

N. 04978/2014REG.PROV.COLL.
N. 08847/2013 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8847 del 2013, proposto da:

Impresa Costruzioni Idrauliche Stradali Agrarie e Forestali Società per azioni (C.I.S.A.F. S.p.a.), rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Galluzzo, con domicilio eletto presso l'avv. Gianpaolo Lacopo in Roma, via di Villa Pepoli, 4;

contro

Anas Spa - Compartimento per la Viabilità di Catanzaro - rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

I.C.M.B. Sas di Sammarco Francesco & C., rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Loria, Francesco Bruno, Luigi Cesaro, con domicilio eletto

presso il primo, in Roma, via Mantova, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I
n. 1115/2013 resa tra le parti, concernente affidamento lavori per la
messa in sicurezza della ss 106 jonica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa - Compartimento
per la Viabilità di Catanzaro e di I.C.M.B. Sas di Sammarco Francesco
& C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2014 il Cons. Andrea
Migliozzi e uditi per le parti gli avvocati Galluzzo, Loria e l'avvocato
dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ANAS- Compartimento della Viabilità per la Calabria - con lettera
d'invito del 9 agosto 2011 indiceva una gara per i lavori di messa in
sicurezza della SS Jonica, tra il Km 219+ 000 e il Km 287+000,
comprensivi della demolizione dell'esistente pavimentazione, da
aggiudicare in base al criterio del massimo ribasso e all'esito di tale
procedura selettiva l'impresa CISAF risultava aggiudicataria provvisoria
con un ribasso del 50,02%.

L'offerta dall'attuale appellante veniva poi sottoposta a procedimento di verifica dell'anomalia di cui agli artt.86, 87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006 e, a seguito di detta procedura, la predetta Società veniva esclusa dalla gara per non aver fornito, ad avviso della Commissione, sufficienti giustificazioni in ordine al ribasso offerto; quindi, la gara veniva aggiudicata alla impresa ICMB, classificatasi al secondo posto, con un ribasso del 47,8%.

CISAF impugnava innanzi al TAR della Calabria gli atti della procedura ritenuti lesivi e precisamente:

- a) il verbale della Commissione di gara del 4 aprile 2013, nella parte in cui dispone l'esclusione della stessa "per mancata dimostrazione della congruità dell'offerta";
- b) la disposizione di approvazione degli atti del procedimento concorsuale e di aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori, di cui alla nota del Capo Compartimento prot. n. CCZ-0013157 del 5/4/2013;
- c) gli atti presupposti, connessi e consequenziali e, in particolare, i verbali della Commissione di verifica e la relazione istruttoria finale.

La Società interessata formulava altresì richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e di accertamento del proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto de quo.

L'adito Tribunale con sentenza n.1115/2013 rigettava il ricorso, giudicandolo infondato e CISAF impugnava ai sensi degli artt.119 comma 6 e 120 c.p.a. il dispositivo di detto decisum (n.1019/2013), cui faceva seguito il ricorso in appello avverso la sentenza stessa, contestando la legittimità degli atti gravati in primo grado, nonché la

fondatezza delle statuizioni del primo giudice di avallo delle determinazioni assunte dall'Amministrazione a carico della impresa originariamente aggiudicataria in via provvisoria.

Più specificatamente l'appellante ha rilevato la erroneità del giudizio di anomalia formulato dalla Commissione con riferimento alla quantificazione del prezzo relativo all'indennità di discarica di materiali inquinanti, censurando le valutazioni rese in ordine al recupero e riciclaggio del c.d. fresato d'asfalto, materiale che sarebbe, ad avviso dell'appellante, riutilizzabile, senza perciò dare luogo ad un onere economico costituito dalla indennità di discarica.

Si è costituita in giudizio la controinteressata ICMB che ha contestato la fondatezza dell'appello, insistendo, con ulteriori memorie illustrative, sulla legittimità degli atti impugnati.

Anche ANAS si è costituito in giudizio per resistere

Con ordinanza n.793/2014 questa Sezione ha respinto, con una motivazione basata sulla rilevata insussistenza del *fumus boni juris*, la richiesta di sospensione dell'esecuzione dell'impugnato dispositivo avanzata da CISAF.

