

N. 04612/2010 REG.SEN.
N. 01985/2009 REG.RIC.



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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1985 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cosint S.C.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giorgio Calesella, Giuseppe Mingiardi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Catania, via G. D'Annunzio, 39/A;

contro

Industria Acqua Siracusana I.A.S. Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni Pitruzzella e Francesco Stallone, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Agatino Cariola in Catania, via E. A. Pantano, 118;

nei confronti di

Ambito Fcc (Fomento De Construcciones Y Contratas S.A.), Galva

Spa, So.Ge.Ri. S.r.l.; Treerre Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Marcello Cardi, Massimiliano Miconi e Andrea Scuderi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Catania, via V. Giuffrida, 37;

per l'annullamento

- dell'atto di aggiudicazione provvisoria a favore dell'RTI formato da FCC Ambito con Galva spa e Treerre spa deliberato in data 22.5.2009, nonché di tutti i verbali della Commissione giudicatrice;

- di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto connesso e/o consequenziale, ivi compreso l'atto di aggiudicazione definitiva,

E per il risarcimento del danno.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Industria Acqua Siracusana I.A.S. Spa e di Treerre Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2010 il Consigliere dott.ssa Alba Paola Puliatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 7 aprile 2008 da parte

di I.A.S. Industria Acqua Siracusana Spa, veniva indetta gara per l'affidamento del servizio di “prelievo/raccolta, trasporto smaltimento e/o recupero/riutilizzo dei fanghi prodotti dall'impianto di depurazione biologico consortile I.A.S. di Priolo, stoccati nei bacini denominati A e B”, per l'importo complessivo a base d'asta presunto di euro 64.250.000, per la presunta durata di giorni 900, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 D.Lgs. 163/2006..

In esito alla gara, omesse qui varie vicende succedutesi prima dell'aggiudicazione provvisoria, risultava aggiudicataria, nella seduta del 22 maggio 2009, la controinteressata ATI con capogruppo FCC Ambito, mentre l'ATI costituendo con capogruppo la ricorrente COSINT. S.c.r.l. si posizionava al secondo posto in graduatoria.

Con il ricorso in esame, notificato il 22 luglio 2009 e depositato il 3 agosto 2009, denuncia le seguenti illegittimità:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 39 D.lgs n. 163 del 2006, violazione della lex specialis di gara, violazione del principio di par condicio, eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto ed erroneità delle motivazioni del provvedimento, travisamento dei fatti.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) e comma 2, e 118, comma 2, punto 1, D.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis. Eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità e insufficienza della motivazione, disparità di trattamento, mancanza di idonei parametri di riferimento,

contraddittorietà, violazione del procedimento, violazione del principio di par condicio.

III. Violazione e falsa applicazione di legge, art. 87, comma 2, del D.lgs 163 del 2006 nonché art. 26 D.lgs 81 del 2008, violazione di lex specialis di gara, eccesso di potere, violazione del procedimento, motivazione insufficiente, arbitrarietà, irragionevolezza, illogicità.

IV. Violazione e falsa applicazione di legge art. 37 codice appalti, violazione di lex specialis di gara, eccesso di potere per arbitrarietà, mancata motivazione, illogicità manifesta, perplessità, violazione del principio di buona fede.

Con atto notificato il 23 settembre 2009 la TREERRE S.p.A., facente parte del raggruppamento aggiudicatario, proponeva ricorso incidentale, affidato ai seguenti motivi di diritto, tendente all'esclusione della ricorrente principale:

1. A) Omessa dichiarazione sui requisiti morali e di ordine tecnico degli amministratori e direttori tecnici in carica, nonché dei cessati dalla carica nel triennio: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 decreto legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara. B) Omessa dichiarazione relativamente al Protocollo di legalità Carlo Alberto dalla Chiesa.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare; C) Mancata dichiarazione in ordine a precedenti penali dell'Amministratore di ENVISAN: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del decreto legislativo 163/2006. Violazione del divieto di

rendere false dichiarazioni nelle gare di appalto. Eccesso di potere sotto i profili della carenza dei presupposti e del travisamento dei fatti. Violazione dei principi di par condicio e vincolatività delle previsioni di gara. Violazione del canone di buon andamento ex art. 97 Cost..

II. violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del decreto legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara. Violazione dei principi sulla partecipazione dei Consorzi stabili alle gare di appalto di servizi. Eccesso di potere sotto i profili del travisamento dei fatti e della carenza assoluta dei presupposti. Violazione delle regole di buon andamento ex art. 97 Cost..

III. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara e del punto "24" avvertenze del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione del principio di par condicio nelle gare pubbliche di appalto. Eccesso di potere sotto i profili della carenza dei presupposti e del travisamento dei fatti. Violazione del canone di buon andamento ex art. 97 Cost..

IV. Violazione degli artt. 86 e 87 del decreto legislativo 163/2006. Violazione e falsa applicazione delle direttive comunitarie 93/37 e 18/04. Violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari e nazionali in materia di giusto procedimento di verifica dell'anomalia e rispetto del contraddittorio successivo. Eccesso di potere per manifesta illogicità e violazione del principio di proporzionalità.

Con successivi motivi aggiunti, notificati il 7, 9 e 12 dicembre 2009 e depositati il 22 dicembre successivo, la ricorrente impugnava l'aggiudicazione definitiva (nel frattempo sopraggiunta con atto del 2 novembre 2009, in favore dell'ATI FCG Ambito SA-TREERRE S.p.a. – So.Ge.Ri. srl, con contestuale esito del giudizio ex art. 48, comma 2, del codice degli appalti), l'atto di avvenuto subentro della società So.Ge.Ri. srl, nonché l'eventuale contratto stipulato, riproponendo le medesime censure già svolte avverso l'aggiudicazione provvisoria, nonché i seguenti motivi nuovi, in relazione all'illegittima modificazione soggettiva della composizione dei partecipanti al raggruppamento provvisoriamente aggiudicatario:

I Illegittimità della mancata esclusione dell'ATI con capogruppo FCG (aggiudicataria), violazione e falsa applicazione di legge artt. 27, 38 e 51 codice degli appalti; eccesso di potere per arbitrarietà, omessa motivazione, illogicità manifesta, perplessità, carenza di istruttoria, falso presupposto di fatto, violazione del principio di buona fede, violazione del principio di par condicio.

II Violazione e falsa applicazione di legge, dell'art. 48 codice degli appalti e della lex specialis in ordine alla verifica dei requisiti dei candidati, eccesso di potere per carenza di istruttoria, omessa motivazione, irragionevolezza, perplessità, illogicità manifesta, violazione del principio di buona fede, violazione del principio di par condicio.

La ricorrente riproponeva, inoltre, domanda di risarcimento dei

danni.

La TREEERRE spa, a sua volta, proponeva motivi aggiunti al ricorso incidentale, con atto notificato il 4 gennaio 2010 e depositato il successivo 7 gennaio.

Si costituiva in giudizio, per resistere, anche l'I.A.S. S.p.a.

All'udienza del 10 novembre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale, che pone questioni aventi priorità logica rispetto a quelle sollevate dall'ATI ricorrente principale, in quanto tendenti a far rilevare vizi di illegittimità della sua ammissione a gara, che si riverberano, pertanto, sull'interesse a ricorrere di quest'ultimo.

Nell'ipotesi di fondatezza di tali censure, infatti, essendo i partecipanti alla gara più di uno e la domanda volta a modificarne l'esito e non a caducarla interamente, la ricorrente, dall'accoglimento del ricorso principale, non potrebbe ottenere alcun concreto beneficio (T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 29 gennaio 2010 , n. 454; TAR Piemonte, sez. I 30.3.2009, n. 837; Cons. St., sez. V, 23.3.2009, n. 1755, con richiamo alla decisione Cons. St., ad. Plen, 10 novembre 2008, n. 11).

Fondato è il primo motivo di ricorso incidentale col quale TREEERRE S.p.A., componente il raggruppamento aggiudicatario, denuncia la violazione dell'art. 38 del codice degli appalti e dell'art.

12 del disciplinare di gara, nel quale si assume, in concreto che la Cosint S.C.R.L. avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni sui requisiti morali di alcuni dei propri rappresentanti e direttori tecnici. In effetti, dal certificato camerale rilasciato dalla Camera di Commercio di Milano in data 11.9.2009, depositato in atti, risulta che il Sig. Roberto Raineri, Consigliere e procuratore della Cosint S.C.R.L., esercita poteri di rappresentanza della società di una certa rilevanza: A) può acquistare e vendere ogni cosa mobile, sottoscrivendo i relativi contratti e quant'altro necessario per il loro perfezionamento; B) può rappresentare la società presso privati ed enti pubblici e privati in qualsiasi pratica avente per oggetto appalti, fornitura di materiali e quant'altro inerisce ai rapporti presenti e futuri correnti tra la società mandante da una parte e i terzi in genere dall'altra.

Anche il sig. Damiano Belli, Procuratore speciale della Società, nominato il 10.7.2006, risulta esercitare ampi poteri di rappresentanza : A) può rappresentare la società nella partecipazione a gare; B) può costituire, modificare o risolvere associazioni temporanee di imprese, stipulare contratti con la pubblica amministrazione, presentare offerte, etc..

Inoltre, l'omessa dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati è ammessa anche dall'Ente appaltante nella propria costituzione.

Ritiene il Collegio, conformemente ad un diffuso indirizzo giurisprudenziale, che i soggetti aventi l'obbligo di rendere la

dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali ex art. 38 del codice dei contratti non sono solo gli “amministratori” titolari di poteri di rappresentanza, ma anche tutti coloro che agiscono con poteri sostitutivi, capaci di incidere sull’andamento della gestione complessiva dell’impresa; in altri termini, l’identificazione dei soggetti obbligati alla dichiarazione non può essere effettuata solo sulla base delle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori “ad negotia”, laddove a prescindere dal nomen, l’estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto (C.d.S. V, 20 ottobre 2010 n. 7578).

Quanto ai “procuratori dell’impresa”, la giurisprudenza ha ritenuto che: “ l’obbligo della dichiarazione deve ritenersi esteso non solo a coloro che rivestono la qualità di « amministratore » con poteri di rappresentanza, ma anche a « procuratore » dell’impresa, al quale siano stati conferiti ampi poteri rappresentativi” (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 28 maggio 2010 , n. 1361; T.A.R. Molise Campobasso, 10 marzo 2010, n. 172).

E, a proposito della ratio della norma, così si è osservato che: “La volontà del legislatore è quella di assumere come destinatari delle relative disposizioni tutte le persone fisiche che, essendo titolari di poteri di rappresentanza della persona giuridica, sono in grado di trasmettere, con il proprio personale comportamento, la

riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato, salvo che quest'ultimo non abbia manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante” (T.A.R Veneto Venezia, sez. I, 07 aprile 2010, n. 1290).

Da tali principi si evince chiaramente che la ricorrente è stata illegittimamente ammessa alla gara che l'esaminato motivo di ricorso incidentale, assorbito quant'altro, è da ritenersi fondato.

Accolto il ricorso incidentale, ne consegue che il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese di giudizio seguono, in parte, la soccombenza e si liquidano come da dispositivo ed in parte vengono compensate.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti.

Condanna Cosint S.C.R.L. ricorrente alle spese di giudizio in favore della controinteressata TREERRE S.p.a., che liquida in euro 2.500,00 e le compensa verso le altre parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 novembre e 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Alba Paola Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

IL SEGRETARIO

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