



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. II
ter, ha pronunziato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. **151/2007** proposto dalla società **ECOLUX Consorzio di imprese**, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Marcello Cardi ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso, sito in Roma, Viale Bruno Buozzi n. 51;

contro

- la Fiumicino Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso in giudizio dall'Avv. Anna Maria Pitzolu ed elettivamente domiciliato presso lo studio della stessa, in Roma, alla Via Lucio Coilio n. 19;

e nei confronti di

- della società Cometa s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso in giudizio dall'Avv. Dimitri Goggiamani ed elettivamente domiciliato

presso lo studio dello stesso, in Roma, Via Trionfale n.
7032;

per l'annullamento previa sospensiva

del provvedimento della Fiumicino Servizi s.p.a. di cui al
prot. n. 1208 dell'1.12.2006, con il quale l'offerta presentata
dalla impresa ricorrente per l'affidamento dei servizi di
pulizia e disinfezione degli edifici pubblici del Comune di
Fiumicino è stata ritenuta non congrua;

del verbale della Commissione di gara del 29.11.2006 nella
parte in cui l'offerta presentata dalla ricorrente per
l'affidamento dei servizi di pulizia e disinfezione degli
edifici pubblici del Comune di Fiumicino è stata ritenuta
non congrua;

del provvedimento di aggiudicazione della gara a favore
dell'impresa controinteressata Cometa s.r.l. di cui al verbale
del C.d.A. del 14.12.2006;

nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione
intimata nonché dell'impresa controinteressata;

Visto il decreto presidenziale n. 81/2007 del 10.1.2007;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore alla camera di consiglio del 22.1.2007 il Consigliere Maria Cristina Quiliggotti, ed uditi gli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio;

Ritenuta la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 9 della L. n. 205/2000 ai fini della decisione in forma semplificata;

FATTO

Con ricorso notificato il 18.12.2006 e depositato il 9.1.2007, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento della Fiumicino Servizi s.p.a. di cui al prot. n. 1208 dell'1.12.2006, con il quale l'offerta presentata dalla ricorrente per l'affidamento dei servizi di pulizia e disinfezione degli edifici pubblici del Comune di Fiumicino è stata ritenuta non congrua, il verbale della Commissione di gara del 29.11.2006 nella medesima parte ed il provvedimento di aggiudicazione della gara a favore dell'impresa controinteressata Cometa s.r.l. di cui al verbale del C.d.A. del 14.12.2006, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1- Violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 157/1995 e
del D Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione
del bando di gara.

2- Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di
istruttoria e violazione del D.M. 16.3.2005.

3- Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n.
241/1990 ed eccesso di potere per difetto di motivazione.

Con decreto presidenziale n. 81/2007 del 10.1.2007 è stata
accolta inaudita altera parte la istanza di sospensione
cautelare dei provvedimenti impugnati nelle more e fino alla
camera di consiglio del 22.1.2007 fissata per la trattazione
collegiale della detta istanza.

Si è costituita in giudizio la Fiumicino Servizi s.p.a. in data
15.1.2007 depositando memoria con la quale ha dedotto, nel
merito, l'infondatezza del ricorso in esame, chiedendone il
rigetto.

Si è, altresì, costituita in giudizio anche la società
controinteressata Cometa s.r.l. in data 19.1.2007,
depositando memoria con la quale ha dedotto, nel merito,
l'infondatezza del ricorso in esame, chiedendone il rigetto.

Alla camera di consiglio del 22.1.2007, il ricorso è stato
preso in decisione alla presenza dei procuratori delle parti

come d'averbale di causa agli atti del giudizioi quali hanno insistito nelle rispettive difese.

DIRITTO

Il ricorso è fondato sotto l'assorbente primo motivo di censura con il quale è stata dedotta la violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 157/1995 e del D. Lgs. n. 163/2006 nonché l'eccesso di potere per violazione del bando di gara.

Ed infatti il bando di gara della Fiumicino Servizi s.p.a., pubblicato in data 1.7.2006, nonché il disciplinare di gara allegato sono stati redatti, per quanto concerne l'aspetto che rileva in questa sede, in applicazione del D. Lgs. n. 157/1995.

In particolare il disciplinare di gara richiama testualmente, per quanto attiene al procedimento di verifica delle anomalie delle offerte, la norma di cui all'art. 25 del D. lgs. n. 157/1995.

Ed infatti l'art. 2 del detto disciplinare, rubricato “Procedura di aggiudicazione”, prevede testualmente che la Commissione, dopo l'apertura delle buste contenenti la offerta economica, proceda “alla verifica di congruità delle offerte, ai sensi dell'art. 25 del d. lgs. 157/95 e successive

modificazioni, tenendo conto, al fine di determinare la congruità delle offerte, anche di quanto previsto dalla legge 7.11.2000 n. 347 ...”.

La Fiumicino Servizi sp.a., invece, anziché dare applicazione alla indicata norma di cui all'art. 25 del D. lgs. n. 157/1995, cui si era vincolata in sede di bando di gara e di disciplinare, ha proceduto ai sensi degli artt. 86 ed 87 del D. lgs. n. 163/2006, seguendo il nuovo procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte ivi previsto per gli appalti pubblici di servizi.

La scelta della Commissione di gara è stata dettata, come dedotto in sede di costituzione in giudizio dalla sua difesa e ribadito in sede di trattazione orale del ricorso, dalla circostanza che il D. Lgs. n. 163/2006 è entrato in vigore in data 1.7.2006, ossia in data antecedente alla pubblicazione del bando di gara di cui trattasi in data 10.8.2006, quando, pertanto, la norma di cui all'art. 25 del D. lgs. n. 157/1995, testualmente richiamata in sede di bando di gara, doveva ritenersi non più in vigore in quanto abrogata dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con decorrenza 1 luglio 2006, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 257 del medesimo decreto.

La Commissione ha ritenuto di potere procedere in tale direzione, nonostante il testuale disposto del bando di gara, attraverso la interpretazione del bando di gara e del disciplinare nella parte in cui dispone il detto rinvio specificando “e successive modificazioni”, al fine di salvaguardarne la legittimità e la validità ai sensi dell’art.

1362 c.c...

Ha, pertanto, inteso che nelle “successive modificazioni” dovessero essere ricomprese anche le disposizioni di cui al citato D. Lgs. n. 163/2006.

La detta prospettazione, tuttavia, non merita condivisione.

Ed infatti il rinvio alla normativa sopravvenuta nella materia modificativa del disposto di legge, insito nella formula delle “e successive modificazioni” non può essere inteso in senso dinamico, ossia nel senso di ritenere automaticamente recepita in sede di bando di gara qualunque modifica successiva nella materia stessa.

In particolare non può fondatamente ritenersi che la detta stereotipata formula di rinvio consentisse di ritenere l’applicabilità delle norme del D. lgs. n. 163/2006 con il quale la normativa in materia di appalti pubblici di servizi, per quanto attiene in modo specifico proprio i presupposti

ed il procedimento di verifica della anomalia delle offerte, è stata interamente riveduta.

In tal senso depone proprio ulteriormente il dato testuale del disciplinare di gara nella parte che interessa, laddove, successivamente al richiamo all'art. 25 del D Lgs. n. 157/1995, rinvia specificatamente al disposto di cui alla L. n. 327/2000, che è intervenuta nella materia concernente la anomalia delle offerte economiche apportandovi alcune modificazioni ed innovazioni (concernenti in particolare il criterio di verifica della detta anomalia con la specifica indicazione dei relativi parametri), pur senza incidere in modo diretto sul testo del richiamato art. 25.

Procedendo in tal modo nella redazione del disciplinare di gara, l'amministrazione ha mostrato senza alcun dubbio che il mero richiamo alle “ successive modificazioni” non è da considerarsi sufficiente al fine di ritenere la diretta operatività di un disposto di legge innovativo nella materia in mancanza di uno specifico richiamo testuale; ed infatti lì dove ha voluto, l'amministrazione ha provveduto ad un richiamo esplicito.

La Fiumicino Servizi s.p.a., pertanto, non avrebbe potuto procedere ad una operazione interpretativa nel senso in

precedenza indicato e come propugnato dalla sua difesa in giudizio, in quanto non si tratta di mera interpretazione del bando al fine di salvaguardarne la validità bensì di vera e propria integrazione dello stesso, in modo difforme al suo dato testuale esplicito.

Né in senso contrario, come vorrebbero le difese dell'amministrazione e della controinteressata, secondo le argomentazioni svolte anche in sede di trattazione orale del ricorso alla camera di consiglio, depone il testuale richiamo di cui al punto III.2.1.3. del bando di gara e del punto A.8 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono espressamente la possibilità di avvalersi dei requisiti di capacità di imprese terze da parte dei partecipanti alle gare con un richiamo testuale all'art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006.

Ed infatti, come testualmente riconosciuto in memoria dalla stessa difesa della Fiumicino servizi s.p.a., nelle more dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163/2006, pubblicato nella G.U. del 2.5.2006 n. 100, le stazioni appaltanto erano tenute a dare applicazione alle norme ritenute self executing, tra le quali la detta difesa vi riconduce espressamente proprio il richiamato art. 49 in materia di avvilimento dei requisiti.

Ne consegue che la circostanza che il bando ed il disciplinare di gara di cui trattasi contengano uno specifico riferimento al detto art 49 del cd. Codice degli appalti De Lise non assume alcuna rilevanza ai fini che interessano in questa sede.

Anzi potrebbe dimostrare come, al momento della redazione di questi ultimi la amministrazione non fosse pienamente consapevole dell'avvenuta entrata in vigore del detto Codice e come il richiamo ad una delle sue disposizioni sia stato fatto sulla base di un presupposto diverso rispetto a quello della sua ritenuta immediata operatività alla data di pubblicazione del bando.

Né, infine, rileva che l'entrata in vigore, alla data dell'1.7.2006, anteriore alla pubblicazione del bando di gara di cui trattasi, del nuovo Codice degli appalti cd. De Lise, di cui al citato D. Lgs. n. 163/2006, dovesse ritenersi circostanza conosciuta o comunque conoscibile da parte dei concorrenti secondo l'ordinario criterio di diligenza, come ulteriormente dedotto nella memoria di difesa della amministrazione. Ed infatti l'unica circostanza che si ritiene effettivamente rilevante, ai fini che interessano, è il dato testuale del bando di gara che costituisce la lex specialis

della gara come autodeterminata da parte della stazione appaltante ed alla quale la stessa pertanto deve ritenersi assolutamente vincolata nello svolgimento della gara cui si riferisce.

Sebbene, pertanto, per giurisprudenza consolidatasi nella materia, è ammissibile la interpretazione da parte della Commissione di gara delle disposizioni equivoche o contraddittorie contenute nel bando di gara al fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara alle imprese interessate, tuttavia, non si ritiene ammissibile che il bando ed il disciplinare allegato siano, in sostanza, interpretati in modo integrativo, ossia in un senso che, evidentemente, opera in direzione contraria rispetto a quella indicata dal dato testuale, soprattutto quanto non possa ritenersi la ambiguità della disposizione relativa che, appunto, appare, invece, assolutamente chiara ed univoca nel suo dato testuale.

In conclusione la Fiumicino Servizi s.p.a. avrebbe dovuto, una volta ravvisata la illegittimità del bando di gara e dell'allegato disciplinare, nella parte in cui testualmente richiamano una disposizione di legge da ritenersi non più in vigore in quanto abrogata, procedere preventivamente al

loro annullamento in autotutela nella parte de qua e bandire, successivamente, una nuova gara nel rispetto della normativa vigente in materia di presupposti e procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte di gara.

Il ricorso è pertanto fondato sotto l'assorbente primo motivo di censura.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, in considerazione della novità della questione in trattazione.

Si dichiara irripetibile il contributo unificato.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda ter, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara irripetibile il contributo unificato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma il 22.1.2007, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori magistrati:

Michele Perrelli, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere

Maria Cristina Quiliggotti, Consigliere estensore