



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 640 del 2010, proposto da:
Geotec Ambiente S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con
domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, via Garibaldi, 43;

contro

Comune di San Giorgio Jonico, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe
Misserini, con domicilio eletto presso Agnese Caprioli in Lecce, via Luigi
Scarambone, 56;

nei confronti di

Teknoservice S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Gili, Massimo
Occhiena, Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Saverio Sticchi
Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9; Monteco S.r.l., rappresentata e difesa
dall'avv. Rodolfo Barsi, con domicilio eletto presso Rodolfo Barsi in Lecce, viale
O. Quarta n. 16;

per l'annullamento

dei verbali di gara, nn. 1 del 21.1.2010 e 2 del 28.1.2010 relativi all'appalto indetto dal Comune di San Giorgio Jonico per l'affidamento dei servizi di spazzamento, raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati; della determinazione del Capo Area dell'Ufficio Tecnico del Comune di San Giorgio Jonico n. 39 del 23.2.2010, comunicata in data 24.2.2010; del preliminare di determinazione del Capo Area Tecnica del Comune di San Giorgio Jonico n. 40 del 22.2.2010, comunicata in data 24.2.2010; di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale; nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio Jonico;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ed i ricorsi incidentali proposti da Teknoservice S.r.l. e Monteco S.r.l.;

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 14 ottobre 2010 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti gli avv.ti Quinto Luigi in sostituzione di Quinto Pietro, Misserini, Sticchi Damiani anche in sostituzione di Gili e Occhiena, Barsi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il bando di gara del 25.11.2009, il Comune di San Giorgio Jonico ha indetto la procedura aperta per l'affidamento dei servizi di spazzamento, raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati. Hanno presentato domanda di partecipazione tre concorrenti. Nella seduta di gara del 21.01.2010 (verbale n. 1), la Commissione ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti la domanda di

partecipazione e la relativa documentazione, ammettendo tutti partecipanti. Nella successiva seduta del 28.01.2010 (verbale n. 2), la medesima Commissione ha esaminato le offerte tecniche ed economiche delle concorrenti, formulando la seguente graduatoria: 1. ATI Tekno Service – Nuova Spurghi s.r.l.: p. 99,35; 2. Monteco s.r.l.: p. 99,21; 3. Geotec s.r.l.: p. 98,25 e aggiudicando, in via provvisoria, l'appalto in favore dell' ATI Tekno Service – Nuova Spurghi s.r.l.. L'aggiudicazione è stata confermata in via definitiva con determinazione del responsabile dell'ufficio tecnico n. 39 del 23.02.2010, previa determina preliminare n. 40 del 22.02.2010. La ricorrente, ritenendo i suddetti atti e provvedimenti illegittimamente lesivi dei propri interessi, li ha impugnati chiedendone l'annullamento nonché il risarcimento dei danni subiti e subendi.

Si sono costituite l'Amministrazione intimata e le imprese controinteressate, ATI Tekno Service – Nuova Spurghi s.r.l. e Monteco s.r.l., chiedendo che il ricorso venisse dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile e, in via degradata, rigettato nel merito in quanto infondato. Le controinteressate hanno, altresì, interposto ricorso incidentale.

All'udienza del 14.10.2010 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di scrutinare il ricorso principale prima di quelli incidentali, aderendo al prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui, quando tutte le imprese ammesse alla gara agiscono per l'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara dei concorrenti, l'eventuale fondatezza dei ricorsi incidentali, diretti a far escludere dalla procedura di affidamento la ricorrente principale, non fa venir meno l'interesse al ricorso di quest'ultima, residuando l'interesse strumentale a provocare, mediante l'accoglimento del ricorso principale, la ripetizione della gara per esclusione di tutti i concorrenti (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 10 giugno 2010, n. 1107).

1. Con i motivi di ricorso la ricorrente principale lamenta le mancate esclusioni dell'ATI Tekno Service – Nuova Spurghi s.r.l. e della Monteco s.r.l., rispettivamente prima e seconda classificate, tra l'altro, per violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e del bando di gara.

Tali motivi di ricorso principale sono fondati nei termini che seguono.

1.1. Entrambe le controinteressate non hanno reso le dichiarazioni di insussistenza delle cause escludenti di cui all'art. 38, lett. m ter), del d.lgs. n. 163/2006, a norma del quale: “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. ...”.

1.2. Contrariamente a quanto asserito dall'Amministrazione intimata e dalle controinteressate, ricorrenti incidentali, l'obbligo di rendere tale dichiarazione, a pena di esclusione, discende direttamente dalla stessa disciplina di gara, e, precisamente, dall'art. 17 del bando, secondo il quale: “Sono ammessi a partecipare alla gara i soggetti di cui all'art. 34 del d.lgs 163/2006 che non si trovano nelle condizioni di cui all'art. 38 del medesimo decreto legislativo ... Requisiti generali e di idoneità professionale: a. l'inesistenza delle cause di esclusione, indicandole specificatamente, previste dall'art. 38, comma 1 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.”, letto in combinato disposto con l'art. 23 del medesimo bando, a norma del quale:

“L’omissione o la carenza sostanziale anche di una sola delle dichiarazioni o documentazioni richieste comporta l’esclusione dalla gara”. In secondo luogo, osserva il Collegio che, indipendentemente dalla presenza di un espresso riscontro nella normativa di gara, l’operatività dell’articolo 38, globalmente inteso, deve ammettersi in virtù della dovuta etero integrazione delle disposizioni del bando di gara, concernenti il contenuto delle offerte, con le prescrizioni legislative di natura obbligatoria e tassativa contenute nel codice dei contratti. In particolare, è la stessa legge, all’art. 74 del d.lgs. citato, ad imporre in sede di presentazione delle offerte, quale norma generale, l’espressa indicazione di tutte le condizioni soggettive di partecipazione, così come richieste dall’art. 38 citato e con riferimento ai soggetti ivi indicati in quanto dotati di poteri di rappresentanza. Dispone, in particolare, il comma 2 del art. 74: “Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall’invito ovvero dal capitolato d’oneri, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l’offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione”. A tal fine, è irrilevante la circostanza che le ricorrenti incidentali (e la stessa ricorrente principale) abbiano utilizzato il modello predisposto dalla stazione appaltante, che non richiedeva il rilascio della dichiarazione di cui alla citata lett. m ter), attesa la necessaria integrazione della “lex specialis” con le norme di legge di natura imperativa aventi un chiaro contenuto di ordine pubblico, cui la stazione appaltante non può derogare, e dunque l’obbligatorietà di tali dichiarazioni pur in assenza di una espressa previsione (peraltro, limitatamente al modello precompilato). La “c.d. etero-integrazione va intesa nel senso che, pur in assenza di qualsivoglia richiamo alle disposizioni contenute nell’art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, le cause di esclusione, se esistenti, devono trovare applicazione” (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 11 gennaio 2010, n. 232).

1.3. Il Collegio non ritiene, come invece argomentato dalla ATI ricorrente incidentale, che alla carenza od omissione di talune dichiarazioni possa supplirsi mediante i dati ricavabili dalle ulteriori attestazioni rese ai sensi della medesima norma ed, in particolare, delle dichiarazioni di cui alla lett. b), relativa alla mancanza di misure di prevenzione o cause ostative in quanto essa, a tali fini, è comunque da considerarsi insufficiente. Con riferimento a quanto richiesto dall'art. 38 alle lett. b), questa, testualmente, esclude dalla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica coloro: “b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575”. Tale disposizione nulla specifica in ordine alla omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei fatti integranti le fattispecie previste dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 e s.m.i., da parte dei medesimi soggetti indicati nella lett. b) che, pur senza incorrere nelle misure di prevenzione o nelle cause ostative suddette, risultino essere stati soggetti passivi di tali reati. La dichiarazione di cui alla lett. m ter) deve pertanto considerarsi, sotto tale profilo, autonoma rispetto a quella di cui alla lett. b).

1.4. Posto che la rilevanza dell'omissione della denuncia di reati, in quanto funzionale al contrasto del fenomeno criminale mafioso, mira anche a garantire la libera concorrenza e trasparenza nel settore dei pubblici appalti, considerando inaffidabile il contraente che non abbia denunciato le illecite richieste subite dalla criminalità organizzata (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 04 ottobre 2010, n. 5269), ne consegue che la relativa dichiarazione va resa anche se negativa. Nello specifico, l'aver effettivamente subito le conseguenze negative di tali reati (“pur essendo stati vittime”, ex lett. m ter, citata) non è circostanza dirimente al fine di individuare i soggetti destinatari della norma e dunque tenuti alla relativa

dichiarazione. Non è pertanto degna di pregio l'interpretazione restrittiva proposta della lett. m ter), secondo la quale alla relativa dichiarazione sarebbero tenuti solo i soggetti di cui alla precedente lett. b) già vittime dei reati ivi indicati, in quanto non suffragata dalla "ratio" e dalla formulazione testuale della norma.

1.5. Quanto alla dedotta contrarietà della disposizione legislativa nazionale alla normativa comunitaria che non consente agli Stati membri la previsione di ulteriori cause di esclusione, sicché l'Amministrazione comunale intimata ne chiede la disapplicazione, premessa la evidente pertinenza della disposizione con la materia degli appalti, osserva il Collegio che già "una recente decisione la Corte UE, pur richiamandosi in via generale al principio della tassatività delle cause di esclusione, ha affermato che l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE (norma questa che prima della direttiva 2004/18 UE coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) "...deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità..." (Corte giustizia CE, sez. IV, 19 maggio 2009, causa 538/2007). Non vi è dunque una preclusione assoluta all'introduzione di ulteriori cause di esclusione dalle pubbliche gare a condizione che vengano rispettati quei fondamentali principi di trasparenza, imparzialità e proporzionalità per altro già richiamati all'art. 2 Codice Contratti. ... Del resto nei protocolli di legalità sottoscritti tra enti aggiudicatori e stazioni appaltanti è reso evidente come l'obbligo di denuncia di ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale sia funzionale a garantire la parità di trattamento e la trasparenza negli appalti pubblici" (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 04 ottobre 2010, n. 5269).

1.6. Ciò posto, sia l'impresa aggiudicataria che la seconda classificata dovevano essere escluse dalla gara per carenza delle dichiarazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure concorsuali pubbliche che devono essere rese dai soggetti muniti del potere di rappresentanza. In particolare, i legali rappresentanti delle società partecipanti -quanto alla ATI aggiudicataria, per la Tekno Service, Benedetto Nicola e Benedetto Davide (rispettivamente, Presidente C.d.A. e Direttore Tecnico e Amministratore delegato) e, per la Nuova Spurghi Jet s.r.l., Pinard Augusto e Eula Giuseppe (Presidente C.d.A. e Direttore tecnico e Amministratore delegato) e, quanto alla Monteco s.r.l., seconda classificata, Montinaro Fabio e Antonio Saracino (legale rappresentante, il primo, Direttore Tecnico, il secondo)- hanno ommesso di effettuare la dichiarazione di cui all'art. 38, lett. m ter citata, richiesta a pena di esclusione.

Sono assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso principale, non potendo la ricorrente principale conseguire alcuna utilità ulteriore dall'eventuale accoglimento degli stessi, essendo sufficiente la fondatezza dei motivi esaminati per determinare l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva impugnata per le illegittime ammissioni alla procedura di affidamento del servizio sia dell'impresa risultata aggiudicataria che della seconda classificata.

2. Il Collegio deve ora passare all'esame dei ricorsi incidentali, diretti a far escludere dalla gara la stessa ricorrente principale che, in virtù dell'accoglimento del proprio ricorso, si troverebbe a beneficiare dell'aggiudicazione dell'appalto, in seguito al rinnovato esercizio del potere da parte della stazione appaltante, in conformità della presente sentenza, essendo la sola concorrente rimasta in gara.

Con i ricorsi incidentali proposti dall'ATI aggiudicataria e dalla seconda classificata, si deduce, tra l'altro, la violazione dell'art. 38, lett. m ter), oltre, limitatamente al gravame della Monteco s.r.l., alla carente dichiarazione di cui alla successiva lett. m quater) del medesimo d.lgs. n. 163/2006 da parte della stessa società ricorrente

principale con la conseguenza che anche quest'ultima doveva essere esclusa dalla procedura di gara, ai sensi degli artt. 17 e 23 del bando di gara.

I motivi sono fondati per i motivi già esposti ed esaminati in relazione alle censure del ricorso principale.

2.1. Ora, sia nella dichiarazione resa personalmente dal sig. Nicola Allegretti (Presidente C.d.A.) che in quella congiunta sottoscritta unitamente alla sig.ra Simona Primiceri (Vice Presidente C.d.A. e Amministratore delegato) ed al sig. Michele Grecolini (Direttore tecnico), rappresentanti legali della società ricorrente principale, manca del tutto ogni riferimento alle dichiarazioni di cui alla lett. m ter), mentre, per quanto concerne la dichiarazione di cui alla successiva lett. m quater) essa è incompleta, essendo pretermesso qualsiasi riferimento ad eventuali collegamenti di fatto che comportino la riconducibilità ad un unico centro decisionale. Dispone la lett. m quater) l'esclusione dei soggetti che "si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale". La dichiarazione resa dal Presidente del C.d.A. è, invece, del seguente tenore: "y) la ditta non è direttamente o indirettamente parte di accordi con altri, volti ad alterare la libera concorrenza, né tanto meno presenterà offerta per la gara in oggetto con altre imprese con le quali esistono rapporti di collegamento e controllo determinati in base ai criteri di cui all'art. 2359 del Codice Civile ; ... pp) di non trovarsi in una situazione di controllo diretto o come controllante o come controllato con alcuna impresa".

Ne consegue che, non essendo state rese anche da parte dei soggetti legali rappresentanti della società ricorrente principale tutte le dichiarazioni dovute "ex lege", per le quali lo stesso art. 23 del bando, citato, prevede, in caso di omissione

o carenza sostanziale, l'esclusione dalla gara, la medesima ricorrente andava esclusa dalla procedura pubblica indetta per l'affidamento del servizio.

In accoglimento del terzo motivo del ricorso incidentale presentato dalla ATI aggiudicataria e del primo motivo (punto 1.5) del ricorso incidentale della seconda classificata, Monteco s.r.l., i ricorsi incidentali devono, pertanto, essere accolti con assorbimento delle ulteriori censure dedotte, essendo sufficiente la fondatezza di tali censure a determinare l'illegittimità della ammissione alla procedura di affidamento del servizio dell'impresa ricorrente principale, Geotec Ambiente s.r.l.

3. L'accoglimento del ricorso principale e di entrambi i ricorsi incidentali determina l'annullamento dell'intera procedura di gara, in quanto nessuna delle imprese ammesse avrebbe dovuto prendere parte alla procedura di affidamento, costituendo tale effetto, allo stato, anche una modalità di risarcimento in forma specifica atteso che la stazione appaltante dovrà comunque procedere alla rinnovazione della gara conformandola a criteri di legalità.

Ciò posto, l'accoglimento dei ricorsi incidentali non determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso principale, sussistendo in capo al ricorrente principale l'interesse a conseguire la chance di poter partecipare alla successiva gara indetta dall'Amministrazione (Consiglio Stato, sez. V, 22 giugno 2010, n. 3888). Allo stesso modo, "L'interesse al ricorso incidentale, al pari di quello che sta alla base del ricorso principale, può essere anche di natura strumentale; il contro interessato ... può anche ambire a conformare il contenuto dell'azione amministrativa sotto profili ulteriori rispetto a quelli derivanti dall'accoglimento del ricorso principale in modo tale da avere (non la certezza) ma una chance in più di conservare il beneficio acquisito a seguito della riedizione del potere che segue all'annullamento dell'atto" (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 11 giugno 2010, n. 1795).

La reciproca soccombenza giustifica l'integrale compensazione tra le parti costituite delle spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie i ricorsi incidentali ed il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Manca, Presidente FF

Patrizia Moro, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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