

N. 08155/2010 REG.SEN.
N. 03056/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3056 del 2010, proposto da:

Geotec Ambiente Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di San Marco in Lamis, rappresentato e difeso dagli avv. A. Fedele Bellacosa Marotti, Giovanni Fiorentino, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104; Coop. Avvenire, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Panizzolo, Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Coop. Cultura e solidarieta' per lo sviluppo Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Antonucci, con domicilio eletto presso Gigliola Mazza in Roma, via di Pietralata 320/D/4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00244/2010, resa tra le parti, concernente APPALTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE DEI RIFIUTI URBANI AVVIATI ALLO

SMALTIMENTO NEL COMUNE DI SAN MARCO IN LAMIS.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Marco in Lamis e di Coop. Avvenire e di Coop. Cultura Esolidarieta' Per Lo Sviluppo Onlus;

Visti gli appelli incidentali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Quinto, Fiorentino, Panizzolo e Antonucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 14.8.2007 , il Comune di San Marco in Lamis ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati. L'appalto è stato aggiudicato alla Geotec Ambiente s.r.l.

Con distinti ricorsi hanno impugnato l'aggiudicazione e gli atti di gara la società cooperativa Cultura e solidarietà per lo sviluppo Onlus, terza classificata, e la società cooperativa Avvenire, quarta classificata.

Quest'ultima ha denunciato la mancata esclusione delle prime tre imprese per irregolarità della documentazione amministrativa (quanto a Geotec Ambiente per mancata produzione della dichiarazione prevista dall'art. 3, comma 5 del capitolato speciale, quanto a Medusa , seconda classificata, per la carenza della dichiarazione ex art. 38, quanto alla cooperativa sociale Cultura e Solidarietà per lo sviluppo per omessa dichiarazione delle principali forniture e dei servizi analoghi resi nell'ultimo triennio e per insufficienza del fatturato in riferimento all'ausiliaria Eco 88) lamentando altresì l'illegittimità delle operazioni di gara per violazione del principio di

continuità e concentrazione , data la protrazione delle operazioni , aggravata dalla mancata indicazione circa l'osservanza di garanzie in ordine alla conservazione dei plichi per salvaguardarne l'integrità, e per violazione del principio di pubblicità delle sedute, avendo la commissione proceduto all'apertura ed alla verifica delle buste relative alle offerte tecniche in seduta riservata anzicchè pubblica. Con motivi aggiunti ha ulteriormente lamentato la mancata esclusione della Geotec Ambiente per violazione dell'art. 38, comma 1 lett. c) d. Lgs n. 163 del 2006 attesa la mancata dichiarazione degli amministratori cessati nel triennio tra cui uno (Strafino) colpito da informativa interdittiva antimafia.

La Società Cultura e solidarietà ha lamentato la mancata esclusione sia della prima che della seconda classificata per violazione degli obblighi dichiarativi, impugnando in subordine il bando per contrasto con l'art. 38 d.Lgs. 163 e chiedendo il risarcimento del danno.

Con ricorso incidentale, sia Geotec Ambiente che Cultura Solidarietà e Sviluppo hanno lamentato la mancata esclusione di Avvenire a causa di irrituale dichiarazione in ordine agli amministratori cessati nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando.

Nel corso dell'istruttoria disposta in primo grado è emerso, in base a quanto attestato dal Settore Manutenzione e sicurezza del lavoro del Comune, che la dichiarazione di Geotec Ambiente relativa agli amministratori cessati sarebbe stata rinvenuta nella busta della società Cultura Solidarietà e Sviluppo.

Il Tar, riuniti i ricorsi, considerando contraddittorie le risultanze in ordine alla produzione della dichiarazione di Geotec Ambiente , ha preliminarmente disposto la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica competente per l'accertamento di eventuali fatti penalmente rilevanti. Ha quindi proceduto all'esame del ricorso della quarta classificata Avvenire, giudicando infondato il motivo incentrato sulla necessità di

esclusione della società cooperativa Cultura solidarietà e sviluppo, e, conseguentemente, inammissibili per carenza di interesse i motivi spiegati contro la mancata esclusione delle prime due classificate.

Ha invece accolto i motivi tendenti a travolgere l'intera gara ,giudicando non obiettivamente giustificato l'andamento della procedura per un lasso di tempo così lungo e discontinuo, non assistite le operazioni da idonee garanzie circa la conservazione dei plichi e non rispettato il principio di pubblicità della seduta in occasione dell'apertura e verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica .

Il Tribunale ha poi respinto i ricorsi incidentali di Geotec Ambiente e Cultura Solidarietà e sviluppo per insussistenza , ai sensi della lex specialis, dell'obbligo di dichiarazione dei soggetti diversi dal legale rappresentante e dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, ed ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile il ricorso principale di Cultura Solidarietà e Sviluppo atteso l'accoglimento del ricorso di Avvenire per l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Ha proposto appello Geotec Ambiente s.r.l. sostenendo la correttezza dell'operato della Commissione, dovendosi considerare giustificati i quattro mesi intercorrenti tra la prima e la seconda seduta di gara per la necessità di risolvere le questioni insorte circa l'ammissione delle concorrenti alla gara e congruo il tempo impiegato tra l'apertura delle offerte e la relativa valutazione ,svoltasi nelle sole due sedute del 13 maggio e 23 giugno; legittimo il comportamento della Commissione che avrebbe dato atto nei verbali di gara dell'integrità dei plichi, per la cui conservazione non era prescritta alcuna particolare indicazione; rispettato il principio di pubblicità delle sedute , prescrivendo l'art. 91 comma 3 del D.P.R. 554/99 la seduta riservata per la sola fase di valutazione delle offerte tecniche.

Ha proposto appello incidentale Cultura Solidarietà e Sviluppo ,censurando la sentenza in ordine all'accoglimento dei motivi di travolgimento dell'intera

gara e chiedendo, in subordine alla riforma della sentenza in ordine all'intero annullamento della gara, l'accoglimento dei motivi respinti dal primo giudice volti ad escludere le prime due classificate. Ha altresì proposto appello incidentale il Comune di San Marco in Lamis per gli stessi motivi proposti dall'appellante principale. Si è infine costituita la società cooperativa Avvenire resistendo ai motivi di appello e proponendo in via incidentale i motivi non esaminati o respinti dal Tar, compresa la domanda di risarcimento del danno.

Le parti hanno successivamente depositato memorie ad ulteriore sostegno delle proprie tesi difensive.

All'udienza del 15 ottobre la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con tre motivi di appello la Geotec Ambiente censura la sentenza di primo grado per avere erroneamente il Tar considerato violati i principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, accertate le irregolarità nella conservazione dei plichi e ravvisata la violazione del principio della pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica.

2. A giustificazione del tempo occorso per lo svolgimento della gara, sostiene che l'intervallo tra la prima e la seconda seduta (21 dicembre 2007, 10 aprile 2008) sarebbe dovuto ai problemi insorti in ordine all'esclusione di alcune concorrenti, poi superati mediante richieste di integrazione documentale. Quanto all'esame delle proposte tecniche svoltosi nelle sedute del 13 maggio e del 23 giugno, esso avrebbe richiesto del tempo data la complessità e laboriosità delle operazioni.

3. Quanto alle modalità di custodia dei plichi, sufficiente dovrebbe considerarsi la dichiarazione della Commissione all'inizio di ciascuna delle fasi del procedimento di gara circa l'integrità dei plichi e delle buste, non potendosi valutare come indizio contrario il rinvenimento della

dichiarazione della Geotec nel plico di altra concorrente, disguido evidentemente dovuto ad un errore della Commissione.

4. Non sussisterebbe, infine, violazione dell'art. 84, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 91, c. 3 D.P.R. n. 554 del 1999, avendo la Commissione proceduto ad apertura in seduta pubblica del plico contenente la domanda e la documentazione amministrativa e non essendovi prova certa, in base a quanto riconosciuto dallo stesso Tar, circa la mancata verifica, nella stessa seduta pubblica, anche dei plichi contenenti le offerte tecniche.

5. Sulla stessa linea, anche il Comune appellante sostiene la ricorrenza di circostanze giustificative in deroga al principio della concentrazione e della conclusione delle operazioni di gara in un ristretto numero di sedute. L'irregolarità riscontrata dal Tar nella conservazione dei documenti non dimostrerebbe inoltre la violazione dei principi richiamati dal primo giudice.

6. Anche la soc. Cultura solidarietà e sviluppo Onlus ha censurato le medesime statuizioni per motivi analoghi chiedendo, in subordine alla riforma della sentenza in ordine all'annullamento dell'intera gara, l'accoglimento dei motivi proposti in primo grado.

7. Tutti i motivi, che possono essere trattati congiuntamente data la loro connessione, sono infondati.

8. In base a piani principi, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità. In particolare, le operazioni di esame delle offerte tecniche ed economiche devono essere concentrate in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione (Cons. St. Sez. VI, 16.11.2000, n.6128). Il principio di

continuità e di concentrazione della gara non è assolutamente insuscettibile di eccezioni, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in unica seduta (Cons. St. Sez. V, 18.11.2002, n. 63883.1.2002, n. 5). Tra queste possono in effetti annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare. In tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte.

9. Nella specie la procedura di gara è illegittima sotto entrambi i profili.

10. Pur ammettendo, invero, le incertezze interpretative affrontate dalla Commissione in sede di esame della documentazione amministrativa ai fini dell'ammissione delle imprese concorrenti, risolte nel senso più favorevole ad un'ampia partecipazione nel corso della seconda seduta, nessuna plausibile giustificazione è stata fornita quanto al lungo ed inammissibile intervallo tra la terza e la quarta seduta (a distanza di ben quaranta giorni) in cui la Commissione ha proceduto, rispettivamente, all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame (13 maggio) ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi (23 giugno).

11. Per di più, nessuna garanzia emerge dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia nel verbale della seduta del 13 maggio della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia né in quello della seduta del 23 giugno della constatazione della loro integrità (per una fattispecie analoga cfr. Cons. St. Sez. V 21.5.2010 n. 3203).

12. La violazione dell'obbligo di adozione di misure organizzative in grado di garantire la genuinità della documentazione, rimessa, nell'individuazione

delle concrete modalità , alla discrezionalità della commissione giudicatrice (Cons. St. Sez. V, 2.9.2005, n. 4463), è nella specie corroborata dalla circostanza del ritrovamento in plico di altra concorrente della dichiarazione asseritamente tempestivamente presentata dalla Geotec Ambiente sull'amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione della gara.

Tale circostanza, unitamente alla dichiarazione contraddittoria del Comune sul punto, inducono il Collegio a condividere le considerazioni espresse dal giudice di primo grado che ha tratto da tale risultanza ulteriore indizio della violazione degli obblighi di conservazione dei documenti di gara.

13.Né può disconoscersi l'anomalia delle operazioni di gara anche in riferimento alla violazione del principio secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa (nella specie risultante dal verbale della seduta pubblica del 21 dicembre) sia che si tratti di documentazione afferente l'offerta tecnica (nella specie aperta nella seduta riservata del 13 maggio) in ossequio ai canoni di pubblicità e trasparenza nei pubblici appalti (Cons. St.Sez. VI, 22.4.2008, n. 1856).

14.Conclusivamente, gli appelli di Geotec Ambiente e del Comune di San Marco in Lamis vanno integralmente respinti. L'appello di Cultura Solidarietà sviluppo Onlus in parte va respinto ed in parte va dichiarato improcedibile così come improcedibili sono i motivi di appello incidentale proposti da Avvenire.

15.Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a carico di Geotec Ambiente e del Comune di San Marco in Lamis. Sussistono invece giusti motivi per la loro compensazione nei confronti della Cooperativa Cultura Solidarietà e Sviluppo Onlus.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale di Geotec Ambiente e quello incidentale del Comune di San Marco in Lamis;
- respinge in parte ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale di Cooperativa Cultura Solidarietà e Sviluppo Onlus;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale di Soc. coop. Avvenire;
- per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado;
- condanna Geotec Ambiente ed il Comune di San Marco in Lamis, in solido, al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi euro 6.000,00 in favore della soc. coop. Avvenire;
- compensa le spese nei confronti di Cooperativa Cultura Solidarietà e Sviluppo Onlus.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2010

IL SEGRETARIO

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