

Publicato il 11/09/2018

N. 09263/2018 REG.PROV.COLL.

N. 11474/2017 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 11474 del 2017, proposto da: Recycling Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Damiani, Cristiano Olivieri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Antonio Mordini 14, come da procura in atti;

***contro***

Aeroporti di Roma S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo, Pietro Ferraris, Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Eleonora Duse n. 4, come da procura in atti;

***nei confronti***

Ecosystem S.p.A., Porcarelli Gino & Co S.r.l., E.Giovi S.r.l. non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

1) dell'art. III.1.1, lett. b1), del Bando della "Procedura aperta ad evidenza pubblica comunitaria per l'affidamento del servizio annuale di recupero dei rifiuti urbani non

differenziati”, pubblicato sul sito istituzionale di Aeroporti di Roma S.p.A. in data 19 ottobre 2017, nella parte in cui individua, come “condizione di partecipazione”, alla gara la titolarità “della gestione di uno o più impianti di recupero di rifiuti”, nonché la titolarità della relativa autorizzazione rilasciata “ai sensi del D.Lgs. 152/2006 per rifiuti aventi codice CER 20 03 01 per sottoporli alle operazioni di cui all'Allegato C della parte IV del D.Lgs. 152/2006, così come definite da R1 fino ad R13 ed ubicato/i nell'ATO di Roma come definito ai sensi del punto 7 del Piano di Gestione Rifiuti del Lazio vigente;

2) del “chiarimento” pubblicato sul sito istituzionale di Aeroporti di Roma S.p.A. in data 26 ottobre 2017, con il quale la Stazione Appaltante – riscontrando l'apposito quesito formulato da Recycling Italia S.r.l. – ha affermato che “Si conferma la richiesta di titolarità” sia della gestione di un impianto ubicato/i nell'ATO di Roma”, sia della relativa autorizzazione regionale, di cui all'articolo 208, del D.Lgs. n.152/2006 e s.m.i., quale condizione essenziale di partecipazione alla gara;

3) in parte qua e per quanto occorrer possa, del capitolato speciale di appalto, del disciplinare di gara e della “Specifica tecnica” allegati al Bando della suddetta procedura; nonché di ogni altro atto, cognito o incognito, comunque connesso a quelli impugnati in via principale, con particolare riferimento alla deliberazione a contrarre, di data ed estremi sconosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2018 il consigliere Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori per la parte ricorrente l'Avv. C. Olivieri e per Aeroporti di Roma S.p.A. l'Avv. F. Trolli in sostituzione dell'Avv. E. Robaldo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso spedito a notifica il 20 novembre 2017 e depositato il successivo giorno 22, la Recycling Italia S.r.l., operante nel settore del trattamento dei rifiuti, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, l'art. III.1.1, lett. b1), del Bando della "Procedura aperta ad evidenza pubblica comunitaria per l'affidamento del servizio annuale di recupero dei rifiuti urbani non differenziati", pubblicato sul sito istituzionale di Aeroporti di Roma S.p.A. in data 19 ottobre 2017, nella parte in cui individua, come "condizione di partecipazione", alla gara la titolarità "della gestione di uno o più impianti di recupero di rifiuti", nonché la titolarità della relativa autorizzazione rilasciata "ai sensi del D.Lgs. 152/2006 per rifiuti aventi codice CER 20 03 01 per sottoporli alle operazioni di cui all'Allegato C della parte IV del D.Lgs. 152/2006, così come definite da R1 fino ad R13 ed ubicato/i nell'ATO di Roma come definito ai sensi del punto 7 del Piano di Gestione Rifiuti del Lazio vigente", nonché i conseguenti chiarimento con cui la Stazione Appaltante ha affermato che "Si conferma la richiesta di titolarità" sia della gestione di un impianto ubicato/i nell'ATO di Roma", sia della relativa autorizzazione regionale, di cui all'articolo 208, del D.Lgs. n.152/2006, quale condizione essenziale di partecipazione alla gara.

2. – La ricorrente premette alle proprie censure di avere svolto, sino al 19 luglio 2017, il servizio "di smaltimento/recupero di rifiuti urbani non differenziati" in favore di Aeroporti di Roma S.p.A. per essere risultata aggiudicataria del "Servizio triennale di smaltimento rifiuti urbani non differenziati –codice C.E.R. 20 03 01 – prodotti dagli Aeroporti di Fiumicino –Leonardo Da Vinci- e Ciampino –G. Pastine-" per il quale erano requisito di partecipazione, alternativamente, la titolarità della gestione "di uno o più impianti di smaltimento e recupero rifiuti autorizzato/i ai sensi dell'art. 208 del D.Lgs. 152/2006 ed ubicato/i nell'ATO di Roma come

definito ai sensi del punto 7 del Piano di Gestione Rifiuti del Lazio vigente”, oppure “la mera disponibilità di uno o più impianti di smaltimento e recupero rifiuti autorizzato/i ai sensi dell’art.208 del D.Lgs. 152/2006”, accompagnata dalla “iscrizione all’Albo Gestori Ambientali categoria classe [D]”; che, tuttavia, il conseguente contratto di appalto n.9840 era stato risolto dall’Amministrazione in data 19 luglio 2017, ragione per cui pende, dinanzi al Tribunale di Roma, il giudizio n.R.G. 67692/2017, instaurato dalla odierna ricorrente per far accertare l’illiceità del comportamento tenuto in sede di esecuzione del contratto dalla Stazione appaltante.

3. – Con il primo motivo la ricorrente assume che la clausola del bando impugnata, su richiamata, sarebbe contraria al principio della libertà di concorrenza e di non discriminazione, in quanto impedirebbe la partecipazione a tutti gli operatori economici del settore: infatti una tale “Condizione di partecipazione”, che preveda la titolarità della gestione di uno o più impianti di trattamento rifiuti siti nel ristretto ambito territoriale dell’ATO di Roma, limiterebbe la partecipazione alla gara soltanto a due o tre operatori economici e, più precisamente, alle Società: Ecosystem a r.l., Porcarelli Gino & Co a r.l. e E.Giovi a r.l., uniche imprese a potere disporre della la titolarità di un impianto del tipo su descritto.

Con il secondo mezzo, poi, Recycling Italia afferma che la scelta di ammettere alla procedura in questione soltanto soggetti “titolari della gestione” di impianti autorizzati ai sensi dell’art. 208 del D.Lgs. 152/2006, sarebbe contraria ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto il servizio di recupero rifiuti potrebbe, in tesi, essere garantito anche da soggetti non dotati della titolarità della gestione di un impianto ma, comunque, abilitati dall’ordinamento all’esercizio della stessa attività.

Nel terzo motivo la ricorrente espone le ragioni che, a suo dire, avrebbero condotto alla risoluzione del precedente contratto di appalto sottoscritto con Aeroporti di Roma, affermando che esse non sarebbero a sé imputabili, attenendo alla

sopravvenuta impossibilità –non causata dalla ricorrente- di conferire i rifiuti prodotti dagli aeroporti di Fiumicino e di Ciampino presso l'impianto della Romana Maceri S.p.A., a causa dell'alta percentuale di umido presente negli stessi (così da essere stata costretta a conferirli presso gli impianti di "TMB 1" e "TMB 2" di Malagrotta); nonché per la sopravvenuta modificazione -con Determinazione della Regione Lazio n. G07159 del 22/05/2017- con efficacia retroattiva dal 23 dicembre 2016 – della tariffa in ingresso dei rifiuti conferiti presso gli impianti "TMB" di Malagrotta, e per il conseguente aggravio di spesa.

Con il quarto motivo la ricorrente denuncia l'illogicità della stessa scelta di Aeroporti di Roma di indire una nuova gara, in quanto il prezzo a base d'asta è stato determinato nella somma di Euro 145,80 per ogni tonnellata di rifiuti smaltiti/recuperati, ovvero in un prezzo notevolmente superiore a quello che Recycling Italia S.r.l. si era dichiarata disponibile ad applicare (€ 139,95), per eseguire il medesimo servizio a seguito del sopravvenuto aumento della tariffa di conferimento in discarica.

Nel quinto mezzo, infine, la ricorrente assume l'illegittimità del bando di gara in quanto esso non recherebbe le informazioni necessarie agli operatori economici dell'Unione Europea di valutare la convenienza del contratto.

4. – Si è costituita in giudizio Aeroporti di Roma s.p.a., che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso (in relazione a quanto dispone l'art. 80 comma V lettera C del d. lgs. n. 50\2016 in relazione alla necessaria esclusione degli operatori che abbiano subito una risoluzione di un precedente contratto non contestata in giudizio) e la sua infondatezza.

5. – Con l'ordinanza 15 dicembre 2017, n. 679 è stata respinta l'istanza cautelare; la decisione è stata confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, con l'ordinanza 23 febbraio 2018, n. 865.

6. – Le parti hanno scambiato le memorie di rito ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

Il ricorso è stato posto in decisione in occasione della pubblica udienza del 20 giugno 2018.

7. – Il gravame avverso la causa di esclusione legata alla necessaria titolarità di un impianto di smaltimento dei rifiuti è inammissibile, in quanto la ricorrente –anche in assenza di siffatta clausola del bando- non avrebbe comunque potuto prendere parte alla gara.

Ed invero la stessa ricorrente, sin dalla prospettazione di fatto offerta nell'atto introduttivo del giudizio, espone di essere avere subito, in data 19 luglio 2017, la risoluzione per grave inadempimento del precedente contratto stipulato con Aeroporti di Roma per il servizio di smaltimento dei rifiuti aeroportuali.

Come noto, ai sensi dell'art. 80 comma V del decreto legislativo n. 50\2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico ove dimostrino con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrita' o affidabilita'; tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio.

Recycling, nel ricorso e sino alle memorie conclusive, afferma di avere contestato la determinazione risolutoria della stazione appaltante dinanzi al Tribunale di Roma nel giudizio n.R.G. 67692/2017.

La domanda proposta nella causa civile in questione, tuttavia, non attiene affatto – come si evince dalla stessa ordinanza del Tribunale di Roma del 27 dicembre 2017 depositata da Aeroporti di Roma, recante il rigetto dell'istanza di Recycling- al merito della risoluzione per inadempimento pronunciata dall'appaltante, in quanto essa è stata introdotta in un procedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., nel quale la società chiedeva fosse disposta, inaudita altera parte, la sospensione dell'efficacia della polizza fideiussoria del 24 febbraio 2017 afferente il contratto d'appalto

stipulato con Aeroporti di Roma in data 10 aprile 2017 relativo a “servizi mantenimento dei rifiuti solidi urbani indifferenziati all'interno dell'aeroporto di Fiumicino e di Ciampino”.

In quella sede civile d’urgenza, quindi, Recycling non ha proposto domanda alcuna atta a contestare –neppure in via interinale- il rimedio sinallagmatico utilizzato il 19 aprile 2017 da Aeroporti di Roma per reagire al ritenuto grave inadempimento dell’appaltatore.

8. - Soltanto con atto di citazione notificato in data 15 gennaio 2018 ed iscritto al n.R.G. 4804/2018 la odierna ricorrente ha contestato nel merito la risoluzione patita. Ritiene tuttavia il Collegio che una tale circostanza, che astrattamente parrebbe idonea a recuperare alla ricorrente uno dei presupposti processuali indiscutibilmente mancanti al momento della proposizione del giudizio (20 – 22 novembre 2017), non possa valere a rendere ammissibile il gravame.

E’ infatti da rilevare che, a proposito della causa di esclusione di cui all’art. 80 comma V lettera C qui in discussione, come rilevato dall’ordinanza n. 5033 del 23 agosto 2018 del Consiglio di Stato (che ha rimesso la norma alla valutazione di compatibilità con il diritto dell’Unione Europea da parte della Corte di Giustizia), il legislatore nazionale, nel richiedere che il grave inadempimento dell’operatore sia incontestata o incontestabile in giudizio, si è posto in contrasto con l’art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e con il Considerando 101 della medesima Direttiva, che “ritengono di consentire l’esclusione dell’operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale «anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori»”.

Infatti, secondo la citata ordinanza, “Se obiettivo del legislatore nazionale è di alleggerire l’onere probatorio a carico dell’amministrazione per rendere più efficiente l’azione amministrativa attraverso l’elencazione di casi in cui è possibile escludere

l'operatore economico (come in Cons. Stato, 2 marzo 2018 n. 1299), lo strumento non appare adeguato: l'azione amministrativa è, nei sensi detti, di fatto arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale. (...) In questo senso, del resto, si comprende il richiamo alla responsabilità dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erronea. (...) La conseguenza è la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio. Ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell'amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma appare non compatibile con i tempi effettivi dell'azione amministrativa in relazione alle finalità di interesse generale del settore, vale a dire l'utile realizzazione delle opere o acquisizione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni".

9. - Tali condivisibili considerazioni inducono questo TAR (non vincolato, come lo è invece il giudice d'appello, alla remissione alla Corte UE, peraltro già disposta dal Consiglio di Stato) a privilegiare una interpretazione della norma interna conforme al diritto dell'Unione, e, dunque, a ritenere operante in questa circostanza (sebbene solo ai fini legati alla delibazione negativa della decidibilità nel merito del ricorso) la causa preclusiva di partecipazione alla gara della ricorrente.

Il ricorso è pertanto inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di Aeroporti di Roma s.p.a., che forfetariamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila\00) oltre IVA e CPA.

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



Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Achille Sinatra**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriella De Michele**

**IL SEGRETARIO**