



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 557 del 2012, proposto da:

CICLAT AMBIENTE Soc Coop, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Patrizio Mereu, con domicilio eletto presso avv. Massimo Massa in Cagliari, piazza del Carmine N.22;

contro

UNIONE COMUNI TREXENTA, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Pubusa, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Tuveri N.84;

nei confronti di

-COSIR a rl, rappresentato e difeso dall'avv. Matilde Mura, con domicilio eletto presso Matilde Mura in Cagliari, via Ancona N.3;

-Ditta PODDIE Redento;

per l'annullamento

- della determinazione n. 48 del 4.7.2012, emessa dal Responsabile del Servizio Tecnico Comunale, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione del "servizio per la gestione integrata dei rifiuti urbani nei comuni facenti parte dell'Unione", alla controinteressata COSIR;

- di tutti i verbali di gara, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto;

e di ogni altro atto presupposto, prodromico o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione Comuni Trexenta e del Cosir;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Cosir;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori l'avv. Massimo Massa, in sostituzione dell'avv. Marcello Mereu, per la parte ricorrente, l'avv. Andrea Pubusa per l'Amministrazione resistente e l'avv. Matilde Mura per la controinteressata-ricorrente incidentale Cosir;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'UNIONE dei COMUNI della TREXENTA ha indetto una gara di appalto per l'affidamento del servizio rifiuti (raccolta differenziata porta a porta) per 36 mesi per 7 Comuni appartenenti all'Unione (Senorbì, Gesico, Guamaggiore, Siurgus Donigala, Ortacesus, Selegas, Suelli) per un totale di 12.439 abitanti per l'ammontare complessivo di euro 2.870.560 + IVA (base d'asta annuale dall'1/1/2013 euro 995.120).

Nel bando (Allegato B) sono stati individuati i "criteri di valutazione delle offerte":

A): prezzo punti 35;

B): qualità della proposta tecnica in ordine alla coerenza ed efficienza delle modalità operative, all'affidabilità e funzionalità nella esecuzione dei servizi : punti 40;

C): servizi aggiuntivi: punti 5;

D) incremento occupazione : 5 punti

A sua volta la lex specialis specificava, per la voce B (40 p.), 3 sub criteri:

-25 punti per l'organizzazione dei circuiti di raccolta trasporto e l'articolazione delle modalità operative in relazione all'efficacia ed alla soddisfazione utenti;

-10 punti per il dimensionamento del servizio in relazione a mezzi e personale (elenco mezzi corredato da schede tecniche e immagini);

-5 punti organizzazione del centro operativo territoriale.

La ricorrente CICLAT, risultata terza con punti 69.09, e con RICORSO PRINCIPALE consegnato per la notifica il 3 agosto 2012 e depositato il successivo 8/8, ha formulato le seguenti censure:

1) violazione e/o falsa applicazione del capitolato speciale d'appalto, con riferimento agli articoli 2, 8 e 13 - violazione dei chiarimenti resi della stanza da appaltante in riferimento al bando di cui alla nota n. 387 del 21/2/2012 - eccesso di potere per carenza di istruttoria il difetto di motivazione;

in particolare CONTRO PODDIE:

-si contesta la quantità annua di rifiuti computata nei costi, inferiore (512 t di organico e 566 t di secco) rispetto a quella reale e stimata dalla stazione appaltante, con una perdita di impresa qualora i costi di smaltimento venissero aggiornati ai quantitativi reali (1600 t di organico più 1800 t di secco);

-si contesta l'inserimento di elementi economici nell'ambito della proposta tecnica, con violazione del principio di separazione tra valutazione tecnica ed economica;

CONTRO COSIR si contesta:

-l'inserimento, in proposta, di un "limite massimo di quantitativo" per il quale il consorzio si farà "carico degli oneri di smaltimento" (4.300 tonnellate /anno), pag. 13 della relazione tecnica Cosir, mentre il corrispettivo dell'appalto non dovrebbe avere alcun limite, dovendo l'esercente provvedere a raccogliere, trasportare e conferire all'impianto di smaltimento "qualsivoglia quantità di rifiuti raccolta";

-limitazione alla raccolta della plastica ai soli "imballaggi primari";

-limitazione alla raccolta del vetro ai soli "imballaggi";

-per la raccolta "ingombranti" si prevede la necessità di un' "apposita area messa a disposizione autorizzata dall'Unione e regolarmente iscritte al centro di coordinamento"; e si rinvencono insufficienze nella proposta tecnica in relazione alle modalità di raccolta, con turni ritenuti inadeguati (4 ore più quattro settimanali) e a costo orario per l'automezzo inverosimile (4 euro/h) comprensivo di consumi;

-mancata individuazione degli orari di raccolta (previsti dalla stazione appaltante dalle 05 alle 10);

-carenze di individuazioni tecniche di riposizionamento dei contenitori; indeterminatezza dei siti di conferimento,

con individuazione delle relative distanze; calendari di raccolta non coincidenti con quelli richiesti dal capitolato per secco, carta e plastica; violazione delle prestazioni minime richieste dalla Lex specialis;

-mancata individuazione del parco automezzi; individuazioni di un orario insufficiente per la raccolta;

-omessa indicazione del costo di ammortamento dei mezzi delle attrezzature.

Si ritiene, su queste basi, non giustificato l'attribuzione del punteggio massimo (10 punti) a COSIR per il "dimensionamento del servizio in relazione ai mezzi e al personale";

con richiesta di CTU per la valutazione del progetto presentato in gara, che si ritiene illogico, irrazionale e arbitrario;

2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 – eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità manifesta;

si contesta in ricorso la mancanza di "motivazioni" nell'assegnazione dei punteggi alle varie voci e sotto-voci previste dal bando per la valutazione del "progetto tecnico" – si lamenta che Poddie e Cosir avrebbero ottenuto in modo del tutto ingiustificato il massimo dei punteggi, mentre al CICLAT otteneva punteggi molto inferiori – insufficienza del voto numerico a dare contezza delle ragioni dell'apprezzamento;

IN VIA SUBORDINATA:

si impugna l' "allegato B" del Capitolato speciale contenente i Criteri di valutazione delle offerte per violazione dell'art. 83 del 163/2006 e 120 del 207/2010 – discrezionalità della Commissione – elementi indicati dal bando generici e indeterminati – apprezzamenti fortemente soggettivi della Commissione .

La controinteressata aggiudicataria COSIR ha controdedotto al ricorso principale e ha anche notificato il 4.9.2012 e dep. il 7.9 RICORSO INCIDENTALE sostenendo che CICLAT avrebbe dovuto essere esclusa per una serie di motivi, così sintetizzabili:

-cauzione provvisoria: mancanza procura recante i poteri di firma dell'assicuratore (compiuta autocertificazione dello stesso);

-non corrispondenza del requisito richiesto di servizio analogo nel 2011 (Comuni di Forlimpopoli e di Porto Torres) – violazione art. 4 del Disciplinare;

-omessa dichiarazione di aver preso visione dei luoghi (non inserita nel Modello predisposto dall'Amministrazione);

-dichiarazioni contraddittorie in tema di L. 68/1999 disabili;

-mancanza dichiarazione del Responsabile Tecnico dell'Albo Gestori Ambientali della "Ciclat Trasporti" (cedente ramo d'azienda alla Ciclat Ambiente, nel 2010) – prodotte solo le dichiarazioni del legale rappresentante, del Presidente e dal Direttore Tecnico della Ciclat Trasporti – mentre anche il Responsabile Tecnico (della cedente), in quanto figura assimilabile a quella del D.T. avrebbe dovuto rendere la dichiarazione;

-omessa valutazione da parte della stazione appaltante della condanna dichiarata dal vice presidente (giugno 2011 - ammenda 791,81), in materia di sicurezza del lavoro;

-a fronte dell'organico medio richiesto di 20 dipendenti, la Ciclat ha solo 9 dipendenti (2 quadri e 7 amministrativi) e la decisione di considerare la forza lavoro degli associati sarebbe incongrua ;

-anche la Ciclat avrebbe individuato un quantitativo massimo di rifiuti, con oneri di smaltimento a proprio carico, emergente dal quadro economico giustificativo (4249,66 tonnellate, in violazione dell'art. 2 del capitolato speciale, che non prevede alcun limite (vizio speculare al primo vizio sollevato in ricorso principale).

Si è costituita in giudizio anche l'Amministrazione sostenendo la legittimità dell'operato dell'Unione dei Comuni.

La trattazione della domanda cautelare, fissata per il 3.10.2012, è stata riunita al merito.

Ampie memorie sono state prodotte da ricorrente principale e ricorrente incidentale per controbattere le censure e sostenere le rispettive tesi.

All'udienza del 12 dicembre 2012 il ricorso è stato spedito in decisione

DIRITTO

Alla gara per l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti (per i 7 Comuni, gestito dall'UNIONE) hanno partecipato 3 imprese:

-COSIR aggiudicataria con punti 94, 22;

-PODDIE , con punti 93,58;

-CICLAT AMBIENTE ricorrente, classificatasi terza, con punti 69,09.

Con il ricorso principale CICLAT vorrebbe ottenere l'esclusione sia della prima impresa (COSIR) che della seconda (PODDIE) per ottenere l'aggiudicazione del servizio (come terza e ultima posizionata).

Si contesta, in particolare contro COSIR (l'aggiudicataria) che la sua proposta tecnica sarebbe inidonea rispetto alle previsioni di gara, per una molteplicità di profili, specie nell'articolazione del prospettato servizio (e sintetizzati nella precedente parte dedicata al fatto).

In via subordinata si chiede comunque l'annullamento dell'intera gara.

L'aggiudicataria COSIR ha formulato con ricorso incidentale una serie di censure, sostenendo che CICLAT avrebbe dovuto essere invece esclusa dalla gara per 8 motivi (per il quinto non si insiste in memoria, ancorchè non formalmente rinunciato).

Si premette, per fare chiarezza in relazione ai "quantitativi" di rifiuti da smaltire previsti nei rispettivi progetti tecnici (elemento oggetto sia per il primo vizio del ricorso principale sia dell'ultimo vizio del ricorso incidentale) che la stazione appaltante:

- ha individuato il numero degli abitanti in 12.439;

- ha individuato il numero delle utenze domestiche che fruiscono del servizio (4600) e di quelle specifiche (420) –cfr. artt. 26 e ss. del capitolato speciale-, con indicazione della capienza dei contenitori e dei tumi di frequenza settimanali (differenziati in base alla tipologia del rifiuto);

-ha individuato un sistema di "revisione del canone", in relazione alla "variazione dei costi di smaltimento" (aggiornamento del canone) –cfr. art. 7-;

-ha individuato un sistema di variazione dell'importo di contratto in caso di "variazione del numero degli abitanti", in relazione al costo medio per abitante; con facoltà di risoluzione in caso di variazione superiore a un quarto (cfr. ultimo punto dell'art. 7 del capitolato speciale).

Le offerte sono state calibrate in relazione ai dati emersi nell'anno precedente e forniti dall'Osservatorio regionale ARPAS (quantitativo rifiuti).

L'offerta (relazioni tecniche ed economiche) dovevano cioè necessariamente avere quale dato di riferimento un determinato "quantitativo" di rifiuti da smaltire, in modo da poterne individuare correttamente i costi.

Tale quantitativo annuo è stato conteggiato da CICLAT in 4249 tonnellate e da COSIR in 4.300 t/anno.

**

Il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente il RICORSO INCIDENTALE promosso da COSIR.

1)Il primo vizio è infondato.

La cauzione provvisoria (e l'impegno al rilascio della fidejussione definitiva) è stata sottoscritta dall'assicuratore Paganini Claudio per Assimoco, autocertificando i poteri a lui conferiti con procura notarile.

La previsione normativa sostanziale (art. 75 163/2006) risulta soddisfatta.

L'autocertificazione dei poteri era pienamente ammissibile; non era necessaria l'allegazione della procura notarile

citata e sottoscritta dall'assicuratore nel documento allegato.

Le previsioni della lex specialis che ampliano le cause di esclusione sono nulle per espressa previsione legislativa, che ha fissato il principio di "tassatività" delle cause escludenti, con specifica tipizzazione (cfr. art. 46 1 bis del D. Lgs. 163/2006, come novellato nel 2011 dal DL 70 conv. L. 106 12.7.11).

In materia occorre quindi modificare sostanzialmente l'approccio (anche della giurisprudenza precedente) e l'impostazione generale in materia di fattispecie "automaticamente escludenti" in caso di omissioni. In particolare occorre "vagliare" la tipologia dell'omissione:

-qualora questa implichi un vizio "essenziale" o normativamente richiesto, la mancanza non è suscettibile di integrazione;

-qualora invece questa non sia riconducibile ad una mancanza sostanziale, l'Amministrazione è tenuta a consentire completamenti/specificazioni.

Resta fermo che il disciplinare, dopo la novella, non può richiedere oneri amministrativi ulteriori a carico delle imprese, e tanto meno a pena di esclusione; l'eventuale presenza di tali prescrizioni sono affette da nullità (il che implica la non necessità di impugnazione espressa della clausola, essendo la disposizione priva d'effetto per contrarietà a norma imperativa).

Nel caso di specie l'obbligo di presentazione, per la cauzione provvisoria, del documento dal quale si evincono "i poteri di firma dell'Assicuratore, autenticati o autocertificati ai sensi della vigente normativa" è stato soddisfatto.

2) Assume rilievo il secondo vizio sollevato inerente la mancata sussistenza in capo a CICLAT del "requisito speciale" di "capacità tecnica" richiesta dalla lex specialis di gara (in particolare art. 4.3 del Disciplinare).

L'art. III.2.3 del "Bando" richiede, per la "capacità tecnica", tra gli altri, al punto B:

"elenco dei servizi analoghi negli ultimi 3 anni e tuttora in corso di svolgimento con un minimo totale di almeno 15.000 abitanti";

Il "Disciplinare" di gara, tra i requisiti di capacità tecnica, all'articolo 4 specifica:

-al punto 1) "di aver svolto negli ultimi tre anni servizi analoghi con una popolazione complessiva di 15.000 abitanti per ciascun anno";

-e al punto 3) "di aver gestito nel 2011 almeno un contratto simile con uno o più comuni di almeno 15.000 abitanti con raccolta differenziata superiore al 60%".

Il medesimo Disciplinare all'articolo 6 punto D), in relazione alla capacità tecnica, a richiede la "dichiarazione di avere in corso di svolgimento o avere eseguito servizi analoghi (servizi comunali) a quello in appalto negli ultimi tre anni e tuttora in corso (specificare elenco dei comuni con relativo numero di abitanti e importo, percentuale di raccolta differenziata)".

Il requisito tecnico richiesto (in particolare dal Disciplinare, articolo 4. 3) per lo svolgimento del servizio dalla stazione appaltante era, in sostanza, la dimostrazione di gestione (oltre che nel triennio precedente), nel 2011, di un servizio di raccolta rifiuti per un comune avente "almeno 15.000 abitanti con raccolta differenziata superiore al 60%".

Non era cioè sufficiente il requisito indicato al punto 1) –riferito al triennio-, ma occorreva anche il requisito di cui al punto 3) –riferito al 2011-

Ciò veniva richiesto in quanto la popolazione servita sarebbe stata di 12.439 e l'articolazione della raccolta imponeva che il servizio venisse svolto con il raccolta differenziata - sistema porta a porta.

CICLAT tra i servizi svolti non ha dimostrato avere questo specifico requisito speciale.

Due sono i comuni per i quali CICLAT ha fornito i dati a dimostrazione della propria capacità professionale:

-il comune di Forlimpopoli (che ha un numero inferiore di abitanti, 12.900), con una raccolta differenziata superiore

al 60% (dichiarata del 72,40%);

-il comune di Porto Torres (che ha un numero superiore di abitanti, 22.567), ma una raccolta differenziata inferiore al 60% (nel 2011 54%).

Nelle difese la CICLAT sostiene di aver fatto una “media” fra i due Comuni da essa gestiti (il primo tramite la società Hera), con il risultato di ottenere un dato ripartito in “media” complessivamente idoneo: popolazione “media” complessivamente servita di 17.700, con una percentuale “media” di raccolta differenziata pari al 63,20% (media fra i due Comuni).

Ma tale “elaborazione” è frutto di un percorso non aderente alle prescrizioni di gara e non soddisfa il requisito richiesto.

Secondo la tesi difensiva la “ratio” sottesa alla prescrizione sarebbe soddisfatta con la dimostrazione dei due servizi svolti, attestando così di possedere un'organizzazione di impresa idonea allo svolgimento del servizio richiesto (con i dati rapportati alla “media” fra i 2 Comuni serviti).

In ogni caso la difesa Ciclat sostiene che la previsione non sarebbe sorretta da esplicita causa di esclusione e che comunque la riforma dell'articolo 46 1 bis del codice contratti, imponendo il principio di tassatività delle cause di esclusione, non consentirebbe l'estensione a questa fattispecie della sanzione escludente.

Il Collegio ritiene che:

*il dato richiesto rappresenta un "requisito speciale" di <capacità tecnica> che la stazione appaltante ha individuato per selezionare dei validi contraenti; ed è la condizione necessaria, prioritaria, per poter essere ammessi, sotto il profilo del “minimo” di idoneità, in quanto indice rappresentativo della peculiare capacità professionale e di organizzazione di impresa per poter gestire la tipologia del servizio richiesto (“raccolta differenziata” porta a porta) in favore degli abitanti dei sette comuni dell’Unione;

*i requisiti speciali sono per loro natura "essenziali" e debbono sussistere in capo all'aspirante appaltatore, a prescindere da esplicite sanzioni escludenti, trattandosi di condizioni/presupposti per l'affidamento del servizio (che sussistono o non sussistono, come l'iscrizione all'albo nazionale per una determinata categoria, come il fatturato, come l'organico di dipendenti nel triennio, ecc.);

*non si pone quindi, in questo caso, neppure l'applicabilità della novella legislativa in materia di tassatività delle cause di esclusione (articolo 46 1 bis 163/2006, come modificato nel 2011), la quale vuole evitare appesantimenti burocratici nell'ambito dello svolgimento delle gare d'appalto, con particolare riferimento ad oneri/adempimenti amministrativi non richiesti da esplicite disposizioni di legge; posto che nel caso di specie non si tratta di sanzionare omissioni formali, ma di verificare la sussistenza sostanziale dei “presupposti essenziali” per poter partecipare alla gara, ottenere l'affidamento del contratto e svolgere concretamente il servizio; e l'individuazione di peculiari “requisiti speciali” è prevista specificamente dall'articolo 42 del Codice contratti, tra cui figurano i servizi pregressi, che vengono calibrati in modo coerente dalla stazione appaltante, come in questo caso, in relazione al servizio specifico da compiere;

*trattandosi di condizione “essenziale” per poter partecipare alla gara il requisito doveva essere dichiarato e doveva soddisfare i 2 connotati richiesti;

*si tratta dunque di verificare, nel caso di specie, se i servizi dichiarati e svolti da CICLAT fossero idonei a soddisfare il doppio requisito imposto; sul punto si ritiene che la formulazione contenuta nella lex specialis imponeva che l'imprenditore dimostrasse l'avvenuto svolgimento del servizio almeno in favore di un Comune avente un numero di abitanti superiore ai 15.000 e con una percentuale di raccolta differenziata superiore al 60%; nel caso di specie CICLAT non possiede il requisito; l'applicazione della “media” ai servizi svolti in favore di due comuni (uno collocato in Sardegna e un altro collocato in Romagna) non rappresenta un computo ammissibile,

avendo la stazione appaltante richiesto lo svolgimento del servizio in favore di un comune avente, congiuntamente, determinate dimensioni (superiore a 15.000 abitanti) e con raccolta differenziata superiore al 60%.

In definitiva non poteva assumere rilevanza, nel computo, lo svolgimento di servizi in favore di comuni inferiori ai 15.000 abitanti (ai fini del criterio individuato al punto 3).

Tra quelli dichiarati (2 Comuni) l'unico servizio che poteva essere preso in considerazione, per il 2011, era quello svolto da CICLAT in favore di Porto Torres, idoneo come numero di abitanti, ma carente però per quanto attiene il requisito della percentuale minima della raccolta differenziata (insufficiente rispetto al limite richiesto del 60%).

I requisiti speciali che rappresentano le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in relazione ad un determinato affidamento costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 2 del Codice.

Di conseguenza, la carenza dei requisiti speciali di partecipazione indicati nel bando di gara si traduce necessariamente nell'esclusione dalla gara (cfr. punto 2.2. della Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici").

In conclusione il ricorso incidentale va accolto, con particolare riferimento alla seconda censura.

Restano assorbite le altre questioni contenute nel ricorso incidentale.

La ricorrente CICLAT non essendo stata legittimamente ammessa alla gara, per carenza del "requisito speciale" richiesto, non conserva l'interesse ad ottenere la decisione in ordine al proprio ricorso principale, che diviene allo stato improcedibile.

In considerazione dello sviluppo della controversia le spese possono integralmente compensarsi fra Amministrazione e Ciclat, mentre vanno parzialmente poste a carico di Ciclat ed in favore di Cosir per riconosciuta fondatezza del gravame incidentale, con liquidazione come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,:

-accoglie il ricorso incidentale;

-dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna Ciclat al pagamento di euro 2.500, in favore di Cosir, per spese di giudizio, oltre rimborso del contributo unificato e oneri accessori;

spese compensate fra le parti private e l'Amministrazione.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/01/2013

IL SEGRETARIO

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