



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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 147 del 2011, proposto da:
Mts Manutenzione Trasporti e Servizi Scarl, in persona del legale rappresentante
sig. Salvatore Prestifilippi, rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Lo Castro
unitamente e disgiuntamente dall'avv. Anna Prestifilippi, con domicilio eletto
presso la Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

contro

Comune di Stilo, non costituito in giudizio

nei confronti di

Locride Ambiente S.p.A., in persona dell'amministratore delegato, legale
rappresentante *pro tempore* Dott. Raffaele Notaro, rappresentata e difesa dall'avv.
Alessandra Stalteri, con domicilio eletto presso Rosario Giuffrè Avv. in Reggio
Calabria, via D. Tripepi, 57/C;

per l'annullamento

della determinazione di gara n. 3 del 24.1.2011, comunicata successivamente con
nota prot. n. 0782 del 2.2.2011, con la quale il Comune di Stilo ha aggiudicato alla

controinteressata la gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto in discarica autorizzata e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati ed altri servizi accessori, dei verbali di gara, nella parte in cui la Locride Ambiente è stata illegittimamente ammessa alla gara e del verbale del 30.12.2010 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto, del provvedimento prot. n. 0782 del 2.2.2011 e, ove occorra, del bando e del disciplinare di gara in parte qua, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti, e/o consequenziali,
e per il risarcimento
dell'ingiusto danno che la ricorrente dovesse eventualmente subire in conseguenza del mancato affidamento del servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Locride Ambiente S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Caterina Criscenti 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 ricorso notificato in data 24 febbraio 2011 e depositato giorno 6 marzo 2011 la MTS, premesso che con bando di gara n. D59E10002190004 del 22 novembre 2010 il Comune di Stilo aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto in discarica autorizzata e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati ed altri servizi accessori, per la durata di anni tre e per l'importo annuo a base d'asta di € 82.000,00 (oltre IVA);

che alla gara predetta avevano partecipato la MTS, con un ribasso del 2,34%, e la controinteressata che, con un ribasso del 5,10%, nella seduta del 30 dicembre 2010 risultava aggiudicataria in via provvisoria del servizio;

che la MTS faceva pervenire al Comune una breve relazione, evidenziando dei motivi che avrebbero dovuto comportare l'esclusione dalla gara della controinteressata, ma che nonostante ciò con determinazione n. 3 del 24 gennaio 2011 il Comune procedeva all'aggiudicazione definitiva in favore della Locride Ambiente spa;

tutto ciò premesso impugnava gli atti in epigrafe indicati, chiedendone l'annullamento.

A sostegno della domanda di annullamento, deduceva:

1 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006, convertito, con modificazioni, in legge 4.8.2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani). Eccesso di potere. Manifesta illogicità. Poiché la Locride Ambiente spa è una società mista con compartecipazione della Regione Calabria (8.027 azioni ordinarie), del Comune di Siderno (16.659 azioni ordinarie), del Comune di Condofuri (5.577 azioni ordinarie), del Comune di Locri (13.032 azioni ordinarie), del Comune di Bova (617 azioni ordinarie) e del Comune di Bova Marina (4.467 azioni ordinarie), la controinteressata doveva, pertanto, essere esclusa dalla gara, vigendo per essa il divieto di cui all'art. 13 cit., che non consente alle società miste di partecipare a gare per l'affidamento di servizi indette da amministrazioni pubbliche diverse da quelle costituenti, partecipanti o affidanti, o di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati.

2 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 e segg. del decreto legislativo n. 163/2006. Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento ed errata valutazione dei fatti. Mancata presentazione delle dichiarazioni previste per legge a pena di esclusione. Violazione della par condicio. La Locride Ambiente spa doveva essere esclusa dalla gara per non avere

reso tutte le dichiarazioni previste espressamente a pena di esclusione dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c), secondo cui le dichiarazioni relativamente all'eventuale applicazione di misure di prevenzioni o alla pronuncia di sentenze penali di condanna devono essere rese anche per gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e per i direttori tecnici, anche se cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Nella specie, la controinteressata non avrebbe reso le dichiarazioni *ex art.* 38 cit. per la sig.ra Rita Rachele Scalise, amministratore delegato cessato dalla carica con trascrizione iscritta il 7.12.2010, e per il sig. Francesco Schirrippa, rappresentante dell'impresa e Presidente del Consiglio di Amministrazione nominato con atto del 17.11.2010. Il Comune di Stilo, pur riconoscendo espressamente che tali dichiarazioni non erano state rese, ha ritenuto tuttavia di non escludere dalla gara la controinteressata, sul presupposto che il disciplinare di gara al punto A.6) non avrebbe richiesto espressamente la presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 D.lgs. n. 163/2006 da parte di tutti i soggetti cessati muniti di potere di rappresentanza, anche se cessati dalla carica.

Si costituiva la Locride Ambiente, contestando le censure avversarie e concludendo per il rigetto del ricorso; nessuno si costituiva per il Comune di Stilo.

2. In esito alla camera di consiglio del 23 marzo 2011 il Tribunale disponeva l'acquisizione di "copia dell'offerta presentata da Locride Ambiente S.p.A, comprensiva della dichiarazione richiesta dal § A-6 del bando 'di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'art. 38 del D.lgs. n. 163/06', nonché i certificati del casellario e dei carichi pendenti del Presidente del CDA e dell'Amministratore delegato, menzionati dal responsabile del servizio Area Tecnica nella determina n. 2 del 24 febbraio 2011, con espressa menzione della data di loro acquisizione".

In data 7 aprile 2011 il Comune di Stilo trasmetteva la nota prot. 2011, con allegati.

Accolta la domanda cautelare, la trattazione del merito della controversia veniva fissata all'udienza del giorno 8 giugno 2011. Le parti non producevano alcun atto difensivo in vista dell'udienza di merito e, sentite le parti come da verbale, la causa veniva posta in decisione.

3. È da respingere il primo motivo di ricorso.

A tal fine è sufficiente richiamarsi, giusto il disposto dell'art. 88, co. 2, lett. d), alle ampie motivazioni, in ordine alla medesima questione, di due precedenti sentenze pronunciate da questo Tar, la sentenza n. 561 del 16 giugno 2010, già confermata sul punto dal Consiglio di Stato, in grado d'appello con la decisione della V sez., n. 2222 dell'11 aprile 2011, e la sentenza n. 298 dell'11 aprile 2011, quest'ultima adottata proprio nei riguardi della stessa Locride Ambiente.

4. Quanto alla seconda censura dell'odierno ricorso, il bando di gara ed il disciplinare, a proposito della documentazione da allegare alla domanda di partecipazione sottoscritta dal legale rappresentante, richiedeva, tra l'altro, "a pena di esclusione" dichiarazione (§ A.6) "di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'art. 38 del D.lgs. n. 163/06".

L'offerta della Locride Ambiente, allegata in copia dal Comune a seguito di ordine istruttorio, conteneva la suddetta dichiarazione, resa dal Vicepresidente, Amministratore Delegato, Dott. Raffaele Notaro.

Dal certificato storico prot. n. 32814933 rilasciato dalla Camera di commercio di Reggio Calabria il 3 gennaio 2011 e prodotto dalla ricorrente risulta che il predetto Dott. Notaro, con atto del 17 novembre 2010 (iscritto il 7 dicembre 2010) era stato nominato Consigliere, Vice Presidente e Amministratore Delegato. fino al 31 dicembre 2010.

Risulta così provato che l'unico a rendere tale dichiarazione fu appunto l'Amministratore Delegato, dott. Notaro e che nessuna dichiarazione fu resa da

Schirripa Francesco, Presidente del Consiglio d'Amministrazione e da Scalise Rita, Amministratore delegato cessato il 17 novembre 2010.

La ricorrente contesta la legittimità dell'aggiudicazione per il fatto appunto che la dichiarazione dovesse essere resa anche dai predetti Schirripa e Scalise.

5. La doglianza è fondata.

5.1. Secondo quanto già evidenziato in sede cautelare, a norma dell'art. 18 dello Statuto (doc. 4 c della produzione della controinteressata) e secondo quanto risulta dal certificato camerale, la rappresentanza legale della società Locride spetta al Presidente e non al Vice Presidente – Amministratore Delegato e, dunque, la dichiarazione doveva essere certamente fatta *in primis* dallo Schirripa (cfr., per un caso analogo, Tar Campobasso, I, 11 febbraio 2009 n. 19).

5.2. In ogni caso, i requisiti di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, per le s.p.a. devono essere verificati anche in capo a tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed al direttore tecnico e “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”.

Anche a voler aderire ad un orientamento giurisprudenziale più recente secondo cui l'art. 38 co. 1, ricollega l'esclusione dalla gara pubblica al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati nel bando, più che al dato formale della mancata o non perspicua dichiarazione (così, da ult., Cons. St., V, 24 marzo 2011 n. 1795), non risulta con sufficiente sicurezza che la stazione appaltante abbia, comunque, effettuato in concreto la verifica sui requisiti morali.

Il tenore della determina n. 3 del 24 gennaio 2011, a firma del responsabile del servizio, poteva, infatti, far presumere che a prescindere dall'omessa dichiarazione si fosse proceduto, prima dell'aggiudicazione definitiva, ad un accertamento dei requisiti: si escludevano, infatti, “effettive cause ostative ... nel caso del Presidente

del CDA di Locride Ambiente e dell'Amministratore delegato cessato dalla carica, come si evince dai certificati del casellario e dei carichi pendenti”.

A parte la circostanza che non risulta chi fosse a quella data l'amministratore delegato, dal momento che il Notaro sarebbe cessato dalla carica il 31 dicembre 2010, il giorno dopo l'aggiudicazione provvisoria, si osserva che richiesto al Comune, in fase istruttoria, di fornire i certificati del casellario e dei carichi pendenti del Presidente del CDA e dell'Amministratore delegato, menzionati dal responsabile del servizio Area Tecnica nella determina del 24 febbraio 2011, con espressa menzione della data di loro acquisizione, il predetto Responsabile del Servizio ha trasmesso solo quelli prodotti dal Notaro con l'offerta del 29 dicembre 2010.

Ciò esclude, in definitiva, la bontà della tesi difensiva della controinteressata, tesa a valorizzare la circostanza, rimasta indimostrata, che il Comune avrebbe comunque preso atto dell'assenza di condizioni ostative nei confronti del Presidente del CDA e dell'Amministratore cessato dalla carica.

6. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso deve essere accolto e gli atti di aggiudicazione annullati.

Non v'è spazio per una condanna al risarcimento del danno per equivalente, trattandosi di gara appena svolta, immediatamente sospesa dal Tribunale ed alla quale avevano preso parte solo le due odierne imprese in lite.

In virtù del principio della soccombenza le spese vanno poste a carico del Comune e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Stilo e la S.p.a. Locride Ambiente al pagamento, in favore di MTS, delle spese della lite, che liquida in € 4.000,00 (oltre contributo unificato, IVA, CPA e spese generali nella misura del 12,50%).

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Caterina Criscenti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2011

IL SEGRETARIO

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