



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' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 706 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tekneko Sistemi Ecologici Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Elena Guiducci, con domicilio eletto presso Rodolfo Avv. Ludovici in L'Aquila, via Martiri di Onna, N. 8; Cogesa Srl, Pavind Srl;

contro

Comune di Pratola Peligna in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Referza, con domicilio eletto presso Lucio Avv. Leopardi in L'Aquila, via Pescara N. 2/4;

nei confronti di

Diodoro Ecologia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Cafforio, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est; Ecologia Falzarano Srl;

per l'annullamento

DEGLI ATTI RELATIVI ALLA GARA INDETTA DAL
COMUNE RESISTENTE CON BANDO IN DATA 11
FEBBRAIO 2010 AVENTE AD OGGETTO PROCEDURA
RISTRETTA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI
MUNICIPALIZZATI DI NETTEZZA URBANA

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pratola Peligna
in Persona del Sindaco P.T. e di Diodoro Ecologia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2011 il dott.
Alberto Tramaglino 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 il ricorso in esame e successivi motivi aggiunti, la società
ricorrente -collocatasi al secondo posto nella graduatoria a distanza di
due punti dall'aggiudicataria- impugna gli atti della gara in oggetto
conclusasi con l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata.

Resistono in giudizio la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria
che ha proposto ricorso incidentale.

2. Si può prescindere dal pregiudiziale esame del ricorso incidentale
essendo infondato quello principale (e successivi motivi aggiunti, con

cui si ripropongono nei confronti dell'aggiudicazione definitiva, le medesime censure già sollevate nei confronti dei precedenti atti del procedimento).

Con il primo motivo si deduce che la controinteressata doveva essere esclusa per non aver prodotto la dichiarazione di cui all'art. 38 d.lg. 163/2006 relativa all'istitutore, munito di ampi poteri di rappresentanza, della società ausiliaria. Si tratterebbe di onere da assolvere a pena di esclusione ai sensi dell'art. III.2.1 del bando, dell'art. 3 della lettera di invito nonché dell'art. 7.5 del disciplinare di gara, secondo cui "alla domanda deve essere allegata la dichiarazione sostitutiva relativa alla fattispecie di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 fatta dai soggetti indicati negli stessi commi ... La mancata dichiarazione o la sua incompletezza sono causa di esclusione".

Precisato che il suddetto istitutore è munito di un potere di rappresentanza di carattere generale, e perciò non è qualificabile come procuratore speciale, appare assodato che lo stesso è compreso nel novero dei soggetti che debbono possedere i requisiti di carattere generale ex art. 38, 1° comma, lett. b e c, e 49, 2° comma, lett. c, d.lg. cit.

E' noto che sul punto delle conseguenze dell'omissione della dichiarazione in questione, un orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che il comma 1 dell'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione

per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma ed è quindi insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (Consiglio Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967. In senso analogo T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31 dicembre 2010, n. 39288; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 2872).

Alla luce di tale orientamento, l'esclusione viene quindi a dipendere dall'esistenza di una esplicita disposizione della *lex specialis* che sanziona l'omessa presentazione della dichiarazione da parte dei soggetti obbligati. Il collegio rileva che nel caso di specie le norme della *lex specialis* richiamate dalla ricorrente esplicitamente dispongono l'esclusione per l'omessa dichiarazione da parte di uno dei soggetti di cui all'art. 38, lett. b) e c), ma tuttavia non ribadiscono un'analoga previsione in ordine alle dichiarazioni dei soggetti dell'impresa ausiliaria, cosicché da tali norme non emerge con chiarezza se la predetta sanzione debba essere riferita anche all'omissione delle

dichiarazioni da parte dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza generale dell'impresa di cui la concorrente ha inteso avvalersi. In tali circostanze è stato osservato che deve essere escluso che le disposizioni del bando andassero interpretate nel senso di comminare l'esclusione per l'eventualità in cui taluno degli amministratori dell'impresa ausiliaria muniti di poteri di rappresentanza abbia omesso la suddetta dichiarazione, fermo restando la necessità che i requisiti in questione debbano comunque sussistere anche in capo al medesimo (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 22 ottobre 2010 n. 3739, richiamata dalle difese delle parti resistenti) e che la sussistenza degli stessi deve essere pertanto adeguatamente accertata dall'amministrazione.

Alla luce di tali condivisi principi, il primo motivo è pertanto infondato.

Con il secondo motivo si deduce la violazione dell'art. 49 d.lg. cit. nonché varie figure di eccesso di potere sul presupposto che il contratto di avvilimento prodotto dall'aggiudicataria difetterebbe di elementi qualificanti atti a garantire che il prestito dei requisiti non sia di carattere meramente formale bensì connesso ad effettivi impegni dell'impresa ausiliaria. Non sarebbe cioè sufficiente la mera indicazione di volersi avvalere di un determinato requisito senza collegarlo al negozio giuridico che consenta la possibilità di un concreto utilizzo delle dotazioni aziendali dell'impresa ausiliaria (nelle forme di affitto di un ramo d'azienda, noleggio di attrezzature, distacco di personale e similari sulla base dello specifico requisito carente in capo al concorrente). Mancando nella specie l'indicazione

dei mezzi e delle risorse messi a disposizione per la regolare esecuzione del servizio, la controinteressata avrebbe quindi esibito un contratto idoneo ad assicurare la disponibilità di tali mezzi ed avrebbe dovuto essere pertanto esclusa. Peraltro, non potrebbe utilizzarsi l'istituto dell'avvalimento per integrare l'iscrizione in albi ufficiali, quale l'Albo nazionale gestori ambientali di cui all'art. 212 d.lg. 152/2006.

In ordine a quest'ultimo profilo si osserva che il requisito in parola può essere soddisfatto anche ricorrendo all'avvalimento (cfr. T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 29 ottobre 2010, n. 1857), visto che non si tratta di requisito di carattere strettamente personale insuscettibile di essere utilizzato da soggetti diversi dal suo titolare, attenendo invece lo stesso alla dotazione di particolari capacità e competenze tecniche, cosicché "l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali costituisce il requisito minimo ed essenziale per consentire non solo alle imprese di operare in questo settore ma anche per assicurare, alle pubbliche amministrazioni che decidono di rivolgersi al mercato per lo svolgimento di siffatte attività, di poter fare leva su soggetti dotati di alta professionalità e serietà" (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 19 novembre 2009, n. 2799), e quindi rientrante nel novero dei requisiti tecnico-organizzativo che possono essere soddisfatti avvalendosi di altre imprese.

Quanto al contenuto del negozio, va osservato che con il medesimo l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione "il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali ... con

riferimento ai servizi oggetto del presente appalto e tutto ciò che essi comportano”, assumendo la connessa responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. Per quanto il contenuto di tale negozio possa essere ritenuto scarno, esso soddisfa tuttavia l’esigenza a cui l’istituto è preordinato, vale a dire quello di assicurare alla concorrente la pronta disponibilità delle risorse aziendali dell’impresa ausiliaria che si renderanno necessarie per l’esecuzione della prestazione da parte dell’aggiudicataria, rispondendone solidalmente per tutta la durata dell’appalto nei confronti dell’amministrazione.

Anche tale motivo deve essere pertanto rigettato.

Con il terzo motivo si censura la lacunosità dei verbali delle sedute della commissione, segnalando che i medesimi non riportano quando le sedute si sono tenute in forma pubblica o riservata né danno atto della presenza dei rappresentanti delle imprese.

Il collegio rileva che la ricorrente non deduce la violazione del principio di pubblicità delle sedute né evidenzia che il suo rappresentante non sia stato messo in condizione di presenziare alle operazioni a cui aveva diritto di assistere. In assenza della deduzione di tali vizi, la cui sussistenza sarebbe autonomamente in grado di travolgere l’intera procedura, le omissioni lamentate si risolvono in mere irregolarità formali di per sé inidonee a ripercuotersi sulla legittimità delle operazioni della commissione.

Con il medesimo motivo viene altresì dedotto che, riguardo all’attribuzione del punteggio relativo al “progetto servizi igiene urbana”, a fronte della genericità dei criteri fissati nella *lex specialis* (che

si limitava a ripartire il punteggio in base alla qualità del progetto, attribuendo 15 punti a quello ritenuto “ottimo”, 8 a quello “buono”, 2 per il “sufficiente”, nessuno all’insufficiente), la commissione avrebbe dovuto fornire un’adeguata motivazione ai punteggi concretamente attribuiti alle concorrenti, essendo insufficiente a consentire la ricostruzione dell’iter logico seguito il mero punteggio numerico.

Pur condividendo il principio da cui muove la ricorrente, essendo evidente che nella fattispecie non si è in presenza di criteri talmente dettagliati da determinare il conseguente punteggio numerico sulla base di mere operazioni applicative obiettivamente verificabili, il collegio osserva tuttavia che la ricorrente non deduce una illegittima sopravvalutazione del progetto dell’aggiudicataria e quindi l’illegittima attribuzione di 15 punti conseguenti alla valutazione di “ottimo” (identico punteggio è stato conseguito dalla ricorrente). Non venendo messo in discussione che le caratteristiche di quest’ultimo erano tali da non meritare il giudizio di “ottimo”, la censura, in assenza di specifiche doglianze in ordine alla illogicità del giudizio della commissione, si rivela tale da non consentire che l’eventuale accoglimento della stessa sia in grado di provocare una diversa attribuzione dei punteggi e quindi di far conseguire l’utilità sperata data dall’aggiudicazione della gara, per cui si rivela inammissibile per difetto di interesse.

Infondato è il quarto motivo, con cui è dedotto che il verbale non indica le modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l’altra

della commissione. Tenuto conto del principio secondo cui “la commissione di gara deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara, e tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi” (Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; id., 12 dicembre 2009, n. 7804; T.A.R. Abruzzo Pescara, 2 novembre 2009, n. 646; T.A.R. Liguria, sez. II, 25 giugno 2009, n. 1538), va osservato che nella fattispecie l'adozione di tali cautele deve essere desunta dal verbale n. 1, in cui si dà atto dell'invito del presidente al segretario affinché le offerte pervenute fossero custodite nella cassaforte dell'ufficio economato. Si deve infatti ritenere, in assenza di ulteriori indicazioni nei verbali, la puntuale ottemperanza di tale disposizione in tutte le circostanze in cui le operazioni della commissione sono state aggiornate per essere riprese in sedute successive.

Con l'ultimo motivo si deduce che l'art. 9 del disciplinare e l'art. 3 della lettera di invito prevedono illegittimamente tra i criteri di valutazione elementi che invece concernono il possesso delle qualificazioni e consistono in esperienze maturate presso altre stazioni appaltanti in relazione ai servizi oggetto della gara e che perciò integrano requisiti di partecipazione.

La censura è inammissibile per difetto di interesse, visto che non è specificato in che termini la valutazione di tali elementi abbia alterato l'ordine della graduatoria. Non si deduce, cioè, che la

controinteressata sia stata avvantaggiata con l'attribuzione di punti relativi ai criteri qui censurati. Risulta peraltro dai verbali che ad entrambe le concorrenti sono stati attribuiti i medesimi punteggi per tutti i criteri relativi all'offerta tecnica e che è quindi risultata determinante l'offerta economica, cosicché non si vede in che modo i censurati criteri abbiano avuto concreta rilevanza ai fini dell'aggiudicazione del servizio.

Il ricorso principale (con i successivi motivi aggiunti) deve essere pertanto nel suo complesso respinto. Dal che consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese di giudizio vanno interamente compensate.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta, dichiarando inammissibili parte delle censure. Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Alberto Tramaglini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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