

Publicato il 13/02/2017

N. 00848/2017 REG.PROV.COLL.
N. 05078/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5078 del 2016, proposto da:
SOCIETÀ F.LLI BALSAMO s.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, con sede in Viale Europa, n. 27 Torre
del Greco (NA), C.F. 06467200637, rappresentata e difesa dall'Avv.
Francesco A. Caputo ed elettivamente domiciliata presso il
medesimo in Napoli negli uffici di Appaltitalia, alla Via Francesco
Lauria Centro Direzionale Isola F/11, interno 8;

contro

- CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA istituita dai Comuni
di Torre del Greco e Trecase, in persona del legale rappresentante
pro tempore, non costituita in giudizio;
- COMUNE DI TORRE DEL GRECO, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.
Fiorenzo Liguori, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli,
alla via Plauto 12;

per l'annullamento

delle regole della gara indetta dalla Centrale Unica di committenza dei Comuni di Torre del Greco e Trecase, relativa al bando di gara telematica mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del ciclo rifiuti in Torre del Greco;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torre del Greco;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2017 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In esito a determinazione a contrarre del Comune di Torre del Greco n. 2497 del 4/10/2016, con bando di gara CIG 6820935D9D CUP J59D16000800004 inviato alla GUUE il 14/10/2016, la Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Torre del Greco e Trecase dava corso alla procedura aperta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata in base al miglior rapporto qualità/prezzo, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione del ciclo rifiuti in Torre del Greco per la durata di 5 anni.

Con ricorso notificato in data 14/11/2016 e depositato il 22/11/2016, la società F.lli Balsamo s.r.l., come in epigrafe individuata, impugnava il bando di gara qualificandosi quale attuale esecutore dell'appalto in forza di "provvedimento di proroga tecnica

dell'attuale servizio di igiene urbana per la raccolta differenziata nel Comune di Torre del Greco”.

Si costituiva in giudizio il Comune di Torre del Greco resistendo alle pretese avverse, eccependo in particolare che la società ricorrente non ha presentato una propria offerta nella gara in questione.

Alla camera di consiglio del 6/12/2016, la domanda cautelare veniva cancellata dal ruolo.

All'udienza pubblica del 31/1/2017, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La società ricorrente contesta le prescrizioni di gara sotto due profili e sostiene, in punto di premessa, che a causa delle rilevate discrasie «non è nelle condizioni di predisporre un'offerta conforme alle regole di gara».

Innanzitutto, la ricorrente censura, a proposito della clausola sociale prevista dall'art. 1.1.2 del disciplinare e dall'art. 20 del capitolato speciale di appalto, che a pag. 133 del Piano industriale per la gestione del ciclo dei rifiuti sarebbero riportate in tabella in modo errato le qualifiche funzionali del personale attualmente impegnato in servizio. Tale difformità non consentirebbe il rispetto dei contratti collettivi nazionali e condurrebbe ad un calcolo della base d'asta errato e non remunerativo, cioè «un calcolo circa l'imposto assorbimento del personale ben minore del costo reale di cui l'aggiudicatario andrebbe a farsi carico». La difformità renderebbe la clausola impossibile da rispettare e, secondo la ricorrente, «tale *defaillance* [la quale] osta alla regolare predisposizione dell'offerta, dato che la medesima è tenuta a conformarsi ad una *lex specialis* all'evidenza errata».

La seconda censura, poi, contesta l'art. 3.5 del disciplinare, a pag. 26 n. 1, che prescrive l'inserimento del dettaglio analitico dei costi, relativi alle migliorie proposte dai concorrenti, all'interno della busta contenente l'offerta tecnica, in violazione dei principi di certezza e trasparenza della procedura nonché di separatezza dell'offerta tecnica dall'offerta economica.

2. Il Comune eccepisce, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto la società non avrebbe inviato la propria domanda di partecipazione alla gara né avrebbe chiesto in sede giudiziale la propria ammissione con riserva.

In effetti, la società ricorrente si qualifica quale attuale affidataria dei servizi in regime di proroga ma non risulta partecipante alla procedura di gara in oggetto.

La domanda di partecipazione alla gara è di norma condizione necessaria ai fini dell'impugnazione di un bando poiché nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso (o titolo) deve essere correlata ad una situazione differenziata e, dunque, meritevole di tutela, in modo certo; la differenziazione è garantita appunto dalla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

Al contrario i soggetti che volontariamente non hanno partecipato alla gara non hanno titolo all'impugnativa, a nulla rilevando un interesse di mero fatto a che la gara bandita sia annullata e venga ripetuta, come nel caso di una ditta cui il servizio da appaltare sia affidato in regime di proroga (cfr. Cons. St., sez. III, 05/12/2016, n. 5113).

Per pacifica giurisprudenza, a tale regola generale si può derogare solamente in quattro tassative ipotesi:

- quando si contesta in radice l'indizione della gara;

- oppure quando si contesti che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto la conclusione in via diretta del contratto senza il rituale svolgimento delle appropriate procedure di evidenza pubblica;
- quando si impugnano direttamente le clausole del bando immediatamente escludenti e cioè riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato;
- quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alla procedura, ad esempio impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.

Al di fuori di queste ipotesi, in cui il soggetto interessato ha l'interesse (e quindi anche l'onere) di proporre un immediato ed autonomo ricorso giurisdizionale, il bando e le sue clausole non possono essere considerate come direttamente lesive nella sfera giuridica dei soggetti che aspirano a contrattare con la stazione appaltante, per cui l'eventuale impugnativa delle prescrizioni di gara ritenute illegittime va proposta unitamente all'atto applicativo con il quale si concretizza la lesione in capo ad un soggetto, nel presupposto che abbia partecipato alla procedura (cfr. Cons. St., sez. IV, 11/10/2016, n. 4180, invocata peraltro dalla stessa ricorrente).

L'immediata ed autonoma impugnativa del bando è dunque ammissibile, nonostante la mancata presentazione della domanda di partecipazione, nella misura in cui la partecipazione stessa alla procedura risulti impedita da una clausola escludente o da altre prescrizioni che, per vari motivi, siano di ostacolo alla formulazione di un'offerta valida.

3.1. Nella specie innanzitutto va precisato che le clausole sociali sono di per sé considerate, sia dalle norme comunitarie sia dalla disciplina nazionale di recepimento (art. 69 del codice appalti abrogato e oggi art. 50 del nuovo codice dei contratti pubblici), quali condizioni di esecuzione che producono effetti essenzialmente nella fase esecutiva del rapporto.

Le clausole sociali, cioè, non hanno una diretta incidenza sulla fase di gara, e non possono costituire barriere all'ingresso, condizionando l'ammissibilità dell'offerta. Infatti la clausola sociale non impedisce la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inserisce in essa (sul punto cfr. ANAC, parere sulla normativa del 30/04/2014, AG 19/14).

In ragione della natura puramente esecutiva delle clausole sociali, l'art. 17 del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale della gara in oggetto, al punto 27, ben prevede, tra le cause di «decadenza - risoluzione - recesso del contratto», l'«inosservanza dell'obbligo relativo al passaggio diretto del personale addetto ai servizi oggetto dell'appalto dall'impresa cessante all'impresa subentrante».

Inoltre è importante considerare che nella specie l'inquadramento professionale indicato dalla stazione appaltante consegue a segnalazioni fornite dall'affidataria del servizio, cioè dalla stessa società oggi ricorrente. Infatti:

- il numero delle unità di personale impiegate, e il relativo livello professionale, come individuati nel Piano Industriale, veniva fornito, su richiesta del Comune, dalla società con nota n. 35566 dell'8/6/2016 e dalla stessa ribadito nei successivi SAL (del 6/7/2016, del 3/8/2016, del 6/9/2016 e del 5/10/2016) e non era smentito neppure in sede di proroga in data 21/10/2016;

- sulla base di tali indicazioni, la stazione appaltante redigeva la Tabella allegata al Piano industriale;

- solo in data 8/11/2016, a procedura pubblica già avviata, la società ricorrente forniva un elenco differente, con lo stesso numero di dipendenti ma con più elevato livello professionale per alcuni di essi. E' quindi evidente che la società ricorrente non può lamentare una incongruenza frutto della sua stessa azione. Tale circostanza infatti influisce sulla legittimazione ad agire, e quindi sull'ammissibilità del ricorso, poiché è da escludere che il ricorso giurisdizione possa costituire lo strumento per il perseguimento di interessi emulativi o *contra ius* (cfr. Cons. St., sez. IV, 11/10/2016, n. 4180; sez. IV, 20/4/2016, n. 1560).

Alla luce di tutto quanto precede la clausola sociale, così come formulata, non ha certamente una natura escludente in quanto le anomalie rilevate, ed originate dalla stessa ricorrente, potranno semmai rilevare ai fini della valutazione della congruità delle offerte, ma certamente non impediscono alla società ricorrente la presentazione della domanda di partecipazione e la formulazione di un'offerta.

3.2. Per quanto riguarda la previsione di un dettaglio analitico dei costi delle migliorie da inserire all'interno della busta contenente l'offerta tecnica, è pur vero che l'assenza, nell'offerta tecnica, di elementi riferibili all'offerta economica è criterio a presidio del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, sicché è necessario che le offerte economiche restino segrete fino alla conclusione della valutazione delle offerte tecniche.

Senonché di recente il Consiglio di Stato, superando un orientamento rigidamente formalistico, si è pronunciato a favore di una maggiore flessibilità nella valutazione delle offerte, nei seguenti termini: «Se il bando [...] richiede o permette soluzioni migliorative, la cui tecnicità richieda necessariamente anche esami di tipo aritmetico o l'indicazione di parametri dei costi o, ancora, comparazioni rispetto a prezzi di mercato o listini ufficiali, ne viene che fatalmente [...] l'offerta tecnica va a dover contenere alcuni elementi di rilievo economico, al limite indici indiretti di prezzi. Il che, nel limite della ragionevolezza e delle proporzionalità, non vulnera il principio generale di separatezza delle due offerte» (cfr. Cons. St., sez. V, 22/2/2016, n. 703).

Nella specie, la normativa di gara prevede l'obbligo per i concorrenti di produrre a corredo dell'offerta tecnica l'elenco analitico dei costi delle eventuali migliorie da apportare ai singoli servizi, ferme restando l'invariabilità del canone posto a base di gara e le condizioni minime per ogni servizio indicato in capitolato. La previsione di gara è strettamente limitata ai costi relativi alle migliorie, ossia ai costi dei beni e servizi che saranno impiegati od offerti per l'espletamento dell'appalto, mentre l'offerta economica, invece, come risulta dal disciplinare al punto 5.3 «Busta economica», riguarda «l'indicazione del prezzo complessivo offerto...» e deve contenere la «percentuale di ribasso sul predetto prezzo, posto a base di gara...».

Senonché non è affatto dimostrato che dal costo delle migliorie si possa risalire all'ammontare del ribasso offerto, per cui nella specie non può dirsi violato il principio della separatezza e segretezza dell'offerta.

Al contrario, come anche rilevato dalla Centrale di Committenza in esito al quesito all'uopo formulato per la gara in questione, gli oneri per le migliori offerte non permettono in alcun modo, nemmeno in parte, di desumere il ribasso offerto, ma hanno piuttosto lo scopo di consentire alla commissione giudicatrice una compiuta valutazione dell'offerta tecnica, fermo restando la invariabilità del canone che forma oggetto di valutazione dell'offerta economica. Infatti il disciplinare prevede espressamente che l'offerta tecnica non deve comportare alcun onere a carico della stazione appaltante ed i relativi costi di realizzazione devono rimanere a totale ed esclusivo carico della ditta appaltatrice.

Non è superfluo inoltre rilevare che tali principi sono comunque serventi rispetto al pilastro fondamentale che deve ispirare le procedure concorsuali, consistente nell'osservanza e nella tutela della parità di trattamento. Sennonché non risulta che le prescrizioni di gara in questione determinino di fatto alcuna discriminazione tra i concorrenti, che sono posti tutti sullo stesso piano dall'applicazione di tali regole nello svolgimento della procedura.

4. Alla luce di quanto sopra esposto, le previsioni di cui la società ricorrente invoca l'illegittimità non sono mai state escludenti nei suoi confronti o ostative alla presentazione di una valida offerta economica per i concorrenti. Pertanto l'impugnativa in esame si palesa inammissibile per carenza di legittimazione a ricorrere (con riferimento alla mancata partecipazione alla gara) e per difetto di interesse (con riferimento al carattere non immediatamente lesivo del bando).

Le spese di causa seguono come di norma la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Condanna la società F.lli Balsamo al pagamento, in favore del Comune di Torre del Greco, delle spese di giudizio nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente, Estensore

Alfonso Graziano, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO