



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7199 del 2014, proposto da:

AIMERI AMBIENTE S.R.L. A SOCIO UNICO, soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Biancamano S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso Giorgio Papetti in Roma, Via Monzambano, n. 5;

contro

CONSORZIO VALORIZZAZIONE RIFIUTI 14, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Cinzia Picco e Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso Luca Di Raimondo in Roma, Via della Consulta, n. 50;

nei confronti di

DE VIZIA TRANSFER S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con San Germano s.r.l. a socio unico, nonché SAN GERMANO S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli

avv. Angelo Clarizia, Gennaro Macrì e Claudia Pronzato, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE – TORINO, Sez. I, n. 1303 del 29 luglio 2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di raccolta rifiuti e di nettezza urbana;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Valorizzazione Rifiuti 14, della De Vizia Transfer S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con San Germano s.r.l., a socio unico, nonché di quest'ultima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Giorgio Capetti, su delega dell'avv. Gianni Maria Saracco, Luca Di Raimondo su delega dell'avv. Paolo Scaparone, e Angelo Clarizia; Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione del Responsabile dell'Area Servizi Ambientale n. 603 del 19 dicembre 2013 il Consorzio Valorizzazione Rifiuti (CO.VA.R.) 14 ha indetto una procedura aperta in ambito europeo per l'affidamento del "servizio di raccolta rifiuti e di nettezza urbana in 18 Comuni del Covar 14 - Consorzio della Provincia di Torino composto da 19 Comuni", della durata contrattuale di due anni, suddiviso in tre lotti (il primo per un importo di €. 12.578.817,91 oltre Iva; il secondo per un importo di €. 14.541.016,57 oltre IVA, il terzo per un importo di €. 8.395.881,89

oltre IVA), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara, cui hanno partecipato, per il lotto I, l'A.T.I. San Germano s.r.l. – De Vizia Transfer S.p.A., Aimeri Ambiente s.r.l. e Teknoservice s.r.l.; per il lotto II, CNS, Aimeri Ambiente s.r.l. e per il lotto III, l'ATI De Vizia Transfer S.p.A. – San Germano s.r.l., Aimeri Ambiente s.r.l. e Teknoservice s.r.l., giusta determinazione n. 64 del 6 marzo 2014, il lotto I è stato definitivamente aggiudicato all'ATI San Germano s.r.l. (mandataria) – De Vizia Transfer S.p.A. (mandante), il lotto II è stato definitivamente aggiudicato a CNS ed il lotto III è stato definitivamente aggiudicato all'ATI De Vizia Transfer S.p.A. (mandataria) – San Germano s.r.l. (mandante).

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza n. 1303 del 29 luglio 2014, definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi da aggiunti, proposto da Aimeri Ambiente s.r.l., per l'annullamento della predetta determinazione n. 64 del 6 marzo 2014 relativamente all'aggiudicazione definitiva dei lotti I e III, nei quali si era classificata al secondo posto, rispettivamente all'ATI San Germano s.r.l. (mandataria) – De Vizia Transfer S.p.A. (mandante) e all'ATI De Vizia Transfer S.p.A. (mandataria) – San Germano s.r.l. (mandante), nonché su quello incidentale proposto dalla De Vizia Transfer S.p.A., in proprio e quale capogruppo della San Germano s.r.l., ha accolto il ricorso incidentale, ritenendo illegittima l'ammissione alla gara della Aimeri Ambiente s.r.l. a causa delle gravi inadempienze contrattuali di cui si era resa responsabile nell'esecuzione del precedente contratto relativo al servizio di raccolta rifiuti e nettezza urbana, ex art. 38, comma 1, lett. f), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (inadempienze di cui la stazione appaltante non aveva tenuto minimamente conto) e conseguentemente ha dichiarato inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse.

3. Aimeri Ambiente s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza alla stregua di due articolate serie di motivi, con la prima delle quali ne ha dedotto l'erroneità e l'ingiustizia sotto tre diversi profili (in particolare: "I.1. Sui capi 2 e 3 – Difetto di giurisdizione per violazione del limite esterno della giurisdizione amministrativa e dell'art. 7, c. 6 e 134 c.p.a.; error in iudicando con riferimento alla valutazione sulla insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1, lett. f), cod. app. e per violazione dell'art. 38 medesimo"; "I.2. Sul capo 4 – Difetto di giurisdizione per violazione del limite esterno della giurisdizione amministrativa e dell'art. 7, c. 6 c.p.a.; errore in iudicando con riferimento alla valutazione della sussistenza della violazione dell'art. 38, co. 1, lett. f), cod. app.; error in procedendo con riferimento alla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c."; "I.3. Sui capi 1 e 5 della sentenza di primo grado – error in iudicando ed in procedendo con riferimento alla mancata disamina del ricorso principale per presunta carenza di interesse e legittimazione"; "I.4. Sul capo 6 (in punto spese) – error in iudicando per illogicità e contraddittorietà della motivazione e contraddittorietà tra dispositivo e motivazione"), mentre con la seconda ha riproposto i motivi di censura sollevati in primo grado non esaminati ("in via principale, con riferimento al provvedimento di aggiudicazione: "II.1. Violazione di legge con riferimento all'art. 38, c. 1, lett. c), e c. 1 – ter e c. 2 del d. lgs. 163/2006; violazione di legge con riferimento all'art. 3 della L. 241/1990; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della insufficienza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, nonché sotto il profilo della disparità di trattamento e del principio di parità tra i concorrenti"; "II.2. Violazione di legge con riferimento all'art. 38, c. 1, lett. c) e c. 1 – ter e c. 2 del d. lgs. 163/2006; violazione di legge con riferimento all'art. 3 della l. 241/1990; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della insufficienza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, nonché sotto il profilo della disparità di trattamento e del principio di parità tra i concorrenti"; "II.3. Violazione di legge con

riferimento all'art. 48 d. lgs. n. 163/06; eccesso di potere sotto il profilo della violazione della lex specialis della gara; eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio di economicità"; in via subordinata, con riferimento al disciplinare di gara ed al capitolato speciale: "III.4. Violazione di legge con riferimento all'art. 83, 1° comma, d. lgs. 163/06; violazione di legge con riferimento all'art. 120 d.P.R. 207/10; violazione di legge con riferimento al principio di segretezza dell'offerta economica; eccesso di potere sotto il profilo della violazione della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza; eccesso di potere sotto il profilo della ingiustizia manifesta; eccesso di potere sotto il profilo della incongruità ed illogicità manifesta"; "III.5. Violazione di legge con riferimento all'art. 3, c. 5, del d. lgs. 163/2006 e all'art. 283 del d.p.r. 207/2010 e dell'allegato P al medesimo; eccesso di potere sotto il profilo della violazione del canone di logicità – congruità e dell'ingiustizia manifesta"; "III.6. Domanda di declaratoria di inefficacia dei contratti e relativo sub ingresso in essi e, in subordine, domanda di risarcimento dei danni patiti e patendi".

Hanno resistito al gravame sia il Consorzio Valorizzazione Rifiuti – CO.VA. R. 14, sia De Vizia Transfer S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con San Germano s.r.l., nonché quest'ultima, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

4. All'udienza in camera di consiglio del 23 settembre 2014, fissata per la decisione sull'istanza cautelare di sospensione della esecutività della sentenza impugnata, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 25 novembre 2014 per la trattazione del merito.

Nell'imminenza di quest'ultima le parti hanno diffusamente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, insistendo nelle conclusioni già rese.

All'udienza pubblica del 25 novembre 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. In linea preliminare occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse sollevata dalle appellate De Vizia Transfer S.p.A. e San Germano s.r.l. in relazione alla nota prot. 3473/VII del 9 maggio 2014, con cui il Consorzio CO.VA.R. 14 avrebbe effettivamente dichiarato il venir meno in capo alla società Aimeri s.r.l. dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), per malafede nell'esecuzione degli appalti.

L'eccezione non è meritevole considerazione.

Sotto un primo profilo, deve osservarsi che la predetta nota è temporalmente successiva alla impugnata determinazione di aggiudicazione definitiva (n. 64 del 6 marzo 2014) dell'appalto in questione, così che essa non può essere considerata rilevante ai fini dello scrutinio di legittimità di quest'ultima, le considerazioni ivi contenute potendo eventualmente valere ai fini della risoluzione del rapporto contrattuale in corso.

Sotto altro profilo il suo contenuto risulta essere tutt'altro che univoco, dal momento che per un verso contesta "...formalmente all'Aimeri la circostanza escludente di cui alla...lett f) dell'art. 38, comma 1 del d. lgs. 163/2006 e, più precisamente la perdita del rapporto fiduciario con la Stazione appaltante a causa dei fatti sopra evidenziati..." (che attengono peraltro anche ad inadempimenti con altra amministrazione appaltante), così atteggiandosi a comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'adozione di un provvedimento di esclusione, per altro verso esclude la possibilità immediata di autorizzare la predetta Aimeri s.r.l. ad effettuare in subappalto prestazioni relative all'appalto oggetto di controversia e per altro verso ancora sottolinea che il perdurare della grave situazione non "...potrà permettere alla scrivente di cambiare la propria posizione in merito all'insussistenza dei requisiti per contrattare con la P.A.", in tal modo dando vita ad un atto di ammonimento e sollecito a modificare il proprio comportamento (coerente con la

natura di comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, piuttosto che con un atto di definitiva esclusione dalla gara).