All'udienza del 1° luglio 2014 il ricorso in appello è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

L'appello all'esame, come già fatto presente dalla Sezione in sede di deliberazione sommaria resa nel giudizio cautelare, non appare meritevole di positivo apprezzamento.

Oggetto di controversia è il provvedimento espulsivo assunto a carico di CISAF in ragione della ritenuta inattendibilità della sua offerta, nella

quale non viene indicato l'onere economico legato al trasporto e al conferimento in discarica dei materiali di risulta proveniente dalla demolizione della esistente pavimentazione stradale, appunto, da rimuovere.

Parte appellante ritiene che l'offerta non sia incongrua, potendosi fare a meno, nell'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, dell'operazione di trasporto e conferimento in discarica (con esenzione dei relativi oneri economici), dal momento che il materiale derivante dalla demolizione del manto stradale può essere recuperato e riutilizzato nel processo di produzione del conglomerato bituminoso.

Secondo l'impostazione difensiva, il materiale prodotto dalla demolizione stradale costituito dal c.d. "fresato d'asfalto" va qualificato come sottoprodotto, come tale suscettibile di riutilizzo, e non come rifiuto, per il quale è necessario il conferimento alla discarica di materiali inquinanti: questa operazione di recupero e riutilizzo è stata prevista nel caso dell'offerta dell'appellante, il che giustificerebbe l'esposto risparmio di spesa, proprio per l'esenzione dai relativi oneri economici connessi al trasporto allo smaltimento in discarica di detto materiale.

Così riassuntivamente esposta, quella relativa al c.d. "fresato d'asfalto" è la fondamentale questione giuridica su cui poggia la causa in trattazione e che, in via prioritariamente logica, occorre necessariamente dirimere ai fini della verifica della legittimità o meno del provvedimento espulsivo oggetto di contestazione giudiziale.

Ritiene il Collegio che l'assunto difensivo posto a fondamento dell'appello, volto a "difendere" il riutilizzo del materiale derivante dalla demolizione del manto stradale nella produzione del conglomerato

bituminoso, quale elemento giustificativo del minor onere di spesa, come desumibile dall'offerta e fatto oggetto di giustificazione in sede di verifica dell'anomalia, non sia condivisibile.

Questa Sezione ha avuto modo di occuparsi della problematica costituita dalla natura del fresato d'asfalto, se vada qualificato come rifiuto, secondo la classificazione di cui al D.M. 5/2/1998 e l'inserimento nel codice europeo dei rifiuti, oppure debba essere considerato un sottoprodotto, idoneo, come tale, ad essere riutilizzato, esprimendo l'avviso che in concreto il fresato d'asfalto può essere annoverato come un sottoprodotto purché in presenza di specifiche condizioni tecniche (Cons. Stato Sez. IV 21 maggio 2013 n.4151).

Così questa Sezione - e il Collegio aderisce pienamente a quanto in precedenza statuito con il citato decisum - ha in primo luogo precisato che deve trattarsi di un prodotto di cui il detentore non deve disfarsi e con le caratteristiche che ne permettono il reimpiego, come previsto dall'art.184 bis del Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152/2006) secondo cui :

“E’ un sottoprodotto e non un rifiuto ai sensi dell’art.183 comma 1 lettera a), qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfi tutte le seguenti condizioni:

- a) la sostanza o l’oggetto è originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto;
- b) è certo che la sostanza o l’oggetto sarà utilizzato, nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi;

- c) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale;
- d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana”.

Alla luce dei requisiti di carattere generale testé indicati dalla normativa di settore, il fresato d'asfalto, in linea di massima, non deve essere condotto e conferito in discarica come rifiuto speciale.

Nondimeno detto sottoprodotto deve soddisfare, come già detto, specifiche condizioni, rappresentate essenzialmente dal fatto che il nuovo utilizzo del fresato in questione deve essere integrale, avvenire nel corso di un processo di produzione o di utilizzazione senza alcun trattamento diverso dalla normale pratica industriale; e solo in presenza di tali requisiti si può considerare il fresato un sottoprodotto; altrimenti deve essere classificato come un rifiuto speciale.

