



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 Emilia Romagna**  
**sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 478 del 2011, proposto da:  
Società Foconetti Mauro, in proprio e in qualità di capogruppo  
mandataria della costituenda ATI con Vacondio Paride & C. S.a.s.  
nonché quest'ultima, in proprio e in qualità di mandante della  
predetta costituenda ATI, rappresentate e difese dall'avv. Simone  
Uliana, con domicilio eletto presso il suo studio in Parma, Strada  
Cairolì 1;

***contro***

IREN Emilia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Cantelli, con  
domicilio eletto presso il suo studio in Parma, Strada Repubblica 95;

***nei confronti di***

Transcoop Soc. Coop., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

della determinazione dirigenziale - IREN Emilia S.p.A. n. 204/2011 recante esclusione della società ricorrente dal Lotto 1 della procedura di gara di appalto per raccolta e trasporto fanghi, disidratazione meccanica fanghi e pulizia letti di essiccamento in impianti di depurazione aziendali;

della relazione redatta dalla Commissione giudicatrice in data 3 ottobre 2011 prot. n. 0003558;

della nota IREN Emilia S.p.A. prot. 16832 del 12 ottobre 2011;

del bando di gara;

della determinazione n. 169/2011 del 11 agosto 2011 a firma dell'amministratore delegato di IREN Emilia S.p.A.;

dei verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice in data 19 settembre 2011;

di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di IREN Emilia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 181/2012;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2012, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La costituenda ATI ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata indetta da IREN Emilia S.p.a. per il lotto 1 avente ad oggetto il “Servizio di raccolta e trasporto fanghi prodotti da impianto di trattamento acque reflue urbane”, la cui aggiudicazione alla controinteressata ATI Transcoop soc. coop. è stata annullata con sentenza di questo Tribunale n. 216/2011.

Riavviate le operazioni di gara, anche in seguito alla proposizione di ricorso per l’ottemperanza alla detta pronuncia, la stazione appaltante con determinazione dirigenziale n. 204/2011 ha escluso dalle gara entrambi i raggruppamenti partecipanti, ha dichiarato deserta la gara e, nelle more dell’indizione di nuova procedura, ha prorogato l’affidamento del servizio al gestore uscente ATI Transcoop/Consorzio Specialtrasporti/Nial Nizzoli.

Successivamente ha bandito una nuova gara alla quale la ricorrente ATI non è stata invitata.

L’esclusione della ricorrente è avvenuta sul presupposto che la mancata dimostrazione di alcuni requisiti integrasse la fattispecie della falsa dichiarazione; di conseguenza con il provvedimento di esclusione sono state, altresì, irrogate le sanzioni accessorie di cui all’art. 48, comma 1, del codice dei contratti.

Ritenendo illegittima l’esclusione dalla gara e l’applicazione delle sanzioni accessorie la ricorrente ne ha impugnato il relativo

provvedimento chiedendone l'annullamento con conseguente riammissione alla gara e aggiudicazione del lotto; in via gradata ha richiesto la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione ovvero da perdita di chance.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata chiedendo la reiezione dell'istanza cautelare e del ricorso.

Con ordinanza n. 382 del 23 novembre 2011 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare sulla considerazione che l'impugnato atto di esclusione della gara sarebbe quanto meno giustificato dalla carenza del requisito della "disponibilità" di mezzi e attrezzature necessari all'esecuzione del contratto, mentre le sanzioni irrogate, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, costituirebbero un effetto automatico della verifica compiuta dall'ente appaltante.

In termini analoghi si è espressa la V Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 572 dell'8 febbraio 2012 in cui ha precisato che: "la nozione lata del termine "disponibilità" patrocinata dalla parte, svuotando questo di ogni preciso ed attuale contenuto giuridico, lo renderebbe inidoneo a fornire qualsivoglia garanzia alla stazione appaltante; in difetto di un consenso dei contraenti sull'elemento essenziale del corrispettivo contrattuale, è problematico sostenere che degli accordi giuridicamente vincolanti possano dirsi formati; .... alla luce dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, le sanzioni previste da tale articolo si presentano come una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, giusta l'orientamento giurisprudenziale

(cfr. ad es. C.d.S. V, 1 ottobre 2010, n. 7263) che la stessa appellante riconosce essere prevalente”.

In vista della discussione le parti hanno depositato scritti conclusivi e repliche e, all’udienza pubblica del 9 maggio 2012, ascoltati i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è affidato a quattro motivi con i quali in sintesi la ricorrente deduce la violazione di legge e l’eccesso di potere sotto diversi profili contestando innanzitutto la legittimità dell’esclusione (motivi I e II) in quanto l’amministrazione da una parte avrebbe erroneamente richiesto la dimostrazione del fatturato per un servizio identico e non analogo, così restringendo illegittimamente la platea dei concorrenti, dall’altra non avrebbe adeguatamente valutato la disponibilità dei mezzi specifici, dichiarata nella domanda, chiesti dal bando per lo svolgimento del servizio.

In subordine ha contestato la legittimità dell’irrogazione delle sanzioni accessorie (motivi III e IV) evidenziando come, al più, la mancata dimostrazione dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* avrebbe potuto legittimare l’esclusione non potendosi, tuttavia, configurare come dichiarazione mendace.

A sostegno della fondatezza delle sue ragioni la parte ricorrente, in corso di causa, ha invocato le conclusioni cui è giunta l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con la nota del 6 aprile 2012, all’esito del procedimento sanzionatorio attivato nei suoi confronti ai sensi dell’art. 48 D.Lgs. 163/2006, in cui ha concluso per

l'archiviazione del procedimento.

In sintesi l'Autorità si è espressa nel senso di ritenere che la stazione appaltante, scindendo la prestazione del "trasporto fanghi" da quella più ampia di "disidratazione e trasporto fanghi" ai fini della dimostrazione del fatturato abbia illegittimamente richiesto una sostanziale "identità" di prestazione più che la comune "analogia".

Quanto alla dimostrazione della disponibilità dei mezzi richiesti per l'espletamento del servizio, attesa la minuziosità della relativa elencazione contenuta nella *lex specialis*, l'Autorità ha ritenuto sufficiente l'allegazione di contratti di sublocazione o di vendita considerando eccessivamente oneroso pretendere l'acquisto prima dell'aggiudicazione.

La difesa della stazione appaltante si incentra, viceversa, sulla correttezza dell'esclusione per la mancanza di entrambi i requisiti ribadendo che così operando l'ATI ricorrente avrebbe prodotto false dichiarazioni con l'inevitabile conseguenza ulteriore dell'irrogazione delle sanzioni accessorie previste *ex lege*.

3. La tesi dell'amministrazione non è del tutto condivisibile.

La vicenda oggetto del giudizio presenta un duplice ordine di censure: il primo afferente al provvedimento di esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara per l'asserita mancanza dei requisiti di capacità tecnica; il secondo riguardante la connotazione di falsità data dalla stazione appaltante alle dichiarazioni rese dalla concorrente esclusa e, di conseguenza alla ritualità o meno dell'applicazione a carico

dell'esclusa delle sanzioni accessorie.

3.1. Quanto al primo profilo, relativo alla capacità tecnica, va ulteriormente distinto il capo del provvedimento di esclusione riguardante la mancanza del requisito del fatturato realizzato in servizi analoghi da quello riguardante la mancanza del possesso o della disponibilità dei mezzi.

3.1.1. Relativamente al primo aspetto il punto III.2.3 del bando, alla lettera c) richiede la “realizzazione, nei 3 esercizi antecedenti la data di pubblicazione del presente bando, di servizi analoghi a quelli oggetto del bando per un importo complessivo non inferiore a 1.000.000 di euro” (doc. 4 del fascicolo della ricorrente).

Viceversa la commissione di gara, nella relazione del 3 ottobre 2011, relativa alla seduta del 19 settembre precedente, così si esprime in ordine alle giustificazioni rese dalla mandante Vacondio Paride & C. s.a.s.: “La ditta, anziché dare spiegazioni all’osservazione...., allega fotocopia della dichiarazione già presentata in sede di prequalifica, dove si attestava l’impossibilità di precisare l’effettivo importo della voce trasporto fanghi in quanto lo stesso servizio di disidratazione e trasporto fanghi, svolto per conto di Enia Reggio Emilia ed AIMAG, era stato aggiudicato con contratti d’appalto aventi per oggetto il servizio completo. Tale giustificazione, che era stata ritenuta valida in sede di prequalifica, è risultata smentita dalla stazione appaltante AIMAG che,....invece ha comunicato il solo prezzo relativo al trasporto.....in quanto....il servizio è remunerato con prezzi distinti

per trasporto e disidratazione. Pertanto, ricordato che il bando di gara prevedeva che per servizi analoghi si dovessero intendere servizi di carico e trasporto rifiuti non pericolosi prodotti nell'ambito della depurazione delle acque reflue, data la mancanza di giustificazioni sul caso specifico, si ritiene non raggiunto il requisito minimo di fatturato previsto....” (doc. 2 id.).

Sul punto il Collegio ritiene condivisibili le conclusioni cui è giunta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella nota del 6 aprile 2012 (doc. 33 id.).

Invero, dalla semplice messa a confronto dei due dati testuali si ricava con palmare evidenza come la commissione di gara e, per essa, la stazione appaltante abbia operato una vistosa forzatura restringendo inopinatamente, e andando ben oltre la chiarissima previsione del bando, la nozione di analogia del servizio per sovrapporla a quella di identità.

E' opinione consolidata in giurisprudenza che il requisito dei “servizi analoghi” previsto dal bando di gara non può essere interpretato come limitato a servizi identici alle prestazioni oggetto dell'appalto, rendendosi in ogni caso necessaria una comparazione tra queste ultime e quelle indicate dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria (cfr. *ex multis*: T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2008, n. 40).

3.1.2. Viceversa non può ritenersi errata la valutazione compiuta dalla commissione di gara nella citata relazione laddove ha escluso



che, con i documenti allegati, l'ATI ricorrente avesse dimostrato di avere la disponibilità dei numerosi e specifici mezzi richiesti al punto III.2.3 del bando, lettera d).

Invero, senza entrare nel dettaglio di ogni singolo mezzo, deve ritenersi corretta la determinazione di non considerare sufficiente a dimostrare la "disponibilità" di mezzi l'allegazione di atti dai quali si evinca che i mezzi siano nella detenzione di un soggetto che non può validamente disporne poiché mero utilizzatore in forza di contratto di leasing finanziario; così come non può considerarsi giuridicamente valido, e dunque idoneo a provare la disponibilità del mezzo, un contratto di noleggio che non rechi l'indicazione della durata e, soprattutto, del costo atteso che, in mancanza di un requisito essenziale quale il prezzo, il contratto è affetto da nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., non risultando l'elemento prezzo né determinato né altrimenti determinabile.

Sotto tale profilo i dubbi che hanno condotto la stazione appaltante a ritenere non dimostrato il possesso del requisito appaiono fondati.

3.2. Relativamente al capo del provvedimento con cui sono state irrogate le sanzioni accessorie ai sensi dell'art. 48 D.Lgs 163/2006 il Collegio, tuttavia, osserva che la previsione normativa in discorso ha lo scopo sostanziale di sanzionare le false dichiarazioni rese in sede di gara.

Ciò è confermato anche dalla lettura datane dalla Corte costituzionale con la nota pronuncia n. 211 del 13 luglio 2011

secondo cui in particolare l'incameramento della cauzione provvisoria risulta coerente rispetto alla circostanza che essa "si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche".

Dunque la *ratio* della norma, nell'interpretazione del Giudice delle leggi, risiede nel patto di integrità ed è preordinata ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente e, quindi, la norma è strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Nel caso di specie, tuttavia, sono mancati in modo vistoso l'imparzialità e il buon andamento nell'azione della stazione appaltante.

Invero, dopo la sentenza n. 216/2011 di questo Tribunale che aveva annullato in parte qua gli atti di gara "non essendosi provveduto all'esclusione dell'A.T.I. poi risultata aggiudicataria del servizio" relativamente al Lotto 1, l'amministrazione è, dapprima, rimasta inerte tanto che la ricorrente ha dovuto promuovere giudizio per l'ottemperanza n. 406/2011 R.G. e, successivamente, anziché escludere l'aggiudicataria, come inequivocabilmente statuito in sentenza, ha chiesto all'ex aggiudicataria di comprovare i requisiti che la sentenza aveva già escluso sussistere, così attivando una sorta di dovere di soccorso postumo che non trova riscontro in alcuna

norma di legge ed è palesemente elusivo del giudicato.

Solo di fronte alla inevitabile impossibilità dell'ATI Transcoop di documentare requisiti di ordine generale non posseduti la stazione appaltante si è decisa ad escluderla laddove, viceversa, l'esclusione sarebbe dovuta intervenire de plano dopo la sentenza e le verifiche si sarebbero dovute svolgere esclusivamente nei confronti della ricorrente.

D'altra parte il caso di specie è, altresì, caratterizzato da una peculiare situazione.

A ben vedere la disponibilità dei mezzi è stata dimostrata dalla ricorrente ATI, tuttavia mediante contratti ritenuti non idonei.

Ciò significa, tuttavia, che in sede di prequalifica la ricorrente non ha prodotto "false" dichiarazioni avendo, bensì, dichiarato di avere la disponibilità di mezzi sulla base di atti negoziali risultati non affidabili: la peculiare situazione, in definitiva, non può far escludere che si sia trattato di un errore commesso in buona fede non già nell'intento di venir meno al patto di integrità con la stazione appaltante ma, più semplicemente ritenendo di essersi correttamente munita della documentazione necessaria.

Le considerazioni che precedono appaiono, peraltro, coerenti con le conclusioni cui è giunta l'Autorità di Vigilanza proprio all'esito dell'attivato procedimento sanzionatorio.

Conclusivamente il Collegio ritiene che l'impugnato provvedimento debba essere annullato nella parte in cui dispone l'irrogazione delle

sanzioni accessorie dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

4. Le spese del giudizio, in considerazione della complessità e della specialità della vicenda, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

Marco Poppi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2012

IL SEGRETARIO

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