



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 Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3007 del 2010, proposto da:  
Soc. Getea Italia a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità del R.T.I. con le Soc Perna Ecologica a r.l., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, Consorzio Campano Trasporti Ecologici, rappresentati e difesi dall'avv. Massimo Foglia, con domicilio eletto presso Tar Lazio Segreteria Tar Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

***contro***

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Sottosegretario di Stato Missione Aree, Siti ed Impianti, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

S.p.a. Ibi Idrobioimpianti, n.c.;

***per l'annullamento***

della determina del Capo di Missione, prot. n. 0027338 del 30.12.2008, comunicata a mezzo fax il successivo 5 gennaio 2009, avente ad oggetto l'esclusione dalla procedura di appalto per l'affidamento di lavori di progettazione esecutiva, realizzazione e gestione della discarica, in località Pozzelle, del comune di Terzigno; del parere del Capo della Segreteria del Sottosegretario di Stato per l'emergenza rifiuti in Campania reso con nota 27172 del 29.12.2008; dei provvedimenti cui fa riferimento al nota del Capo di Missione, prot. n. 2880 del 26 gennaio 2009 con cui era comunicata la decisione assunta dalla S.A. di disporre la non aggiudicabilità della procedura negoziata, stante l'assenza di offerte appropriate; del provvedimento prot. 0004051 del 4 febbraio 2009, comunicato in parti data, con il quale la Presidenza del Consiglio rifiutava l'accesso agli atti; degli atti endoprocedimentali ed extra procedimentali, di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e susseguenti; nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni causati al patrimonio e all'immagine della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri - Sottosegretario di Stato Missione Aree, Siti ed Impianti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2012 il Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società istante esponeva di aver presentato domanda di ammissione alla procedura negoziata indetta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri per la progettazione, la realizzazione e la gestione della discarica di località Pozzelle, a seguito di lettera d'invito del 23 ottobre 2008, in associazione con le Società Perna Ecologia s.r.l., Consorzio Campano Trasporti Ecologici, entrambe iscritte all'albo nazionale trasporti ed il Consorzio Libor, che partecipava per la Fin.Se.Co.s.p.a.. All'esito della prima fase, il Capo missione convocava la ricorrente per la seduta dell'11 dicembre 2008, in cui l'offerta di questa risultava quella economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, con la determina impugnata, il R.T.I. era escluso dalla procedura per carenza dei requisiti morali della Società Perna, a causa dei precedenti penali che emergevano dalla nota della Prefettura di Napoli e dalle risultanze del casellario giudiziario.

Infatti, a seguito della verifica dei presupposti in ordine alla presenza di motivi ostativi all'aggiudicazione, l'Amministrazione rilevava

molteplici illeciti a carico dell'Amministratore unico della Soc. Perna Ecologia a r.l. ed, in particolare, una condanna per violazione del Testo Unico sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e a carico del Direttore tecnico della predetta Società, con riferimento ad una condanna per trasporti abusivi. Ancora, l'Amministrazione esponeva il difetto del presupposto fiduciario necessario al fine dell'affidamento delle opere di primaria rilevanza per l'interesse nazionale, in ragione anche della qualifica di socio di maggioranza del Direttore tecnico in altra Società unitamente a soggetti implicati in indagini per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso (doc. 5 allegato all'atto di riassunzione).

La Società istante rappresentava di non essere stata a conoscenza degli addebiti a carico della Società Perna, peraltro partecipante all'ATI nella sola misura del 19% e per la categoria OG12 e, dunque, chiedeva di essere riammessa, anche previa esclusione o sostituzione della predetta Società.

Ancora, esponeva che gli addebiti a carico della Società Perna erano risalenti a dieci anni prima e che erano intervenute, nelle more, la depenalizzazione e la riabilitazione degli interessati e chiedeva, dunque, copia della nota della Prefettura.

L'istante riferiva, inoltre, che senza che fosse dato alcun riscontro, l'Amministrazione decideva – come comunicato con la nota del 26 gennaio 2009, anch'essa impugnata, di non procedere all'aggiudicazione, stante l'assenza di offerte appropriate.

Pertanto, l'istante proponeva ricorso per i seguenti motivi:

1 – erronea e falsa interpretazione dell'art. 13, comma 5 bis, l. n. 109 del 1994, dell'art. 2, comma 2, d.l. 23 maggio 2008 n. 90, convertito con modificazioni nella l. n. 123 del 2008, nonché difetto di istruttoria, eccesso di potere e violazione del principio del contraddittorio, poiché non sussisterebbero nella specie motivi idonei a giustificare il diniego di mostrare la documentazione né i presupposti per eseguire accertamenti particolarmente rigorosi dei requisiti di ordine generale di cui al d.lgs. n. 163 del 2006;

2 – violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006, della l. n. 15 del 2005, dell'art. 75, d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, della lex specialis, della l. n. 241 del 1990 con riferimento all'art. 3, per difetto di istruttoria e di motivazione, del principio del contraddittorio ed eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, nonché omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, poiché non era data alla ricorrente la possibilità di revocare il mandato nei confronti della Società aderente al raggruppamento, al fine di ottenere una differente valutazione;

3 – violazione e falsa interpretazione dell'art. 81, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, difetto di istruttoria e motivazione, violazione del principio del contraddittorio, eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, illogicità manifesta, travisamento ed omessa comunicazione del procedimento anche con riferimento al provvedimento di annullamento della gara.

Conseguentemente, l'istante chiedeva l'annullamento degli atti gravati e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni causati per il mancato utile e per quelli arrecati all'immagine della Società.

Inoltre, formulava istanza istruttoria in ordine ai provvedimenti posti a base della decisione dell'Amministrazione.

Il ricorso era proposto dinanzi al TAR della Campania, che con sentenza n. 879, depositata in data 10 febbraio 2010, dichiarava la propria incompetenza funzionale in favore del TAR Lazio. Pertanto, la parte provvedeva a riassumere il giudizio presso questo Tribunale.

Si costituiva l'Amministrazione, chiedendo la reiezione del gravame.

Con successiva memoria per l'udienza di discussione, peraltro, l'Amministrazione ribadiva la legittimità della valutazione afferente all'affidabilità dell'impresa a fronte della inequivocabile esistenza di reati incidenti sulla moralità professionale in capo ad una delle Società facenti parte del raggruppamento temporaneo di imprese.

La causa era trattenuta in decisione all'udienza del 23 maggio 2012.

## DIRITTO

1 – Osserva il Collegio che per ragioni di ordine logico deve trovare esame per primo il terzo gruppo di censure proposte dalla parte istante avverso la nota con cui l'Amministrazione ha comunicato la decisione di annullare la procedura.

Infatti, con la nota del 26 gennaio 2009, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Sottosegretario Missione Aree, Siti ed Impianti

informava che ai sensi dell'art. 79 comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, stante l'assenza di offerte appropriate era disposta la non aggiudicabilità della gara.

La ricorrente lamentava essenzialmente la mancata comunicazione del provvedimento con cui l'Amministrazione aveva assunto la determinazione di non procedere all'aggiudicazione ed il difetto di motivazione.

Osserva il Collegio che, nella specie, la decisione di non aggiudicare l'appalto è intervenuta in una fase nella quale non era stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione neppure provvisorio.

La determinazione dell'Amministrazione, pertanto, si è posta come interruzione della procedura negoziata, ancor prima che intervenisse il provvedimento conclusivo del procedimento, in una fase, dunque, in cui i risultati della procedura erano ancora del tutto instabili ed interinali.

Pertanto, non poteva ingenerarsi nella Società ricorrente una aspettativa tutelabile in ordine ad una posizione di vantaggio.

Non può che valere a riguardo quanto affermato dalla giurisprudenza con riferimento al caso di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, rispetto al quale, si è detto che "sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela ...incombe un onere di motivazione fortemente attenuato, circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; Id., sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8966; TAR

Puglia, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459).

Più in generale si è affermato che l'esercizio del potere di revoca della gara rientra pienamente nella discrezionalità rimessa all'Amministrazione, sino alla stipulazione del contratto, che è invece momento costitutivo delle obbligazioni contrattuali, in cui le volontà delle parti si incontrano. Pertanto, "Fino alla stipula del contratto, dunque, il procedimento di evidenza pubblica ha carattere unitario con la conseguenza che l'eventuale revoca dell'aggiudicazione non richiede l'avviso dell'avvio del procedimento, trattandosi dell'atto conclusivo della procedura di asta pubblica, che per sua natura garantisce la partecipazione dei soggetti interessati, e non di provvedimento "di secondo grado" (T.A.R Lazio Roma, sez. III, 09 settembre 2010, n. 32177, Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989; TAR della Basilicata, Potenza, 18 agosto 2006, n. 518).

Alla luce dei richiamati principi, deve, dunque, escludersi che, nella specie, gravasse sull'Amministrazione un onere di comunicare l'avvio del procedimento di autotutela. Mentre, la nota che ha comunicato la determinazione di non aggiudicare rende conto dell'impossibilità constatata di rinvenire offerte appropriate. Tale valutazione, peraltro, che rinvia logicamente a quanto rilevato con riferimento alla decisione di escludere la ricorrente, attiene invero al merito della scelta discrezionale assunta dall'Amministrazione medesima, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale al di là di eventuali profili di illogicità o sviamento, nella specie non dimostrati.



Si è anche affermato, al riguardo, che in ogni caso, l'applicazione dell'articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990 non renderebbe annullabile per omesso invio dell'avviso di avvio del procedimento, l'atto gravato (cfr, ex multis, T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 gennaio 2011 , n. 20).

Secondo quanto prima precisato, l'atto di revoca costituisce l'espressione di una valutazione di fatti ed elementi conosciuti successivamente in sede di verifica dei requisiti morali e professionali rispetto ai quali non si rinviene lo spazio per un ulteriore sindacato.

La censura si rivela, pertanto, infondata.

Ne deriva che deve essere respinto il capo di domanda diretto ad ottenere l'annullamento della determinazione di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

2 – Svolte siffatte conclusioni, in ordine all'ulteriore capo di domanda relativo all'annullamento dell'esclusione della ricorrente, in disparte i profili di permanenza dell'interesse alla relativa pronuncia a seguito della revoca della procedura, anche ai fini di quanto disposto dall'art. 34 comma 3, c.p.a. in ordine alla completezza delle garanzie di tutela predisposte dall'ordinamento, e stante la rilevata connessione tra la nota del 26 gennaio 2009 e la decisione di escludere dalla gara la ricorrente, ritiene il Collegio di dover comunque procedere all'esame dei primi due motivi di ricorso con cui l'istante censurava la determina del 30 dicembre 2008.

Con il primo motivo la ricorrente lamentava il difetto di ulteriore

indagine e di istruttoria da parte dell'Amministrazione e la mancanza di comunicazione di avvio del procedimento.

Quanto a quest'ultimo profilo giova brevemente richiamare la consolidata giurisprudenza che ha affermato che "Non sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento nel caso di esclusione dalla gara e di applicazione delle consequenziali misure afflittive, afferendo tali atti all'unico procedimento instaurato con la domanda di partecipazione alla gara d'appalto per i lavori." (Consiglio Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2512).

In relazione al lamentato difetto di istruttoria, appare evidente dallo stesso provvedimento – come correttamente osservato dalla difesa erariale - che l'Amministrazione ha preso le mosse dall'informativa prefettizia, operando una valutazione complessiva del contesto con particolare riferimento alla qualificazione legislativa della valenza strategica di interesse nazionale del sito di Terzigno, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.l. 23 maggio 2008 n. 90 in ordine ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, a fronte della documentazione attestante i reati a carico dell'Amministratore unico e del Direttore tecnico (cfr. in atti, nota del Comando Regione Carabinieri Campania prot. n. 333059/9-3 del 19 dicembre 2008).

Da quanto sin qui osservato deriva, altresì, l'insussistenza dei presupposti per disporre ulteriori adempimenti istruttori ai fini della decisione.

Né assume rilevanza quanto dedotto da parte ricorrente in ordine

alla data di commissione dei reati richiamati dall'Amministrazione. Infatti, come è stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa, "In tema di verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione ad una gara di appalto pubblico, la risalenza nel tempo dei fatti e della condanna non è idonea a precludere la valutazione della stazione appaltante (e il correlato obbligo di dichiarazione), attesa la ratio della verifica, intesa ad un giudizio di affidabilità in ordine alla moralità professionale del contraente" (cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 19 ottobre 2007 , n. 5470). Non può, peraltro, essere trascurato quanto evidenziato da ultimo, dalla Corte di Cassazione in ordine ai limiti del sindacato di legittimità in ordine alla motivazione adottata dall'Amministrazione ai fini dell'esclusione dall'aggiudicazione che deve "essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto" (sent. n. 2312 del 2012).

3 – Anche il secondo motivo di gravame risulta infondato. Il Consiglio di Stato ha affermato, infatti, che "Ai sensi dell'art. 37, comma 13, d.lg. 14 aprile 2006 n. 163 le imprese partecipanti alle gare d'appalto in forma associata hanno l'obbligo di indicare già nell'offerta le quote di partecipazione non soltanto al raggruppamento, costituendo o costituito, ma anche dei lavori, atteso che una dichiarazione "ex post" in sede di esecuzione non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, e deve sussistere anche una perfetta

corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e l'una e l'altra devono essere stabilite e manifestate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara, costituendo ambedue le dichiarazioni requisiti di ammissione alla gara, e non contenuto di obbligazione da far valere in sede di esecuzione del contratto” (Consiglio Stato , sez. IV, 27 novembre 2010 , n. 8253).

Dal principio richiamato, può desumersi, contrariamente a quanto dedotto da parte istante, l'impossibilità di modificare l'assetto del raggruppamento, in sede di esame dei requisiti generali, poiché, altrimenti, da un lato ne risulterebbe alterata la par condicio nella competizione, dall'altro ne deriverebbe una compromissione della verifica dei presupposti di affidabilità da parte della p.a. secondo le regole della trasparenza.

4 – Alla luce delle svolte considerazioni, il ricorso deve essere respinto, non sussistendo, dunque, i presupposti per l'accoglimento dell'ulteriore domanda risarcitoria.

In forza del principio della soccombenza, le spese di lite sono poste a carico della parte ricorrente e sono determinate in euro 3.000,00 (tremila/00), da liquidarsi a favore dell'Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Amministrazione resistente, determinate in euro 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2012

IL SEGRETARIO

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