6. Possono essere esaminati congiuntamente, in ragione della loro intima connessione, i primi tre motivi di gravame, con i quali l'appellante ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia della sentenza impugnata per aver accolto il ricorso incidentale spiegato in primo grado dalla De Vizia Transfer S.p.A. in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con San Germano s.r.l., deducendo in particolare "I.1. Sui capi 2 e 3 – Difetto di giurisdizione per violazione del limite esterno della giurisdizione amministrativa e dell'art. 7, c. 6 e 134 c.p.a.; error in iudicando con riferimento alla valutazione sulla insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1, lett. f), cod. app. e per violazione dell'art. 38 medesimo"; "I.2. Sul capo 4 – Difetto di giurisdizione per violazione del limite esterno della giurisdizione amministrativa e dell'art. 7, c. 6 c.p.a.; errore in iudicando con riferimento alla valutazione della sussistenza della violazione dell'art. 38, co. 1, lett. f), cod. app.; error in procedendo con riferimento alla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c."; "I.3. Sui capi 1 e 5 della sentenza di primo grado – error in iudicando ed in procedendo con riferimento alla mancata disamina del ricorso principale per presunta carenza di interesse e legittimazione";

Essi sono fondati nei sensi appresso indicati.

6.1. Come emerge dalla lettura della sentenza impugnata, i primi giudici hanno ritenuto fondato il motivo del ricorso incidentale con cui era stata lamentata l'illegittima ammissione alla gara della società Aimeri Ambiente s.r.l. a causa della violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs, n. 163 del 2006, emergendo dalla documentazione versata in atti i gravi inadempimenti (consistenti nella reiterata ed immotivata interruzione del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti oltre che del cronico ritardo nella regolare corresponsione degli stipendi ai lavori dipendenti) di cui la predetta società Aimeri s.r.l. Ambiente si era resa responsabile nell'esecuzione

del pregresso rapporto contrattuale con lo stesso Consorzio CO.VA.R 14 (riguardante il servizio di raccolta rifiuti affidatole nel 2008).

Secondo il tribunale, le comunicazioni formali con cui l'amministrazione aveva contestato quegli inadempimenti esprimevano un giudizio critico sulla condotta dell'impresa ed erano temporalmente antecedenti all'avvio della procedura di gara in esame, mentre non ostava all'accoglimento della censura il fatto che la valutazione circa la gravità dell'inadempimento rientrasse nella discrezionalità dell'amministrazione, giacchè i fatti contestati dimostravano inconfutabilmente la rottura dell'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione e non poteva che condurre all'esclusione di quell'impresa dalla gara.

6.2. Come sottolineato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174), la disposizione contenuta nell'art. 38, lett., f), del d.lg. n. 163 del 2006, prevedendo che sono esclusi dalla partecipazione alla gara gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, contempla in realtà "...un fatto complesso che impone la distinzione tra il giudizio afferente alla fase negoziale del pregresso rapporto e il giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi. Il primo giudizio è riservato all'amministrazione che, quale parte di un pregresso rapporto, può ritenere che l'altra parte abbia posto in essere, nell'esecuzione delle prestazioni, un comportamento connotato da grave negligenza o malafede. L'amministrazione potrebbe decidere di risolvere il contratto stipulato. In questo caso, qualora insorgano contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al g.o., che esercita un controllo pieno sulle cause interne che hanno condotto alla interruzione del rapporto negoziale. Il secondo giudizio spetta anch'esso all'amministrazione che, considerati nel modo anzidetto i pregressi rapporti negoziali, adotta, nell'esercizio di

un potere pubblico, la determinazione con la quale esclude una impresa da una gara ovvero annulla una aggiudicazione già disposta. Si tratta di un potere discrezionale che deve valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi. In questo caso, se insorgono contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al giudice amministrativo, che esercita un controllo sulle cause esterne che hanno determinato la rottura del rapporto fiduciario al fine di accertare se esiste una figura sintomatica dell'eccesso di potere idonea a comportare l'illegittimità degli atti amministrativi. In tale prospettiva, l'interruzione della relazione fiduciaria relativa al pregresso rapporto costituisce un presupposto per l'esercizio del potere pubblico, con la conseguenza che il sindacato, come rilevato dalla Cassazione, deve limitarsi a valutare l'eventuale inesistenza o dissimulazione del presupposto stesso”.

