



REPUBBLICA ITALIANA

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 110 del 2013, proposto da:

La Splendente societa' cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Spinozzi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Ancona, via San Martino, 43;

***contro***

Comune di Montegiorgio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ortenzi, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti, 99;

***nei confronti di***

T.A.C. Ecologica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Chiara Rivosecchi, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti, 99;

***per l'annullamento:***

- dell'aggiudicazione definitiva della gestione integrata servizi di igiene urbana e connessi alla ditta TAC Ecologica s.r.l.;
- dell'esclusione della ricorrente;
- del bando e degli atti della procedura ristretta per l'affidamento della gestione integrata servizi di igiene urbana e connessi;
- nonché per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montegiorgio e della Societa' T.A.C. Ecologica s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo della presente sentenza, pubblicato in data 11 ottobre 2013, n° 673/2013;

Visti gli artt. 74 e 120, decimo comma, del codice del processo amministrativo;

Relatore il Primo Referendario Francesca Aprile nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 e uditi per le parti i difensori, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso in epigrafe, è stato impugnato il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e la determina n° 6/66 del 18 dicembre 2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nei confronti della controinteressata T.A.C. Ecologica s.r.l. della procedura ristretta per l'affidamento della gestione integrata dei servizi di igiene urbana e connessi, indetta dal Comune di Montegiorgio, con bando di gara del 7 settembre 2012, bando anch'esso impugnato.

Sono dedotte le seguenti doglianze:

- violazione di legge, eccesso di potere, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta, difetto di motivazione, violazione del principio di legittimo affidamento;
- violazione dell'art. 4, comma 22, del d.l. n° 138/2011, convertito in legge n° 148/2011, violazione delle regole di composizione della Commissione di gara.

Con l'atto introduttivo del giudizio, parte ricorrente ha domandato il risarcimento del danno asseritamente patito.

Per resistere al ricorso, si è costituito in giudizio il Comune di Montegiorgio, che, con memorie e documenti, ne ha eccepito l'irricevibilità e inammissibilità e ne ha domandato, comunque, il rigetto, vinte le spese.

Si è costituita, altresì, la T.A.C. Ecologica s.r.l., che, con memoria e documenti, ha sollevato eccezioni preliminari e domandato respingersi il ricorso, siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 10 ottobre 2013, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto per essere deciso.

## DIRITTO

Preliminarmente, devono essere esaminate le eccezioni di irricevibilità e inammissibilità dell'impugnativa, sollevate dalla difesa del Comune di Montegiorgio e dalla difesa della controinteressata TAC Ecologica s.r.l..

Le eccezioni sono infondate.

L'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso è argomentata sull'assunto che il *dies a quo* del termine di proposizione dell'impugnativa decorrerebbe dalla data della seduta di gara all'esito della quale è stata disposta l'esclusione della cooperativa odierna ricorrente.

Tale prospettazione non può ritenersi condivisibile.

Ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, il termine di proposizione del ricorso principale è di trenta giorni e decorre dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del codice dei contratti pubblici.

Nell'odierna controversia, parte ricorrente ha dedotto di aver ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata in data 24 dicembre 2012 e tale circostanza è rimasta incontestata, di talchè la stessa è da ritenersi provata, ai sensi dell'art. 64, secondo comma, del codice del processo amministrativo.

Il *dies a quo* della proposizione della domanda di annullamento è, pertanto, da individuarsi nella suddetta data di ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del codice dei contratti pubblici, rispetto alla quale il ricorso, notificato in data 23 gennaio 2013, è tempestivo.

Essendo tempestiva l'impugnazione dell'esclusione di parte ricorrente e dell'aggiudicazione alla società controinteressata, è infondata l'eccezione di inammissibilità, per carenza di legittimazione e di interesse a ricorrere, delle doglianze proposte avverso la ridetta aggiudicazione definitiva.

Venendo all'esame del merito, è d'uopo prendere le mosse dalle deduzioni impugnatorie con le quali si lamenta che il requisito di partecipazione dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per la categoria 4 (raccolta e trasporto di rifiuti speciali) e per la categoria 5 (raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi), classe E, sarebbe eccedente rispetto all'oggetto del contratto e, come tale, si risolverebbe in una misura restrittiva della concorrenza.

Il Collegio condivide il principio giurisprudenziale per il quale non può disconoscersi alla stazione appaltante il

potere di richiedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli astrattamente contemplati dal legislatore, ove tale scelta sia motivata in ragione dell'esigenza di garantire un più elevato grado di affidabilità dei partecipanti e purchè sia rispettato il principio di ragionevolezza e il divieto di discriminazione e, altresì, l'individuazione dei requisiti non sia foriera di un'eccessiva restrizione della platea dei partecipanti.

Nel caso di specie, tuttavia, non può ritenersi che il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali sia un requisito ulteriore rispetto a quelli contemplati dalla legge, considerato che tale requisito è richiesto dall'art. 212 del codice dell'ambiente, d.lgs. n° 152 del 2006, a tenore del quale l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti.

Sono fondate, peraltro, le dedotte doglianze di eccesso di potere ed inadeguatezza della motivazione, articolate avverso il provvedimento di esclusione della parte ricorrente dalla procedura selettiva.

L'istituto dell'avvalimento, oggi contemplato dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici, risponde ad esigenze di apertura del mercato concorrenziale agli operatori economici che, singolarmente, potrebbero non essere in possesso dei requisiti speciali di qualificazione.

Il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali non può ritenersi sussumibile nel novero dei requisiti di ordine speciale, per i quali è ammessa la dimostrazione mediante avvalimento, essendo piuttosto da ascrivere nell'ambito dei requisiti generali afferenti all'idoneità professionale del candidato, ai sensi dell'art. 39 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n° 163, e dell'art. 46 della Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari.

Se, per un verso, l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, quale requisito generale, dev'essere posseduta in proprio dal concorrente e non può essere dimostrata ricorrendo ai requisiti di un'impresa ausiliaria, per altro verso, l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica non può ritenersi legittima, laddove il concorrente non sia stato invitato a rendere chiarimenti in ordine al possesso del requisito in proprio.

L'istituto del "dovere di soccorso", infatti, non può essere invocato in caso di omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione, non potendo questa essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile. Quando non sussistono equivoci o incertezze ingenerate da ambiguità della *lex specialis*, non è permessa, infatti, l'integrazione o regolarizzazione postuma di una dichiarazione o allegazione documentale del tutto omessa, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali.

Diversamente è a dirsi nell'ipotesi di mera erroneità o incompletezza della documentazione prodotta entro la scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

Nel caso di cui si controverte, è pur vero che dalla dichiarazione di avvalimento resa nella domanda di partecipazione dell'odierna ricorrente sembrerebbe desumersi che la stessa non sia in possesso del requisito in proprio.

Tuttavia, in sede di sindacato giurisdizionale degli atti di gara, non è consentito al giudice sovrapporre le proprie valutazioni inferenziali agli accertamenti di pertinenza della stazione appaltante, alla quale compete, in prima battuta, espletare il controllo del possesso dei requisiti dei partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

Deve anche osservarsi che l'odierna ricorrente, essendosi classificata al secondo posto nella graduatoria redatta all'esito della seduta di gara del 19 ottobre 2012, in posizione peggiore rispetto all'odierna controinteressata e considerato che il ricorso n° 158/2013, avverso la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, proposto dalla prima classificata nella ridetta graduatoria del 19 ottobre 2012, è stato dichiarato inammissibile, come da dispositivo di sentenza n° 674/2013, pubblicato in data 11 ottobre 2013, su deliberazione assunta alla medesima camera di

consiglio nella quale è stata decisa la presente sentenza, ha interesse ad ottenere la riammissione in gara, in quanto, in caso di accertamento positivo in ordine al possesso in proprio del requisito, la stessa potrebbe essere aggiudicataria.

L'amministrazione, pertanto, è tenuta a rideterminarsi sull'impugnata esclusione, motivando esplicitamente e adeguatamente in ordine ai chiarimenti da richiedersi, ai sensi dell'art. 46, primo comma, del codice dei contratti pubblici, alla società cooperativa ricorrente sul possesso o meno del requisito in proprio.

Le doglianze svolte per violazione delle regole di composizione della commissione di gara non possono essere accolte.

L'art. 84 del codice dei contratti pubblici disciplina la nomina, la composizione e le incompatibilità della Commissione giudicatrice per le gare da aggiudicare "con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". La procedura selettiva di cui si controverte era da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

E' stato condivisibilmente osservato in giurisprudenza che, stante l'automaticità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che non lascia margini di discrezionalità amministrativa, nè implica l'espletamento di valutazioni tecnico-discrezionali per le quali possa rendersi necessaria una competenza tecnica nella disciplina settoriale, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, è indifferente il possesso della competenza in capo ai commissari nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

Il motivo è infondato anche quanto alle deduzioni con le quali si lamenta la violazione dell'art. 4, comma 22, del d.l. n° 138 del 13 agosto 2011, convertito in legge 14 settembre 2011 n° 148.

L'art. 4 del d.l. n° 138 del 13 agosto 2011, convertito in legge 14 settembre 2011 n° 148 è stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte costituzionale n° 199 del 20 luglio 2012, che ha colpito la disposizione normativa impugnata non in parte, ma nella sua interezza.

Per tale ragione, considerato che, con la sentenza della Corte costituzionale n° 199 del 20 luglio 2012, non è stata disposta la salvezza del comma 22 dell'art. 4, invocato in impugnativa, lo stesso non può costituire parametro di legittimità dell'azione amministrativa e degli atti avverso i quali l'odierna ricorrente insorge.

La domanda impugnatoria dev'essere, quindi, accolta, ai fini del motivato riesame da espletarsi, in applicazione dei principi superiormente enunciati, dalla medesima commissione di gara.

La domanda risarcitoria dev'essere accolta per la reintegrazione in forma specifica della *chance*, mediante riammissione in gara della società cooperativa ricorrente.

Conclusivamente, il ricorso dev'essere accolto, ai fini del motivato riesame.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza nei confronti del Comune di Montegiorgio e si liquidano come in dispositivo, restando compensate tra le parti private, per ragioni equitative.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai fini del motivato riesame.

Condanna il Comune di Montegiorgio alla rifusione delle spese processuali nei confronti della parte ricorrente, liquidate in euro duemila/00, oltre accessori di legge.

Compensa le spese tra le parti private.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitanio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2013

IL SEGRETARIO

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