

N. 10568/2013 REG.PROV.COLL.

N. 05053/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5053 del 2013, proposto da:
ECOSUD s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino, Anna Floriana Resta, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di Trevignano Romano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

Diodoro Ecologia s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dall'avv. Chiara Pesce, con domicilio eletto presso Chiara Pesce in Roma, via Emanuele Filiberto;

per ottenere

- l'annullamento della determina n. 172 del 23.4.2013 del Comune di Trevignano Romano;

- il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trevignano Romano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Diodoro Ecologia 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 24 ottobre 2013 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ECOSUD s.r.l. ha preso parte a gara per l'appalto del servizio di raccolta dei rifiuti urbani porta a porta e di gestione dell'ecocentro comunale, indetta dal Comune di Trevignano Romano con determina dirigenziale 5.7.2012 n. 287.

Nella graduatoria finale alla offerta della ECOSUD sono stati attribuiti punti 87,08 e il 2° posto in classifica, dietro a Diodoro Ecologia s.r.l. con punti 93,11. Talché la gara è stata aggiudicata a quest'ultima con d.d. 23.4.2013 n. 172.

ECOSUD contesta in giudizio gli esiti della gara riguardo alla posizione della prima classificata e domanda l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, formulando i motivi di seguito riportati in sintesi.

- 1) Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e del bando di gara, in quanto l'aggiudicataria non ha specificamente indicato, come richiesto dalla legge speciale della gara e dal codice degli appalti pubblici, il numero effettivo dei lavoratori dipendenti e, rispetto ad esso, la conformità alla normativa di tutela del diritto al lavoro per i disabili.
- 2) Violazione del bando di gara, laddove prevede che la relazione a corredo dell'offerta tecnica non debba superare quaranta pagine, mentre la relazione presentata dall'aggiudicataria ne raggiunge complessivamente centosessantotto.

In subordine ai predetti due motivi la ECOSUD ulteriormente deduce:

- 1) Violazione del principio di trasparenza ed eccesso di potere per inadeguata custodia del materiale di gara e difetto di verbalizzazione, giacché non sono indicate a verbale le modalità di custodia dei plichi contenenti le offerte delle imprese in gara.
- 2) Violazione del principio di continuità delle operazioni di gara, secondo cui le operazioni di gara debbono essere espletate, in linea di massima, in unica seduta o in sedute immediatamente successive.
- 3) Violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, poiché la formula usata dalla commissione di gara per la valutazione delle offerte era diversa dalla formula indicata dal bando.

*

Il Comune di Trevignano Romano si è costituito in giudizio e ha presentato memoria difensiva con la quale confuta e respinge le censure.

Diodoro Ecologia s.r.l., aggiudicataria dell'appalto, ha presentato ricorso incidentale volto ad aggredire la posizione di ECOSUD.

La ricorrente incidentale deduce:

- 1) Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163 e violazione del punto 7.2 del bando di gara, perché la ECOSUD non ha allegato agli atti della gara la dichiarazione richiesta ai soci di maggioranza dalle predette norme.
- 2) Violazione del punto 10 del bando di gara, perché la ECOSUD ha presentato referenze bancarie non conformi a quanto richiesto dalla norma predetta a pena di esclusione dalla gara.
- 3) Violazione del bando e dell'art. 72 del R.D. n. 827/1924 e dell'art. 46, comma 1° *bis*, del D.Lgs. n. 163/2006, perché la ECOSUD ha indicato l'ammontare degli oneri di sicurezza in modo tale che esso non risulta incluso nell'importo complessivo dell'offerta.

In subordine all'eventuale accertamento della fondatezza del motivo con il quale ECOSUD censura la difformità della **relazione tecnica** di Diodoro Ecologia alla clausola del bando che fissa un limite massimo di pagine, la ricorrente incidentale impugna detta clausola come contrastante con l'art. 46, comma 1° *bis*, del D.Lgs. n. 163/2006, perché circoscrive l'offerta indipendentemente dalle necessità di dettaglio interno, utili ai fini della comprensione e della

giustificazione della medesima.

Le parti hanno presentato memorie di replica e conclusionali.

La causa è passata in decisione all'udienza del 24 ottobre 2010.

DIRITTO

Si esaminano i primi tre motivi del ricorso incidentale presentato da Diodoro Ecologia.

L'impresa aggiudicataria deduce anzitutto che la ECOSUD non ha prodotto in gara la dichiarazione sostitutiva, completa per tutti i soci, dell'assenza di cause di esclusione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, tassativamente richiesta dall'art. 7.2b del bando.

La richiamata norma del codice degli appalti pubblici, tra l'altro, esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della L. 27.12.1956 n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della L. 31.5.1965 n. 575, ovvero nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o è stato emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, ovvero sentenza di condanna passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio (art. 38, lett. b, c del D.Lgs. n. 163/2006).

Secondo la ricorrente incidentale la socia di maggioranza della ECOSUD, sig.ra Antonella Traina, non avrebbe prodotto la dichiarazione in ordine all'assenza di cause di esclusione ex art. 38, lett. b) e c), cit., prevista a pena di esclusione dalla gara dall'art. 7.2b del bando (la ECOSUD s.r.l. conta due soci: il sig. Francesco Traina, amministratore e legale rappresentante, con il 24% delle quote sociali, e la sig.ra Antonella Traina, con il 76% delle quote).

Risulta agli atti di causa che tra la documentazione spedita dalla ECOSUD per la gara vi è una dichiarazione dell'impresa, resa ai sensi dell'art. 7.2 del bando, che indica nominativamente (punto a) la componente sociale e i responsabili tecnici della società e attesta l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 (punto b).

La dichiarazione è resa dalla società stessa e non dal sig. Francesco Traina a titolo personale; infatti la sottoscrizione riporta il timbro della società e l'indicazione "L'impresa dichiarante ECOSUD s.r.l." con firma del rappresentante legale. Da ciò si evince con sicurezza che la predetta dichiarazione è riferibile all'intera società nella sua componente costitutiva e nelle figure dei responsabili tecnici, i cui nominativi sono da essa specificamente riportati.

Come riconosciuto da costante indirizzo giurisprudenziale (tra le varie pronunce: Cons.St., V, 15.10.2010 n. 7524), l'obbligo di dichiarare l'assenza dei pregiudizi penali può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, nel presupposto che anche in questo caso operano le previsioni di responsabilità penale e il potere di verifica da parte della stazione appaltante.

Il predetto motivo del ricorso incidentale va, dunque, riconosciuto infondato.

Con altro motivo la Diodoro Ecologia deduce che la ECOSUD non ha prodotto le due idonee dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 1.9.1993 n. 385 dalle quali risulti specificamente, a pena di esclusione, che il concorrente dispone dei mezzi finanziari adeguati per assumere ed eseguire il servizio in appalto, richieste dall'art. 10 del bando ai sensi dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006.

Il Collegio ritiene che le dichiarazioni di Unicredit e del Credito Siciliano a corredo della domanda di ECOSUD di partecipazione alla gara, con le quali i due istituti bancari garantiscono la solidità dell'impresa e l'idoneità ad assolvere gli impegni che assume, possano essere considerate sufficienti a dimostrare la sua capacità finanziaria ed economica, unitamente ai bilanci dell'ultimo triennio, anch'essi depositati con la domanda; con adempimento dell'onere documentativo di cui all'art. 41, comma 1°, lett. a) e b), del D.Lgs. n. 163/2006, ai fini del quale, ai sensi della citata norma, sarebbe stata sufficiente anche una dichiarazione autocertificativa ex D.P.R. n. 445/2000.

Infine il motivo con il quale Diodoro Ecologia contesta la mancata allegazione all'offerta economica di ECOSUD dei valori degli oneri per la sicurezza, che sarebbero aggiunti a parte, appare irrilevante ai fini della validità e della comprensibilità dell'offerta della società, la quale può essere comunque calcolata avendo l'impresa fornito tutti gli elementi utili e i dati necessari, compresi gli oneri della sicurezza. Questi, peraltro, sono indicati specificamente nel loro ammontare nella dichiarazione d'offerta, senza essere separati da essa, nonché nel quadro economico complessivo dell'offerta e sono

riportati ulteriormente in un documento di analisi.

Il predetto motivo, pertanto, oltre che irrilevante non corrisponde ai dati reali di fatto.

A termine dell'esame dei tre motivi primari del ricorso incidentale, non è ultroneo osservare che il principio sostanzialistico enucleabile dall'art. 46 del codice degli appalti pubblici, tendente al *favor participationis* onde garantire l'accesso alle gare per le imprese che abbiano i requisiti di partecipazione, caratterizza come onere delle stazioni appaltanti, oltre che come facoltà, l'invito ai concorrenti a fornire integrazioni e chiarimenti sulla documentazione e sulle dichiarazioni presentate, qualora residuino dubbi o incertezze sul loro contenuto. Con la conseguenza che prima di escludere un'impresa da una gara di appalto l'amministrazione ha il dovere di esercitare il predetto onere di invito e possa procedere all'esclusione solo quando l'impresa non abbia risposto, o non abbia risposto a sufficienza, alla richiesta di integrazioni o di chiarimenti.

*

Si passa all'esame del ricorso principale, presentato da ECOSUD.

Con il primo motivo è dedotta la mancanza nella documentazione presentata in gara da Diodoro Ecologia delle dichiarazioni sul numero dei dipendenti dell'azienda e sul rispetto delle norme a tutela del diritto al lavoro dei disabili.

Invero l'aggiudicataria ha prodotto agli atti della gara una dichiarazione di regolarità contributiva in cui attesta di avere cento dipendenti. Ha inoltre dichiarato il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, tra cui la presentazione della certificazione ai sensi dell'art. 17 della L. 12.3.1999 n. 68, riguardo alla regolarità della sua posizione con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili. Il predetto motivo è, dunque, infondato.

Con il secondo motivo prioritario la ECOSUD deduce la violazione del bando di gara nella parte in cui (art. 9) limita a quaranta il numero complessivo di pagine della **relazione tecnica**. La **relazione tecnica** allegata al progetto di Diodoro Ecologia è composta, invece, di centosessantotto pagine.

Le controparti replicano facendo rilevare che su invito di Diodoro Ecologia il responsabile del procedimento aveva emesso una nota nella quale consentiva il superamento del limite di pagine predetto e deducono, pertanto, l'inammissibilità della censura giacché detta nota non sarebbe stata tempestivamente impugnata da ECOSUD.

Il Collegio ritiene che il motivo *de quo* sia fondato.

Prima di procedere alla esposizione delle ragioni di fondatezza della predetta censura, dedotta da ECOSUD, occorre esaminare il motivo del ricorso incidentale di Diodoro Ecologia dedotto in subordine alle altre doglianze sopra esaminate e al giudizio di fondatezza della censura di ricorso principale sul superamento del limite di lunghezza della **relazione tecnica**. Con detto motivo la ricorrente incidentale contesta la norma del bando che prevede il limite di pagine per la **relazione tecnica**.

Occorre precisare che il suddetto motivo subordinato del ricorso incidentale non può che essere collegato a un interesse non diretto, ma strumentale e finalizzato all'annullamento dell'intera gara. A tal esito condurrebbe il suo accoglimento, ove fosse astrattamente ipotizzabile, poiché a un giudizio di fondatezza che limiti le sue conseguenze al solo annullamento della clausola del bando, facendo salva la procedura della gara e i relativi provvedimenti, sarebbero di ostacolo i principi di garanzia della *par condicio* e dell'affidamento dei concorrenti, i quali hanno impostato le loro offerte seguendo le regole del bando, sulla cui applicazione da parte della stazione appaltante essi ponevano fiducia.

Il motivo è comunque infondato. La giurisprudenza amministrativa ha più volte riconosciuto l'ammissibilità delle clausole dei bandi di gare pubbliche di appalto che prevedano limiti strutturali alla documentazione delle offerte tecniche, funzionali ad esigenze di celerità e volti a non appesantire e a facilitare l'esame delle commissioni, in applicazione del principio di efficienza delle attività pubbliche (Cons.St., VI, 6.2.2012 n.3333; T.A.R. Sicilia, I, 22.7.2008 n. 971). Il Collegio ritiene di poter condividere detta valutazione.

Nel merito del motivo del ricorso principale, è possibile ricostruire i fatti come di seguito.

Il bando della gara stabilisce che deve essere prodotta da parte delle concorrenti, a pena di esclusione, **relazione tecnica** dettagliata, sottoscritta dal legale rappresentante della ditta e contenente una esemplificazione dei punti relativi agli elementi qualitativi dell'offerta. Stabilisce, inoltre, che detta relazione abbia un massimo di quaranta pagine e sia articolata in modo tale che ogni punto sia esauriente per sé stesso, senza richiami non contenuti nella documentazione presentata, potendo esservi allegati, in aggiunta, schemi illustrativi, diagrammi, tabelle, ecc. aventi stretta connessione con l'offerta e finalizzati a meglio esplicitare le attività da realizzare.

Il limite prefisso appare dunque elastico, idoneo a consentire alle imprese concorrenti una più libera scelta delle modalità di redazione delle offerte, avvalendosi anche di tabelle e immagini (cfr. T.A.R. Sicilia, I, n. 971/2008).

Con nota del 20.7.2012, iscritta agli atti del Comune al n. prot. 9414 e avente ad oggetto "richiesta di informazioni aggiuntive sul bando di gara", la Diodoro Ecologia lamentava che il limite di quaranta pagine fosse molto penalizzante per una presentazione esaustiva dell'offerta tecnica, ed espressamente ne chiedeva il superamento.

Con eccezionale rapidità il responsabile del procedimento rispondeva nello stesso giorno alla richiesta dell'impresa, precisando che "visto anche l'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. 163/2006" si poteva ammettere "l'offerta tecnica redatta su un numero di pagine maggiore di quello indicato nel disciplinare di gara qualora il concorrente ritenga insufficiente il numero di pagine indicato nel disciplinare di gara per esporre tutti i punti del progetto tecnico".

La nota di risposta veniva iscritta agli atti al n. prot. 9424 del 20.7.2012 e il suo testo veniva inserito nel sito telematico dell'Amministrazione, restandovi fino al 10.9.2012.

Con la nota predetta, dunque, è disposta una puntuale modifica alla prescrizione del bando sulla struttura documentale dell'offerta tecnica e non una semplice interpretazione (incongruo, peraltro, il riferimento normativo all'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006). Essa non può essere ritenuta idonea a cambiare le regole di gara senza una procedura formale di integrazione del bando, con le medesime modalità di comunicazione seguite per la *lex specialis*. Non può essere considerata idonea modalità di comunicazione il solo inserimento sul sito internet del Comune del contenuto della modifica; né lo strumento utilizzato, la risposta a una richiesta di informazioni, appare adeguato a superare le regole della gara come rese pubbliche e vincolanti per le imprese e per la stessa Amministrazione. Pertanto la mancata contestazione in giudizio del predetto atto non ha rilievo sull'ammissibilità del motivo di ricorso che contesta l'inosservanza di una regola di gara iscritta nel bando.

La **relazione tecnica** presentata da ECOSUD è costituita da trentasette pagine, oltre quattordici schede illustrative dell'organizzazione dei servizi e due di riepilogo della consistenza numerica del personale (nuove assunzioni e generale). Essa rientra nei limiti indicati dal bando, giacché gli schemi allegati – aggiuntivi, ai quali non si applica il limite delle quaranta pagine - esplicitano l'offerta indicata.

La Diodoro Ecologia ha presentato una relazione di centosessantotto pagine in tre volumi, alle quali si aggiungono quaranta pagine di schede illustrative dei mezzi e del materiale.

La tutela della *par condicio* dei concorrenti non può quindi che essere perseguita con una rigorosa applicazione della disposizione di cui trattasi, in quanto la violazione del limite imposto, a prescindere dalla entità della stessa, ha comportato per la concorrente che l'ha posta in essere un vantaggio rispetto alle altre concorrenti che avevano scrupolosamente rispettato la disposizione. Vantaggio che ha consentito l'attribuzione di un punteggio elevato all'offerta tecnica di Diodoro Ecologia, rispetto al punteggio riconosciuto per l'offerta economica, inferiore a quello attribuito all'offerta della seconda classificata. Vantaggio che è stato determinante per l'aggiudicazione.

Il motivo esaminato consente di riconoscere la fondatezza del ricorso principale, senza dover procedere all'esame delle censure che ECOSUD ha formulato in subordine alle deduzioni in questa sede valutate.

Il ricorso di ECOSUD, dunque, deve essere accolto quanto alla richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, mentre deve essere respinto, in quanto infondato, il ricorso incidentale di Diodoro Ecologia.

Non sono invece riscontrabili pregiudizi economici per la ricorrente principale, né da essa sono quantificati danni risarcibili. È utile, in proposito, rammentare che la richiesta di sospensione cautelare formulata da ECOSUD è stata accolta da questo Tribunale con l'ordinanza 12.7.2013 n. 2752, a inibire pregiudizi correlabili al decorso del tempo.

Sussistono ragioni di compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) accoglie il ricorso principale in epigrafe nei limiti e nei termini di cui a parte motiva e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Rigetta il ricorso incidentale.

Compensa le spese del giudizio tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2013

IL SEGRETARIO

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