

Pubblicato il 08/03/2019

N. 00231/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 00269/2018 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 Emilia Romagna**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 269 del 2018, proposto da Feralco Italia S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Laura Ferrario, Giuseppe Bellini, Stefano Da Rold, Stefano Baccolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Baccolini in Bologna, via San Gervasio n. 10;

*contro*

Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vaccaro 6;

*nei confronti*

Bio – Line Chemicals S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Ditto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- dell'atto, di data ed estremi non indicati, trasmesso via p.e.c. a Bio-Line in data 14.3.2018, con il quale Hera ha disposto in favore di Bioline l'aggiudicazione del procedimento SRM n. 1812000121 – CIG n. 7380817ADC per la fornitura di soluzione di Polidrossidoclorosolfato di alluminio da utilizzarsi negli impianti Hera S.p.a. per il periodo di anni due dal 01/04/2018 al 31/03/2020;
- della nota p.e.c. Hera 14.3.2018 di comunicazione a Feralco degli esiti di gara e dell'avvenuta aggiudicazione della medesima a Bio-Line;
- dei verbali della Commissione di Gara della procedura SRM n. 1812000121 del 22.2.2018, 6.3.2018 e 13.3.2018 e del verbale di nomina della Commissione medesima;
- della “Lettera di Invito di Hera S.p.A. allegata al procedimento on-line SRM n. 1812000121” comunicata a mezzo p.e.c. Hera in data 9.2.2018, per l'invito alla procedura negoziata per la fornitura di soluzione di Polidrossiclorosolfato di Alluminio da utilizzarsi negli Impianti gestiti dalle società del Gruppo Hera e degli atti ad essa allegati, nei sensi di cui in motivazione;
- del verbale 10.01.2018 relativo al ”Procedimento online SRM 1712000560” – “Sistema di Qualificazione relativo alla costituzione di n. 6 distinti elenchi di operatori economici qualificati per la fornitura di prodotti chimici in uso alle società facenti parte del Gruppo Hera”;
- dei provvedimenti, allo stato non conosciuti, espliciti o impliciti, di qualificazione di Bio-Line nel procedimento SRM 1712000560 e, in ogni caso, degli esiti del procedimento di qualificazione;
- dell'Avviso di indizione di gara, spedito in data 13.11.2017, del procedimento SRM 1712000560 denominato “Sistema di Qualificazione relativo alla costituzione di n. 6 distinti elenchi di operatori economici qualificati per la fornitura di prodotti chimici in uso alle società facenti parte del Gruppo Hera” e degli atti ad esso allegati, nei sensi di cui in motivazione;
- di ogni altro atto a questi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con la più ampia riserva di motivi ulteriori e aggiunti, nonché

per la declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

ex nunc, o in subordine, ex tunc del contratto eventualmente nelle more stipulato

e per la condanna

al risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e sottoscrizione del contratto o subentro nello stesso, ovvero, in subordine per equivalente, dei danni causati dagli atti e dai comportamenti illegittimi impugnati;

nonché ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

per l'annullamento in parte qua del verbale Hera del 4.4.2018 e della nota p.e.c. Hera 11.4.2018 che hanno denegato l'accesso agli atti di Feralco e per l'accertamento del relativo diritto di accesso, con condanna di Hera al rilascio di tutti i documenti richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera S.p.A. e di Bio – Line Chemicals S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2019 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati tutti gli atti indicati in epigrafe tra cui, in particolare,

l'atto, di data ed estremi non indicati, trasmesso via p.e.c. a Bio-Line in data 14.3.2018, con il quale Hera ha disposto in favore di Bioline l'aggiudicazione del procedimento SRM n. 1812000121 – CIG n. 7380817ADC per la fornitura di soluzione di Polidrossidoclorosolfato di alluminio da utilizzarsi negli impianti Hera S.p.a. per il periodo di anni due dal 01/04/2018 al 31/03/2020.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti 4 motivi di diritto :

- 1). Violazione e omessa applicazione dell'avviso di gara relativo al sistema di qualificazione, violazione e omessa applicazione del DLGS 50/2016 e in particolare artt. 133 e ss.; eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria, travisamento fatti, difetto di motivazione;
- 2). Violazione di legge ed eccesso di potere, art. 72 RD n. 724/1924, art. 1346 cc e l. 241/90; violazione e falsa applicazione lex di gara; inammissibilità, equivocità e perplessità della offerta presentata; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, violazione art. 80, comma 5, lettera C) DLGS 50/2016 e linee guida Anac n. 6;
- 3). Violazione L. 241/90, violazione e falsa applicazione lex di gara, eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà irrazionalità manifesta, violazione art. 134 DLGS 50/2016 e principi in materia di contratti pubblici;
- 4). Violazione artt. 4 e 77 DLGS 50/2016 e art. 97 Cost., incompetenza, violazione dei principi immanenti della materia e del giudizio tecnico, difetto di istruttoria, violazione e falsa applicazione lex specialis.

Si costituisce in replica Hera spa con deposito di svariate memorie e documenti.

I). Giova richiamare gli eventi in fatto :

- a). è stata svolta una gara per la fornitura di un prodotto chimico destinato alla flocculazione delle acque (depurazione delle acque attraverso aggregazione delle particelle solide non filtrabili) per acque potabili;
- b). Hera ha inviato lettera di invito ai due prequalificati sull'elenco 2 e l'aggiudicatario attuale ha presentato offerta;
- c). la procedura di gara ha ad oggetto una fornitura con caratteristiche standardizzate e pertanto è riconducibile alla casistica di cui all'art. 95, comma 4, lettera B, DLGS 50/2016; è stata aggiudicata con il criterio del minor prezzo determinato mediante offerta a prezzi unitari;

d). la legge di gara – avviso di gara 13.11.2017 – ha richiesto ai fini della qualificazione la presentazione di una serie di dichiarazioni e documentazioni tra cui <per ciascuno degli elenchi cui si intende partecipare dichiarazione attestante il fatturato specifico per forniture “analoghe” a quelle oggetto dello specifico elenco del presente sistema di qualificazione realizzato negli ultimi tre esercizi disponibili alla data di presentazione della istanza di qualificazione al presente Avviso, dalla quale risulti un ammontare totale nel triennio pari ad almeno € 300.000,00>.

Tanto premesso il ricorso è infondato.

1). Con il primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che BioLine non possiede il requisito del fatturato e non ha presentato in sede di qualificazione dichiarazione relativa a forniture analoghe a quelle di cui all’Elenco n. 2 (polidrossiclorosolfato di alluminio 10%) come prescritto dalla legge di gara.

Hera replica che <le forniture rilevanti per computare i fatturati di gara proposte dall’aggiudicatario sono forniture “analoghe” a quelle di gara e non identiche>.

Risulta per tabulas che – come sostenuto in replica – l’aggiudicatario ha presentato in allegato alla dichiarazione richiesta l’elenco delle forniture specifiche e dei fatturati con i relativi campi compilati.

Hera specifica che mancava solo nella indicazione dell’aggiudicatario l’indicazione delle sedi degli approvvigionamenti (ma tale elemento non è a pena di esclusione).

Il Collegio non condivide le argomentazioni della ricorrente circa il fatto che le forniture sarebbero analoghe solo se rivolte a enti gestori di acquedotto e inerenti alla flocculazione di acque a uso potabile; in questo caso infatti le stesse sarebbero identiche.

Come noto l’art. art. 68 del D.Lgs. n.163/2006, rubricato “specifiche tecniche” il cui quarto comma dispone testualmente che: “Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un’offerta per il

motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

In forza della citata disposizione dunque, nell'ipotesi in cui il concorrente abbia offerto un prodotto o un servizio non esattamente conforme alle specifiche tecniche indicate dalla legge di gara, che tuttavia presenti dei requisiti tecnici equivalenti a quelli indicati dal capitolato, la Stazione appaltante non può, unicamente per tale ragione, respingere l'offerta laddove il concorrente medesimo sia stato in grado di fornire la prova circa la c.d. “equivalenza tecnica” del prodotto o del servizio offerto.

Recentemente sulla nozione di servizi/forniture analoghi si è pronunciato il Tar Palermo (cfr., II, n. 1609/2018) e non vi è motivo per discostarsi.

Ha affermato quanto segue :

a). la nozione di “servizi analoghi” non deve essere assimilata a quella di “servizi identici”, dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122 che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2014, nr. 6035; id., sez. IV, 11 novembre 2014, nr. 5530; id., sez. V, 25 giugno 2014, nr. 3220; id., 8 aprile 2014, nr. 1668; id., sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 21/02/2017 n. 287).

b). “il concetto di “servizio analogo”, e parimenti quello di “fornitura analoga”, deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un

giudizio complessivo di affidabilità (cfr. da ultimo, T.A.R. Toscana, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 132; in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717).

c). il Giudice amministrativo ha, quindi, chiaramente delineato i contenuti della cd. “analogia” ai fini della valutazione dei servizi dichiarati in sede di gara per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica ricomprendendo tutti quei servizi/forniture resi nel medesimo settore imprenditoriale.

d). è principio altrettanto pacifico in giurisprudenza quello in base al quale “Nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di «servizi analoghi», tale nozione non può essere assimilata a quella di «servizi identici» dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di favor participationis, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo” (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944).

e). “quando la lex specialis di gara richiede, come nella fattispecie, di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi simili, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche” (Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220)” (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892).

f). in ogni caso va precisato che, secondo parte della giurisprudenza, quand'anche un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente “analogo” a quello oggetto di gara, la valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e

ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può “ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto” (cfr. anche T.A.R. Toscana, sez. I. 18 gennaio 2016, n. 85).

Hera chiarisce con memoria finale che il prodotto offerto FLocline 10RS ha un diverso nome commerciale ma è quanto prodotto da Marchi, denominato da Marci in sede produttiva come FlomarC1.

2). Con il secondo motivo di ricorso l'interessata contesta che BioLine ha dichiarato, in relazione al polidrossiclorosolfato di alluminio, di approvvigionarsi dalla società Marchi spa e poi ha presentato la Scheda tecnica e la Scheda di sicurezza del prodotto intestate alla stessa BioLine e non alla Marchi Spa.

3). Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente insiste nella predetta argomentazione circa il fatto che l'aggiudicazione a BioLine sarebbe illogica ed elusiva dell'Avviso di qualificazione che richiede la previa dichiarazione del produttore o la cd. Vendor list.

La ricorrente poi supporta le proprie argomentazioni con due perizie di parte. I due motivi possono essere trattati insieme per connessione oggettiva.

Le doglianze non colgono nel segno.

Hera replica che non vi è nessuna prova che il prodotto sia diverso da quello indicato per la iscrizione in elenco; è fatto normale che l'aggiudicatario acquisti il prodotto e lo commercializzi usando la propria carta intestata.

Ad avviso del Collegio è sufficiente la scheda tecnica del produttore Marchi.

Al riguardo, i numeri e gli elementi di riferimento del prodotto sono coerenti con quanto prescritto nella normativa di gara.

4). Infine, con l'ultimo motivo di ricorso si prospetta un vizio relativo alla incompetenza degli organi istruttori della procedura di qualificazione e negoziata.

A suo avviso il vaglio delle richieste è avvenuto ad opera di un organo istruttorio composto da personale della Funzione gare e normativa di HERA

non dotato di competenze nella specifica materia dei prodotti chimici oggetto di fornitura.

Hera chiarisce che nel caso di specie si tratta di offerte al massimo ribasso e non è prevista alcuna commissione in senso proprio dalla legge.

Come noto, l'art. 83 del vecchio Dlgs. n. 163/06 poneva su una posizione di parità i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del massimo ribasso.

Al riguardo, spettava unicamente all'Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l'uno per l'altro.

Il D.Lgs. n. 50/2016 ha operato una modifica circa il rapporto esistente fra i due criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, ossia il minor prezzo e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, l'art. 95 afferma che "I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta" e che "Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte".

La medesima disposizione - poi - ha imposto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale" utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

Dunque, a differenza del passato, l'art. 95, comma 2 del Codice degli appalti pubblici introduce una preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; infatti il criterio del prezzo più basso può essere utilizzato esclusivamente in alcuni casi individuati ex ante dal Legislatore:

- i) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 euro;
- ii) per i servizi e forniture con caratteristiche standardizzate;
- iii) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività (fatta eccezione per quelli ad

elevato contenuto tecnologico o che presentano carattere innovativo).

Il successivo comma 4 contempla i casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi.

Come noto, si tratta di un'indicazione di tipo tassativo, in quanto non è consentito alle Pubbliche amministrazioni, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, il ricorso a meccanismi di selezione di tipo diverso.

Per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali.

I servizi e le forniture "caratterizzati da elevata ripetitività" soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

Giova chiedersi quale è la "ratio" della norma.

In buona sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto).

Per esempio questo si verifica quando la PA ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi.

Trattandosi nel caso di specie di offerte al massimo ribasso è condivisibile quanto sostenuto da HERA in replica.

In altre parole - apparendo ragionevole la valutazione e legittima l'istruttoria e l'operato dell'amministrazione - il ricorso deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate stante la complessità e novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Maria Ada Russo**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Mozzarelli**

IL SEGRETARIO