto dalla stazione appaltante, ossia il metodo "bilineare", in quanto la scelta dello stesso risulta del tutto legittima atteso che si tratta di un metodo in uso che, come rimarcato dalla odierna resistente, è *"raccomandato dalla stessa ANAC per limitare una concorrenza basata sul prezzo a favore di un confronto concorrenziale precipuamente fondato sugli elementi qualitativi dell'offerta"*.

Rientra, dunque, nella piena discrezionalità della stazione appaltante la scelta della metodologia di valutazione dell'offerta economica ritenuta più idonea e, nel presente caso, l'aver scelto una metodologia che, in astratto, limitava la concorrenza sul prezzo a fronte della valutazione degli elementi qualitativi costituisce scelta che certamente non può essere tacciata di irragionevolezza o illogicità.

Né, inoltre e in via dirimente, la stazione appaltante poteva prevedere quante offerte sarebbero pervenute per la gara di che trattasi, atteso che si trattava di una procedura aperta, e, pertanto, risulta del tutto condivisibile quanto affermato dalla controinteressata secondo cui *"E' del tutto evidente che il contesto ricostruito ex post dalla ricorrente non può fungere da parametro di ragionevolezza della scelta ex ante della PA relativa ad un aspetto strutturale della procedura di gara"*.

Tale conclusione risulta ribadita da rilevante giurisprudenza, pienamente condivisa dal Collegio, secondo cui *"in sede di predisposizione della formula per il calcolo del punteggio, la stazione appaltante compie una scelta funzionale all'obiettivo negoziale, evidentemente senza poter considerare il concreto sviluppo di tale formula in funzione di un dato (il numero delle imprese che*

presenteranno offerte) non noto e non prevedibile a quel momento, come correttamente rilevato dal T.A.R. ” (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 3297/2021).

7. - Premesso quanto sopra con riferimento allo scrutinio del ricorso principale, si può ora passare all'esame dei motivi aggiunti, depositati in data 21 ottobre 2021, e, al riguardo, il Collegio osserva che gli stessi sono infondati nel merito e vanno respinti.

A tal riguardo, il Collegio osserva che, con i sopra menzionati motivi aggiunti, parte ricorrente ha impugnato la determinazione n. 196 del 16 settembre 2021, con cui Atersir ha dato atto dell'esito positivo della verifica dei requisiti della controinteressata, dichiarando efficace l'aggiudicazione nei suoi confronti, e la nota n. 9367 del 14 ottobre 2021, con la quale veniva confermato il diniego parziale all'accesso all'offerta di Iren Ambiente S.p.A.

Parte ricorrente afferma che *“I vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione prot. 148/21, gravato con il ricorso introduttivo, inficiano altresì in via derivata la determinazione n. 196/21 e la nota prot. prot. PG.AT/2021/0009367 del 14/10/2021 impuginate in questa sede, stante lo stretto rapporto di presupposizione e connessione funzionale che legano questa ultime al primo, vizi che pertanto vengono espressamente riproposti”*.

Preso atto che parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nei motivi aggiunti per illegittimità derivata degli stessi, il Collegio non può, dunque, che ribadire quanto sopra affermato relativamente al ricorso principale circa la legittimità degli atti impugnati e, pertanto, stabilire che non sussiste altresì alcuna illegittimità derivata degli atti impugnati con i motivi aggiunti, fermo restando che il diniego sull'accesso è stato già oggetto di autonoma pronuncia con ordinanza collegiale n. 278/2021 di questo Tribunale.

8. - Per tutto quanto sopra sinteticamente illustrato, dunque, il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti depositati in data 21 ottobre 2021, è infondato nel merito e va respinto.

9. - La declaratoria di infondatezza del ricorso principale e dei relativi motivi aggiunti, con conferma della legittimità dell'aggiudicazione definitiva a favore di Iren Ambiente S.p.A., comporta che il gravame incidentale di quest'ultima, teso all'esclusione di parte ricorrente, debba essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione, ai sensi dell'art. 35 del c.p.a. Il collegio, difatti, osserva che nessuna utilità potrebbe derivare all'odierna controinteressata dallo scrutinio del ricorso incidentale in accordo a quanto statuito da condivisibile giurisprudenza secondo cui *“...una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale ed i suoi motivi aggiunti, in applicazione del principio della c.d. ragione più liquida, il ricorso incidentale escludente, proposto dall'aggiudicataria, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli articoli 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., essendo evidente che l'interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata*

esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest'ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto, dal momento che, in entrambi i suddetti casi, l'aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto (l'aggiudicazione)'' (Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza n. 3094/2021).

10. - Le spese del presente giudizio, ex art. 91 c.p.c., seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio nei confronti di Iren Ambiente S.p.a. e di Atersir, liquidate in € 3.000,00 ciascuno.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Jessica Bonetto, Primo Referendario

Massimo Baraldi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Baraldi

IL PRESIDENTE

Germana Panzironi

IL SEGRETARIO