



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 581 del 2013, proposto da:

ECOLTECNICA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso la segreteria del Tribunale

***contro***

COMUNE DI TREZZANO ROSA, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Versaci, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, via Durini, n. 5

***nei confronti di***

VENTURA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Feroci e Fabio Giuseppe Angelini, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Santa Maria Segreta, n. 6

***per l'annullamento:***

- della determinazione n. 19 del 25 gennaio 2013 del Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Trezzano Rosa (comunicata con nota prot. 1015/2013/V1.9.5/2012 del 28 gennaio 2013), nella parte in cui è stata riformulata la graduatoria definitiva della gara ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei lavori di "messa in sicurezza dell'area ex Cava De Lucchi Fase 1";
- della determinazione n. 262 del 23 ottobre 2013, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sopra indicato al RTI Ventura - Italrecuperi; del provvedimento negativo tacito di mancata esclusione alla gara del RTI Ventura - Italrecuperi per mancata produzione di documenti richiesti dalla legge e dalla disciplina di gara;
- del provvedimento negativo tacito di mancata esclusione alla gara del RTI Ventura - Italrecuperi per aver presentato un'offerta recante variante sostanziale e, quindi, in violazione della disciplina di gara;
- di tutti gli atti della procedura di gara, con particolare riferimento ai verbali della Commissione giudicatrice e agli atti assunti dalla medesima relativi alla ammissione dei concorrenti, all'esame e alla valutazione delle offerte tecniche e alla attribuzione dei punteggi;
- del provvedimento negativo tacito di mancata esclusione dalla gara del RTI Ventura - Italrecuperi, a seguito della riformulazione della graduatoria, per sopravvenuta carenza di requisiti soggettivi di partecipazione;
- dei provvedimenti di mancata esclusione della gara del RTI Ventura - Italrecuperi, a seguito della riformulazione della graduatoria, per violazione della disciplina di gara, relativamente alla mancata acquisizione del parere del progettista e del direttore dei Lavori;
- di ogni atto presupposto, connesso consequenziale o attuativo, compresa l'eventuale aggiudicazione definitiva nelle more disposta a favore della controinteressata, nonché il contratto eventualmente stipulato con quest'ultima;
- nonché per la conseguente condanna della stazione appaltante ai sensi e per gli effetti degli artt. 119 e ss. del

DLgs. 104/2010: in via principale, all'accoglimento della domanda della ricorrente finalizzata a conseguire l'aggiudicazione dell'opus concorsuale e la stipulazione del relativo contratto d'appalto, attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito con salvezza della declaratoria d'inefficacia del contratto qualora lo stesso dovesse essere inter partes stipulato in pendenza del ricorso, in ragione della richiesta di subentro che sin d'ora si propone; in via subordinata principale, nella denegata ipotesi di impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 del D.lgs. 104/2010, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere: i costi sostenuti per la partecipazione alla gara; il danno professionale da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 4% dell'offerta formulata; il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; il tutto con interessi e rivalutazioni; in estremo subordine, alla riedizione della procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trezzano Rosa e della Ventura s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2013 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. In data 16 luglio 2012, il Comune di Trezzano Rosa ha indetto una gara avente ad oggetto i "lavori di messa in sicurezza dell'area ex Cava De Lucchi - Fase 1". Tale intervento consisteva nel rimuovere dalla ex cava i rifiuti petrolchimici ed i terreni di riporto fortemente contaminati da idrocarburi ed avviarli allo smaltimento, rimandando successivamente la rimozione dei terreni di riporto rimanenti e l'esecuzione della caratterizzazione sulle matrici ambientali residue. Il Comune, con determinazione del 23 ottobre 2012, ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della ATI tra Ventura s.p.a. e Italrecuperi s.r.l.

I.1. In data 25 gennaio 2013, il Comune ha escluso dalla gara la (seconda classificata) C.M. Cantieri Moderni, con conseguente scorrimento del secondo posto in favore dell'odierna ricorrente ATI Ecoltecnica S.r.l. (in precedenza classificatasi al terzo posto).

I.2. In seguito alla predetta riformulazione della graduatoria, l'ATI Ecoltecnica S.r.l., con ricorso depositato in data 12 marzo 2013, ha impugnato gli atti di gara (meglio specificati in epigrafe). Si è costituita in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, argomentando entrambi l'infondatezza delle censure sollevate.

I.3. All'udienza cautelare del 26 giugno 2013, rinunciata l'istanza di sospensiva, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica di merito.

I.4. Nelle more, in data 3 ottobre 2013, venuto meno l'impedimento di cui all'art. 11 c.c.p., la stazione appaltante ha stipulato il contratto di appalto con il RTI Ventura-Intercantieri.

I.5. La causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

II. Occorre premettere che la procedura concorsuale in questione ha dato luogo ad un articolato contenzioso: - la società (seconda classificata) C.M. Cantieri Moderni S.r.l., con ricorso R.G. 2991/12, ha impugnato l'aggiudicazione

e, successivamente, con motivi aggiunti, ha contestato la propria esclusione dalla gara; - nel medesimo giudizio, con ricorso incidentale, la controinteressata ATI Ventura ha impugnato l'ammissione di C.M. Cantieri Moderni; - la stessa società Ventura S.p.A., con ulteriore ricorso (R.G. 374/13), ha impugnato il provvedimento interdittivo antimafia; - con il presente ricorso, come sopra riferito, l'ATI Ecoltecnica ha anch'essa impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di ATI Ventura.

II.1. Orbene, poiché il ricorso della C.M. Cantieri Moderni s.r.l. (R.G. 2991/12) è stato dichiarato improcedibile con sentenza n. 2586/2013 (in ragione del rilevato difetto di legittimazione ad agire: la stessa, infatti, sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura in relazione alla mancata indicazione analitica degli oneri di sicurezza da rischio specifico), è fuor di dubbio l'interesse della ricorrente a coltivare la decisione del presente giudizio.

III. Con la prima censura, la ricorrente contesta la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, per essere stata quest'ultima stata attinta da un'informativa antimafia.

III.1. Il motivo non può essere accolto. In primo luogo, occorre precisare che, essendo le informative in questione (rese dalle Prefetture di Milano e di Messina, rispettivamente, in data 8 gennaio 2013 e 13 febbraio 2013) sopraggiunte rispetto alla conclusione della procedura di gara, le stesse non potevano fornire alcun parametro di legittimità della disposta aggiudicazione (*tempus regit actum*), bensì costituivano un impedimento alla stipulazione del contratto (imponendo all'amministrazione lo scorrimento della graduatoria).

III.2. Senonché, nel momento in cui la causa è passata in decisione, il predetto impedimento non sussiste più. In data 11 giugno 2013, la Ventura s.p.a. ha rilasciato al Comune di Trezzano Rosa una dichiarazione sostitutiva ex art. 47 del d.P.R. 445/2000, con cui ha comunicato la variazione della propria composizione azionaria (i soci originari, in relazione ad alcuni dei quali erano state considerate rilevanti talune situazioni di pericolo di infiltrazione, hanno ceduto le proprie quote) e la sostituzione integrale dei componenti del consiglio di amministrazione e del direttore tecnico (in particolare: i componenti del consiglio di amministrazione hanno rassegnato le dimissioni, inoltre è stato nominato un nuovo collegio sindacale ed un organismo di vigilanza secondo la legge 231/2002: cfr. doc. 19 – fasc. resistente). A questo punto, l'amministrazione ha nuovamente richiesto le informative antimafia a entrambe le Prefetture, ma nei termini di cui all'art. 88, comma 4 e 92, comma 2 del D.lgs. n. 159/2011, e prima della stipulazione del contratto con l'affidatario, nessuna interdittiva o comunicazione negativa è stata inoltrata (il termine di legge è di giorni 45, come stabilito prima dall'art. 11, commi 1 e 2 del DPR. 252/1998 e successivamente dall'art. 88, comma 4, del D.lgs. 159/2011). Il Comune, a questo punto, ha richiesto alla Ventura S.p.A. di presentare le dichiarazioni prescritte dall'art. 38 c.c.p. A ciò deve aggiungersi quanto rimarcato nella citata sentenza n. 2586/2013 di questa stessa Sezione, ovvero: - che la "validità" dell'informativa del Prefetto di Messina del 13 febbraio 2013 deve ritenersi esaurita alla data dell'11 giugno 2013, momento in cui sono state comunicate le variazioni rilevanti ai sensi dell'art. 86, comma 3 del D.lgs. n. 159/11; - che l'informativa interdittiva del Prefetto di Milano dell'8 gennaio 2013 è stata sospesa dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare.

In definitiva, non sussisteva a carico del comune resistente, alla data del 3 ottobre 2013, alcuna preclusione per la stipulazione del contratto, salvi gli ulteriori eventuali provvedimenti di cui ai commi 3 e 4 del citato decreto legislativo (cfr. doc. 20, 21, 22, 23 - fasc. resistente).

IV. Con il secondo ordine di motivi, l'istante deduce l'illegittimità degli atti impugnati, in quanto emessi in assenza dell'espletamento delle incombenze previste dagli artt. 11 e 12 del capitolato speciale d'appalto.

IV.1. Il motivo non può essere accolto. Nella specie, l'art. 11, ultimo comma, del C.S.A. prescriveva che "I particolari costruttivi e i Piani di lavoro dovranno essere comunque sottoposti all'esame del direttore dei lavori, prima a definitiva, e approvati dalla Stazione Appaltante, come meglio specificato al successivo art. 12"; l'art. 12

subordinava la stipula del contratto, tra l'altro, all'approvazione dei piani operativi e dei particolari costruttivi sempre da parte della Stazione appaltante. Con tutta evidenza, il descritto adempimento procedimentale era in funzione non dell'approvazione dell'aggiudicazione (approvata dalla stazione appaltante in ragione del giudizio espresso dalla commissione giudicatrice anche sui suddetti piani, in quanto costituenti parte integrante dell'offerta tecnica dei concorrenti; laddove il parere del progettista non avrebbe potuto certo inserirsi nella fase valutativa delle offerte), bensì della successiva fase di stipulazione del contratto.

V. Con ulteriore censura, la ricorrente lamenta una ulteriore violazione dell'art. 11 del capitolato e delle previsioni del progetto appaltabile, sul presupposto che l'aggiudicataria avrebbe introdotto con la propria offerta tecnica un'inammissibile variante al progetto a base di gara. Il progetto di Ventura, si dice, disattenderebbe l'impostazione del progetto posto a base di gara e quindi l'opzione gestionale del rifiuto (melme contaminate) ivi delineata, offrendo di effettuare una stabilizzazione ed un condizionamento delle melme contaminate, integrerebbe un trattamento dei rifiuti on site non condotto in un impianto mobile autorizzato.

V.1. Il motivo non può essere accolto. In sede di offerta tecnica, l'aggiudicataria ha proposto di stabilizzare il "corpo melme" tramite raffreddamento attraverso sonde congelatrici installate nel terreno composto da due tubazioni, in cui avrebbe circolato azoto liquido a bassa temperatura (la commissione, definisce detta modalità operativa come "un sistema di inertizzazione on site, utilizzando una particolare tecnologia, basata sull'andamento delle melme, attraverso l'infissione nel suolo di sonde alimentate con azoto liquido, di facile inserimento nel materiale mimosa": cfr. verbale 9 ottobre 2012).

Reputa il Collegio che tale soluzione, rimasta invariata l'identità delle lavorazioni da eseguirsi, sia stata legittimamente valutata come modalità operativa migliorativa, rispetto alle indicazioni del progetto appaltabile, e non come variante sostanziale. Difatti, ai sensi dell'art. 76 c.c.p., la stazione appaltante può autorizzare la presentazione di limitate variazioni al progetto posto in gara consistenti nella variazione alle modalità esecutive dell'opera, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto. Nella specie, la possibilità di proporre modalità operative migliorative, risulta dalla relazione descrittiva del progetto appaltabile, dove si legge espressamente che: *"la possibilità alternativa da parte dell'impresa esecutrice di smaltire/ trattare rifiuti petrolchimici in oggetto presso impianti autorizzati esterni, senza ricorrere all'utilizzo di un impianto mobile da installare on site, non è considerata variante sostanziale al progetto"* (cfr. doc. 3 - fasc. resistente).

VI. Con il quarto ed ultimo motivo di ricorso, la ricorrente sostiene che, in ragione delle quote possedute in parti uguali dai tre soci (tutti al 33,33 %) della società mandante Italrecuperi S.r.l., tra le dichiarazioni di possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), c.c.p., sarebbe dovuta figurare anche la dichiarazione del signor Mario Moccia nella sua qualità di socio "di maggioranza".

VI.1. Il motivo è egualmente infondato. All'uopo, è dirimente richiamare la pronuncia del Consiglio di Stato, ad. plen., 6/11/2013, n. 24, alla cui stregua: nel caso di una società con tre soci, nessuno dei tre soci partecipi al 50%, nessuno dei soci deve rendere la dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. 163/2006, comma 1 lett b) c) e m ter) tenuto conto che nessun socio esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza, infatti, la conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al "socio di maggioranza", non è tale da giustificare l'obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto; solo nell'ipotesi di una società, i cui due soci posseggano il 50% delle quote, entrambi devono rendere la dichiarazione ex art. 38 del D.lg. 163/2006, comma 1 lett. b) c) e m ter) tenuto conto che nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario, mentre entrambi

devono concordare su ciascuna decisione e dunque hanno un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società, idoneo a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie (risulterebbe, infatti, contrastante con la ratio della normativa che nessuno dei due soci provveda alle dichiarazioni richieste dalla legge necessarie per il controllo dell'idoneità morale della società, pur potendo ciascuno dei due condizionare, da solo, le decisioni societarie).

In ogni caso, deve aggiungersi, l'incertezza del dato normativo non avrebbe consentito, in presenza del requisito sostanziale, una esclusione fondata sulla mera omissione dichiarativa.

VII. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sez. I), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso nei termini di cui in motivazione;
- condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore della stazione appaltante e della controinteressata, che si liquida in € 6.000,00 per ciascuna, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Roberto Lombardi, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2013

IL SEGRETARIO

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