

Pubblicato il 17/05/2017

N. 00391/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00123/2017 REG.RIC.

 logo

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 123 del 2017, proposto da:

Securpool s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Romina Pitoni e Cristina Lovise,
con domicilio eletto presso lo studio Virginia Marchesini in Perugia,
via G. Dottori n. 85;

contro

Provincia di Terni non costituita in giudizio;

Comune di Orvieto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato
e difeso dall'avvocato Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso il
suo studio in Perugia, via Bonazzi n. 9;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del Bando di gara CIG 6935926B31 emesso dalla Provincia di
Terni, quale Centrale di Committenza del Comune di Orvieto (TR)

avente ad oggetto servizio gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto; Importo Appalto (al netto iva): Annuo euro 114.75,00; Triennale euro 344.265,00 Durata appalto 3 anni con opzione di rinnovo per ulteriori 3 anni, Procedura Aperta. Aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa, pubblicato sul GURI 5^ serie speciale contratti pubblici n. 26 del 03/03/2017 (doc. 1), in particolare in relazione alle clausole di cui all'art. 3 "Oggetto dell'appalto", di cui all'art. 11 "condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione", di cui all'art. 16 "altre informazioni"; - del Disciplinare di gara formante parte integrante del medesimo Bando recante "procedura aperta per l'affidamento dei servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto" (doc. 2), in particolare nella parte in cui al punto 5, pag. 4 richiede dichiarazione attestante il possesso dei seguenti requisiti di carattere professionale, economico e tecnico: a) Essere iscritti alla CCIAA o in altro Registro Professionale dello Stato di provenienza, per attività corrispondenti a quelle oggetto della gara (sorveglianza e pulizie) ex art. 83 comma 3 del D.lgs 50/2016; b) aver conseguito nel triennio 2013-2015 un fatturato complessivo nel settore oggetto della presente procedura non inferiore ad euro 300.000,00 oltre iva; c) aver conseguito nel triennio 2013-2015 servizi analoghi (sorveglianza e pulizie) a quelli oggetto delle presente procedura con indicazione di

importi, date e destinatari, pubblici o privati, dei servizi”; nonché nella parte in cui al punto “Busta B-Offerta Tecnica”, pag. 5 prescrive la presentazione di offerta tecnica relativa ad entrambi i servizi disomogenei oggetto di gara; - del relativo Capitolato Speciale di Appalto formante parte integrante del medesimo Bando recante “Capitolato speciale d'appalto dei servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto” (doc. 3) in particolare in relazione alle clausole di cui all'art. 1.2 “Oggetto ed obiettivi dell'appalto”, di cui all'art. 1.3 “Durata e importo dell'appalto”, di cui all'art. 1.8 “Clausola di salvaguardia-Clausola sociale”, di cui all'art. 1.13 “Altri Oneri ed obblighi in materia di tutela dei lavoratori”, di cui all'art. 1.18 “Elezione di domicilio-Obbligo di Sede Operativa nel Comune di Orvieto”, di cui all'art. 3.1 “Tipo di Servizio- procedure operative per la gestione delle aree di sosta”, di cui all'art. 3.2. “Compiti dell'addetto”, di cui agli artt. da 3.3. a 3.11, nonché delle clausole di cui al punto 3.12 “gestione delle emergenze di carattere ambientale”, della clausola di cui all'art. 3.13 “Specifiche operative”, della clausola di cui al punto IV “Modalità di espletamento del servizio di pulizie” e in particolare del punto 4.1. e del punto 4.3 e 4.4, della clausola di cui al punto 5.1.2 “Requisiti di idoneità professionale”, 5.1.3 “requisiti di capacità economica e finanziaria”, 5.1.4 “Requisiti di capacità tecnico professionali”; del punto 5.2. “procedura di gara e criteri di aggiudicazione”; - dei relativi modelli allegati al bando di gara: Modello di formulario per il Documento di Gra Unico Europeo (DUGUE); Modello di dichiarazione punto 2) Busta A; Modello di

dichiarazione punto 3) Busta A; Modello di dichiarazione punto 5) busta A; Modello di dichiarazione punto 1) busta A domanda di partecipazione; Modello Offerta (doc. 4); - di ogni altro verbale di gara e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi, per quanto occorrer possa, la determinazione a contrarre del Comune di Orvieto n. 1225 del 30.12.2016 (doc. 5) con la quale è stato disposto di avviare, ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016, procedura aperta per l'affidamento dei servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata e altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del citato decreto sulla base di una pluralità di elementi individuati all'art. 5.2 del Capitolato speciale d'appalto approvato con deliberazione di G.C. n. 322 del 27/12/2016 ed è stato disposto, altresì, di trasmettere il Capitolato speciale d'appalto approvato con deliberazione di G.C. n. 322 del 27/12/2016 alla Provincia di Terni, nelle sue funzioni di C.U.C., affinché provveda ad esperire la relativa procedura; nonché della determinazione del Comune di Orvieto n. 119 Del 15/02/2017 (doc. 6) di approvazione dello schema di bando, disciplinare di gara e relativi allegati per l'affidamento dei servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata e altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto come predisposti dalla Provincia di Terni in qualità di C.U.C. e di trasmettere suddetto atto e i relativi allegati alla Provincia di Terni nelle sue funzioni di C.U.C., affinché proceda alla

pubblicazione del bando di gara, del disciplinare di gara e relativi allegati, relativi ai servizi in oggetto; della deliberazione di Giunta Comunale n. 322 del 27.12.2016 di approvazione del capitolato speciale d'appalto (doc. 7).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Orvieto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 123/2017), ritualmente notificato e depositato, Securpool s.r.l. ha adito l'intestato tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, inerenti la procedura di gara in detto da Comune di Orvieto per l'affidamento dei servizi di gestione, controllo e sorveglianza delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanica e servizi di pulizia da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili comunali.

2. Lamenta in particolare la società ricorrente, la disomogeneità dei servizi di sorveglianza e pulizia oggetto di gara, i quali sarebbero stati illegittimamente accorpati dalla stazione appaltante anziché essere suddivisi in lotti funzionali, con conseguente impossibilità per la ricorrente stessa di formulare un'offerta competitiva.

3. Nel merito, il gravame è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 30, 51 e 83 d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione dei considerando nn. 2, 59, 78, 79 e 124 della direttiva 2014/24/UE. Eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione. Violazione dei principi del favor participationis, di rotazione, di non discriminazione, di trasparenza. Violazione del principio di proporzionalità.

La decisione assunta dalla stazione appaltante di procedere ad un unico affidamento per i servizi oggetto di gara sarebbe illegittima in quanto riferita a prestazioni eterogenee e sensibilmente differenti tra loro.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 134 del RD 18 giugno 1931, n. 773 e smi. Violazione e falsa applicazione dell'art. 256 bis RD 6 maggio 1940 n. 635. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 D.M. n. 269/2010, così come modificato dal DM 56/2015. Eccesso di potere per manifesta illogicità.

La tipologia di servizio “videosorveglianza” del parcheggio, degli impianti di mobilità, del parcheggio bus anche in orario notturno, nonché la gestione degli impianti di trasmissione video e messaggi VMS e l'intervento di addetti per verifica di atti vandalici, azioni fraudolente, danneggianti, sarebbero attività riservate per legge ai soli Istituti di Vigilanza autorizzati che debbono essere necessariamente muniti di apposita autorizzazione prefettizia.

III. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23 e 97 D.Lgs.n. 50/2016, in combinato disposto con gli artt. 30, 51 ed 83, D.Lgs. n. 50/2016, sotto ulteriore e diverso profilo, e con l'art. 35 Cost., nonché eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà intrinseca e travisamento dei presupposti e difetto di motivazione, in

riferimento agli artt. 3 e 16.1 del Bando di gara, alla pag. 6 del Disciplinare di gara sub “Nella busta C – offerta economica”, e agli artt. 1.3, 1.8 ed 1.13 del Capitolato speciale di appalto.

L'importo posto a base di gara, per entrambi i lotti, è inferiore al costo del personale secondo i minimi salariali indicati nelle apposite tabelle ministeriali, di cui all'art. 23 D. Lgs. n. 50/2016.

IV. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, D. Lgs. n. 50/2016, in combinato disposto con gli artt. 30 e 51 del D. Lgs. n. 50/2016, sotto ulteriore e diverso profilo, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione, intrinseca contraddittorietà, violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza, in riferimento agli artt. 11 del bando di gara, 5), lett. a) e b), del Disciplinare di gara, e 1.3 del capitolato speciale d'appalto.

La disciplina di gara sarebbe illegittima in quanto imporrebbe a tutte le concorrenti, quali requisito di ammissibilità alla procedura, di svolgere attività sia di vigilanza che di pulizie.

V. Violazione dell'art. 212, D. Lgs. n. 152/2006 e del DM 7 luglio 1997, n. 274, in riferimento agli artt. 3 ed 11 del bando di gara, 5), lett. a) e b), del Disciplinare di gara, degli artt. 1.3, 1.4 e 4 del capitolato speciale d'appalto.

La disciplina di gara sarebbe illegittima per non avere richiesto il requisito di ammissione professionale costituito dall'iscrizione all'albo dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del Codice dell'Ambiente, in relazione alle attività di smaltimento/gestione dei rifiuti, da effettuare presso le aree esterne dei parcheggi.

VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dei metodi previsti dai Regolamenti attuativi in ordine all'offerta economicamente più vantaggiosa.

La stazione appaltante avrebbe omesso di specificare nel capitolato e nel bando di gara il sistema (formula matematica) per il calcolo del punteggio delle offerte tecniche nonché i relativi criteri e/o i metodi che verranno applicati per la valutazione dei criteri quantitativi e qualitativi, riportando soltanto la formula finale e la specifica dei coefficienti.

VII. Violazione del principio di parità di trattamento tra i concorrenti e della proporzionalità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Violazione dell'art. 49 del Trattato UE.

La clausola di cui all'art. 1.18 del capitolato speciale d'appalto, nello stabilire l'obbligo dell'aggiudicatario, prima della stipulazione del contratto e a pena di decadenza dell'aggiudicazione, ad allestire la propria sede operativa nel Comune di Orvieto, sarebbe illegittima in quanto limita la partecipazione alla gara e l'aggiudicazione della stessa ai soggetti aventi tale requisito soggettivo.

VIII. Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del D.lgvo 50/2016. Violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza.

L'art. 1.8 del capitolato speciale d'appalto, nello stabilire che l'appaltatore ha l'obbligo di assorbire ed utilizzare prioritariamente, nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che vi sono adibiti dall'attuale appaltatore (e precisamente 3 unità operative con la qualifica di addetto alla videosorveglianza), andrebbe interpretato in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuire un effetto automaticamente e rigidamente escludente.

4. Conclude pertanto la società ricorrente per l'accoglimento della domanda di annullamento degli atti impugnati.

5. Il Comune di Orvieto si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del gravame in ragione della infondatezza delle doglianze proposte.

6. All'udienza camerale del giorno 21 aprile 2017, la causa è stata trattenuta in decisione per la sua immediata definizione con sentenza, stante la completezza del contraddittorio, l'esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di controversia e l'assenza di osservazione in senso contrario delle parti in causa.

DIRITTO

1. È materia del contendere la legittimità della disciplina di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale) predisposta dal Comune di Orvieto per l'affidamento triennale, mediante procedura aperta, “dei servizi di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti di risalita meccanizzata e altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili del Comune di Orvieto”.

2. Con il primo mezzo di gravame, la società ricorrente lamenta la violazione degli artt. 30, 51 e 81 del nuovo codice dei contratti pubblici, in quanto la disomogeneità dei servizi di sorveglianza e pulizia oggetto di gara e la loro mancata suddivisione in lotti funzionali, avrebbe prodotto effetti limitativi della concorrenza a danno delle piccole e medie imprese, tra cui la ricorrente medesima che si troverebbe nella impossibilità di poter formulare un'offerta competitiva.

2.1. La doglianza è fondata e va accolta.

2.2. Giova preliminarmente osservare che l'art. 30 del d.lgs. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) prescrive espressamente che “L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi,

forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e che “i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese”.

2.3. L'art. 51, comma 1, del medesimo codice dispone inoltre che “Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese”.

2.4. Il successivo art. 81 stabilisce infine che “I criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali. 2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente

l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.

2.5. Pertanto, alla luce della citata disciplina normativa, nell'affidamento di servizi eterogeni tra loro, le stazioni appaltanti devono procedere a gare separate, ovvero ad un'unica gara suddivisa in più lotti funzionali o prestazionali, conformemente al settore di lavori, servizi e forniture richiesti, al fine di garantire un adeguato livello di concorrenza, soprattutto tra piccole e medie imprese, che diversamente si vedrebbero estromesse in caso di accorpamento di prestazioni disomogenee.

2.6. Venendo al caso di specie, deve prendersi atto della assoluta disomogeneità dei servizi in questione aventi ad oggetto, da un lato, attività di presidio, videosorveglianza e prevenzione di atti vandalici, dall'altro, attività di pulizia, igiene, ordine e smaltimento rifiuti dei parcheggi di proprietà della stazione appaltante.

2.7. Ne consegue che, in applicazione dei succitati principi di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e favor participationis, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'affidamento di detti servizi con gare separate, trattandosi di prestazioni funzionalmente diverse tra loro, rispetto alle quali deve garantirsi l'apertura alla concorrenza e dunque l'economicità delle stesse nella misura più ampia possibile.

2.8. Riconosce, il Collegio, che detti obiettivi possono utilmente raggiungersi anche attraverso il ricorso all'avvalimento o al raggruppamento temporaneo di imprese.

2.9. Nondimeno, occorre rilevare che la possibilità di utilizzare tali istituti al fine di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, soggiace pur sempre all'assenso della impresa ausiliaria o mandataria,

la cui eventuale indisponibilità, ben può tradursi, a causa dell'accorpamento operato a monte dalla stazione appaltante, in un vulnus ai menzionati principi di libera concorrenza e favor participationis.

2.10. A ciò deve aggiungersi che ai sensi dell'art. 51, comma 1, del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti devono motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito, e nel caso di specie non può ritenersi che tale obbligo sia stato sufficientemente soddisfatto mediante il richiamo alla mera accessarietà del servizio di pulizia rispetto a quello di gestione e controllo delle aree di sosta, dovendosi invero esporre in modo chiaro e convincente, quantomeno le ragioni per le quali l'accorpamento non produca effetti potenzialmente limitativi della libera concorrenza e garantisca pertanto i connessi obiettivi di efficienza ed economicità delle prestazioni richieste.

3. Le considerazioni che precedono impongono dunque l'accoglimento del gravame con assorbimento delle ulteriori doglianze proposte.

4. Tenuto conto della particolarità della questione trattata, si rinvencono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti in causa le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie come da motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Enrico Mattei

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO