

N. 00474/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00220/2009 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 per la Lombardia**  
**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 220 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

APRICA SPA, in proprio e quale mandataria dell'Ati con H.HAFNER & C. OHG SNC, COOPSERVICE SOCIETÀ COOPERATIVA, ELETTRICITÀ CARRARA & C. SAS, rappresentata e difesa dagli avv. Vito Salvadori e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via XX Settembre 8;

***contro***

ISTITUTO ZOOPROFILATTICO SPERIMENTALE DELLA LOMBARDIA E DELL'EMILIA ROMAGNA, rappresentato e difeso dagli avv. Fiorenzo Bertuzzi, Gianpaolo Sina, Silvano Venturi, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via Diaz 9;

*nei confronti di*

SAMECO SRL, in proprio e quale mandataria dell'Ati con NEW CONSULT AMBIENTE SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Antonella Lo Conte e Marina Massironi, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Bezzi in Brescia, via Cadorna 7;

*per l'annullamento*

- del verbale del 14 novembre 2008, nella parte in cui ammette alla gara l'ATI controinteressata (appalto per lo smaltimento di rifiuti pericolosi di origine sanitaria);
- del verbale del 2 dicembre 2008, nel quale è riportata la formazione della graduatoria finale con al primo posto l'ATI controinteressata;
- della deliberazione dirigenziale n. 28 del 28 gennaio 2009, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI controinteressata;
- della deliberazione dirigenziale n. 119 del 18 marzo 2009, con la quale è stato affidato il servizio all'ATI controinteressata dal 23 marzo 2009 al 22 marzo 2013;
- dell'allegato B della lettera di invito, nella parte in cui prevede che nel caso di raggruppamenti temporanei la cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno del fideiussore in vista dell'aggiudicazione devono essere presentate solamente dall'impresa capogruppo;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna e dell'ATI

Sameco srl - New Consult Ambiente srl;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Con bando spedito alla GUUE il 1 agosto 2008 l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna ha indetto una procedura ristretta ai sensi degli art. 54 e 55 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163 per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti pericolosi di origine sanitaria presso la sede di Brescia e le sezioni diagnostiche provinciali della Lombardia e dell'Emilia Romagna.

2. L'appalto ha durata pari a quattro anni. L'importo presunto è stato stimato in € 1.240.000 (IVA esclusa). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del prezzo più basso ex art. 82 del Dlgs. 163/2006 con offerta a prezzi unitari. Alla gara potevano partecipare raggruppamenti temporanei di imprese (ATI) sulla base della disciplina di cui agli art. 34 e 37 del Dlgs. 163/2006.

3. Il presente ricorso è principalmente focalizzato su una delle disposizioni dell'allegato B della lettera di invito, e precisamente sul punto in cui si prevede che nel caso di raggruppamenti temporanei la

cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno del fideiussore in vista dell'aggiudicazione devono essere presentate "solamente dall'impresa capogruppo".

4. La (costituenda) ATI controinteressata, composta dalla mandataria Sameco srl e dalla mandante New Consult Ambiente srl, ha presentato una polizza fideiussoria nella quale figura come contraente unicamente la mandataria. La polizza sostituisce la cauzione provvisoria ex art. 75 del Dlgs. 163/2006, e contiene inoltre l'impegno ex art. 113 del Dlgs. 163/2006 al rilascio della garanzia fideiussoria nel caso di aggiudicazione. La formulazione della polizza, nella parte in cui sostituisce la cauzione provvisoria, fa riferimento alla sola mandataria ("a garanzia dell'adempimento degli oneri ed obblighi derivanti dalla sua partecipazione alla gara d'appalto"). Parimenti la polizza, nella parte in cui contiene l'impegno al rilascio della garanzia fideiussoria, precisa che tale adempimento è previsto per il caso di vittoria della mandataria ("qualora l'offerente risulti affidatario").

5. L'ATI controinteressata è stata ammessa alla gara (verbale del 14 novembre 2008) e si è collocata al primo posto (verbale del 2 dicembre 2008), ottenendo poi l'aggiudicazione definitiva (deliberazione dirigenziale n. 28 del 28 gennaio 2009) e l'affidamento del servizio dal 23 marzo 2009 al 22 marzo 2013 (deliberazione dirigenziale n. 119 del 18 marzo 2009).

6. La (costituenda) ATI ricorrente, composta dalla mandataria Aprica

spa e dalle mandanti H. Hafner & C. OHG snc, Coopservice Società Cooperativa, Elettrochimica Carrara & C. sas, si è collocata al secondo posto.

7. Con atto notificato il 26 febbraio 2009 e depositato il 27 febbraio 2009 l'ATI ricorrente ha presentato impugnazione contro l'allegato B della lettera di invito e contro gli atti di gara sostenendo che l'ATI controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa in primo luogo per aver prestato una cauzione provvisoria sottoscritta dalla sola mandataria e riferita esclusivamente alla stessa, e secondariamente per la mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria in capo alla mandante New Consult Ambiente srl. Le censure si possono sintetizzare come segue: (i) violazione dell'art. 37 comma 8 e dell'art. 75 del Dlgs. 163/2006, in quanto solo con una polizza che menzioni anche le mandanti sarebbe possibile garantire la stazione appaltante nei confronti di tutti gli inadempimenti della procedura (in particolare per il caso in cui le mandanti non conferiscano dopo l'aggiudicazione il mandato alla mandataria impedendo la sottoscrizione del contratto); (ii) violazione degli art. 41 e 42 del Dlgs. 163/2006, in quanto la mandante New Consult Ambiente srl espressamente riconosce di non avere esperienza nel settore dello smaltimento di rifiuti speciali di origine sanitaria. I medesimi argomenti sono sviluppati anche nei motivi aggiunti notificati il 19 maggio 2009 e depositati il 28 maggio 2009.

8. Il Comune e l'ATI controinteressata si sono costituiti in giudizio

chiedendo la reiezione del ricorso. In via preliminare sono state eccepite la tardività del ricorso e la carenza di interesse di Aprica spa ai sensi dell'art. 23-bis comma 9 del DL 25 giugno 2008 n. 112 (si afferma che tale società non potrebbe comunque conseguire il servizio in questione perché gestore di servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto). Questo TAR con ordinanza n. 195 del 13 marzo 2009 ha respinto la richiesta di sospensione cautelare degli atti impugnati.

9. L'impostazione assunta in sede cautelare deve essere confermata anche nel merito, per le ragioni di seguito indicate:

(a) innanzitutto si osserva che la ricorrente Aprica spa, nonostante la sua qualità di gestore di servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, ha interesse a proporre impugnazione, non rientrando nelle ipotesi di esclusione dalla gara stabilite dall'art. 23-bis comma 9 del DL 112/2008;

(b) in realtà la fattispecie in esame, a differenza della gestione integrata dei rifiuti urbani, non appartiene alla sfera dei servizi pubblici ma costituisce oggetto di un ordinario appalto di servizi. I rifiuti sanitari, definiti dal DPR 15 luglio 2003 n. 254, possono essere prodotti tanto da strutture pubbliche quanto da strutture private. Le operazioni di raccolta-trasporto-smaltimento, benché di rilevante interesse pubblico per ragioni igienico-sanitarie e sotto il profilo della spesa sanitaria nazionale, non costituiscono un servizio rivolto alla collettività ma prestazioni rese agli enti che sono responsabili della

produzione dei rifiuti stessi;

(c) è vero peraltro che l'art. 23-bis comma 9 del DL 112/2008 impedisce agli affidatari diretti di servizi pubblici non solo l'assunzione tramite gara di ulteriori servizi pubblici ma anche lo svolgimento di "servizi o attività" per altri enti pubblici o privati. Tuttavia, a parte il problema posto dalla formulazione molto ampia della norma (che in una prospettiva di proporzionalità comunitaria dovrebbe essere interpretata restrittivamente, in modo da collegare più precisamente la sanzione dell'esclusione dagli appalti al vantaggio comparativo acquisito in uno specifico settore grazie all'affidamento diretto), occorre sottolineare che l'art. 23-bis del DL 112/2008 è stato inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008 n. 133, ossia, per quanto interessa il presente giudizio, dopo l'approvazione e la spedizione del bando di gara. Dunque le disposizioni limitative della capacità dei soggetti economici non possono trovare applicazione, sia per il generale sfavore verso la retroattività in malam partem, sia perché il comma 12 dell'art. 23-bis fa salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione;

(d) non può essere accolta neppure l'eccezione di tardività del ricorso. Il fatto che un rappresentante dell'ATI ricorrente abbia partecipato alla riunione del 14 novembre 2008, nella quale si è presa visione della polizza fideiussoria dell'ATI controinteressata, appare irrilevante, in quanto l'interesse all'impugnazione è divenuto attuale

solo una volta accertato l'esito definitivo della gara. D'altra parte occorre anche sottolineare che per i vizi interni alla documentazione tecnico-amministrativa (non sempre immediatamente percepibili nei tempi contingentati della procedura di gara) la piena conoscenza si può presumere normalmente dopo che la stazione appaltante abbia ottemperato alla domanda di accesso;

(e) passando agli argomenti di merito, la disposizione della lettera di invito che prevede la presentazione di una polizza fideiussoria stipulata dalla sola impresa mandataria è coerente con l'orientamento emerso in giurisprudenza che ritiene una simile polizza comunque in grado di tutelare la stazione appaltante da qualsiasi inadempimento procedurale e dalla mancata sottoscrizione del contratto (v. CS Sez. V 17 marzo 2003 n. 1384; CS Sez. V 25 gennaio 2003 n. 356);

(f) in senso opposto l'ATI ricorrente richiama la pronuncia di CS ad.plen. 4 ottobre 2005 n. 8, nella quale si distingue tra l'efficacia del contratto di fideiussione e la determinatezza dell'oggetto di tale contratto. Perché sorga un valido ed efficace obbligo fideiussorio non è neppure necessaria la sottoscrizione della mandataria, e quindi a maggior ragione non servono le sottoscrizioni delle mandanti, in quanto il vincolo contrattuale si instaura direttamente tra il garante e la stazione appaltante che riceve la comunicazione della garanzia (v. art. 1333 e 1936 c.c.). Per determinare con precisione l'oggetto della garanzia è però considerato indispensabile che il garante abbia in qualche modo preso atto della presenza, accanto alla mandataria,



delle mandanti che faranno parte dell'ATI;

(g) la giurisprudenza successiva (v. CS Sez. VI 28 febbraio 2006 n. 893) ha mantenuto questa distinzione ma ha focalizzato maggiormente l'attenzione sugli indizi che consentono di considerare ricompreso nella polizza fideiussoria sottoscritta dalla mandataria anche l'inadempimento causato dal comportamento delle mandanti;

(h) così sintetizzato l'attuale quadro interpretativo, si osserva come nel caso in esame vi siano alcuni elementi in grado di estendere, direttamente o indirettamente, il contenuto della garanzia a tutti i soggetti dell'ATI costituenda. In particolare: (1) in conformità all'art. 37 comma 8 del Dlgs. 163/2006 la domanda di partecipazione alla gara è stata sottoscritta anche dalla mandante New Consult Ambiente srl, con la conseguente assunzione di un obbligo solidale per quanto riguarda la futura stipula del contratto; (2) nella polizza fideiussoria è stata inserita ai sensi dell'art. 75 comma 4 del Dlgs. 163/2006 la clausola di pagamento entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante: tale clausola rende autonoma la garanzia fideiussoria rispetto al rapporto debitorio principale (v. Cass. civ. SU 18 febbraio 2010 n. 3947) e consente alla stazione appaltante di ottenere un indennizzo per l'inadempimento senza dover accertare quale sia il soggetto dell'ATI costituenda che in concreto ha impedito alla mandataria di adempiere; (3) sotto il profilo della certezza del diritto la scelta della stazione appaltante di individuare la sola mandataria come referente per le incombenze

della gara, essendo espressa nella lettera di invito, ha la massima visibilità e rende evidente che l'eventuale inadempimento delle mandanti si confonde e si concentra nell'inadempimento della mandataria;

(i) in definitiva si può ritenere che la stazione appaltante abbia correttamente considerato la polizza fideiussoria presentata dalla mandataria Sameco srl come una garanzia idonea a sostituire la cauzione provvisoria;

(j) non appare condivisibile neppure il secondo motivo di ricorso, con il quale si lamenta la violazione degli art. 41 e 42 del Dlgs. 163/2006 per il fatto che la mandante New Consult Ambiente srl non ha ancora maturato una sufficiente esperienza nel campo dei rifiuti speciali di origine sanitaria. In proposito si osserva che la mandataria Sameco srl possiede da sola i requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dal bando (fatturato globale triennale nel settore dei rifiuti non inferiore a € 2.500.000 e importo globale triennale per servizi identici non inferiore a € 1.200.000). Il bando non prevede che nel caso di raggruppamenti temporanei le imprese partecipanti debbano concorrere al raggiungimento delle predette soglie secondo proporzioni rigidamente stabilite. Al contrario, lo stesso schema predisposto dalla stazione appaltante per la dichiarazione sostitutiva sui requisiti di capacità economico-finanziaria specifica, sia pure con una formula di non lineare chiarezza, che nei raggruppamenti temporanei gli importi devono

essere posseduti “in misura complessiva”, ossia prendendo come riferimento l’ATTI e non le singole imprese partecipanti.

10. In conclusione il ricorso deve essere respinto. La complessità di alcune questioni consente l’integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Le spese sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l’intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

**L’ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2011

IL SEGRETARIO

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