

Pubblicato il 04/10/2017

N. 00332/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00237/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 237 del 2017, proposto da:
Te.Am. Teramo Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio
eletto presso lo studio Antonio Ferri in Campobasso, corso Giuseppe
Mazzini 112;

contro

Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Derobertis, con domicilio
eletto presso lo studio Nicola Criscuoli in Campobasso, via Vittorio
Emanuele II;

Comune di Termoli, Comune di Campomarino, Comune di Guglionesi
non costituiti in giudizio;

nei confronti di

S.P.A. Rieco, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Tommaso Marchese, Stefano Colombari, con
domicilio eletto presso lo studio Roberto Occhionero in Campobasso, via
Milano N. 21;

Smaltimenti Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio
eletto presso il suo studio in Campobasso, Traversa via Crispi N.70/A;
Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello
Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Giuseppe
Orofino in Casamassima, via Pietro Mascagni N. 7;

per l'annullamento

dei provvedimenti, di estremi ignoti o impliciti nell'apertura di profili
contenenti le offerte tecniche, di ammissione della società Tekneko s.r.l. e
dell'A.T.I. Rieco s.p.a. - Smaltimenti Sud s.r.l. alla procedura di
affidamento dei servizi di igiene urbana della Città di Termoli, indetta con
bando di gara del 29 novembre 2016 dalla Centrale Unica di
Committenza dei Comuni di Campomarino, Guglionesi e Termoli,
assunto all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-
finanziari e tecnico-professionali delle concorrenti, nonché degli atti
presupposti, connessi e conseguenti; dell'art. 6 "Requisiti di

partecipazione” comma 5, lettere A e B del Disciplinare di gara, qualora possa essere interpretato nel senso indicato nella risposta ai chiarimenti n. 7 fornita dalla stazione appaltante, secondo cui “In caso di associazione temporanea di imprese, comunque denominata, il requisito dell'articolo 6, comma 5, lettera A, del Disciplinare di gara, deve essere posseduto dalla mandataria per almeno il 60% degli abitanti e da ciascuna delle mandanti per almeno il 20% degli abitanti, fermo restando che il raggruppamento deve possedere complessivamente il requisito richiesto. Il requisito dell'articolo 6, comma 5, lettera B deve essere posseduto o dalla mandataria o dalla/delle mandante/i indistintamente per intero, non sono quindi possibili frazionamenti. Tali requisiti sono dimostrabili tramite le dichiarazioni sostitutive da rendersi a completamento della domanda di partecipazione come previsto all'art. 9 del Disciplinare”, nonché, per quanto possa occorrere, della stessa risposta ai chiarimenti n. 7; dell'art. 4 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che le risposte alle richieste di chiarimenti “valgono ad integrare a tutti gli effetti la lex specialis di gara; pertanto i concorrenti sono invitati a controllare regolarmente la citata pagina web per acquisire eventuali informazioni complementari relative alla procedura in oggetto”.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da TEKNEKO SISTEMI ECOLOGICI S.R.L. il 3\8\2017 per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari, di tutti gli atti e provvedimenti gravati dalla ricorrente principale, di estremi ignoti e di data sconosciuta, nella parte in cui non escludono dalla gara l'Ati ricorrente principale per le ragioni indicate nel presente atto di gravame incidentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Termoli, della S.P.A. Rieco, di Smaltimenti Sud S.r.l. e di Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2017 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

La società TE.AM Teramo Ambiente ha impugnato i provvedimenti di ammissione della società Tekneko srl e dell'ATI Rieco spa – Smaltimenti Sud srl alla procedura di affidamento dei servizi di igiene urbana della città di Termoli, per l'asserita insufficienza del requisito di capacità tecnica ritenuto non conforme alle previsioni del bando di gara.

Il ricorso è infondato.