Orbene, con riferimento alle “condizioni tecniche” testé esposte, ai fini del riutilizzo immediato del prodotto occorre andare a verificare in concreto la sussistenza delle predette condizioni; e a tali fini occorre rilevare come sia la stessa Società ad indicare una serie di “passaggi” della catena produttiva che dovrebbe condurre al riuso del fresato nel conglomerato bituminoso, passaggi che, però, nella specie non risultano essere stati osservati.

Invero, CISAF ha indicato la società CFG quale soggetto preposto al prelievo, trasporto e riutilizzo del fresato, ma detta Società non risulta essere in possesso del titolo abilitativo a trattare tale materiale; lo stesso

dicasi per la Società Ecology Green, pure indicata come preposta allo stoccaggio provvisorio, ma non in possesso di idoneo titolo; infine in sede giurisdizionale, e solo in tale sede viene indicato come impianto in grado di assolvere al compito quello della Società Bicamis.

Ne deriva che in concreto non si sono forniti elementi idonei a far ritenere che le condizioni tecniche necessarie per il riuso del fresato d'asfalto nel processo siano pienamente soddisfatte; e questo non senza considerare che l'operazione di recupero deve avvenire in loco, senza necessità di stoccaggio o deposito, modalità operativa che nella specie non è possibile rilevare come sussistente.

Se così è, la valutazione negativa data dalla Commissione in sede di verifica di anomalia appare fondata, non risultando ragionevolmente accoglibili le giustificazioni di CISAF dirette ad affermare l'esistenza di un minor costo per il mancato conferimento in discarica del prodotto proveniente dalla demolizione del manto d'asfalto.e non risultando contestualmente convincenti le modalità di riuso del fresato d'asfalto, sicché non è possibile fondatamente invocare, da parte di CISAF, l'espunzione di tale voce di spesa

Parte appellante inoltre deduce altri due ordini di doglianze, così riassumibili:

- a) sarebbe stata posta in essere da parte di ANAS una sorta di disparità di trattamento in relazione all'impresa ICMB, che relativamente alla questione del fresato d'asfalto si porrebbe nella stessa posizione dell'appellante;
- b) il provvedimento espulsivo è insufficientemente e comunque contraddittoriamente motivato; e la stazione appaltante avrebbe omesso

di attivare una necessaria attività di interlocuzione con la Società appellante, che avrebbe consentito alla medesima di offrire adeguate spiegazioni e giustificazioni.

I dedotti profili di censura sono infondati.

Quanto al punto a), si tratta solo di una indimostrata ipotesi di condivisione di una tesi interpretativa sulla problematica “fresato d’asfalto” che ICMB avrebbe avuto modo di esprimere, circostanza che non ha alcuna valenza in ordine ad un procedimento di verifica dell’anomalia che è stato attivato unicamente per CISAF e senza che l’Amministrazione abbia assunto al riguardo una quale che sia determinazione nei confronti della Impresa controinteressata.

Relativamente poi al punto b), è d’uopo osservare che l’espulsione dalla gara è avvenuta a seguito del giudizio negativo reso sulle giustificazioni richieste in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta che si atteggia, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato Sez. III 19/7/2013 n.4408) come una valutazione tecnica latamente discrezionale, senza che in essa siano ravvisabili profili di illogicità o sviamento, sì che del tutto inconfigurabili si rivelano i dedotti profili di illegittimità.

In relazione al secondo aspetto di doglianza parte appellante opera poi una singolare mutazione della tipologia dei procedimenti, nel senso che con la (infondata) denuncia di omessa interlocuzione si pretende, inammissibilmente, di trasformare la verifica dell’anomalia in una sorta di soccorso istruttorio ex post, istituto che nella predetta sede procedimentale di verifica non appare applicabile, pena la

compromissione del principio della immutabilità dell'offerta (Cons. Stato Sez. V 29 aprile 2014 n. 4372).

In forza delle suesposte considerazioni l'appello, in quanto infondato, va respinto, con conferma dell'impugnata sentenza, con la precisazione che ogni altra doglianza dedotta e/o adombrata deve considerarsi assorbita e comunque non idonea a produrre un esito diverso da quello qui assunto.

Le spese e competenze relative al presente grado del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento delle spese e competenze del presente grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila /00) di cui 5.000,00 in favore di ANAS e altre 5.000,00 in favore d I.C.M.B s.a.s. di Sammarco Francesco e C

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Michele Corradino, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2014

IL SEGRETARIO

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