



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 1206 del 2011, proposto da:

Bi.Co. Due Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

contro

Comune di Maclodio, Comune di Barbariga, Comune di Longhena, Comune di Orzinuovi, Comune di Pompiano, Comune di Torbole Casaglia, Comune di Villachiaro, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'avv.to Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via della Stazione n. 37;

nei confronti di

Cogeme Gestioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Elena Pagani in Brescia, Via Gramsci n. 30;

per l'annullamento

- DEL VERBALE N. 1 E DEI SUOI ALLEGATI, RECANTE L'AMMISSIONE DELLA CONTROINTERESSATA ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA, TRASPORTO E CONFERIMENTO AGLI IMPIANTI AUTORIZZATI DI RIFIUTI URBANI;
- DEL PROVVEDIMENTO 22/8/2011 N. 159, DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEL SERVIZIO ALLA CONTROINTERESSATA;
- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Maclodio e di Cogeme Gestioni Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Cogeme Gestioni Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 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, con altre 2 imprese, alla gara per l'affidamento quinquennale dei servizi di gestione dei rifiuti (raccolta, trasporto e conferimento agli impianti autorizzati), indetta dal Comune di Maclodio quale capofila di altri 6 Enti locali e svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore stimato nei 5 anni di 27.211.999 €.

Al termine del confronto comparativo la Commissione aggiudicava il servizio alla controinteressata, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto.

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

- a) Violazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e del principio di libera concorrenza, poiché la controinteressata gestisce in assenza di gara servizi pubblici in diversi Comuni (doc. 5), e con tale privilegio è avvantaggiata al momento della presentazione delle offerte;
- b) Violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza, poiché Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto partecipata, seppur indirettamente, da 5 Società patrimoniali controllate al 100% da Enti locali e create per soddisfare bisogni istituzionali di questi ultimi;
- c) Violazione dell'art. 86 comma 3 del D. Lgs. 163/2006 poiché il ribasso del 28,52% doveva far sorgere sospetti di anomalia e indurre ad attivare il sub-procedimento di verifica;

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ricorso incidentale depositato il 7/11/2011 Cogeme Gestioni impugna l'ammissione della ricorrente alla gara, deducendo i seguenti profili di diritto:

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, del C.C.N.L. degli artt. 37, 41 e 42 del Codice dei contratti, dell'art. 275 del D.P.R. 207/2010, degli artt. 93 e 95 del D.P.R. 554/99, della lex specialis, dei principi di buon andamento ed imparzialità, eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia in quanto:

- I. la capogruppo mandataria (in questo caso Aimeri Ambiente) avrebbe dovuto possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, mentre le parti hanno assunto l'impegno a svolgere i servizi nella misura del 30% (Aimeri Ambiente) e del 70% (Bi.Co. mandante);
- II. Bi.Co. ha dimostrato i requisiti di capacità economico-finanziaria in misura inferiore alla quota che ha dichiarato di assumere (70%);
- III. l'ATI non ha indicato le specifiche parti del servizio che ciascuna impresa avrebbe svolto in caso di aggiudicazione.

Alla pubblica udienza del 18/7/2012 il ricorso introduttivo ed il gravame incidentale venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura l'aggiudicazione alla controinteressata della gara indetta dal Comune di Maclodio (capofila) per l'affidamento dei servizi di gestione rifiuti. Con ricorso incidentale l'impresa dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione dell'ATI composta da Bi.Co. Due e da Aimeri Ambiente dalla procedura competitiva.

1. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 – dopo una revisione critica del dictum precedente (cfr. Ad. plen. 10/11/2008 n. 11) – ha affermato il differente principio di diritto secondo cui:

- il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura;

- detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente;
- l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, soltanto qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Il Collegio deve quindi esaminare anzitutto il gravame incidentale, anche alla luce della circostanza per cui Bi.Co Due non ha sollevato censure dirette alla caducazione dell'intera procedura selettiva. Detto indirizzo non risulta inciso dalle statuizioni racchiuse nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3668/2012, invocata in sede di udienza pubblica di discussione della causa, che si diffonde su profili di differente natura.

2. Con articolato motivo di ricorso incidentale la controinteressata deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, del C.C.N.L., degli artt. 37, 41 e 42 del Codice dei contratti, dell'art. 275 del D.P.R. 207/2010, degli artt. 93 e 95 del D.P.R. 554/99, della lex specialis, dei principi di buon andamento ed imparzialità, l'eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia in quanto.

3. La capogruppo mandataria (in questo caso Aimeri Ambiente) avrebbe dovuto possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria – ai sensi dell'art. 95 comma 2 e dell'art. 275 del D.P.R. 207/2010 – mentre le parti hanno assunto l'impegno a svolgere i servizi nella misura del 30% (Aimeri Ambiente) e del 70% (Bi.Co mandante). In secondo luogo l'ATI non ha indicato le specifiche parti del servizio che ciascuna impresa avrebbe svolto in caso di aggiudicazione, in violazione dell'art. 37 comma 4 del Codice dei contratti e delle previsioni dell'art. 2.2.h.1 e 2.6.b del disciplinare (e ciò vale a maggior ragione quando le imprese non abbiano tutti i requisiti previsti dalla legge di gara poiché Bi.Co Due non possiede l'iscrizione di categoria 4 classe C).

La censura è fondata.

3.1 Con riguardo all'ultima contestazione, la Sezione si è recentemente pronunciata sull'argomento (cfr. sentenza 23/1/2012 n. 99, che risulta appellata), sottolineando come secondo il giudice d'appello dal compendio delle norme enucleabili dall'art. 37 del D. Lgs. 163/2006 si desume che, quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'A.T.I. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto, e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (Consiglio di Stato, sez. IV – 27/11/2010 n. 8253): tale obbligo di duplice indicazione è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla morfologia del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (Consiglio di Stato, sez. III – 15/7/2011 n. 4323; sez. V – 8/11/2011 n. 5892, che ha dato conto del consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale ed ha disatteso la richiesta di rimessione dell'affare all'adunanza plenaria; si veda anche T.A.R. Sardegna, sez. I – 19/4/2012 n. 385). Si richiede altresì che la singola impresa componente dell'A.T.I. abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione, il tutto a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione: l'inosservanza di detta regola comporta l'inammissibilità dell'offerta contrattuale, perché implica l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso (Consiglio di Stato, sez. III – 16/2/2012 n. 793).

3.2 In particolare l'art. 37 comma 13 del D. Lgs 163/2006 – con disposizione valida anche per gli appalti di servizi e forniture – stabilisce che i concorrenti riuniti in ATI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta

corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II – 30/4/2012 n. 3891). Il Consiglio di Stato, sez. III – 11/5/2011 n. 2804, ha puntualizzato che:

- a fini di garanzia di effettività della disposizione lo stesso art. 37, al comma 4, statuisce che nel caso di forniture o servizi (alle quali ultime si riferisce appunto la gara all'esame) devono essere specificate le parti della fornitura o del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati;
- l'indicazione delle stesse si rivela dunque requisito di ammissione alla gara e deve quindi provvedersi a tale incumbente nella domanda di partecipazione alla gara (valendo anche per le A.T.I. costituenti, che sono tenute a fornire l'indicazione già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima dell'aggiudicazione) e non in sede di esecuzione del contratto;
- l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio nella necessità di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà la fornitura, non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per rendere edotta l'amministrazione procedente dell'impresa che eseguirà le varie parti dell'appalto e dei requisiti per realizzarle a regola d'arte (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2010 n. 6490), così da permettere la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore ed evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare;
- trattandosi di norma di rilievo pubblicistico di chiara natura imperativa, che è volta a porre la stazione appaltante nelle migliori condizioni per verificare i requisiti di tutti i soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, la sua cogenza è piena a prescindere da un necessario richiamo negli atti di gara e dall'esistenza di una sanzione espressa di esclusione posta a presidio del rispetto della norma; peraltro nella fattispecie l'art. 2.2 h.1 del disciplinare (doc. 14 Cogeme) esige per i raggruppamenti temporanei non ancora costituiti, tra la documentazione di carattere amministrativo, l'indicazione dei servizi o della quota dei servizi affidata a ciascun componente ai sensi dell'art. 37 del D. Lgs. 163/2006, mentre l'art. 2.6 lett. b) – recante le cause di esclusione – prevedeva detta sanzione per il concorrente, da costituirsi in forma di raggruppamento temporaneo che “non abbia dichiarato i servizi o le parti di lavoro a eseguirsi da parte di ciascun operatore economico raggruppato o consorziato, ...”.

3.3 La chiara disposizione dettata, per gli appalti di servizi, dal comma 4 dello stesso articolo 37 – secondo cui “nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati” – non può determinare la non applicazione anche del successivo comma 13 dello stesso articolo: le due disposizioni non sono infatti incompatibili e quella dettata dal comma 4 costituisce (anche) una garanzia di effettività della disposizione di cui al comma 13 (Consiglio di Stato, sez. III – 15/7/2011 n. 4323).

3.4 L'ATI ricorrente ha soddisfatto soltanto parzialmente il descritto obbligo, limitandosi a dare conto della quota di partecipazione al raggruppamento, senza puntualizzare la ripartizione dei compiti ed elencare le prestazioni svolte da ciascuna impresa: infatti la dichiarazione presentata (doc. 13 versato in atti da Cogeme gestioni) dà genericamente conto della rispettiva quota di esecuzione dei servizi nella percentuale del 30% (Aimeri Ambiente) e del 70% (Bi.Co Due) senza altra precisazione, così da impedire il confronto con le quote di partecipazione alla fornitura e con il possesso dei requisiti tecnico-economici.

3.5 A quest'ultimo riguardo è certamente degna di apprezzamento l'obiezione di parte ricorrente circa l'impossibilità di applicare alla fattispecie di cui è causa l'art. 275 del D.P.R. 207/2010, dato che la norma è entrata

in vigore il 10/6/2011, posteriormente alla data di pubblicazione del bando (18/4/2011), ossia all'adempimento che sottopone la competizione alle regole vigenti in quel preciso momento. Pertanto solo l'art. 95 comma 2 resta applicabile alla vicenda esaminata alla luce del principio "tempus regit actum". Tuttavia quest'ultima disposizione, dettata per le ATI, statuisce che "L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria", per cui per Aimeri Ambiente non si registra la dovuta corrispondenza tra requisiti (che dovrebbero superare il 51%) e le prestazioni (limitate al 30%). Detta violazione, combinata con l'omessa descrizione delle singole parti di fornitura di cui ciascun operatore si farà carico, integra una violazione insanabile che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara.

4. Si può quindi prescindere, per ragioni economia processuale, dall'esame dell'ulteriore motivo proposto da Cogeme Gestioni ed afferente alla circostanza che Bi.Co. avrebbe dimostrato i requisiti di capacità economico-finanziaria in misura inferiore alla quota che ha dichiarato di assumere (70%). In questo caso tuttavia ritiene il Collegio che la comprova con il patrimonio netto (fornita per il 31%, ossia per una percentuale inferiore alla quota del 70%) poteva essere compensata dalla dimostrazione della capacità – pari al 100% – per i requisiti del fatturato globale nei tre esercizi antecedenti alla pubblicazione del bando (punto 2.2.2. lett. a) e del fatturato per la gestione di servizi analoghi (2.2.2. lett. b). La capacità tecnica in questo caso era suscettibile di una valutazione complessiva e l'adempimento poteva dirsi soddisfatto.

5. In conclusione il gravame incidentale è fondato e deve essere accolto, poiché il raggruppamento ricorrente doveva essere escluso dal confronto comparativo; va di conseguenza dichiarata l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.

La natura interpretativa della questione giustifica la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

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

- accoglie il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.
- dichiara improcedibile il gravame principale per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 24/08/2012

IL SEGRETARIO

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