



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 Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1278 del 2008, proposto da: Borelli Orlando Autotrasporti, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso Alessandro Cinti in Bologna, via D'Azeglio 19;

***contro***

Hera Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

***nei confronti di***

Agesp Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Scuderi, con domicilio eletto presso Silvia Nicodemo in Bologna, viale Filopanti 4/C; Ecologia Soluzione Ambientale Spa;

***per l'annullamento***

In via principale: del verbale di gara della 1<sup>a</sup> seduta pubblica in data 1 settembre 2008 nella parte in cui ha dichiarato l'ammissibilità alla procedura di gara dell'offerta presentata dalle imprese affidatarie;

dei verbali di gara della Commissione Tecnica nominata al fine di esaminare le offerte formulate per la parte propositiva;

del verbale di gara della 2<sup>a</sup> seduta pubblica in data 11 settembre 2008;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, comunicato in data 17 ottobre 2008, con cui Hera s.p.a. ha affidato "il servizio relativo alla raccolta e trasporto rifiuti e gestione, inclusi gli interventi manutentivi ordinari e straordinari, lavaggio e sanificazione delle isole interrato e dei contenitori interrati per la raccolta differenziata ubicati nel bacino territoriale gestito da Hera Bologna s.r.l. un personale per il periodo 1 ottobre 2008 al periodo 30 settembre 2010. Importo complessivo 1.560.000,00 euro, Iva esclusa”;

del provvedimento non cognito in forza del quale Hera s.p.a. ha aggiudicato in via definitiva alle imprese Agesp s.p.a. e Ecologia Soluzione Ambientale s.p.a. il servizio.

In via subordinata: della lex specialis di gara; del verbale della prima seduta privata 2.9.2008 nella parte in cui la Commissione ha suddiviso i criteri valutativi delle offerte.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Hera Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e di ricorso incidentale di Agesp Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23.4.2009 il dott. Grazia Brini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

I. Con ricorso notificato il 15/12/2008 e depositato il 27. 12 successivo, l'impresa Borelli Orlando Autotrasporti espone di avere partecipato alla procedura ristretta, indetta da Hera s.p.a. ai sensi dell'articolo 54, comma 2, del decreto legislativo 163 / 2006, per l'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto l'esecuzione del servizio integrato di raccolta, trasporto rifiuti e di gestione, inclusi gli interventi manutentivi, delle isole ecologiche interrato e dei contenitori interrati per la

raccolta differenziata, ubicati nel comune di Bologna, per il periodo dal 1° ottobre 2008 al 30 settembre 2011 (importo complessivo euro 1.560.000,00).

Delle tre imprese invitate alla procedura hanno presentato offerta la ricorrente ed il raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Agesp S.p.A. (in veste di capogruppo mandataria) e da Ecologia Soluzione Ambiente S.p.A. (in veste di mandante).

Impugna gli atti indicati all'epigrafe, per i seguenti motivi:

1) Violazione falsa applicazione dell'articolo 75 del decreto legislativo 163/2006. Violazione della par condicio. eccesso di potere per carenza di istruttoria (in relazione a vizi della cauzione provvisoria presentata dalla controinteressata);

2) Eccesso di potere per violazione della par condicio, violazione dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione, violazione dei principi atti a garantire la concorsualità (in relazione al vincolo posto dalla lex specialis dell'obbligo di lavaggio dei cassoni presso l'impianto di Hera ed alla situazione di vantaggio di cui è venuto a godere il raggruppamento controinteressato, posto che la mandante Ecologia- Soluzione ambiente partecipa assieme al gruppo Hera ad Uniflotte s.r.l., gestore del servizio di manutenzione e lavaggio).

3) Violazione falsa applicazione dell'art. 83 del decreto legislativo 163 / 2006, eccesso di potere da parte della commissione tecnica (in relazione alla suddivisione operata dalla Commissione dei parametri valutativi indicati nella lettera di invito).

4) Violazione della par condicio, violazione del principio di segretezza delle offerte, violazione dei principi di trasparenza di efficacia e di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione ( in relazione alle modalità di custodia delle offerte).

Si è costituita Hera, che ha eccepito in via preliminare l'irricevibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, disposta nella seduta pubblica dell'11 settembre 2008 (alla quale erano presenti due delegati del signor Borrelli, legale rappresentante della ricorrente), e nel merito la sua infondatezza.

Si è costituita anche la controinteressata, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento di imprese costituito con la ditta Ecologia Soluzione Ambiente s.p.a., che ha proposto altresì ricorso incidentale subordinato (in relazione a vizi della cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente principale)

.

II. Premesso che la ricorrente e la controinteressata sono state le uniche due concorrenti nella gara di cui è controversia, vanno prioritariamente considerate le questioni relative alle reciproche ammissioni (quella della controinteressata contestata con il primo motivo del ricorso principale; quella della ricorrente contestata con il ricorso incidentale).

Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale nel caso di controversia tra le due uniche imprese che siano state ammesse alla gara, torna applicabile il principio di recente espresso dall'Adunanza Plenaria (n.11/2008) secondo il quale il giudice, per essere «imparziale», deve trattare le parti «in condizioni di parità», con la conseguenza che “quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.”.

III. L'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata da Hera per la presenza alla seduta pubblica di due delegati dell'impresa ricorrente è infondata, posto che l'onere di impugnativa sorge solo nei confronti del provvedimento finale e l'aggiudicazione definitiva è stata comunicata alla ricorrente con nota del 17.10.08; nella seconda seduta pubblica dell'11.9. 2008, cui si riferisce Hera, è stato stilato l'ordine di graduatoria provvisoria e la Commissione, con atto ad evidente valenza endoprocedimentale, si è riservata di esaminare l'analisi giustificativa dei costi allegata all'offerta economica al fine di accertarne la validità ed ammissibilità.

IV. E' infondata l'eccezione sollevata dalla ricorrente di inammissibilità del ricorso incidentale perché notificato non all'avvocato che ha firmato il ricorso stesso ma alla parte e per essa al procuratore e difensore costituito: com'è stato di recente ritenuto (Cons. Stato, V, n. 4368/07 ) va escluso che la notifica effettuata alla parte e per essa al procuratore costituito possa presentare profili di dubbio sul versante della validità “perché se è vero che, dopo la costituzione in giudizio, è il procuratore costituito a risultare destinatario delle notificazioni e delle comunicazioni non si può negare che egli lo è quale rappresentante della parte; di conseguenza, la notifica che (come nella specie) tenga conto di entrambi gli aspetti è perfettamente valida allo scopo considerato”.

V. Infondata infine è l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale sotto il diverso profilo della mancata individuazione del provvedimento verso cui è diretto: è infatti chiarissimo che tale mezzo mira a colpire l'ammissione della

ricorrente sotto il profilo delle denunciate carenze della cauzione provvisoria, con censura speculare a quella dedotta dalla stessa ricorrente principale.

VI. Quanto all'ammissione del raggruppamento controinteressato, secondo la ricorrente questo avrebbe dovuto essere escluso perchè la polizza fideiussoria posta a garanzia dell'offerta risulta intestata alla sola capogruppo e non anche alla mandante Ecologia Soluzione Ambiente.

Oppongono le due parti resistenti che tale possibilità era espressamente prevista dalla lettera di invito ("In caso di raggruppamenti temporanei di imprese la cauzione provvisoria può essere intestata a tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento oppure anche alla sola capogruppo").

Il collegio rileva che, in base ad ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato A.P. 4/10/2005 n° 8; C.Si. 21/11/2006 n° 680; T.A.R. Lombardia – Milano, I Sez., 19/4/2007 n° 1876, TAR Sardegna, I, 1116/2008, TAR Catanzaro, I, 317/2008, Cons. Stato V, 2400/2009), nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese è necessario non tanto che la polizza fideiussoria sia intestata a tutte le imprese che vi fanno parte, quanto piuttosto che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento.

Ha precisato il Giudice d'appello nell'ultima delle decisioni citate (già con riferimento alle previsioni dell'art.75 del codice del contratti pubblici): "Ciò che rileva è che la polizza fideiussoria garantisca i rischi connessi al possibile inadempimento di tutte le imprese dell'ATI costituenda (in particolare il rischio relativo alla mancata sottoscrizione del contratto d'appalto per fatto dell'aggiudicatario), non essendo necessario che ciascuna di esse provveda a sottoscrivere la polizza stessa. L'esigenza da perseguire, infatti, è che la stazione appaltante sia garantita nei confronti di tutti i partecipanti all'ATI non ancora costituita non essendo rilevante il fatto che tutte le imprese abbiano o meno sottoscritto la polizza, né che la polizza sia intestata alla sola capogruppo, ma piuttosto che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento.

Diversamente ragionando si determinerebbe una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte la mancata sottoscrizione non sia imputabile alla capogruppo designata ma alle mandanti sia, in ipotesi, perché sono state queste ultime a non conferire il mandato alla capogruppo designata messa così nella impossibilità di sottoscrivere il contratto, sia perché le dichiarazioni non veritiere circa il possesso dei requisiti individuali di partecipazione sono state rese da una delle mandanti; peraltro non è configurabile una ipotesi di responsabilità indiretta

o per fatto altrui della capogruppo che non potrebbe essere chiamata a rispondere per fatto di altro soggetto.”.

Ciò premesso, l'applicazione di tali principi al caso in esame porta a concludere che:

a) nella polizza fidejussoria in questione Agesp s.p.a non solo è l'unico intestatario ma soprattutto è l'unico soggetto garantito, non facendosi cenno alcuno né ad un costituendo raggruppamento né alla mandataria.

b) Non rileva che la lex specialis prevedesse la possibilità di intestazione alla sola capogruppo, posto che la polizza è comunque carente sul piano dei soggetti garantiti.

L'ammissione del raggruppamento controinteressato nonostante tale carenza risulta pertanto illegittima.

VII. Altrettanto viziata, peraltro, risulta la polizza presentata dalla ricorrente, che non prevede l'espressa rinuncia del fidejussore all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2 c.c, nè l'impegno dello stesso a rilasciare la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art.113 del D.Lgs. n.163/2006 nel caso in cui l'offerente risultasse aggiudicataria (elementi richiesti a pena di esclusione sia dalla lettera di invito sia dall'art.75 del Codice contratti).

E' conseguentemente fondato anche il ricorso incidentale.

VIII. L'accoglimento sia del ricorso principale (primo motivo), sia del ricorso incidentale ha effetto caducante degli ulteriori atti della procedura di gara successivi alla fase dell'ammissione, viziata per entrambe le concorrenti. Restano pertanto assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso principale.

L'esito della controversia porta a compensare integralmente le spese del giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso principale (primo motivo) ed il ricorso incidentale in ordine rispettivamente all'ammissione della controinteressata ed all'ammissione della ricorrente, e per l'effetto annulla gli atti di gara a partire dal verbale della prima seduta pubblica 1.9.2008.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 23.4.2009 con l'intervento dei Magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente FF

Grazia Brini, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO