



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2594 del 2016, proposto dalla società Multiservice Bono Carlo di Margherita Di Silvestro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Carrara (C.F. CRRCML50H02G273R), presso il cui studio, sito in Palermo nella Via N. Turrisi n. 387/a, è elettivamente domiciliata;

contro

SOGEIR - Gestione Impianti Smaltimento S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti di

ditta Carlino Calogero, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

del bando di gara mediante cottimo fiduciario (codice CIG 6802054089) e degli atti della stessa gara espletata dalla SOGEIR S.p.a. il giorno 26/09/2016-29/09/2016,

per l'affidamento dei servizi di abbancamento, compattazione e copertura dei rifiuti ammessi al conferimento della discarica di rifiuti non pericolosi, servizi di irrorazione delle piste principale e secondarie della discarica di contrada Saraceno/Salinelle di Sciacca;

Visti il ricorso, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 1207/2016 di accoglimento dell'istanza cautelare proposta;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli artt. 119 e 120 c.p.a.;

Relatore alla pubblica udienza giorno 27 gennaio 2017 il Cons., dott.ssa Federica Cabrini;

Udito il difensore della ricorrente, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso, notificato in data 18-20/10/2016 e depositato in data 24/10/2016, parte ricorrente ha impugnato il bando della gara espletata dalla SOGEIR S.p.a. per l'affidamento dei servizi di abbancamento, compattazione e copertura dei rifiuti ammessi al conferimento della discarica di rifiuti non pericolosi, servizi di irrorazione delle piste principale e secondarie della discarica di contrada Saraceno/Salinelle di Sciacca, nonché il verbale della gara del 29/9/2016, nella parte in cui ha ammesso l'offerta della controinteressata ed escluso la sua offerta.

Deduce a tali fini le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 36, c. 2, lett. b) d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 117 d.p.r. n. 207/2010 – eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti – violazione degli artt. 3, 97 e 108, c. 2, Cost.:

- atteso che il bando non prevede che si svolga in seduta pubblica la fase per la verifica della documentazione amministrativa e per l'apertura dell'offerta economica;
- la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto, contrariamente a quanto disposto dal bando, al momento della presentazione dell'offerta, non disponeva dei mezzi per disimpegnare il servizio, né in proprietà, né in leasing, né in affitto;
- la ricorrente non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché l'offerta economica non conteneva il documento di identità del titolare dell'impresa, atteso che ciò non era richiesto dal bando di gara.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso, formulando anche istanza cautelare.

Con ordinanza n. 1027/2016 è stata accolta l'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del giorno 27 gennaio 2017, udito il difensore della parte ricorrente, come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

Rileva preliminarmente il Collegio in rito che il ricorso, in quanto avente ad oggetto provvedimento di esclusione da procedura di affidamento (art.120, comma 2 bis c.p.a.), avrebbe dovuto decidersi in camera di consiglio ai sensi del comma 6 *bis*, del medesimo art. 120; né il cumulo di domande relativamente alla prospettata violazione del principio di pubblicità delle sedute, giustificava la conversione del rito, stante il disposto di cui all'art. 32, c. 1, c.p.a., che esclude da tale ipotesi i procedimenti di cui al Titolo V del Libro IV del c.p.a. (artt. 119 ss. c.p.a.); va considerato, d'altra parte, che nessun vizio si riverbera sulla sentenza per la trattazione del ricorso in udienza pubblica, poiché costituisce *ius receptum* il principio secondo il quale l'omissione della trattazione in camera di consiglio è una mera irregolarità del procedimento, che non determina violazione dei diritti di difesa, in virtù della più ampia garanzia assicurata dal giudizio in pubblica udienza

(v. Cass. civ., s.u., 7 marzo 2016, n. 4413 e Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2416).

Ciò detto, ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato, sia pur nei limiti di seguito specificati:

Quanto alla prospettata violazione del principio di pubblicità, si osserva in punto di fatto che il bando (*rectius* lettera-invito) non dispone che l'apertura delle buste debba svolgersi in seduta riservata e quindi non va annullato.

Il verbale di gara del 29/9/2016, assevera che la seduta fissata per l'apertura delle buste sia stata pubblica. Ciò risulta, però, smentito dalla circostanza (comprovata in atti) che la convocazione contenuta nella nota prot. n. 1392 recante data 29/9/2016, non è mai stata comunicata agli offerenti.

Ne consegue che la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza è avvenuta non per quanto previsto dal bando/lettera-invito, che non è quindi viziato, ma a causa della mancata convocazione degli offerenti, il che rende illegittimo il verbale del 29/9/2016.

Invero, per orientamento ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa, avviato con la pronuncia del Consiglio di Stato in adunanza plenaria n. 31 del 31 luglio 2012, i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria (cfr., *ex multis*, T.a.r. Lombardia – Milano, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 582; T.a.r. Lazio – Latina, sez. I, 29 giugno 2015, n. 503; T.a.r. Calabria - Reggio Calabria, sez. I, 17 luglio 2014, n. 396).

Quanto all'ammissione alla gara della controinteressata, osserva il Collegio che l'art. 8 punto 1 del bando/lettera-invito richiedeva, a pena di esclusione, la produzione, nella busta contenente la documentazione amministrativa, della copia dei certificati di proprietà dei mezzi, ovvero, in mancanza, della copia del contratto di affitto o di leasing che ne attesti la disponibilità. E' evidente che la proprietà/disponibilità doveva quindi sussistere al momento della presentazione dell'offerta.

Nel caso di specie la controinteressata si è limitata a produrre una dichiarazione di una ditta abilitata al noleggio, che si dichiarava disponibile a stipulare, successivamente alla gara, contratto di affitto o di leasing. Ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'impresa Carlino dalla gara di cui trattasi irrilevante essendo, infatti, quanto dichiarato dal R.U.P., il quale, rispondendo ad una istanza della predetta, con nota prot. n. 1354 del 21/9/2016, aveva dichiarato che fosse sufficiente la mera dichiarazione di disponibilità.

Ben vero, la stazione appaltante si era autovincolata alle previsioni contenute nel bando/lettera-invito, costituente *lex specialis* della procedura e ad esse (in quanto non contenenti clausole nulle) non poteva pertanto derogare.

Riguardo, infine, all'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente, deve osservarsi che nelle procedure di evidenza pubblica, è illegittima l'esclusione della ditta per mancata allegazione all'offerta economica di copia del documento di identità del sottoscrittore, poiché un tale obbligo non può essere imposto con riferimento a dichiarazioni di volontà negoziale quale è l'offerta economica, giacché esso attiene alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre alla pubblica amministrazione (v. T.a.r. Sicilia – Palermo, sez. I, 3 marzo 2015, n. 583 e T.a.r. Veneto – Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 736).

D'altra parte, nel caso di specie, come pure osservato dalla ricorrente, il bando/lettera-invito non prevedeva che all'offerta economica dovesse essere allegato il documento di identità del legale rappresentante dell'impresa offerente.

In conclusione, il ricorso va accolto nei limiti specificati e, per l'effetto, va annullato, per quanto di ragione, il verbale del 29/9/2016 di svolgimento della gara.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della stazione appaltante che ha dato causa alla lite, dovendo invece dichiararsi irripetibili nei confronti del controinteressato, in virtù della sua diversa posizione processuale, non essendosi egli neppure costituito in giudizio per eventualmente resistere al ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto annulla, per quanto di ragione il verbale di gara del 29/9/2016.

Condanna SOGEIR - Gestione Impianti Smaltimento S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano, in favore della società ricorrente, nel complessivo importo di € 1.000,00 (euro mille/00), oltre iva, c.p.a. e rimborso spese forfettarie nella misura del 15 per cento e oltre alla rifusione dell'importo corrisposto per il contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio dei giorni 27 gennaio e 2 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Federica Cabrini

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO