



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 736 del 2011, proposto da:
Soc. Marche Multiservizi Falconara Srl in proprio e Capogruppo
Mandataria Raggruppamento Imprese, Impresa Sangalli Giancarlo &
C. Srl in proprio e Mandante Raggruppamento Imprese con La Soc.
Marche Multiservizi, rappresentati e difesi dall'avv. Andrea Galvani,
con domicilio eletto presso Avv. Andrea Galvani in Ancona, corso
Mazzini, 156;

contro

Unione dei Comuni di Agugliano -Camerata Picena- Offagna-
Polverigi- Santa Maria Nuova, Responsabile Servizio Tecnico
Unione dei Comuni di Agugliano -Camerata Picena- Offagna-
Polverigi- Santa Maria Nuova, rappresentati e difesi dall'avv. Fabrizio
Colagiacomini, con domicilio eletto presso Avv. Maurizio Miranda in

Ancona, via Palestro, 46;

Comune di Agugliano, Comune di Camerata Picena, Comune di Offagna, Comune di Polverigi, Comune di Santa Maria Nuova, Favillo Geom. Massimo, non costituiti in giudizio.

nei confronti di

A.M. Consorzio Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Michele De Cilla, Giovanni Carotti, con domicilio eletto presso Avv. Giovanni Carotti in Ancona, corso Garibaldi, 124;

per l'annullamento

della determinazione n. 11 del 9/6/2011 con la quale il Responsabile del Servizio Tecnico dell'Unione dei Comuni di Agugliano - Camerata Picena - Offagna - Polverigi - Santa Maria Nuova ha aggiudicato in via definitiva alla Ditta A.M. Consorzio Sociale di Pineto l'appalto del servizio di igiene urbana nei Comuni dell'Unione, - della nota proc. n. 2840 del 13/5/2011 (rectie 13/6/11) ricevuta il 13/6/11 con la quale è stata data comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, - del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in oggetto

- dei verbali di gara nella parte in cui la società A.M. Consorzio Sociale è stata ammessa alla procedura

- della nota (senza data) del Responsabile del procedimento Geom. Favillo di risposta ai quesiti

nonché

di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le parti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unione dei Comuni di Agugliano -Camerata Picena- Offagna- Polverigi- Santa Maria Nuova e di Responsabile Servizio Tecnico Unione dei Comuni di Agugliano -Camerata Picena- Offagna- Polverigi- Santa Maria Nuova e di A.M. Consorzio Sociale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Am Consorzio Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Michele De Cilla, Giovanni Carotti, con domicilio eletto presso Avv. Giovanni Carotti in Ancona, corso Garibaldi, 124;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione a contrarre del 14 febbraio 2011 del Responsabile del Servizio Tecnico dell'Unione dei Comuni di Agugliano-Camerata Picena-Offagna-Polverigi-Santa Maria Nuova e

relativo bando di gara è stato disposto l'affidamento, mediante procedura aperta, del servizio di "raccolta differenziata della frazione organica, della carta, del cartone, del vetro, della plastica e dei metalli della frazione secca residua indifferenziata come sistema domiciliare, compreso trasporto presso idonei impianti nonché servizio di spazzamento nei comuni di Agugliano-Camerata Picena-Offagna-Polverigi-Santa Maria Nuova.

Alla procedura partecipava, tra le altre, il costituendo raggruppamento temporaneo tra la società Marche Multiservizi Falconara Srl (mandataria) e l'Impresa Sangalli Giancarlo & c.

Con verbale di gara del 30 marzo 2011, la ricorrente e l'odierna controinteressata venivano ammesse alla gara. Dopo la valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica la commissione dichiarava, nella seduta del 27 aprile 2011, aggiudicataria provvisoria la ditta A. M. Consorzio Sociale, con punti 81,92, mentre l'odierna ricorrente si classificava seconda con il punteggio di 74,87.

Con nota dell'8 maggio 2011, il Responsabile del procedimento comunicava alla parte ricorrente che era giunta seconda nella procedura di gara. Con successiva al determinazione n. 11 del 9 giugno 2011, il Responsabile del Servizio Tecnico dell'Unione dei Comuni aggiudicava l'appalto all'odierna controinteressata ditta A.M. Consorzio Stabile.

Con ricorso depositato il 19 luglio 2011, la ricorrente impugna gli atti di gara, deducendo il seguente motivo.

a) Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere-violazione e falsa applicazione degli articoli 11, 38, 42,48 e 71 del decreto legislativo n. 163 del 2006, del bando di gara, del D.P.R. 445 del 2000. Eccesso di potere per travisamento e sviamento, erroneità dei presupposti, illogicità, irrazionalità, violazione della par condicio e principi in tema di trasparenza, irrazionalità. Violazione art. 97 Cost. illegittimità propria e derivata.

Con un unico e articolato motivo di ricorso, la ricorrente afferma che la controinteressata aggiudicataria non sarebbe in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara, in particolare con riguardo ai servizi svolti in precedenza. Inoltre, lamenta che la stazione appaltante non abbia proceduto alla verifica in ordine ai requisiti generali dichiarati dalla ditta aggiudicataria.

Si è costituita la controinteressata A. M. Consorzio Sociale, presentando ricorso incidentale.

Si è costituita l'Unione dei Comuni di Agugliano-Camerata Picena-Offagna-Polverigi-Santa Maria Nuova, resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 514 del 28 luglio 2011, questo Tribunale accoglieva l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati. L'ordinanza veniva confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n.4262 del 28.9.2011.

Alla pubblica udienza del 27 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Deve essere esaminato per primo il ricorso incidentale presentato

dalla controinteressata (CdS AP 7.4.2011 n. 4).

1.1 Il ricorso incidentale è infondato.

2 Con il primo motivo, la controinteressata afferma che la ricorrente doveva essere esclusa per non avere gli amministratori muniti del potere di rappresentanza reso le dichiarazioni di cui ai punti a), d), e), f) g) e h) , l, m, mbis, e mquater dell'art. 38 del d.gs 163/2006. Inoltre, nessuna dichiarazione sarebbe stata resa dal socio unico della mandataria né dal responsabile tecnico.

2.1 Il motivo è infondato. Come correttamente affermato dalla ricorrente nelle proprie memorie, la dichiarazione completa ex art. 38 è stata correttamente resa dal rappresentante legale in nome della società. A tale dichiarazione si è aggiunta quella dei soggetti muniti di rappresentanza, che hanno presentato una dichiarazione per i punti d), c), d) e m-ter) dell'art. 38. Tale interpretazione è confermata dagli stessi chiarimenti del RUP, in atti, e nessuna disposizione del bando sancisce con l'esclusione la scelta compiuta dalla ricorrente, dato che il requisito fondamentale è che siano rese le dichiarazioni previste dall'art. 38, indipendentemente dalla modalità omnicomprensiva o separata. Del tutto irrilevante è la mancanza della dichiarazione del socio unico della mandataria, il quale, essendo una società, non è tenuto alle dichiarazioni ex art. 38. Per quanto riguarda la mandante, anche la dichiarazione omnicomprensiva resa dalla medesima, per le ragioni già evidenziate, non è in contrasto con l'articolo 38 o con il bando di gara. Infine, con riguardo all'omessa dichiarazione del

responsabile tecnico, è noto come l'art. 38 del D.lgs. 163/2006 dispone che le dichiarazioni ivi previste debbano essere rese, nel caso di società per azioni, “dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e dal direttore tecnico” senza fare alcun riferimento alla figura del Responsabile tecnico degli impianti.

2.2 Secondo il più recente insegnamento del Consiglio di Stato, cui il Collegio ritiene di dover aderire, l'individuazione del novero dei soggetti nei cui confronti il codice dei contratti pone l'onere di dimostrare l'assenza di fattori pregiudizievoli ai sensi del richiamato art. 38, non è suscettibile di applicazioni estensive. Per ciò che specificatamente concerne le società di capitali, sulla base del portato letterale dell'art. 38 del d.lgs. l'ambito dell'obbligo deve essere limitato alle due sole categorie degli “amministratori muniti di poteri di rappresentanza” ovvero del “direttore tecnico”, che sono gli unici soggetti in grado di determinare in concreto le scelte imprenditoriali e gestionali (Cds Sez. V del 21 ottobre 2011 n. 5638).

2.3. E' pur vero che in giurisprudenza, come sostenuto nel ricorso incidentale, in certi casi è stata ritenuta necessaria la dichiarazione del responsabile tecnico ma, nel caso in esame, come dimostrato dalla stessa visura camerale depositata dalla controinteressata, il responsabile tecnico della ricorrente principale non è indicato tra i soggetti dotati di poteri o di rappresentanza, ma tra le “altre cariche qualifiche” per cui non si capisce a che titolo dovrebbe rendere la dichiarazione.

2.4. Con riguardo al secondo motivo di ricorso, la ricorrente incidentale lamenta che la ricorrente principale si sarebbe avvalsa, ex art. 49 d.lgs 163/2006, dell'ausiliaria Marche Multiservizi SpA, per quanto riguarda i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, senza che l'ausiliaria mettesse a sua disposizione i mezzi per l'adempimento. Nel caso in esame, l'ausiliaria si impegna nel contratto di avvalimento, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente e confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto. La nota sentenza Cds Sez. III n. 2344 del 18.4.2011, citata da A.M Consorzio Sociale, riguarda l'avvalimento di un requisito soggettivo, quale una certificazione di qualità. Al contrario, nel caso in esame, l'aggiudicataria si avvale di requisiti di capacità finanziaria e tecnica, essendo peraltro la capacità tecnica relativa ai servizi pregressi. Si è quindi nell'ambito dei requisiti immateriali, che rientrano nel cosiddetto avvalimento di garanzia (si veda sul tema Tar Napoli 2 febbraio 2011 n. 644) dove, di regola, è solamente necessario che l'impresa ausiliaria mette la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'impresa aggiudicataria, ampliando, con assunzione della responsabilità solidale, la garanzia di corretta esecuzione dell'appalto, senza però assumere alcun concreto coinvolgimento operativo. Anche volendo ipotizzare che l'avvalimento, per quanto riguarda i requisiti di capacità tecnica possa

avere un contenuto parzialmente di tipo operativo, nel caso in esame l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, impegno che non può che essere ritenuto sufficiente per i requisiti di capacità tecnica legato ai servizi pregressi. Né è rilevante il riferimento alla disciplina di cui all'art. 88 del D.p.r. 207/2010, non applicabile temporalmente alla gara in esame (in disparte la dubbia applicabilità dell'articolo agli appalti di servizi).

2. 5 Il ricorso incidentale deve quindi essere respinto.

3 Deve invece essere accolto il ricorso principale, essendo manifestamente fondate e assorbenti le censure relative alla violazione del bando di gara e all'eccesso di potere per violazione della par condicio tra i concorrenti-

3.1 Il Collegio ritiene infatti di dovere confermare quanto già affermato, e confermato in appello, in sede cautelare.

3.2 In particolare, in tale sede, è stato ritenuto che

-la clausola di cui al numero 3 delle condizioni di partecipazione del bando non contenga alcun elemento di ambiguità, nello stabilire “....tale servizio dovrà essere stato svolto per ogni anno dell'ultimo triennio (2008, 2009, 2010), in uno o più comuni, avente/i una popolazione complessiva non inferiore a 15.000 (quindicimila) abitanti residenti....”

-l'aggiudicataria, per due dei tre anni, ha svolto il servizio in un Comune con popolazione inferiore al 15.000 abitanti.

-la chiara disposizione del bando di cui sopra non possa essere superata né dai chiarimenti forniti dal RUP che, pur espressamente previsti dalla disciplina di gara, non possono innovare sostanzialmente, mutandole, le prescrizioni del bando, né dalla parziale differente formulazione contenuta nel modello di dichiarazione fornito dalla Stazione Appaltante.

3.3. Il Collegio ritiene che la citata clausola del bando di gara, non oggetto di ricorso incidentale, non sia superabile nel punto ove specifica che il servizio doveva essere svolto per *ogni* anno dell'ultimo triennio in uno più comuni avente/i una popolazione non inferiore a 15.000 abitanti residenti. Si tratta di una condizione per partecipare alla gara, e detta condizione non può essere modificata da un chiarimento fornito dal Responsabile Unico del Procedimento. Infatti, il bando di gara prevede, condivisibilmente, la possibilità di richiedere informazioni "esclusivamente in forma scritta, in lingua italiana, via e-mail all'indirizzo di cui alla sezione I del presente bando. Le risposte saranno pubblicate esclusivamente del sito Internet della stazione appaltante come sopra specificato. Non saranno quindi trasmesse risposte dirette e riservate alle singole ditte".

3. 4 Il chiarimento fornito dalla stazione appaltante, regolarmente pubblicato sul sito Internet, è riferito alla domanda "In riferimento al paragrafo 3). Punto 3. 1 del bando di gara in oggetto, si chiede se il numero di 15.000 abitanti serviti fa riferimento al numero medio

complessivo di abitanti serviti nel triennio 2008/2009/2010". Il chiarimento recita "Considerando che il servizio svolto nel triennio per la popolazione indicata, anche come valore medio, è garanzia sufficiente per questo ente delle capacità e dell'esperienza della ditta proponente per svolgere i servizi richiesti dal bando di gara, nel rispetto dei principi di concorrenzialità a vantaggio della stazione appaltante, il requisito tecnico richiesto è da intendersi come valore medio degli abitanti serviti con servizi domiciliari nel triennio 2008-2010". Tale chiarimento è in contrasto con la lettera del bando di gara, non potendo essere modificativo del medesimo (trattandosi di un semplice chiarimento fornito dal RUP) ed è conseguentemente in violazione della par condicio tra i concorrenti. Né si può ritenere che, in presenza di una clausola chiara e univoca, possa essere adottata un'interpretazione di tipo teleologico, o volta ad assicurare la massima partecipazione, dato che è del tutto pacifica, in materia di appalti, la prevalenza dell'interpretazione letterale delle clausole del bando. Come ha condivisibilmente affermato la giurisprudenza, le regole contenute nella lex specialis di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la sola possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (Cds Sez. V 19 settembre 2011 n. 5282).

3.5 È inoltre ben nota la giurisprudenza per cui le disposizioni del bando prevalgono sulle altre parti della legge di gara, tra cui ad esempio la lettera di invito (da ultimo Cds Sez.VI 14 luglio 2011 n. 4278). A maggior ragione, esse prevalgono sui moduli forniti per le dichiarazioni o sui semplici chiarimenti forniti dal RUP, i quali non possono modificare una clausola di chiara lettura, pena la violazione palese della par condicio dei concorrenti. Peraltro, nel caso in esame, il modulo di partecipazione era compatibile solo in astratto con la tesi interpretativa fornita dal RUP, dato che, ovviamente, lo stesso doveva essere letto in unione al bando di gara e interpretato tramite quest'ultimo.

3.6 E' incontestato, in atti, che la controinteressata aggiudicataria, per due dei tre anni di riferimento (2008 e 2009), abbia svolto il servizio in Comuni aventi una popolazione complessiva inferiore, seppur di poco ai 15.000 abitanti (Comune di Pineto, abitanti 14.430). La controinteressata aggiudicataria non poteva, quindi, essere ammessa alla gara, non avendo i requisiti di cui al punto 3.1.del bando.

4 Il ricorso principale, per quanto sopra argomentato ed assorbita ogni altra doglianza, è quindi fondato, per cui deve essere annullata l'impugnata determinazione n. 11 del 9 giugno 2011 che ha aggiudicato la gara alla controinteressata, unitamente ai relativi atti presupposti, per quanto di interesse della ricorrente.

4.1 L'annullamento dell'aggiudicazione rimette in gioco la ricorrente (seconda classificata) che avrà la possibilità di conseguire, all'esito

delle eventuali ulteriori valutazioni riservate all'amministrazione sulla congruità dell'offerta presentata, l'aggiudicazione della gara e del contratto di appalto, che non risulta al momento ancora stipulato. Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo.

4.2 Le spese processuali, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione resistente e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale.
- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, come specificato in motivazione.
- condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata A.M. Consorzio Sociale al pagamento in favore della ricorrente principale delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 4.000 a carico di ciascuna, per complessivi € 8.000, più accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2011

IL SEGRETARIO

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