

Tribunale amministrativo regionale Sentenza 19 novembre 2009, n. 2799

Repubblica italiana
in nome del popolo italiano

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce — Sezione Prima
ha pronunciato la seguente

Sentenza

Sul ricorso numero di registro generale 1826 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
(omissis);

contro

Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata per legge in Lecce, via F.Rubichi 23;

nei confronti di

(omissis), tutte non costituite;

(omissis);

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del Bando di Gara pubblicato sul supplemento della Gu dell'Unione europea in data 14 ottobre 2008 (Gu/S-S 199, 264 346 – 2008 – IT), avente ad oggetto Servizio per la pulizia di strade e piazzali, ritiro e trasporto a smaltimento dei rifiuti, nell'ambito del Porto di Brindisi e servizio giornaliero di pulizia degli immobili demaniali e degli uffici sede dell'Autorità portuale per il triennio 2008 – 2011; del Capitolato speciale d'appalto predisposto dall'Autorità portuale di Brindisi, articoli 3, 4, 5, 6, 7; della nota/invito del Segretario Generale dell'Autorità Portuale di Brindisi prot. n. 11920 in data 1/12/2008; delle Risposte ai quesiti, pubblicate sul Sito Internet (www.porto.br.it) dell'Autorità portuale di Brindisi nn. 6, 7 e 11; del Verbale n. 1 (seduta pubblica) della Commissione di gara in data 21/11/2008; del Verbale n. 2 (seduta riservata) della Commissione di gara in data 28/11/2008; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

nonché, per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento del Segretario Generale dell'Autorità portuale di Brindisi prot. n. 871 del 28 gennaio 2009, con il quale si comunicava alla costituenda Ati ricorrente la esclusione dalla gara; dei verbali della Commissione di gara redatti in data 7 e 14 gennaio 2009, acquisiti, previa istanza di accesso, in data 26/02/2009, nei limiti dell'interesse fatto valere dalla ricorrente; del Bando di gara in data 14/10/08; del Disciplinare di gara, punto 4: Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte; del Capitolato speciale di appalto, articolo 7: Determinazione del servizio; dell'invito a far pervenire offerte dell'Autorità portuale di Brindisi, prot. n. 11920 in data 1/12/2008; dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva di estremi e contenuto ignoti ove adottati dalla Pa; dei provvedimenti di ammissione, di estremi e contenuto ignoti adottati nei confronti delle partecipanti risultate escluse alla valutazione tecnica, come da Verbale n. 2 (seduta riservata), della Commissione di gara in data 28/11/2008; della Risposta n. 12, seguita al Quesito 12 da parte dell'Autorità portuale di Brindisi;

nonché, per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della Nota dell'Autorità portuale di Brindisi — Ufficio Gare, prot. n. 4488 in data 27/4/2009, ad oggetto: Servizio per la pulizia di strade e piazzali, ritiro e trasporto a smaltimento dei rifiuti nell'ambito del porto di Brindisi e servizio giornaliero di pulizia degli immobili demaniali e degli uffici sede dell'Autorità portuale di Brindisi per il triennio 2008-2011, e degli allegati verbali della Commissione di gara e, più specificamente: del verbale della seduta riservata in data 4/4/2009; del verbale n. 10 (seduta pubblica) in data 9/4/2009.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Autorità portuale di Brindisi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...);

Viste le memorie difensive rispettivamente prodotte dalle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/10/2009 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti gli Avv.ti (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

Fatto

L'Autorità portuale di Brindisi ha indetto una gara pubblica per il servizio di pulizia di strade e piazzali, ritiro e smaltimento dei rifiuti nell'ambito del Porto di Brindisi, nonché pulizia dei relativi immobili demaniali e degli uffici portuali, per il triennio 2008 — 2011.

A tal fine richiedeva la sola iscrizione nel registro delle imprese di pulizia ai sensi del Dm n. 274 del 1997. La commissione di gara, nell'arco della seduta in data 21 novembre 2008, determinava la esclusione dalla gara della costituenda Ati (...) (d'ora in avanti, l'Ati), per mancata corrispondenza tra qualificazione, partecipazione ed esecuzione del servizio.

Successivamente, poiché nessuna delle offerte tecniche presentate risultava conforme al disciplinare di gara per quanto attiene, in particolare, all'elenco dettagliato delle attrezzature disponibili per l'espletamento del servizio, e dunque in assenza di imprese ammesse alle successive fasi di gara, l'ente portuale indicava procedura negoziata da espletare in data 11 dicembre 2008, invitando a tal fine a partecipare tutte le imprese escluse (compresa l'Ati predetta) mediante completamento della documentazione riguardante l'offerta tecnica nei termini di cui sopra.

L'Ati in questione proponeva dunque ricorso per i seguenti motivi:

a) illegittimità del bando di gara per violazione delle disposizioni contenute nel codice dell'ambiente (decreto legislativo n. 152 del 2006) nella parte in cui prevede che l'attività di raccolta e di smaltimento di rifiuti debba essere svolta da imprese iscritte in apposito albo dei gestori ambientali. In particolare, né il bando di gara, né la nota/invito alla procedura negoziata in data 1° dicembre 2008, contenevano tra i requisiti di partecipazione quello della richiamata iscrizione all'albo, ritenendo sufficiente la sola iscrizione al registro delle imprese di pulizia;

b) violazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e del Dpr n. 554 del 1999, nella parte in cui l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe riscontrato, in seno alla prima procedura di gara, la mancata corrispondenza tra quota di qualificazione, di partecipazione all'Ati e di esecuzione del servizio, nonché laddove la stessa Pa riteneva che la società mandante non avesse il requisito minimo del 10% di partecipazione alla stessa Ati, a norma dell'articolo 95 del regolamento in materia di lavori pubblici;

c) violazione dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 163 del 2006, in quanto sarebbe stata successivamente indetta procedura negoziata in assenza delle condizioni a tal fine previste dalla legge;

d) eccesso di potere per illogicità e sproporzionalità, atteso che l'invito a partecipare alla predetta procedura negoziata fisserebbe un termine ristrettissimo per produrre ogni utile documentazione.

Con decreto presidenziale n. 1125 in data 9 dicembre 2008 veniva accolta l'istanza di provvedimento cautelare monocratico, in considerazione della eccessiva esiguità del termine prescritto ai fini della partecipazione alla procedura negoziata.

Si costituiva in giudizio l'autorità portuale per chiedere il rigetto del gravame mediante argomentazioni che formeranno oggetto di più ampia trattazione nella parte in diritto della presente decisione.

Con ordinanza n. 1173 del 17 dicembre 2008 veniva poi confermato il suddetto decreto presidenziale.

L'Ati ricorrente interponeva successivamente motivi aggiunti, per difetto di motivazione, avverso l'atto n. 871 in data 28 gennaio 2009 del segretario generale dell'autorità nella parte in cui escludeva il medesimo raggruppamento dalla seconda procedura in quanto l'offerta tecnica presentata era ritenuta "non valutabile" per carenza dei mezzi con i quali espletare eventualmente il servizio de quo.

Con ordinanza n. 288 del 25 marzo 2009, questa sezione accoglieva l'istanza di tutela cautelare, ordinando alla amministrazione aggiudicatrice di procedere alla valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica.

Si costituiva altresì in giudizio, quale controinteressata, la ditta (...).

A seguito della disposta valutazione venivano poi proposti ulteriori motivi aggiunti, per difetto di motivazione, violazione delle disposizioni in materia di appalti e delle regole fissate nella documentazione di gara, avverso la nota n. 4488 del 27 aprile 2009 (e degli allegati verbali di gara) con la quale veniva comunicato l'esito della valutazione attribuito alle ricorrenti, valutazione che non risultava sufficiente per risultare aggiudicataria. In particolare: non sarebbero stati chiesti i previsti chiarimenti in ordine alla asserita insufficienza di alcuni mezzi (in ordine ai quali è stato attribuito punteggio pari a zero); l'offerta presentata dalla contro interessata non sarebbe congrua sul piano dei mezzi di cui si è dichiarata la disponibilità; non sarebbero stati previsti sub criteri ai fini della valutazione tecnica; le ore annue lavorative da destinare allo svolgimento del servizio sarebbero state erroneamente conteggiate.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2009 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni e la causa veniva infine trattenuta in decisione.

Diritto

1. Si affronta il primo motivo del ricorso principale.

1.1. Osserva il collegio come i documenti di gara (bando, disciplinare e capitolato) prevedano nel complesso, tra i servizi da svolgere nel comprensorio demaniale del porto:

a) pulizia di strade e piazzali mediante spazzamento (da svolgersi con autospazzatrice);

b) raccolta dei rifiuti, urbani e speciali, e loro trasporto (mediante apposito auto compattatore) e smaltimento presso impianti autorizzati a qualsiasi distanza con idoneo mezzo autorizzato;

- c) raccolta differenziata dei rifiuti speciali;
- d) ritiro dei rifiuti dai cassonetti ubicati entro il comprensorio demaniale e loro smaltimento presso impianto autorizzato;
- e) fornitura e raccolta dei sacchetti in plastica dei contenitori porta rifiuti.

1.2. Dal canto suo il decreto legislativo n. 152 del 2006 stabilisce, in tema di rifiuti:

- a) all'articolo 183, che la gestione dei rifiuti prevede le fasi di raccolta, trasporto e smaltimento, e che lo spazzamento delle strade costituisce una delle modalità di raccolta dei rifiuti (tanto che l'articolo 184 classifica come rifiuti urbani anche quelli provenienti dallo spazzamento delle strade);
- b) all'articolo 212, comma 5, che "l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi", ed al successivo comma 6 che "l'iscrizione ... costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto ... dei rifiuti".

1.3. Dunque, da un raffronto tra i compiti da svolgere secondo i documenti di gara e le richiamate norme in tema di rifiuti emerge, in primo luogo, come l'attività oggetto del servizio rientri, almeno in parte, nel concetto di gestione dei rifiuti.

E ciò tanto più ove soltanto si consideri che, ai sensi del Dm 7 luglio 1997, n. 274 (recante "Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della L. 25 gennaio 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione"), "sono attività di pulizia quelle che riguardano il complesso di procedimenti e operazioni atti a rimuovere polveri, materiale non desiderato o sporcizia da superfici, oggetti, ambienti confinati ed aree di pertinenza": attività, queste, che solo in parte coprono l'oggetto del servizio ed in particolare quello da svolgere all'interno degli immobili demaniali e degli uffici dell'ente portuale.

In sintesi, si può ben affermare che mentre le attività da svolgere all'interno dei fabbricati sono in effetti da classificare alla stregua di "pulizie", quelle da svolgere all'esterno (ossia su strade e piazzali, compreso lo spazzamento) sono più propriamente da ricondurre, per gran parte, alla "gestione dei rifiuti".

1.4. Ne consegue in secondo luogo che, se si considera che per la gestione dei rifiuti è necessaria una specifica iscrizione, non poteva il bando non prevedere tale particolare requisito di professionalità.

1.5. A dimostrazione di quanto appena affermato depongono le seguenti ulteriori considerazioni. In particolare:

- a) l'articolo 179 ("Criteri di priorità nella gestione dei rifiuti"), stabilisce tra l'altro che "le pubbliche amministrazioni perseguono, nell'esercizio delle rispettive competenze, iniziative dirette a favorire prioritariamente la prevenzione e la riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti";
- b) l'articolo 180 ("Prevenzione della produzione di rifiuti"), prevede poi che "al fine di promuovere in via prioritaria la prevenzione e la riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti, le iniziative di cui all'articolo 179 riguardano in particolare: ...b) la previsione di clausole di gare d'appalto che valorizzino le capacità e le competenze tecniche in materia di prevenzione della produzione di rifiuti";
- c) l'articolo 182 dispone infine che l'attività di smaltimento dei rifiuti è effettuato in condizioni di sicurezza e attraverso le migliori tecniche disponibili.

Le prime due disposizioni sopra richiamate derivano da una rinnovata attenzione, a livello comunitario prima ancora che nazionale, al settore pubblico, in cui hanno sino ad ora stentato ad affermarsi pratiche sostenibili se non virtuose in tema di tutela dell'ambiente.

In questa direzione, ossia nell'ottica di utilizzare molteplici strumenti volti a promuovere non solo la riduzione della produzione dei rifiuti ma anche a minimizzarne gli effetti nocivi, è apparso congruo, per il legislatore, stabilire una serie di doveri propri delle pubbliche amministrazioni nell'ambito della loro attività negoziale: tra questi, talune clausole che valorizzino, nel settore del quo, particolari capacità e competenze tecniche, in uno con le più adeguate condizioni di sicurezza e con le migliori tecniche disponibili.

Dunque, un mix di competenza ed affidabilità, in capo alle imprese affidatarie di taluni servizi, che trova il suo livello minimo di garanzia proprio nel descritto sistema di iscrizione previsto dall'articolo 212 del codice ambientale.

In altre parole, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali costituisce il requisito minimo ed essenziale per consentire non solo alle imprese di operare in questo settore ma anche per assicurare, alle pubbliche amministrazioni che decidono di rivolgersi al mercato per lo svolgimento di siffatte attività, di poter fare leva su soggetti dotati di alta professionalità e serietà.

1.6. In questi termini, la scelta (o meglio l'obbligo) della Pa di prevedere l'iscrizione all'albo di cui all'articolo 212 del codice ambiente, ai fini della partecipazione ad appalti come quello di cui si controve, senz'altro risponde – contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'amministrazione – a criteri di proporzionalità e buona amministrazione.

1.7. Ritiene poi il collegio di respingere tutte le eccezioni, processuali e sostanziali, sollevate sul punto dall'amministrazione e, in parte, anche dalla società controinteressata. In particolare:

1.7.1. Quanto alla mancata impugnazione dei singoli provvedimenti di ammissione delle altre imprese partecipanti, tale secondo la difesa della amministrazione da rilevare in termini di interesse a ricorrere, trattasi di adempimento processuale ultroneo rispetto alla impugnazione del bando, atteso che, sulla base della formulazione di quest'ultimo – nonché in virtù delle risposte fornite dalla Pa in ordine ai quesiti sul punto sollevati – va da sé che ogni impresa partecipante era potenzialmente – e soprattutto presumibilmente – sfornita di tale requisito in quanto non richiesto.

Piuttosto, sarebbe stato onere della stessa amministrazione aggiudicatrice allegare la prova contraria, ossia che, pur a fronte di tale manchevolezza del bando, tutte le imprese, e in particolare quella poi risultata aggiudicataria, erano comunque in possesso dell'iscrizione in parola. Onore questo non assolto, con ogni conseguenza in ordine alla carenza di tale requisito di professionalità in capo alle imprese partecipanti;

1.7.2. A ben vedere, di tale dimostrazione si è poi fatta carico la società controinteressata, la quale ha tuttavia depositato in giudizio un certificato rilasciato, con riferimento alla categoria ed alla classe necessarie per svolgere i servizi di gestione rifiuti previsti nel bando, in data successiva rispetto a quella fissata per la presentazione della documentazione relativa sia alla prima (aperta) che alla seconda (negoziata) delle procedure di gara intraprese dalla amministrazione resistente.

Tale produzione deve considerarsi tardiva e dunque inammissibile ai fini della partecipazione alla gara, atteso che per pacifico orientamento i requisiti di professionalità, affidabilità ed esperienza rientrano tra i criteri di selezione preliminare che, in quanto tali, debbono essere posseduti dalle imprese al momento del termine di scadenza fissato dal bando per la presentazione delle offerte.

Ed infatti, poiché la fase della c.d. prequalificazione, diretta ad accettare la potenziale idoneità dei concorrenti ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto, precede in senso logico e temporale quella relativa alla valutazione delle offerte, collocandosi in particolare tra i primi adempimenti posti in essere nella sequenza concernente lo svolgimento della gara, ogni elemento che attiene al suo utile svolgimento deve essere tempestivamente fornito alla Pa, ossia nel momento di chiusura del termine di presentazione delle candidature alla competizione, che in chiave procedimentale è di poco antecedente rispetto al richiamato (primo) screening di valutazione.

1.7.3. Quanto, invece, alla ritenuta accessoriata dell'aspetto concernente la gestione dei rifiuti rispetto al servizio di pulizie, osserva il collegio come da una lettura delle documentazione di gara emerga, tre i due segmenti di attività, una netta autonomia in termini funzionali e organizzativi.

Tanto che, come si è già detto, la gestione dei rifiuti può essere ragionevolmente – e principalmente – ricondotta alle pulizie esterne, mentre il servizio di pulizie in senso stretto si rivolge per lo più agli ambiti interni (immobili demaniali ed uffici portuali).

La circostanza, poi, secondo cui la gestione dei rifiuti rivesta un aspetto marginale in termini economici (2% dell'importo a base d'asta) è del tutto irrilevante, dovendosi accordare prevalenza, in proposito, agli aspetti funzionali legati alla particolare competenza ed affidabilità che le imprese operanti in tale delicato settore (gestione di rifiuti) debbono necessariamente possedere a tutela del prevalente interesse pubblico ad un ambiente salubre.

In altre parole, quand'anche l'aspetto legato alla gestione dei rifiuti sia da ritenere quantitativamente inferiore rispetto a quello concernente le pulizie in senso stretto, la particolare rilevanza dell'interesse (ambientale) da garantire richiede, in applicazione dell'ormai consolidato principio di massima precauzione, che tale segmento (pur minimo) di attività sia svolto da imprese di acquisita (e soprattutto certificata) serietà e professionalità.

1.7.4. Con ulteriore eccezione, l'amministrazione resistente rileva che la normativa rifiuti non si applicherebbe al caso di specie, trattandosi di aree precluse al pubblico e dunque di natura "privata". Il rilievo è infondato.

Le aree e le banchine comprese nell'ambito portuale sono infatti riconducibili al demanio necessario, in particolare a quello marittimo ai sensi degli articoli 822 del codice civile e 28 del codice della navigazione (cfr., in termini, Cass. Pen., sez. III, 28 settembre 1984, n. 7823), in quanto tali ricollegabili al concetto di "bene pubblico".

Del resto, è la stessa amministrazione aggiudicatrice ad avere operato esplicito riferimento, nel capitolato speciale, al fatto che il servizio di pulizia di strade e piazzali, nonché il ritiro, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti debba essere prestato "nell'ambito demaniale" del porto di Brindisi.

Diverso è il discorso circa la utilizzazione delle predette aree, le quali possono essere variamente soggette ad una destinazione di tipo diretto, generale, particolare (mediante riserva di specifiche zone allo svolgimento di compiti istituzionali della PA) ed eccezionale (ossia mediante il sistema della concessione, ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 84 del 1994), e ciò a seconda delle valutazioni e delle esigenze di volta in volta manifestate – anche in relazione a differenti porzioni di area – da parte dell'autorità marittima preposta alla gestione del porto.

Pertanto, poiché ai sensi dell'articolo 184 del codice ambientale debbono ritenersi alla stregua di rifiuti urbani quelli giacenti su "aree pubbliche" (tra cui rientra a pieno titolo, per i motivi anzidetti, quella afferente al porto di Brindisi), ne deriva che la connessa attività di raccolta e trasporto dei medesimi non può che essere svolta da imprese a tal fine specificamente abilitate.

1.8. In conclusione, alla luce di quanto testé affermato è da ritenere illegittima la clausola del bando di gara che, ai fini dell'attività da svolgere nel caso di specie, richiede quali requisiti di partecipazione la sola iscrizione al registro delle imprese di pulizia e non anche quella all'albo nazionale dei gestori ambientali. Ne deriva la fondatezza e dunque l'accoglimento dello specifico motivo di ricorso.

1.9. La rilevata illegittimità si colloca peraltro in una fase della gara (prequalificazione) tale da incidere (con effetti caducatori, come si vedrà) su tutta la sequenza provvedimentale posta in essere, ivi ricompresi gli atti di aggiudicazione qui puntualmente gravati, con conseguente accoglimento dell'intero gravame.

Ciò che da un lato esime il collegio dall'esaminare le restanti censure, e dall'altro lato di determinare l'annullamento di tutti gli atti di gara, come in epigrafe indicati.

1.10. Ritiene infine il collegio di accollare le spese di giudizio unicamente sull'amministrazione aggiudicatrice.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1826/2008, lo accoglie e, per l'effetto, annulla tutti gli atti di gara in epigrafe indicati. Liquida le spese di giudizio in euro 3.000 (tremila), oltre Iva e Cpa, da porre a carico dell'Autorità portuale di Brindisi.

Nulla per le spese quanto alla società controinteressata.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 21/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

(omissis)

Depositata in segreteria il 19/11/2009