N. 00317/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00147/2016 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 Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 147 del 2016, proposto da: So.Ge.S.A. Srl Societa' Gestione Servizi Ambientali, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Reale, con domicilio eletto presso Marco Reale in Lecce, Via Cota 10;

contro

Ambito di Raccolta Ottimale Aro Ta/5, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, Via Garibaldi 43; Comune di Leporano, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ruffo, con domicilio eletto presso Adriano Tolomeo in Lecce, Via Guglielmo Oberdan n. 70;

per l'annullamento

- del bando di gara relativo all'affidamento del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani ed altri servizi attinenti nei Comuni costituenti l'ARO TA/5 (Avetrana, Fragagnano, Leporano, Lizzano, Manduria, Maruggio, Pulsano, Sava e Torricella) - CIG: 644886079E;- di ogni altro atto di gara presupposto, connesso e/o consequenziale e, in particolare, ove occorra:- della deliberazione

dell'Assemblea dell'ARO TA/5 n. 3 del 29/9/2015 e della determinazione dirigenziale n. 1 del 10/9/2015 di approvazione degli atti di gara; - del disciplinare di gara (norme integrative al bando di gara) relativo all'affidamento del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani ed altri servizi attinenti nei Comuni costituenti l'ARO TA/5; - della relazione tecnica generale; - delle relazioni tecnico-economiche dei Comuni costituenti l'ARO TA/5; - della relazione personale, ripartizione spese e quadro economico;- della relazione automezzi ed attrezzature; - del capitolato speciale d'appalto; - dell'elenco prezzi unitari servizi; - del DUVRI; - dello schema di contratto; - della modulistica complementare allegata al bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ambito di Raccolta Ottimale Aro Ta/5 e di Comune di Leporano;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 la dott.ssa Jessica Bonetto e uditi per le parti i difensori avv. M. Reale per la ricorrente, avv. A. Tolomeo, in sostituzione dell'avv. M. Ruffo, per la P.A. e avv. A. Distante, in sostituzione dell'avv. P. Quinto, per la controinteressata;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con i quali l'ARO TA/5 ha indetto una procedura aperta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani per il

periodo di 9 anni, con un importo complessivo posto a base di gara di € 113.334.076,53.

Nel ricorso ha contestato i seguenti profili della procedura, lamentando la violazione dei principi in materia di concorrenza tra imprese:

1) richiesta di un fatturato eccessivo, e quindi escludente per la ricorrente, avendo la stazione appaltante preteso per gli anni 2012, 2013 e 2014 un fatturato globale complessivo di € 62.963.375,85 ed un fatturato specifico complessivo per servizi analoghi di € 37.778.025,52;

2) mancata suddivisione in lotti funzionali dell'appalto senza esplicitazione della motivazione posta alla base di tale scelta;

3) previsione, tra i requisiti di partecipazione, della necessaria iscrizione di tutte le società all'Albo Nazionale Gestori Ambientali nella categoria 1 C, senza tener conto, per l'ipotesi di ATI, delle percentuali stabilite nell'art. 92 comma 2 DPR 207/2010 (mandataria e consorziata nella misura minima del 40% e per il resto cumulativamente mandanti o altre consorziate ciascuna nella misura minima del 10%);

4) assegnazione di un termine troppo breve per la presentazione delle offerte (il bando è stato pubblicato il 14.12.2015 e il termine ultimo per presentare le offerte è stato fissato nell'08.03.2016);

5) illegittimità nel caso in esame dell'organizzazione del servizio di igiene urbana tramite ambiti territoriali ottimali, atteso che per il Comune di Leporano (dove oggi la ricorrente svolge i servizi oggetto di gara), sarebbe economicamente più vantaggioso continuare a procedere all'affidamento in via autonoma;

6) individuazione degli ARO in mancanza di idonea istruttoria volta ad accertare la dimensione ottimale del servizio, come previsto dall'art. 4 della LR Puglia n. 24 del 2012;

7) previsione nel bando, tra i requisiti di partecipazione, della necessità di aver maturato nel triennio 2012, 2013 e 2014 un fatturato specifico per servizi analoghi nel settore dell'igiene urbana e non, più in generale, della gestione dei rifiuti.

L'ATO Ta/5 si è costituito in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso per non avere la ricorrente dimostrato il proprio interesse all'impugnazione immediata delle clausole del bando contestate, soprattutto in considerazione della possibilità riconosciuta dal bando di partecipare alla gara non solo autonomamente, ma anche mediante ATI.

Il Comune di Leporano (dove la ricorrente oggi svolge il servizio di raccolta dei rifiuti) si è costituito in giudizio associandosi alle doglianze svolte dalla ricorrente.

All'udienza fissata per la discussione sulla domanda cautelare articolata dalla ricorrente, il Presidente del Tribunale ha fatto avviso alle parti di sentenza in forma semplificata ex art. 60 cod. proc. amm. e la causa è stata trattenuta in decisione.

Sulla base delle difese assunte dalle parti, dei documenti in atti e dei principi applicabili alla materia in esame, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile per carenza di interesse ed in parte respinto.

Invero, il prevalente orientamento giurisprudenziale consolidatosi dopo la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2003, è costante nel ritenere che l'immediata impugnazione del bando di gara vada circoscritta "*al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva; a fronte di una clausola illegittima della lex specialis di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'*

impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3203; 8 aprile 2014, n. 1665). Ciò che appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione, è non soltanto il fatto che le clausole della lex specialis manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III 3 marzo 2014, n. 959; V, 24 ottobre 2013, n. 5155)". (vedi Consiglio di Stato n. 4698 del 2014).

Da ciò consegue l'onere per chi intenda impugnare immediatamente un bando di gara di dimostrare la natura escludente delle singole clausole contestate, con riferimento alla propria specifica posizione.

Nel caso in esame, sulla base di tali principi, vanno sicuramente dichiarati inammissibili i motivi di ricorso sub 5 e 6 attinenti alla scelta legislativa di procedere all'affidamento del servizio di igiene urbana tramite ATO e all'individuazione degli ARO pugliesi, non avendo la ricorrente dimostrato come tale forma di organizzazione sia tale da impedirle la partecipazione alla gara in qualsiasi forma, compresa quella del raggruppamento d'impresa.

Peraltro la So.Ge.S.A., per contestare il meccanismo di gestione dei rifiuti tramite l'ARO Ta/5 nel Comune di Leporano, avrebbe dovuto preliminarmente censurare le delibere regionali nelle quali tale scelta operativa è stata fissata, sicché anche sotto tale profilo le doglianze in esame non possono essere prese in considerazione in questa sede.

Del pari inammissibile risulta il motivo sub 3 (attinente la mancata suddivisione in lotti funzionali dell'appalto), non avendo la So.Ge.S.A. srl esplicitato in quali lotti funzionali l'ARO, tenuto conto dello specifico oggetto dell'appalto, avrebbe dovuto dividere l'appalto; inoltre, la ricorrente non ha dimostrato come la mancata divisione in lotti sia tale da impedirle la partecipazione alla gara anche avvalendosi dello strumento del raggruppamento d'impresa, consentito dal bando (presupposto fondamentale per rendere la clausola escludente e come tale immediatamente impugnabile).

Peraltro, ad abundantiam, si rileva anche infondatezza nel merito di tale doglianza (mancata esplicitazione delle ragioni poste dall'ARO alla base della scelta di procedere con lotto unico, in deroga al principio generale stabilito nell'art. 2 comma 1bis del Codice degli Appalti), atteso che a pagina 1 del disciplinare di gara l'ente ha specificamente argomentato sul punto così precisando: "per l'aggiudicazione del servizio si procederà tramite gara a lotto unico. La motivazione di tale scelta è riconducibile alla stessa ratio a fondamento della legge regionale 20 agosto del 2012 n. 24. Infatti già nella loro definizione gli Ambiti di Raccolta sono definiti Ottimali (ARO) per la loro capacità di raggiungere migliori economie di scala e maggiore efficienza complessiva, rispetto a configurazioni ridotte e/o frazionate. Dalla gestione del servizio stesso devono scaturire, quindi, economie e migliore utilizzo delle risorse disponibili (efficienza gestionale) oltre che un maggiore potere di mercato verso i fornitori (economicità)".

Tale motivazione, ad avviso del collegio, risulta sicuramente congrua atteso che per il tipo di appalto in questione è stata la legge a stabilire l'obbligo di procedere tramite ambiti territoriali unitari e ottimali e non in modo frammentato per singoli comuni, mentre per quanto concerne le modalità di svolgimento del servizio, la necessità di concentrare tutte le operazioni di igiene ambientale in un unico soggetto deriva dalla natura stessa del servizio, per il quale è evidente l'opportunità,

economica e operativa, di non demandare le diverse attività (raccolta, spazzamento, …) a più soggetti distinti, come tali difficilmente coordinabili tra loro e non unitariamente responsabili verso l'ente.

Sempre inammissibile per difetto di interesse è la censura sub 7 (previsione nel bando della necessità di aver maturato nel triennio 2012, 2013 e 2014 un fatturato specifico per servizi analoghi di "igiene urbana" e non più in generale di "gestione dei rifiuti"), atteso che la So.Ge.S.A. svolge la propria attività proprio nel settore dell'igiene urbana e, quindi, non si vede quale impedimento alla partecipazione (una concreta prova in tal senso non è stata fornita dalla ricorrente) possa essa trarre dal fatto che l'ARO ha inteso i servizi analoghi come servizi di "igiene urbana" anziché di "gestione dei rifiuti".

Peraltro, nel merito, tale previsione non appare irragionevole, avendo come scopo quello di assicurare all'ente, attesa l'importanza del servizio oggetto dell'appalto, che ogni potenziale aggiudicataria della gara abbia idonee capacità nello specifico settore in questione (igiene urbana), così da poter garantire l'espletamento del servizio con adeguati standard qualitativi per tutto il periodo.

Ammissibile sulla base dei suesposti principi, ma da respingere nel merito è, invece, la censura concernente il termine assegnato dall'Aro per la presentazione delle offerte, avendo l'amministrazione pubblicato il bando il 9 dicembre 2016, fissando la scadenza per le domande di partecipazione all'8 marzo 2016 con un termine, quindi, congruo perché pari a 90 giorni e di molto superiore a quello minimo stabilito per legge (ex art. 70 Codice degli Appalti di 52 o 60 giorni a seconda del tipo di gara).

Del pari destituito di fondamento è il motivo di ricorso sub 3.

Invero, l'art. 8 punto 1 lettera c) si limita ad imporre, quale requisito di ordine generale e di idoneità professionale, la necessaria iscrizione delle società all'Albo Nazionale Gestori Ambientali anche per la categoria 1 classe C (oltre che per le

categorie 4 F e 5 F), ma non impone che in caso di partecipazione tramite ATI ciascuna delle partecipanti possieda tale requisito per intero, dovendo quindi tale norma essere letta (come tutte le altre clausole, salvo diversa specificazione contenuta nel bando), alla luce dei principi generali dettati dal Codice degli Appalti, tra cui quello rilevante nel caso di specie, dettato dall'art. 92 comma 2 DPR 207/2010 e richiamato dalla ricorrente nel proprio atto introduttivo (mandataria e consorziata nella misura minima del 40% e per il resto cumulativamente mandanti o altre consorziate ciascuna nella misura minima del 10%).

Peraltro, ad ulteriore conferma di tale conclusione, va evidenziato che l'ARO Ta/5, preso atto delle contestazioni in tal senso mosse da So.Ge.S.A., in data 4 febbraio 2016 ha pubblicato una nota con la quale ha specificato tale profilo, come detto già desumibile dal bando, secondo la lettura sopra riportata.

Priva di pregio risulta, infine, la doglianza (sub 1) concernente l'ammontare del fatturato globale e specifico per servizi analoghi richiesto dal disciplinare ai fini della partecipazione.

L'Art. 8 punto 2 lettera b) richiede, infatti, un fatturato globale per gli anni 2012 2013 e 2014 ammontante complessivamente (e quindi per i 3 anni appena citati) ad € 62.963.375,85, a fronte del valore annuo dell'appalto di € 12.592.675,17.

Per valutare se tale importo sia congruo e non palesemente sproporzionato, questo Collegio ritiene di poter fare applicazione del criterio stabilito dall'ANAC nella propria delibera n. 40 del 2013 dove si legge: "quanto alla determinazione del requisito di capacità economica finanziaria relativo al fatturato globale, l'Autorità si è pronunciata più volte nel senso che la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso è da ritenersi incongrua o non proporzionata e lesiva della concorrenza qualora superi il doppio dell'importo a base della gara" (ponendosi a confronto per entrambi i fattori il valore medio annuo).

Nel caso di specie, quindi, confrontando il valore medio annuo del fatturato globale complessivo per il triennio 2012 – 2014 richiesto dal bando (l'importo di € 62.963.375,85 diviso per i 3 anni del triennio 2012 – 2014 è uguale € 20.987.791,95) con il valore medio annuo del corrispettivo posto a base d'asta (l'importo € 113.334.076,53 diviso per i 9 anni dell'appalto è uguale ad € 12.592.675,17), si evince che il parametro sopra esposto (valore medio annuo del fatturato richiesto per il triennio non superiore al doppio del valore medio annuo del corrispettivo posto a base d'asta) è stato rispettato dall'ARO (€ 20.987.791,95 è, infatti, meno del doppio di € 12.592.675,17 pari ad € 25.185.350,34), con conseguente piena legittimità della clausola in discussione.

A stessa conclusione, sulla base del medesimo criterio, può giungersi con riguardo anche al fatturato globale specifico per servizi analoghi richiesto dal bando (pari complessivamente ad € 37.778.025,51 per il triennio 2012 – 2014), atteso che a fronte del valore annuo medio dell'appalto di € 12.592.675,17 come sopra determinato), il valore annuo medio del fatturato specifico per servizi analoghi richiesto dal disciplinare ammonta ad € 12.592.675,17 (l'importo complessivo di € 37.778.025,51 per il triennio 2012 – 2014 va diviso nei 3 anni compresi in tale lasso temporale così da giungersi al valore annuo medio di € 12.592.675,17) e, quindi, non risulta superiore al doppio del valore annuo dell'appalto, ma pari proprio al valore annuo dell'appalto (€ 12.592.675,17), con conseguente legittimità della relativa previsione.

Conclusivamente, quindi, sulla base di tutti i motivi esposti, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto.

Le spese di lite, attese le ragioni della decisione, la complessità della materia e la novità di alcune delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Jessica Bonetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **12/02/2016**

IL SEGRETARIO

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