

N. 01594/2010 REG.SEN.
N. 00062/2010 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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 62 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Manutenzione Trasporti e Servizi, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Lo Castro, Anna Prestifilippi, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

contro

Comune di San Ferdinando, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Callipo, con domicilio eletto presso Luigi Tuccio Avv. in Reggio Calabria, via Palamolla,31;

nei confronti di

Ditta Traina S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Buscemi, Ignazio Montalbano, con domicilio eletto presso Michele Salazar Avv. in Reggio Calabria, via Re Ruggero, 9;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

della determinazione n.105 del 26 novembre 2009 con la quale il Responsabile del Servizio ha approvato i verbali di gara del 29 settembre 2009, 19 settembre 2009 e 24 novembre 2009 relativi al servizio RSU ed ha aggiudicato in via definitiva il pubblico incanto bandito dal Comune di San Ferdinando per l'affidamento dei servizi di pulizia e spazzamento, raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti solidi urbani, II esperimento, per la durata di anni cinque e per l'importo a base d'asta di euro 1.219.100,00 oltre IVA, alla Traina srl, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, compresi i precedenti verbali di gara e, ove occorra, il bando di gara e il capitolato speciale di appalto in parte qua;

quanto al ricorso per motivi aggiunti,

della lettera d'invito alla procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di pulizia e spazzamento raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti solidi urbani pubblicata sul sito del Comune di San Ferdinando il 7 maggio 2010, per un importo complessivo a base d'asta per l'intera durata del contratto di euro 142.538,00 oltre IVA al 10% di cui euro 2.795,00 di oneri di sicurezza per la durata di mesi sette decorrenti dalla data di avvio del servizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Ferdinando e di Ditta Traina 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 17 novembre 2010 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Ricorre la ditta Manutenzione Trasporti e Servizi soc.coop., per avversare gli atti con i quali il Comune di San Ferdinando ha aggiudicato alla ditta Traina Srl l'appalto per il servizio RSU per la durata di anni cinque sul territorio comunale.

Esponde di aver preso parte alla procedura di gara, risultando seconda e di aver contestato, nel procedimento di gara, la mancata esclusione della controinteressata aggiudicataria, non avendo quest'ultima prodotto la documentazione inerente il requisito relativo ai dipendenti negli anni 2006, 2007 e 2008 come previsto nel bando, nonché la dichiarazione ex art. 38 Dlgs 163/06 relativamente a due direttori tecnici cessati nel triennio (il sig. Traina Giuliano, in carica fino al 30.06.2006 ed il sig. Miccichè, in carica fino al 6.2.2008, risultanti dalla certificazione della Camera di commercio).

Avverso gli atti con i quali l'Amministrazione ha comunque disposto l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata (determina del 26.11.2009, pubblicata il 30.11.2009), la ricorrente ha proposto le

medesime ragioni di censura già avanzate in via amministrativa, articolandole in più motivi di ricorso.

Si è costituito il Comune di San Ferdinando che resiste al ricorso di cui chiede il rigetto, difendendo la legittimità degli atti impugnati.

Si è quindi costituita anche la controinteressata, che, oltre a resistere al ricorso, spiega ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della ricorrente, la quale sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara per non aver presentato il certificato del casellario giudiziale (o relativa dichiarazione sostitutiva) in relazione al Vicepresidente del Consiglio di Amministrazione e Direttore tecnico sig. Nicosia, ed a due direttori tecnici, i sigg.ri Morabito ed Arena; e non avrebbe comunque documentato il possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando di gara al punto III 2.3 b) (ovvero l'aver svolto il servizio di RSU per almeno 12 mesi nel quinquennio precedente in forza di un contratto, per un importo di almeno euro 329.560 IVA esclusa).

La ricorrente ha controdedotto al ricorso incidentale cui resiste e di cui chiede il rigetto.

Nelle more di giudizio, il Comune di San Ferdinando ha disposto la rescissione del contratto stipulato con l'aggiudicataria controinteressata, per violazioni di quest'ultima del capitolato (delibera nr. 59 del 27 aprile 2010 e determina nr. 127 di pari data). Il Comune ha quindi indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 57 comma 2 del

Dlgs 163/2006 per l'appalto del servizio RSU con decorrenza 31 maggio 2010 e fino al 31 dicembre 2010 (determina nr. 128 del 28 aprile 2010). In quest'ultimo atto il Comune si determina espressamente a non scorrere la graduatoria della procedura di gara in precedenza espletata, e quindi di non affidare il servizio alla odierna ricorrente principale, sulla scorta della considerazione che sia la seconda che la terza classificata non hanno prodotto le documentazioni di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, e che sussiste in relazione a ciò un contenzioso pendente di fronte al TAR. Il Comune chiede dunque dichiararsi la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso.

La ricorrente principale impugna con motivi aggiunti la lettera invito alla procedura negoziata (pubblicata il 7.05.2010), deducendone l'illegittimità in quanto il Comune aveva espressamente previsto la facoltà di interpello alla seconda classificata in caso di fallimento della prima, o risoluzione del contratto con quest'ultima per gravi inadempimenti, in conformità all'art. 140, co.1 del Codice degli appalti (I e II censura m.a.), ed inoltre per vizi del procedimento (III e IV censura per m.a. sotto vari profili).

La difesa del Comune, oltre a resistere ai motivi aggiunti della ricorrente principale, ha altresì dedotto che avverso la risoluzione del contratto l'Impresa Traina ha senza successo coltivato un'azione ex art. 700 cpc, di fronte al Tribunale civile di Palmi, che, inoltre, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura negoziata in

favore della società Pianambiente spa, ed, infine, che è stato consegnato il servizio all'aggiudicataria definitiva.

Alla pubblica udienza del 17 novembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

I) Pregiudiziale è l'esame dei motivi aggiunti avverso la lettera d'invito che il Comune ha disposto per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando: appare evidente che quest'ultimo atto espleta effetti di rinnovazione dell'esercizio del potere i cui provvedimenti sono contestati con il ricorso introduttivo e con il ricorso incidentale, per cui l'eventuale infondatezza dei motivi aggiunti determinerebbe la sopravvenuta carenza di interesse del primo.

I motivi aggiunti sono inammissibili ed infondati.

Per evidenti ragioni di completezza di giudizio, il Collegio prende in esame entrambi i profili.

Ia) Quanto all'inammissibilità dei motivi aggiunti, il Collegio osserva che, come condivisibilmente eccepito dalla difesa comunale, il ricorso per motivi aggiunti è rivolto a censurare la lettera d'invito, ma non abbraccia, nel proprio oggetto, la determina nr. 128 del 28 aprile 2010, con la quale, una volta risolto il contratto (determina nr. 127 del 27 aprile 2010, atto non lesivo per la ricorrente principale), il Comune ha espressamente scelto di non scorrere la graduatoria per due distinte ragioni, l'una riconducibile al riconoscimento della fondatezza delle contestazioni oggetto del ricorso incidentale circa

l'illegittimità dell'ammissione della ricorrente principale alla gara e l'altra, di opportunità, volta ad evitare il rischio e l'incertezza del contenzioso pendente, esercitando una tipica forma di autotutela amministrativa.

Pertanto, l'impugnazione rivolta a censurare la lettera di invito, senza che sia contestualmente impugnata la determina con la quale viene indetta la procedura di gara, è inammissibile, perché rivolta contro un mero atto esecutivo e non contro il provvedimento effettivamente lesivo.

Ib) i motivi aggiunti rivolti contro la lettera invito, anche a tacere della loro originaria inammissibilità per le ragioni esposte sub Ia, sono comunque divenuti successivamente improcedibili, per non essere stata impugnata la determina di aggiudicazione dell'appalto a favore di altra concorrente (Pianambiente Spa).

Ic) In ogni caso, può prescindersi dalle ragioni processuali di inammissibilità ed improcedibilità di motivi aggiunti, poiché questi sono infondati nel merito.

Infatti, la previsione contenuta nel bando di gara secondo la quale il Comune può scorrere la graduatoria in caso di fallimento o grave inadempimento della prima classificata, ai sensi dell'art. 140 del Dlgs 163/2006, integra una mera facoltà dell'Ente e non certo un obbligo, con la conseguenza che, laddove la Stazione appaltante si determini con motivazione congrua, anche in termini di mera opportunità, ad indire una nuova procedura di gara, invece che di avvalersi della

facoltà prevista nel bando, tale scelta non può essere censurata.

Nel merito, la motivazione dell'Ente si rivela immune dalle censure dedotte: l'Ente ha inteso risolvere un contenzioso pendente, depurando il risultato dell'esercizio del potere dai rischi che erano prospettabili in relazione al presente giudizio, e rinnovandone l'esercizio, peraltro ai limitati fini di una assegnazione temporanea, per il tempo necessario a rinnovare gli incanti e, dunque, allo scopo di conferire certezza e stabilità all'azione amministrativa ed al servizio che ne ha avuto ad oggetto. In questo senso, la motivazione della determina dell'Ente è di stretta opportunità, e non è dunque censurabile nel merito, se non entro i consueti presupposti della manifesta irragionevolezza o contraddittorietà intrinseca, che nell'odierna fattispecie non sussistono.

Id) Sempre nel merito, vale anche osservare che la determinazione dell'Ente di non procedere allo scorrimento della graduatoria è corretta, anche perché appaiono rilevanti le circostanze esposte nel ricorso incidentale della ditta Traina.

Infatti, per come risulta agli atti di causa, il legale rappresentante della ditta Manutenzione Trasporti e Servizi ha dichiarato il possesso dei propri requisiti di affidabilità morale ex art. 38 Dlgs 163/06, ma non risulta che abbia corredato di altrettanto genere di attestazione la posizione dei sigg.ri Nicosia e Morabito, entrambi direttori tecnici ed il primo vicepresidente del Cda della società con potere di impegnarla verso l'esterno e del sig. Arena che è anche il

Responsabile tecnico per la categoria di iscrizione 5f (raccolta trasporto rifiuti pericolosi) dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali richiesta dal bando.

Tale circostanza emerge dalla lettura della dichiarazione sostitutiva prodotta dal sig. Salvatore Prestifilippi legale rappresentante della MTS, allegata al ricorso incidentale, il cui tenore riscontra pienamente quanto oggetto di censura nel ricorso incidentale (al punto 4 si dichiara che "le persone delegate a rappresentare legalmente l'impresa oltre al sottoscritto dichiarante sono: Nicosia Agatino....dichiara altresì che il sig. Morabito Biagio.... è Direttore Tecnico, senza altre indicazioni circa il rispetto da parte di costoro delle condizioni di cui all'art. 38 Dlgs 163/2006, né ulteriori indicazioni circa il ruolo del sig. Arena); ed è confermata anche dalla difesa di parte ricorrente. Quest'ultima, costituendosi contro il ricorso incidentale, afferma di avere allegato tutte le prescritte dichiarazioni, come emerge dal verbale di gara del 29 settembre 2009 nel quale non se ne rileva l'assenza. Non produce alcuna copia delle dichiarazioni di cui si discute, né risultano tali documenti aliunde, posto che nel verbale del 29 settembre 2009 semplicemente non se ne rileva né l'assenza, né la presenza. Dunque, la ricorrente vorrebbe trarre da un elemento negativo (la mancata contestazione della produzione della certificazione) la prova della sussistenza della documentazione contestata: ma ciò è evidente illogico, poiché la mancata contestazione da parte della Stazione appaltante della

incompleta documentazione è proprio l'oggetto della censura di parte ricorrente incidentale, e quindi non può ammettersi che la censura costituisca prova della sua infondatezza, come in pratica vorrebbe parte ricorrente principale.

Peraltro, la tesi difensiva della ricorrente appare contraddetta anche dalla circostanza che le dichiarazioni ex art. 38 Dlgs 163/06 sono state redatte dal sig. Prestifilippo in maniera contestuale ed in unico documento, che non contiene alcuna indicazione circa l'allegazione di certificazioni ulteriori.

La ricorrente, peraltro, avrebbe dovuto fornire, secondo il consueto riparto dell'onere della prova, la copia delle documentazioni asseritamente presentate in maniera completa ed, in effetti, produce la copia di altrettante dichiarazioni ex art. 38 cit. a nome dei sigg.ri Nicosia, Arena e Morabito, corredate anche dei rispettivi documenti di identità. Tuttavia, da tali copie manca ogni indicazione o riscontro circa la loro effettivamente avvenuta allegazione al plico della documentazione originale. A fronte di ciò, la difesa comunale deposita attestazione della commissione di gara circa: a) la custodia dei documenti di gara; b) l'avvenuta apposizione di una sigla da parte di tutti i componenti del seggio di gara sui documenti originari; c) la mancanza delle tre dichiarazioni nei documenti originari (documento prot. 267/RE del 23 giugno 2010).

Tale attestazione non è stata a sua volta contestata dall'Impresa ricorrente (la quale avrebbe potuto, ad esempio, richiedere il

deposito di una copia integrale ed autentica dei documenti custoditi, dovendosi evidentemente presumere che le copie esibite in giudizio non sono certamente quelle che risultano attualmente in possesso dell'Amministrazione).

Quest'ultima circostanza, unitamente alla concorrenza delle esposte ragioni processuali di inammissibilità ed improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti, comporta che non è necessario approfondire ulteriormente la questione della esistenza o meno delle prescritte dichiarazioni di cui sopra in seno al plico originario dell'Impresa ricorrente.

Per tutte queste ragioni, dunque, il ricorso per motivi aggiunti è da respingersi ed il Collegio preferisce che ciò avvenga con riferimento al merito delle deduzioni proposte, che pertanto vanno ritenute infondate.

Ne consegue l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza d'interesse.

Le spese del presente giudizio sono poste a carico della impresa ricorrente e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il primo e rigetta i secondi.

Condanna la ricorrente alle spese di lite che liquida in euro 2.500,00 oltre IVA, CPA, e spese generali nella misura del 12,50% come per

legge a favore del Comune di San Ferdinando ed in euro 1.000,00 oltre IVA, CPA e spese generali nella misura del 12,50% come per legge a favore della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e manda alla Segreteria giurisdizionale di comunicarne copia alle parti.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2010

IL SEGRETARIO

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