

**N. 04328/2013REG.PROV.COLL.
N. 00310/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 310 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società cooperativa Ciclat Ambiente in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Giuseppe Decollanz, con domicilio eletto presso lo Studio Cicone Ciaramella & Partners in Roma, via Cola di Rienzo n. 212;

contro

Comune di Adelfia in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Alberto Clarizio, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Tra.De.Co s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice ed Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone n. 12 pal. B;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n. 00507/2013, e del dispositivo di sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n. 00015/2013, resi tra le parti, concernenti affidamento servizi integrati igiene urbana;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Adelfia e di Tra.De.Co s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti nelle preliminari gli avvocati Decollanza ed Aldo Loiodice e nella discussione gli avvocati Decollanza, Aldo Loiodice e Clarizio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 310/13, la Società Cooperativa Ciclat Ambiente impugnava la determinazione n. 715 del 28 giugno 2012 mediante la quale il Comune di Adelfia aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Tra.De.Co s.r.l. della gara per l'affidamento dei "servizi integrati di igiene urbana e complementari", ad essa comunicata in data 29 giugno 2012 con nota prot. 12538 del 29.6.2012.

Impugnava inoltre:

- tutti i verbali della commissione di gara per l'affidamento dei lavori

oggetto dell'appalto, limitatamente alla parte in cui la stessa commissione, dopo aver esaminato il progetto tecnico e l'offerta pervenuta da parte di Tra.De.Co s.r.l., la ammetteva comunque alla graduatoria finale invece di escluderla;

- tutti gli atti di gara successivi all'aggiudicazione, ancorché non conosciuti e mai comunicati;

- l'eventuale contratto di servizio, se già stipulato, ancorché non conosciuto e non comunicato;

- nonché ogni altro atto casualmente e/o teleologicamente connesso con i provvedimenti impugnati o agli stessi riconducibile, conseguente o preliminare, pur allo stato non conosciuto, qualora agevolmente e precisamente identificabile in relazione ai provvedimenti direttamente impugnati.

Ciclat Ambiente chiedeva inoltre l'accertamento del proprio diritto a rimanere unica aggiudicataria della gara per l'affidamento dei "servizi integrati di igiene urbana e complementari" del Comune di Adelfia nonché, nel caso in cui non fosse possibile la reintegra in forma specifica, il risarcimento del danno subito.

La ricorrente riferiva che con bando pubblicato in data 17 maggio 2011 il Comune di Adelfia aveva posto in gara mediante procedura di evidenza pubblica, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'affidamento dei "servizi integrati di igiene urbana e complementari" aventi una durata di 7 anni (importo presunto a base d'asta: €. 9.905.000,00).

Pervenivano alla stazione appaltante tre offerte (quella della ricorrente Ciclat, quella della controinteressata Tra.De.Co e quella dell'associazione temporanea di imprese Avvenire/Antinia).

Al primo posto si collocava Tra.De.Co, al secondo la società Ciclat ed al terzo posto l'ATI Avvenire/Antinia.

La deducente Società Cooperativa Ciclat Ambiente contestava con il ricorso principale la determinazione n. 715/2012 del Comune di Adelfia che disponeva l'aggiudicazione definitiva nei confronti della controinteressata Tra.De.Co s.r.l. della gara in esame e tutti gli altri atti della procedura sopra indicati chiedendo il loro annullamento e l'accertamento del proprio diritto a rimanere unica aggiudicataria e, in caso di impossibilità nel conseguire la reintegra in forma specifica, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Deduceva motivi così sinteticamente riassumibili:

1) inefficacia e/o nullità dell'offerta economica della ditta Tra.De.Co s.r.l. per essere la stessa errata ovvero in aumento e comunque non corrispondente a quanto descritto e valutato nel progetto tecnico, nonché in palese violazione della normativa regolante la materia e la lex specialis di gara - conseguente necessità di esclusione della controinteressata: in base a quanto previsto a pag. 7 del disciplinare di gara secondo il quale "l'importo complessivo dell'appalto a base di gara è di € 9.905.000,00 oltre IVA come per legge di cui Euro 35.000 per oneri di sicurezza non soggetti a ribassi. Non sono ammesse, pena esclusione, offerte in aumento."; ai sensi di pag. 13, punto C) del disciplinare l'offerta economica "... pena l'esclusione, deve essere corredata dalle giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base d'asta, nonché dei prezzi elementari e complessivi relativi al personale, ai mezzi, alle attrezzature ed ai materiali da utilizzare nei servizi oggetto d'appalto"; in forza dell'art. 27 del capitolato speciale "la ditta aggiudicataria dovrà

fornire, entro la data di inizio del servizio e, comunque, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di aggiudicazione definitiva, copia delle commesse d'ordine delle attrezzature e dei veicoli nuovi, offerti in sede di gara"; l'appalto de quo comporterebbe - secondo la prospettazione di parte ricorrente - l'obbligo per la ditta aggiudicatrice di utilizzare attrezzature e mezzi "nuovi"; conseguentemente, i costi di tali mezzi "nuovi" e di tali attrezzature "nuove" sarebbero dovuti essere evidenziati nell'offerta economica mediante il sistema dell'ammortamento, ovvero della ripartizione del costo dei mezzi e delle attrezzature per la durata dell'appalto; viceversa, la controinteressata Tra.De.Co avrebbe completamente omissis di inserire nella propria offerta economica (all. 6 - A e B) l'onere di ammortamento dei mezzi e delle attrezzature da utilizzare nell'appalto, con ciò eludendo la posta degli oneri finanziari e di gestione connessi e conseguenti; infatti, il valore dei mezzi messi a disposizione dalla controinteressata nella propria offerta di gara sarebbe pari ad €. 1.057.300,00; conseguentemente, il valore complessivo dei mezzi e delle attrezzature offerte dalla aggiudicataria si sarebbe dovuto trasformare in una voce di costo nell'offerta, costo che poi a sua volta andava ripartito in ammortamento nel settennio di durata dell'appalto; in tal modo il valore complessivo dei mezzi e delle attrezzature offerte dalla controinteressata avrebbe finito per generare nel conto economico dell'offerta un costo ulteriore pari ad €. 151.042,86 al netto degli oneri di gestione; Tra.De.Co avrebbe offerto al netto del ribasso un prezzo pari ad €. 1.408.402,78 annuo, omettendo di esporre nell'offerta economica il costo dei mezzi e delle attrezzature "nuove" da utilizzare; queste ultime avrebbero generato un ulteriore costo in ammortamento di circa €. 300.000,00 per ciascun anno

dell'appalto; quindi, il prezzo reale offerto dalla controinteressata sarebbe pari a circa €. 1.700.000,00 per anno (€. 1.480.402,78 quale prezzo offerto + €. 300.000,00 di ammortamento omesso); il prezzo effettivo offerto dalla controinteressata sarebbe in aumento di circa il 20% rispetto al prezzo posto a base d'asta; conseguentemente, la commissione giudicatrice avrebbe dovuto escludere l'offerta della Tra.De.Co; peraltro, la commissione avrebbe omesso di attivare la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta ex artt. 86 e ss. dlgs n. 163/2006;

2) inefficacia e/o nullità del progetto della Tra.De.Co s.r.l. per palese violazione della lex specialis di gara - conseguente necessità di esclusione: il disciplinare di gara (pagg. 11 e 12) indica le modalità di redazione degli elaborati progettuali a pena di esclusione; in forza del punto 2.1 (a pag. 12) del disciplinare il progetto deve comprendere "... la descrizione dettagliata ed esecutiva dell'organizzazione del servizio (Piano Programma Organizzativo), il tutto in massimo 50 cartelle A4 (comprensivo di sintesi tecnica conforme all'allegato 1 ed escluso copertina ed indici)"; sempre pag. 12 del disciplinare prevede l'esclusione in ipotesi di omessa osservanza del prescritto numero massimo di cartelle; diversamente da tutti gli altri concorrenti (ivi inclusa la ricorrente), la controinteressata avrebbe presentato un Piano Programma Organizzativo (PPO) di ben 53 cartelle in violazione delle prescrizioni della lex specialis di gara; tale PPO non indicherebbe la descrizione (richiesta a pena di esclusione) dei servizi complementari, della campagna di informazione e sensibilizzazione da porre in essere, del centro comunale di raccolta; inoltre, Tra.De.Co, accortasi di tale omissione (comportante di per sé l'esclusione), invece di rielaborare il progetto includendo il tutto nelle 50 cartelle, avrebbe aggiunto

altri 3 allegati per complessive ulteriori 58 cartelle, che aggiunte alle originarie 53 fanno un totale di 111 cartelle del PPO; ciononostante la controinteressata non è riuscita ad osservare le prescrizioni obbligatorie di gara, omettendo di descrivere l'organizzazione e le mansioni del personale da impiegare nell'appalto;

3) ulteriore violazione della lex specialis di gara: secondo pag. 16 del capitolato speciale di gara e pag. 18 delle linee guida prestazionali "... l'impresa appaltatrice deve disporre di apposito ufficio munito in Adelfia di recapito telefonico ..." e "... l'appaltatore ha l'obbligo di provvedere alla gestione di un centro comunale di raccolta (CCR) da realizzarsi a sua cura nel territorio comunale di Adelfia ..."; secondo il progetto della controinteressata tali siti dovrebbero essere realizzati soltanto "nell'ambito del territorio comunale di Adelfia (fuori da centro abitato) o comunque confinante ..."; in tal modo la Tra.De.Co avrebbe ignorato completamente le suddette prescrizioni della lex specialis di gara, con violazione della par condicio.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata Tra.De.Co s.r.l., resistendo al gravame.

Quest'ultima proponeva ricorso incidentale "paralizzante".

Con dispositivo n. 00015/2013 e la conseguente sentenza in epigrafe, n. 507 in data 09 aprile 2013, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

2. Avverso il dispositivo e, dopo la sua pubblicazione, la predetta sentenza Ciclat Ambiente propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 310/13, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e

chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Adelfia chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio anche Tra.De.Co s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale, con il quale propone nuovamente il contenuto del ricorso incidentale, dichiarato improcedibile dal primo giudice.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 4 giugno 2013.

3. Deve essere respinta l'istanza ai sensi dell'art. 89 c.p.c., formulata dal difensore del Comune appellato in sede di discussione orale, di cancellazione della frase *“quando (come nel caso di specie) le “astute” offerte economiche delle ditte partecipanti trovano una insolita accondiscendenza nella stazione appaltante di turno”* (sottolineatura nell'originale) contenuta a pag. 20 dei motivi aggiunti.

Invero la frase, che può essere ritenuta suggestiva, non ha un contenuto così palesemente assertivo della scorrettezza, sotto profili differenti dalla mera illegittimità degli atti, del comportamento del Comune appellato, tale da poter essere considerata sconveniente od offensiva.

La frase appare anzi un rafforzativo dell'argomentazione svolta dall'appellante principale, volta ad evidenziare gli elementi che, a giudizio della parte, dimostrano la palese illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Trova quindi applicazione il principio (espresso dalla Corte di Cassazione: 29 novembre 2006, n. 25250) secondo il quale la sanzione, oggi richiesta dal Comune appellato, può essere applicata qualora le espressioni usate integrino abuso del diritto di difesa, circostanza che nella specie non

ricorre.

Di conseguenza, non vi è luogo per l'applicazione della sanzione nel caso che ora occupa.

4. Il Collegio affronta preliminarmente la questione proposta dall'appellante incidentale relativa al difetto di legittimazione dell'odierna appellante principale la quale sarebbe stata illegittimamente ammessa al procedimento. Tale questione è fondata.

L'appellante incidentale sostiene che l'appellante principale doveva essere esclusa già in sede di prequalifica, all'atto dell'esame della documentazione amministrativa prodotta, non essendo state prodotte le dichiarazioni relative alla moralità del responsabile tecnico di cui all'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'appellante principale obietta che l'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, impone la formulazione delle suddette dichiarazioni solo da parte del direttore tecnico, mentre nulla dispone in ordine alla posizione del responsabile tecnico.

Il Collegio condivide la tesi dell'appellante incidentale.

Deve essere preliminarmente precisato come la questione abbia rilievo preliminare ed assorbente.

Quanto dedotto dall'appellante incidentale attiene infatti alla prima fase della procedura, nella quale la stazione appaltante verifica la legittimazione di quanti abbiano presentato offerta a partecipare, ed è preliminare all'esame delle offerte sotto il profilo amministrativo, nel senso della loro rispondenza alla normativa di gara, e tecnico, nel senso della loro rispondenza al capitolato.

La questione, quindi, è preliminare nell'ordine logico dei problemi da

affrontare, e deve essere affrontata per prima anche a prescindere da quanto osservato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con le ben note decisioni 10 novembre 2008, n. 11, e 7 aprile 2011, n. 4, nonché, soprattutto, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Decima Sezione, con Sentenza 4 luglio 2013 in causa C-100/12, sopravvenuta nelle more della stesura della presente sentenza.

Occorre osservare come i dubbi più volte sollevati dai commentatori circa l'ordine di esame dei ricorsi, principale ed incidentale, proposti nei confronti di una stessa decisione amministrativa si fondino principalmente sul dubbio che un'eccessiva attenzione ai presupposti processuali ovvero all'economia dei mezzi di tutela – questa è sostanzialmente la critica mossa nei confronti della sentenza n. 4/2011 - finisca per giungere ad una forma di denegata giustizia quanto meno ogni volta in cui l'esame del ricorso principale venga omesso nonostante il contenuto delle doglianze proposte dall'attore sia sostanzialmente simile a quanto dedotto dal ricorrente incidentale.

Soprattutto la richiamata sentenza della Corte di Giustizia appare ispirata da tale preoccupazione.

Nel caso sottoposto alla Corte da questo Consiglio di Stato, infatti, i diversi contendenti all'aggiudicazione di un appalto pubblico, poi parti del relativo processo di impugnazione, lamentavano entrambi, reciprocamente, la violazione delle specifiche tecniche stabilite dalla stazione appaltante, e quindi l'inammissibilità delle rispettive offerte.

Tale situazione non ricorre nel caso che ora occupa il Collegio.

In questo, infatti, l'appellante incidentale sostiene che l'appellante principale non ha dimostrato di avere titolo per partecipare alla procedura.

La censura, quindi, come già accennato, riguarda la fase preliminare del procedimento di gara, nella quale – appunto – si valuta la legittimazione astratta dei candidati a partecipare alla comparazione.

Quest'ultima riguarderà, nel prosieguo del procedimento, le imprese che hanno superato la suddetta fase, e consisterà nella valutazione delle offerte tecniche sotto i profili della loro corretta impostazione, secondo la normativa di gara, della loro rispondenza alle necessità della stazione appaltante, come indicate nel capitolato di gara e negli atti collegati, e della loro qualità, al fine dell'attribuzione dei giudizi di merito.

Deve anche essere osservato che le censure dedotte dall'appellante principale non possano essere considerate “speculari” rispetto a quelle dell'appellante incidentale in quanto riguardano la comparazione delle offerte presentate dalle imprese delle quali è stata verificata la legittimazione soggettiva a partecipare alla gara mentre – giova ribadirlo – la contestazione dedotta dall'appellante incidentale riguarda appunto la legittimazione “soggettiva” dell'appellante principale alla partecipazione alla gara.

Il principio affermato dalla Corte di Giustizia non appare dunque applicabile nella presente fattispecie.

Alla luce di tali osservazioni afferma il Collegio che la questione sollevata dall'appellante incidentale serve a verificare se l'appellante principale è legittimo partecipante alla procedura, ed è quindi titolare di un interesse differenziato in ordine al suo esito.

Di conseguenza, l'appello incidentale deve essere esaminato preliminarmente.

Lo stesso è fondato.

La controversia riguarda l'applicazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006,

n. 163, nella parte in cui impone a talune figure che rivestono ruoli di responsabilità nell'ambito di imprese aspiranti alla aggiudicazione di un appalto con pubbliche amministrazioni di dichiarare l'assenza di circostanze, incidenti sulla moralità professionale, che impedirebbero la stipula del relativo contratto.

L'appellante incidentale sostiene che l'appellante principale ha violato tale obbligo non avendo depositato la dichiarazione relativa al direttore tecnico.

L'appellante principale sostiene di non essere assoggettata a tale obbligo in quanto nel suo organigramma non è presente la figura del direttore tecnico.

Il Collegio, come già anticipato, condivide la tesi dell'appellante incidentale.

Deve essere rilevato come sia, in realtà, pacifico in causa che nel settore di attività delle parti private sia d'uso denominare responsabile tecnico il dirigente che nel settore dei lavori pubblici è denominato direttore tecnico; allo stesso modo, l'appellante principale non contesta l'affermazione di controparte secondo la quale i compiti del responsabile tecnico sono sovrapponibili a quelli del direttore tecnico.

Afferma il Collegio che, in tale situazione, l'impresa che denomina responsabile tecnico il dirigente che in altro settore di attività sarebbe chiamato direttore tecnico sia assoggettata alla stessa normativa che riguarda la figura del direttore tecnico.

A voler seguire l'opposta impostazione, si giungerebbe alla illogica conclusione secondo la quale la normativa che concerne il direttore tecnico potrebbe essere facilmente aggirata sulla base di espedienti puramente verbali, privi di qualsiasi contenuto sostanziale.

L'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è quindi applicabile ogni volta in cui l'organigramma di un'impresa, partecipante a pubbliche gare d'appalto,

preveda una figura dirigenziale, comunque denominata, assimilabile al direttore tecnico.

Tale conclusione è conforme ad orientamento già espresso in giurisprudenza.

C. di S., V, 11 gennaio 2012, n. 83 ha infatti affermato che *“con la decisione n. 1790 del 24 marzo 2011, dalle cui ragionevoli conclusioni non vi è ragione di discostarsi, questa stessa Sezione, richiamando peraltro anche un proprio recente arresto (26 maggio 2010, n. 3364), ha rilevato che nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è obbligatoria (ai sensi dell’art. 10, comma 4, del D.M. 28 aprile 1998) la figura del responsabile tecnico, che costituisce elemento indispensabile per la qualifica dell’impresa, evidentemente deputato allo svolgimento dei compiti tecnico – organizzativi relativi anche all’esecuzione del servizio commesso da parte dell’impresa, di cui assume, per stessa definizione, la responsabilità sotto altri aspetti, non diversamente dal direttore tecnico previsto dall’art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in materia di imprese di lavori pubblici (cui competono, notoriamente, gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l’esecuzione dei lavori).*

E’ stato aggiunto che non sono pertanto ravvisabili significative differenze tra il responsabile tecnico dell’impresa di gestione dei rifiuti ed il direttore tecnico, anche quest’ultimo potendo (ex art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34) essere un soggetto esterno.

Di conseguenza quando la norma di cui all’art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e quindi anche la lex specialis di gara) richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal direttore tecnico ha riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse ma a quella sostanzialmente analoghe perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell’esecuzione dell’appalto”.

Atteso che il Collegio condivide, per quanto già argomentato, tale

orientamento l'appello incidentale deve essere condiviso.

5. In conclusione, l'appello incidentale deve essere accolto.

Di conseguenza, la sentenza di primo grado deve essere confermata, peraltro correggendola ed accogliendo il ricorso incidentale di primo grado e dichiarando inammissibile il ricorso principale di primo grado.

Le spese del grado del giudizio devono essere integralmente compensate fra le parti, in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 310/13, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale e conferma con diversa motivazione la sentenza gravata per l'effetto dichiarando inammissibile il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2013

IL SEGRETARIO

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