

N. 02460/2013REG.PROV.COLL.

N. 04979/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4979 del 2012, proposto da:
AVR Spa in proprio e quale capogruppo mandataria del Rti con l'impresa S.A.P.I.
s.r.l. , rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci,
Francesco Toscano, con domicilio eletto presso Studio Legale Cancrini Piselli in
Roma, via Giuseppe Mercalli N. 13;

contro

Comune di Rodengo-Saiano, rappresentato e difeso dagli avv. Fiorenzo Bertuzzi,
Paola Ramadori, Silvano Venturi, e Gianpaolo Sina, con domicilio eletto presso
Paola Ramadori in Roma, via Marcello Prestinari, 13;

nei confronti di

APRICA Spa e BI.CO. DUE S.r.l entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Vito
Salvadori,Alberto Salvadori e Gabriele Pafundi ed elettivamente domiciliate presso
presso lo studio di quest'ultimo in Roma nella via Giulio Cesare, n. 14,Sc.A, int. 4

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA:
SEZIONE II n. 01088/2012, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA ED AMBIENTALE E SERVIZI
COMPLEMENTARI - RIS.DANNI – MCP;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Rodengo-Saiano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Aprica
Spa e Bi .Co. Due Srl ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2013 il Cons. Antonio
Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Cancrini, Bertuzzi e Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 15 luglio 2011 il Comune di Rodengo Saiano ha indetto una
procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana ed
ambientale e servizi complementari

La AVR S.p.a. , quale gruppo del RTI con l'impresa SAPI Srl (d'ora in avanti AVR
) , ha preso parte alla gara, classificandosi al secondo posto della graduatoria .

Al primo posto si è classificato, invece, il RTI tra le imprese Aprica S.p.A. e
BI.CO. DUE Srl (d'ora in avanti Aprica) , conseguendo l'aggiudicazione definitiva
dell'appalto.

Con il ricorso introduttivo del giudizio di prime cure AVR ha impugnato dinanzi al
Tar per la Lombardia l'aggiudicazione della gara in favore di Aprica.

Nel costituirsi in giudizio Aprica ha proposto ricorso incidentale , contestando la mancata esclusione dalla gara di AVR .

Con sentenza n. 1088 /2012 il Tar al dito ha respinto sia il ricorso principale che il ricorso incidentale.

Avverso detta sentenza AVR ha quindi interposto l'odierno gravame, chiedendone la riforma.

Sì è costituito in giudizio il Comune di Rodengo Saiano, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

Sì è altresì costituita in giudizio Aprica, spiegando appello incidentale.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 22 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.Va esaminato in via prioritaria l'appello incidentale interposto da Aprica, attesa la sua natura paralizzante rispetto al ricorso proposto da AVR .

2. Deduce Aprica l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale proposto in prime cure, con cui si sosteneva che AVR doveva essere esclusa dalla gara per carenza dei requisiti di capacità tecnica prescritti dalla disciplina concorsuale.

Assume, infatti, che AVR non avrebbe compiutamente soddisfatto il prescritto requisito dell'espletamento di servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, con specifico riguardo all'allestimento ed alla gestione di centri di raccolta rifiuti comunali.

3. La censura è fondata.

4. Ed invero, l'articolo 2.3. del disciplinare di gara, recante l'individuazione dei requisiti di ordine speciale in tema di capacità tecnico- organizzativa, dispone alla

lettera B che ogni concorrente deve attestare di aver acquisito, nel triennio 2008-2009- 2010, un'esperienza gestionale in “*servizi analoghi a quelli del presente appalto*”.

Gli specifici servizi oggetto dell'appalto, vengono poi puntualmente elencati all'articolo 3 del capitolato speciale, sotto le seguenti categorie generali:

- Raccolte con contenitori stradali posizionati sul territorio comunale.
- Raccolte domiciliari.
- Centro raccolta rifiuti comunali.
- Altri servizi.
- Forniture.

Tra questi, per quanto qui rileva, il Centro raccolta rifiuti comunali, viene analiticamente specificato nelle seguenti attività:

- Allestimento della struttura tramite posizionamento e nolo di containers e contenitori;
- Presidio e conduzione;
- Compilazione e tenuta della documentazione obbligatoria....compresa dichiarazione di avvenuto smaltimento RAEE ai fini dell'agevolazione fiscale;
- Manutenzione ordinaria e pulizia del Centro di raccolta;
- Trasporto dei rifiuti conferiti al Centro di raccolta presso idonei impianti di recupero/ smaltimento reperiti dalla ditta appaltatrice in accordo con la stazione appaltante.

5.Ciò posto, osserva il Collegio come dalla richiamata normativa di gara, riguardata nella sua interezza, emerga chiaramente che l'esperienza triennale richiesta ai concorrenti sia da riferire alla totalità dei servizi oggetto dell'appalto, nessuno escluso, ivi compresa pertanto la gestione del Centro di raccolta dei rifiuti comunali (cosiddetta piattaforma ecologica) .

Sarebbe infatti del tutto illogico, ancor prima che contrario alla lettera della disciplina concorsuale, ritenere che la capacità tecnico- organizzativa richiesta per

poter utilmente partecipare alla gara possa essere soddisfatta con riferimento a singoli servizi, e non all'intero oggetto dell'appalto.

E ciò a maggior ragione, ove si consideri che, per un verso, il disciplinare di gara non pone alcuna distinzione sia quantitativa che qualitativa tra i vari servizi elencati nel capitolato e che, per altro verso, gli stessi sono fra loro funzionalmente collegati per assicurare al meglio *“l'intero ciclo della gestione dei rifiuti, nelle sue varie fasi”*, che costituisce il fine specifico dell'appalto (cfr. art. 3 capitolato) .

Così, non v'è dubbio che l'esperienza gestionale in *servizi analoghi* prescritta dal disciplinare, a prescindere dalla specifica interpretazione da dare alla locuzione analoghi , debba in ogni caso intendersi nel senso di esperienza in servizi analoghi a tutti quelli oggetto dell'appalto, così come puntualmente specificati nel relativo capitolato.

6. Orbene, è incontroverso in causa, come AVR non abbia prodotto alcuna attestazione di capacità tecnico- professionale con riferimento al servizio di *Centro raccolta rifiuti comunali*, espressamente ricompreso nell'oggetto dell'appalto ed analiticamente specificato nel suo contenuto dal capitolato, nei termini più sopra riportati.

Ne consegue che la medesima doveva essere esclusa dalla gara, come correttamente dedotto da Aprica, per carenza del requisito di capacità tecnico-organizzativa tassativamente prescritto dal punto 2.3 lettera B) del capitolato speciale d'appalto.

7. Erroneamente, pertanto, il Tar ha ritenuto di superare la perspicua censura sviluppata al riguardo in primo grado, in base all'esclusiva argomentazione per cui *“il Centro di raccolta rappresenta una frazione sostanzialmente poco significativa delle prestazioni da erogare”* per cui a fronte di *“una situazione suscettibile di letture differenziate, appare corretto privilegiare il principio generale di ampia partecipazione alle gare d'appalto”*.

In primo luogo, infatti, il disciplinare di gara non pone alcuna distinzione sia quantitativa che qualitativa, come già rilevato, tra i vari servizi costituenti l'oggetto dell'appalto rispetto ai quali, nessuno escluso, i concorrenti devono necessariamente attestare il possesso della richiesta capacità tecnico organizzativa.

In secondo luogo, sempre come già rilevato, i vari servizi specificati nell'oggetto dell'appalto appaiono tra loro strettamente collegati sul piano funzionale per assicurare al meglio l'intero ciclo della gestione dei rifiuti, di guisa che non risulta ragionevole ritenere il Centro di raccolta rifiuti una “*frazione poco significativa delle prestazioni*”, solo perché di valore economico relativamente esiguo.

A ciò aggiungasi, che la gestione del Centro si sostanzia in una serie di complesse e delicate attività puntualmente enumerate nel capitolato d'appalto (cfr. art. 3 sub 3.2) , che presuppongono non solo adeguate conoscenze tecniche , ma anche una specifica autorizzazione, venendosi a configurare “*un deposito preliminare in vista dello smaltimento o una messa in riserva in vista del recupero*” dei rifiuti che vengono conferiti dai cittadini (cfr. Cass. Pen. Sez. III n. 12.417 /2008) .

Non v'è dubbio, quindi, che l'attività di allestimento, presidio e conduzione del Centro, a prescindere dal profilo strettamente economico, rappresenti un segmento di rilievo della prestazione, attesa la sua incidenza sull'igiene collettiva e sulle finalità del servizio complessivamente riguardato.

In terzo luogo, come già rilevato, il bando è sul punto chiaro e non “*suscettibile di letture differenziate*” e, come tale, non superabile in base al richiamato principio del *favor participationis* che, nella specie, è senz'altro recessivo rispetto a quello dell'imparzialità e quindi della *par condicio* dei concorrenti.

8. Né , infine , può condividersi l'assunto di AVR secondo cui la censura in esame si sostanzierebbe nel “*pretendere una assoluta identità tra esperienza pregressa e prestazioni oggetto di appalto*”, mentre “*il bando di gara ai fini dell'ammissione alla procedura.....*

prescriveva solo la dimostrazione del pregresso svolgimento di servizi analoghi a quelli del presente appalto, vale a dire esperienze sufficientemente simili”.

Infatti, rinviando alle assorbenti considerazioni già sviluppate al riguardo nel punto n. 5 che precede, giova ribadire che l'esperienza gestionale in “*servizi analoghi*” prescritta dal disciplinare, a prescindere dalla specifica interpretazione da dare alla locuzione *analoghi*, deve in ogni caso intendersi nel senso di esperienza in servizi analoghi a tutti quelli oggetto dell'appalto e non solo ad una loro parte.

Ed AVR, come già precisato, non ha prodotto alcuna attestazione di esperienza pregressa con riferimento alla gestione di isole ecologiche, o di servizi analoghi , o di esperienze sufficientemente simili che dir si voglia.

La censura dedotta da Aprica, quindi, non si incentra sulla pretesa di una assoluta identità tra esperienza pregressa e prestazioni oggetto dell'appalto, ma sulla rilevata carenza di qualsivoglia esperienza pregressa da parte di AVR nella gestione di servizi analoghi o comunque sufficientemente simili a quello del Centro raccolta rifiuti comunali richiesto dal capitolato speciale di gara.

9. Conclusivamente l'appello incidentale si appalesa fondato e, come tale, da accogliere, con conseguente riforma della gravata sentenza.

10. Alla fondatezza dell'appello incidentale, consegue l'inammissibilità dell'appello principale.

Ed invero, come chiarito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione n. 4/2011, la mera partecipazione alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità della ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva.

Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso per non essere AVR legittimata alla relativa proposizione, attesa la accertata illegittimità della sua ammissione e conseguente partecipazione alla gara per cui e causa.

11. Per le ragioni esposte, l'appello incidentale va accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata, mentre l'appello principale va dichiarato inammissibile.

12. Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone :

- accoglie l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso incidentale proposto da Aprica in primo grado, dichiarando inammissibile il ricorso principale proposto da AVR ;
- dichiara inammissibile l'appello principale interposto da AVR .

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2013

IL SEGRETARIO

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