

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.1812/04 REG.DEC.

N. 2713-3145 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

- sul ricorso in appello n. 2713/2003 del 01/04/2003, proposto dalla Lombardi Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 284;

contro

il Comune di Monopoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto in Roma, Viale delle Milizie 106, presso Eugenio Gagliano;

Societa' Waste Italia S.p.A., non costituitasi;

Medusa S.c. a r.l., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del **TAR PUGLIA - BARI: Sezione I n.394/2003**, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi ecologici nel territoriocomunale ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monopoli;

- sul ricorso in appello n. 3145/2003 dell'11/04/2003, proposto

dal Comune di Monopoli, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto in Roma, Viale delle Milizie 106, presso Eugenio Gagliano;

contro

la Societa' Waste Italia S.p.A., non costituitasi;

Medusa Cooperativa S.r.l., non costituitasi;

e nei confronti della

Societa' Lombardi Ecologia a r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 284;

per la riforma

della sentenza del **TAR PUGLIA - BARI: Sezione I n. 394/2003**, resa tra le parti, concernente appalto concorso per l'affidamento dei servizi di igiene urbana nel territorio comunale ;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 25 Novembre 2003, relatore il Consigliere Cons. Goffredo Zaccardi ed uditi, altresì, gli avvocati S.A. Romano, F. Gagliardi La Gala;

FATTO E DIRITTO

1) I fatti di causa possono essere dati per conosciuti così come analiticamente ricostruiti nella parte espositiva della sentenza

appellata e negli scritti difensivi delle parti appellanti.

2) I due appelli indicati in epigrafe devono essere riuniti perché diretti all'annullamento di una unica sentenza e, quindi, perché connessi sia soggettivamente che oggettivamente.

3) Ritiene il Collegio di poter prescindere dalla eccezione di tardività, sollevata nell'appello n. 2713/2003 proposto dalla Lombardi Ecologia s.r.l. e diretta a far valere il mancato rispetto dei termini di impugnazione, da parte della Associazione di imprese ricorrente in primo grado ed attuale appellata, con riguardo alle censure dirette all'annullamento degli atti costitutivi della Commissione di gara, per la fondatezza nel merito delle censure svolte negli appelli qui esaminati in ordine al capo della sentenza che ha ritenuto la illegittimità della composizione della Commissione in questione perché presieduta dal dirigente comunale preposto alla sesta ripartizione dirigente che, in tale veste, aveva predisposto gli atti preliminari del procedimento, approvato i verbali di gara ed adottato l'atto di aggiudicazione.

La decisione appellata ha ritenuto, essenzialmente, che il richiamo effettuato nel bando di gara (punto 15) alle vigenti norme previste dalla legge n. 109/94 – quindi anche all'art. 21, quinto comma-e dal DPR n. 554/99 per la nomina della Commissione di gara chiamata ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa cui aggiudicare il servizio di eliminazione dei rifiuti, disinfestazione ed altri analoghi,

comportasse il divieto della partecipazione quale componente della Commissione del dirigente che aveva predisposto gli atti della procedura ed, inoltre, la sua incompatibilità ad approvare gli atti stessi e ad emettere il provvedimento di aggiudicazione finale.

E' noto che la disposizione richiamata prevede che i componenti delle Commissioni di gara non debbono aver svolto, né possono svolgere, alcuna altra funzione od incarico tecnico o amministrativo relativamente ai lavori oggetto della procedura e non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza e controllo rispetto ai lavori stessi. Da ciò il primo giudice ha fatto discendere la incompatibilità del dirigente della sesta ripartizione comunale a partecipare alla procedura concorsuale in questione e la illegittimità di tutti gli atti della medesima procedura.

La tesi non può essere condivisa .

4) In primo luogo si deve precisare che il bando di gara in questione non ha effettuato un rinvio diretto ed esclusivo alla disciplina dettata dal ricordato art. 21, quinto comma, della legge 109/94, ma ha avuto cura di puntualizzare che la nomina della Commissione di gara sarebbe avvenuta” in analogia “con tali disposizioni se ed “in quanto applicabili”.

Ciò posto in via preliminare, si deve anche subito precisare che l'ordinamento degli enti locali, nella parte in cui definisce le

competenze dei dirigenti di tali enti, non è suscettibile di essere conciliato con la disposizione della legge 109/94 che si è sopra richiamata in quanto, con norma, chiara ad avviso del Collegio, impone ai dirigenti di presiedere le commissioni di gara e di concorso assumendo la responsabilità delle relative procedure (art. 107, terzo comma, lett. a) e b) del testo unico di cui al D. Lvo n. 267/2000).

La disposizione in parola, che si inserisce armonicamente in un ordinamento che tende a ridurre i controlli formali da parte di soggetti interni ed esterni all'Ente introducendo, all'opposto, forme di verifica dell'attività in cui sia solo il risultato della gestione ad essere valutato in termini di efficienza, rendimento e regolarità amministrativa e contabile in relazione al conseguimento degli obiettivi di gestione assegnati ai dirigenti dagli organi di governo dell'ente nell'esercizio della loro funzione di indirizzo, impone, anziché escludere, che i dirigenti dei singoli settori siano responsabili del buon esito dell'azione amministrativa ad essi demandata e, quindi, siano titolari dei poteri amministrativi che nel corso dei vari procedimenti devono essere esplicitati. Il regime giuridico della loro responsabilità è ordinato sulla valutazione del risultato conseguito e non sulla correttezza o meno dei singoli atti compiuti e, quindi, coerentemente con tale impostazione, essi sono dotati di tutti i poteri che possono direttamente incidere sulla efficienza della

loro azione amministrativa.

Per queste ragioni, con riguardo alle procedure di affidamento di competenza degli enti locali, la disposizione specifica di settore prevale sulla norma di carattere generale prevista nella legge 109/94.

Peraltro nel caso in esame non si tratta della aggiudicazione di lavori pubblici ma di una gara avente ad oggetto la prestazione di servizi per la quale non possono assumere alcun valore di principio le disposizioni della legge quadro sui lavori pubblici.

Si deve ancora considerare che nell'ordinamento degli enti locali altra disposizione (art. 97 del ricordato testo unico) prevede che la responsabilità della fase preparatoria del procedimento e quella della sua conclusione facciano capo allo stesso dirigente ed, ancora, che tale possibilità è espressamente prevista anche in termini generali dall'art. 5 della legge 241/90 che ammette espressamente che il dirigente sia anche responsabile del procedimento.

Ritiene il Collegio che in forza di tali considerazioni la disposizione del bando di gara cui si è fatto cenno in precedenza (punto 15) non potesse assumere il significato di un rinvio ricettizio all'art. 21, quinto comma, della legge 109/94 e che, pertanto, il Comune di Monopoli si sia regolato correttamente nel procedimento di gara di cui trattasi.

E', pertanto, del tutto ininfluyente che il Comune abbia approvato

nuovamente con provvedimento di altro dirigente la procedura concorsuale i cui atti sono oggetto del presente giudizio.

5) La decisione appellata con autonomo capo ha anche statuito che illegittimamente era stata esclusa dalla gara in questione la Società attuale appellata .

E' necessario chiarire che anche su questo punto la decisione non può essere condivisa almeno con riguardo a due delle motivazioni con cui la Waste Italia s. p. a . era stata esclusa.

La mancata esibizione della procura del sig. Borghi, che aveva sottoscritto l'offerta della Società ricorrente in primo grado, non poteva essere sanata ad avviso del Collegio da alcuna operazione di interpretazione dei documenti prodotti dalla Società stessa senza vulnerare in modo non consentito la parità di condizioni tra i soggetti partecipanti alla gara .

In effetti la procura speciale era appunto il solo documento che poteva conferire certezza della provenienza ed affidabilità dell'offerta .

Nè era necessaria alcuna espressa previsione di esclusione per tale motivo nel bando di gara, si trattava della individuazione in concreto del soggetto che intendeva partecipare alla gara e della prova della sua volontà effettiva .

Da altra angolazione non poteva neanche integrarsi la documentazione che non era irregolare ma mancante.

Peraltro la sentenza appellata, a giudizio del Collegio in modo

non condivisibile, ritiene che la dichiarazione presentata ai sensi del punto 4 dell'allegato 2 della lettera di invito, dichiarazione in cui il sig. Borghi precisava che agiva quale procuratore speciale della Waste Italia s.p.a. (mandataria della Associazione di imprese attuale appellata), poteva assumere il valore delle dichiarazioni di cui all'art. 46, lett. u) del D .P. R . 28 dicembre 2000, se non altro perché il Borghi era procuratore speciale del sig. Monetti a sua volta procuratore della Società in questione e tale circostanza – decisiva per conoscere gli effettivi poteri di rappresentanza del sig. Borghi nei confronti della Società ricorrente in primo grado-avrebbe dovuto essere non solo dichiarata ma anche documentata.

Per quanto concerne la omessa presentazione da parte della Waste Italia s.p.a. del verbale di sopralluogo e verifica dei mezzi, prescritta dal Capitolato Speciale e che il primo giudice ha ritenuto invece non necessaria perché non prevista anche nella lettera di invito, è sufficiente precisare che la lettera di invito (lettera I) della parte II°) ai fini della ammissione chiariva che i concorrenti avrebbero dovuto presentare l'offerta corredata degli ulteriori atti di gara con "l'osservanza di quanto stabilito nella presente lettera di invito e nel capitolato speciale". Detto capitolato all'art. 26, parte finale, prevede appunto la redazione del verbale della visita di sopralluogo e la sua allegazione all'offerta.

Nessuna possibilità vi era, quindi, anche a prescindere dalla diversa funzione dei due incombenti, di ritenere che la dichiarazione di aver preso visione del parco dei mezzi richiesta esplicitamente dalla lettera di invito sostituisse il verbale di sopralluogo e verifica posto che, come si è visto, la lettera di invito non derogava ma integrava le disposizioni del capitolato speciale.

Gli appelli qui riuniti sono, pertanto, accolti, con riforma della sentenza di primo grado e rigetto del ricorso proposto dalla Associazione di imprese attuale appellata. Sussistono, tuttavia, motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello di cui in epigrafe, previa loro riunione, li accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso proposto in primo grado dalla Associazione d'impres attuale appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 Novembre 2003 con l'intervento dei Sigg.ri:

Emidio Frascione

Presidente

Raffaele Carboni

Consigliere

Corrado Allegretta	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere Est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Goffredo Zaccardi

F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 1° Aprile 2004
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale