



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4441 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Orione Srl, in persona degli amministratori e legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Isotras Srl, Mira Giuseppe Snc e ditta Mira Danilo e per la società Isotras Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del suddetto costituendo raggruppamento, per la Mira Giuseppe Snc, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e quale mandante del suddetto costituendo raggruppamento e Ditta Mira Danilo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del suddetto costituendo raggruppamento, rappresentate e difese dagli avv.ti Luca Di Giannantonio e Giampaolo Barsotti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Di Giannantonio in Roma, via Flaminia, 141

contro

Holding Civitavecchia Servizi Spa, in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Tommaso Maria Cucci, Giuliano Montaretto Marullo e Alessandro Macchia, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Circonvallazione Clodia, 76/A

nei confronti di

Spurgo Servizi Ambiente Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola De Nisco, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Marcantonio Colonna, 60

per l'annullamento

- della determinazione della commissione giudicatrice del 3 maggio 2012 con la quale e' stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo con mandataria Orione Srl dalla procedura di selezione per lo smaltimento del percolato prodotto presso la discarica di Fossocrepacuore e presso altri impianti nel territorio provinciale;

della nota prot. n. 1832 del 4 maggio 2012 con la quale il presidente della commissione di gara ha comunicato ad Orione Srl l'avvenuta esclusione;

- della determinazione assunta in data 10 maggio 2012 con la quale la commissione giudicatrice ha proposto alla stazione appaltante la graduatoria formata all'esito dell'esclusione del costituendo raggruppamento scrivente;

- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente

e, in via subordinata,

- del bando di gara, del disciplinare di gara e del modello di dichiarazione sostitutiva denominato Allegato A2 allo

stesso disciplinare

nonché per l'annullamento, quanto ai motivi aggiunti,

- della determinazione assunta dalla stazione appaltante con la quale è stata aggiudicata in via definitiva alla controinteressata il servizio di smaltimento del percolato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Holding Civitavecchia Servizi Spa e di Spurgo Servizi Ambiente Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Holding Civitavecchia Servizi ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di prelievi periodici, trasporto e trattamento presso impianti autorizzati del percolato.

La commissione di gara, nella seduta del 3 maggio 2012, non ha ammesso alle successive fasi della procedura selettiva la ricorrente per l'omessa dichiarazione del punto "m-ter" della parte C dell'allegato "A2".

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione della l. n. 94 del 2009. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi fissati in tema di favor participationis. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà. Eccesso di potere per inutile aggravio della procedura di gara. Sviamento.

La stazione appaltante avrebbe subordinato la partecipazione dei concorrenti alla gara alla presentazione di una dichiarazione sostitutiva sull'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, da redigere utilizzando il modello allegato al disciplinare di gara; la formulazione letterale della clausola relativa alla lett. m-ter renderebbe evidente che la stessa è rivolta ai soli concorrenti che siano stati vittime di concussione o estorsione di stampo mafioso. Il costituendo raggruppamento temporaneo ricorrente, pertanto, non avrebbe potuto rendere la dichiarazione predisposta dalla stazione appaltante in quanto non è stato vittima di alcuna concussione o estorsione.

Andrebbe comunque accordato preferenza al *favor participationis*, con applicazione del principio di sanabilità di irregolarità formali delle procedure concorsuali.

La stazione appaltante avrebbe dovuto predisporre il modello di dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale in modo da consentire all'impresa che fosse in tale condizione di dichiarare di non essere mai stata vittima dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991.

Con motivi aggiunti, le ricorrenti hanno impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Spurgo Servizi Ambiente Srl, avvenuta con determinazione dirigenziale del 10 maggio 2012 e resa nota dalla difesa della stazione appaltante alla camera di consiglio del 6 luglio 2012, deducendo le stesse censure già prospettate con il ricorso introduttivo del giudizio nonché il seguente ulteriore motivo:

Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà. Eccesso di potere per falsa presupposto. Sviamento.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva dovrebbe essere annullato con specifico riferimento al falso

presupposto ed all'illegittimità derivata, atteso che la graduatoria formata dal seggio di gara sarebbe viziata dalla illegittima esclusione della ricorrente, la quale sarebbe risultata prima in graduatoria avendo formulato il ribasso del 17,98%, superiore a quello del 14,14% formulato dalla controinteressata.

La ricorrente ha concluso chiedendo la tutela in forma specifica, consistente nell'aggiudicazione della procedura e nel subentro nel contratto, e per equivalente.

La Holding Civitavecchia Servizi Spa ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

La controinteressata Spurgo Servizi Ambiente Srl, all'udienza pubblica del 10 ottobre 2012, ha dichiarato di rinunciare alle eccezioni in rito proposte con la memoria di costituzione; nel merito, al pari della stazione appaltante, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza n. 2781 del 2012, con decisione assunta da questa Sezione nella camera di consiglio del 25 luglio 2012.

All'udienza pubblica del 10 ottobre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

La Holding Civitavecchia Servizi (di seguito anche HCS) ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio avente ad oggetto il prelievo periodico, il trasporto e lo smaltimento, presso impianti autorizzati, del percolato prodotto presso la discarica di Fossorepacuore gestito da HCS Srl nonché presso eventuali nuovi siti o impianti ubicati nel territorio provinciale che potranno essere affidati in gestione in futuro alla stessa.

L'importo presunto complessivo dell'appalto è stato fissato in € 699.200,00 oltre Iva come per legge, di cui € 349.600,00 per il servizio base e € 349.600,00 per l'opzione di 12 mesi.

Il bando e disciplinare di gara ha disposto che la Busta A documentazione amministrativa dovrà contenere, "a pena di esclusione dalla procedura di gara", i documenti, prescritti per la partecipazione e per l'ammissione alla gara, di cui al paragrafo Busta A – Documentazione Amministrativa.

L'allegato A2 al bando di gara e disciplinare di gara ha predisposto il modulo di dichiarazione sostitutiva unica dell'operatore economico e, nella parte C, in merito ai requisiti di ordine generale, ha indicato, tra le altre, con riferimento alla lett. *m-ter* dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, la dichiarazione "che, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, ha denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689". Nella seduta pubblica del 3 maggio 2012, la commissione ha esaminato la documentazione prodotta dalla Orione Srl con la busta "A-DOCUMENTAZIONE", evidenziando che la stessa non risulta completa in quanto priva della dichiarazione del punto "*m-ter*" della parte C dell'allegato "A2", sicché non ha ammesso la Società all'apertura della busta "B", in considerazione di quanto previsto dal bando a pag. 5 di 13.

Con determinazione dirigenziale n. 110 del 10 maggio 2012, la stazione appaltante – premesso che entro i termini fissati sono pervenute 5 offerte, considerato che sono state ammesse alla fase successiva le ditte Spurgo Servizi Ambiente Srl e Scrocca & C. Sas e dato atto di avere escluso, tra le altre, Orione Srl "non conforme a quanto richiesto nel bando di gara in quanto priva della dichiarazione *m-ter* della parte C dell'allegato A2" – ha preso atto delle operazioni di gara, approvate come parte integrante ed indefettibile dell'atto stesso ed ha aggiudicato il servizio di smaltimento del percolato per la durata di 12 mesi, prorogabile per altri 12 mesi, alla Spurgo Servizi Ambiente Srl.

Il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

L'art. 38 lett. *m-ter* d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di

affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, non possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Nella fattispecie in esame, la clausola del bando che ha previsto la relativa dichiarazione è stata evidentemente redatta in una forma tale da non consentire una corretta dichiarazione a chi non è mai stato vittima dei reati indicati dalla norma.

In sostanza, proprio perché la *lex specialis* di gara ha disposto che la busta A - documentazione amministrativa - deve contenere, a pena di esclusione dalla procedura di gara, i documenti, prescritti per la partecipazione e per l'ammissione alla gara, di cui al successivo paragrafo Busta A- Documentazione Amministrativa, l'operatore economico mai vittima dei reati *de quibus* non è stato posto in grado di comprendere quale dichiarazione avrebbe dovuto rendere al fine di non incorrere in un'eventuale esclusione per una dichiarazione difforme da quella contenuta nell'allegato 2.

Viceversa, la disciplina di gara avrebbe dovuto prevedere, oltre alla dichiarazione contenuta nel modello, una dichiarazione alternativa per le imprese mai vittima dei reati in discorso.

Ne consegue che, *in parte qua*, la clausola del bando deve ritenersi viziata, per cui l'esclusione della ricorrente si rivela illegittima, in quanto attuata in applicazione di tale clausola, e deve essere annullata con conseguente efficacia viziante anche nei confronti della successiva aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, la quale va anch'essa annullata.

Con riferimento alla domanda di tutela in forma specifica e per equivalente formulata dalla ricorrente, il Collegio, premesso che dagli atti di causa non è possibile evincere che il contratto tra la stazione appaltante e la controinteressata sia stato stipulato, ritiene che la presente sentenza di annullamento dei provvedimenti di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione in favore della controinteressata debba essere eseguita, una volta appurato che la ricorrente non versò nella causa di esclusione di cui all'art. 38 lett. m-ter d.lgs. n. 163 del 2006, attraverso il rinnovo degli atti degli atti di gara, da limitarsi alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa e da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara.

Infatti, come chiaramente indicato da ultimo dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26 luglio 2012, n. 30, per le procedure che si svolgono secondo il criterio del prezzo più basso, l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività dei principi di continuità e segretezza possa comportare effetti pregiudizievole in ordine alla obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute.

D'altra parte, non è ipotizzabile che sia il giudice a dichiarare direttamente l'aggiudicazione in favore della ricorrente in quanto, pur volendo assumere che la stessa abbia formulato l'offerta con il prezzo più basso, da un lato, l'autorità giurisdizionale non può sostituirsi a quella amministrativa nello svolgimento della relativa attività, dall'altro, l'automatismo invocato è comunque da escludere atteso che, se il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso non richiede valutazioni discrezionali in ordine alla qualità della offerta proposta, è comunque soggetto all'applicazione della normativa sulle offerte anomale.

In particolare, ai sensi del combinato disposto dell'art. 86, co. 3 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006, anche quando il numero delle offerte sia inferiore a cinque, la stazione appaltante può valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Le spese del giudizio di merito seguono la soccombenza e, liquidate in favore, in parti uguali, delle ricorrenti

complessivamente in € 3.600,00 (tremilaseicento/00), sono poste, per € 2.800,00 (duemilaottocento/00), a carico della stazione appaltante e, per € 800/00 (ottocento/00), a carico della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Liquida le spese del giudizio di merito in € 3.600,00 (tremilaseicento/00) e pone le stesse a favore, in parti uguali, delle ricorrenti ed a carico, per € 2.800,00 (duemilaottocento/00), della stazione appaltante e, per € 800/00 (ottocento/00), della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Germana Panzironi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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