

N. 05123/2014REG.PROV.COLL.
N. 00760/2014 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 numero di registro generale 760 del 2014, proposto dalla s.r.l. Diodoro Ecologia, rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Pesce, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emanuele Filiberto, n.287;

contro

La s.r.l. Ecosud, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino e Anna Floriana Resta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Il Comune di Trevignano Romano, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio eletto presso il signor Nicola Marcone in Roma, piazza dell'Orologio, n. 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II bis n. 10568/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta porta a porta e gestione dell'ecocentro comunale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ecosud Srl e del Comune di Trevignano Romano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Chiara Pesce, Angelo Giuseppe Orofino e Nicola Marcone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Trevignano Romano, con bando del 5 luglio 2012, indiceva una gara per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti urbani porta a porta e della gestione dell'ecocentro comunale, per un importo complessivo stimato in euro 5.778.256,00 per cinque anni.

All'esito della gara, risultava al primo posto la Diodoro Ecologia s.r.l. e al secondo la Ecosud s.r.l. con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla prima, con determina n.172 del 23 aprile 2013.

Ritenendo illegittimo detto provvedimento, la Ecosud proponeva il ricorso n. 5053 del 2013 al Tar Lazio, chiedendone l'annullamento.

A sostegno del ricorso, venivano sostanzialmente proposti i seguenti motivi:

1) mancata presentazione da parte della s.r.l. Diodoro Ecologia delle dichiarazioni sul numero dei dipendenti e sul rispetto delle norme a tutela del diritto al lavoro dei disabili;

2) violazione dell'art.9 del bando di gara, per il superamento del numero massimo di quaranta pagine consentito per la relazione tecnica, che risulta invece composta di centosessantotto pagine.

La s.r.l. Diodoro Ecologia formulava a sua volta un ricorso incidentale volto all'esclusione della Ecosud, deducendo nella sostanza le seguenti censure :

1) mancata allegazione agli atti di gara della dichiarazione ex art.38 D.Lgs. 163 del 2006 della signora Antonella Traina, socia di maggioranza su due soci con una partecipazione del 76%;

2) mancata produzione delle referenze bancarie specifiche richieste, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara;

3) indeterminatezza dell'offerta economica, in quanto non comprensiva degli oneri di sicurezza.

Il Tribunale adito, con la sentenza n.10568/2013:

a) respingeva il ricorso incidentale ;

b) respingeva il primo motivo del ricorso principale;

c) accoglieva, viceversa, il secondo motivo del ricorso principale e annullava la gravata determina di aggiudicazione dell'appalto, rilevando che la s.r.l. Diodoro aveva prodotto una relazione tecnica di centosessantotto pagine (superando il numero massimo di quaranta), con ciò violando la previsione del bando, malgrado avesse chiesto e ottenuto la conferma di tale possibilità dal responsabile del

procedimento, il quale però non avrebbe potuto assentire tale superamento, trattandosi di una modifica sostanziale del bando per la quale sarebbe stata necessaria una procedura formale di integrazione, che non è stata attuata.

Avverso la sentenza del TAR la s.r.l. Diodoro Ecologia ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio la s.r.l. Ecosud e il Comune di Trevignano Romano, la prima chiedendo la reiezione dell'appello, siccome infondato, il secondo chiedendo l'accoglimento dell'appello, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2014 la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato sotto l'assorbente profilo di censura dedotto con il secondo motivo.

2. L'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha rigettato il secondo motivo del ricorso incidentale formulato in primo grado, nella parte in cui ha dedotto che la s.r.l. Ecosud doveva essere esclusa dalla gara, per non aver dimostrato la necessaria capacità finanziaria.

A fondamento della sua tesi, l'appellante rileva, al riguardo, come il bando richieda a pena di esclusione la presentazione, da parte dei concorrenti, di due referenze bancarie dalle quali risulti la specifica disponibilità di mezzi finanziari adeguati ad eseguire l'appalto.

Le referenze bancarie depositate dalla s.r.l. Ecosud, viceversa, sarebbero del tutto generiche e non conterrebbero un preciso riferimento alla disponibilità di mezzi finanziari adeguati al fine di assumere ed eseguire il servizio messo in gara, per cui illegittimamente l'Amministrazione non avrebbe escluso dalla gara stessa la società originaria ricorrente.

3. Ritiene la Sezione che tale doglianza è fondata.

4. Ed invero, il bando di gara ha previsto la presentazione, da parte dei concorrenti e a pena di esclusione, delle dichiarazioni di almeno due istituti bancari *“dalle quali risulti specificamente, a pena di esclusione, che il concorrente dispone dei mezzi finanziari adeguati per assumere ed eseguire il servizio di cui al presente bando..”*.

Orbene, a fronte di questa puntuale clausola (avente natura escludente), la s.r.l. Ecosud ha prodotto le note di due istituti di credito che, in modo generico, si sono limitate ad indicare unicamente che l'impresa *“opera regolarmente e assolve con puntualità gli impegni”*, senza alcuna ulteriore dichiarazione o precisazione di ordine economico-finanziario.

Tali note, quindi, nulla hanno precisato in ordine alla disponibilità nello specifico da parte della s.r.l. Ecosud *“dei mezzi finanziari adeguati per assumere ed eseguire il servizio”* e per far fronte agli impegni conseguenti all'aggiudicazione della gara di cui trattasi, come viceversa espressamente richiesto *“a pena di esclusione”* dalla disciplina di gara: il bando (con una previsione di per sé non impugnata nel presente giudizio) ha disposto che le referenze bancarie non avrebbero dovuto

riguardare la puntualità e la diligenza della società nell'adempiere i propri impegni (cioè 'comportamenti passati'), ma avrebbero dovuto formulare una specifica valutazione del patrimonio della impresa partecipante alla gara, in rapporto alla sua idoneità ad assumere ed eseguire il servizio (cioè *de futuro*)..

Ne consegue, come correttamente dedotto dall'appellante, che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere la s.r.l. Ecosud dalla gara, in applicazione della richiamata clausola (rimasta incontestata e che risulta legittimamente preordinata ad accertare la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti, ai sensi dell'art. 41 del Codice dei contratti pubblici, e che, pertanto, non poteva di certo essere disattesa dalla stazione appaltante).

Ciò comporta che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso incidentale formulato in primo grado va accolto (con assorbimento delle ulteriori sue censure).

5. Poiché il ricorso incidentale e quello principale di primo grado hanno entrambi 'carattere escludente', occorre procedere anche all'esame del ricorso principale presentato dalla s.r.l. Ecosud, alla stregua dei più recenti insegnamenti della giurisprudenza comunitaria ed amministrativa in materia (cfr. Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

6. Ritiene la Sezione che – contrariamente a quanto affermato dal TAR - il ricorso di primo grado è infondato.

7. Va premesso che l'originario primo motivo di censura è stato già respinto dal TAR: la relativa statuizione è sul punto divenuta

inoppugnabile, non essendo stata fatta oggetto di impugnazione.

8. Il secondo motivo è parimenti da respingere, siccome infondato, con conseguente riforma in *parte qua* della pronuncia di accoglimento resa dal primo giudice.

In punto di fatto, risulta effettivamente che la s.r.l. Diodoro ha presentato una relazione tecnica composta da un numero di pagine maggiore rispetto a quello stabilito dal bando.

E' altrettanto vero, però, che il superamento di tale limite è avvenuto a seguito dei formali chiarimenti forniti al riguardo dalla stazione appaltante appositamente interpellata sul punto, che ha precisato – con una nota pubblicata sul proprio sito telematico sino al 10 settembre 2012 - di ritenere ammissibile l'offerta tecnica redatta su un numero di pagine maggiore di quello indicato nel disciplinare di gara.

Tali chiarimenti, in quanto rivolti nei confronti di tutti coloro che fossero interessati a partecipare alla gara, non hanno nemmeno violato il principio della *par condicio*.

Non v'è dubbio, quindi, come la società risultata aggiudicataria, ora appellante, abbia fatto legittimo affidamento sul chiarimento fornito dalla stessa Amministrazione e non possa di conseguenza, per ciò solo, essere ragionevolmente esclusa dalla gara.

Né, al riguardo, può essere condivisa la tesi del primo giudice secondo cui, non potendo il responsabile del procedimento assentire detto superamento trattandosi di una modifica sostanziale del bando, la s.r.l. Diodoro non si sarebbe potuta comunque attenere ai chiarimenti forniti.

Infatti, a prescindere dalla natura giuridica del chiarimento in questione, resta il fatto che la stazione appaltante ha esternato, attraverso una formale determinazione dell'organo responsabile del procedimento per cui è causa, le modalità a cui attenersi nella redazione dell'offerta tecnica.

Tale determinazione, nei tempi utili, non è stata ritrattata dall'Amministrazione né contestata da alcuno dei concorrenti, venendo così a costituire una formale integrazione della disciplina di gara proveniente dall'Amministrazione stessa.

Inoltre, essa ha effettivamente costituito un 'chiarimento' sulla portata del fissato limite di 40 pagine della relazione tecnica, in relazione al contenuto dell'art. 9 del bando, che non prevedeva una espressa clausola di esclusione, nel caso di superamento del limite.

Al riguardo, osserva il Collegio che – salvi i casi in cui una disposizione di rango legislativo o regolamentare limiti il numero delle pagine di un atto da presentare alla pubblica amministrazione – l'interessato può presentare un atto avente il numero delle pagine che ritenga più opportuno.

Certo, una tale modalità di redazione del proprio scritto può ritardare o intralciare il buon andamento dell'azione amministrativa ed è per questo che, in linea di principio, si può ritenere legittimo un bando di una gara d'appalto che – per non appesantire oltremodo i lavori della commissione – limiti il numero delle pagine della relazione tecnica da presentare.

Il bando può prevedere il numero massimo delle pagine a pena di

esclusione (salvo il sindacato del giudice amministrativo, ove una tale limitazione risulti manifestamente incongrua, in rapporto al valore della gara ed alla complessità delle questioni da affrontare), così come può non prevedere una automatica esclusione, attribuendo così, almeno implicitamente, alla commissione il potere di valutare la relazione tecnica, e di attribuire conseguentemente i punteggi, non solo sulla base del suo intrinseco contenuto sostanziale, ma anche della sua mole e della sua chiarezza espositiva.

Infatti, può essere un pregio della relazione tecnica proprio la manifestata dote di sintesi, che evidenzia con immediatezza (se del caso rinviano ad allegati) i suoi punti caratterizzanti: tale pregio può comportare una valutazione positiva, dunque, sotto un duplice profilo e cioè sia in ordine alla maggiore efficacia persuasiva o descrittiva dello scritto sintetico, sia in ordine al buon andamento dei lavori dell'organo amministrativo.

In altri termini, in assenza di una disposizione normativa o di una espressa previsione del bando che preveda espressamente la esclusione, la relazione tecnica può essere formulata come meglio ritenga l'offerente, il quale ha però tutto l'interesse a presentare una offerta che possa conseguire un consistente punteggio non solo per la chiarezza delle questioni segnalate e affrontate ovvero per la qualità delle soluzioni proposte, ma anche per la sinteticità dello scritto, che di per sé ne valorizza il contenuto.

Rientra poi nell'ambito dei poteri tecnico-discrezionali della commissione verificare se lo scritto vada considerato prolisso e

inutilmente ripetitivo di concetti (e dunque meritevole di conseguire un basso punteggio), ovvero valutare se la lunghezza dell'esposizione non abbia intralciato i lavori ed abbia contribuito a chiarire aspetti effettivamente meritevoli di trattazione.

Pertanto, neppure si può ritenere che la s.r.l. Diodoro o la commissione esaminatrice avrebbero dovuto comunque considerare priva di rilevanza giuridica la richiamata nota pubblicata sul sito dell'amministrazione, valutandone in via autonoma l'illegittimità (da considerare insussistente, per le ragioni sopra esposte).

Nella specie, dunque, il provvedimento del responsabile del procedimento – che ha fornito i chiarimenti nel rispetto della *par condicio* nell'arco temporale fissato per la formulazione delle offerte - si è limitato ad esplicitare un principio di ragionevolezza già desumibile dal sistema e risulta ispirato al principio del buon andamento della pubblica amministrazione, non si è posto in contrasto con disposizioni normative o con il bando di gara ed ha fatto sorgere un legittimo affidamento sulla possibilità di produrre la relazione tecnica senza un numero massimo di pagine, dando una opportunità di cui tutte le imprese si sarebbero potute avvalere (sotto ponendosi al conseguente giudizio della commissione anche sul punto).

9. Conclusivamente, l'appello risulta fondato sia nella parte in cui ha riproposto il ricorso incidentale di primo grado, sia nella parte in cui ha chiesto che sia respinta la censura del ricorso ordinario di primo grado, accolta dal TAR.

Pertanto, in parziale riforma della sentenza appellata, il ricorso di

primo grado va integralmente respinto.

Attesa la peculiarità della controversia, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 760 del 2014, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata :

- accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla s.r.l. Diodoro Energia ;
- respinge integralmente il ricorso proposto di primo grado n. 5053 del 2013, proposto dalla s.r.l. Ecosud.

Spese compensate dei due gradi.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2014

IL SEGRETARIO

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