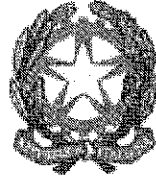


Publicato il 08/11/2016

N. 00917/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00408/2016 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 per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 408 del 2016, proposto da:
Terzomillennio Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti C.F.
PRFLRF64A19I819S, con domicilio eletto presso Andrea Maltoni in
Bologna, via Santo Stefano 3 II Piano;*

contro

*Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli C.F. LLLLSN65C04A944T,
con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via G.Vaccaro
6;*

nei confronti di

*Giacomo Brodolini Soc. Soop. A R.L., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo Parini*

C.F. PRNNZE58L01H501V, con domicilio eletto presso Andrea Pascerini in Bologna, via Barberia 6;

per l'annullamento

del Bando di gara, recante Procedura ristretta per l'affidamento di un appalto avente ad oggetto servizi ambientali nel territorio dei Comuni della Provincia di Bologna e dei Comuni di Firenzuola, Marradi e Palazzuolo sul Senio della Provincia di Firenze, pubblicato in data 9 luglio 2015 sul sito internet di Hera spa, nonché di ogni altro atto comunque connesso a quello sopra indicato.

E per l'annullamento di cui all'atto di motivi aggiunti :

dell'atto di aggiudicazione definitiva, prot.gen.n.150744 del 22 dicembre 2015, nonché ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera S.p.A. e di Giacomo Brodolini Soc. Soop. A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2016 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe è stato impugnato il bando di gara recante procedura ristretta per l'affidamento di un appalto avente ad oggetto servizi ambientali nel territorio dei Comuni della provincia di

Bologna e dei comuni di Firenzuola, Marradi e Palazzuolo sul Senio della provincia di Firenze, pubblicato in data 9.7.2015 sul sito internet di Hera spa.

In data 21.1.2016 veniva comunicata da parte di Hera Spa l'aggiudicazione definitiva al RTI di cui è mandataria la Giacomo Brodolini Soc. coop a rl.

La ricorrente ha, dunque, proposto motivi aggiunti per impugnare l'atto di aggiudicazione.

Il ricorso originario è stato affidato ai seguenti motivi :

1). Violazione di legge per contrasto con art. 2 DLGS 163/2006 ed in particolare con i principi di libera concorrenza, correttezza, non discriminazione, proporzionalità, eccesso di potere per contrasto con i principi del favor participationis, ragionevolezza e parità di trattamento.

2). Violazione di legge per violazione art. 2, comma 1-bis, D. Lgs. n. 163/2006.

Successivamente sono state depositate ulteriori memorie e documenti sia da parte di HERA Spa che da parte di Brodolini soc coop arl.

Entrambe replicano sul fatto che le capacità tecniche richieste per la partecipazione alla gara, di cui al punto b) con i requisiti di cui al punto a), appaiono perfettamente ragionevoli, logiche e proporzionate all'oggetto della gara ed in linea con i parametri normalmente richiesti.

In punto di fatto si può brevemente ricostruire la vicenda nei termini seguenti :

a). Con bando di gara , pubblicato in data 9.7.2015 sul sito internet di Hera spa, è stata indetta procedura ristretta per l'affidamento di un appalto avente ad oggetto servizi ambientali nel territorio dei

Comuni della provincia di Bologna e dei comuni di Firenzuola, Marradi e Palazzuolo sul Senio della provincia di Firenze.

b). In data 21.1.2016 veniva comunicata da parte di Hera Spa l'aggiudicazione definitiva al RTI di cui è mandataria la Giacomo Brodolini Soc. coop a rl.

c). le società Borelli Orlando sas e Terzo millennio servizi srl hanno rifiutato la proroga richiesta da Hera spa al RTI Brodolini a far data dal 1.2.2016; la stessa ricorrente era stata parte dell'ATI della quale è mandataria la Coop. Brodolini e, fino alla metà di marzo 2016, ha svolto i servizi in prorogatio del precedente bando; a causa dei problemi insorti all'interno dell'ATI stessa la stessa ricorrente, fin dal gennaio 2016, ha sospeso i servizi dei quali era incaricata.

d) a partire dal 14.3.2016 l'appalto è stato aggiudicato al nuovo RTI Brodolini.

Il ricorso originario e i motivi aggiunti sono infondati nel merito in quanto la disciplina di gara, intesa nel suo complesso e interpretata secondo il quadro sistematico che da essa emerge, risulta del tutto ragionevole.

Con i primi motivi di ricorso la ricorrente sostiene che, nella procedura in questione, il bando di gara contiene delle prescrizioni che restringono irragionevolmente la possibilità di partecipare alla selezione; la ricorrente avrebbe potuto parteciparvi alla luce dei chiarimenti ad esso forniti o ricorrendo all'avvalimento, comunque escluso nella specie.

Insiste nel sostenere che solo un operatore nel mercato possedeva il requisito richiesto (ed infatti ha partecipato) e che i Comuni con popolazione pari o superiore a 250.000 abitanti sono soltanto alcuni e in questi il servizio è reso da società partecipate dai medesimi (e

anche esse non potevano partecipare perché affidatarie di servizi analoghi).

Nella specie, si è prescritto che la capacità tecnica delle imprese partecipanti dovesse essere dimostrata sulla base del soddisfacimento di due criteri cumulativi :

a). contratti per servizi analoghi a quelli oggetto di gara ...prestati negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando, dal quale risulti l'esecuzione di servizi analoghi per una popolazione residente complessivamente servita non inferiore a 500.00 abitanti, in ciascuno dei 3 anni, dimostrabili anche con più contratti;

b). l'esecuzione, in ciascuno dei 3 anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando, di servizi analoghi per un importo almeno pari al 25% del fatturato specifico di cui al precedente punto III.2.2) lett. S) e nel rispetto della ripartizione individuata al precedente punto II.2.1), come sopra specificata, mediante contratti eseguiti in Comuni aventi, ciascuno una popolazione non inferiore a 250.000 residenti (si veda il punto III.2.3) lettera v) del bando.

Alla pagina 6 del ricorso sostiene che – poiché l'appalto in questione riguarda le prestazioni connesse al servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati, raccolte differenziate, con l'aggiunta delle prestazioni connesse al servizio di spazzamento manuale e meccanizzato –non si comprende come possa connettersi il criterio in questione con le peculiarità dell'oggetto dell'appalto de quo.

Il motivo sub 1) non merita condivisione.

In linea preliminare, si ricorda che “le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella lex specialis parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità, fatti salvi i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali consentono il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto. In definitiva, in sede di predisposizione della lex specialis di gara d'appalto, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185; Cons. di St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008).

Per giurisprudenza costante, nel settore degli appalti pubblici, le valutazioni tecniche della stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr., C.S. Sez. V, 17.7.2014, n. 3769).

Ciò non è riscontrabile nella fattispecie.

L'esteso margine di discrezionalità di cui beneficia la stazione appaltante connota una serie di elementi: non solo i parametri a cui agganciare la capacità tecnica delle imprese partecipanti, ma anche la scelta tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, l'individuazione dei parametri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte; la determinazione della misura della loro valorizzazione; l'attribuzione di maggiore rilevanza all'elemento economico (nel caso di prestazione particolarmente semplice), ovvero all'elemento tecnico (nel caso di prestazione particolarmente complessa). L'unico limite è quello della proporzionalità e della ragionevolezza che deve guidare la stazione appaltante nell'individuazione di un giusto equilibrio tale da non svilire sensibilmente o completamente l'uno o l'altro dei diversi parametri (cfr. Cons. St., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3121; Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2015, n. 205).

Ciò posto, "il concreto esercizio di tale discrezionalità rientra nel sindacato di legittimità solo allorquando risulti, in concreto, manifestamente illogico, arbitrario, sproporzionato, irragionevole o irrazionale rispetto all'oggetto dell'affidamento, nonché evidentemente ed ingiustificatamente restrittivo della concorrenza" (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 17 settembre 2015, n. 2815).

Orbene, i parametri di capacità tecnica sopradescritti e fissati nell'esercizio della discrezionalità tecnica appaiono, nel caso all'esame, al tempo necessari ed adeguati rispetto agli scopi perseguiti, logicamente preordinati ad assicurare l'idoneità delle concorrenti allo svolgimento del peculiare servizio oggetto di gara e, dunque, non sproporzionati.

Tale scelta, da ritenersi, pertanto, legittima in quanto oggettivamente giustificata senza necessità di ulteriori e pregnanti esternazioni motivazionali, diviene allora insindacabile in quanto non manifestamente arbitraria né sproporzionata tanto da non risultare, come contrariamente sostenuto, inutilmente discriminatoria o lesiva della par condicio e della concorrenza tra le aziende del settore.

Come noto, la giurisprudenza ha sempre ritenuto ragionevole un fatturato per servizi analoghi pari al doppio del servizio che si richiede; nel caso di specie, si è chiesto un fatturato per servizi analoghi (attività in area urbana cioè su un contesto unitario comunale) molto inferiore ai limiti di legge: inferiore del 30% al servizio sull'area urbana su cui il servizio dovrebbe essere effettivamente svolto.

HERA precisa, condivisibilmente, che - la pubblicazione di un bando con indicazione di requisiti di partecipazione molto inferiori (circa il 50% sui fatturati totali, circa il 30% sul fatturato inerente ad un ambito unitario comunale corrispondente a quello comunale in cui si svolge il servizio, circa il 70% in meno ove si riferisca all'ambito provinciale) dimostra la piena apertura del mercato e la trasparenza della procedura in esame.

Inoltre, il Collegio condivide quanto chiarito da HERA circa il fatto che "sulla equiparazione dell'ambito comunale a qualunque ambito unitario" di cui ai successivi chiarimenti, non si tratta di una integrazione del bando ma di una specificazione dei servizi analoghi, così definiti in bando, ammessi per la maturazione dei fatturati.

In ultimo, risulta in atti, che il ricorrente – poi – non ha sul punto alcun interesse in quanto egli, con riferimento al singolo comune, aveva il requisito.

La controparte Hera chiarisce ancora che il ricorrente ha un fatturato pari a € 5.600.000 nell'ultimo anno (cioè molto inferiore a quello richiesto) e non è iscritto in categoria gestori ambientali A1 necessaria per la partecipazione.

Peraltro, il Collegio condivide le argomentazioni circa il fatto che si poteva, comunque, partecipare, in associazione o raggruppamento tra imprese.

2). Con il motivo sub 2) la ricorrente sostiene che il bando impugnato si limita a stabilire che l'appalto non è suddiviso in lotti. Anche tale criterio appare, ad avviso della ricorrente, immotivatamente restrittivo della concorrenza.

Sostiene ancora che il lotto di gara doveva essere suddiviso ulteriormente in lotti funzionali, cioè diviso per settori di attività (spazzamento un lotto e altre attività su un altro lotto).

In primo luogo, sulla dedotta illegittimità della mancata suddivisione in lotti dell'appalto, l'assunto è inammissibile in quanto il ricorrente non ha mai dimostrato il proprio interesse a partecipare a una gara suddivisa in più lotti anziché a lotto unico o, specularmente, la propria carenza di requisiti a partecipare a una gara non suddivisa in lotti.

In ogni caso, la censura è anche non condivisibile nel merito.

Come noto, l'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. 163/06 dispone che "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente,

suddividere gli appalti in lotti funzionali. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti”.

Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, che ribadisce la giurisprudenza costante (cfr. Cons. St., sez. VI, n.2682 del 2015), l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di <scelta discrezionale> non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalle situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare.

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l'atto di aggiudicazione e ha proposto, sostanzialmente, solo un vizio di invalidità derivata.

Dunque, in ragione del rigetto dell'impugnativa, gli stessi motivi aggiunti devono essere respinti.

In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe devono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida nella somma di € 10.000,00 per ciascuna delle parti costituite, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Ada Russo

IL PRESIDENTE

Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO