

N. 00134/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00271/2013 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 271 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Sameco s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Adavastro e Paolo Re,
con domicilio eletto presso Francesco Pavone, in Perugia, via Settevalli n. 11;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche, rappresentato e
difeso dall'avv. Mario Rampini, con domicilio eletto presso Mario Rampini, in
Perugia, piazza Piccinino n.9;

nei confronti di

Maio Guglielmo s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Bice Annalisa Pasqualone e
Domenico Curigliano, con domicilio eletto presso Giovanna De Santis, in Perugia,
corso Vannucci,10;
Umbra Service s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'A.T.I. costituita da Maio Guglielmo s.r.l. ed Umbria Service s.r.l. di cui alla deliberazione del Direttore Generale n. 170 del 15.5.2013, conosciuta solo per estremi a seguito della comunicazione ex art. 79 D.lgs n. 163/2006 del 17.5.2013 della procedura aperta indetta dall'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche - Perugia con Bando spedito alla G.U.U.E. l'8.11.2012 per l'affidamento del servizio triennale, con opzione di rinnovo di ulteriori due anni, di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, pericolosi e non, di sottoprodotti di origine animale;

- degli atti ad essa presupposti, conseguenti e comunque connessi e segnatamente:

- del verbale della seduta pubblica dell'8.1.2013 nella quale il seggio di gara ha provveduto all'apertura delle buste recanti la documentazione amministrativa delle concorrenti ed ammesso l'A.T.I. Maio Guglielmo s.r.l. - Umbria Service s.r.l. alla successiva fase di apertura delle offerte economiche;

- del verbale della seduta pubblica del 9.4.2013 nella quale il seggio di gara, successivamente all'apertura delle offerte economiche, ha aggiudicato provvisoriamente la procedura all'A.T.I. Maio Guglielmo s.r.l. - Umbria Service s.r.l.;

- nonché, per quanto occorrer possa, dell'all. 1 - istanza di partecipazione del Disciplinare di gara, laddove il richiamo all'art. 47, comma 2, D.P.R. n. 445/2000 possa non intendersi nel senso che le dichiarazioni richieste dall'art. 38, comma 1, lett b) e c), D.lgs n. 163/2006 possano essere rese, per conto dei soggetti contemplati dalla stessa disposizione, da uno solo fra i soggetti contemplati dalla stessa disposizione;

per la condanna della resistente al risarcimento dei danni ingiusti, subiti e subendi, conseguenti all'illegittimità degli atti impugnati, nella forma specifica mediante la riaggiudicazione alla ricorrente della procedura selettiva, previa, occorrendo,

dichiarazione di inefficacia del contratto laddove stipulato con la controinteressata, ovvero in subordine, per equivalente monetario, da specificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche e della Maio Guglielmo s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Maio Guglielmo s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2014 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato alla G.U.C.E. in data 8 novembre 2012, l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche ha indetto procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto del servizio triennale con opzione di rinnovo di ulteriori due anni, di "raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, pericolosi e non, di sottoprodotti di origine animale", con importo a base d'asta di 420.000,00 euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della valutazione comparativa delle sole due offerte pervenute, si è classificata al primo posto l'a.t.i. tra la Maio Guglielmo s.r.l. e l'Umbria Service s.r.l., successivamente dichiarata aggiudicataria in via definitiva con deliberazione del Direttore Generale n. 170 del 15 maggio 2013.

L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara, classificandosi seconda.

Con il ricorso introduttivo in epigrafe, la Sameco s.r.l. impugna la suddetta deliberazione n.170/2013 di aggiudicazione definitiva, unitamente agli ulteriori atti

