



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 Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6738 del 2011, proposto dalla società Multiservice s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе (R.T.I.) con la società Bureau Veritas Italia s.p.a.; nonché per la società Bureau Veritas Italia s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi anche disgiuntamente dagli avv. Stefano Vinti e Corinna Fedeli, presso lo studio dei quali, in Roma, via Emilia n.88, sono elettivamente domiciliati;

contro

Comune di Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi D'Ottavi, unitamente al quale elegge domicilio presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Roma, Via Tempio di Giove n.21;

nei confronti di

società Servizi Energia e Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea d'impresa costituita con la società Promoeco SME s.r.l. e con la società Itagas, nelle persone dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi - tutti - dagli Avv.ti Sebastiana Dore e Giorgio Leccisi, presso lo studio dei quali, in Roma, Via Principessa Clotilde, n.2, sono elettivamente domiciliati; società Itagas Ambiente srl e società Promoeco SME s.r.l., nelle persone dei rispettivi legali rappresentanti, non costituitisi in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n.1034 del 16 giugno 2010 del Dipartimento SIMU - V.U.O. di Roma Capitale, con la quale si è provveduto: a) all'aggiudicazione definitiva della concessione del servizio pubblico di controllo sull'esercizio e sulla manutenzione degli impianti termici presenti nel territorio comunale (ai sensi dell'art.9, comma 2, del D.Lgs.n.192/2005); b) al rilascio del nulla osta per la stipula del contratto; c) ed all'approvazione delle soluzioni migliorative proposte dall'ATI controinteressata;

- di tutti i verbali di gara della procedura, nella parte in cui hanno ammesso e successivamente valutato sia le offerte tecniche che le offerte economiche del raggruppamento temporaneo d'impresa poi risultato aggiudicatario definitivo; ed in particolare: del verbale del 23.4.2010 e del verbale del 14.1.2011;

- di tutti i verbali aventi ad oggetto le valutazioni tecniche, e di quelli relativi alla valutazione esperita dalla Commissione nominata per la

verifica della congruità dell'offerta economica;
dei provvedimenti con i quali la Commissione per la verifica della congruità dell'offerta ha valutato l'offerta presentata in gara dall'A.T.I. Servizi Energia Ambiente s.r.l. e la ha ritenuta congrua;
del parere legale reso dall'Avvocatura comunale in ordine alla legittimità dell'affidamento della concessione al costituendo RTI Servizi Energia e Ambiente s.r.l. a seguito dell'istanza di intervento in autotutela presentata dalla ricorrente;
- della nota prot. n.40751/11 dell'Avvocatura comunale;
dei verbali contenenti le valutazioni in ordine all'esito positivo delle verifiche dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, nonché dei requisiti generali del raggruppamento aggiudicatario;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente o comunque connesso, vi compresi ulteriori verbali della Commissione giudicatrice, nonché dell'eventuale contratto stipulato con il nuovo aggiudicatario

e per la condanna

- al risarcimento in forma specifica;
- o, qualora non sia possibile ottenerlo, al risarcimento ai sensi dell'art.35 del D.lgs n.80 del 1998 come modificato dalla L. n.205 del 2000, nella misura almeno pari al mancato utile derivante dalla commessa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Soc Servizi Energia e Ambiente Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2011 il Cons. Avv. Carlo Modica de Mohac e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato all'Albo pretorio dall'11.1.2010 al 4.3.2010 e successivamente prorogato sino al 22 aprile successivo (per effetto di una rettifica), il Comune di Roma – Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana, indiceva una procedura aperta per l'affidamento in concessione (per la durata complessiva di quattro anni) del servizio pubblico di controllo dell'esercizio e della manutenzione degli impianti termici presenti nel territorio comunale, ai sensi dell'art.9, comma 2, del D.Lgs. n.19 del 2005.

L'importo complessivo presunto della concessione ammontava ad €7.327.745,60 (oltre IVA) ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.83 del D.Lgs. n.163 del 2006.

Successivamente la Commissione giudicatrice procedeva alla valutazione delle offerte tecniche, dalle quali risultava la seguente

scala di punteggi:

ATI Servizi Energia Ambiente s.r.l. (d'ora innanzi: ATI SEA), punti 57,66;

RTI MULTISERVICE, punti 54,493;

ACEA RETI E SERVIZI ENERGETICIA s.p.a., punti 34,718.

Si procedeva quindi all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dalle quali risultava: primo il raggruppamento controinteressato, con il punteggio di 36,87500; seconda l'Acea Reti e Servizi Energetici s.p.a., con punti 33,11692; e terzo il ricorrente con punti 8,27529.

La graduatoria provvisoria vedeva quindi al primo posto la società controinteressata con il punteggio complessivo di 94,50100; al secondo posto la ricorrente con il punteggio complessivo di 82,76829, ed al terzo posto Acea Reti e Servizi Energetici s.p.a. con 33,11692.

Il Dipartimento Sviluppo Infrastrutture del Comune di Roma chiedeva, quindi, alla prima classificata gli elementi giustificativi per la verifica della congruità dell'offerta e la Commissione nominata appositamente riteneva che non sussistessero profili di anomalia.

In data 28.3.2011 il RTI Multiservice rappresentava al Comune profili di asserita illegittimità della procedura e chiedeva all'Amministrazione di provvedere in autotutela al ritiro degli atti di approvazione della graduatoria provvisoria, avviando che in difetto avrebbe proposto ricorso in sede giurisdizionale.

Il Comune di Roma, su parere dell'Avvocatura comunale, respingeva la domanda e procedeva all'aggiudicazione definitiva in favore

dell'ATI SEA (ATI fra Servizi Energia e Ambiente s.r.l., Itagas Ambiente s.r.l. e Prometeo SME s.r.l.)

Con il ricorso in esame il RTI Multiservice s.p.a. ha pertanto impugnato i provvedimenti di aggiudicazione e gli atti ed i provvedimenti indicati in epigrafe, e ne chiede l'annullamento, con vittoria di spese, per le conseguenti statuizioni reintegratorie, risarcitorie e di condanna.

La ricorrente lamenta:

1) violazione e falsa applicazione dell'art.13, comma 1, del DL n.23/006 (conv. In L. n.248 del 2006), dell'art.49 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dei principii generali in materia di partecipazione delle società "in house" a procedure ad evidenza pubblica; nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione degli artt. III.2.2. e III.2.3. del bando di gara, deducendo l'illegittimità dell'offerta dell'ATI aggiudicataria (ATI SEA) in quanto la mandante Prometeo SME s.r.l. *si è "avvalsa"* dei requisiti della società Multiservizi Energia s.r.l., a sua volta interamente partecipata dalla società Multiservizi s.p.a. che è una *società mista con capitale pubblico di maggioranza* che svolge *attività strumentali e funzioni amministrative per gli enti pubblici che la compongono, mediante affidamento diretto* da essi.

2) violazione e falsa applicazione dell'art.49 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dei principii in materia di contratti di avvalimento, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento, deducendo che il contratto di "avvalimento" stipulato fra la società Promoeco SME e la società ausiliaria Multiservizi s.r.l. è stato sottoscritto dalla medesima

persona fisica in qualità di Amministratore sia dell'una che dell'altra; che dunque esso è annullabile, ai sensi dell'art. 1395 c.c. (perché concluso da soggetto che si trovava in posizione di conflitto di interesse), e che pertanto l'offerta andava esclusa per mancanza di un valido negozio autorizzativo dell' "avvalimento";

3) violazione e falsa applicazione dell'art.23 bis, comma 9, del DL n.112 del 2008, dell'art.49 del D.lgs n.163 del 2006, nonché dei principii generali in materia di partecipazione a gare pubbliche da parte di società ed imprese esercenti servizi pubblici locali, deducendo che per la stessa ragione per la quale non avrebbe potuto partecipare alla gara (e cioè per il fatto che beneficiava di "affidamenti diretti" da Pubbliche Amministrazioni), la Multiservizi s.p.a. non avrebbe neanche potuto "prestare" le proprie risorse alla Promoeco SME;

4) violazione e falsa applicazione dell'art.23 bis, comma 9, del DL n.112/2008, dell'art.49 del D.Lg n.163 del 2006, e dei principii generali in materia di affidamento e svolgimento dei servizi pubblici locali, deducendo che neanche la società Itagas Ambiente s.r.l., altra associata del raggruppamento risultato vincitore, avrebbe potuto partecipare alla procedura, posto che essa ha costituito con la Provincia di Pescara una società denominata "Provincia e Ambiente s.p.a.", la quale al momento della celebrazione della gara aveva, anch'essa, affidamenti diretti di servizi pubblici locali;

5) violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.lgs. n.163 del 2006, dell'art.III.2 ("condizioni di partecipazione") e III.2.1., lett. 'B' del Bando di gara, ed eccesso di potere per disparità di trattamento,

deducendo che l'ATI SEA doveva essere esclusa perché sia la SEA che la ITAGAS Ambiente hanno presentato la dichiarazione relativa all'art.38, punto 1, del D.Lgs n.163 del 2006 (richiesta dal punto III.2.1 del bando) priva dell'attestazione di cui alla lettera "m" quater del citato articolo;

6) violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.Lgs n.163 del 2006, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità, carenza di presupposti e sviamento, deducendo che il RTI aggiudicatario non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto nel 2008 la mandataria ha acquisito il ramo d'azienda della società ASEA s.r.l., esercente l'attività oggetto di gara, ma non ha prodotto le dichiarazioni ex art.38 del D.Lgs n.163 del 2006 degli amministratori della cedente

7) violazione e falsa applicazione dell'art.75 del D.Lgs n.163 del 2006 e dei principii generali in tema di polizze fideiussorie, deducendo che l'offerta del RTI SEA doveva essere esclusa perché la polizza fideiussoria dallo stesso depositata non prevedeva tra i soggetti garantiti anche l'impresa Multiservizi Energia s.r.l., indicata come ausiliaria nella domanda di partecipazione;

8) violazione e falsa applicazione dell'art.13, comma 1, del DL n.223 del 2006 conv. in L. n.48 del 2006, nonché dei principii generali in materia di partecipazione delle società "in house" a procedure ad evidenza pubblica, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, e violazione degli artt.III.2.2. e III.2.3. del Bando di gara, deducendo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso

in quanto la partecipazione della Promoeco SME costituisce un espediente per far partecipare alla gara anche la Multiservizi s.p.a (in violazione del divieto sancito dal citato art.13);

9) violazione e falsa applicazione dell'art.13, comma 1, del DL n.223 del 2006, conv. in L.248 del 2006, nonché dei principii generali in materia di partecipazione delle società "in house" a procedure ad evidenza pubblica, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, e violazione degli artt.III.2.2. e III..2.3. del Bando di gara, deducendo che anche Itagas Ambiente gode di un mercato riservato garantito dalla sua partecipazione nella società Provincia e Ambiente s.p.a. (la quale è affidataria diretta di pubblici servizi).

Ritualmente costituitisi sia il Comune di Roma Capitale che l'ATI Servizi Energia Ambiente (d'ora innanzi SEA) hanno eccepito l'infondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto con vittoria di spese. L'ATI SEA ha poi proposto ricorso incidentale con cui impugna le determinazioni provvedimentali ed i verbali della Commissione giudicatrice, nella parte in cui hanno omesso di escludere la ricorrente dalla gara e ne hanno valutato l'offerta tecnica ed economica.

Lamenta, al riguardo:

- 1) violazione dell'art.38 del DL n.163 del 2006, deducendo che il raggruppamento ricorrente non ha reso le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti richiesti;
- 2) violazione dell'art.37, comma 13, del D,Lgs n.163 del 2006 e violazione del punto III.2.1. lett. 'E' del Bando di gara, deducendo che il raggruppamento ricorrente ha prodotto le dichiarazioni di cui ai

citati punti del bando in modo incompleto (e ciò in quanto ha ommesso di indicare le percentuali di prestazione che avrebbe eseguito ciascuna delle imprese raggruppate);

3) violazione, sotto altro profilo, dell'art.37 del D.Lgs n.163 del 2006 e del punto III.1.1. del Bando di gara e del punto 3.2. del Disciplinare di gara, deducendo che la garanzia richiesta dal bando è stata erroneamente intestata al raggruppamento ricorrente, anziché a ciascuna impresa dello stesso;

4) violazione dell'art.75 del D.Lgs. n.163 del 2006 e del punto III.1.1. del Bando di gara e del punto 3.2. del Disciplinare, deducendo che il certificato ISO 9001/2008 è insufficiente dimostrare la qualità dell'impresa mandante;

5) violazione e falsa applicazione dell'art.49 del D.Lgs n.163 del 2006 e del punto III.1. del Bando di gara, deducendo che in assenza di specifica prescrizione della *lex specialis* il “frazionamento” dei requisiti in capo alle imprese ausiliarie, mediante c.d. “avvalimento”, non è consentito;

6) violazione e falsa applicazione dell'art.49 del D.Lgs n.163 del 2006 e del punto III.2.2 e III.2.3. del Bando di gara, deducendo che la dichiarazione di avvalimento dei requisiti effettuata dalla Bureau Veritas Italia s.p.a. non è in ogni caso idonea ad impegnare l'ausiliaria; e ciò in quanto essa è stata resa in contrasto con le previsioni di cui alla citata norma;

7) violazione degli artt.41, 42, 48 e 49 del D.Lgs n.163 del 2006 e del punto III.2.2. e III.2.3. del bando di gara, ed eccesso di potere per

difetto di istruttoria ed erroneità dei presupposti, deducendo che dall'esame della documentazione presentata, non risulta comprovato il possesso dei requisiti richiesti dal Bando;

8) violazione dell'art.37, comma 13, del D.Lgs n.163 del 2006, e dell'art. 2298 del codice civile, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erroneità dei presupposti, deducendo che la società Bureau Veritas Italia s.p.a. non poteva partecipare alla gara in quanto non è abilitata a svolgere l'attività di controllo degli impianti termici (posto che l'oggetto sociale della società non ricomprende tali attività);

9) violazione dell'art.75 del D.Lgs. n.163 del 2006 e violazione del punto III.2.2.1. del Bando, deducendo che il raggruppamento ricorrente ha prodotto dichiarazioni referenziali bancarie troppo generiche;

10) violazione dell'art.23 bis, comma 9, del DL n.11 del 2008, deducendo che la società Multiservice s.p.a. aveva beneficiato di un affidamento diretto del servizio di "controllo dello stato di esercizio e di manutenzione degli impianti termici" da parte del Comune di Genova (ragion per cui andava esclusa ai sensi della citata disposizione del bando);

11) ed in subordine, violazione dell'art.75 del D.Lgs n.163 del 2006 e violazione dei principii in materia di polizze fideiussorie, deducendo che ove l'interpretazione del citato art.75 fosse quella ipotizzata (nel 7° motivo del ricorso principale) dal raggruppamento ricorrente, allora anche quest'ultimo avrebbe dovuto essere escluso per non

avere fatto includere nella garanzia fideiussoria anche le società indicate come sue “ausiliarie”;

12) ed in estremo subordine, violazione dell’art.13, comma I, del DL n.23 del 2006 conv. in L. n.248 del 2006, deducendo che ove la corretta interpretazione del citato art.13 sia quella ipotizzata dal raggruppamento ricorrente (negli ultimi motivi del ricorso principale), allora per la stessa ragione anche quest’ultimo avrebbe dovuto essere escluso; e ciò in quanto la società Multiservice si è avvalsa di (*rectius*: ha computato nelle percentuali dei requisiti asseritamente posseduti) una sua pregressa esperienza acquisita mediante una convenzione del 31.1.1999 con il Comune di Genova stipulata mediante “affidamento diretto”.

Nel corso della causa le parti hanno insistito nelle rispettive domande, eccezioni e controdeduzioni.

Infine, all’udienza fissata per la discussione del merito, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è infondato.

1.1. Con il primo, ottavo e nono mezzi di gravame - che possono essere trattati congiuntamente in considerazione della loro connessione argomentativa - il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell’art.13, comma 1, del DL n.23/006 (conv. In L. n.248 del 2006), dell’art.49 del D.Lgs. n.163 del 2006 e dei principii generali in materia di partecipazione delle società “in house” a procedure ad evidenza pubblica; nonché eccesso di potere per difetto

di istruttoria e violazione degli artt. III.2.2. e III.2.3. del bando di gara, deducendo l'illegittimità dell'offerta dell'ATI aggiudicataria (ATI SEA) in quanto la mandante Prometeo SME s.r.l. si è "avvalsa" dei requisiti della società Multiservizi Energia s.r.l., a sua volta interamente partecipata dalla società Multiservizi s.p.a., la quale è una società mista con capitale pubblico di maggioranza che svolge attività strumentali e funzioni amministrative per gli enti pubblici che la compongono, mediante affidamento diretto da essi.

La doglianza non merita accoglimento.

Come risulta dalla documentazione in atti, la società Multiservizi Energia *non ha come oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici per incarico e su affidamento diretto di Amministrazioni o Enti pubblici*, e svolge la sua attività d'impresa in regime di libero mercato secondo le regole della concorrenza.

Il fatto che essa sia controllata dalla Multiservizi s.p.a., società mista a capitale pubblico di maggioranza (partecipata al 51% da Province e Comuni), *non è rilevante* ai fini dell'applicazione dell'art.13 del DL 223 del 2006: neanche la predetta società ha come oggetto sociale, infatti, lo svolgimento di attività riconducibili alla "produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti" (pubblici) che ne sono soci.

Ed entrambe le società *non possono comunque svolgere* - posto che l'oggetto sociale non lo contempla - *attività di verifica di impianti termici*.

Posto dunque che la Multiservizi s.p.a. *non è una c.d. "società strumentale"*, *non svolge servizi istituzionali per conto ed in nome degli Enti ad essa partecipanti* in qualità di soci e comunque *non svolge attività di verifica*

degli impianti termici oggetto della gara per cui è causa, il fatto che essa possieda la maggioranza del capitale della (e dunque controlli la) Multiservizi Energia, *si appalesa del tutto irrilevante.*

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa formatasi sulla questione afferma, infatti, che il divieto di cui all'art.13 del DL n.223/2006 si applica esclusivamente alle società strumentali partecipate dagli enti locali *che svolgono i medesimi servizi strumentali* per tali enti (Cfr: CS, V[^], 7.7.2009 n.4346; Id., VI[^], 16.1.2009 n.215; TAR Lazio, I[^], n.33046/2010) e che *“il presupposto per l'eventuale applicazione della norma anche nei confronti delle società di terza generazione è che la società costituita o posseduta dall'Ente locale svolga servizi strumentali per lo stesso”* (CS, Ad. Pl., n.17/2011).

1.2. Con il secondo mezzo di gravame il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art.49 del D.Lgs. n.163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento, deducendo che il contratto di “avvalimento” stipulato fra la società Promoeco SME e la società ausiliaria Multiservizi s.r.l. è stato sottoscritto dalla medesima persona fisica in qualità di Amministratore sia dell'una che dell'altra; che quindi esso è annullabile, ai sensi dell'art. 1395 c.c. (perché concluso da soggetto che si trovava in posizione di conflitto di interesse), e che pertanto l'offerta andava esclusa per mancanza di un valido negozio autorizzativo dell'”avvalimento”.

La doglianza non merita accoglimento per varie ragioni..

Innanzitutto in quanto la fattispecie dedotta in giudizio concerne la stipula di un contratto fra due persone giuridiche, il che esclude in

radice l'applicabilità dell'art.1395 c.c., essendo evidente che il sottoscrittore del contratto di avvalimento *non ha in alcun caso agito "in proprio"*, ma sempre come Amministratore; *e comunque mai nella qualità di "rappresentante"* (ma in qualità di "organo", determinante direttamente la volontà della persona giuridica).

Inoltre, anche a prescindere da ciò non può essere ignorato:

- che l'annullamento del contratto può essere chiesta esclusivamente dal "rappresentato";
- e che poiché nessuno ha agito in tal senso, non resta che dedurre che *non sussisteva - e comunque non è venuta in rilievo - alcuna posizione di conflitto d'interessi.*

E ciò non senza sottolineare che, in ogni caso, *alla data di celebrazione della gara il contratto in questione era valido ed efficace*, dal che deriva che giammai - *rebus sic stantibus* - la Stazione appaltante avrebbe potuto escludere l'offerta del RTI SEA per asserita (o pretesa) mancanza dell'atto autorizzativo all'avvalimento.

1.3. Con il terzo, quarto, ottavo e nono mezzi di gravame - che possono essere trattati congiuntamente in considerazione della loro connessione argomentativa - il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art.23 bis, comma 9, del DL n.112 del 2008, dell'art.49 del D.lgs n.163 del 2006, nonché dei principii generali in materia di partecipazione a gare pubbliche da parte di società ed imprese esercenti servizi pubblici locali, deducendo:

- a) che per la stessa ragione per la quale non avrebbe potuto partecipare alla gara (e cioè per il fatto che beneficiava di affidamenti

diretti), la Multiservizi s.p.a. non avrebbe neanche potuto “prestare” le proprie risorse alla Promoeco SME;

b) e che neanche la società Itagas Ambiente s.r.l., altra mandataria del raggruppamento risultato vincitore, avrebbe potuto partecipare alla procedura, posto che essa ha costituito con la Provincia di Pescara una società denominata “Provincia e Ambiente s.p.a.”, la quale al momento della celebrazione della gara aveva affidamenti diretti di servizi pubblici locali.

La doglianza non merita accoglimento.

Come evidenziato dalla Difesa della controinteressata e della stessa Amministrazione, al momento dell’indizione della gara la Multiservizi s.p.a. - controllante la Multiservizi Energia s.r.l. - *non aveva affidamenti diretti*, essendo gli stessi cessati in applicazione dell’art.113, comma 1, della L. n.267 del 2000 ed avendo la Provincia di Enna, titolare delle quote di maggioranza, ormai ceduto il capitale sociale a soci privati mediante procedura ad evidenza pubblica..

Quanto, poi, ad Itagas Ambiente s.r.l., dagli atti di causa è emerso che essa è un socio privato di minoranza (al 22%) della società mista “Provincia e Ambiente s.p.a.”; *svolge attività di impresa nel libero mercato; non è partecipata da alcun ente pubblico e non beneficia di alcun affidamento diretto di servizi pubblici locali in virtù della sua partecipazione azionaria nella predetta società mista.*

Ragioni, queste, per le quali il provvedimento resiste ai profili di doglianza esaminati.

1.4. Con il quinto mezzo di gravame il RTI ricorrente lamenta

violazione e falsa applicazione dell'art.38 del D.lgs. n.163 del 2006, dell'art.III.2 (“condizioni di partecipazione”) e III.2.1., lett. ‘B’ del Bando di gara, ed eccesso di potere per disparità di trattamento, deducendo che l’ATI SEA doveva essere esclusa perché sia la SEA che la ITAGAS Ambiente hanno presentato la dichiarazione relativa all’art.38, punto 1, del D.Lgs n.163 del 2006 (richiesta dal punto III.2.1 del bando) priva dell’attestazione di cui alla lettera “m” quater del citato articolo;

La doglianza non merita accoglimento.

SEA e ITAGAS hanno dichiarato ai sensi del DPR n.445 del 2000 *“di non trovarsi nelle condizioni di esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici e di stipula dei relativi contratti e previste dall’art.38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 e smi”*, sicchè è evidente che in tale dichiarazione è compresa quella di non trovarsi *neanche nelle condizioni descritte dalla lettera “m quater” del citato art.38.*

E considerato che né SEA né ITAGAS versano nella situazione prevista dall’art.2359 del codice civile, e che i soggetti non hanno conseguito condanne penali, la dichiarazione resa si appalesa conforme sotto ogni profilo a quanto richiesto dal bando.

1.6. Con il sesto mezzo di gravame il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell’art.38 del D.Lgs n.163 del 2006, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità, carenza di presupposti e sviamento, deducendo che il RTI aggiudicatario non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto nel 2008 la mandataria ha acquisito il ramo d’azienda della società ASEA s.r.l., esercente

L'attività oggetto di gara, ma non ha prodotto le dichiarazioni ex art.38 del D.Lgs n.163 del 2006 degli amministratori della cedente.

La doglianza non merita accoglimento.

La prevalente giurisprudenza afferma che *“manca nel codice degli appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici della cedente sia ai debiti tributari e previdenziali dalla stessa contratti, mentre l'art.51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo d'azienda successiva all'aggiudicazione della gara”*; e che *“ne discende che in assenza di tale norma e per il principio di soggettività e personalità della responsabilità, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato dichiarazioni in ordine alla posizione del cedente”* (cfr., fra le molte, CS, V[^], 21.5.2010 n.3213; id., 10.9.2010 n.6550; TAR Lazio, III[^] ter, 14.10.2010 n.32822).

1.7. Con il settimo mezzo di gravame il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art.75 del D.Lgs n.163 del 2006 e dei principii generali in tema di polizze fideiussorie, deducendo che l'offerta del RTI SEA doveva essere esclusa perché la polizza fideiussoria dallo stesso depositata non prevedeva tra i soggetti garantiti anche l'impresa Multiservizi Energia s.r.l., indicata come ausiliaria nella domanda di partecipazione.

La doglianza non merita accoglimento.

Come già affermato dalla giurisprudenza in precedenti analoghi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso nella *lex specialis* di gara e non esistendo alcuna norma di legge che imponga l'onere in

questione (si veda in particolare l'articolo 49 del D.Lgs n. 163/2006), il comportamento dell'Amministrazione resiste alla censura (TAR Lecce, III[^], 21.4.2011 n.723; TAR Veneto, I[^], 10.1.2011 n.12).

1.8. Per tutto quanto sopra osservato il ricorso va respinto.

2. Dalla reiezione del *ricorso principale* consegue la *sopravvenuta carenza d'interesse* alla coltivazione del *ricorso incidentale, accessorio* al primo.

3. In considerazione delle superiori osservazioni il *ricorso va respinto*.

Si ravvisano giuste ragioni per condannare la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in complessivi €.4.000,00 - oltre IVA e CPA - da dividere in parti eguali fra le resistenti Amministrazione e ATI.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, *respinge il ricorso in epigrafe*.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore delle parti costituite che si liquidano in complessivi 4.000,00 da ripartire nella misura della metà per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 13 dicembre 2011 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2012

IL SEGRETARIO

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