

N. 01471/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00670/2014 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 670 del 2014, proposto da:
Futura S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava ed Emanuela Rizzi, con domicilio eletto presso quest'ultima in Venezia, Dorsoduro, 2420;

contro

Agno Chiampo Ambiente S.r.l.;

nei confronti di

S.I.T. - Società Igiene Territorio S.p.A., in proprio e quale capogruppo del RTI con
Vallortigara Servizi Ambientali S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Annamaria Tassetto e Franco Zambelli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in
via Cavallotti n. 22, Mestre

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della parte
controinteressata del servizio di recupero dei rifiuti urbani costituiti da residui della
pulizia stradale CER 200303 provenienti dai territori comunali di alcuni Comuni
soci da effettuarsi presso impianto idoneo ed autorizzati all'esercizio e secondo le

prescrizioni di cui al Capitolato d'oneri; del processo verbale delle operazioni di gara (03/04/2014), nelle parti in cui i preposti hanno ritenuto ammissibile la partecipazione del raggruppamento controinteressato alla selezione concorsuale; del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che a parità di valore tra una o più offerte la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario; di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto;

e per la condanna della resistente, in via principale, all'aggiudicazione della procedura gravata, con richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto, e, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente;

in estremo subordine per la riapertura della gara al fine di esperire la richiesta di offerte migliorative.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale S.I.T. Societa' Igiene Territorio S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Annamaria Tassetto, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2014 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e gli ulteriori atti in epigrafe meglio specificati, relativi alla gara per l'affidamento del servizio di recupero, presso impianto autorizzato all'esercizio, dei rifiuti urbani costituiti da

residui della pulizia stradale -CER 200303, per un importo a base d'asta di euro 990.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta al prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del codice dei contratti.

Dopo aver premesso che all'esito della procedura di gara, previo sorteggio tra le contendenti, l'appalto era aggiudicato al costituendo RTI tra S.I.T. Società Igiene Territorio S.p.A. e Vallortigara Servizi Ambientali S.p.A., la società ricorrente ha censurato gli atti impugnati con i seguenti motivi di ricorso: *“Violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 37 D.Lgs. 163/2006 e 275 d.p.r. 207/2010; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei principi informanti lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, sub specie auto vincolo e parità di trattamento; eccesso di potere per carenza d'istruttoria, sviamento, travisamento dei presupposti di fatto, illogicità, ingiustizia grave e manifesta”* in sintesi, con tale motivo, parte ricorrente ha evidenziato che, nella dichiarazione di impegno a costituire associazione temporanea di imprese presentata dal RTI controinteressato, era indicata unicamente la percentuale di ripartizione dei lavori/servizi al 50% per ciascuna società costituente il raggruppamento, in violazione dell'art. 275 d.P.R. n. 207/2010 e del disciplinare di gara che imponeva di indicare il compito che sarebbe stato svolto da ciascuna impresa e le quote in percentuale del servizio, con la conseguenza che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, giusta il richiamo della legge di gara all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006; *“II. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 38 e 49 del D.Lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 76 del d.P.R. 445/2000; violazione e falsa applicazione della lex specialis della procedura di gara; eccesso di potere per sviamento, carenza d'istruttoria, ingiustizia grave e manifesta”*; con il secondo motivo, parte ricorrente ha denunciato la mancata esclusione del RTI controinteressato per violazione della disciplina in tema di avvalimento; in particolare, si è rilevato che la

