

N. 01135/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00517/2011 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 517 del 2011, proposto da:

Gema Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Quarta in Lecce, via Braccio Martello 36;

contro

Comune di Sava, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Cerin Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Baldassarre e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato in Lecce, via Imperatore Adriano, 9;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva, di quella provvisoria della "gara per l'affidamento in concessione del servizio di accertamento e

riscossione volontaria e coattiva delle imposte comunali;

- dei verbali di gara, del procedimento di verifica dell'offerta anomala della Società Cerin, in particolare nella parte in cui non prevedono l'esclusione della Cerin S.r.l., del contratto d'appalto eventualmente stipulato;

- di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto o derivato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Cerin Srl

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi l'avv. Perrone per la ricorrente e l'avv. Baldassarre per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

I. La ricorrente quinta classificata, acquirente del ramo di azienda della Società Censum srl seconda classificata nella procedura di gara indetta dal Comune di Sava, per l'affidamento in concessione del servizio di accertamento e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sugli immobili, della T.A.R.S.U., dell'imposta comunale sulla pubblicità/ diritti sulle pubbliche affissioni/ taxa per l'occupazione temporanea e permanente di spazi ed aree pubbliche/ taxa rifiuti solidi urbani giornaliera, impugna gli atti epigrafati deducendo i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione degli artt. 85 e ss. del D.lg. 163/2006, nonché dell'art. 72 del RDL n. 824 del 1927. Eccesso di potere. Carenza di istruttoria, contraddittorietà manifesta e violazione della par condicio.

II) Violazione dell'art. 86 del d.lgs. 163 del 2006 e degli artt. 61 e 69 del d.lgs 10 settembre 2003 n. 276. Violazione del capitolato d'appalto. Carenza di istruttoria.

1.1. Con ricorso incidentale depositato in data 2 maggio 2011 la controinteressata C.E.R.I.N. srl ha presentato censura avverso l'operato della Commissione di gara nella parte in cui non è stata esclusa dalla procedura la ricorrente principale Gema s.p.a. e l'impresa Censum srl, il cui ramo d'azienda è stato oggetto di acquisizione, deducendo le seguenti censure:

I) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 32 comma 7 bis del D.L. 29 novembre 2008 n. 185, come modificato dall'art. 1 della l. 28 gennaio 2009 n. 2 e successivamente modificato dal D.L. 25 marzo 2010 n. 40. Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto. Carenza di istruttoria. Violazione ed omessa applicazione art. 5 lett. n) ed art. 7 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione art. 5 lett n) ed art. 7 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione art. 49 D. Lgs 12 aprile 2006 n. 163.

II) Violazione e falsa applicazione art. 38 1° comma lett. f) ed h) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere per erronea presupposizione in punto di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria. Violazione dei principi generali di trasparenza, imparzialità e par condicio dei concorrenti.

III) Violazione ed omessa applicazione di legge: artt. 86 e segg. D.lgs 163/2006. Eccesso di potere. Carenza di istruttoria. Violazione del giusto procedimento. Disparità di trattamento.

IV) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 51 D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163. Violazione del principio generale di divieto delle modificazioni soggettive in corso di gara. Violazione ed omessa applicazione degli artt. 6, ultimo comma, 5 1° comma, lett. O), e 8 punto 27 del disciplinare di gara.

2. Deve farsi applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 4/2001, sicché deve essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale.

2.1. E' fondata la censura con la quale la ricorrente incidentale deduce che la Gema spa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara avendo reso una falsa dichiarazione sui requisiti di cui all'art. 38 lett. f) del d.lgs. 163/2006 per avere attestato di non aver commesso grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni ovvero gravi errori nell'esercizio della propria attività professionale.

Piuttosto, come risulta dalla sentenza n. 44 del 9 gennaio 2008 della Corte dei Conti di Puglia, la Gema, quale concessionaria della riscossione, avendone pacificamente esercitato le funzioni, è stata ritenuta responsabile di un ammanco della somma di € 2.635.642,76 in danno del Comune di San Severo di Foggia - avendo trattenuto le somme riscosse a titolo di ICI e TARSU per conto della suddetta Amministrazione Comunale - e conseguentemente condannata al pagamento di tale importo in favore del Comune di San Severo, oltre

interessi nella misura legale maturanti maturandi sino al di del soddisfo.

Tale circostanza concreta indubbiamente la causa di esclusione prevista dalla lettera f) dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 avendo la ricorrente commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale.

L'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 menziona, difatti, i c.d. requisiti di ordine morale, aventi carattere generale, nel senso che devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto la cui mancanza si traduce in causa di esclusione.

Non appare persuasiva la tesi sostenuta dalla ricorrente a dire della quale la causa di esclusione prevista dall'intera lettera f) dell'art. 38 del d.lgs.163/2006 riguarderebbe inadempimenti od errori commessi nei confronti della sola stazione appaltante e non già nei confronti di altri soggetti.

In realtà se ciò, stando al tenore letterale della norma, è vero per il primo periodo, non può dirsi altrettanto per il secondo, laddove vengono in rilievo gli errori commessi nel corso dell'intera attività professionale e quindi quelli commessi anche nei confronti di altre stazioni appaltanti.

Peraltro, può farsi aderente interpretazione ad orientamento espresso dal Consiglio di Stato in una vicenda analoga, ove si è ritenuto che *“la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni di esclusione doveva necessariamente includere la vicenda di cui sopra, in quanto l'autodichiarazione deve indicare tutte quelle circostanze, anche se sfavorevoli, che consentano all'amministrazione di*

accertare il possesso da parte dei soggetti partecipanti dei requisiti di ordine generale, di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.... La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte della disposizione, laddove la norma consente la valutazione dei precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura. A ciò va aggiunto che si trattava (come nella fattispecie) di una fornitura identica a quella per cui è causa. Quindi l'omissione diventa rilevante, ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, non solamente sotto il profilo della falsità oggettiva, ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria.”(C.d.S. sez. V, 15 marzo 2010, n. 1500)

3. Conclusivamente, l'assenza del requisito di cui all'art. 38 comma f) in capo alla ricorrente principale, concreta causa di esclusione sufficiente per ritenere la stessa priva di legittimazione ad agire nel presente giudizio, con conseguente accoglimento del ricorso incidentale (previo assorbimento delle censure non esaminate) e conseguente inammissibilità del ricorso principale.

3.1. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il

ricorso principale.

Condanna la ricorrente alle refusione delle spese processuali in favore di Cerin srl liquidate € 4.000,00, oltre IVA e C.P.A.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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