



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2011, proposto da:
Cartiera dell'Adda S.p.A. e Cartiera di Cologno S.p.A., rappresentate
e difese dall'Avv. Stefano Soncini, con domicilio eletto presso il suo
studio, in Milano, Viale Elvezia, n. 12

contro

Cem Ambiente S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Pietro
Ferrari ed Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso lo studio del
secondo, in Milano, Via Pietro Mascagni, n. 24;
Bea S.p.A., Silea S.p.A, Secam S.p.A., non costituite in giudizio

per l'annullamento

del provvedimento assunto nella seduta pubblica del 21 dicembre
2010, con il quale la commissione di gara ha escluso la ricorrente
dalla gara per la cessione di carta / cartone provenienti dalle raccolte

differenziate di cui all'avviso pubblico pubblicato sul sito Internet della Stazione appaltante, nonché del successivo avviso pubblico pubblicato sullo stesso sito Internet in data 11 gennaio 2011, con cui è stata indetta una nuova gara

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cem Ambiente S.p.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2011 il dott. Marco

Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

CEM Ambiente ha indetto, mediante avviso pubblico, una gara per la selezione del soggetto con il quale stipulare un contratto “per la cessione di carta/cartone provenienti dalle raccolte differenziate”, per il periodo 1 aprile 2011 – 31 marzo 2014, da aggiudicarsi “a favore del concorrente che avrà offerto di ritirare i quantitativi indicati riconoscendo il maggior incremento sui prezzi indicati dal listino CCIAA di Milano secondo le modalità dettagliatamente precisate nel disciplinare di gara”.

Nella seduta del 21 dicembre 2010 la Commissione ha aperto i plichi di offerta e, rilevata la mancanza della dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 riferita al Sig. Aldo Galbiati, indicato quale

Direttore Tecnico della Cartiera di Cologno Monzese S.p.A., mandante della costituenda ATI ricorrente, l'ha esclusa dalla gara, che è stata successivamente dichiarata deserta a seguito dell'esclusione dell'unica partecipante.

In data 14 gennaio 2011, sul presupposto che il Sig. Galbiati fosse stato indicato erroneamente quale Direttore tecnico (come risulterebbe dalla "Scheda persona" della CCIAA che lo qualifica quale "Responsabile" e "Consigliere") e che, in ogni caso, la certificazione mancante fosse stata tempestivamente depositata il giorno successivo alle operazioni di gara (anche se, contrariamente a quanto affermato in ricorso, alcuna richiesta di integrazione è mai stata avanzata dalla Stazione appaltante), le ricorrenti hanno presentato istanza di annullamento della propria esclusione con conseguente riammissione in gara e contestuale richiesta di annullamento in autotutela della nuova procedura di gara nel frattempo indetta dalla Stazione appaltante per l'affidamento del medesimo contratto (procedura indetta con avviso pubblicato l'11 gennaio 2011 con previsione del termine di presentazione delle domande al 26 gennaio 2011).

Preso atto dell'inerzia della Stazione appaltante, con il presente ricorso, le ricorrenti hanno impugnato i provvedimenti in epigrafe, deducendo l'illegittimità:

della disposta esclusione;

del mancato esame della richiesta di annullamento della medesima;

del mancato annullamento in autotutela del bando della gara nuovamente indetta.

In particolare, con un unico articolato motivo, hanno contestato la sussistenza del presupposto in fatto della disposta esclusione, in quanto il Galbiati, non ricoprendo la carica di Direttore tecnico, ma rivestendo unicamente la carica di componente del Consiglio di Amministrazione senza alcun potere di rappresentanza, non sarebbe stato soggetto all'obbligo di dichiarazione di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006.

L'indicazione della carica di Direttore tecnico, specificata in offerta, sarebbe dovuta a mero errore materiale nella compilazione del facsimile predisposto dalla Stazione appaltante.

In ogni caso, è stato dedotto che, anche in ipotesi di omessa produzione della dichiarazione in questione, l'esclusione sarebbe illegittima, non sussistendo alcuna violazione del visto art. 38, non emergendo alcuna preclusione a carico dell'interessato.

Con decreto presidenziale n. 197/2011, sul presupposto della fondatezza tanto della "pretesa riammissione in gara" che della "domanda di aggiudicazione", è stata accolta in via provvisoria l'istanza di sospensione.

La resistente CEM, costituitasi in giudizio, ha eccepito in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione e l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato che, nel caso di specie, sarebbe dovuto essere individuato nel secondo concorrente in

gara, anch'esso escluso.

Questi, infatti, stante la dichiarazione di gara deserta, vanterebbe un interesse a veder rinnovata l'intera procedura onde beneficiare della possibilità di parteciparvi.

Nel merito ha contestato le avverse censure, chiedendo la reiezione del ricorso e affermando che la ricorrente, ove riammessa in gara, non potrebbe aspirare a conseguire l'aggiudicazione del contratto in quanto, come previsto dal bando, l'aggiudicazione, in presenza di una sola offerta valida, è subordinata da un successivo giudizio di convenienza da parte della Stazione appaltante.

Nella camera di consiglio del 9 febbraio 2011 è stata disposta la sollecita definizione nel merito del ricorso ex art. 55, comma 10, c.p.a. senza ulteriori determinazioni.

Le ricorrenti hanno reiterato con memoria la richiesta di risarcimento in forma specifica (mediante attribuzione del contratto) chiedendo, altresì, il ristoro del danno patito quale conseguenza dei maggiori costi sostenuti nel periodo 1 gennaio – 31 marzo per l'approvvigionamento di materiale cartaceo.

A tal proposito hanno premesso che le quantità di materiale oggetto di gara rappresenterebbero il 30% del proprio fabbisogno totale e che dal giorno 1 aprile 2011 l'approvvigionamento sarebbe dovuto avvenire sulla base del contratto appaltato; hanno, poi, allegato che, a causa della mancata riammissione in gara che si sarebbe dovuta determinare in esecuzione del decreto presidenziale n. 197/2011,

esse sarebbero state costrette, nel primo trimestre dell'anno, a procedere ad acquisti "in quantità maggiore alla normale esigenza produttiva, con lo scopo di costituire una quantità di scorta, mediante deposito presso terzi, tale da permettere alle Cartiere, anche nel caso di non creduto giudizio sfavorevole, di non trovarsi senza materiale".

Alla pubblica udienza del 6 aprile 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente vanno respinte eccezioni pregiudiziali sollevate dalla resistente.

Quanto al profilo di giurisdizione, ne è stato eccepito il difetto in quanto non sussisterebbero i presupposti di cui all'art. 133 del c.p.a. tanto sotto il profilo oggettivo, trattandosi di procedura relativa ad un contratto attivo, quanto sotto quello soggettivo, in virtù della natura del soggetto appaltante, Società per azioni riconducibile alla figura dell'organismo di diritto pubblico: la società, in quanto tale, trattandosi nella specie della stipulazione di un contratto di vendita, quale si afferma essere il negozio oggetto di affidamento, non sarebbe stata tenuta all'obbligo d'indire una pubblica gara.

La detta eccezione è infondata.

Sul punto, nonostante sia nota l'esistenza di un quadro giurisprudenziale non univoco, il Collegio ritiene di aderire all'indirizzo secondo il quale, una volta qualificato il soggetto appaltante quale organismo di diritto pubblico, ne consegue

l'assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica non solo in materia di appalti, ma anche nel diverso caso di contratti attivi volti alla vendita di un proprio bene patrimoniale con conseguente attrazione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa. (Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280)

Infondata è, altresì, l'eccezione di inammissibilità per mancata notifica al controinteressato.

Sul punto si rileva come l'interesse ad una rinnovazione della procedura di gara è proprio di qualsiasi operatore di settore e, pertanto, non essendo esso differenziato rispetto alla platea dei potenziali partecipanti alla futura competizione, il relativo interesse non può che essere qualificato come di mero fatto.

Quanto al merito, il ricorso è fondato.

In disparte ogni considerazione sulla natura della carica ricoperta dal Sig. Galbiati all'interno della compagine societaria e sulla necessità o meno che la medesima annoveri nei propri organici la figura del Direttore tecnico, la disposta esclusione è in ogni caso illegittima: sotto un profilo formale, infatti, contrasta con la disciplina di gara cui la Stazione appaltante si è autovincolata, mentre sotto quello sostanziale, è assente, in capo al soggetto in questione, una posizione nella società che lo obbligasse alla vista dichiarativa.

Sotto il primo profilo l'art. 8 del disciplinare di gara, rubricato "Esclusioni", precisava, infatti, che "...sono motivo di esclusione dalla gara ...- l'incompletezza o la irregolarità di alcuno dei

documenti e/o delle dichiarazioni sostitutive a dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali , fatto salvo il caso di irregolarità solo formali, sanabili e non decisive ai fini della valutazione dell'offerta: in tal caso la Commissione potrà consentire, previa fissazione di un termine, la regolarizzazione ammettendo con riserva l'impresa concorrente alle successive fasi di gara”.

L'omesso inserimento della dichiarazione resa ex art. 38 nel plico dell' offerta, stante la mancata contestazione dell'esistenza, a carico del preteso Direttore tecnico, di elementi preclusivi alla partecipazione, integra dunque una mera irregolarità formale, sanabile ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (e, di fatto, sanata mediante la successiva produzione del giorno 22 dicembre 2010).

La sanzione dell'esclusione, a fronte di una produzione documentale che non avrebbe introdotto alcun elemento ostativo quanto alle correlate valutazioni del seggio di gara, si palesa, quindi, quale misura contrastante con i canoni di proporzionalità e buona amministrazione che presiedono all'esercizio del potere amministrativo.

E' nota da tempo l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale ispirato ad un approccio rigorosamente formale in base al quale la semplice omessa produzione della dichiarazione determina di per sé l'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara, ma il Collegio, valorizzando il profilo sostanziale dell'istituto, ritiene di aderire all'opposto orientamento, ogni volta che non sussistano in concreto

situazioni ostative alla partecipazione. (Cons. St., Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

Ne deriva che il ricorso, relativamente alla domanda di riammissione alla gara, deve essere accolto con il conseguente travolgimento degli atti d'indizione della nuova procedura finalizzata all'affidamento del medesimo contratto stante il venir meno dei provvedimenti che ne costituiscono il presupposto (esclusione della ricorrente e dichiarazione di "gara deserta").

In questa sede, non è, tuttavia, possibile accogliere la domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto in quanto, ancorché la ricorrente, una volta riammessa, si trovi ad essere l'unica partecipante in grado di conseguirla, residuano ulteriori margini di apprezzamento discrezionale che l'Amministrazione si è espressamente riservata in sede di predisposizione della disciplina di gara e che inibiscono una pronuncia giurisdizionale sul punto.

Come, infatti, precisato nell'avviso pubblico di gara, "gli enti Affidanti si riservano la facoltà di procedere ad aggiudicazione anche in caso di unica offerta valida, sempreché la stessa sia ritenuta vantaggiosa, ovvero di revocare la procedura per l'intervenuta valutazione di situazioni tali da rendere inapplicabile il modello di affidamento prospettato, ovvero per mancato accordo interno tra gli stessi Enti Affidanti".

Deve, inoltre, respingersi la domanda di risarcimento del danno derivante dagli ordini di acquisto effettuati in misura maggiore a

scopo precauzionale in attesa della definizione del giudizio, stante l'irrilevanza in questa sede delle descritte strategie aziendali, frutto di valutazioni prudenziali di esclusiva responsabilità delle ricorrenti.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto con riferimento alle domande di riammissione in gara e annullamento degli atti di indizione della nuova procedura e respinto quanto alle domande tese a conseguire l'aggiudicazione della gara ed il risarcimento del danno.

Le spese, stante la reciproca soccombenza, devono essere compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 6 e 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Laura Marzano, Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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