mandataria del raggruppamento si è avvalsa, in ordine al requisito della capacità tecnica, della società Valore Ambiente srl, la quale, in violazione della *lex specialis* di gara, ometteva di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 163/2006 con riferimento al responsabile tecnico e al direttore tecnico (coincidenti nella stessa persona); “*III. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 49 del D.Lgs. 163/2006 e 88 del d.P.R. 207/2010; violazione e falsa applicazione dei principi informanti la procedure ad evidenza pubblica e della lex specialis della procedura. Eccesso di potere sotto diverso profilo per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia grave e manifesta*”; con il terzo motivo, la ricorrente, precisato che la mandante del RTI controinteressato (impresa Vallortigara S.A. S.p.A), essendo priva dei requisiti di capacità economica e tecnica, aveva fatto ricorso all'avvalimento, indicando quale ausiliaria la ditta Transeco srl, ha evidenziato che il contratto di avvalimento non sarebbe idoneo allo scopo per genericità dell'indicazione dei requisiti, con violazione dell'art 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 del regolamento; “*IV. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 49 del D.Lgs. 163/2006 e 88 del d.P.R. 207/2010 sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica e della lex specialis della procedura. Eccesso di potere sotto diverso profilo per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia grave e manifesta*”; con tale motivo di ricorso, si è rilevato che entrambe le società ausiliarie della mandataria e della mandante sono società in house e, come tali, non avrebbero potuto partecipare alla gara pena l'elusione delle regole concorrenziali; “*V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 238 del d.P.R. 207/2010; violazione e falsa applicazione dell'art. 72 del d.P.R. 827/1924; violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, sub specie parità di trattamento, economicità e buon andamento della pubblica amministrazione; eccesso di potere per sviamento*”; con il quinto motivo, parte ricorrente ha evidenziato l'erroneità del *modus procedenti* della Stazione

Appaltante nella valutazione delle offerte economiche; in particolare, rilevato che essa ricorrente aveva offerto l'importo di euro 765.900,00 corrispondente al ribasso percentuale di 23,333%, mentre la controinteressata aveva offerto un prezzo pari ad euro 765.900,00, corrispondente al ribasso percentuale del 23,33%, ha censurato la condotta della Commissione di gara che ha ritenuto uguali due offerte, procedendo al sorteggio –favorevole alla controinteressata –, laddove la percentuale di ribasso offerta era in realtà differente e, ove correttamente applicata, avrebbe condotto ad un importo complessivo migliore per la ricorrente, atteso che la percentuale di ribasso del 23,333% da luogo ad un importo pari ad euro 765.903,33, mentre il ribasso del 23,33%, offerto dalla controinteressata, conduce ad un importo pari ad euro 765.933,3; *“VI. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 72 e 77 d.P.R. 827/1924; violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, sub specie parità di trattamento, economicità e buon andamento della pubblica amministrazione; eccesso di potere per sviamento”*; con tale motivo, la ricorrente ha denunciato l'illegittimità del ricorso, da parte della Commissione di gara, al sorteggio tra le due offerte ritenute (erroneamente) uguali, giusta la previsione di cui all'art. 77 del d.P.R. n. 827/1924, che attribuisce alla “sorte” un carattere residuale, dovendosi prioritariamente effettuare una licitazione tra i due offerenti, potendo ricorrere al sorteggio solo ove i presenti non intendano migliorare la propria offerta; *“VII. violazione e falsa applicazione dell'art. 11, commi 9 e 10 del D.Lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 302, comma 2, del d.P.R. 207/2010; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 241/1990; eccesso di potere per sviamento, illogicità ed ingiustizia grave e manifesta”*; con l'ultimo motivo di ricorso, è stata denunciata l'illegittimità della subitanea immissione nel servizio del raggruppamento controinteressato.

Non si è costituita in giudizio Agno Chiampo Ambiente s.r.l.

Con ordinanza n. 287, assunta alla Camera di Consiglio del 28 maggio 2014, è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Con atto depositato in data 13 giugno 2014, la società S.I.T. Società Igiene Territorio S.p.A. (di seguito solo S.I.T.), in proprio e quale capogruppo del RTI con Vallortigara Servizi Ambientali S.p.A., ha proposto ricorso incidentale.

La ricorrente incidentale, in particolare, denunciando l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale, ha rilevato che Futura s.r.l. ha dichiarato di possedere, quale dotazione tecnica, un "impianto di destinazione" dei rifiuti CER 200303 per lo svolgimento dell'appalto, che in realtà tale non sarebbe, con conseguente dichiarazione mendace ed obbligo di esclusione. Invero, ricordato che il disciplinare di gara richiedeva di dichiarare la disponibilità di un impianto autorizzato all'esercizio presso il quale conferire e recuperare i rifiuti oggetto dell'appalto, S.I.T. ha rilevato che dalla documentazione prodotta in sede di gara emerge che Futura s.r.l. dispone di un impianto autorizzato alla ricezione di rifiuti CER 200303 rispetto ai quali, tuttavia, è abilitata ad effettuare unicamente operazioni di stoccaggio, cioè mere operazioni di accumulo/deposito, senza possibilità di procedere al loro trattamento, con la conseguenza che detti rifiuti dovranno necessariamente essere destinati ad altro impianto, il tutto in violazione della *les specialis* di gara. Con il secondo motivo, S.I.T. ha denunciato la violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto la ricorrente principale avrebbe omesso la prescritta dichiarazione con riferimento al proprio responsabile/direttore tecnico.

In vista dell'Udienza di merito, le parti hanno depositato memorie difensive e di replica con le quali hanno meglio precisato le rispettive posizioni.

Alla Pubblica Udienza del 15 ottobre 2014, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso incidentale, di cui pare opportuno l'esame con priorità, è infondato.

Per quanto qui rileva, il disciplinare di gara, con riferimento alle condizioni di partecipazioni, prevede espressamente, alla lett. e), che i partecipanti dichiarino di disporre “di impianto autorizzato all’esercizio presso il quale conferire e recuperare i rifiuti oggetto del presente appalto (11.100 t. in 30 mesi)...”; il capitolato d’oneri, a sua volta, prevede, all’art. 5 –rubricato “Impianto di destinazione dei rifiuti” –, che “il concorrente comunica ad ACA, mediante l’allegato D, tutti i dati inerenti la piattaforma funzionante e autorizzata all’esercizio di ritiro e recupero dei rifiuti in esame ai sensi del D.Lgs. 152/2006 e s.m. e i. allegato B....”.

Ebbene, pur volendo prescindere dal rilievo –valorizzato da Futura s.r.l. – che la ricorrente principale dispone di una integrazione (n. 57 del 26.3.2014) all’autorizzazione n. 198 del 23.12.2013 –peraltro acquisita dopo l’indizione della gara - che consente di svolgere le operazioni di recupero R12 e R13, si osserva che, diversamente da quanto affermato dal ricorrente incidentale, la *lex specialis* di gara (disciplinare di gara e capitolato d’oneri) non richiedeva un impianto di “destinazione finale”, come inteso da S.I.T.: invero, a prescindere dalla rubrica del ricordato art. 5 del capitolato, sia il tenore letterale di detto articolo, sia la previsione –sopra ricordata –del disciplinare di gara sono chiari nel richiedere ai partecipanti la disponibilità di un impianto autorizzato al ritiro (o conferimento) e recupero dei rifiuti oggetto dell’appalto ai sensi del D.Lgs. n. 152/2006 e l’autorizzazione n. 198/2013, rilasciata in capo alla ricorrente principale, consente non solo il deposito preliminare ma altresì il recupero e la messa in riserva dei rifiuti speciali, secondo le prescrizioni indicate nell’autorizzazione medesima, con conseguente compatibilità con le previsioni del disciplinare e del capitolato d’oneri. La censura, dunque, non ha pregio.

Quanto al secondo motivo di ricorso incidentale, si osserva che la dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 risulta regolarmente effettuata, atteso che il presidente del Consiglio di Amministrazione, Denis Baldan –che ha effettuato la suddetta

dichiarazione – rivestiva, al momento della presentazione dell’offerta, anche la carica di responsabile tecnico, poi dismessa in data 18.7.2014.

Anche il secondo motivo di ricorso, dunque, non ha fondamento e, pertanto, il ricorso incidentale va respinto.

Passando all’esame del ricorso principale, pare opportuno trattare prioritariamente il secondo motivo di ricorso.

Parte ricorrente censura la mancata dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 del direttore/responsabile tecnico della controinteressata S.I.T..

La censura è fondata.

Invero, premesso che non è contestato tra le parti che il direttore/responsabile tecnico della ditta ausiliaria Valore Ambiente non ha reso la dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, va rilevato che

il disciplinare di gara, con riferimento all’ipotesi di avvalimento, richiedeva di presentare, unitamente alla documentazione amministrativa, il modulo “allegato F” (*rectius* “allegato E”) –recante dichiarazione dell’impresa Ausiliaria ai fini dell’avvalimento ai sensi dell’art. 49 D.Lgs. 163/2006-, compilato in ogni sua parte a cura dell’impresa Ausiliaria; ebbene, detto modulo richiedeva espressamente che “Le dichiarazioni devono essere rese anche dai soggetti previsti dall’art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.Lgs. 163/2006 e dai procuratori qualora sottoscrittori delle dichiarazioni costituenti la documentazione amministrativa e/o dell’offerta”. La previsione della *lex specialis* di gara, dunque, non lascia spazio a differenti conclusioni.

Peraltro, giurisprudenza consolidata ha avuto modo di chiarire che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all’esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell’ambito di avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all’art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 (*ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio*

2013, n. 911; *id.* 4 dicembre 2012, n. 6164; *id.* Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 3290).

A tal proposito, il Consiglio di Stato (*sez.* V, 12 febbraio 2013, n. 815) ha autorevolmente precisato che “giova innanzitutto evidenziare che questa Sezione ha ripetutamente espresso il principio dell'equiparazione, quanto ai requisiti di affidabilità morale, tra operatori economici partecipanti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici in veste di concorrenti e quelli invece partecipanti in veste di ausiliari (da ultimo: sentenza 15 novembre 2012 n. 5780; in precedenza sentenze 23 maggio 2011, n. 3077 e 16 novembre 2010, n. 8059). Tale equiparazione si pone in correlazione con l'esigenza di ordine imperativo, del pari costantemente affermata in giurisprudenza amministrativa, che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, siano in possesso dei requisiti di moralità (cfr. Sez. V, sentenze 3 dicembre 2012, n. 6164, 17 maggio 2012 n. 2825; Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374, 28 settembre 2012 n. 5150, 28 marzo 2012 n. 1843). Ciò per l'evidente ragione che gli istituti normativi ispirati all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici non possono essere strumentalizzate per eludere i vincoli imposti dal possesso dei requisiti generali di idoneità morale. Degna di menzione è poi la circostanza che la regola ora affermata è stata ricavata in via di diretta interpretazione dell'art. 49, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici”.

Alla luce degli esposti argomenti, la censura formulata dal ricorrente principale è fondata e deve, pertanto, essere accolta.

L'accoglimento della detta censura è sufficiente, di per sé solo, a determinare l'accoglimento del ricorso principale e il conseguente annullamento degli atti impugnati, in quanto il raggruppamento S.I.T. S.p.A. – Vallortigara S.A. S.p.A. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Fermo quanto appena esposto e passando all'esame del primo motivo di ricorso, si osserva quanto segue.

Non ignora il Collegio che la giurisprudenza non è uniforme nell'interpretazione dell'art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010. Giova, però, rilevare che, nel caso in discussione, era la stessa *lex specialis* di gara a richiedere che in caso di raggruppamento fosse specificato il compito che avrebbe svolto ciascuna impresa e l'indicazione della quota in percentuale del servizio che si sarebbe realizzato. Ebbene, tale espressa previsione, coordinata con l'ulteriore prescrizione contenuta nell'art. 4 del disciplinare di gara, nel quale sono indicate le ipotesi di esclusione dei concorrenti, con richiamo al mancato adempimento della previsione di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, e con la precisazione che “in termini generali, ogni qual volta il D.Lgs. 163/2006 o il relativo Regolamento di Attuazione si esprimono in termini di divieto o di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti, con l'uso di locuzioni –deve- o –è obbligato-, l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione”, non consente di superare la previsione del comma 2 dell'art. 275 del d.P.R. n. 207/2010.

Anche detta censura, pertanto, si presenta fondata.

In definitiva, i primi due motivi di ricorso sono fondati e, pertanto, il ricorso principale deve essere accolto, potendo restare assorbite le ulteriori doglianze e questioni sollevate da parte ricorrente.

Le spese di causa seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

-respinge il ricorso incidentale;

-accoglie il ricorso principale nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna Agno Chiampo Ambiente srl e S.I.T. Società Igiene Territorio S.p.A, in solido tra loro, al pagamento delle spese di causa che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA, CPA e oneri come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **03/12/2014**

IL SEGRETARIO

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