Se è vero che l'esclusione dalla gara pubblica, disposta ai sensi del ricordato art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico e che a tal fine non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, il provvedimento di esclusione, per un verso, non può che provenire dall'amministrazione appaltante, quale necessaria conseguenza della motivata valutazione svolta da quest'ultima in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio di prestazioni oggetto di precedenti affidamenti che abbiano fatto venir meno la fiducia nell'impresa, e per altro verso costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Cons. St., sez. V, 21 giugno

2012, n. 3666; 22 febbraio 2011, n. 1107; 21 gennaio 2011, n. 409; sez. III, 19 aprile 2011, n. 2403).

6.3. Alla luce di consolidati principi deve convenirsi con la tesi dell'appellante circa l'erroneità della sentenza impugnata che, in accoglimento del ricorso incidentale, ha dichiarato l'illegittimità dell'ammissione alla gara della società Aimeri s.r.l. per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, benché l'amministrazione appaltante non abbia mai adottato nei suoi confronti un motivato provvedimento di esclusione dalla gara fondato sulla grave negligenza o malafede nell'espletamento delle prestazioni del precedente affidamento dello stesso servizio di raccolta rifiuti.

Anche, infatti, a non voler sottovalutare la rilevanza e la gravità dei fatti concernenti il precedente rapporto contrattuale, sui quali i primi giudici hanno fondato il proprio convincimento circa l'esistenza di reiterati inadempimenti che si sarebbero verificati e che sarebbero stati anche contestati dall'amministrazione appaltante alla predetta società Aimeri s.r.l., non può nondimeno sottacersi che tali contestazioni non risultano aver condotto l'amministrazione a ritenere effettivamente violato l'elemento fiduciario (su cui si fondano i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione) e tantomeno risultano sfociate in un esplicito provvedimento di esclusione dalla gara, che costituisce espressione del potere discrezionale della pubblica amministrazione: in tal senso risulta decisiva la ricordata nota prot. 3473/VII del 9 maggio 2014 del CO.VA.R. 14, dalla quale emerge, a prescindere dal contenuto non univoco, che fino a quel momento l'amministrazione appaltante non aveva assunto alcuna determinazione definitiva di esclusione.

Né ad una simile conclusione - di ritenere cioè violato il rapporto fiduciario tra l'amministrazione appaltante e la società Aimeri s.r.l. per negligenza o mala fede nell'esecuzione del precedente rapporto contratto - poteva autonomamente giungere l'adito tribunale, che, pur potendo sindacare l'operato della pubblica

amministrazione sotto il profilo della correttezza e della ragionevolezza del potere esercitato, non può tuttavia sostituirsi a quest'ultimo nell'esercizio del potere stesso (tanto più laddove, come nel caso di specie, quel potere [di valutazione della rilevanza di fatto di inadempimento contrattuale] non è stato neppure esercitato).

6.4. D'altra parte deve aggiungersi, per completezza, che, ferma l'impossibilità del giudice di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della gravità degli inadempimenti contrattuali ai fini del provvedimento di esclusione dalla gara, l'eventuale illegittimità dell'ammissione alla gara di Aimeri s.r.l. per la mancata valutazione di quegli inadempimenti non avrebbe mai determinato ex se l'esclusione dalla gara, ciò necessitando, come si è sopra accennato, in ogni caso uno specifico provvedimento riservato alla discrezionalità dell'amministrazione.

6.5. In conclusione, sulla scorta delle osservazioni svolte, i primi tre motivi dell'appello principale devono essere accolti, con conseguente infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

7. Ciò impone alla Sezione di esaminare il secondo motivo del ricorso incidentale spiegato in primo grado dalla De Vizia Transfer S.p.A., implicitamente assorbito dall'accoglimento del primo motivo, ma riproposto espressamente ai sensi dell'art. 101 c.p.a., pur esso di natura escludente, con cui è stata sostenuta la mancata esclusione dalla gara della predetta Aimeri s.r.l. per "Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. 163/06; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione".

Secondo la predetta De Vizia Transfer S.p.A., l'amministrazione appaltante aveva ommesso di valutare l'incidenza della condanna penale per il reato di gestione non autorizzata di rifiuti pericolosi, riportata dal sig. Pier Paolo Pizzimbone, cessato dalla carica di responsabile della società incorporata Ponticelli s.r.l. nell'anno antecedente di indizione della gara in questione, tanto più che, per un verso, non era stato fornito alcun elemento in ordine alle eventuali iniziative adottate dalla società per dissociarsi

da quella condotta penalmente, mentre, per altro verso, il predetto sig. Pier Paolo Pizzimbone, cessato dalla carica di responsabile tecnico della incorporata Ponticelli s.r.l., era divenuto vicepresidente del Consiglio di Amministrazione della società Biancamano s.p.a., che controlla totalmente Aimeri Ambiente; sempre secondo la tesi della ricorrente incidentale tali situazione di intrecci di cariche e di società esigevano un'interpretazione non formalistica dell'art. 38, comma 1, lett. c), per evitare l'elusione della ratio della norma stessa e conseguentemente l'esclusione dalla gara della predetta Aimeri S.p.A., il presidente della cui controllante, tal sig. Giovanni Battista Pizzimbone, era destinatario di diverse condanne penali, non menzionate nelle dichiarazioni prodotte per la partecipazione alla gara.

Il motivo deve essere respinto.

Sotto un primo profilo deve rilevarsi che, come dedotto dalla Aimeri s.r.l. nella propria memoria difensiva e come peraltro emerge dalla documentazione versata in atti, il geometra sig. Pier Paolo Pizzimbone non rivestiva al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara la carica di responsabile o direttore tecnico della predetta società Aimeri Ambiente s.r.l., né risultava aver ricoperto quella carica nell'anno precedente la data di indizione del bando; egli era stato in realtà responsabile tecnico della Ponticelli s.r.l., società fusa per incorporazione nella Aimeri Ambiente s.r.l., giusta atto notarile del 18 dicembre 2012.

Peraltro nella dichiarazione resa dal Presidente di Aimeri Ambiente s.r.l. ai fini della partecipazione alla gara relativamente al possesso dei requisiti di moralità da parte dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, è stata anche espressamente riportata la circostanza che il predetto geometra, proprio ed esclusivamente nella qualità di responsabile tecnico della società Ponticelli s.r.l., fusa per incorporazione in Aimeri Ambiente s.r.l., aveva riportato una condanna penale definitiva per attività di gestione di rifiuti, non pericolosi, non autorizzata,

aggiungendosi tuttavia (sub lett. l), che non si era "...ritenuto di dover procedere all'adozione di atti o misure di dissociazione della condotta penalmente sanzionata in capo a tale soggetto, in quanto trattasi di sentenza avente ad oggetto fatti risalenti nel tempo, penalmente inquadrabili in fattispecie di natura meramente contravvenzionale".

Nessuna omissione dichiarativa può essere pertanto imputata per il profilo in esame ad Aimeri Ambiente s.r.l. che non può pertanto essere sanzionata, come invocato dalla ricorrente incidentale, con l'esclusione dalla gara; d'altra parte non solo non è irragionevole ritenere che l'amministrazione appaltante abbia considerato irrilevante ai fini del giudizio di inaffidabilità morale della concorrente Aimeri Ambiente s.r.l. quella condanna, per quanto, poichè la valutazione di gravità di quella condanna è propria ed esclusiva dell'amministrazione, alla sua mancanza non può supplire la decisione del giudice, con la conseguenza che in ogni caso nella fattispecie in esame non può pervenirsi all'esclusione dalla gara della società Aimeri Ambiente s.r.l., come sostanzialmente richiesto da De Vizia Transfer S.p.A.

Sotto altro profilo deve poi rilevarsi che, come sottolineato dalla giurisprudenza, le cause di esclusione dalla gara, anche con riferimento al possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), in quanto idonee a impedire e/o limitare l'esercizio della libera attività economica ed in quanto potenzialmente idonee anche ad incidere sul principio della libera concorrenza, sono tassative e non possono essere oggetto di interpretazione estensiva o analogica; non può in tal senso trovare favorevole considerazione la suggestiva prospettazione secondo cui la società Aimeri Ambiente avrebbe dovuto essere esclusa per la mancata dichiarazione di condanne penali che avrebbero asseritamente colpito il Presidente del Consiglio di Amministrazione ed il vice presidente della società Biancamano S.p.A., che controlla interamente la predetta Aimeri Ambiente, nessuna norma imponendo quella dichiarazione nel prospettato intreccio societario.

8. In conclusione, per effetto della fondatezza dei primi tre motivi dell'appello principale e della conseguente infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla De Vizia Transfer S.p.A., nonché della infondatezza anche del secondo motivo del ricorso incidentale, la sentenza di primo grado deve essere riformata, deve essere respinto il predetto ricorso incidentale proposto in primo grado e deve essere dichiarato ammissibile il ricorso principale proposto in primo grado da Aimeri Ambiente s.r.l..

E' da considerarsi così travolto anche il capo relativo alle spese di giudizio che, in ragione della soccombenza erano state poste a carico della Aimeri Ambiente S.p.A., con conseguente accoglimento del quarto motivo dell'appello principale, con cui era stata lamentata proprio l'ingiustizia della disposta condanna alle spese.

9. Passando all'esame del ricorso principale proposto in primo grado da Aimeri Ambiente s.r.l., le cui censure sono state espressamente riproposte con l'atto di appello, in particolare con la seconda serie di motivi di gravame, la Sezione osserva che esso è infondato alla stregua delle osservazioni che seguono.

9.1. Con i primi due motivi, che in quanto identici possono essere esaminati congiuntamente, deducendo "Violazione di legge con riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c), e c. 1 – ter e c. 2 del d. lgs. 163/2006; violazione di legge con riferimento all'art. 3 della l. 241/1990; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della insufficienza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, nonché sotto il profilo della disparità di trattamento e del principio di parità tra i concorrenti", Aimeri Ambiente s.r.l. ha lamentato la omessa esclusione dalla gara, sia per il lotto I che per il lotto III, del R.T.I. tra De Vizia Transfer S.p.A. e San Germano s.r.l., difettando la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 dei signori Pietro Carbonella e Michele Amato che, come emergeva dalla visura camerale della società De Vizia Transfer S.p.A., rivestivano le funzioni di responsabile tecnico, in ragione

della sostanziale coincidenza tra le funzioni di direttore tecnico e quelle di responsabile tecnico.

L'assunto non merita favorevole considerazione.

9.1.1. Sebbene non possa dubitarsi della necessità della dichiarazione di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 anche da parte del responsabile tecnico, giacché in tema di imprese operanti del settore di igiene ambientale la giurisprudenza ha assimilato la figura del responsabile tecnico a quella del direttore tecnico delle imprese di lavori pubblici (sulla scorta del rilievo che, a norma dell'art. 10, co. 4, del d.m. 28 aprile 1998, la prima è sostanzialmente analoga alla seconda in quanto investita, con riguardo al complesso dei servizi da commettere, dai medesimi "adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'esecuzione di lavori" di cui all'art. 26 del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, così Cons. St., sez. III, 6 giugno 2014, n. 2888; 23 maggio 2012, n. 3045; sez. V, 11 gennaio 2012 n. 83, 24 marzo 2011 n. 1790 e 26 maggio 2010 n. 3364), deve nondimeno rilevarsi che quell'obbligo è stato adempiuto con la dichiarazione, pacificamente resa, del sig. Marcello Caruso, responsabile tecnico per l'Albo nazionale gestori ambientali, e come tale preposto all'interno della società al rispetto dei obblighi, con connesse responsabilità, direttamente riferibili all'oggetto dell'appalto.

Non erano invece tenuti ad alcuna dichiarazione i predetti signori Pietro Carbonella e Michele Amato, che pur rivestendo la carica di responsabile tecnico, non svolgevano tuttavia compiti inerenti alla materia oggetto dell'appalto, il primo avendo responsabilità per le attività di cui alla legge n. 82 del 1994, in materia di pulizia disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione, il secondo essendo responsabile tecnico degli impianti di condizionamento e riscaldamento, ai sensi del D.M. n. 37 del 2008: al riguardo deve ricordarsi che la giurisprudenza ha evidenziato che nelle gare pubbliche il direttore tecnico (e con riferimento al caso in esame, deve ritenersi anche il responsabile tecnico) tenuto a rilasciare la

dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 è colui che riveste tale posizione rispetto al settore tecnico operativo nel quale la commessa si iscrive e non anche tutti i tecnici preposti ai settori di attività in qualsiasi modo implicate nell'attività esecutiva dell'appalto (Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372).

9.1.2. Sotto altro concorrente profilo deve in ogni caso ammettersi che, essendo stata pacificamente resa la dichiarazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte del direttore tecnico e del responsabile tecnico per l'Albo nazionale gestori ambientali ed in mancanza di una specifica disposizione della lex specialis che imponesse l'obbligo (peraltro irragionevole) della dichiarazione di tutti coloro che rivestissero la qualifica di responsabile tecnico, indipendentemente dallo specifico settore di attività di cui erano effettivamente responsabile, anche l'eventuale carenza di dichiarazione non avrebbe mai potuto condurre all'esclusione del predetto R.T.I. dalla gara, dovendo piuttosto l'amministrazione appaltante esercitare doverosamente il c.d. soccorso istruttorio, anche sulla scorta dei principi da ultimo delineati dalla Adunanza Plenaria con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 (tanto più che i nominativi dei soggetti le cui dichiarazioni sarebbero state omesse erano agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali).

9.2. Ugualmente infondato è il terzo motivo di censura, rubricato "Violazione di legge con riferimento all'art. 48 d.lgs, n. 163/06; eccesso di potere sotto il profilo della lex specialis della gara; eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio di economicità", con cui è stato dedotto, per un verso, che, proprio in violazione della lex specialis ed in particolare diversamente da quanto ivi previsto all'art. 16, lett. a), del disciplinare, si sarebbe proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche per verificare la presenza dei documenti richiesti prima

dell'esito della verifica a campione di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, e, per altro verso, che tale verifica a campione non sarebbe stata neppure compiuta.

