

N. 00909/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00308/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 308 del 2012, proposto da:

Ditta Tundo Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari n. 17;

contro

il Comune di Olbia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Sabrina Serusi, con domicilio eletto presso l'avv. Luisa Armandi in Cagliari, via Cugia n. 14;

nei confronti di

Sicurezza ed Ambiente SpA, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Leo, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari n. 17;

per l'annullamento

- della determinazione n. 119 del 31.03.2012 del Dirigente del Settore Polizia Locale del Comune di Olbia, con la quale si è proceduto all'aggiudicazione definitiva, in favore della ditta Sicurezza e Ambiente

S.p.A., della gara per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali;

- della determina di aggiudicazione provvisoria n. 6 del 17.01.2012 del Dirigente del Settore Polizia Locale del Comune di Olbia;

- dei verbali della Commissione di gara e della graduatoria finale;

- della nota dirigenziale prot. 30754 del 31.03.2012, recante comunicazione dell'esito della procedura di gara;

- del Bando di gara per l'affidamento del servizio *de quo*; del Capitolato Speciale e di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

nonché,

per la declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto (o convenzione di servizio) sottoscritto tra le P.A. e il soggetto affidatario del servizio *de quo*, ove intervenuto;

e per il risarcimento dei danni subiti e *subendi* dalla società ricorrente

ovvero,

per il subentro, nell'ipotesi di sottoscrizione del contratto con Sicurezza e Ambiente S.p.A. .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Olbia e di Sicurezza ed Ambiente SpA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2012 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Giuseppe Mormandi per la parte ricorrente, l'avv. Sabrina Serusi per il Comune di Olbia e l'avv. Giuseppe Leo per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In data 20 ottobre 2011 il Comune di Olbia indiceva una gara aperta, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, *“per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità delle strade comunali e aree di pertinenza interessate da incidenti stradali”*, senza oneri a carico dell'Amministrazione, consistendo il corrispettivo per il servizio prestato dall'impresa aggiudicataria nelle somme versate dai responsabili dei sinistri stradali, per il tramite delle loro Assicurazioni R.C.A.

A conclusione della procedura, con determinazione n. 119 del 31 marzo 2012, il Dirigente del Settore Polizia Locale del Comune di Olbia disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della Sicurezza e Ambiente S.p.A., odierna controinteressata, la quale aveva conseguito un punteggio pari a 91, a fronte del punteggio di 63 punti ottenuto dalla ricorrente.

2. Con il ricorso in esame, regolarmente notificato e depositato, la Ditta Tundo s.r.l. chiede l'annullamento dell'aggiudicazione, nonché degli ulteriori atti indicati in epigrafe, deducendo un unico, articolato, motivo di diritto rubricato come *“violazione degli artt. 6 e 7 del Bando di Gara – violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza e par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica – violazione degli artt. 34 e 37 Codice Contratti – Violazione dell'art. 38 Codice Contratti – Violazione dell'art. 97 Costituzione”*.

Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla P.A. con l'impresa affidataria o il subentro nel medesimo, nonché – in alternativa al subentro - il risarcimento dei danni subiti e *subendi*.

3. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Olbia, chiedendo che il ricorso sia respinto.

4. Si è costituita anche la controinteressata, Sicurezza e Ambiente S.p.A., chiedendo in via preliminare che il ricorso sia dichiarato inammissibile o irricevibile per la mancata tempestiva impugnazione delle clausole del

bando che consentivano la presentazione di un'offerta del tipo di quella formulata da Sicurezza e Ambiente, e concludendo, nel merito, per il rigetto del ricorso.

5. Con ordinanza n. 177/2012, in data 6 giugno 2012, la Sezione ha fissato l'udienza per la discussione del merito, ai sensi dell'art. 119, comma 3, del codice del processo amministrativo, ordinando la sospensione della stipula del contratto fino alla pubblicazione del dispositivo all'esito dell'udienza.

6. All'udienza pubblica del 17 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Devono essere preliminarmente esaminate le questioni di irricevibilità e inammissibilità del ricorso, sollevate da Sicurezza e Ambiente S.p.A. nella memoria di costituzione.