Quanto all'applicabilità del rito super accelerato disciplinato dall'articolo 120, commi 2 bis e 6 bis cod. proc. amm., osserva il collegio che l'omessa formale pubblicazione dei provvedimenti di ammissione delle imprese controinteressate, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo numero 50 del 2016, se da un lato fa venir meno l'onere di immediata impugnazione (cfr. TAR Molise 21 agosto 2017, n. 280), dall'altro non preclude la facoltà di impugnazione di tali provvedimenti prima dell'aggiudicazione della gara; la norma in questione, infatti, in deroga alla disciplina generale sull'interesse all'impugnazione degli atti di gara,

ha inteso qualificare tali atti come immediatamente lesivi e come tali suscettibili di immediata contestazione.

Deve conseguentemente essere respinta l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa articolata sul presupposto della mancanza, in concreto, delle condizioni di applicabilità del rito super accelerato.

Quanto all'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso articolata dal comune di Termoli sul presupposto che la contestazione avrebbe ad oggetto l'omessa verifica del possesso di requisiti di capacità tecnica il cui accertamento, ai sensi degli articoli 32 comma 7 e 33 del decreto legislativo numero 50 del 2016, dovrebbe essere condotta obbligatoriamente prima della aggiudicazione e non nella fase di ammissione - ove si accerta la sola completezza e conformità della documentazione -, reputa il collegio di poter soprassedere alla sua disamina stante l'infondatezza nel merito delle doglianze articolate dalla ricorrente.

Con la prima censura la TE.AM Teramo Ambiente spa lamenta che la Tekneko non avrebbe effettuato nel triennio, per ciascun anno dei tre, prestazioni di servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto de quo in un Comune o raggruppamento di comuni la cui popolazione risulti essere maggiore a 50.000 abitanti, secondo quanto richiesto dall'articolo III.2.3 del bando disciplinare, conformemente al disposto dell'articolo 83 comma 6 e dell'allegato XVII del decreto legislativo numero 50 del 2016 e dall'art. 6, comma 5 del disciplinare di gara.

La censura è infondata.

A prescindere infatti dall'idoneità del servizio prestato, in forza di contratto di avvalimento, dalla società ausiliaria Tekra srl (servizio di spazzamento eseguito in qualità di subappaltatrice nel comune di Ercolano nell'ambito dell'appalto dei servizi di igiene urbana), appare dirimente la circostanza per cui la Tekneko ha dichiarato di aver svolto analogo servizio di igiene urbana a favore dell'Università La Sapienza di Roma per un'utenza superiore a 100.000 unità e ciò anche alla luce del chiarimento n. 8 fornito dalla stazione appaltante che predica l'irrelevanza della natura giuridica del soggetto che ha affidato il servizio (non quindi solo Comuni).

Tale circostanza rende del tutto superflua ogni indagine circa la pretesa falsità della dichiarazione asseritamente resa dalla ausiliaria Tekra in relazione alla tipologia di servizio reso in favore del comune di Ercolano, le cui conseguenze non possono pregiudicare la concorrente Tekneko, già autonomamente in possesso del requisito oggetto del contratto di avvalimento con la Tekra.

Per completezza osserva ancora il collegio che, qualora si dubitasse della computabilità in toto di un servizio eseguito in subappalto o come parte di un RTI, al fine di integrare il requisito di capacità tecnica prescritto dal bando (computabilità affermata ad esempio da TAR Aquila 6 aprile 2017, n. 156), soccorre la circostanza per cui l'ausiliaria Tekra srl ha comunque gestito dal 1.1.2013 al 31.12.2015 il servizio di igiene urbana a favore dell'Amsa spa nel comune di Milano per un bacino di utenti di ben 1.337.155 unità, ampiamente sufficiente ad integrare il requisito minimo di capacità tecnica richiesto dal bando.

Tale circostanza induce a ritenere innocuo il falso in cui sarebbe incorsa la Tekra srl nel dichiarare il contenuto del servizio reso, in qualità di

subappaltatrice, in favore del Comune di Ercolano, atteso che il concorrente servizio reso in favore dell'Amsa spa – anche in ragione dell'ampia tipologia delle prestazioni rese - era di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse della Tekneko a dimostrare il requisito tecnico di partecipazione.

Con un secondo motivo la ricorrente principale lamenta l'illegittima ammissione dell'offerta presentata dall'ATI Rieco – Smaltimenti Sud, in quanto disposta sulla scorta di un chiarimento reso dal RUP che avrebbe illegittimamente ampliato la portata del requisito disciplinato dall'articolo 6, comma 5, lettere A e B del disciplinare di gara.

La doglianza è infondata.

Il disciplinare di gara infatti nulla precisava circa le modalità di ripartizione dei requisiti di capacità tecnico organizzativa tra le imprese aderenti al raggruppamento temporaneo di imprese e neppure circa le modalità per dimostrare il possesso dei predetti requisiti.

Il RUP, pertanto, ha legittimamente provveduto, prima del termine di presentazione delle offerte e nel pieno rispetto del principio della par condicio, a coordinare le previsioni del disciplinare di gara circa il possesso dei requisiti di partecipazione con l'ipotesi - pacificamente ammessa dalla disciplina di settore - che consente la partecipazione alla gara anche ai raggruppamenti di imprese, specificando, in questa ipotesi, il criterio di ripartizione dei requisiti di capacità tecnico organizzativa all'interno del RTI, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 83, comma 8 del d. lgs. 50/2017, e le modalità per comprovarne il possesso. Al riguardo ha precisato che: “in caso di associazione temporanea di imprese, comunque denominata, il requisito dell'articolo 6, comma 5, lettera A, delle disciplinare di gara, deve essere posseduto dalla mandataria per almeno il 60% degli abitanti e da ciascuna delle mandanti per almeno il 20% degli abitanti, fermo restando che il raggruppamento deve possedere complessivamente il requisito richiesto. Il requisito dell'articolo 6, comma 5, lettera B deve essere posseduto o dalla mandataria o dalla/dalle mandante/i indistintamente per intero, non sono quindi possibili frazionamenti. Tali requisiti sono dimostrabili tramite le dichiarazioni sostitutive da rendersi a completamento della domanda di partecipazione come previsto all'articolo 9 del disciplinare”.

Alla luce del chiarimento fornito dal RUP per il caso di partecipazione mediante associazione temporanea di imprese, era quindi necessario che l'operatore economico avesse svolto, negli ultimi tre anni, servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto nel rispetto delle seguenti percentuali: prestazione di servizi analoghi nel triennio precedente resa in favore di un comune di almeno 30.000 abitanti (60% di 50.000) da parte della mandataria e prestazione di servizi analoghi nel triennio precedente per un comune di almeno 10.000 abitanti (20% di 50.000) da parte della mandante.

Senonché la mandataria Rieco S.p.A. è pacificamente in possesso del predetto requisito di capacità tecnico organizzativa per avere svolto servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto in favore del comune di Senigallia la cui popolazione è pari a 44.796 abitanti, superiore quindi ai 30.000 richiesti dal disciplinare.

Analogamente la mandante Smaltimenti Sud, in forza del contratto di avvalimento stipulato con la Econord S.p.A., ha potuto attestare lo

svolgimento di servizi analoghi presso il comune di Saronno la cui popolazione ammonta a 39.323 abitanti, superiore quindi ai 10.000 richiesti dal disciplinare.

Inoltre la popolazione complessiva dei comuni presso cui mandante e mandataria hanno eseguito (direttamente o indirettamente tramite avvalimento) i servizi analoghi è superiore ai 50.000 abitanti residenti richiesti dal disciplinare di gara.

La tesi della infrazionabilità del requisito di cui alla lettera A prospettato dalla ricorrente non trova fondamento né nella legge né nel bando ed è anche in contrasto con la ratio sottesa alla previsione delle modalità di partecipazione mediante forme di aggregazione con finalità proconcorrenziale.

Ed anzi dall'art. 83, comma 8 del d. lgs. n. 50/2016 si desume proprio il principio opposto, coerentemente con la natura e la ratio dei RTI, laddove è rimessa al bando l'indicazione "di eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti", ferma, in caso contrario, l'operatività della regola generale della cumulabilità dei requisiti tra i partecipanti al raggruppamento temporaneo e fermo l'obbligo di legge, nel caso di specie pacificamente rispettato, che impone alla mandataria di possedere i requisiti in parola in misura maggioritaria.

In ogni caso poiché il suddetto divieto di frazionamento non solo non è contemplato dal disciplinare di gara ma è stato anche espressamente sconfessato dal RUP in sede di chiarimenti, giammai avrebbe potuto essere invocato dalla stazione appaltante per disporre l'esclusione di un concorrente il quale avrebbe piuttosto dovuto essere ammesso al soccorso istruttorio.

Infine il ricorrente impugna l'articolo 6, comma 5, lettera A del disciplinare di gara nella parte in cui non ha previsto il predetto divieto di frazionamento del requisito.

La doglianza è infondata atteso che nessuna disposizione nazionale o comunitaria prevede un siffatto divieto in caso di partecipazione mediante raggruppamenti temporanei di impresa, istituto che, come si è visto, si ispira piuttosto all'opposto principio della tendenziale piena cumulabilità dei requisiti oggettivi di partecipazione.

La ricorrente impugna anche i chiarimenti forniti dal RUP ritenendoli integrativi e non meramente esplicativi degli atti di gara: una tale doglianza, in questa fase, è tuttavia inammissibile in quanto l'accertamento della sua fondatezza dovrebbe condurre all'annullamento dell'intera gara (per avere il RUP illegittimamente integrato la *lex specialis* inducendo in errore le imprese concorrenti circa la disciplina dei requisiti di partecipazione) mentre la ricorrente con il presente gravame si è limitata a chiedere l'annullamento dei provvedimenti che hanno disposto in ordine all'ammissione delle controinteressate alla procedura di gara. Quanto al requisito di partecipazione di cui all'articolo 6, comma 5, lettera B (raggiungimento del risultato superiore al 65% di raccolta differenziata in ciascun anno dell'ultimo triennio su un totale di abitanti pari o superiore a 50.000 anche se divisi in più comuni...), stando al chiarimento fornito dal RUP, lo stesso doveva essere posseduto o dalla mandataria o dalla mandante, indistintamente, per intero, con esclusione della possibilità di frazionamenti.

Nel caso di specie è pacifico che la mandataria Rieco spa possieda il predetto requisito al 100% sicché anche tale doglianza deve ritenersi infondata, fermo restando che anche la mandante Smaltimenti sud possiede tale requisito, in forza del contratto di avvalimento stipulato con la Econord, che contempla espressamente anche il servizio di raccolta differenziata per il Comune di Saronno per percentuali pari al 71% nel triennio dal 2013 al 2015.

Con ulteriore motivo di censura la ricorrente lamenta che l'ATI Rieco-Smaltimenti Sud avrebbe dovuto essere esclusa atteso che, sebbene il socio di maggioranza della Rieco, la Tecnoambiente Srl, abbia reso la dichiarazione richiesta dall'articolo 80 comma 3 del decreto legislativo numero 50 del 2016, analoga dichiarazione sarebbe stata omessa dalla Viva sas, socio di maggioranza della Tecnoambiente.

La censura è infondata in quanto, ammesso e non concesso che di omessa dichiarazione si tratti, giammai la stazione appaltante avrebbe potuto adottare un provvedimento di esclusione essendo, al contrario, tenuta al soccorso istruttorio, secondo quanto prescritto dall'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo numero 50 del 2016.

Alla luce delle motivazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere respinto sicché può farsi luogo alla declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla Tekneko srl per sopravvenuta carenza di interesse alla sua disamina.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- condanna la TE.AM Teramo Ambiente s.p.a. alla rifusione in favore del comune di Termoli, della Tekneko srl e dell'ATI Rieco – Smaltimenti Sud s.r.l., delle spese di lite che si liquidano in euro 2000,00 ciascuno, per un totale di euro 6000,00 oltre Iva, CAP e spese generali come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente
Orazio Ciliberti, Consigliere
Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri