



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 163 del 2009, proposto da:

KGN S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Nereo Sella, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Zampieri e Gianluca Ghirigatto ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Alessia Sighel in Trento, via Grazioli, n. 104

contro

Comprensorio delle Giudicarie, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Flavio Maria Bonazza ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Trento, Piazza Mosna, n. 8

nei confronti di

EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Thomas Hanauer, rappresentata e difesa dagli avv.ti Anton von Walther e Paolo Devigili ed elettivamente

domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Oss Mazzurana, n. 72

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 005863/I.0101, del 19.6.2009, di esclusione dalla gara per l'appalto del servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo nei Comuni del Comprensorio delle Giudicarie e dei verbali di gara di data 7.5.2009 e 22.6.2009;
- del provvedimento di aggiudicazione della gara;
- nonché di ogni altro atto presupposto e/o successivo, comunque connesso o intervenuto nel procedimento *de quo*.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comprensorio delle Giudicarie;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2010 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 238 di data 24 marzo 2009 il Comprensorio delle Giudicarie ha indetto una procedura aperta per l'appalto del

“Servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo nei comuni del Comprensorio”. L'importo complessivo a base d'asta era pari ad € 1.717.500,00; il contratto aveva durata quinquennale e per la sua aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso; l'analitica descrizione del servizio richiesto era stata demandata alle prescrizioni contenute nell'allegato capitolato speciale.

Per la partecipazione alla gara erano stati fissati alcuni requisiti di capacità tecnica, che dovevano essere posseduti cumulativamente, fra i quali rileva, ai fini della definizione del merito, *“l'esecuzione regolare negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di servizi analoghi a quello in gara per un importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara”* (quindi per un importo equivalente ad € 274.800,00, sommando al massimo tre contratti). La mancanza di tale requisito avrebbe comportato l'esclusione dell'impresa dalla procedura di evidenza pubblica.

2. Alla gara hanno chiesto di partecipare, e sono state ammesse, due sole imprese, la ricorrente KGN S.r.l. e la controinteressata EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l. Nella prima seduta pubblica della Commissione di gara del 7.5.2009 sono state aperte le buste delle offerte tecniche. Con nota del 22.5.2009 la Stazione appaltante ha quindi chiesto alla ricorrente, ad integrazione di quanto presentato in sede di offerta relativamente al previo svolgimento di servizi analoghi, copia dei contratti e le dichiarazioni di regolare esecuzione e del periodo di svolgimento. L'interpellata ha prodotto la detta documentazione il successivo 3 giugno.

Alla comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla procedura di gara di data 9 giugno 2009, ha fatto seguito il provvedimento di esclusione impugnato e datato 19 giugno 2009, prot. n. 005863/I.01.01, assunto dopo l'esame delle controdeduzioni pervenute all'Amministrazione il 16 giugno 2009; e ciò sul rilievo che la documentazione presentata ai fini della dimostrazione dell'esecuzione di "*servizi analoghi*" non sarebbe "*riferita a prestazioni di servizi bensì a forniture*" ed inoltre perché dette forniture "*si riferiscono a 'press container' scarrabili atti alla pesatura e non al controllo volumetrico*" dei rifiuti. Nella seduta del 22 giugno 2009 la Commissione di gara ha ratificato la disposta esclusione e aggiudicato il servizio all'impresa EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l. con la quale, in data 31 luglio 2009, il Segretario generale del Compensorio ha stipulato il contratto di affidamento del servizio in oggetto.

