



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1582 del 2010, proposto da Viaggia Sicuro s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pasquale Cristiano e Cinzia Di Marco, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Rita De Michele, sito in Palermo, via Francesco Paolo Di Blasi, n. 16;

contro

il Comune di Bagheria - Comando di Polizia Municipale del Comune di Bagheria, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angela Rizzo, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Massimo Fricano, sito in Palermo, via Caltanissetta, n. 1;

nei confronti di

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Perfetti, Alessandro Rosi e Antonio Geraci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio

dell'ultimo, sito in Palermo, via Nicolò Turrisi, n. 13;

per l'annullamento:

- del bando di gara del 17 agosto 2010 avente ad oggetto la “procedura aperta per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali”;
 - del capitolato speciale di appalto;
 - del verbale di gara del 9/9/2010;
 - del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente;
 - del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva;
 - della delibera di approvazione del bando di gara;
 - del contratto eventualmente stipulato;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sicurezza e Ambiente s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bagheria;

Vista l'ordinanza del T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 884/10;

Viste le memorie conclusive e i documenti depositati in giudizio dalle parti in vista della discussione del ricorso nel merito;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2011 il Cons.

Federica Cabrini;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 95/2011;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso - notificato in data 16/9/2010 e depositato in data 21/9/2010 - l'impresa ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, aventi ad oggetto la gara per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa (importo contrattuale determinato in € 40.000,00 per anni 2).

Lamenta di essere stata illegittimamente esclusa e contesta, in primo luogo, la legittimità della stessa *lex specialis* della procedura.

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) *Illegittimità della lex specialis - Violazione e falsa applicazione dell'art. 70 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 d.lgs. n. 163 e s.m.i. - Eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento*, atteso che il bando è stato pubblicato il 17 agosto e il termine ultimo per la presentazione delle offerte veniva fissato per il 7 settembre e quindi solo 21 giorni dopo la pubblicazione del bando.

L'art. 70 d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che nelle procedure aperte il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 52

giorni.

D'altra parte, risulta violato anche l'art. 30 d.lgs. n. 163/2006 in tema di trasparenza ed adeguata pubblicità, atteso che la pubblicazione del bando è avvenuta in periodo feriale;

2) *Illegittimità della lex specialis - Carenza della documentazione di gara -allegati A e B – Eccesso di potere per violazione del principio di pubblicità, trasparenza, favor participationis e par condicio*, atteso che al momento della pubblicazione del bando di gara sul sito internet del Comune non sono stati pubblicati gli all. A e B in conformità dei quali doveva essere redatta la domanda di partecipazione e la dichiarazione sostitutiva dell'assenza di cause di esclusione, né l'Amministrazione, all'uopo richiesta, ha provveduto a trasmetterne copia all'impresa ricorrente;

3) *Illegittimità della lex specialis – Sul requisito previsto dall'art. 4.2 del bando di gara (requisiti di idoneità professionale), punto I – Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza rispetto all'oggetto della gara – Violazione del principio di par condicio e di favor participationis – Difetto di istruttoria – Travisamento dei fatti*, atteso che l'art. 4.2 del bando di gara indica, quale requisito di ammissione, l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di bonifica dei siti inquinati.

Detto requisito è inconferente rispetto all'oggetto della gara, in quanto detta attività esula dalle competenze dell'ente proprietario delle strade ed incombe sul soggetto che ha causato l'inquinamento in base al principio "chi inquina paga".

Per detta attività è poi necessaria l'iscrizione alla categoria 9 dell'Albo dei gestori ambientali che non può essere dimostrata dalla mera produzione della visura camerale della società;

4) *Illegittimità della lex specialis – Sul contenuto a pena di inammissibilità della busta A – Documentazione amministrativa – Documento previsto dall'art. 11, punto VIII e dall'art. 11 del Capitolato speciale d'appalto – Adozione del modello di gestione e controllori cui al D.lgs. n. 231/2001 – Eccesso di potere per violazione della par condicio e del principio del favor participationis*, atteso che la *lex specialis* della procedura impone di produrre la documentazione comprovante l'adozione di un modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Detta previsione è illegittima perché pretende il possesso di un requisito che rientra nella facoltà dei partecipanti e non risponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione essendo finalizzata a liberare la società dalla responsabilità amministrativa conseguente alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti/incaricati;

5) *Illegittimità della lex specialis – Sul criterio di aggiudicazione – Art. 12 del bando di gara – Violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006*, atteso che l'art. 12 del bando stabilisce che l'aggiudicazione avverrà secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa indicando le caratteristiche tecniche del servizio senza però indicare il punteggio numerico da attribuire a ciascuna caratteristica;

6) *Illegittimità della lex specialis – Sul requisito previsto dall'art. 4.2 del bando di gara (requisiti di idoneità professionale), punto II – Eccesso di potere per*

illogicità, irragionevolezza – Genericità prescrizione, atteso che l'art. 4.2 del bando di gara indica, quale requisito di ammissione, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali per l'attività di intermediario della gestione dei rifiuti, ovvero alla categoria 8A, ma detta iscrizione è impossibile atteso che l'operatività della categoria è subordinata alla emanazione del decreto sulle garanzie finanziarie che devono essere prestate allo Stato.

La ricorrente è iscritta all'Albo dei Gestori per *“l'esercizio delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi e delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi in quantità non eccedente trenta chilogrammi al giorno o trenta litri al giorno prodotti dalle attività di manutenzione di strade, pulizia e lavaggio finalizzata al ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità mediante l'aspirazione ed il prelievo di liquidi e dei residui inquinanti versati in dotazione funzionale dei veicoli”* e quindi deve poter essere ammessa alla gara di cui trattasi;

7) *Illegittimità del provvedimento di esclusione – Violazione dell'art. 10 del bando di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Travisamento dei fatti ed irragionevolezza – Violazione del favor participationis – Violazione del principio di non aggravamento dell'azione amministrativa – Difetto di motivazione*, atteso che in assenza della pubblicazione degli all. A e B la ricorrente ha predisposto un unico documento contenente sia la domanda di partecipazione sia l'autodichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale ed ha inserito detto documento nella busta A relativa alla documentazione amministrativa.

La stazione appaltante, rilevando la presenza della busta A relativa alla

documentazione amministrativa e della busta B contenente la relazione tecnica, escludeva la ricorrente per l'asserita mancata presentazione della domanda di partecipazione, nonostante il legale rappresentante dell'impresa avesse fatto presente che la domanda era stata inserita nella busta A.

D'altra parte, il mancato inserimento della domanda di partecipazione non è previsto a pena di esclusione e comunque il suo inserimento nella busta relativa alla documentazione amministrativa non viola la *par condicio*.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso e della preliminare istanza cautelare.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Bagheria e l'impresa controinteressata per resistere al ricorso.

Con ordinanza n. 884/2010 è stata accolta l'istanza cautelare con riferimento al provvedimento di esclusione.

Con memorie difensive depositate in vista della discussione del ricorso nel merito, le parti costituite hanno insistito nelle rispettive tesi difensive rilevando che, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di sospensione, la stazione appaltante si è determinata nel senso di non proseguire le operazioni di gara in attesa della definizione della odierna fase del giudizio.

Alla pubblica udienza del giorno 14/1/2011, presenti i difensori delle parti costituite, la causa è stata discussa ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 18/1/2011 è stato depositato il dispositivo n. 95/2011,

relativo alla presente sentenza.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis - Violazione e falsa applicazione dell'art. 70 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 d.lgs. n. 163 e s.m.i. - Eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento*), si lamenta che il bando è stato pubblicato il 17 agosto e il termine ultimo per la presentazione delle offerte veniva fissato per il 7 settembre e quindi solo 21 giorni dopo la pubblicazione del bando.

Si afferma che l'art. 70 d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che nelle procedure aperte il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 52 giorni.

D'altra parte, risulterebbe altresì violato anche l'art. 30 d.lgs. n. 163/2006 in tema di trasparenza ed adeguata pubblicità, atteso che la pubblicazione del bando è avvenuta in periodo feriale.

Ritiene il Collegio che le censure dedotte non siano fondate.

Invero, la gara di cui trattasi ha ad oggetto un appalto di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria.

A detta gara pertanto si applica, quanto alla pubblicità dei bandi, l'art. 35 l.r. n. 7/2002, a norma del quale per gli appalti di servizi di valore inferiore a 100.000 euro è sufficiente la pubblicazione nell'albo degli enti ove la stazione appaltante ha sede, nonché l'art. 29, c. 8, l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana (articolo, questo, richiamato dall'art. 35 l.r. n. 7/2002, mediante il rinvio all'art. 23 l.r. n. 7/2002), a norma del quale: *“Il termine di ricezione della domanda di*

partecipazione alla gara deve essere stabilito dagli enti appaltanti in misura non inferiore a quindici giorni dalla data della pubblicazione [del bando]”.

Nessuna violazione procedimentale si è pertanto verificata nel caso di specie, né per quanto attiene al termine di ricezione delle domande di partecipazione, né per quanto attiene al momento della pubblicazione, atteso che nessuna norma vieta la pubblicazione di bandi di gara nel c.d. «periodo feriale» (peraltro ritenuto tale dalla legge soltanto ai fini processuali).

2. Con il secondo motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis - Carenza della documentazione di gara -allegati A e B – Eccesso di potere per violazione del principio di pubblicità, trasparenza, favor participationis e par condicio*), si lamenta che al momento della pubblicazione del bando di gara sul sito internet del Comune non sono stati pubblicati gli all. A e B in conformità dei quali doveva essere redatta la domanda di partecipazione e la dichiarazione sostitutiva dell'assenza di cause di esclusione, né l'Amministrazione, all'uopo richiesta, ha provveduto a trasmetterne copia all'impresa ricorrente.

Ritiene il Collegio che la censura dedotta sia irrilevante, atteso che, nel caso di specie, la ricorrente è stata comunque in grado di partecipare alla gara presentando tempestivamente la sua offerta.

3. Con il terzo motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis – Sul requisito previsto dall'art. 4.2 del bando di gara (requisiti di idoneità professionale), punto I – Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza rispetto all'oggetto della gara – Violazione del principio di par condicio e di favor participationis – Difetto*

di istruttoria – Travisamento dei fatti), si lamenta che l'art. 4.2 del bando di gara indica, quale requisito di ammissione, l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di bonifica dei siti inquinati.

Detto requisito sarebbe inconferente rispetto all'oggetto della gara, in quanto detta attività esula dalle competenze dell'ente proprietario delle strade ed incombe sul soggetto che ha causato l'inquinamento in base al principio "chi inquina paga".

Per detta attività è poi necessaria l'iscrizione alla categoria 9 dell'Albo dei gestori ambientali che non può essere dimostrata dalla mera produzione della visura camerale della società.

Ritiene il Collegio che la censura dedotta sia fondata.

Invero, l'appalto di cui trattasi ha ad oggetto l'*"affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegro delle matrici ambientali, compromesse dal verificarsi di incidenti stradali"*.

Si legge nel bando: *"Il Comune di Bagheria ... deve provvedere a ripristinare, nel minor tempo possibile, le condizioni di viabilità e sicurezza delle aree interessate da incidenti. In particolare, gli incidenti stradali che provocano la presenza sulla sede stradale di residui materiali o di condizioni di pericolo per la fluidità del traffico, per l'ambiente o la salute pubblica, devono essere eliminati prima della riapertura al traffico."*

In base all'art. 240 d.lgs. n. 152/2006 recante le "Norme in materia ambientale", l'attività di «*bonifica dei siti inquinati*» consiste nell' *"insieme degli interventi atti ad eliminare le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o a ridurre le concentrazioni delle stesse presenti nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee ad un livello uguale o inferiore ai valori delle concentrazioni*

soglia di rischio (CSR)».

In primo luogo va detto che in base all'art. 14 d. lgs. n. 285/92 (codice della strada) la competenza comunale sulle strade – oltre a quanto stabilito, sotto il profilo infrastrutturale dall'art. 16 della l.r. n. 1/79 – è limitata agli interventi di «pulizia», per i quali è indubbio che non siano necessari particolari requisiti di qualificazione tecnica tali da equiparare la stessa alla bonifica dei siti inquinati.

Sotto altro profilo, la predetta complessa attività di «bonifica dei siti inquinati», qui elevata al rango di requisito di partecipazione, siccome regolamentata dagli artt. 239 ss. d.lgs. n. 152/2006 (Titolo V), va ritenuta decisamente sovrabbondante e non giustificata sul piano delle prestazioni che concorrono a caratterizzarla, rispetto all'oggetto dell'appalto di cui trattasi, fermo restando che, effettivamente, per il suo esercizio non è sufficiente la mera iscrizione alla camera di commercio, ma occorre quella ben più importante dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, per la categoria 9, abilitazione, questa, che riconosce ad un soggetto la specifica idoneità a svolgere le determinate attività ivi contemplate.

4. Con il quarto motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis – Sul contenuto a pena di inammissibilità della busta A – Documentazione amministrativa – Documento previsto dall'art. 11, punto VIII e dall'art. 11 del Capitolato speciale d'appalto – Adozione del modello di gestione e controllori cui al D.lgs. n. 231/2001 – Eccesso di potere per violazione della par condicio e del principio del favor participationis*) si lamenta che la *lex specialis* della procedura impone di produrre la documentazione comprovante

l'adozione di un modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Detta previsione sarebbe illegittima perché pretende il possesso di un requisito che rientra nella facoltà dei partecipanti e non risponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione essendo finalizzata a liberare la società dalla responsabilità amministrativa conseguente alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti/incaricati.

Ritiene il Collegio che anche detta censura sia fondata.

Invero, la legge individua dei principi in materia di requisiti di ordine generale, in particolare di requisiti di carattere morale, necessari per la partecipazione alle gare strumentali alla stipula di contratti con la p.a.: detti principi sono contenuti nell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, richiamato anche dall'art. 4 del bando di gara.

Il rispetto dei precetti richiamati appare ad avviso del Collegio sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non essendo ragionevole imporre agli offerenti - quale sostanziale requisito di partecipazione - l'adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Peraltro, va aggiunto che il riferimento alla citata disciplina è già contenuto in seno ai requisiti di carattere generale dei quali l'impresa deve provare il possesso, allorché è stabilito che va disposta l'esclusione dalla gara dei soggetti «nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 [...]» (art. 38, comma 1, lett. *m*) d. lgs. n. 163/06).

Detto modello, infatti, ha il diverso e particolare fine di escludere la responsabilità dell'ente per i reati commessi da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente stesso, ovvero da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente.

5. Con il quinto motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis – Sul criterio di aggiudicazione – Art. 12 del bando di gara – Violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006*), si lamenta che l'art. 12 del bando stabilisce che l'aggiudicazione avverrà secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa indicando le caratteristiche tecniche del servizio senza però indicare il punteggio numerico da attribuire a ciascuna caratteristica.

Ritiene il Collegio che anche detta censura meriti di essere condivisa.

Invero, ai sensi dell'art. 83, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, applicabile in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 12 del bando, non è sufficiente che il bando indichi l'elenco dei criteri di valutazione, ma deve anche indicare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

Nel caso di specie è oggettivamente omessa qualsiasi ponderazione dei singoli criteri indicati.

6. Con il sesto motivo di ricorso (*Illegittimità della lex specialis – Sul requisito previsto dall'art. 4.2 del bando di gara (requisiti di idoneità professionale), punto II – Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza – Genericità prescrizione*), si lamenta che l'art. 4.2 del bando di gara indica, quale requisito di ammissione, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali per l'attività di intermediario della gestione dei rifiuti,

ovvero alla categoria 8A, ma detta iscrizione è impossibile atteso che l'operatività della categoria è subordinata alla emanazione del decreto sulle garanzie finanziarie che devono essere prestate allo Stato.

La ricorrente è iscritta all'Albo dei Gestori per *“l'esercizio delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi e delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi in quantità non eccedente trenta chilogrammi al giorno o trenta litri al giorno prodotti dalle attività di manutenzione di strade, pulizia e lavaggio finalizzata al ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità mediante l'aspirazione ed il prelievo di liquidi e dei residui inquinanti versati in dotazione funzionale dei veicoli”* e quindi deve poter essere ammessa alla gara di cui trattasi.

Anche detta censura appare fondata.

Recita il bando di gara: *“Il concorrente deve presentare ... l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, nelle categorie opportune per il corretto svolgimento del servizio di ripristino post incidente; ... l'iscrizione è strumentale allo strumento della regolare attività di intermediario nella gestione dei rifiuti ed è necessaria per il controllo e la tracciabilità della filiera di rifiuti prodotti a seguito dell'attività di ripristino de quo.”*

Sostiene il controinteressato che il bando non richiederebbe l'iscrizione all'Albo per la categoria 8A ammettendo peraltro che essa non è operativa nelle more dell'entrata in vigore del decreto sulle garanzie finanziarie.

Ritiene il Collegio che la previsione del bando relativa all'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali *“nelle categorie opportune per il corretto svolgimento del servizio di ripristino post incidente”* non sia per nulla

chiara, essendo onere della stazione appaltante specificare per quali categorie richiede l'iscrizione.

D'altra parte, detta previsione sembra effettivamente richiedere l'iscrizione alla categoria 8A (intermediario della gestione dei rifiuti), laddove recita *“l'iscrizione è strumentale allo strumento della regolare attività di intermediario nella gestione dei rifiuti ed è necessaria per il controllo e la tracciabilità della filiera di rifiuti prodotti a seguito dell'attività di ripristino de quo”*.

Pertanto, laddove l'iscrizione per la categoria 8A sia effettivamente richiesta dal bando, la previsione è da intendersi illegittima, non essendo materialmente possibile ad oggi effettuare l'iscrizione (v. da ultimo art. 4 della deliberazione dell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali 15 dicembre 2010, recante i criteri per l'iscrizione all'Albo nella categoria 8, ai sensi del quale l'efficacia delle previsioni ivi contenute è subordinata all'entrata in vigore del decreto riguardante le modalità e gli importi delle garanzie finanziarie che devono essere prestate in favore dello Stato).

D'altra parte, nel caso di specie, risulta dalla documentazione in atti che la ricorrente è iscritta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, dal 22/10/2009, per *“l'esercizio delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi e delle operazioni di raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi in quantità non eccedente trenta chilogrammi al giorno o trenta litri al giorno prodotti dalle attività di manutenzione di strade, pulizia e lavaggio finalizzata al ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità mediante l'aspirazione ed il prelievo di liquidi e dei residui inquinanti versati in dotazione funzionale dei*

veicoli?

Ritiene il Collegio che in assenza di ulteriori e ragionevoli specificazioni nel bando di gara, detta iscrizione costituisca requisito di idoneità professionale sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi.

7. Con il settimo motivo di ricorso (*Illegittimità del provvedimento di esclusione – Violazione dell'art. 10 del bando di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Travisamento dei fatti ed irragionevolezza – Violazione del favor participationis – Violazione del principio di non aggravamento dell'azione amministrativa – Difetto di motivazione*), si afferma che in assenza della pubblicazione degli all. A e B la ricorrente ha predisposto un unico documento contenente sia la domanda di partecipazione sia l'autodichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale ed ha inserito detto documento nella busta A relativa alla documentazione amministrativa.

La stazione appaltante, rilevando la presenza della busta A relativa alla documentazione amministrativa e della busta B contenente la relazione tecnica, escludeva la ricorrente per l'asserita mancata presentazione della domanda di partecipazione, nonostante il legale rappresentante dell'impresa avesse fatto presente che la domanda era stata inserita nella busta A.

D'altra parte, il mancato inserimento della domanda di partecipazione non è previsto a pena di esclusione e comunque il suo inserimento nella busta relativa alla documentazione amministrativa non viola la *par condicio*.

Ritiene il Collegio, per come già affermato in sede cautelare, che anche detta censura sia fondata.

Recita il bando di gara: *“A pena di esclusione dalla gara l’offerta dovrà essere contenuta in un unico plico non trasparente, chiuso, sigillato, controfirmato su tutti i lembi di chiusura, e dovrà contenere la seguente dicitura “Procedura aperta di gara per l’affidamento del servizio ...” Il plico è composto: 1. dalla domanda di partecipazione alla gara (redatta secondo il modello di cui all’allegato A); 2. dalla busta A – Documentazione Amministrativa; 3. dalla busta B – Relazione tecnica. Il plico sigillato dovrà contenere, a pena di esclusione dalla procedura, le buste di seguito indicate, che ... dovranno riportare la seguente dicitura: A - Documentazione amministrativa; B – Relazione tecnica”*.

Orbene, ancorché non si possa negare che la domanda di partecipazione avrebbe dovuto essere inserita nell’unico plico, al di fuori delle buste contenenti l’una la documentazione amministrativa e l’altra la relazione tecnica, il Collegio non può esimersi dal rilevare che la previsione richiamata non brilla certo per la chiarezza espositiva e che, d’altra parte, maggior confusione è stata ingenerata nei partecipanti stante l’omessa pubblicazione degli allegati al bando.

D’altra parte, l’inserimento nell’unico plico della domanda di partecipazione al di fuori delle altre 2 buste non è sanzionata dal bando con espressa previsione di esclusione, diversamente a quanto previsto in ordine alle caratteristiche dell’unico plico e delle due buste relative alla documentazione amministrativa e alla relazione tecnica.

Ritiene pertanto il Collegio che in ossequio al principio del *favor participationis* e stante la circostanza che nessuna violazione della *par*

condicio si verifica laddove la Commissione nel visionare la domanda di partecipazione prenda visione anche della documentazione amministrativa, sarebbe stato onere della Commissione procedere all'apertura della busta A per verificare l'effettiva esistenza della domanda di partecipazione, prima di escludere la ricorrente dalla gara. Solo laddove fosse stata riscontrata la carenza in assoluto della domanda di partecipazione la ricorrente avrebbe potuto essere esclusa dalla gara (parimenti è a dirsi nell'ipotesi che la domanda di partecipazione fosse stata inserita nella busta B contenente la relazione tecnica, determinandosi in quel caso una violazione della *par condicio*).

8. Segue dalle considerazioni che precedono che il ricorso deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto devono essere annullati gli atti impugnati, senza che nulla si debba statuire in ordine all'efficacia del contratto atteso che esso non è stato stipulato.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Bagheria e l'impresa Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio che liquida in

favore di Viaggia Sicuro s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in € 2.000,00 (Euro duemila/00), oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2011

IL SEGRETARIO

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