



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 283 del 2010, proposto da:
Monteco Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Barsi, con domicilio eletto
presso Rodolfo Barsi in Lecce, viale Oronzo Quarta, N. 16;

contro

Comune di San Giorgio Ionico, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe
Misserini, con domicilio eletto presso Agnese Caprioli in Lecce, via Luigi
Scarambone, 56;

nei confronti di

Teknoservice Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Gili, Saverio Sticchi
Damiani, Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso Saverio Sticchi Damiani
in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9; Nuova Spurghi Jet Srl;

per l'annullamento

- della determina del capo area ufficio tecnico n. 39 del 23.2.2010 reg.gen. n. 207 e
relativa comunicazione di aggiudicazione definitiva;
- dei verbali n. 1 e n. 2 con i quali la Commissione ha aggiudicato
provvisoriamente la suddetta gara a RTI Teknoservice - Nuova Spurghi Jet;

- di ogni altro atto comunque connesso, presupposto, consequenziale..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio Ionico e di Teknoservice Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dalla ricorrente incidentale Teknoservice Srl

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2010 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori Misserini, Sticchi Damiani anche in sostituzione di Gili e Occhiena, Barsi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente , partecipante alla gara indetta dal Comune di san Giorgio Jonico per l'affidamento dell'appalto del servizio di pulizia, spazzamento, raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati e servizi complementari, con il ricorso all'esame ha impugnato gli atti di ammissione alla gara e conseguente aggiudicazione provvisoria e definitiva del RTI Teknoservice-Nuova Spurghi Jet, deducendo i seguenti motivi di gravame:

1)Eccesso di potere nella configurazione del traviamiento dei fatti e della ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.legs. 163/2006 e s.m.i.

2)Violazione e falsa applicazione degli artt.37 e 38 del d.legs. 163/06.

3)Eccesso di potere nella configurazione del travisamento dei fatti, dell'ingiustizia manifesta, della violazione della lex specialis; capitolato, bando, disciplinare di gara e chiarimenti.

Con atto depositato in data 14 marzo 2010 il RTI Teknoservice - Nuova Spurghi Jet srl ha proposto incidentale limitatamente all'operato dell'Amm.ne circa la mancata esclusione della Monteco dalla procedura di gara deducendo le seguenti ragioni:

1)Violazione e falsa applicazione dell'art.9 del Disciplinare di gara, dell'art. 38 d.legs. n.163/2006, nonché degli artt. 46 e 47 del DPR n.445/2000.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 17,23 del bando di gara e dell'art.9 del disciplinare di gara nonché dell'art.38 comma 1 lett. E del d.legs. 163/2006.

Sia il Comune intimato sia il RTI controinteressato hanno provveduto a costituirsi in giudizio.

Nella pubblica udienza del 14 ottobre 2010 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

Per giurisprudenza pacifica, nel caso in cui il ricorso incidentale sia teso a paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberano sull'esistenza dell'interesse al ricorso del ricorrente principale (Cfr. Cons. Stato VI, 6 marzo 1992, n. 159; Cons. Stato, V, 13 febbraio 1998, n. 168; Cons. Stato, V, 25 marzo 2002, n. 1695; C.G.A. 28 gennaio 2002, n. 32; C.G.A. 20 settembre 2002, n. 573; Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2006 n. 8265).

Può quindi passarsi ad esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

Deve, in primo luogo, respingersi l'eccezione di tardività del ricorso incidentale proposta dalla ricorrente.

Invero, la Corte Costituzionale ha ormai da tempo chiarito (a partire dalle sentenze 69/94 e 477/2002) che il termine per la notifica é fatto salvo, per chi la richiede,

dal momento in cui l'atto non è più nella disponibilità del notificante, e quindi dal momento in cui esso è ricevuto dall'Ufficiale Giudiziario, mentre si perfeziona per il ricevente dal giorno in cui l'atto perviene materialmente al destinatario della notifica.

Dalle considerazioni testè espresse ne deriva che per la controinteressata Teknoservice il termine per la proposizione del ricorso incidentale decorre a far data dall'avvenuta ricezione del plico contenente il ricorso principale, sicchè la proposizione di questo entro il termine di 45 giorni (15 per il deposito del ricorso principale e 30 per la notifica del ricorso incidentale, ai sensi degli artt. 22 L.1034/1971 e 37 r.d.1054/1924, come dimidiati dall'art.23-bis l.1034/1971) dalla data suddetta risulta tempestiva.

Difatti il plico contenente il ricorso principale risulta ricevuto dalla controinteressata in data 27 febbraio 2010 ed il ricorso incidentale risulta notificato alla ricorrente in data 12 aprile 2010.

Il ricorso incidentale è comunque infondato.

Con il primo motivo del ricorso incidentale, la controinteressata sostiene che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in relazione all'art.9 punto 2 del disciplinare di gara, per non aver prodotto rituali dichiarazioni circa la inesistenza delle cause di esclusione di cui alla lettera c) dell'art.38 d.legs. 163/2006 sui soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, atteso che tali dichiarazioni sarebbero state rilasciate non dagli stessi (Antonio Montinaro e Rucco Costante) ma dal sig. Mario Montinaro in qualità di amministratore unico mediante dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà ex art.47 DPR 445/2000.

Il motivo non è condivisibile.

Il Collegio ritiene che, quanto alla dichiarazione circa la inesistenza delle cause di esclusione di cui alla lett.c) dell'art.38 del d.legs. 163/2006 anche da parte dei

soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, la stessa potesse essere resa anche dal titolare o amministratore unico mediante dichiarazione sostitutiva; difatti quest'ultima può pacificamente riguardare anche soggetti diversi dal dichiarante, purché si abbia conoscenza diretta del relativo stato.

Per cui, in ordine alle dichiarazioni che devono essere rese anche dai « soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara », deve ammettersi che le dichiarazioni medesime possano essere rese anche « con riferimento » a quei soggetti, e quindi con la possibilità di rendere sugli stessi dichiarazioni sostitutive da parte degli attuali amministratori. Diversamente, la disposizione potrebbe facilmente essere considerata giuridicamente illogica e contraria anche a considerazioni di comune buon senso, perché pretendere l'acquisizione, ai fini dell'ammissione alla gara di un'impresa, di una dichiarazione resa da un soggetto cessato già da tempo dalla carica (e che potrebbe rifiutarsi di renderla o comunque essere irreperibile), equivarrebbe a sottomettere l'impresa, per la propria operatività nel campo degli appalti pubblici, ad un soggetto estraneo che, a propria discrezione, potrebbe, nei tre anni successivi alla cessazione, rilasciare (o meno) la dichiarazione in questione.

Peraltro, nella specie il bando di gara non risulta contrastare con tale interpretazione, sicché la citata dichiarazione resa dal sig. Mario Montinaro anche con riferimento ai soggetti cessati dalla carica risulta certamente ammissibile.

Del pari infondato è anche il secondo motivo di ricorso con il quale la controinteressata deduce che la dichiarazione resa dal sig. Antonio Montinaro sarebbe parziale avendo omissso il riferimento ai decreti penali di condanna divenuti irrevocabili del socio cessato dalla carica nel triennio in questione.

Occorre partire dall'esame dell'art. 38 del d.legs. 163/06 , il quale prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e

degli appalti di lavori, forniture e servizi e dalla conseguente stipulazione dei relativi contratti, i soggetti , tra gli altri:

"c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale."

Secondo condivisibile orientamento(C.d.S sez. VI, 04 giugno 2010, n. 3560), l'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 che dispone l'esclusione dalla gara per l'affidamento di appalti pubblici del soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che

incidono sulla moralità professionale va letto come presidio dell'interesse dell'Amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale; condizioni perché l'esclusione consegua alla condanna sono la gravità del reato, e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale. La gravità del reato deve, quindi, essere valutata in relazione a quest'ultimo elemento, ed il contenuto del contratto oggetto della gara assume allora importanza fondamentale al fine di apprezzare il grado di "moralità professionale" del singolo concorrente.

Nella specie, si discute della mancata dichiarazione di un soggetto cessato dalla carica (sig. Antonio Montinaro), circa la inesistenza di decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, sicchè in linea con tale interpretazione può ritenersi irrilevante tale omissione atteso che non risultano aver rilievo omissioni e difformità non incidenti su requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione laddove, tale omissione potrebbe aver rilievo solo ove tocchi circostanze (quale l'esistenza di precedenti penali sottoposti alla valutazione dell'amministrazione) influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione.

Peraltro, la valutazione della rilevanza morale dei precedenti penali (e quindi della necessità di dichiarare gli stessi) viene rimessa al partecipante alla gara, residuando sulla stazione appaltante un mero potere di controllo .

In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, con orientamento condivisibile il quale ha ritenuto che" essendo tale valutazione rimessa alla stazione appaltante solo in sede di eventuale controllo, il partecipante può legittimamente non fare menzione dei precedenti penali da lui non ritenuti idonei a compromettere, secondo l'"id quod plerumque accidit", la moralità professionale; di conseguenza in un contesto, nel quale è sostanzialmente rimesso al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi, va escluso che possa qualificarsi come falsa dichiarazione

quella contenente una valutazione soggettiva del concorrente stesso, che potrebbe semmai non essere condivisa, ma non certo essere ritenuta falsa, in quanto volutamente non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile, né può determinarne l'esclusione dalla gara." (Consiglio Stato , sez. V, 19 giugno 2009 , n. 4082).

Alla luce dei suindicati principi risulta evidente l'irrilevanza dell'omissione citata, tanto più che la ricorrente incidentale non ha affatto dimostrato che la rilevata omissione ha concretamente inciso sui requisiti di moralità professionale della ricorrente o che , comunque, effettivamente risultano decreti penali di condanna a carico del soggetto cessato dalla carica rilevanti ai fini dell'ammissione alla gara.

Può quindi passarsi ad esaminare il ricorso principale, data la infondatezza del ricorso incidentale.

Il ricorso è fondato con riferimento all'assorbente motivo riguardante l'assenza della corrispondenza tra i requisiti di partecipazione e la quota di esecuzione del servizio, in quanto la mandataria Teknoservice, pur dichiarando di svolgere l'80% del totale dei servizi previsti dal CSA, non ha dimostrato di possedere i requisiti relativi al fatturato di cui alla lett.b pag.5 del bando, avendo dichiarato un fatturato corrispondente al 75,90%.

Punto di imprescindibile partenza è il disposto normativo di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 a mente del quale "nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" (cui si correla il successivo comma 13 dello stesso art. 37 nel senso che "i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento").

Si tratta di disposto normativo chiaro ed esplicito, che non sembra lasciar dubbi alla conseguente necessità che costituisce causa di esclusione dalla gara il mancato

adempimento dell'obbligo di dichiarare le quote di partecipazione all'interno della compagine (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038).

Inoltre, che bando di gara non abbia richiamato espressamente il disposto dell'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. n. 163 del 2006 risulta del tutto irrilevante, trattandosi di norma di rilievo pubblicistico di chiara natura imperativa che è volta a porre la stazione appaltante nelle migliori condizioni per verificare i requisiti di tutti i soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, con la naturale conclusione che la sua cogenza è piena a prescindere da un necessario richiamo negli atti di gara.

In ogni caso il disciplinare di gara a pag.5 proprio, con riferimento alle associazioni temporanee di imprese ed alla documentazione amministrativa da presentarsi prescrive espressamente che "per quanto non previsto sono valide le norme di cui all'art.37 del d.lgs.163/2006 e successive modificazioni ed integrazioni", sicchè a nulla rileva l'apparente diversa previsione della *lex specialis* secondo la quale l'importo complessivo fatturato negli ultimi tre anni relativamente a prestazioni di servizi analoghi deve essere posseduto, in caso di RTI almeno per il 40% dell'importo dell'appalto, atteso che la stessa disciplina una fattispecie astratta da commisurare alle concrete modalità di partecipazione da parte dei RTI. Piuttosto, il richiamo esplicito espresso nella *lex specialis*, per quanto non disciplinato, a tutte le disposizioni di cui al citato art.37 dimostra l'applicabilità diretta e la conseguente cogenza della normativa in questione (e quindi anche dei commi 4 e 13).

Né sembra cogliere nel segno il rilievo secondo cui tale regola varrebbe solo per gli appalti di lavori.

In proposito, con orientamento condivisibile, pur dando atto di orientamenti di diverso contenuto, si è ritenuto che può ben essere che la previsione di esatta indicazione delle quote di partecipazione assuma ancor maggiore pregnanza con riferimento agli appalti di lavori, stante il particolare regime di qualificazione che li

caratterizza, ma ciò non toglie che regola del tutto analoga valga anche con riferimento agli appalti di servizi, come testimonia il chiaro tenore letterale dell'art. 37, comma 4, cit. (TAR Genova, sez. II, 3 febbraio 2010, n. 237; TAR Palermo, sez. III, 14 dicembre 2009, n. 1910; TAR Torino, sez. II, 8 aprile 2008, n. 603).

Del resto, in base a quanto affermato dall'art. 37 comma 13, d.lg. n. 163 del 2006, deve reputarsi sussistente un principio di « stretta consequenzialità » fra quota di partecipazione della singola impresa al raggruppamento temporaneo e la sua qualificazione .

Peraltro, la legittimazione di un'impresa ad eseguire l'appalto deve essere tale da garantire affidabilità e professionalità mediante il possesso di requisiti di capacità tecnica, organizzativa e finanziaria adeguati e corrispondenti ai servizi(o lavori) da svolgere; tale garanzia viene invece ad essere disattesa ove si opini diversamente in omaggio a criteri che privilegino l'unicità dell'ATI, unicità che invece risulta irrilevante quanto vi è il frazionamento delle prestazioni fra le varie imprese componenti della stessa, salvo il riferimento alla flessibilità organizzativa propria dell'avvalimento, istituto ammissibile solo in presenza di particolari condizioni, nella specie insussistenti.

Tale regola si pone quindi a presidio della garanzia che le commesse pubbliche vengano affidate a persone fisiche o giuridiche che dimostrino affidabilità e professionalità commisurate all'entità dei lavori o dei servizi che devono svolgere, in ossequio ai principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa , sicchè non vi è ragione per ritenere tale garanzia non necessaria negli appalti di servizi, tanto più ove gli stessi riguardino attività di rilevante e preminente interesse pubblico quale è quella in questione(riguardante il servizio di pulizia, spazzamento, raccolta, trasporto ed avvio a smaltimento dei rifiuti solidi urbani), ove vengono in gioco interessi e diritti primari della collettività.

L'indicazione delle quote di partecipazione si rivela dunque requisito di ammissione alla gara e deve quindi provvedersi a tale incombenza nella domanda di partecipazione alla gara e non in sede di esecuzione del contratto.

Conformemente, è stato ribadito che ai sensi dell'art. 37 comma 13, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, i concorrenti a gara pubblica riuniti in raggruppamento temporaneo di imprese devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, con la conseguenza che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra la quota delle prestazioni offerte e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e sussiste la necessità che la quota di partecipazione sia stabilita e manifestata dai componenti all'atto della partecipazione alla gara, e non in sede di esecuzione del contratto, costituendo detto adempimento requisito di ammissione alla gara (Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5817).

Le conclusioni che precedono conducono all'accoglimento del ricorso, previo assorbimento dei motivi non esaminati, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del il RTI Teknoservice - Nuova Spurghi Jet

Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Manca, Presidente FF

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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