3. Con ricorso notificato in data 18 settembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 28, la società KGN S.r.l. - assumendo di aver presentato l'offerta più vantaggiosa - ha impugnato l'esclusione dalla gara, oltre agli altri atti citati in epigrafe, chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - "violazione dell'art. 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, sulla coerenza degli atti di gara alla previsione del bando e dell'art. 5 del capitolato speciale che riguardano il possesso dei requisiti soggettivi e, in particolare, il concetto dei <servizi analoghi> a quelli oggetto di gara - violazione del principio del *favor participationis*". La ricorrente

denuncia l'ambigua formulazione della *lex specialis*, posto che l'effettivo oggetto dell'appalto in questione sarebbe un complesso di forniture e di servizi; inoltre, deduce che il concetto di “*servizi analoghi*” dovrebbe essere interpretato nel senso di “*esperienze paragonabili*”, nelle quali dovrebbero essere comprese e positivamente valutate le prestazioni da essa documentate e fornite nei confronti di tre nominati Enti;

II - “violazione dell’art. 3 della legge 3.8.1990, n. 241, per difetto ed irrazionalità di motivazione”, in quanto il provvedimento di esclusione avrebbe acriticamente aderito al parere legale fornito all’Amministrazione in corso di gara dalla società controinteressata EMZ;

III - “illegittimità derivata” dei successivi atti procedurali.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno sia in forma specifica mediante il richiesto annullamento del provvedimento di esclusione impugnato sia, alternativamente, per equivalente, per il mancato utile d’impresa, oltre che per il pregiudizio professionale indotto dalla mancata qualificazione derivante dall’espletamento della commessa in questione.

La ricorrente ha, altresì, chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Il Compensorio delle Giudicarie si è costituito in giudizio argomentatamente chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

6. Nei termini di rito si è costituita in giudizio la società

controinteressata EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l., anch'essa concludendo per la reiezione del ricorso.

7. Con ordinanza n. 108, adottata nella camera di consiglio di data 8 ottobre 2009, la domanda cautelare è stata accolta.

8. In vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e presentato memorie conclusionali.

9. Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il bando dell'appalto di servizi n. 238 del 2009 il Comprensorio delle Giudicarie ha indetto una procedura aperta con aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso del "*Servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo nei comuni del Comprensorio*", ai fini del calcolo della tariffa da applicarsi a ciascun utente dal 1° gennaio 2010.

L'appalto aveva dunque per oggetto "*la fornitura e la gestione di un sistema di misurazione puntuale dei conferimenti del rifiuto residuo*" tramite:

- l'applicazione sul coperchio di tutti i contenitori del rifiuto residuo (di tipo seminterrato da 3000 / 5000 litri, o da 1100 litri su ruote, già in dotazione del Comprensorio) di un apparecchio dotato di autonomia energetica in grado di controllare il numero dei conferimenti ed il loro volume, consentendo conferimenti massimi di 20 litri;
- la chiusura dei coperchi, affinché l'utente non introduca rifiuti senza utilizzare la bocca di controllo e di misurazione;

- la fornitura a ciascun utente di una chiave elettronica, di formato tascabile, per permettere l'apertura dell'apparecchiatura ed il controllo dei conferimenti;
- la rilevazione tramite software del codice di ciascuna chiave e dunque di ogni utente, dell'ora e della data di utilizzo, del numero dei conferimenti; il trasferimento dei dati alla stazione appaltante ai fini della fatturazione del quantitativo dei rifiuti introdotti da ciascun utente nel contenitore;
- la manutenzione programmata di tutte le apparecchiature ed un servizio di reperibilità 24 ore su 24 per l'eliminazione di ogni tipo di guasto, con ripristino della funzionalità entro 24 ore dalla segnalazione.

La durata del contratto era prevista in cinque anni, rinnovabile per altri due in presenza di prescritte condizioni. In tal caso, era stato stabilito che gli apparecchi posti sui coperchi dei contenitori rimanessero di proprietà del Comprensorio.

2. Fra i requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla procedura, il bando aveva previsto *“l'esecuzione regolare negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di servizi analoghi a quello in gara per un importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara”*, quindi per un importo equivalente ad € 274.800,00 sommando al massimo tre contratti.

3. La ricorrente aveva presentato tre certificati di regolarità di forniture prestate ad altrettanti stazioni appaltanti (Etra S.p.A., Comune di Vadena e Mantova Ambiente S.p.A. per il Comune di

Marmiolo), aventi ad oggetto sia la fornitura di press container scarrabili con un impianto di identificazione a transponder e pesatura dei rifiuti, sia un contratto di locazione con patto di riscatto per contenitori di varia volumetria, anch'essi provvisti di transponder con sistema di identificazione su mezzi e gestione di svuotamenti delle utenze in *white list*. Essa è stata, tuttavia, esclusa dalla gara con la motivazione che non avrebbe dimostrato l'espletamento di servizi analoghi, perché le prescrizioni del bando sarebbero state riferite a servizi e non a forniture ed inoltre perché le predette forniture “*si riferiscono a press container scarrabili atti alla pesatura del rifiuto e non al controllo volumetrico*”.

KGN S.r.l. ha quindi impugnato la disposta esclusione, affermando di aver presentato il prezzo complessivo più vantaggioso, come da copia di detta offerta (cfr., documento n. 11 in atti di parte ricorrente).

4a. Premette al riguardo il Collegio che la clausola inerente al previo svolgimento di “*servizi analoghi*” in un predeterminato periodo e per un definito importo, prevista dai bandi quale requisito di capacità tecnica ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, deve essere intesa non nell'accezione di prestazioni identiche, ma di quelle che, pur discostandosi da quanto richiesto dalle stazioni appaltanti, pervengano peraltro, ancorché tramite diverse modalità operative, allo stesso risultato finale. A tal fine, occorre, quindi, mettere a confronto le prestazioni già rese rispetto a quelle prescritte dal bando di gara per accertare se ciascun offerente abbia maturato quella necessaria esperienza nei servizi richiesti, senza che rilevi sulla scorta di quale

contratto siano stati prestati (cfr., in termini, T.A.R. Lombardia, sezione staccata di Brescia, 12.6.2009, n. 1204).

A ciò deve essere soggiunto che, in sede di valutazione del visto requisito, il significato da attribuire al concetto di “*servizi analoghi*” appare di diverso rilievo con riferimento al parametro dell’offerta al prezzo più basso rispetto a quella economicamente più vantaggiosa, ove l’aggiudicazione è la risultante finale di un apprezzamento razionale, adeguato e proporzionato alle caratteristiche delle concrete offerte individuate sul mercato, fra le quali effettuare la selezione della migliore.

Il ruolo assolto dalla qualità della previa prestazione svolta dall’operatore che si ricerca con la pubblica gara, ove all’opposto l’aggiudicazione sia pronunciata in via del tutto automatica a favore del prezzo più basso, esige, infatti, una più meditata analisi del requisito della capacità tecnica che attesta la corrispondenza della prestazione, della fornitura o dei lavori compiuti al modello delineato dal bando di gara o dai vari capitolati tecnici.

4b. Tornando al caso in esame, dalla copia del contratto di leasing stipulato da KGN con TEA S.p.A. (Mantova), per il Comune di Marmirolo, si evince che la deducente ha fornito un transponder su contenitori da 120 litri per rifiuti indifferenziati, alcuni dotati di serratura, il quale viene riconosciuto dalle attrezzature collocate sui mezzi di svuotamento al fine di “*permettere di risalire all’utente per effettuare la tariffazione ... la registrazione del tipo di rifiuto raccolto, del volume del contenitore e del numero di svuotamenti dello stesso*”; che dette operazioni

sono gestite da un software che scarica i dati e li mette a disposizione dell'Amministrazione. Dalla documentazione prodotta consta, inoltre, che KGN ha stipulato con lo stesso Ente un contratto di manutenzione, sia preventiva che correttiva, dei sistemi di identificazione.

4c. Dal confronto fra il bando e il capitolato della gara *de quo* ed il contratto sopra indicato emergono, indubbiamente, alcuni elementi di somiglianza tra le prestazioni richieste nella gara per cui è causa e quelle già espletate dall'istante; e ciò sia con riguardo alla fornitura e installazione di alcune serrature e di un sistema a transponder in grado di identificare il cassonetto e, quindi, i singoli utenti, e di gestire i dati con un programma informatico, sia con riferimento alle diseguali - ma non divergenti, modalità di svolgimento delle operazioni di manutenzione (sia programmata che su chiamata), oltre che del servizio di reperibilità.

Tuttavia, emerge, altresì, che i contenitori e il metodo di identificazione dell'utenza legato al contenitore sono propri di un sistema di raccolta dei rifiuti "porta a porta" che, sul piano obiettivo, appare significativamente diverso da quello alquanto più evoluto in atto nel territorio del Comprensorio delle Giudicarie.

Infatti, i contenitori da 120 litri che sono stati forniti da KGN al Comune di Marmirolo possono essere utilizzati da un singolo utente e permettono il solo riscontro del volume presente nel contenitore al momento dello svuotamento, oltre che del numero degli svuotamenti; un dispositivo collocato sul mezzo di svuotamento riconosce, infatti,

il transponder applicato al contenitore e consente di risalire al nominativo dell'utente che ha ricevuto in dotazione quel singolo contenitore.

All'opposto, il sistema per la raccolta dei rifiuti indifferenziati organizzato dalla Stazione appaltante, che coordina 500 punti di raccolta dislocati nei 40 comuni del Comprensorio, prevede contenitori assai più capienti e non riservati alla fruizione di un singolo utente, perché indifferentemente utilizzabili da un numero indeterminato di soggetti singolarmente individuati non già al momento dello svuotamento, ma in quello di ogni conferimento tramite chiave elettronica assegnata a ciascuno di essi. Inoltre, solo tale chiave permette di aprire la bocca del contenitore situata sull'apparecchiatura, dotata di autonomia energetica a differenza di quelli forniti per la raccolta porta a porta dalla ricorrente, che copre e sigilla il cassonetto per inibire l'inserimento di rifiuti da parte di terzi. Detta apparecchiatura consente, infatti, l'inserimento di una cosiddetta *black list* al fine di inibire l'accesso ad altri utenti.

L'elemento peculiare che contraddistingue il sistema si caratterizza, pertanto, per la drastica riduzione del numero dei contenitori e nell'immediata individuazione di ogni utente, oltre che nella quantificazione differenziata per ciascuno di essi del numero e del volume dei conferimenti effettuati.

Tale differenziata modalità di raccolta dei rifiuti, che rappresenta un'indubbia evoluzione sul piano dell'organizzazione e della gestione del relativo servizio, induce il Collegio ad escludere che la pregressa

fornitura eseguita da KGN per TEA S.p.A. dimostri il possesso del requisito richiesto dal bando di gara, ancorché sia stata espressamente consentita la possibilità di valorizzare servizi analoghi: il vero è, infatti, che gli estremi dell'analogia devono essere nella specie esclusi, essendo diverso il risultato cui si perviene con l'uno e l'altro sistema di raccolta sopra esaminato. Da una parte, infatti, assolvono ruolo decisivo ed assorbente le diverse modalità di ricezione dei rifiuti sul territorio e, dall'altra, l'immediata individuazione degli utenti con possibilità di una corrispondente raccolta dei relativi dati personali e dello scarico in sede centrale, associata all'esclusione di terzi, non identificati dalla ridetta chiave elettronica, dall'uso del contenitore per il rilascio dei rispettivi rifiuti.

4d. A tale negativa conclusione per la deducente deve comunque pervenirsi anche per la considerazione che il contratto tra la ricorrente e TEA S.p.A. non soddisfa sul piano della capacità finanziaria il requisito prescritto dal bando di gara, ove era stato concorrentemente stabilito che la regolare esecuzione negli ultimi tre anni di servizi analoghi dovesse raggiungere *“un importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara”*, quindi una somma equivalente ad € 274.800,00 *“sommando al massimo tre contratti”*. Difatti, l'importo complessivo del visto contratto, comprensivo della locazione di contenitori di diversa volumetria e dell'insieme dei servizi sopra descritti, ammonta ad € 198.000,00, inferiore a quello prescritto.

A differenza di quanto assume la ricorrente, a detta cifra non possono sommarsi gli importi degli altri contratti sottoscritti con Etra S.p.A. e

con il Comune di Vadena, trattandosi di prestazioni del tutto dissimili fra di loro e, cioè, di mera fornitura senza alcun servizio di gestione, di assistenza e di reperibilità, rispettivamente di 9 e di 6 press container scarrabili a gestione informatizzata; il che segnala prodotti che per funzione e per dimensione non sono affatto comparabili con un sistema di misurazione del rifiuto, previa individuazione dell'utente tramite chiave elettronica da sistemarsi sul coperchio dei cassonetti.

In altri termini, il concetto di servizi analoghi non può essere dilatato fino a ricomprendere qualunque attività di raccolta e di pesatura dei rifiuti che non sia assimilabile a quella oggetto dell'appalto *de quo*, ivi comprese attività costituenti solo operazioni di vendita senza alcuna correlata prestazione di servizi (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 17.3.2009, n. 1589).

4e. Ne consegue che il primo motivo di ricorso deve essere disatteso.

5a. Miglior sorte non spetta al secondo mezzo, con il quale la ricorrente lamenta che il provvedimento di esclusione avrebbe acriticamente aderito al parere legale fornito all'Amministrazione in corso di gara dalla controinteressata EMZ e che il provvedimento di esclusione si fonderebbe esclusivamente su valutazioni formalistiche dei contratti prodotti quali referenze della capacità tecnica e finanziaria.

5b. Deve essere, infatti, disattesa in fatto quella parte della censura riferita alla valutazione delle referenze prodotte, posto che, diversamente da quanto avvenuto in corso di gara, ove era stato prodotta soltanto una copia parziale del contratto con Tea S.p.A., nel

presente giudizio è stato accertato che la determinazione conclusiva di esclusione dalla gara non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

5c. Per quanto concerne l'istruttoria eseguita dal Compensorio, è ben vero che il rappresentante della controinteressata aveva immediatamente sollevato eccezioni sull'effettivo significato della dichiarazione presentata da KGN circa il possesso del requisito della capacità tecnica, obiezioni poi diffusamente reiterate con una nota presentata il 25 maggio. Tuttavia, deve ritenersi che alla contestata determinazione l'Amministrazione aggiudicatrice sia pervenuta in modo autonomo: ad una prima richiesta datata 22 maggio 2009 di documenti integrativi, cui la ricorrente ha risposto il successivo 29 maggio, ha fatto seguito immediatamente dopo la nota, datata 9 giugno, di comunicazione dell'avvio del procedimento volto all'esclusione dalla gara con l'assegnazione del termine per proporre osservazioni. In detta nota erano state anticipate le conclusioni cui intendeva pervenire la Stazione appaltante, sul rilievo che le documentate forniture non sarebbero state riferibili a servizi di controllo volumetrico dei rifiuti. Alle successive controdeduzioni della ricorrente del 16 giugno è stata, infine, data risposta con l'impugnato provvedimento di esclusione; con esso si concludeva una complessa istruttoria, puntualizzandosi che, in capo alla ricorrente, non poteva essere riconosciuto il possesso del requisito tecnico dello svolgimento di pregressi servizi analoghi come imposto dalla *lex specialis*.

6. Infine, per le ragioni già svolte nella motivazione che precede, deve essere disattesa la censura di illegittimità derivata avanzata nei confronti degli atti del procedimento successivi all'impugnata esclusione.

7. In conclusione, il ricorso non è fondato e deve essere di conseguenza respinto, congiuntamente alla domanda di risarcimento del danno.

Sussistono giusti motivi, vista la peculiarità della vicenda sopra definita, per disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 163 del 2009, lo respinge.

Compensa le spese del giudizio.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO