



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3074 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pizzamiglio Andrea S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini e Francesco Basile, con domicilio eletto presso Pierluigi Mantini in Milano, Via Morigi, 2 A

contro

Comune di San Zenone al Lambro, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito

nei confronti di

Derichebourg San Germano S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Gili e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso il primo in Milano Via San Barnaba, 39

per l'annullamento

del verbale d'asta pubblica in data 23 novembre 2010 relativo alle operazioni di gara per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani del territorio del Comune di San Zenone al Lambro - CIG n. 0541097F5A, contenente l'esclusione della società Pizzamiglio Andrea s.r.l. dalla medesima gara ed il contestuale affidamento provvisorio in favore della società Derichebourg San Germano s.r.l., nonché dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla detta società e di ogni altro atto preordinato, conseguente e comunque connesso e per la condanna in forma specifica del Comune di San Zenone al Lambro a disporre la riammissione alla gara della società Pizzamiglio Andrea S.r.l., *previa dichiarazione di inefficacia del contratto di servizio, ove lo stesso sia stato effettivamente stipulato, ai sensi degli artt. 12 e/o 122 del d.lgs. n. 104/2010,* nonché, in via subordinata, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà dimostrata nel corso del presente giudizio

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale San Germano S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Gili e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso il primo in Milano , Via San Barnaba, 39

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2011 il dott. Marco Bignami e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 21/12/2010 e ritualmente depositato la ricorrente ha impugnato gli atti della gara indetta dal Comune di S. Zenone al Lambro per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, chiedendo l'annullamento sia del provvedimento con cui essa è stata esclusa dalla procedura, sia dell'aggiudicazione provvisoria intervenuta a favore della controinteressata, e domandando la "riammissione alla gara" ed il risarcimento dei danni per equivalente.

Nelle more del giudizio, con motivi aggiunti è stata altresì impugnata l'aggiudicazione definitiva e si è chiesta la dichiarazione di inefficacia del contratto, siglato il 29 dicembre.

La ricorrente è stata esclusa dalla gara per non avere prodotto, sottoscritte le due note di chiarimenti con cui la stazione appaltante avrebbe modificato le condizioni di partecipazione.

In via preliminare, tuttavia, deve valutarsi l'eventuale ricorrenza degli ulteriori motivi di esclusione individuati con ricorso incidentale dalla controinteressata che, se fondati, priverebbero di interesse il ricorso principale.

La controinteressata afferma che la ricorrente avrebbe dovuto essere

esclusa anche per non avere dichiarato, ai sensi dell'art. 38 del d.lgl. n. 163 del 2006, di non trovarsi nelle condizioni ostative indicate dal comma 1, lett. e), f), m), m-ter), e comunque per avere rilasciato una dichiarazione sostitutiva generica nell'oggetto, e dunque inidonea.

Tali censure sono infondate: l'art. 21 del bando di gara, lett. d), prevede che le partecipanti dichiarino "di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare, previste dall'art. 38 del d.lgl. n. 163/2006". Contrariamente all'assunto della controinteressata, perciò, il bando include in tal modo tutte le condizioni di partecipazione richieste dalla legge. In conformità a tale previsione, la ricorrente (punto 6 della domanda di partecipazione) ha attestato il difetto delle condizioni ostative in modo espreso, riproducendo la formula recepita dal bando.

Tale dichiarazione non ha in sé nulla di generico, poiché il rinvio esplicito all'art. 38 del d.lgl. n. 163 del 2006 le attribuisce inequivoco significato.

Il ricorso incidentale va pertanto respinto.

Venendo all'esame del ricorso principale, va premesso che, a seguito di ordine di esibizione del Tribunale diretto a verificare la sussistenza dell'interesse ad agire, è stata acquisita l'offerta della ricorrente, che si è rivelata tale da consentirle l'aggiudicazione (ribasso del 9.89% contro quello dell'8,10 offerto dalla controinteressata), radicandone in tal modo l'interesse a coltivare l'odierno ricorso, che la controinteressata aveva contestato (alla gara hanno partecipato solo

le due parti in causa, ed essa si è svolta con il criterio del prezzo più basso).

Ciò detto, la censura principale è fondata: la ricorrente, evocando gli artt. 73 e 74 del d.lgl. n. 163 del 2006 ed il vizio di eccesso di potere, afferma che la mancata produzione delle note di chiarimento adottate dalla stazione appaltante, sottoscritte, non può ritenersi causa di esclusione dalla gara. L'assunto merita condivisione: il punto 18 del bando richiede di unire all'offerta solo la "copia del capitolato speciale di appalto, inclusi gli allegati, riportante in calce ad ogni pagina il timbro e la firma del legale rappresentante della ditta concorrente".

Le note di chiarimento di cui si discute non sono, invece, equipollenti al capitolato: è sufficiente rilevare, a tal fine, che esse non sono state comunicate e pubblicate in forma analoga a quelle del bando, e non hanno perciò capacità modificativa rispetto al capitolato (Cons. Stato, sez. V, n. 7804/2009).

Esclusa una simile equipollenza, non vi è alcuna previsione che giustificasse l'esclusione della ricorrente dalla gara, sicché essa deve ritenersi per tale ragione soltanto illegittima (con assorbimento delle doglianze concernenti la violazione dell'art. 3 della L. 241/90 e dell'art. 48, comma 2, del d.lgl. n. 163 del 2006).

L'annullamento va perciò esteso all'aggiudicazione definitiva, impugnata con motivi aggiunti.

Quanto alla declaratoria di inefficacia del contratto, sollecitata dalla

ricorrente, va premesso che tale domanda, diversamente da quanto eccepito dalla controinteressata, può essere proposta, senza che contestualmente sia avanzata domanda di subingresso nel contratto stesso, come si deduce dagli artt. 121, comma 2, e 122 del d.lgl. n. 104 del 2010, che impongono di valutare la ricorrenza della richiesta di subingresso come criterio per decidere se dichiarare l'inefficacia o meno, anziché quale condizione di ammissibilità di tale ultima domanda.

Ciò detto, fondatamente il ricorrente ritiene essersi verificata la grave violazione di cui all'art. 121, comma 1, lett. c) del d.lgl. n. 104 del 2010 (assorbente rispetto alla violazione della successiva lett. d), poiché il Comune ha stipulato il contratto il 29 dicembre 2009, senza attendere il decorso del termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, del d.lgl. n. 163 del 2006 (posto che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ex artt. 79 del d.lgl. n. 163 del 2006 risulta pervenuta alla ricorrente a mezzo fax il 30 dicembre successivo, come da doc. 10 parte ricorrente,).

Posto che la discussione dell'istanza cautelare proposta dalla ricorrente si è svolta alla camera di consiglio del 12 gennaio 2010, la stipula del contratto ha evidentemente influito sulla possibilità di una immediata aggiudicazione a favore della ricorrente, a seguito di riammissione in via d'urgenza della stessa alla gara.

Avuto riguardo alla gravità della condotta della stazione appaltante, che ha escluso la ricorrente per un vizio formale del tutto

insussistente, alla condotta delle parti (l'esclusione è stata disposta proprio su iniziativa del rappresentante della controinteressata, che ha segnalato il preteso vizio), e infine al tempo non eccessivamente lungo trascorso dalla stipula del contratto, l'inefficacia di esso opererà ex tunc, ad essa non opponendosi in via determinante alcuna delle circostanze indicate dall'art. 121, comma 3, del d.lgl. n. 104 del 2010.

La ricorrente non ha proposto domanda di subingresso nel contratto, limitandosi a chiedere che la gara fosse rinnovata, previa riammissione; del resto, al fine di sostenere una simile domanda, essa avrebbe dovuto porre a fondamento della stessa il fatto di avere prevalso nella gara in ragione di un'offerta migliore rispetto a quella della controinteressata, affermazione che non è mai stata svolta e che non viene conseguentemente a colorare l'oggetto del giudizio: se è vero che l'offerta è stata acquisita dal Tribunale, ciò è avvenuto al fine di verificare la sussistenza dell'interesse a coltivare l'impugnativa, e ciò non può certo avere per effetto un mutamento del thema decidendum.

Pertanto, per effetto dell'odierna pronuncia, il Comune sarà tenuto all'immediata riapertura della gara, sulla base delle offerte a suo tempo presentate, previa riammissione della ricorrente a parteciparvi. Tale profilo si rivela allo stesso tempo determinante per la reiezione della domanda risarcitoria legata alla mancata esecuzione del contratto da parte della ricorrente fino ad oggi, atteso che la prova

del danno avrebbe richiesto l'accertamento in ordine alla necessità che, all'esito della gara, il Comune affidasse il servizio proprio alla ricorrente, e non alla controinteressata, prova che non è stata neppure offerta, e rispetto alla quale non possono supplire i poteri d'ufficio del giudice esercitati ad altro scopo.

Le spese seguono la prevalente soccombenza di Comune e controinteressata, e si liquidano a carico di questi ultimi in via solidale in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

il T.A.R. Lombardia/Milano, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

respinge il ricorso incidentale.

Accoglie il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra Comune e controinteressata con effetto ex tunc.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Condanna Comune e controinteressata in solido a rifondere le spese di lite, che liquida in € 5.000,00, oltre accessori di legge.

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

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

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2011

IL SEGRETARIO

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