

Pubblicato il 30/08/2022

N. 07573/2022REG.PROV.COLL.

N. 00339/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 339 del 2022, proposto da Vivai Barretta Garden S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonietta Centomiglia, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Gaeta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Annamaria Rak, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Antonio Aumenta, rappresentato e difeso dall'avvocato Mirko Di Biase, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – sezione staccata di Latina, sez. I, n. 669/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gaeta e di Antonio Aumenta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Giovanni Grasso e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Centomiglia, Rak e Di Biase;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione dirigenziale n. 931 del 27 ottobre 2021, il Comune di Gaeta indiceva una procedura aperta preordinata all'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "*servizio di manutenzione del verde pubblico nell'ambito urbano*", per la durata di trenta mesi, prorogabili di ulteriori sei.

All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale n. 45 del 4 maggio 2021 la gara era aggiudicata alla ditta Aumenta Antonio, collocatosi al primo posto nella graduatoria elaborata dalla Commissione giudicatrice all'uopo designata.

Con ricorso proposto dinanzi la TAR per il Lazio, sede di Latina, la seconda graduata Vivai Barretta Garden s.r.l. impugnava l'esito della procedura, sull'assunto che l'impresa vincitrice non fosse in possesso del requisito della iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, specificamente richiesto dal disciplinare di gara, sicché avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione.

2.- Con sentenza n. 661/2021, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il TAR respingeva il ricorso, sul complessivo ed argomentato assunto:

a) che l'iscrizione all'Albo non fosse richiesta per l'affidamento delle prestazioni oggetto di gara, tanto che non era stato inserito nel bando di gara tra i requisiti di partecipazione);

b) che, per questo profilo, l'inserimento nel (solo) disciplinare rappresentasse il frutto di un evidente mero errore materiale, concretamente imputabile al fatto che, nella precedente gara, il servizio di “*manutenzione del verde pubblico*” era stato affidato congiuntamente a quello di “*smaltimento dei rifiuti*”, da cui era stato successivamente scorporato;

c) che, sul dirimente piano formale, l'antinomia tra il bando e il disciplinare di gara andasse, in ogni caso, risolta – per consolidato intendimento – a favore del primo, in quanto concretante la specifica ed affidante *lex specialis* della procedura.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Vivai Barretta Garden s.r.l. impugna la ridetta statuizione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, all'uopo reiterando le disattese ragioni di doglianza, integrate dal critico assunto della insuperabile attitudine autovincolante della complessiva documentazione di gara, insuscettibile di essere disattesa o disapplicata dalla stazione appaltante.

4.- Nella resistenza del Comune di Gaeta e del controinteressato Antonio Aumenta, alla pubblica udienza del 23 giugno 2022 la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato e va respinto.

2.- In premessa, osserva il Collegio come non sia dubbio che, ai fini dell'affidamento del servizio di manutenzione del verde urbano, non sia richiesto, ai fini della dimostrazione della idoneità professionale, il requisito della iscrizione degli operatori concorrenti all'Albo dei gestori ambientali, sicché correttamente il bando di gara – relativamente alle “*condizioni di partecipazione*” (punto III.2), non ne faceva alcuna menzione.

Del resto, non è inutile soggiungere che una diversa previsione in tal senso si sarebbe posta in contrasto con il principio per cui, ai fini della prefigurazione dei “*criteri di selezione*”, i requisiti di partecipazione imposti agli operatori economici debbano

obbedire ai criteri della “*attinenza*” e della “*proporzionalità*”, ad evitare abusiva limitazione dell’accesso concorrenziale alla commessa (cfr. artt. 30 e 83, comma 2 d. lgs. n. 50/2016: da ultimo, sul punto, Cons. Stato, n. 8330/2021).

In tal senso, non è arbitrario desumerne, come ha motivatamente ritenuto il primo giudice, che l’inserimento del requisito *de quo* nel corpo del disciplinare di gara, obiettivamente erroneo, trovasse non disagevole spiegazione nella circostanza che tale documento di gara fosse stato, fino a tempi recenti, utilizzato per l’affidamento unitario del servizio di manutenzione e del servizio di raccolta dei rifiuti, per il quale era normativamente prescritto: un vero e proprio “*refuso*”.

In ogni caso, la questione decisiva riguarda lo scioglimento della (obiettiva) antinomia tra i diversi atti che strutturano la documentazione di gara, che impone di individuare, nel complesso delle prescrizioni imposte ai concorrenti, la regola prevalente.

È noto che il bando, il disciplinare e il capitolato speciale d’appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell’economia della procedura.

Il bando ha, anzitutto, la funzione di rendere edotti i potenziali interessati dell’intendimento della stazione appaltante di contrattare (avendo, sotto questo profilo, funzione *indittiva*) e, a tal fine, scolpisce, sul piano *formale*, le “*regole fondamentali?*” della procedura evidenziale (funzione *ordinatoria*: cfr. artt. 59, comma 5 e 71 d. lgs. n. 50/2016) e predefinisce, sul piano *sostanziale*, l’oggetto del contratto e le relative prestazioni (funzione *precontrattuale*). Suo tramite vengono predefinite non solo la disciplina in base quale i candidati dovranno attenersi nel confronto competitivo e nella formulazione della propria offerta, ma anche l’insieme delle regole procedurali che la stessa stazione appaltante sarà chiamata a rispettare, nella concorrente logica (pubblicistica) dell’*autovincolo* e in quella (privatistica) della *promessa affidante in incertam personam*.

È, perciò, anzitutto nel bando di gara che devono essere con precisione individuati i requisiti (di idoneità professionale e di capacità tecnica ed economica) che gli operatori economici devono possedere per l'accesso alla procedura concorrenziale (cfr. art. 83, comma 4 d. lgs. cit.).

Peraltro, l'insieme delle regole fondamentali di gara, che valgono a delineare la c.d. *lex specialis* della selezione, può essere ricavato anche dagli atti “*allegati*” al bando (capitolato speciale l'appalto e/o disciplinare di gara), sempreché – come ha, con consolidato orientamento, precisato la giurisprudenza amministrativa – nel bando sia individuato con chiarezza un criterio certo di reperimento degli stessi.

Ne discende che è proprio il bando di gara a rappresentare il “*documento fondamentale*” del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria “legittimazione” funzionale) necessariamente dal primo.

È per questo che si è precisato che ognuno dei predetti atti (bando, disciplinare e capitolato) ha una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura evidenziale, il primo fissando le regole di gara, il secondo disciplinando in particolare i dettagli procedimentali, il terzo (eventualmente) *integrando* le disposizioni del bando, di norma con particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale.

Se ne trae il corollario di una *gerarchia* differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* – impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto *integrare, ma non modificare* le prime (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804; Id., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; Id.,

sez. III, 11 luglio 2013 n. 3735; Id., sez. V, 24 gennaio 2013 n. 439; Id., sez. V, 17 ottobre 2012 n. 5297; Id., sez. V, 23 giugno 2010 n. 3963).

A tali principi si è correttamente e motivatamente attenuto il primo giudice, il quale ne ha coerentemente desunto:

a) che ad essere in concreto applicabile fosse, nella specie, solo il paragrafo III 2.1 del bando di gara, il quale, a differenza al paragrafo 2.1.1, lett. b), del disciplinare, non includeva tra i requisiti di partecipazione l'iscrizione del concorrente all'Albo nazionale dei gestori ambientali per attività di trasporto dei propri rifiuti da parte del produttore iniziale, categoria *2-bis*;

b) che, a diversamente opinare, il capitolato speciale avrebbe implausibilmente modificato, e non meramente integrato il bando;

c) che, in definitiva, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa per non aver comprovato il possesso dell'iscrizione *de qua*, trattandosi, appunto, di requisito non previsto.

3.- Alla luce delle considerazioni che precedono, la sentenza resiste alla censura formulata con l'atto di appello, il quale deve, perciò, ritenersi infondato.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi € 3.000,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Gaeta e in € 3.000,00, oltre accessori, a favore di Antonio Aumenta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO