

N. 01088/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01622/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1622 del 2011, proposto da:

Avr Spa, in proprio e come capogruppo mandataria dell'ATI con S.A.P.I. S.r.l., , rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Francesco Toscano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Mauro Ballerini in Brescia, Viale della Stazione n. 37;

contro

Comune di Rodengo-Saiano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Giampaolo Sina, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via Armando Diaz n. 9;

nei confronti di

Aprica Spa, Bi.Co Due Srl, rappresentate e difese dagli avv.ti Vito e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE IN DATA 14/11/2011 N. 173,
RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA

CONTROINTERESSATA DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA ED AMBIENTALE;

- DELLA NOTA IN DATA 15/11/2011, RECANTE LA COMUNICAZIONE DELL'ATTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA;

- DEGLI ATTI DI GARA, NELLA PARTE IN CUI HANNO CONSENTITO L'AMMISSIONE DEL RTI VINCITORE;

- DELLA NOTA DI CHIARIMENTI SUL CRITERIO DI ATTRIBUZIONE PUNTEGGI N. 4;

- DEGLI ATTI E DEI VERBALI CHE HANNO MANCATO DI ATTRIBUIRE AL RTI AVR 12 PUNTI PER L'OFFERTA TECNICA N. 4;

- DELLA NOTA 15/11/2011, CHE HA DISATTESO L'ISTANZA DI RIESAME;

- DEL DINIEGO ESPRESSO IL 5/12/2011 IN RELAZIONE ALL'INFORMATIVA EX ART. 243-BIS;

- DI OGNI ALTRO ATTO PREORDINATO, PRESUPPOSTO, CONSEGUENZIALE E/O CONNESSO.

e la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO CONSEGUENTE ALL'EMANAZIONE DELL'ATTO IMPUGNATO, IN FORMA SPECIFICA MEDIANTE SUBENTRO O PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune e delle controinteressate;

Visto il ricorso incidentale da Aprica Spa e Bi.Co Due Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto – della durata di 6 anni per una base d'asta di 2.760.000 € compresi gli oneri per la sicurezza – per l'affidamento del servizio di igiene urbana ed ambientale e servizi complementari.

All'esito del confronto comparativo l'appalto veniva aggiudicato al raggruppamento controinteressato, mentre l'ATI ricorrente si piazzava al secondo posto.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. b), c) e m-ter) del D. Lgs. 163/2006, del punto 2 lett. b), c), o) del disciplinare di gara, oltre ai sottopunti b.3, b.4, b.5 di pag. 10, in quanto Aprica ha omesso:

- di indicare i due direttori tecnici (Paolo Angeloni e Paolo Alberto Avanzi) tenuti a comprovare i requisiti di moralità professionale, i quali risultano entrambi assumere detta qualifica nell'attestazione SOA in corso di validità (doc. 5);
- di dare conto di altri soggetti "apicali" tenuti a rendere la dichiarazione, quali i rappresentanti legali della controllante A2A Spa;
- di specificare, tra i soggetti apicali, quelli che ricoprono la carica di responsabile tecnico;
- di annoverare altri soggetti apicali, ossia i procuratori Paolo Angeloni, Paolo Alberto Avanzi, Fabio Mario Verardi, Renato Pennacchia, malgrado i loro ampi poteri (tenuto conto che due di essi sono anche formalmente direttori tecnici);

b) Violazione degli artt. 71 e 83 del Codice dei contratti, dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del chiarimento al

quesito n. 5 di cui alla nota del 31/8/2011, con la quale – sul criterio di attribuzione punteggi n. 4 – è stato puntualizzato che il periodo minimo di riferimento per la valutazione della percentuale di RD (percentuale media di raccolta differenziata su un Comune con popolazione residente pari o superiore a 10.000 abitanti) è pari ad un anno.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, formulando eccezioni in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

Con ricorso incidentale depositato il 10/1/2012 l'ATI resistente lamenta la mancata esclusione del raggruppamento ricorrente dalla procedura selettiva.

I motivi dedotti sono i seguenti:

- Violazione degli artt. 2.3 lett. b) e 5 del disciplinare di gara per omessa attestazione di tutti i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti (esperienza gestionale nei servizi analoghi a quelli dell'appalto nel triennio 2008-2009-2010);
- Violazione dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, poiché il già limitato ed incompleto requisito è stato dato in avvalimento dalla mandante alla mandataria, per l'esperienza maturata nel Comune di Guardiagrele;
- Violazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e dell'art. 4 del D.L. 138/2011, dato che la mandante SAPI è socio privato di minoranza al 49% (non individuato con gara ma con trattativa privata) della Società pubblica Pulchra alla quale il Comune di Vasto (titolare al 51%) ha concesso in affidamento diretto il servizio di igiene ambientale; al contempo la mandante (per attestare i requisiti di capacità tecnica) ha prodotto in gara l'elenco dei servizi erogati a favore di una Società in house (Ecolan) con la quale intercorre un rapporto caratterizzato da numerose proroghe equivalenti ad affidamento diretto (in quanto superiori a 6 mesi).

Con ordinanza n. 65, adottata nella Camera di consiglio del 26/1/2012, questo Tribunale ha motivatamente respinto la domanda incidentale di

sospensione dei provvedimenti impugnati, mentre il Consiglio di Stato, con ordinanza resa in data 27/3/2012 n. 1273 ha accolto l'appello, limitatamente all'esigenza di una rapida fissazione dell'udienza di merito.

Alla pubblica udienza del 23/5/2012 il ricorso introduttivo ed il gravame incidentale venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

L'ATI ricorrente censura l'aggiudicazione al raggruppamento controinteressato della gara indetta dal Comune di Rodengo Saiano per l'affidamento (per 6 anni) del servizio di igiene urbana ed ambientale e servizi complementari. Con ricorso incidentale l'ATI dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione delle Società ricorrenti dalla procedura competitiva.

1. Alla luce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 il Collegio deve esaminare anzitutto il gravame incidentale, di natura paralizzante, poiché il suo accoglimento determinerebbe l'improcedibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

2. Sotto un primo profilo il raggruppamento controinteressato lamenta la violazione degli artt. 2.3 lett. b) e 5 del disciplinare di gara per omessa attestazione di tutti i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti (esperienza gestionale nei servizi analoghi a quelli dell'appalto nel triennio 2008-2009-2010). Osserva che l'art. 3 del capitolato elenca puntualmente i servizi oggetto dell'appalto, mentre le 2 attestazioni prodotte in gara afferiscono soltanto ad igiene urbana, compreso spazzamento e lavaggio strade, pulizia mercati, parcheggi e aree pubbliche, svuotamento cestini, porta-a-porta (per AVR mandataria) e a porta-a-porta di organico, carta, plastica, residuo, differenziata stradale, spazzamento, lavaggio strade e bagni pubblici (per SAPI mandante): pertanto non risultano contemplati la raccolta RSU (indifferenziata) con cassonetti stradali, la raccolta RSU (indifferenziata) con controllo accessi tramite calotta volumetrica, lo

smaltimento rifiuti presso impianto di bacini e di cabotaggio, il trasporto e smaltimento di farmaci scaduti presso impianti di recupero, la raccolta degli ingombranti con trasporto presso il centro di raccolta, l'allestimento, presidio e gestione dei centri di raccolta (e trasporto agli impianti di destino).

La censura è priva di pregio.

2.1 La prescrizione invocata è introdotta al par. 2.3 del disciplinare di gara, che enuclea i requisiti di ordine speciale afferenti alla capacità tecnico organizzativa. La lett. b) così si esprime: “Per servizi analoghi a quelli del presente appalto, attestazione di aver gestito con buon esito, nel triennio 2008-2009-2010, almeno un Comune con popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti”. Era in particolare necessario produrre una dichiarazione dei Comuni circa il regolare svolgimento del servizio dell'impresa.

2.2 Come già affermato da questo Tribunale il concetto di servizio analogo deve essere inteso non come identità ma come similitudine tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già attivi sul mercato ma al contrario l'apertura alla concorrenza attraverso l'ammissione alle gare di tutti gli operatori economici per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I – 12/6/2009 n. 1204; sez. II – 10/6/2010 n. 2304).

Peraltro in presenza di un servizio complesso e delicato – per il quale occorre sviluppare una capacità organizzativa e di coordinamento di prestazioni di differente tipologia – è ragionevole ritenere che la stazione appaltante abbia inteso rimettere alla Commissione di gara l'accertamento della sussistenza della capacità professionale del soggetto che ha partecipato alla procedura di selezione: ad essa era demandata una valutazione discrezionale dell'esperienza maturata in attività analoghe (tesa a selezionare tra i concorrenti coloro che risultano particolarmente qualificati sotto il

profilo tecnico-finanziario), con l'apprezzamento dei servizi prestati e la loro comparazione rispetto a quelli specificamente richiesti (cfr. sentenza sez. II – 31/8/2011 n. 1290). La decisione conclusiva dell'amministrazione può sicuramente essere sindacata quando illogica, abnorme e contraddittoria, ma nel caso di specie il Collegio non ravvisa tali condizioni.

2.3 Come risulta dalla dichiarazione resa da Eco.Lan. S.p.a. (doc. 5 ATI controinteressata) la mandante SAPI S.r.l. ha gestito dal 2002 (in ATI con altre imprese sviluppando competenze per una percentuale del 98% del totale) i servizi di raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti urbani ed assimilati, nonché la raccolta differenziata di carta, plastica, imballaggi in alluminio, pile e farmaci, rifiuti ingombranti, frazione organica (porta-a-porta e stradale), manutenzione, lavaggio e igienizzazione contenitori, spazzamento manuale e meccanizzato delle strade. Le attività svolte “in via principale” (e dunque non esclusiva) negli anni 2008-2009-2010 sono riportate di seguito nella predetta dichiarazione ed investono in effetti il servizio porta-a-porta di umido, carta, plastica, vetro, residuo, la raccolta differenziata stradale e lo spazzamento. La gestione ha dunque abbracciato nel tempo tutte le differenti tipologie di raccolta rifiuti, anche se l'ultimo triennio ha conosciuto lo sviluppo del recupero dei rifiuti con i metodi della “differenziata” e del porta-a-porta, alimentato nel nostro paese dalla maturazione di una spiccata sensibilità a favore dell'ambiente e dell'ecosistema. Ciò non ha evidentemente escluso (secondo il tenore della dichiarazione) le attività nei settori tradizionali di raccolta. Per quanto riguarda A.V.R. la dichiarazione di Pisamo S.p.a. (doc. 4 resistente) contempla i servizi di igiene urbana (spazzamento e lavaggio stradale, pulizia di mercati, parcheggi e aree pubbliche, svuotamento cestini, porta-a-porta, bonifiche e cancellazione scritte).

2.4 In buona sostanza l'elenco delle attività per le quali le ricorrenti sono prive di esperienza deve essere ridimensionato, poiché risultano eseguite sia

la raccolta indifferenziata tradizionale sia la raccolta degli ingombranti, mentre l'avvio allo smaltimento è ordinariamente correlato alla raccolta poiché il rifiuto recuperato deve necessariamente confluire presso Centri autorizzati (cfr. memoria ATI ricorrente 26/1/2012). Restano escluse la raccolta RSU (indifferenziata) con controllo degli accessi tramite calotta volumetrica (poiché la dichiarazione di Eco.Lan è sul punto generica) e l'allestimento, presidio e gestione dei centri di raccolta. Mentre nel primo caso si assiste evidentemente ad una specificazione del servizio di raccolta indifferenziata (e la sua mancanza non può da sola integrare una lacuna insanabile) per il secondo parte ricorrente ha invocato il precedente di questa Sezione 27/5/2010 n. 2161 (confermato dal Consiglio di Stato, sez. V – 24/11/2011 n. 6239). Ad avviso del Collegio la fattispecie in esame mantiene una propria connotazione autonoma in quanto la lex specialis di gara fa unicamente riferimento a “servizi analoghi” (e non “identici” come nel caso dell'altra controversia), ed il Centro di raccolta rappresenta una frazione sostanzialmente poco significativa delle prestazioni da erogare (parte ricorrente ha dato conto di una cifra di € 120.000 su complessivi € 2.760.000). Alla luce di ciò e di fronte ad una situazione suscettibile di letture differenziate, appare corretto privilegiare il principio generale di ampia partecipazione alle gare d'appalto, nell'ottica del “favor” dell'ordinamento europeo e nazionale per la massima concorrenza.

3. Con ulteriore censura l'ATI controinteressata si duole della violazione dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, poiché il già limitato ed incompleto requisito è stato dato in avvalimento dalla mandante alla mandataria per l'esperienza maturata nel Comune di Guardigrele, rispetto alla quale manca qualsiasi riferimento ad attività di raccolta RSU, smaltimento e trasporto, oltre alle altre necessarie. Osserva inoltre che il mandatario deve vantare la prevalenza dei requisiti partecipativi ai sensi dell'art. 275 del regolamento del Codice dei contratti e ciò non si registra nel caso di specie.

Dette asserzioni sono prive di fondamento.

3.1 Già si è osservato al par. 2.3 come la mandante SAPI S.r.l. abbia maturato un'esperienza generale sufficiente a garantire la “copertura” delle parti fondamentali dell'attività rientrante nell'oggetto della gara. Infatti se è vero che la capacità tecnica dimostrata con il contratto sottoscritto con il Comune di Guardigrele non si estende all'intera gamma di servizi elencati dalla lex specialis, il giudizio di affidabilità deve tuttavia riguardare l'ATI nel suo complesso, e al suo interno appunto SAPI ha indubbiamente maturato un'esperienza diffusa anche nelle prestazioni non direttamente contemplate dal contratto di avvalimento.

3.2 Per il resto osserva il Collegio che l'avvalimento è un istituto di applicazione generale, individuato dalla giurisprudenza comunitaria (v. Corte di Giustizia – Sez. V, 2 dicembre 1999 C-176/98 Holst), codificato dall'art. 48 commi 3 e 4 della Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, e ripreso nell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006. In base ad esso gli operatori economici utilizzano requisiti e risorse appartenenti ad altri imprenditori che agiscono nell'ambito della stessa area di mercato. Il comma 1 stabilisce infatti che “Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”. In termini generali l'impresa “ausiliaria” permette al soggetto che ne sia privo di concorrere alla gara provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 3/12/2009 n. 7592; sez. VI – 18/9/2009 n. 5626): un'impresa può quindi ricorrere alle referenze tecniche, organizzative economiche e finanziarie di un altro soggetto economico al fine di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una

selezione pubblica. Il legislatore ha in definitiva concepito la figura in esame associandola alla specifica ed individuata tipologia di attività che costituisce l'oggetto dell'appalto, per cui nell'ambito del lavoro, fornitura o servizio da affidare l'impresa concorrente beneficia della capacità vantata da altri operatori e colma il deficit che le impedirebbe di prendere parte al confronto comparativo (cfr. sentenza Sezione 5/5/2010 n. 1675, che non risulta appellata).

3.3 Nell'ambito del raggruppamento temporaneo la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 29/12/2010 n. 9577) ha osservato che la legislazione vigente fissa in tema di A.T.I. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che deve essere posseduta da ciascun componente, ma la disciplina non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto comunitario che non pone vincoli quantitativi né qualitativi, consentendolo espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese. Pertanto la disciplina nazionale va interpretata non solo nel senso che anche nell'ambito di un'A.T.I. è ammesso l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'A.T.I. deve possedere (anche quelli richiesti dalla legge per il singolo mandante o mandatario) può essere dimostrata mediante ricorso a tale meccanismo.

3.4 In buona sostanza l'art. 49 comma 8 del Codice dei contratti pubblici (secondo cui non è consentito, a pena di esclusione, che partecipino alla gara sia l'impresa ausiliaria sia l'impresa che si avvale dei requisiti) va interpretato alla stregua della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, per i settori ordinari; artt. 53 e 54 della Direttiva 2004/17/CE, per i settori speciali) e va inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'ausiliaria alla medesima gara solo allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, e non

quando esse facciano capo ad un medesimo centro d'interessi (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I – 8/2/2010 n. 268 confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato 9577/2010 sopra citata).

4. Con ulteriore doglianza l'ATI controinteressata sostiene la violazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e dell'art. 4 del D.L. 138/2011, dato che la mandante SAPI è socio privato di minoranza al 49% (non individuato con gara ma con trattativa privata) della Società pubblica Pulchra alla quale il Comune di Vasto (titolare al 51%) ha concesso in affidamento diretto il servizio di igiene ambientale; in secondo luogo la mandante (per attestare i requisiti di capacità tecnica) ha prodotto in gara l'elenco dei servizi erogati a favore di una Società in house (Eco.Lan) con la quale intercorre un rapporto caratterizzato da numerose proroghe equivalenti ad affidamento diretto (in quanto superiori a 6 mesi).

La doglianza non è suscettibile di positivo apprezzamento.

4.1 Anzitutto occorre sottolineare che la disposizione applicabile “ratione temporis” alla fattispecie controversa è l'art. 23-bis del D.L. 112/2008. Infatti il D.P.R. dichiarativo dell'effetto abrogativo (n. 113 del 18/7/2011) è stato pubblicato il 20/7/2011 in Gazzetta Ufficiale (ai sensi dell'art. 37 della L. 352/70) ed è divenuto operativo dal giorno successivo. Pertanto l'articolo suddetto resta applicabile alla vicenda esaminata alla luce del principio “tempus regit actum”, dato che il bando di gara (adempimento che sottopone la competizione alle regole vigenti in quel preciso momento) è stato pubblicato in data anteriore (15/7/2011).

4.2 L'art. 23-bis del D.L. 25/6/2008 n. 112 conv. in L. 6/8/2008 n. 133, come modificato dal D.L. 25/9/2009 n. 135 conv. in L. 20/11/2009 n. 166, dispone al comma 9 che “Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi

pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”. Nella parte finale la disposizione puntualizza che “I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

L'inciso riferito alla prima gara cui è legittimato a partecipare anche l'affidatario diretto – nel testo riformulato nel 2009 – ha lo scopo di abilitare il gestore uscente a partecipare alle procedure selettive espletate dalle stazioni appaltanti (su tutto il territorio nazionale) per l'affidamento del medesimo servizio mediante il ricorso al mercato, superando l'ostacolo derivante dal fatto che in quel momento l'impresa che intende concorrere risulta essere ancora affidataria diretta (sentenza Sezione 17/12/2010 n. 4860). Nella fattispecie non è controverso che la procedura competitiva indetta dal Comune di Rodengo Saiano sia la “prima gara” che consegna il servizio al mercato.

4.3 Ritiene poi il Collegio che la fattispecie in esame sia connotata da obiettivi elementi di peculiarità.

Da un lato è vero infatti che SAPI è stata individuata quale socio privato senza una procedura ad evidenza pubblica vera e propria, e tuttavia l'espletamento della procedura negoziata non ha sottratto del tutto la ricerca del partner da una esplorazione comparativa condotta sul mercato.

Al contempo si registra un solo ed unico affidamento diretto ad Eco.Lan Spa, e rispetto allo stesso è stata avviata una procedura ad evidenza pubblica; infine SAPI ha dato conto del tentativo di sciogliersi dal contratto – rifiutando il conferimento in proroga – al quale Eco.Lan Spa ha risposto negativamente per l'impossibilità di interrompere un servizio pubblico prima della conclusione della selezione in corso (cfr. doc. 14 e 15). Pertanto ricorre quella situazione di originalità ed eccezionalità evocata al par. 5.8 della sentenza n. 939/2011 di questa Sezione (confermata dal Consiglio di Stato, anche se è noto soltanto il dispositivo n. 2441/2012). Il semestre è stato ritenuto la soglia massima ragionevolmente accettabile per una proroga, e tuttavia un isolato prolungamento, l'avvenuta indizione della gara e la condotta intrapresa dalla Società (che ha cercato sia pur inutilmente di svincolarsi dal rapporto) rendono tale situazione non ostativa alla partecipazione alla “prima gara”.

5. Passando all'esame del gravame introduttivo, deve essere anzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse formulata dalle controinteressate, poiché il ricorso è stato notificato (in data 14/12/2011) quando era già estinta (per scadenza contrattuale) la cauzione provvisoria, con conseguente impossibilità per l'ATI ricorrente di diventare aggiudicataria. E' evidente che l'adesione alla tesi esposta condurrebbe all'inaccettabile conseguenza di negare la tutela giurisdizionale avverso la generalità dei provvedimenti di aggiudicazione, poiché il tempo necessario per predisporre il ricorso e discuterlo (in sede cautelare ed eventualmente all'udienza di merito) comporta la naturale scadenza (e l'estinzione) delle polizze fidejussorie preordinate a garantire la serietà della partecipazione alla competizione. In proposito poi è sufficiente osservare che la proposizione del presente ricorso è finalizzata in via principale ad ottenere l'aggiudicazione a proprio favore, ed è così comunque confermato l'interesse delle imprese seconde classificate ad ottenere l'appalto, mentre

l'amministrazione è adeguatamente tutelata con (l'eventuale) cauzione definitiva.

6. Con una prima articolata censura il raggruppamento ricorrente lamenta la violazione, sotto differenti profili, dell'art. 38 comma 1 lett. b), c) e m-ter) del D. Lgs. 163/2006, del punto 2 lett. b), c) o) del disciplinare di gara oltre ai sottopunti b.3, b.4, b.5 di pag. 10.

La censura non è passibile di positivo scrutinio.

6.1 Questa Sezione (cfr. da ultimo sentenza 23/1/2012 n. 99) ha aderito all'orientamento giurisprudenziale favorevole – in difetto di esplicite previsioni escludenti in base alla *lex specialis* – ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione, nella considerazione che il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analogo sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione, da cui discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporta, “*ope legis*”, l'effetto espulsivo (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 24/11/2011 n. 6240). Quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la “*lex specialis*” non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di “falso innocuo”, come tale non suscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 31/12/2010 n. 39288; Consiglio di Stato, sez. V – 24/3/2011 n. 1795, che richiamano l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE).

Il richiamo alle suindicate considerazioni già depotenzia le prospettazioni di

parte ricorrente.

6.2 Nello specifico poi Aprica avrebbe omesso di indicare i due direttori tecnici (Paolo Angeloni e Paolo Alberto Avanzi) – tenuti a comprovare i requisiti di moralità professionale – i quali risultano entrambi assumere la qualifica nell’attestazione SOA in corso di validità (doc. 5): secondo A.V.R. Spa oltre al Codice dei contratti anche il disciplinare di gara ribadiva l’obbligo dei direttori tecnici di rendere la dichiarazione dietro espressa comminatoria di esclusione; nè la proposizione “o” (all’art. 38) avrebbe valenza disgiuntiva/alternativa, poiché contrasterebbe con la lettera e la ratio della stessa disposizione (in tal modo i partecipanti sceglierebbero – tra amministratori muniti del potere di rappresentanza e direttori tecnici – per quale categoria rendere le dichiarazioni, con elusione del precetto normativo).

Dall’esame della visura camerale (doc. 14 controinteressata) si deduce che Paolo Angeloni e Paolo Alberto Avanzi sono solo procuratori speciali con competenza limitata al settore della sicurezza, igiene, prevenzione e protezione nei luoghi di lavoro (il secondo con l’incarico di “datore di lavoro” ai sensi delle norme in materia) con poteri di spesa circoscritti a tale ambito.

L’A.T.I. controinteressata ha fatto presente che Aprica è priva di direttori tecnici ed agisce attraverso procuratori speciali (cfr. visura ordinaria - doc. 14) ai quali sono assegnate mansioni specifiche, mentre il soggetto titolare di poteri direttivi è l’amministratore delegato Fulvio Roncari. In effetti i soggetti evocati svolgono un’attività essenzialmente interna all’organizzazione aziendale, attinente alla sicurezza del personale dipendente. A fronte di ciò il Collegio condivide la tesi espressa dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 523/2007, in cui si legge che: “La ratio legis è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un

significativo ruolo decisionale e gestionale. Occorre avere riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata.”. In applicazione di tale principio, i soggetti in questione non potevano ritenersi obbligati alla dichiarazione di cui all’art. 38 del D. Lgs. 163/06, per lo specifico ambito di attività nell’azienda cui ineriscono i poteri suddetti. Diversamente opinando verrebbe sacrificato il principio di certezza dell’azione amministrativa, che in un ambito così delicato come quello delle ipotesi di esclusione deve erigersi a criterio ispiratore delle decisioni della stazione appaltante.

Né può essere invocata l’attestazione SOA la quale – richiesta nell’ambito degli appalti di lavori e dunque per contesti estranei all’oggetto della gara – ha un’efficacia certificativa del possesso di determinati requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, al fine di garantire qualità, professionalità e correttezza dei soggetti esecutori di lavori pubblici (art. 40 del D. Lgs. 163/2006). Anche il sistema di qualificazione delineato dal D.P.R. 5/10/2010 n. 207 è strutturato per categorie e classifiche (artt. 60 e ss.) ed il sistema di qualità aziendale è riferito agli aspetti gestionali dell’impresa nel suo complesso (art. 63). In buona sostanza l’attività degli organismi incaricati (SOA) è orientata comprovare un livello standard di qualità dell’impresa, senza che la funzione certificatrice si estenda alle qualifiche delle persone fisiche chiamate a rappresentarla. Del resto è verosimile che il modello utilizzato dagli organismi autorizzati contempli un certo numero di voci predefinite, alle quali non può essere automaticamente ricondotto un preciso significato tecnico-giuridico senza ulteriori approfondimenti di tipo sostanziale, con la verifica dei poteri che in concreto le disposizioni statutarie attribuiscono alle figure di vertice.

6.3 Non era necessario dare conto di ulteriori soggetti “apicali” non previsti testualmente dalla lex specialis di gara. A2A Spa è in particolare indicata

direttamente nell'invocata visura della Camera di Commercio (pagg. 16-18) come "procuratore speciale" di Aprica con una serie di poteri di rappresentanza i quali tuttavia vengono demandati ad pluralità di figure non specificamente individuate. Sembra pertanto scorretto accedere ad un'interpretazione estensiva dell'art. 46 rispetto ad un numero indefinito di dirigenti non contemplati direttamente dal disciplinare di gara. Analogo ragionamento vale per la figura del responsabile tecnico: se è vero che la giurisprudenza recente sottolinea la sovrapposibilità (negli appalti di servizi) dell'incarico con le mansioni del direttore tecnico, la *lex specialis* limitava testualmente l'obbligo della dichiarazione al primo, individuato nella visura della C.C.I.A.A. nell'amministratore delegato Fulvio Roncari, direttore delle attività tecnico-produttive degli stabilimenti. Gli ulteriori soggetti apicali evocati (i procuratori speciali Fabio Mario Verardi e Renato Pennacchia, esercitano i loro poteri in materia di sicurezza, igiene del lavoro e tutela dell'ambiente, e per essi valgono le considerazioni già svolte ai paragrafi che precedono.

6.4 Il Collegio è dell'opinione che anche sotto altro profilo non sia possibile accedere alla tesi di parte ricorrente. Con l'entrata in vigore dell'art. 46 comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 4 comma 2 lett. d) del D.L. 13/5/2011 conv. in L. 12/7/2011 n. 106, è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto: in base alla novella legislativa, deve ritenersi illegittima la mancata ammissione di una ditta da una procedura selettiva per una circostanza che non costituisce motivo di esclusione in virtù di una precisa disposizione di legge (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 8/3/2012 n. 2308, che ha censurato l'esclusione di una ditta che aveva prestato la cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria avente come beneficiario un soggetto diverso dalla stazione appaltante; sul medesimo presupposto, anche il Consiglio di Stato – sez. III – 1/2/2012 n. 493 – ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione

dalla gara di un'impresa che aveva presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto per poter concorrere all'assegnazione di più lotti).

Più precisamente secondo il nuovo testo del citato art. 46 la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Queste cause di esclusione sono tassative ed ogni altra prescrizione prevista dagli atti di gara deve considerarsi nulla (cd. nullità testuale - T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 15/12/2011 n. 9791).

6.5 Come già accennato il bando è stato pubblicato il 15/7/2011 e pertanto il principio di tassatività delle cause di esclusione è applicabile alla fattispecie in esame. Nel caso di specie l'illegittimità dell'ammissione si fonderebbe sull'omessa dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici ad opera di alcuni soggetti: si tratta di ipotesi che, di per sé, non è prescritta quale causa di esclusione dal medesimo art. 38 comma 2 (a differenza delle ipotesi del comma 1 che investe ipotesi concrete in cui sussistono le cause di esclusione - cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I – 20/2/2012 n. 134). In definitiva la dichiarazione sostitutiva attestante l'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38 – già presentata in gara da alcuni rappresentanti della

Società ricorrente – può essere positivamente valutata, salva la possibilità di esigere ex post un'integrazione riguardante altri soggetti (procuratori speciali, responsabile tecnico, etc.).

In conclusione il profilo è infondato e deve essere respinto.

7. Con ulteriore censura l'ATI ricorrente lamenta la violazione degli artt. 71 e 83 del Codice dei contratti, dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del chiarimento di cui al quesito n. 5 della nota del 31/8/2011 con la quale – sul criterio di attribuzione punteggi n. 4 – è stato puntualizzato che il periodo minimo di riferimento per la valutazione della percentuale di RD (percentuale media di raccolta differenziata su un Comune con popolazione residente pari o superiore a 10.000 abitanti) è pari ad un anno. Sostiene in particolare che:

- detta indicazione ha integrato la regola di gara in modo inammissibile, in quanto il periodo annuale di riferimento per la percentuale di raccolta differenziata non trova alcun riscontro nella documentazione a base di gara (bando, disciplinare, capitolato);
- occorre una “errata corrige” o la rettifica del disciplinare con le stesse forme previste per la prima approvazione;
- in mancanza del chiarimento (e del limite indebitamente introdotto ad 1 anno) il raggruppamento cui appartiene A.V.R. avrebbe avuto 10 punti in più, poiché ad Albino la raccolta differenziata è stata superiore al 70% in un periodo di 4 mesi e mezzo (con 2 punti riconosciuti in luogo di 12, grazie ai quali avrebbe vinto la gara);
- il chiarimento è risultato anche tardivo perché l'RTI non ha potuto modificare l'offerta tecnica calibrandola su elementi diversi, ovvero associarsi ad altro soggetto economico in possesso di un'esperienza pregressa adeguata.

A prescindere dall'eccezione in rito formulata dall'ATI controinteressata, la prospettazione non merita condivisione.

7.1 Il Comune ha dato conto della circostanza per cui i chiarimenti (pubblicati sul sito internet dell'amministrazione il 31/8/2011) sono stati comunicati via fax alla ricorrente in data 1/9/2011, mentre A.V.R. ha presentato la propria offerta il 9/9/2011, con tre giorni di anticipo rispetto al termine ultimo del 12/9/2011.

Sotto un primo versante appare manifesta la ragionevolezza ed appropriatezza della previsione enucleata "a posteriori", capace di valorizzare – in un appalto della durata di 6 anni – un periodo minimo di erogazione del servizio tale da rendere l'esperienza acquisita dotata di un "minimum" di significatività. Detta precisazione appariva in altri termini dovuta in quanto – diversamente opinando – la stazione appaltante avrebbe dovuto attribuire il massimo punteggio (10 punti) a coloro che avessero svolto il servizio (superando la percentuale del 70%) anche in una sola settimana ovvero in pochi giorni, in conformità alla lettera (originaria) della *lex specialis*.

7.2 Il Collegio conosce l'orientamento secondo il quale l'integrazione del bando di gara e della relativa disciplina può provenire soltanto dall'organo competente ad indire la gara medesima e nelle stesse forme, per cui è illegittima l'integrazione delle clausole del bando mediante risposte ai chiarimenti resi ai concorrenti, che possono esclusivamente precisare e meglio delucidare le previsioni della *lex specialis* (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 24/3/2011 n. 1659).

Tuttavia la ratio del principio evocato risiede essenzialmente nell'esigenza di tutelare il principio di par condicio tra concorrenti e di pubblicità, presidiati dalla certezza delle regole di gara divulgate per un lasso temporale idoneo. Nella fattispecie il chiarimento non ha però introdotto un nuovo requisito (susceptibile di restringere o allargare la platea degli aspiranti all'aggiudicazione dell'appalto) ma ha puntualizzato l'arco temporale minimo susceptibile di apprezzamento per accedere al punteggio correlato

al parametro della percentuale media di raccolta differenziata (in un Comune di popolazione superiore a 10.000 abitanti). Pertanto non si è trattato di un'innovazione radicale ma di una delucidazione limitata ad un aspetto dei criteri di aggiudicazione, che nella formulazione di base avrebbe procurato difficoltà applicative.

7.3 Sotto un diverso profilo il chiarimento è stato reso con un anticipo di 12 giorni rispetto alla scadenza, e a distanza di 46 giorni dalla pubblicazione del bando. Se non è stata messa in discussione la parità di trattamento tra i differenti concorrenti, parte ricorrente ha insistito per l'inadeguatezza del termine concesso.

Il Collegio è dell'avviso che la novella – che trova spiegazione come già sottolineato nell'esigenza di premiare una professionalità maturata in un congruo periodo – non abbia creato ostacoli alla formulazione dell'offerta, in quanto il tempo concesso (due settimane lavorative) ha permesso agli aspiranti concorrenti di verificare la possibilità di associarsi ovvero di rimeditare la strategia sottesa alla proposta. In particolare l'attenzione si è dovuta focalizzare su un unico aspetto (durata della raccolta differenziata), con ampia possibilità di vagliare la disponibilità di altre imprese del settore ad unire le forze per una partecipazione congiunta. L'asserzione è avvalorata dalla stessa presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento ricorrente, avvenuta con 3 giorni d'anticipo rispetto al termine di scadenza. In conclusione la stazione appaltante ha privilegiato il principio di economicità senza interferire in modo eccessivo nella sfera di libertà imprenditoriale dei concorrenti, che hanno potuto compiere le scelte ritenute più opportune in una sufficiente frazione temporale.

Il gravame introduttivo è pertanto infondato e deve essere respinto, e con esso la domanda risarcitoria.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- a) respinge il ricorso incidentale;
- b) respinge la domanda caducatoria proposta con il gravame introduttivo;
- c) respinge l'istanza di risarcimento del danno.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2012

IL SEGRETARIO

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