1.1. Ritiene la controinteressata che la Ditta Tundo s.r.l., censurando come autonomamente lesivi il bando ed il capitolato speciale di gara, avrebbe dovuto impugnarli immediatamente e che, non avendo a ciò provveduto, sia incorsa nella decadenza di cui all'art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo.

Tale assunto è infondato, tenuto conto che dall'esame del ricorso non emerge alcuna domanda di annullamento di dette clausole del bando.

Sebbene, infatti, nell'epigrafe del ricorso venga chiesto (anche) l'annullamento del bando di gara (senza, peraltro, indicare specificamente le disposizioni impugnate), nella esposizione delle censure non si rinviene alcun vizio di legittimità diretto a sostenere tale domanda di annullamento.

Ed anzi la ditta ricorrente, con l'unico motivo, deduce proprio la violazione degli articoli 6 e 7 del bando di gara; in tal modo affermandone la loro applicabilità ed invocandone gli effetti. Il che esclude che la ricorrente ne chieda l'annullamento.

2. Passando al merito, va ribadito che la gara oggetto di odierno gravame

riguarda l'affidamento della concessione del servizio di *“ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità delle strade comunali e aree di pertinenza interessate da incidenti stradali”* nel territorio del Comune di Olbia, prevedendo, quale corrispettivo in favore dell'affidatario, *“unicamente (il) diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”*. Il concessionario, difatti, è delegato dal Comune a riscuotere, dalle compagnie assicuratrici dei soggetti responsabili di sinistri stradali, l'importo dovuto per gli interventi di bonifica delle sedi stradali e delle aree di pertinenza in cui siano avvenuti gli incidenti.

3. Con l'unico motivo di ricorso, la ditta Tundo s.r.l. deduce la violazione degli artt. 6 e 7 del Bando di Gara, nonché dei principi di non discriminazione, trasparenza e *par condicio* nelle procedure ad evidenza pubblica; degli artt. 34, 37 e 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 97 Costituzione.

3.1. L'articolo 6 del bando di gara dispone che *“gli operatori possono partecipare, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettere d) ed e) del d.lgs. n. 163/2006, oltre che singolarmente, anche in raggruppamento temporaneo di imprese, nel rispetto dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006. Si precisa che tutti gli operatori che sono stati ammessi alla presente fase di gara dovranno partecipare o come operatori economici singoli o, qualora intendano partecipare in Associazione Temporanea d'Imprese, potranno farlo esclusivamente associandosi con altri operatori che risultano titolari dei requisiti di ammissione previsti dall'art. 4 del presente Bando”*.

Il medesimo articolo prevede che *“in caso di aggiudicazione i soggetti assegnatari dell'esecuzione del servizio non potranno essere diversi da quelli indicati in sede di gara”*.

Il successivo articolo 7 prevede che *“non sono ammessi né il subappalto, né la cessione, anche solo parziale, del contratto”*.

3.2. Ritiene la ricorrente che la società aggiudicataria, nel prevedere la delega allo svolgimento dell'attività di bonifica dei siti ai cosiddetti “Centri

Logistici Operativi” (d’ora in avanti C.L.O.) abbia sostanzialmente violato il divieto di subappalto di cui all’art. 7 del Bando di Gara, e che pertanto avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura. Essa, infatti, pur partecipando come singola società, avrebbe demandato lo svolgimento delle prestazioni oggetto della gara ad altri soggetti, *“legati all’aggiudicataria da un non meglio identificato rapporto di collaborazione/ associazione”*.

La Sicurezza e Ambiente S.p.A., dunque, contrariamente a quanto affermato in sede di offerta, non svolgerebbe il servizio *“con propria organizzazione, propri mezzi, propri prodotti, proprie procedure operative e gestionali (e quindi come singola società)”*, bensì avvalendosi di soggetti terzi, i quali non possono essere qualificati quali strutture periferiche dell’impresa, essendo le stesse giuridicamente ed economicamente distinte.

L’aggiudicataria, secondo le prospettazioni della ricorrente, *«mette a disposizione i propri requisiti e le proprie referenze, ma in concreto non interviene in nessuna fase del “servizio di bonifica”, demandando ad altri – che non hanno, o non hanno comunque dichiarato e dimostrato di avere i requisiti per farlo, né hanno mai dichiarato o dimostrato che hanno inteso “avvalersi” - l’espletamento del servizio»* (ricorso, pag. 8).

I C.L.O. sarebbero, dunque, subappaltatori del servizio.

4. Secondo le difese dell’Amministrazione resistente e della controinteressata, anche qualora il rapporto con i C.L.O. dovesse essere qualificato in termini di subappalto, ciò produrrebbe effetti sulla fase di esecuzione della concessione di servizi, non per quanto concerne l’ammissione alla procedura di gara.

5. Al fine di vagliare la fondatezza di tali asserzioni, è necessario verificare quale sia la reale natura giuridica del rapporto intercorrente tra i C.L.O. e la società aggiudicataria.

Dall’offerta tecnica di Sicurezza e Ambiente si evince che essa è dotata di una struttura centrale e di numerose articolazioni sul territorio nazionale.

Presso la sede centrale opera, oltre alla struttura legale, tecnica e di formazione-aggiornamento, la centrale operativa dotata di un *call-center*, che riceve le richieste di intervento, emana le direttive circa la gestione ed il coordinamento degli interventi e provvede al monitoraggio degli stessi. Sul territorio nazionale vi è, poi, una rete di “Centri Logistici Operativi”, preposti alla materiale esecuzione delle opere di pulitura e bonifica stradale, che agiscono (non solo, come detto, sotto la direzione ed il coordinamento della centrale operativa, ma anche) utilizzando equipaggiamenti, mezzi, risorse e protocolli aziendali propri di Sicurezza e Ambiente S.p.A. (cfr. pagg. 9 e seguenti della relazione tecnica, doc. n. 6 del Comune di Olbia).

Vi è, poi, una struttura di raccordo tra la sede centrale ed i C.L.O., costituita da una rete - a base provinciale o regionale - di referenti responsabili che si occupano della vigilanza, del monitoraggio e del supporto ai C.L.O. e che gestiscono i rapporti con gli enti gestori delle strade.

6. Sul piano della qualificazione di tali rapporti, va premesso che il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida ad un terzo la prestazione di un servizio o l'esecuzione di un'opera che egli si sia precedentemente impegnato ad eseguire nei confronti di un soggetto committente, in forza di un precedente contratto di appalto con questi stipulato.

Nel subappalto, a differenza che nella cessione di contratto, l'originario appaltatore resta impegnato nei confronti del committente; semplicemente, al contratto di appalto preesistente ne accede un altro, in rapporto di accessorietà rispetto al primo, in relazione al quale tendenzialmente il committente rimane estraneo.

Anche il contratto di subappalto ha, dunque, le caratteristiche proprie dell'appalto: esso consiste nell'assunzione da parte del subappaltatore di un obbligo di prestazione di servizi o di esecuzione di un'opera, verso

pagamento di un corrispettivo, *“con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio”* (art. 1655, codice civile).

7. Con le norme dettate dalla legislazione sui contratti pubblici si introducono deroga al regime privatistico proprio di questo contratto, al fine di conformare il subappalto di opere o servizi pubblici alle esigenze pubblicistiche. La giurisprudenza sul punto ha ritenuto che *“la nozione di subappalto, nell’ambito dei contratti pubblici volti all’acquisizione di lavori, servizi e forniture, non coincide con la corrispondente nozione civilistica, ma va delineata secondo un criterio sostanziale, alla luce dello scopo della disciplina del subappalto nel diritto dei contratti pubblici”*. Alla luce di ciò, rientrerebbe nel subappalto *“ogni ipotesi in cui l’appaltatore non esegue le prestazioni con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518).

La precisazione riflette l’esigenza, essenziale in ambito pubblicistico, di conoscere i soggetti con i quali l’amministrazione contratta; o che comunque intervengono nell’esecuzione del contratto.

In tal senso, anche di recente, si è espresso il Consiglio di Stato, confermando che *“le condizioni per l’ammissibilità del subappalto, di cui all’art. 118 d.lg. n. 163 del 2006, non appaiono intese (unicamente) a tutelare l’interesse dell’amministrazione committente all’immutabilità dell’affidatario, ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell’assetto d’interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell’interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l’individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l’appalto è preordinato”* (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 262).

Dall’altro lato, però, riconoscere la peculiarità di tale contratto non significa e non può significare sminuirne la natura ed i contenuti.

In altre parole, per subappalto non può intendersi ogni esecuzione non in

proprio di servizi od opere appaltate, essendo necessario – come già accennato - che sia demandato ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore (art. 1655 c.c.). Nel caso in cui, infatti, un soggetto agisca quale mero esecutore materiale di un'opera o di un servizio, in favore dell'appaltatore, in assenza di qualsivoglia profilo di autonomia, il subappalto non può configurarsi.

8. Nel caso in esame, i Centri Logistici Operativi – come già si è chiarito – operano nell'ambito di un rapporto di rispetto delle direttive fornite, in relazione ai singoli interventi, dalla Centrale Operativa, sono soggetti al suo monitoraggio ed alla sua vigilanza ed utilizzano mezzi, attrezzature e *know how* di Sicurezza e Ambiente S.p.A.

Pertanto, manca, in capo ad essi, qualsivoglia profilo di autonomia ed auto-organizzazione, idoneo a inquadrare il rapporto negli schemi del subappalto.

9. Inoltre, non è superfluo soggiungere che la possibilità per l'aggiudicataria di rivolgersi a strutture operative “esterne” era prevista dallo stesso capitolato speciale che, all'art. 7, sanciva che “occorre sussistano delle strutture operative, legate al concessionario da vincoli contrattuali che, in ogni caso, scongiurino il vietato subappalto, e deputate alla realizzazione degli interventi di ripristino post- incidente, con solerzia e tempestività”.

10. La censura della ricorrente è, dunque, infondata.

11. Cade, altresì, anche l'ulteriore censura dedotta dalla ricorrente, con cui si evidenzia la mancata allegazione all'offerta della documentazione che attesti il possesso, da parte dei C.L.O. convenzionati, dell'iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato ed all'albo dei gestori ambientali.

Difatti, Sicurezza e Ambiente S.p.A. non era tenuta a produrre tali

documenti, giacché i Centri Logistici sono, ai fini dell'esecuzione del servizio, "parte" della società, valendo a costituirne la struttura operativa periferica.

12. Infine, non si può non rilevare come, anche se si dovesse qualificare come «subappalto» la convenzione esistente tra Sicurezza e Ambiente ed i CLO, cionondimeno la conseguenza non sarebbe l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

Correttamente, infatti, le difese dell'amministrazione resistente e dell'aggiudicataria hanno osservato che la violazione delle disposizioni relative al subappalto non concerne la fase di ammissione alla gara, bensì quella di esecuzione del contratto. Come anche di recente ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, infatti, il soggetto che partecipi ad una gara può limitarsi meramente ad indicare genericamente, nella propria offerta, ai sensi dell'art. 118 comma 2, Cod. Contratti, la propria volontà di concludere un subappalto, "nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, ma non anche una via necessitata per la partecipazione alla gara" (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508). Pertanto, l'indicazione precisa dell'impresa appaltatrice e la certificazione del possesso, in capo ad essa, dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge e dal bando è indispensabile soltanto laddove "*il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione*" (così ancora Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; in tal senso, vedansi anche Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; idem, 6 giugno 2008, n. 2683).

13. Tali regole trovano applicazione altresì nei casi in cui la *lex specialis* espressamente escluda la possibilità del subappalto (o la escluda con riguardo a determinate prestazioni).

Anche in tale ipotesi, l'erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio del subappalto "è suscettibile di comportare l'esclusione dello

stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato" (Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; idem, 12 giugno 2009, n. 3696 e 6 giugno 2008, n. 2683; sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4572).

Nel caso in esame, a fronte dell'art. 7 del bando di gara, che sancisce il divieto di subappalto e di cessione del contratto, il capitolato speciale - precisando la portata di detta prescrizione - così dispone: *"art. 11 DIVIETI. È fatto espresso divieto al concessionario del servizio di: [...] subappaltare il servizio: pertanto l'affidatario sarà tenuto ad eseguire in proprio le attività preordinate allo svolgimento della concessione del servizio di ripristino, ai sensi dell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006. [...] L'inosservanza dei divieti di cui al periodo precedente comporterà la risoluzione di diritto del contratto con addebito di colpa all'aggiudicatario il quale sarà tenuto a sostenere tutti gli oneri conseguenti, compresi quelli derivanti dal rinnovo della procedura ad evidenza pubblica e al risarcimento del danno"*.

Il successivo articolo 13 c.s.a., inoltre, ribadisce che *"il contratto si risolverà di diritto [...] nel caso in cui il concessionario del servizio ceda il contratto o lo dia in subappalto"*.

Alla luce di tali disposizioni, dunque, emerge la volontà dell'Amministrazione di considerare il divieto di subappalto quale causa di risoluzione del contratto, non quale causa di esclusione dalla gara, dovendosi ritenere che quest'ultima possa conseguire soltanto alla verifica del mancato autonomo possesso, in capo al soggetto che dichiara di voler subappaltare, dei requisiti di partecipazione.

14. Nel caso in esame, tra l'altro, risulta - ed è, in effetti, incontestato - che Sicurezza e Ambiente fosse dotata, da sola, dei detti requisiti.

15. Infine, parte ricorrente deduce la sussistenza di vizi nella valutazione

dell'offerta tecnica. In particolare, evidenzia la mancata documentazione, da parte della controinteressata, dell'attestazione di possesso della registrazione EMAS e delle certificazioni BSI OHSAS 18001.

Con riguardo a quest'ultimo, l'effettivo possesso della certificazione di conformità del sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori è stato comprovato dalla società con allegazione dei documenti nn. 5 e 6 alla relazione tecnica (docc. 6, 9 e 10 del Comune di Olbia). Il primo di essi, in particolare, emesso dalla società di certificazioni Quality Service Certificazioni s.r.l., *partner* di QS Schaffhausen AG, attesta l'esito positivo della verifica ispettiva di certificazione secondo la norma OHSAS 18001:2007, in data 25 aprile 2011, nonché la predisposizione del certificato n. 4655, con scadenza il 24 aprile 2014. Certificato poi, peraltro, prodotto in giudizio (v. produzione doc. del Comune di Olbia, n. 11).

Con riguardo alla certificazione EMAS (Eco-Management and Audit Scheme), procedura ad adesione volontaria al sistema comunitario di ecogestione e *audit*, Sicurezza e Ambiente S.p.A. afferma di aver superato tutte le procedure di verifica finalizzate all'ottenimento di una valutazione di conformità da parte di un verificatore accreditato ai sensi del Regolamento CE n. 1221/09.

16. È pur vero che la società non ha documentato quanto affermato.

Tuttavia, si deve osservare che pur sottraendo, dal punteggio totale ottenuto da Sicurezza e Ambiente S.p.A. (91 punti), quello attribuito per la valutazione dell'organizzazione e struttura dell'operatore economico principale e delle strutture periferiche deputate agli interventi di ripristino (pari a 15 punti) l'esito della gara non muterebbe (i punti per la S.A. sarebbero, in tal caso, 76; contro i 63 della ricorrente).

Ne deriva la inammissibilità di detta censura per il difetto, in capo alla ricorrente, dell'interesse a proporla.

17. Per quanto premesso, il ricorso deve essere, in parte rigettato e in parte

dichiarato inammissibile.

18. La disciplina delle spese giudiziali segue la soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta, in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna la ditta ricorrente al pagamento delle spese giudiziali a favore del Comune di Olbia e della controinteressata, liquidate in euro 1.500,00 (millecinquecento) per ciascuna parte.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/11/2012

IL SEGRETARIO

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