del procedimento di gara in epigrafe indicati (segnatamente i verbali della commissione di gara e l'Allegato 1 del disciplinare di gara) deducendo censure così riassumibili:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 c. 1, lett. b) e c) del D.lgs. 163/2006, degli artt. 46 e 47 del D.p.r. n. 445/2000, del punto III. 2.1. del bando di gara, dell'art. 5 del Disciplinare di gara, carenza istruttoria: l'associazione temporanea di impresa capeggiata dalla Maio s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in esame poiché non sarebbero state allegate all'istanza di partecipazione le dichiarazioni dei soggetti tenuti, ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, ad effettuarle, nella fattispecie dei sig.ri Maio Guglielmo, Nuzzo Luigi (legali rappresentanti) e Campitelli Maurizio (direttore tecnico) della capogruppo Maio Guglielmo s.r.l., nonché di Curi Cristiano, Curi Simone, Palladini Piero, Grosso Alberto e Cordoni Cristiano Luca quali legali rappresentanti della mandataria Umbria Service s.r.l.; non sarebbero all'uopo valide le dichiarazioni rese, rispettivamente, dall'amministratore unico della Maio Guglielmo e dal Presidente del Consiglio di Amministrazione della Umbria Service per conto anche degli altri amministratori della compagine associativa, essendo i soggetti in questione tenuti ad effettuare le dichiarazioni personalmente, essendo legittima l'applicazione del secondo comma dell'art. 47 del D.p.r. 445/2000 "soltanto in riferimento ai soggetti cessati ovvero in posizione di alterità rispetto alla concorrente"; sarebbe del tutto irrilevante la circostanza del positivo riscontro da parte della stazione appaltante in merito all'assenza di precedenti penali, a fronte della formale incompletezza delle dichiarazioni, costituendo essa motivo autonomo di esclusione dai procedimenti preordinati all'aggiudicazione di appalti pubblici;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del D.lgs. 163/2006, degli artt. 5 e 6 del disciplinare di gara: la mandante Umbria Service s.r.l. sarebbe priva dei requisiti di capacità tecnica richiesti, avendo presentato una sola referenza bancaria in luogo

delle due richieste, e per altro priva della dicitura imposta a pena di esclusione dall'art. 6 della *lex specialis*; i bilanci prodotti dalla Umbria Service inerenti le ultime tre annualità contabili non sarebbero neppure stati controllati dalla stazione appaltante.

La ricorrente principale chiede altresì la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni patiti a causa dell'illegittima aggiudicazione, in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, o in subordine per equivalente.

Si sono costituiti sia l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche che la controinteressata Maio Guglielmo s.r.l., eccependo preliminarmente profili di irricevibilità ed inammissibilità del gravame, evidenziando in sintesi:

- la conoscenza da parte della Sameco s.r.l. di tutta la documentazione prodotta dall'a.t.i. dichiarata aggiudicataria già in occasione della seduta di gara dell'8 gennaio 2013 risultando presente un proprio rappresentante, con conseguente tardività del gravame;
- la mancata impugnazione delle disposizioni di cui alla *lex specialis* inerenti sia le modalità di presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice contratti pubblici (quanto al rinvio di cui al secondo comma dell'art. 47 del D.p.r. 445/2000) che di dimostrazione della capacità economica - finanziaria.

Nel merito, evidenziano l'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, poiché in sintesi:

- l'art. 47 c. 2 del D.p.r. n. 445/2000 (espressamente richiamato nel bando) consentirebbe al legale rappresentante dell'impresa concorrente di avvalersi, nell'interesse dell'impresa, anche della dichiarazione riferita agli altri soggetti obbligati ai sensi dell'art. 38 D.lgs. 163/2006;

- il bando di gara, quanto ai requisiti di capacità tecnica, ne prevede il cumulo da parte del raggruppamento nel suo complesso, si da rendere evidente il possesso da parte dell'a.t.i. aggiudicataria del requisito della doppia referenza bancaria richiesto;
- la mandante Umbria Service s.r.l. avrebbe presentato in sostituzione della doppia referenza bancaria i bilanci degli ultimi tre esercizi, si da comprovare pienamente anche singolarmente il possesso del requisito di capacità tecnica;
- la pretesa clausola di cui all'art. 6 della *lex specialis* sarebbe affetta da nullità ai sensi dell'art. 46 c. 1 bis del D.lgs. 163/2006;
- l'impossibilità specie a seguito del principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 4 c. 2, lett. d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2011, n. 106, di procedere all'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di appalto pubblico in ragione del mero dato formale della incompletezza della dichiarazione di cui all'art. 38 D.lgs. 163/2006, rilevando invece il solo elemento sostanziale del possesso o meno dei requisiti morali;
- la dimostrazione della capacità economico - finanziaria dei concorrenti potrebbe comunque essere fornita, alternativamente, attraverso la produzione di documentazione diversa dalle referenze bancarie, come regolarmente avvenuto nel caso di specie, secondo il *favor participationis* e al di fuori di formalismi del tutto ingiustificati.

Con motivi aggiunti la ricorrente ha introdotto nuove censure relativamente all'impugnata aggiudicazione, a seguito dell'accesso all'offerta economica presentata dalla controinteressata, così sintetizzabili:

III. Violazione degli artt. 86, 87, 88 del D.lgs. 163/2006, art. 12 del Disciplinare di gara, carenza di istruttoria, erroneo apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto, eccesso di potere per difetto di motivazione: la commissione di gara non

avrebbe effettuato alcuna valutazione di congruità dell'offerta economica dell'a.t.i. Maio Guglielmo s.r.l. - Umbria Service s.r.l. nonostante l'evidente sospetto di anomalia, in relazione alla sottostima del costo dei contenitori per la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti, non assorbibile dall'esiguo utile d'impresa dichiarato in misura di 2.936,00 euro.

Sia la stazione appaltante che la controinteressata hanno ampiamente controdedotto anche alle suindicate nuove doglianze, eccedendone anche l'inammissibilità essendo la Sameco s.r.l. pienamente a conoscenza della valutazione espressa dalla commissione in merito alla sufficienza delle giustificazioni fornite dalla Maio Guglielmo s.r.l. sin dalla seduta del 9 aprile 2013 e comunque quantomeno al momento (17 giugno 2013) della proposizione del ricorso introduttivo principale.

La Maio Guglielmo s.r.l. presenta anche ricorso incidentale finalizzato all'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale, e quindi alla declaratoria di inammissibilità del gravame proposto dalla Sameco s.r.l. per difetto di legittimazione e/o interesse non potendo essa partecipare alla gara per cui è causa, deducendo le seguenti doglianze, così riassumibili:

I. Violazione e falsa applicazione di legge, necessità per lo svolgimento del servizio di smaltimento dell'autorizzazione ex art. 208 del D.lgs. 152/2006 o AIA ex art. 291 del D.lgs. 152/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 2 c. 1 e 2, 39, 46, 48 e 49 del D.lgs. 163/2006, art. 118 D.lgs. 163/2006; violazione dell'art. 97 Cost., del principio di trasparenza e di legalità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, illogicità, travisamento ed ingiustizia manifesta, sviamento; violazione dei principi di buona fede concorsuale e di *par condicio* dei concorrenti; violazione delle norme fondamentali in materia di partecipazione alle gare d'appalto, violazione e falsa applicazione della

direttiva 2004/18/CE: la Sameco s.r.l. non sarebbe abilitata ad effettuare il servizio oggetto dell'appalto, non essendo titolare di alcuna autorizzazione allo smaltimento rifiuti, né avrebbe indicato in sede di offerta di ricorrere al subappalto o all'avvalimento ad impresa titolare della necessaria autorizzazione;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del disciplinare di gara, dell'art. 97 Cost. violazione dei principi di *par condicio* dei concorrenti: la copia del documento di identità del rappresentante legale della Sameco non sarebbe sottoscritta, in violazione della modalità imposta dall'art 6 del Disciplinare di gara a pena di esclusione.

La Maio Guglielmo propone altresì motivi aggiunti al ricorso incidentale, lamentando, in necessaria sintesi, la mancata presentazione da parte della Sameco delle schede tecniche relative ad alcuni contenitori utilizzati per il confezionamento dei rifiuti, secondo le disposizioni del capitolato tecnico e dell'allegato 8, in violazione della clausola - sanzionata con l'esclusione - dell'art. 6 del disciplinare di gara.

Con successive memorie, la Sameco s.r.l. ha chiesto il rigetto del gravame incidentale, depositando in giudizio autorizzazione integrata ambientale rilasciatagli con determinazione dirigenziale n. 1717 del 10 luglio 2012 della Provincia di Pesaro e Urbino, per l'attività di recupero e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi coerenti con quelli oggetto delle prestazioni di servizio.

Di contro, la Maio Guglielmo s.r.l. insiste per l'accoglimento del gravame incidentale, denunciando l'irrilevanza dell'autorizzazione integrata ambientale depositata in giudizio poiché riferita alla sola attività D15 "operazioni di deposito preliminare" e perciò del tutto insufficiente rispetto all'oggetto dell'appalto; l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche insiste a sua volta per la declaratoria di irricevibilità o inammissibilità del ricorso principale.

Alla camera di consiglio del 31 luglio 2013, la domanda cautelare è stata “abbinata” al merito, su concorde volontà delle parti.

All’udienza pubblica del 29 gennaio 2014 la difesa della Sameco s.r.l., a sostegno della prospettata infondatezza del ricorso incidentale, invoca l’applicazione dell’istituto dell’avvalimento sostanziale, depositando giurisprudenza in materia, con opposizione del difensore della Maio Guglielmo s.r.l., trattandosi di eccezione del tutto tardiva, come da verbale d’udienza; indi la causa è stata trattenuta in decisione.

2. E’ materia del contendere la legittimità dell’aggiudicazione definitiva dell’appalto del servizio triennale di “raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, pericolosi e non, di sottoprodotti di origine animale” effettuata dall’Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell’Umbria e delle Marche nei confronti dell’a.t.i. tra la Maio Guglielmo s.r.l. e la Umbria Service s.r.l.

Con ricorso principale integrato da motivi aggiunti, la seconda classificata Sameco s.r.l. contesta la suddetta aggiudicazione, denunciando la illegittimità dell’ammissione dell’a.t.i. capeggiata dalla Maio Guglielmo s.r.l., la quale a sua volta, con ricorso incidentale, lamenta specularmente l’illegittimità dell’aggiudicazione stessa quanto alla mancata esclusione della Sameco s.r.l.

2.1. Preliminarmente, quanto all’ordine logico di trattazione delle domande, aderendo al noto arresto della Plenaria (7 aprile 2011, n. 4.) il ricorso incidentale, diretto a contestare l’ammissione alla gara del ricorrente principale, andrebbe sempre esaminato con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi o oggettivi) di partecipazione alla gara che si assumono violati, giacché con detto ricorso il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito, che, se fondata, si riflette nella preclusione all’esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire (in questo senso la giurisprudenza dominante, *ex multis* Consiglio di Stato sez III, 11 febbraio 2013,

n.768; id. sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178; id. sez. V, 10 novembre 2011, n. 593; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 10 maggio 2012, n. 165; T.A.R. Veneto sez. III, 12 giugno 2012, n. 1280; T.A.R. Basilicata 11 giugno 2012, n. 269) a meno che ragioni di economia processuale non ritengano opportuno l'esame prioritario del ricorso principale, allorquando esso appaia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato.

Con sentenza della Corte di Giustizia U.E. (sez. X, 4 luglio 2013 causa C 100/12) a seguito della rimessione ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE da parte del T.A.R. Piemonte (sez. II ordinanza 9 febbraio 2012, n. 208) è stato stabilito che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale. Risulta invero tutt'ora pendente *in subiecta materia* nuova rimessione ex art. 99 cod. proc. amm. all'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato sez. VI, ordinanza 30 luglio 2013, n.4023) per verificare se la motivazione posta a base della sentenza della

Corte di Giustizia 4 luglio 2013, C-100/12 comporti una complessiva rimeditazione delle questioni riguardanti la perdurante sussistenza o meno della legittimazione e dell'interesse dell'impresa esclusa o da escludere, quando impugni gli atti di gara.

2.2. Tanto premesso, ritiene il Collegio per motivi di economia processuale, di dover affrontare con priorità l'esame del ricorso principale, nonostante il carattere pacificamente "paralizzante" del ricorso incidentale proposto dal raggruppamento aggiudicatario, in ragione dell'infondatezza nel merito.

3. Il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

3.1. Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame delle pur articolate e motivate eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità sollevate dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata nei confronti del ricorso introduttivo, essendo infondato nel merito.

3.2. Quanto alle censure di cui al I motivo, ad avviso della difesa di Sameco s.r.l. non vi sarebbero ragioni, nel caso di specie, per ritenere ammissibile la dichiarazione presentata dagli amministratori delle società del raggruppamento temporaneo in merito al possesso dei c.d. requisiti morali di cui all'art. 38 del D.lgs. 163/2006 e s.m. per conto altrui, ovvero inerenti stati fatti e qualità personali degli altri rappresentanti legali delle due imprese del raggruppamento, essendo questi tenuti ad effettuare personalmente tali dichiarazioni, richiamandosi in particolare all'orientamento espresso dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Giova evidenziare come il comma secondo dell'art. 38 del Codice Contratti pubblici operi un rinvio incondizionato (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 26 settembre 2013, n.4785) e di tipo dinamico al D.p.r. 28 dicembre 2000 n.445 "Testo unico delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa" quanto alla attestazione del possesso dei requisiti generali o morali enucleati dal

medesimo art. 38, ivi compresa la disposizione di cui all'art. 40 (introdotta dall'art. 15 della legge 183/2011) secondo cui *“nei rapporti con gli organi della P.A. e i gestori di pubblici servizi, i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47”*.

A sua volta il secondo comma del citato art. 47, stabilisce che *“La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza”*.

Ritiene il Collegio che le dichiarazioni in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 Codice Contratti pubblici possono essere rese e sottoscritte anche da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento anche agli altri soggetti obbligati, secondo le modalità stabilite dall'art. 47 c. 2 del D.p.r. 445/2000 (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894; id. sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053; T.A.R. Friuli Venezia Giulia sez I, 1 marzo 2013, n. 126; T.A.R. Liguria sez. II, 21 febbraio 2013, n.351; T.A.R. Puglia - Bari sez. I, 6 febbraio 2013, n.167) e puntualmente richiamate dall'inoppugnata *lex specialis*, purché dalla stessa ne sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa (come è regolarmente avvenuto nel caso di specie) al fine di consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche.

Infatti, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente principale, l'amministratore unico della Maio Guglielmo ha reso la dichiarazione concernente il possesso dei requisiti morali indicando i nominativi degli altri legali rappresentanti (Nuzzo Luigi) nonché del direttore tecnico (Campitelli Maurizio) così come il Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'Umbria Service s.r.l. ha indicato gli altri rappresentanti legali (Curi Simone, Palladini Piero, Grosso Alberto e Cordoni Cristiano Luca) per conto dei quali effettuare la dichiarazione.

Trattasi come ha chiarito la più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 31 gennaio 2012, n.467; T.A.R. Puglia Bari sez I, 6 febbraio 2013, n.167) di dichiarazioni rese non nel proprio interesse, bensì dell'impresa concorrente.

In ogni caso, avendo il concorrente reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, D.lgs. n. 163 del 2006, in conformità al modulo predisposto dall'Amministrazione allegato al disciplinare di gara, l'eventuale ipotetica carenza di tali dichiarazioni avrebbe dovuto condurre alla regolarizzazione della documentazione di gara e giammai all'esclusione (T.A.R. Puglia Bari sez I, 6 febbraio 2013, n.167; Consiglio di Stato sez. III, 30 gennaio 2012, n.447).

Per mera completezza, osserva il Collegio che anche a voler seguire l'opzione interpretativa prospettata dalla ricorrente principale, la mera incompletezza della dichiarazione di cui al citato art. 38 del D.lgs. 163/2006 non dovrebbe valere come autonoma causa di esclusione, allorquando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 24 marzo 2011, n.1795; id. sez. VI, 13 febbraio 2013, n.896; T.A.R. Liguria sez. II, 21 aprile 2011, n.660) dovendo prevalere, specie a seguito dell'entrata in vigore del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 c.1 bis del D.lgs. 163/2006, il dato sostanziale del possesso o meno dei requisiti generali, benché la prevalente giurisprudenza e la stessa Autorità di Vigilanza opinino in senso esattamente opposto (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 21 giugno 2013, n.3397; id. sez. V 7 maggio 2013, n.2462; id. sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1909; id. sez. V 22 maggio 2012, n. 2946; T.A.R. Veneto, sez. I, 24 gennaio 2011, n. 76, T.A.R. Puglia - Bari sez I 8 marzo 2012, n.491; A.V.C.P. deliberazioni 12 gennaio 2010, n.1 e 16 maggio 2012, n. 6). Risulta infatti pacifico e non oggetto di contestazione il possesso da parte di tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici del raggruppamento aggiudicatario, dei requisiti di ordine generale, ivi compresa l'assenza di condanne penali.

3.3. Alla luce delle suesposte considerazioni, le censure di cui al I motivo sono prive di pregio.

3.4. Non meritano condivisione neppure le censure di cui al secondo motivo di ricorso.

E' pacifico che il raggruppamento temporaneo Maio Guglielmo s.r.l. - Umbria Service s.r.l. abbia dimostrato il necessario requisito di capacità economica presentando cumulativamente (due la Maio Guglielmo e una l' Umbria Service) le almeno due referenze bancarie richieste secondo le specifiche prescrizioni della *lex specialis* - rimaste del tutto inoppugnate - circostanza che risulta di per sé dirimente ai fini della dimostrazione del requisito *de quo*.

Inoltre, la mandante Umbria Service si è avvalsa della facoltà concessa dall'art. 41 c. 1 del Codice contratti pubblici, indubbiamente ispirata al principio del *favor participationis* di matrice comunitaria, di poter dimostrare il requisito della capacità economica oltre che con le dichiarazioni bancarie, mediante l'alternativa produzione dei propri bilanci (T.A.R. Lazio - Roma sez. I, 20 maggio 2011, n.4455; id. sez. III 3 maggio 2007 n. 3874; T.A.R. Puglia - Bari sez I, 6 maggio 2011, n.683) così come pacificamente avvenuto nella fattispecie, essendo stati depositati presso la stazione appaltante i bilanci degli ultimi tre esercizi, ritenuti congrui dalla commissione di gara, la quale è priva di un potere di sindacare il contenuto o la regolarità contabile, in ordine alla quale fa fede la relazione del revisore allegata al bilancio stesso (T.A.R. Campania Napoli sez I, 8 febbraio 2007, n.981).

Una interpretazione eccessivamente rigida del citato art. 41 c. 1 si porrebbe poi insanabilmente in contrasto, oltre che con il contenuto letterale della norma, con il principio comunitario di non discriminazione.

Nessuna rilevanza, poi, può avere nel presente giudizio la denunciata violazione della previsione contenuta nell'art. 6 del disciplinare di gara laddove richiede, a pena di esclusione, che "la referenza bancaria contenga la concessione o l'impegno

a concedere, in caso di aggiudicazione, all'impresa partecipante una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni pecuniarie determinate dal presente appalto" dovendo essa qualificarsi nulla per violazione dell'art. 46 c. 1 bis del D.lgs. 163/2006 introdotto dall'art. 4 c. 2, lett. d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2011, n. 106, quale clausola di esclusione non prevista dal Codice, dal Regolamento attuativo o da altre disposizioni di legge vigenti, e conseguentemente disapplicabile dal seggio di gara (T.A.R. Lazio - Roma sez. II, 19 febbraio 2013 n. 1828; T.A.R. Abruzzo Pescara 9 novembre 2011, n.632).

Infatti, l'art. 46 c. 1 bis del D.lgs. 163/2006, sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione - invero già desumibile dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE - impedendo alle singole stazioni appaltanti di creare autonome sanzioni espulsive non previste dalla legge, con conseguente nullità (di tipo testuale) delle medesime, rilevabile anche d'ufficio dal g.a. secondo le disposizioni di cui all'art. 31 c. 4 cod. proc. amm.

4. I motivi aggiunti sono irricevibili per tardività.

Con unico motivo lamenta la Sameco s.r.l. come la commissione di gara abbia nella seduta del 9 aprile 2013 (a cui ha peraltro partecipato un rappresentante della stessa impresa) del tutto illegittimamente ritenuto sufficienti, per escludere il sospetto di anomalia, le giustificazioni preventive presentate dall'a.t.i. capeggiata dalla Maio Guglielmo s.r.l., denunciando l'omessa attivazione del sub - procedimento di anomalia delineato dall'art. 88 del Codice Contratti pubblici.

Al momento della proposizione del ricorso introduttivo (17 giugno 2013) l'intervenuta allegazione da parte della Sameco (vedi documento n. 5) del suindicato verbale n. 9 della seduta del 9 aprile 2013 ne denota la palese piena conoscenza, con conseguente tardività dei motivi aggiunti, notificati il successivo

29 luglio 2013, vale a dire ben oltre il termine decadenziale dimidiato di cui al quinto comma dell'art. 120 cod. proc. amm.

5. Per i suesposti motivi, va respinto il ricorso principale e va dichiarata l'irricevibilità dei motivi aggiunti, con conseguente infondatezza anche della connessa domanda risarcitoria sia in forma specifica che per equivalente, risultando l'aggiudicazione immune dalle censure dedotte; conseguentemente deve dichiararsi l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale come integrato da motivi aggiunti, non mantenendo la Maio Guglielmo s.r.l. alcun interesse sostanziale alla caducazione *in parte qua* dell'aggiudicazione impugnata.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- respinge la domanda di annullamento e di condanna di cui al ricorso principale;
- dichiara l'irricevibilità dei motivi aggiunti al ricorso principale;
- dichiara l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale come integrato da motivi aggiunti;

Condanna la Sameco s.r.l. alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale dell'Umbria e delle Marche e della Maio Guglielmo s.r.l. in misura di 2.000,00 euro ciascuno, oltre accessori ai sensi di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2014

IL SEGRETARIO

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