9.2.1. Dalla lettura della documentazione versata in atti, e in particolare dal verbale unico delle operazioni della commissione di gara, risulta innanzitutto che, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, la verifica a campione, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata effettivamente espletata, essendo stata richiesta la relativa documentazione solo all'A.T.I. tra ASP S.P.A. e Stirano s.r.l. e Teknoservice s.r.l., concorrenti per il terzo lotto: ciò in quanto, secondo la commissione di gara, era inutile estendere tale verifica anche alla Aimeri Ambiente s.r.l. e all'A.T.I. De Vizia Transfer S.p.A. e San Germano s.r.l., i cui requisiti erano noti e documentati presso la stessa amministrazione appaltante, trattandosi di ditte già operanti sul territorio del Consorzio.

9.2.2. Quanto alla presunta violazione delle disposizioni procedurali stabilite dalla lex specialis, per essere state in particolare aperte le buste contenenti le offerte tecniche prima della verifica a campione di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, deve osservarsi che l'interpretazione della lex specialis non è convincente, ponendosi contrasto con la stessa ratio della verifica.

Quest'ultima, infatti, come osservato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2014, n. 4950), non concerne soltanto i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese partecipanti, ma anche le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta e, quindi, riguarda tutti i requisiti oggetto di dichiarazioni successivamente verificabili, non esclusi quelli di ordine generale di cui al precedente art. 38, essendo finalizzata a garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, anche con specifico riferimento ai principi di speditezza ed economicità.

In tal senso, come correttamente sottolineato dalla difesa delle contro interessate, sarebbe del tutto incongruo e defatigante prevedere la verifica anche nei confronti

di concorrenti che non abbiamo prodotto una documentazione o un'offerta almeno formalmente corretta, rischiandosi così di dilatare inutilmente i tempi del procedimento di scelta del miglior contraente possibile e di arrecare un rilevantissimo danno agli interessi pubblici che l'amministrazione intende garantire e tutelare con l'affidamento dell'appalto.

La disposizione della *lex specialis* di cui si discute deve pertanto essere correttamente interpretata non già nel senso che la verifica doveva precedere, in senso stretto e in modo meramente formale, l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica (giacché in tal modo la verifica sarebbe stata illogicamente limitata alla sola dichiarazione dei requisiti di ordine generale, di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale, senza poter riguardare anche l'offerta tecnica), quanto piuttosto nel senso che detta verifica, dovendo riguardare anche l'offerta tecnica, presupponeva necessariamente la sola conoscenza dei documenti costituenti l'offerta tecnica e non poteva prescindere dall'apertura delle relative buste al solo fine di accertarne il contenuto, fermo restando che il controllo formale sulla documentazione stessa era necessariamente successivo alla verifica (e precedeva l'attività valutativa in senso stretto e la conseguente attribuzione dei punteggi sulla base dei criteri indicati nella *lex specialis*).

In ogni caso ad avviso della Sezione, anche ad ammettere che si sia effettivamente verificata una violazione procedimentale nel senso prospettato dalla ricorrente, tale violazione non è di per sé idonea a determinare ex se l'illegittimità della gara in questione, non accompagnandosi ad alcun *vulnus* ai principi di imparzialità e par condicio dei concorrenti.

9.3. Non merita condivisione neppure il quarto motivo di censura, con cui è stato dedotto “In via subordinata – con riferimento al disciplinare di gara: Violazione di legge con riferimento all'art. 83, 1° comma, d. lgs. 163/06; violazione di legge con riferimento al all'art. 120 d.P.R. n. 207/10; violazione di legge con riferimento del

principio di segretezza dell'offerta economica; eccesso di potere sotto il profilo della violazione della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza; eccesso di potere sotto il profilo della ingiustizia manifesta; eccesso di potere della incongruità ed illogicità manifesta”.

La ricorrente Aimeri Ambiente s.r.l., pur ritenendo logico e ragionevole il criterio di valutazione dell'offerta tecnica concernente “i) azioni di comunicazioni e informazioni sulla raccolta differenziata, sulla riduzione dei rifiuti e sul corretto utilizzo dei servizi da parte degli utenti” [per il quale era prevista l'attribuzione fino ad un massimo di quattro punti, così articolati: “ia) per l'ideazione della strategia di comunicazione e sensibilizzazione sotto i profili: ia1.) dell'analisi del contesto in cui si inserisce la comunicazione e l'adeguata definizione dei gruppi target (fino a 0,5 punti); ia2.) della completezza e dell'articolazione dei media planning, inteso come numero e tipologia di strumenti comunicativi utilizzati, in relazione ai gruppi target individuati (fino a 1.5 punti); ia3.) della chiarezza, esaustività e coerenza dei messaggi e dei contenuti proposti e conformità delle azioni di comunicazione e informazione con gli obiettivi richiesti dal Capitolato Speciale e conseguenti azioni tecniche (fino a 1,0 punti); ia4.) proposte di calendario di servizio annuale: la proposta dovrà essere corredata di una bozza grafica. Il Consorzio si riserva di utilizzare la grafica proposta per la predisposizione dei calendari distribuiti alle utenze dei 19 Comuni del COVAR 14 (fino a 1.0 punti)”], ha dedotto l'illegittimità della clausola che obbligava i concorrenti ad indicare la percentuale del canone contrattuale che si intendeva utilizzare per effettuare la comunicazione, fissando l'importo massimo consentito nella misura dell'1,5% dell'importo a base d'asta per ogni lotto e quello minimo consentito nella misura dell'0,3%, importo al di sotto del quale non sarebbe stato attribuito alcun punteggio, giacché in questo modo si sarebbe verificata una inammissibile interferenza tra l'offerta tecnica e quella economica, nel senso della possibile conoscibilità di quest'ultima, che invece, in omaggio ai principi di

trasparenza e di imparzialità, deve rimanere segreta fino alla definitiva valutazione di tutte le offerte tecniche (per evitare che la commissione di gara possa essere influenzata dalla stessa).

Senonché la pur suggestiva prospettazione della ricorrente è sfornita di qualsiasi prova e si fonda su mere personali congetture, dal momento che del tutto ragionevolmente la mera indicazione della percentuale del canone annuo, calcolato sulla soglia dell'importo a base d'asta, quale elemento per l'attribuzione del punteggio al ricordato criterio di valutazione dell'offerta economica, non risulta minimamente sufficiente a conoscere e neppure a far presumere l'entità dell'offerta economica medesima.

9.4 Con il quinto motivo di censura, rubricato "Violazione di legge con riferimento all'art. 83, c. 6 del d. lgs. 163/06 e all'art. 283 del d.p.r. 207/2010 e dell'allegato P al medesimo; eccesso di potere sotto il parere della violazione del canone di logicità – congruità e dell'ingiustizia manifesta", la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità della formula individuata nella lex specialis per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, in quanto non contemplata, ai sensi dell'art. 83, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, in quelle tassativamente indicate nell'allegato P al d.p.r. n. 207 del 2010. La tesi è priva di fondamento.

Come recentemente affermato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749) <...l'Allegato P -- in coerenza con le norme dell'art. 83 del d.lgs. n.163/2006 e dell'art. 283 del Regolamento di cui al d.p.r. n.207/2010, al predetto Regolamento -- non impone affatto a pena di illegittimità un particolare tipo di metodologia per l'individuazione del miglior offerente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa purché la metodologia adottata sia tale da "..consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa..." (artt.83, V° co. Cod. dei Contratti)>.

Peraltro, in relazione alla più generale pretesa di illegittimità della formula prevista dal bando di gara per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, che non sarebbe stata idonea ad esprimere adeguatamente il notevole divario esistente tra i ribassi percentuali offerti, determinando un illegittimo appiattimento dei punteggi conseguiti dalle singole offerte in gara, non vi è motivo per discostarsi dai consolidati principi elaborati sull'argomento dalla giurisprudenza amministrativa (C.d.S., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3802; 18 febbraio 2013, n. 978; 27 giugno 2012, n. 3781; 22 marzo 2012, n. 1640; 1 marzo 2012, n. 1195; 18 ottobre 2011, n. 5583; sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146; sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175), in forza dei quali, tra l'altro, nelle gare pubbliche la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche nella individuazione delle formule matematiche, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, può essere consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità.

9.5. L'infondatezza degli esaminati motivi di censura, che determina il rigetto del ricorso principale di primo grado, esime la Sezione dal pronunciarsi sulla domanda di inefficacia dei contratti e di sub ingresso in essi, oltre che sulla subordinata domanda di risarcimento dei danni spiegata da Aimeri Ambiente s.r.l.

10. In conclusione, in accoglimento dell'appello, deve essere riformata la sentenza impugnata e, per l'effetto, deve essere respinto il ricorso incidentale spiegato in primo da De Vizia Transfer S.p.A. e deve essere dichiarato ammissibile il ricorso principale proposto in primo grado da Aimeri Ambiente S.p.A., che tuttavia deve essere respinto.

La reciproca soccombenza, oltre che la peculiarità della controversia, giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, sull'appello proposto da Aimeri Ambiente s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, n. 1303 del 29 luglio 2014, così provvede:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla De Vizia Transfer S.p.A. e dichiara ammissibile il ricorso principale proposto da Aimeri Ambiente s.r.l.;
- rigetta il ricorso principale proposto in primo grado da Aimeri Ambiente s.r.l.;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2015

IL SEGRETARIO

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