



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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10143 del 2015, proposto da:

Dafne Srl, Chiti Fratelli Srl, Angeloni Angelo Srl, Great Green Coop Sociale a rl, L'Agrifoglio Coop Sociale, Ecoflora 2 Srl, Sia Garden Srl, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Renato Botrugno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Ottaviano, 9;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, Via del Tempio di Giove, 21;

per l'annullamento

del bando di gara in pubblicazione dal 29 giugno 2015 con il quale Roma Capitale ha indetto l'appalto mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio di monitoraggio, sorveglianza, custodia e pronto intervento delle alberature di "prima grandezza" di competenza della U.O. Gestione Verde Pubblico e posizionate lungo gli assi stradali della città di Roma e nelle maggiori ville storiche;

del disciplinare di gara, dello schema di contratto, del capitolato speciale e prestazionale e di ogni altro atto o provvedimento presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2015 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le imprese ricorrenti premettono di essere aziende di punta in ambito nazionale nella gestione e manutenzione del verde, tutte in possesso di certificazione SOA nella categoria specialistica OS24 nonché esecutrici, sia in passato che attualmente, di servizi di primaria rilevanza nell'ambito del verde pubblico.

Soggiungono che, con il bando impugnato, l'amministrazione capitolina ha indetto una procedura finalizzata ad individuare, per ciascuno dei dieci lotti in gara, affidatari di servizi inerenti sia l'attività di monitoraggio, sorveglianza, custodia e pronto intervento delle più imponenti alberate cittadine, sia le più ordinarie attività manutentive inerenti potature, abbattimenti, piantumazioni etc.

Rappresentano altresì che il bando ha riservato la partecipazione a soggetti che vantano uno specifico fatturato sia per servizi nel settore della manutenzione delle alberature che in quello del monitoraggio, V.T.A. e sorveglianza delle alberature stesse.

Nel porre in rilievo, tra l'altro, che il bando, pur ammettendo la possibilità di partecipare alla gara mediante Raggruppamento Temporaneo di Imprese, non opera alcuna indicazione in merito ai servizi cc.dd. principali e secondari, così determinando l'impossibilità di partecipare mediante raggruppamento di tipo verticale nonché prospettando l'illegittimità di altre clausole della lex specialis, ha proposto il presente ricorso, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare e di redazione dei bandi. Violazione del principio di massima partecipazione e concorrenza. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare e di redazione dei bandi. Violazione dei contenuti come indicati dall'allegato IX A del d.lgs. n. 163 del 2006.

La partecipazione alla gara sarebbe possibile solo per i soggetti che possono vantare uno specifico fatturato maturato nell'ambito degli eterogenei settori del monitoraggio/V.T.A./sorveglianza, da un lato, e quello dei servizi di manutenzione del verde, dall'altro.

Le attività di valutazione della stabilità degli alberi, contrariamente a quanto indicato nel bando, concretizzerebbero attività riservate a particolare professione afferendo alla materia

fitoiatria ed essendo la detta valutazione prodroma di ogni determinazione circa la somministrazione di fitofarmaci o di abbattimento.

Se le attività più delicate dell'appalto de quo sono effettuabili solo da determinati tecnici, non sarebbe sorretta da alcuna motivazione la richiesta di un pregresso fatturato per tali servizi maturato non già dai tecnici stessi bensì dagli aspiranti concorrenti.

La mancata indicazione delle parti del servizio principali e secondarie, con la conseguente ridotta operatività della possibile partecipazione in forma associata, attesa che l'unica ipotesi di raggruppamento temporaneo permette creazione di ATI orizzontali, sembrerebbe una scelta idonea ad effettuare una illogica ed illegittima contrazione del novero dei partecipanti che, peraltro, dovrebbero aver maturato fatturato in attività per legge ad essi preclusa; ciò anche in considerazione dello specifico divieto di subappalto inerente proprio le attività di monitoraggio/sorveglianza/VTA.

Il combinato disposto delle clausole censurate impedirebbe di fatto la effettiva massima partecipazione richiedendo illogicamente una contestuale capacità dell'aspirante affidatario dimostrata da fatturazione inerente i due settori eterogenei.

La parte economicamente predominante dell'appalto riguarderebbe comunque attività per le quali le imprese ricorrenti sono qualificate.

Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare e di redazione dei bandi, abnormità ed irragionevolezza delle onerosità inerenti richiesta di coperture assicurative inerenti la responsabilità ex art. 2051 c.c. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di attribuzione di funzioni e poteri pubblici nonché di delega di responsabilità di ente locale ai sensi del TUEL approvato con d.lgs. n. 267/2000. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici con particolare riferimento al travisamento e carenza assoluta di motivazione. Sviamento di potere.

La pretesa dell'amministrazione di trasferire integralmente sull'appaltatore la responsabilità per qualsiasi evento lesivo si verifici per cedimenti totali o parziali del patrimonio arboreo appartenente al lotto aggiudicato sarebbe illegittimo in quanto realizzerebbe una violazione delle regole vigenti in materia di attribuzione di funzioni e poteri pubblici nonché di delega delle responsabilità di ente locale.

L'amministrazione avrebbe ritenuto illegittimamente di obbligare l'appaltatore a fornire una copertura assicurativa che si sostanzia in una sorta di illegittimo affidamento di servizi assicurativi.

La clausola di manleva, attraverso la quale si riversi sull'appaltatore gli oneri derivanti da una responsabilità del committente, dovrebbe considerarsi come nulla e non apposta.

L'amministrazione comunale resistente, in rito, ha eccepito la carenza di interesse al ricorso non risultando una domanda di partecipazione alla gara delle ricorrenti.

Nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 16 settembre 2015, n. 3985.

All'udienza pubblica del 18 novembre 2015, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse è da respingere in quanto le ricorrenti - ritenendo che la partecipazione alla gara sarebbe possibile solo per i soggetti che possono vantare uno specifico fatturato maturato nell'ambito degli eterogenei settori del monitoraggio/V.T.A./sorveglianza e della manutenzione del verde e deducendo la lesione del principio del favor participationis per la mancata previsione nel bando di clausole che consentano il raggruppamento temporaneo "verticale" di imprese - contestano clausole che, secondo la loro prospettazione, sono immediatamente lesive in quanto preclusive della partecipazione alla gara.

Nelle gare d'appalto, infatti, sono clausole della *lex specialis* immediatamente lesive e, quindi, autonomamente impugnabili senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante le clausole che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un operatore economico.

In altri termini, le clausole immediatamente lesive sono quelle che certamente, senza alcun margine di opinabilità, conducono all'esclusione del concorrente o dell'aspirante tale che versi in una situazione incompatibile con quella prevista dalla *lex specialis*.

Un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara, inoltre, può sussistere qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta.

Viceversa, l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato.

Pertanto, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della commissione giudicatrice.

In tali ipotesi, il termine per impugnare anche gli atti di gara, che eventualmente concretizzano la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi.

Nel caso di specie, le ricorrenti hanno contestato la legittimità di talune clausole del bando dalle quali, secondo la prospettazione di parte, deriverebbe la oggettiva preclusione della possibilità di partecipazione alla gara, sicché in parte qua il ricorso deve ritenersi ammissibile in quanto la difforme interpretazione delle clausole rispetto a quanto dedotto in sede di ricorso, ed il conseguente accertamento della possibile partecipazione alla gara delle ricorrenti, postula la disamina nel merito delle censure articolate.

Viceversa, non avendo presentato domanda di partecipazione, si rivelano inammissibili per carenza di interesse le doglianze con cui le ricorrenti hanno sostenuto la abnormità ed irragionevolezza della richiesta di coperture assicurative, di cui all'art. 7 dello schema di contratto, inerenti la responsabilità ex art. 2051 c.c. in quanto non immediatamente ed oggettivamente preclusive della partecipazione, tanto che, in sede di discussione orale, è emerso che un congruo numero di operatori economici hanno partecipato alla procedura selettiva.

In definitiva - mentre con le censure relative alla necessità di un fatturato maturato nell'ambito degli eterogenei settori del monitoraggio/V.T.A./sorveglianza e della manutenzione del verde, è stata prospettata una oggettiva preclusione alla partecipazione, non essendo previsto il raggruppamento temporaneo verticale, per le imprese, come le ricorrenti, che hanno maturato il fatturato nell'esclusivo ambito dei servizi di manutenzione del verde - le censure relative alla abnormità ed irragionevolezza delle coperture assicurative riguardano profili che neppure in ipotesi possono ritenersi obiettivamente impeditivi della partecipazione, tanto che la gara ha visto la presenza di diversi concorrenti che, evidentemente, sono stati in grado di formulare l'offerta nonostante la manleva richiesta dalla stazione appaltante.

2. Il ricorso, nella parte ammissibile, è infondato e va di conseguenza respinto.

Roma Capitale, Dipartimento Tutela Ambientale – Protezione Civile, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di monitoraggio, sorveglianza, custodia e pronto intervento (h 24/365 giorni/anno) delle alberate di “prima grandezza” di competenza della U.O. Gestione Verde Pubblico e posizionate lungo gli assi stradali della città di Roma e nelle maggiori ville storiche (Villa Borghese, Villa Pamphili, Villa Ada - Villa Glori - Monte Antenne) suddiviso in dieci lotti.

Il punto III.2.2 (capacità economica e finanziaria) del bando di gara ha richiesto, a pena di esclusione, la dichiarazione che l'impresa ha realizzato negli ultimi tre esercizi (2012/2013/2014) un determinato fatturato sia per servizi nel settore della manutenzione delle alberature stradali, di ville e parchi urbani (potature, abbattimenti, piantumazioni) sia per servizi di monitoraggio, V.T.A. e sorveglianza delle alberature.

Il Collegio, in primo luogo, ritiene che non sussista alcuna irragionevolezza nella determinazione dell'amministrazione di affidare con un'unica gara sia i servizi di manutenzione (potature, abbattimenti, piantumazioni) sia il servizio di monitoraggio, V.T.A. e sorveglianza delle alberature.

La concentrazione dei servizi in un'unica gara anziché lo sdoppiamento degli stessi, anzi, potrebbe determinare una sinergia con conseguenti effetti positivi sia in termini di spesa pubblica che di qualità delle prestazioni.

Inoltre, la *lex specialis* di gara non ha negato che l'attività di manutenzione e vigilanza del verde sia un'attività professionale, ma ha escluso che la prestazione dei servizi possa essere riservata ad una particolare professione (punto III.3.1 del bando di gara).

Tale scelta non è violativa di alcun precetto in quanto l'analisi delle condizioni strutturali degli alberi con metodo Virtual Tree Assessment (V.T.A.) è un'attività complessa, non riservata ad una specifica professione, che può essere svolta da tutte quelle figure tecniche che hanno cognizioni arboree adeguate a valutare la salute e la difesa delle piante (Roma Capitale, nella propria memoria difensiva, ha posto in rilievo che tale attività può essere svolta, oltre che dai dottori agronomi e dai dottori in scienze forestali, anche dagli agrotecnici e dagli agrotecnici laureati, ovvero dai periti agrari e dai periti agrari laureati).

Per quanto attiene al punto focale delle contestazioni, vale a dire alla preclusione alla gara per le imprese che hanno il fatturato maturato nel solo settore dei servizi di manutenzione, le disposizioni della *lex specialis* di gara richiamano costantemente, e senza ulteriori specificazioni, l'ipotesi dell'offerta presentata dal raggruppamento temporaneo di impresa di cui all'art. 34, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 163 del 2016, sicché ben prevedono la possibilità per i concorrenti di raggrupparsi anche in senso verticale e ciò in quanto la disposizione di legge richiamata fa riferimento genericamente ai raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Ne consegue che la preclusione prospettata dalle ricorrenti alla costituzione di un raggruppamento temporaneo “verticale”, che avrebbe permesso loro di associarsi temporaneamente ad imprese in possesso dei requisiti utili allo svolgimento dei servizi di monitoraggio, V.T.A. e sorveglianze delle alberature, non è contemplata nella disciplina di gara.

D'altra parte, per soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, le ricorrenti avrebbero potuto ricorrere all'avvalimento di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

In conclusione, sebbene la *lex specialis* di gara abbia espressamente escluso la possibilità del subappalto per le attività di sorveglianza, monitoraggio e custodia attesa la particolare delicatezza del servizio (art. 8 dello schema di contratto richiamato nella sezione 9 del disciplinare di gara), le doglianze dedotte dai ricorrenti circa l'impossibilità di partecipare alla gara, con conseguente violazione del principio del favore *participationis*, non possono essere condivise.

3. Sulla base delle considerazioni esposte, il ricorso, in quanto le censure proposte sono in parte infondate ed in parte inammissibili, deve essere respinto.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre oneri di legge, sono poste a carico delle ricorrenti ed a favore dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna le ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre oneri di legge, a favore dell'amministrazione resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2015

IL SEGRETARIO

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