

N. 03166/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00894/2014 REG.RIC.



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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 894 del 2014, proposto da:

Colombo Spurghi S.n.c. di Colombo Ruggero e Colombo Fabio, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari e Max Diego Benedetti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Larga, 23;

*contro*

Amiacque S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maura Tina Carta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via San Tomaso, 10 (Ang. via Dante);

*nei confronti di*

Zanetti Arturo & C. S.r.l., Deltagi S.r.l., Douglas Ecology S.r.l.;

*per l'annullamento*

del provvedimento prot. 2864 in data 29.01.2013, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva dell' "Appalto servizio spurghi fognature, impianti di sollevamento e impianti di depurazione Area 2 Lotto A" in favore della costituenda ATI con Zanetti Arturo & C. S.r.l., Deltagi S.r.l., Douglas Ecology S.r.l. ed atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Amiacque S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2014 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il presente ricorso la società istante, seconda classificata, ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso all'ATI controinteressata dell'appalto per l'affidamento del servizio spurghi fognature, impianti di sollevamento e impianti di depurazione, Area 2, Lotto A.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto, sostanzialmente, l'illegittima ammissione alla gara dell'ATI controinteressata e la conseguente illegittima aggiudicazione della stessa nei suoi confronti per violazione della lex specialis di

gara, che prescrive a pena di esclusione che ciascun componente dell'ATI debba essere iscritto all'Albo nazionale delle imprese esercenti i servizi di smaltimento rifiuti nella categoria 4 (raccolta e trasporto rifiuti speciali non pericolosi prodotti da terzi), Classe C o superiore, mentre le mandanti dell'ATI controinteressata Deltagi S.r.l. e Douglas Ecology S.r.l. ne risulterebbero sprovviste; Deltagi S.r.l. risulterebbe, altresì, priva dei requisiti di partecipazione per il mancato possesso dei certificati di regolare esecuzione di importo pari a quelli indicati nel bando e avrebbe utilizzato un meccanismo di avvalimento indeterminato e generico; Amiacque avrebbe modificato unilateralmente l'offerta della controinteressata operando una illegittima rettifica dei conteggi nella stessa contenuti, offerta che avrebbe anche superato la verifica dell'anomalia nonostante si presentasse come manifestamente incongrua.

La ricorrente ha, altresì, chiesto il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Si è costituita in giudizio Amiacque S.r.l., che ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, chiedendone in ogni caso la reiezione per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Colombo Spurghi ha, altresì, sollevato eccezione di tardività del deposito dei documenti effettuato dall'amministrazione in data 9 ottobre 2014.

All'udienza pubblica del 29 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Deve, in via preliminare, esaminarsi l'eccezione di tardività del deposito dei documenti effettuato dall'amministrazione in data 9 ottobre 2014, ed in particolare della certificazione dell'Agenzia delle Entrate dell'11 settembre 2014, che attesta l'esistenza a carico della società ricorrente di una pendenza tributaria per ben 10.092.666,72 di euro.

Il collegio ritiene che tali produzioni documentali, seppur formalmente tardive per un solo giorno, possano essere esaminate in quanto implicitamente autorizzate ai sensi dell'art. 54, comma 1, c.p.a., perché concernenti documenti essenziali in relazione al deposito dei quali è stato comunque assicurato il pieno rispetto del diritto della controparte al contraddittorio e che altrimenti dovrebbero essere acquisiti di ufficio in via istruttoria, con la conseguente dilatazione dei tempi di decisione della causa.

In ordine, dunque, all'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dall'amministrazione intimata in ragione dell'esistenza nei confronti della società ricorrente di una pendenza tributaria per ben 10.092.666,72 di euro, deve premettersi, in proposito, che il collegio ben conosce il consolidato insegnamento giurisprudenziale secondo cui l'interesse ad agire, quale condizione dell'azione, deve sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della

decisione (vedi, per tutte, Cons. di Stato, Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1928), così come il pacifico principio, vigente nel processo in materia di appalti pubblici, secondo cui il ricorso contro l'aggiudicazione è inammissibile quando, dall'esperimento della c.d. prova di resistenza, risulti che il ricorrente non sarebbe comunque risultato aggiudicatario neppure in caso di accoglimento del gravame (Cons. di Stato, sez. IV, 13.12.2013, n.6008; sez. V, 29.3.2011, n. 1928, sez.VI, 10 settembre 2008, n. 4326).

Nella fattispecie all'esame del collegio, però, nonostante emerga dalla documentazione versata in atti la palese irregolarità fiscale della società ricorrente ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g, in considerazione della pendenza nei confronti della stessa di debiti fiscali per 10.092.666,72 di euro, e dunque si rientri pienamente nella fattispecie prevista dalla norma succitata, che testualmente prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e l'impossibilità di essere affidatari di subappalti e di stipulare i relativi contratti dei soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti, l'amministrazione non ha adottato nei confronti della Colombo Spurghi alcun provvedimento di formale esclusione dalla procedura concorsuale di specie, che deve, dunque, almeno allo stato, ritenersi ancora ricompresa, seppur illegittimamente perché in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), nell'ambito

dei concorrenti ammessi alla gara, non potendo, per pacifico orientamento giurisprudenziale, il giudice amministrativo sostituirsi all'operato dell'amministrazione, né pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non esercitati.

Tanto premesso, disattendendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione, il gravame deve essere esaminato nel merito e risulta fondato per la prima doglianza, con la quale la società ricorrente ha dedotto l'illegittima ammissione alla gara dell'ATI controinteressata e la conseguente illegittima aggiudicazione della stessa nei suoi confronti per violazione del bando di gara, il cui punto 4 prescrive a pena di esclusione che ciascun componente dell'ATI debba essere iscritto all'Albo nazionale delle imprese esercenti i servizi di smaltimento rifiuti nella categoria 4 (raccolta e trasporto rifiuti speciali non pericolosi prodotti da terzi), Classe C o superiore.

La stazione appaltante ha interpretato la legge di gara ritenendo che il suddetto requisito potesse essere soddisfatto anche nel caso in cui solo una componente dell'ATI ne fosse in possesso.

Tale interpretazione non può essere condivisa nell'ipotesi all'esame del collegio.

Ed invero, l'iscrizione all'Albo nella Categoria 4, Classe C o superiore era richiesta a pena di esclusione per tutti i concorrenti partecipanti all'ATI (cfr. punto B, pag. 10 e punto B pag. 11 del bando), ostando, dunque, all'interpretazione operata dalla stazione appaltante prima di tutto il disposto letterale della *lex specialis* di gara.

Deve, inoltre, osservarsi che, nella fattispecie all'esame del collegio, la controinteressata ha partecipato alla gara come ATI orizzontale, nella quale, cioè, ogni impresa ha intenzione di concorrere per l'esecuzione in quota parte del servizio oggetto della procedura concorsuale e deve essere, dunque, in possesso dello specifico requisito di capacità tecnica richiesto in capo a ciascun partecipante.

Le mandanti Deltagi S.r.l. e Douglas Ecology S.r.l. non sono, però, in possesso del richiesto requisito tecnico-professionale succitato, risultandone l'illegittima ammissione alla gara dell'ATI controinteressata e derivandone, altresì, l'illegittima aggiudicazione alla stessa della procedura concorsuale.

In relazione alla domanda di risarcimento del danno, formulata dalla società ricorrente in via principale mediante istanza di reintegrazione in forma specifica e in subordine mediante risarcimento per equivalente pecuniario, il collegio, anche in considerazione dei poteri decisorii connessi al regime di giurisdizione esclusiva, che attengono altresì alla possibilità di apprezzamento della pretesa invocata dal ricorrente nei suoi aspetti sostanziali, ritiene che la società istante non abbia titolo al bene della vita richiesto, che consiste nella concreta aggiudicazione della procedura concorsuale di specie, essendosi posta fuori dalla possibilità di diventare parte contrattuale. L'inadempienza fiscale palesata dalla documentazione prodotta in giudizio dalla stazione appaltante dimostra, invero, che il danno della quale la Colombo Spurghi lamenta la lesione, e cioè, come visto, la mancata aggiudicazione della gara e la

conseguente impossibilità di esecuzione del servizio, non deriva, o, più precisamente, non deriva solo dal provvedimento illegittimo dalla stessa impugnato, ma è stato, altresì, determinato dalla condotta irregolare dalla stessa tenuta, che si è resa responsabile di un grave inadempimento agli obblighi tributari.

Fornendo applicazione dell'art. 1227 c.c., che disciplina la fattispecie del concorso del fatto colposo del creditore, e in particolare del secondo comma della disposizione normativa, secondo cui: "Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza", il collegio ritiene, dunque, per quanto detto, di respingere la domanda di risarcimento del danno.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi gli ulteriori motivi dedotti, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, salve le eventuali ulteriori determinazioni da parte dell'amministrazione. Va, invece, respinta la domanda di risarcimento del danno.

Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone

l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Respinge la domanda di risarcimento del danno, come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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