

N. 00131/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00792/2015 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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2015, proposto da:

EKO CARBONIA Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Antonello Rossi, Luisa Giua Marassi, con domicilio eletto presso Antonello Rossi in Cagliari, Via Ada Negri, N. 32;

contro

UNIONE DEI COMUNI ALTA MARMILLA, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Casula, con domicilio eletto presso Giovanni Battista Simula in Cagliari, Via Pessina, N.10;

nei confronti di

MATTIUSI ECOLOGIA Spa, non costituita;

per l'annullamento

- dell'avviso prot. 3191 del 9.9.2015, con il quale il Responsabile del Procedimento ha reso noto l' ESCLUSIONE dalla gara indetta per l'acquisizione in economia, mediante cottimo fiduciario e tramite Mepa, di attrezzature per la raccolta differenziata;
- del verbale di gara del 9.9.2015, non conosciuto neppure per estremi, nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ricorrente e aggiudicato

provvisoriamente il servizio alla controinteressata;

- della lettera di invito, nella parte in cui RICHIEDE AI CONCORRENTI L'ISCRIZIONE AL CONSORZIO NAZIONALE PER IL RICICLAGGIO DEI RIFIUTI DEI BENI A BASE DI POLIETILENE ed essere in regola con i relativi obblighi e adempimenti;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata;

- di ogni atto presupposto, conseguente o comunque collegato, con riserva di motivi aggiunti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto e con richiesta di aggiudicazione in proprio favore;

nonché, in subordine, per il risarcimento per equivalente (15%).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Alta Marmilla;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2016 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come da separato verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente è stata esclusa dalla gara indetta dall'Unione dei Comuni della Alta Marmilla per l'acquisizione in economia, mediante cottimo fiduciario e tramite la piattaforma Mepa, di attrezzature per la raccolta differenziata ("contenitori e sacchetti") per l'importo a base d'asta di euro 41.943, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

La motivazione dell'esclusione è la MANCATA ISCRIZIONE al CONSORZIO NAZIONALE PER IL RICICLAGGIO DEI RIFIUTI DEI BENI A BASE DI POLIETILENE.

Con ricorso avviato alla notifica il 8.10.2015 e depositato il 19.10 la ricorrente ha formulato le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 234 comma 4 del D.Lgs. 152/2006 – eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del Codice 163/2006 – eccesso di potere per falsità dei presupposti, illogicità, difetto di motivazione e sviamento;
- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 del Codice 163/2006.

Si è costituita l'Unione dei Comuni della Alta Marmilla sostenendo:

- tardività, in quanto la clausola dell'invito doveva essere tempestivamente impugnata, trattandosi di clausola escludente;
- l'Amministrazione ha fatto applicazione dell'art. 69, commi 1 e 2, del Codice 163/2006, dell'art. 138 comma 3, dell'art. 281 del Regolamento DPR 207/2010, dei Decreti Ministeriali (Ambiente) del 11.4.2008 e 10.4.2013, nonché dell'art. 234 comma 4 del D.Lgs. 152/2006;
- Polieco è un Consorzio obbligatorio istituito per legge al quale debbono essere iscritti tutti gli operatori economici che partecipano alla filiera e, tra questi, anche i “distributori”.

Parte ricorrente ha controdedotto, in particolare in relazione all'eccezione di inammissibilità, sostenendo che la prescrizione stabilita nella lettera di invito non poteva considerarsi “escludente”, posto che la società ricorrente non aveva l'obbligo di essere iscritta al Consorzio, in quanto svolge attività di mera intermediazione e, come tale, dovrebbe essere inquadrata tra i “rivenditori” e non fra i “distributori”. Evidenzia, inoltre, che l'assenza di una definizione legislativa in merito ai soggetti da ricomprendere all'interno delle categorie di cui all'art. 4 dello Statuto del Consorzio Polieco confermerebbe l'ambiguità della prescrizione della lettera N4 della lettera d'invito.

Con memoria depositata in vista dell'udienza la difesa dell'Amministrazione sostiene essere sopravvenuta l'irricevibilità del ricorso, per omessa

presentazione di motivi aggiunti avverso la determinazione 352 del 8.10.2015 di aggiudicazione provvisoria.

Alla Camera di consiglio del 28 ottobre 2015 la domanda cautelare è stata riunita al merito.

All'udienza del 27 gennaio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità, per omessa immediata impugnazione della clausola (non avente efficacia palesemente escludente in considerazione del fatto che l'art. 234 del D.Lgs. 152/2006 ammette anche un'ipotesi alternativa all'iscrizione al Consorzio), così come di quella inerente alla mancata impugnazione (facoltativa) dell'aggiudicazione provvisoria, essendo il ricorso infondato nel merito.

Essenzialmente la ricorrente sostiene che non poteva essere esclusa dalla competizione per "omessa iscrizione" al "Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti dei beni a base di polietilene" (d'ora in poi semplicemente Consorzio).

L'art. 234 del D.Lgs. 152/2006 prevede:

-al 1° comma: " Al fine di razionalizzare, organizzare e gestire la raccolta e il trattamento dei rifiuti di beni in polietilene destinati allo smaltimento, È ISTITUITO IL CONSORZIO per il riciclaggio dei rifiuti di beni in polietilene, esclusi gli imballaggi di cui all'articolo 218, comma 1, lettere a), b), c), d), e) e dd), i beni, ed i relativi rifiuti, di cui agli articoli 227, comma 1, lettere a), b) e c), e 231. I sistemi di gestione adottati devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 237";

-al 4° comma : "AI CONSORZI PARTECIPANO:

- a) i produttori e gli importatori di beni in polietilene;
- b) gli utilizzatori e I DISTRIBUTORI DI BENI IN POLIETILENE;
- c) i riciclatori e i recuperatori di rifiuti di beni in polietilene.

La lettera di invito , al punto N4 (pag. 8) prevedeva tra i requisiti soggettivi richiesti per l'ammissione alla selezione che i concorrenti fossero "ISCRITTI

al CONSORZIO NAZIONALE PER IL RICICLAGGIO DEI RIFIUTI DEI BENI A BASE DI POLIETILENE, ai sensi dell'art. 234 del D.Lgs. 152/2006 ed essere in regola con i relativi obblighi e adempimenti”.

La ricorrente non è iscritta al Consorzio , ma ha comunque presentato la propria offerta.

Riscontrata l'assenza di iscrizione, prescritta dall'invito, l'Amministrazione ha escluso la concorrente.

L'Amministrazione ha fatto corretta applicazione delle norme vigenti in materia.

Trattandosi di una gara per la “fornitura di beni in polietilene” ha posto come condizione di ammissibilità l'iscrizione al Consorzio istituito per legge.

La fornitura si colloca, infatti, nell'ambito della “filiera” che vede partecipanti diverse figure (dal produttore all'utilizzatore, inteso, ovviamente, come soggetto che esercita l'attività di impresa –e non certo il privato, utente finale dei beni-).

Nell'ambito di queste l'art. 234 4° comma lett. b) prevede inequivocabilmente l'iscrizione anche dei “distributori”.

Non è condivisibile la tesi che colui che si occupa solo di acquistare e di rivendere non sarebbe operatore soggetto all'obbligo di iscrizione al Consorzio

Anche il “mero rivenditore”, come tale inquadrabile nella figura del “distributore”, è soggetto all'onere di iscrizione al Consorzio, con conseguente assunzione delle correlate obbligazioni.

Il comma 8 dell'art. 234 prevede, tra gli altri compiti, che il Consorzio “promuove la gestione del flusso dei beni a base di polietilene” (cfr. lett. a).

Non è necessario che l'operatore, come sostenuto dalla difesa della ricorrente, entri nel “ciclo di gestione dei rifiuti”. Del resto neppure i “produttori” entrano nel ciclo di gestione dei rifiuti eppure sono sottoposti espressamente all'obbligo di iscrizione al Consorzio obbligatorio (sub lett. a).

A titolo esemplificativo, per smentire l'assunto di parte ricorrente, si segnala che l'art. 3 del Consorzio, fra le altre attività, contempla, alla lett. f), che il Consorzio:

“prevede forme di deposito cauzionale nella <distribuzione dei prodotti> dei consorziati”.

E ciò conferma che gli operatori non debbono necessariamente partecipare alla gestione dei rifiuti (in senso proprio), ma sono comunque assoggettati all'iscrizione anche quando sono meri fornitori/distributori (significativa è la norma appena citata, art. 3 lett. f Statuto, che inerisce ad attività “esterne” rispetto alla gestione diretta dei rifiuti).

L'obbligo di iscrizione è previsto quindi in relazione a soggetti che possono appartenere anche ad una sola delle diverse fasi di “creazione/commercio/distribuzione/recupero/smaltimento” di beni in polietilene, e che vengono (ovviamente) successivamente utilizzati nell'ambito della gestione del ciclo dei rifiuti.

E l'art. 4 dello Statuto del Consorzio, coerentemente, riporta integralmente la norma di legge (art. 234), ribadendo che, tra gli altri, anche i “distributori” hanno l'obbligo di iscrizione, assegnando la Categoria “B” (unitamente agli “utilizzatori”).

Va valutato però anche un ulteriore profilo inerente alla prevista possibilità per legge di un regime <alternativo> all'iscrizione.

L'art. 234 al successivo comma 7° consente, infatti, un'ipotesi “diversificata” per gli operatori che non intendono iscriversi al Consorzio, ma con coinvolgimento dell'Osservatorio nazionale sui rifiuti, in ordine al <riconoscimento> del sistema adottato.

Quindi è vero che gli operatori possono “scegliere” se optare per il comma 1-4 (iscrizione al Consorzio) oppure se preferire il comma 7 (gestione in autonomia).

Ma la ricorrente non ricade neppure in questa seconda ipotesi (peraltro neanche affermata).

Né può ritenersi fondata l'affermazione della ricorrente che sostiene che la società non potrebbe neppure volontariamente iscriversi al Consorzio.

La circostanza (oltre che non essere provata con un rigetto all'iscrizione) non trova sostegno né nella lettera della legge, né nello Statuto del Consorzio, che entrambe contemplano specificamente i distributori, senza che sia richiesto che questi siano direttamente partecipi al ciclo di gestione dei rifiuti di polietilene. Non sono dunque esclusi dalla sfera d'azione gli operatori esercenti la mera commercializzazione dei beni.

Anzi la tesi è smentita con l'analisi del comma 5° dell'art. 234, ove si prevede l'iscrizione (questa sì) "FACOLTATIVA" (e non obbligatoria), quali "soci aggiunti", oltre che i " <produttori ed importatori di materie prime> in polietilene per la produzione di beni in polietilene anche <LE IMPRESE CHE EFFETTUANO LA RACCOLTA, IL TRASPORTO E LO STOCCAGGIO DEI BENI IN POLIETILENE>.

Dunque il presupposto della tesi della ricorrente non trova conforto nella normativa, posto che chi effettua raccolta, trasporto e stoccaggio dei beni in polietilene (quindi attore primario nella gestione del ciclo dei rifiuti) NON è soggetto ad "iscrizione obbligatoria", ma solo FACOLTATIVA (cfr. comma 5° art. 234).

L'Amministrazione ha quindi legittimamente inserito nella lettera di invito, quale requisito di ammissione, per il fornitore/distributore l'iscrizione al Consorzio.

L'obbligo scaturiva, come si è visto, (autonomamente) dall'art. 234 D. Lgs.152/2006.

Ed, in ogni caso, ad ulteriore conferma della validità della prescrizione, va evidenziato, come sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione, che, inoltre, l'art. 69 del Codice contratti 163/2006 consente all'Amministrazione di esigere "condizioni particolari per l'esecuzione del contratto", giustificate da specifiche "esigenze ambientali".

E tali condizioni, pacificamente, non sono soggette alla nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (46 1 bis 163/2006), trattandosi di specifica ipotesi avente “copertura” legislativa.

Trattasi infatti di requisito (oltretutto già previsto, in questo caso, per legge) che assicura all'Amministrazione, in via preventiva, che gli operatori (fornitori/distributori) del settore agiscano nel rispetto dei parametri obbligatori a tutela dell'ambiente, rispetto ai quali sorge il vincolo generalizzato solo con l'iscrizione al Consorzio.

Ne consegue che la prescrizione è correlata, da un lato, ad una specifica disposizione di legge e, dall'altro, soddisfa comunque un requisito che assicura che la prestazione venga svolta con forme, materiali, procedure idonei e coerenti con le prescrizioni di sostenibilità ambientale sottese alla normativa.

Dunque anche nella diversa prospettazione (non condivisa da questo Collegio) che la prescrizione dell'invito non si raccordi direttamente con l'art. 234 del D.Lgs. 152/2006 (la norma della *lex specialis* costituisce sua diretta attuazione), comunque sussisteva per l'Amministrazione lo “spazio” (discrezionale) per poter richiedere l'iscrizione, in applicazione dell'art. 69 del Codice 163/2006, quale condizione particolare reputata necessaria per esigenze specifiche di natura ambientale.

Infine un cenno per la richiesta di applicazione del potere/dovere istruttorio. Posto che il presupposto (iscrizione) è pacifico che non sussista (e anzi è stato dichiarato dalla stessa impresa) nessuna integrazione documentale poteva avvenire da parte dell'impresa ricorrente in corso di procedimento.

In conclusione il ricorso va respinto.

In considerazione della specificità e particolarità della controversia (analisi e definizione della categoria dei “distributori”, suscettibile di diverse interpretazioni –fornitore/intermediario o fornitore all'utente/utilizzatore finale-), si ritiene di dover disporre la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)