

N. 00727/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00326/2015 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 326 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Docks Lanterna S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Anselmi, Rossana Brandolin, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, Via Corsica 19/10;

contro

Comune di Bordighera, in persona del Sindaoc pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Piciocchi, Umberto Montanaro, con domicilio eletto presso Pietro Piciocchi in Genova, corso Torino, 30/18;

Regione Liguria, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del bando di gara pubblicato in data 11 marzo 2015, del disciplinare, del capitolato speciale e allegati relativi ad appalto pubblico indetto

per l'affidamento del servizio di igiene ambientale del Comune di Bordighera;
della nota regione Liguria 20 aprile 2015 n. PG/2015/74623;
del Modello di offerta economica allegata al Disciplinare rettificato e ripubblicato sul sito internet della Regione Liguria;
dell'allegato 1 al capitolato speciale d'appalto;
dell'art. 35 del capitolato speciale e dell'allegato 2 al capitolato;
della deliberazione della giunta comunale di Bordighera 25 marzo 2014 n. 58 e della deliberazione della giunta comunale di Bordighera 12 giugno 2014 n. 134.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bordighera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2015 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 10 aprile 2015 e depositato il successivo 15 aprile 2015 la società Doks Lanterna s.p.a. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale e allegati relativi all'appalto pubblico indetto della regione Liguria, nella qualità di stazione appaltante unica regionale per conto del Comune di Bordighera per l'affidamento del servizio di igiene ambientale, raccolta differenziata e integrata dei rifiuti urbani e assimilati, servizi di pulizia stradale e di qualità urbana servizi accessori collaterali.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1)-violazione dell'art. 2 d.lgs. 163/06, violazione dell'art. 68 d.lgs. 163/06, violazione dei principi di libera concorrenza parità di trattamento e non discriminazione, eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto il capitolato avrebbe imposto l'impiego di mezzi estremamente costosi reperibili presso un unico fornitore a livello nazionale, ostacolando l'accesso alla gara;

2)-violazione dell'art. 134 d.lgs. 163/06, difetto di istruttoria e di motivazione illogicità e ingiustizia manifesta in quanto la clausola prevista all'art 5 del capitolato speciale, che contempla la risoluzione del contratto nel caso di istituzione dell'autorità d'ambito con successivo affidamento della gestione integrata dei rifiuti urbani, violerebbe la norma rubricata e pregiudicherebbe seriamente la posizione dell'appaltatore;

3)-violazione dell'art. 2 d.lgs. 163/06, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità violazione del principio di massima partecipazione in quanto: a) il corrispettivo dell'appalto non sarebbe determinato; b) nell'ambito della voce raccolte differenziate non sarebbe specificato il corrispettivo per ciascuno dei servizi in cui si articola la voce stessa (raccolta carta e cartone, raccolta plastica e metalli raccolta vetro, raccolta frazione organica, servizi specifici UND, RUP e e PAED RD interna utenze specifiche, ingombranti, altre raccolte differenziate, conferimento i CD fissi e conferimento a eco mobile), c) il costo a base d'asta sarebbe completamente disancorato dalle tariffe attuali; d) la previsione di penali per il mancato raggiungimento delle percentuali di raccolta differenziata porrebbe a carico dell'appaltatore un rischio che sarebbe esterno ala

sua sfera di controllo in ragione delle modalità di esecuzione del servizio;

4)-violazione dell'art. 57 d.lgs. 163/06, difetto di istruttoria e di motivazione in quanto non sarebbero adeguatamente specificati i servizi complementari e i nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento in relazione ai quali la stazione appaltante potrebbe ricorrere all'affidamento mediante trattativa privata.

Veniva formulata anche domanda risarcitoria

Si costituiva in giudizio il Comune di Bordighera.

Con ordinanza 7 maggio 2015 n. 106 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Con atto notificato in data 19 maggio 2015 e depositato il successivo 29 maggio 2015 la ricorrente ha impugnato i seguenti atti: 1) nota della regione Liguria 20 aprile 2015; 2) modello di offerta economica allegata al disciplinare, rettificato e ripubblicato; 3) allegato n. 1 al capitolato speciale d'appalto di gara, rettificato e ripubblicato; 4) art. 35 del capitolato speciale e dell'allegato n. 2 ove intese nel senso di prevedere che l'adozione delle isole ecologiche stradali informatizzate possa essere effettuata solo con le attrezzature a caricamento bilaterale movimentabili solo con i mezzi robotizzati a caricamento bilaterale con presa verticale dall'alto, nonché i presupposti atti di approvazione del progetto relativo al nuovo servizio di igiene ambientale per il periodo 2014 – 2021 (deliberazione della giunta comunale di Bordighera 25 marzo 2014 n. 58 e della deliberazione della giunta comunale di Bordighera 12 giugno 2014 n. 134).

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi aggiunti:

1)-violazione dell'art. 89 d.lgs. 163/06, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto nella nota esplicativa della Regione 20 aprile 2015 non sarebbero stati indicati i prezzi unitari di smaltimento adattabili alla previsioni normative attuali quantomeno relativamente alle frazioni organico e indifferenziato;

2)-violazione dell'art. 89 d.lgs. 163/06, difetto di istruttoria e di motivazione in quanto, come evidenziato dalla ricorrente nella nota 28 aprile 2015, vi sarebbe un palese errore negli atti di gara con riferimento al personale (numero di dipendenti e relativi costi);

3)-violazione dell'art. 35 del capitolato dell'allegato 2 scheda n. 10 violazione dell'art. 97 Costituzione, violazione dei principi di efficacia ed efficienza della p.a., difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto le esigenze postulate dall'amministrazione per la soddisfazione delle quali sono stati richiesti mezzi particolari sarebbero facilmente soddisfatte mediante mezzi più economici;

4)-violazione dell'art. 71 d.lgs. 163/06, violazione del paragrafo "chiarimenti" del disciplinare difetto di istruttoria e di motivazione in quanto la nota 20 aprile 2015 con cui la Regione ha specificato il corrispettivo dei vari servizi ed ha indicato i costi di smaltimento del rifiuto indifferenziato non è stata pubblicata sul sito internet della stazione appaltante,

5)-illegittimità derivata dall'illegittimità degli atti impugnati in principalità.

All'udienza pubblica del 2 luglio 2015 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

La ricorrente, affidataria del servizio, ha impugnato gli atti di gara nonché i presupposti atti di approvazione del progetto del servizio di igiene ambientale, raccolta differenziata e integrata dei rifiuti urbani e assimilati, servizi di pulizia stradale e di qualità urbana e servizi accessori collaterali. Gli atti di gara sono impugnati nella parte in cui impongono, sotto diversi profili, condizioni eccessivamente onerose per la formulazione dell'offerta.

Da un primo punto di vista la ricorrente ha contestato la richiesta della stazione appaltante di una serie di attrezzature particolarmente costose commercializzate da un solo produttore in Italia che appaiono decisamente sproporzionate rispetto alle finalità che l'amministrazione si propone con il servizio stesso.

In particolare è stato impugnato l'art. 35 del capitolato speciale d'appalto che prevede per lo svolgimento del servizio 2 mezzi robotizzati a carico bilaterale con presa verticale dall'alto nonché 650 contenitori di caratteristiche speciali e compatibili con i mezzi di cui sopra.

Si tratterebbe di una prescrizione del tutto sproporzionata per l'oggetto dell'appalto in quanto i medesimi servizi potrebbero essere effettuati con le stesse modalità imposte dall'amministrazione anche con altre attrezzature meno costose e più facilmente reperibili. La previsione del capitolato, pertanto, contrasterebbe con l'art. 68, commi 2 e 13 d.lgs. 163/06.

Il Collegio con ordinanza 7 maggio 2015 n. 106 ha respinto la domanda cautelare sul presupposto che la scelta discrezionale dell'amministrazione fosse giustificata con l'esigenza di riduzione e di ottimizzazione degli spazi di occupazione del suolo pubblico, non

avendo, peraltro, la stazione appaltante imposto mezzi aventi provenienze determinate marchi brevetti e simili.

In sostanza il Collegio ha ritenuto che l'esercizio di discrezionalità tecnica consistente nella scelta dei mezzi fosse giustificata dall'esigenza di riduzione e di ottimizzazione degli spazi di occupazione del suolo pubblico espressa a pag. 93 dell'allegato 2 al capitolato speciale di gara.

La ricorrente, tuttavia, ha impugnato con motivi aggiunti (motivo aggiunto n. 3) anche gli atti presupposti di approvazione del progetto relativo al nuovo servizio di igiene ambientale per il periodo 2014 – 2021 (deliberazione della giunta comunale di Bordighera 25 marzo 2014 n. 58 e della deliberazione della giunta comunale di Bordighera 12 giugno 2014 n. 134), evidenziando l'irrazionalità e l'incongruità della scelta operata dall'amministrazione.

Alla luce delle evenienze successive allo svolgimento della camera di consiglio il Collegio ritiene che il proprio orientamento debba essere rimeditato.

Occorre premettere che in generale la stazione appaltante esercita una discrezionalità tecnica nella scelta dei mezzi necessari per lo svolgimento di un appalto e più in generale nell'imposizione di specifiche tecniche. Peraltro tale discrezionalità tecnica incontra i limiti di cui all'art. 68, comma 2, d.lgs. 163/06 costituiti dal rispetto della parità di accesso agli offerenti e dal divieto di creazione di ostacoli ingiustificati alla concorrenza.

L'imposizione di specifiche tecniche particolarmente gravose e sproporzionate rispetto all'oggetto dell'appalto può risolversi, infatti, in una lesione della concorrenza.

Nella specie è contestato l'art. 35 del capitolato di gara che impone che il servizio sia effettuato mediante l'utilizzo di 650 contenitori a carico bilaterale e due mezzi robotizzati a carico bilaterale con presa verticale dall'alto. Secondo la prospettazione della ricorrente tali modalità sarebbero irragionevoli e lesive della concorrenza in quanto tali attrezzature sono commercializzate in Italia da una unica società la Nord Engineering e avrebbero un costo pressoché doppio rispetto ad analoghe attrezzature a presa bilaterale senza presa verticale dall'alto.

Il motivo è fondato.

La ricorrente ha dimostrato tramite due successive perizie (7 maggio 2015 e 11 giugno 2015) che le specifiche imposte dal capitolato, in particolare presa bilaterale dall'alto mediante processo robotizzato, possono essere soddisfatte esclusivamente da un unico produttore presente sul mercato italiano mentre sul mercato europeo sono presenti sistemi che, tuttavia, non consentono la piena robotizzazione del processo ovvero sono ancora a livello prototipale (perizia 7 maggio 2015).

Tale circostanza, in uno con il prezzo particolarmente elevato dei mezzi e delle attrezzature determina una significativa restrizione delle possibilità concorrenziali.

L'amministrazione, pertanto, avrebbe dovuto congruamente motivare le ragioni dell'imposizione di simili specifiche tecniche.

Le motivazioni rinvenibili a giustificazione di tale scelta sono costituite dall'esigenza di operare anche nella strade a senso unico (art. 35 del capitolato) e dall'esigenza di riduzione e di ottimizzazione degli spazi di occupazione del suolo pubblico (pag. 93 dell'allegato 2 al capitolato speciale di gara).

La prima esigenza non appare idonea ad imporre una così drastica limitazione della concorrenza in assenza di una dimostrazione puntuale dell'impossibilità di una ubicazione dei contenitori tale da rendere gli stessi movimentabili mediante presa laterale.

Quanto alla seconda esigenza la ricorrente ha impugnato gli atti presupposti di approvazione del progetto di esecuzione del servizio e ha dimostrato come la stessa esigenza di razionalizzazione di ottimizzazione degli spazi potesse essere agevolmente perseguita anche mediante l'utilizzo di altre attrezzature (perizia 11 giugno 2015) e che anzi l'impiego di queste ultime consentirebbe una migliore ottimizzazione degli spazi.

Tali affermazioni non sono state adeguatamente confutate dalla resistente onde possono essere poste a fondamento della decisione.

Pertanto gli atti di gara e i presupposti atti di approvazione del progetto si appalesano affetti quantomeno da un vizio di difetto di motivazione e devono essere annullati.

Per quanto riguarda i restanti motivi, che potrebbero essere assorbiti, il Collegio ritiene comunque di esaminarli per fornire alla stazione appaltante una precisa indicazione in sede di riedizione del potere.

Il secondo motivo, con cui si contesta la disciplina della risoluzione del contratto contenuto all'art. 5 del capitolato è infondato.

Con lo stesso si invoca l'applicazione al caso di specie dell'art. 134 d.lgs. 163/06 che disciplina la facoltà dell'amministrazione di recedere in qualunque tempo dal contratto previo pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere oltre al decimo delle opere non eseguite.

In disparte la dubbia applicabilità della norma, dettata per gli appalti di lavori, agli appalti di servizi, occorre rilevare come la clausola

contestata configuri un'ipotesi di condizione risolutiva espressa, come fatto palese dal richiamo all'art. 1353 c.c. contenuto nel testo della clausola, che non determina il venir meno del rapporto contrattuale per effetto di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, secondo il paradigma dell'art. 134 d.lgs. 163/06, ma al verificarsi di un evento futuro ed incerto preventivamente individuato. Ciò esclude la sussistenza di quelle esigenze di tutela che sono alla base della previsione di cui all'art. 134 d.lgs. 163/06.

Peraltro, e conclusivamente, la disciplina recata dalla clausola contestata prevede l'obbligo all'amministrazione di acquistare le attrezzature necessarie allo svolgimento dell'appalto : "E' fatta salva, inoltre la corresponsione del prezzo residuo, alla data di scioglimento anticipato del contratto, dei mezzi e delle attrezzature (contenitori, cassonetti, pattumiere, composta tori domestici, attrezzature centri di raccolta e loro sistemi di pesatura e accettazione informatizzata) che rimangono di proprietà del Comune".

Tale circostanza esclude la stessa configurabilità di una lesione in danno della ricorrente.

Con il terzo motivo la ricorrente sostiene che i costi dei singoli servizi di raccolta differenziata e di smaltimento dei rifiuti urbani indifferenziati sarebbero sottostimati, fuori mercato e contrastanti con le tariffe approvate dalla Provincia. Tale motivo è stato ripreso dal primo motivo aggiunto.

Sul punto è sufficiente rilevare come il parametro di riferimento utilizzato dalla ricorrente per sostenere la propria tesi è costituito dal provvedimento della Provincia emesso in data (21.4.2015) successiva a quella della nota di chiarimenti della Regione (20.4.2015).

Ne consegue la infondatezza dei mezzi.

Con il quarto motivo del ricorso principale la ricorrente lamenta la mancata specificazione dei servizi complementari e aggiuntivi da affidare a trattativa privata.

L'infondatezza del motivo deriva dal riferimento, contenuto negli atti di gara, all'art. 57 d.lgs. 163/06, che fa riferimento a circostanze impreviste quali presupposti legittimanti l'affidamento a trattativa privata, onde l'infondatezza del mezzo.

Devono essere a questo punto esaminati i motivi aggiunti non esaminati in connessione con quelli del ricorso principale

Il secondo motivo aggiunto, con cui si censura la previsione di cui all'allegato 1 lett. b) del capitolato di gara, è irricevibile in quanto tardivamente proposto attesa l'avvenuta pubblicazione dell'atto in questione sulla G.U. dell'11 marzo 2015 e la menzione nel ricorso originario.

Con il quarto motivo aggiunto la ricorrente lamenta che né la richiesta della ricorrente né la nota di risposta della regione Liguria siano state pubblicate sul sito della stazione appaltate.

Il motivo è inammissibile per difetto di interesse atteso che la ricorrente ha avuto piena conoscenza della nota in questione.

In conclusione il ricorso si appalesa parzialmente fondato nella parte in cui l'amministrazione ha imposto, in assenza di adeguata motivazione, l'impiego di particolari attrezzature e mezzi il cui approvvigionamento appare potenzialmente lesivo della concorrenza.

La domanda risarcitoria deve essere respinta per difetto di prova del danno.

Le spese possono compensarsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso e sugli accessivi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla, secondo quanto espresso in motivazione, gli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2015

IL SEGRETARIO

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