

REPUBBLICA ITALIANA N. 1695/02 REG.DEC. IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 4553-5055 REG.RIC. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2001 ha pronunciato la seguente DECISIONE sul ricorso in appello n. 4553 del 2001, proposto dalla S.p.A. EMIT - Ercole Marelli Impianti Tecnologici in proprio e quale mandatario di ATI rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto ed elettivamente domiciliata in Roma, presso il Sig. Gian Marco Grez in Roma Lungotevere Flaminio 46; - e sul ricorso n. 5055 del 2001 proposto dal Comune di Brindisi, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani ed elettivamente domiciliato in Roma, Via L. Mantegazza 24 presso L. Gardin; CONTROLA S.p.A. TERMOKIMIK Corporation Impianti e Procedimenti Industriali, in proprio e quale mandataria ATI, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Batini e Paolo Carrozza, elettivamente domiciliata in Roma Via Siacci 2/b presso lo studio De Martini; per la riforma della sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce - Sez. II - 18 aprile 2001 n. 1772; Visti gli atti di appello con i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in entrambi i giudizi della S.p.A. TERMOKIMIK; Viste le memorie difensive; Visti gli atti tutti della causa; Viste le ordinanze nn. 3071 e 3070 del 29 maggio 2001 con le quali sono state accolte le richieste di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata; Alla pubblica udienza del 27 novembre 2001, relatore il consigliere Marzio Branca ed uditi, altresì, gli avv.ti Quinto, Carrozza e Sticchi Damiani; Visto il dispositivo di decisione n. 616 del 30 novembre 2001; Ritenuto e considerato in fatto e in diritto. FATTO Con separati ricorsi in appello, il Comune di Brindisi e s.p.a. EMIT, in proprio e quale mandataria di a.t.i. come specificato in epigrafe, quest'ultima aggiudicataria dell'appalto per un impianto di pretrattamento di rifiuti solidi urbani, hanno impugnato la sentenza con la quale è stato accolto il ricorso della s.p.a. Termokimik, seconda classificata nella gara. La sentenza ha ritenuto: a) che la ditta aggiudicataria non possedesse il requisito di qualificazione tecnica richiesto dal bando, essendosi avvalsa della qualificazione posseduta da altra società, controllata mediante il possesso del 100% del pacchetto azionario, e per tale ragione avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; b) infondato il motivo del ricorso incidentale proposto dalla EMIT, volto all'annullamento della clausola che imponeva la qualificazione anche per il semplice svolgimento della supervisione dell'impianto dopo l'inizio dell'attività per la durata di un anno; c) dichiarato inammissibili per difetto di legittimazione gli ulteriori motivi del ricorso incidentale, tendenti a dimostrare l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse, in quanto l'offerta della aggiudicataria risultava non conforme al bando ed avrebbe dovuto essere esclusa. La sentenza ha anche rilevato, incidentalmente, che il quarto dei motivi proposti con ricorso incidentale doveva ritenersi fondato atteso che il costo dello smaltimento dei rifiuti era sicuramente da includere nel complessivo costo di gestione dell'impianto. Gli appellanti censurano la decisione sostenendo l'erroneità del ragionamento del primo giudice con riguardo alla inammissibilità di cui sub c), in quanto la individuazione di due diverse fasi nella procedura di scelta del contraente, quella della prequalificazione e quella della valutazione delle offerte, non può spingersi fino ad impedire l'esame delle illegittimità denunciate con riguardo al provvedimento conclusivo della gara. Essi insistono nelle censure proposte in primo grado con il ricorso incidentale e sull'infondatezza del motivo accolto dal primo giudice. La s.p.a. Termokimik si è costituita chiedendo il rigetto degli appelli e riproponendo con ricorso incidentale i motivi che sono stati giudicati infondati in prime cure. Le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi e alla pubblica udienza del 27 novembre 2001 le cause passavano in decisione. DIRITTO 1. Il primo motivo dedotto dalle appellanti consiste nella contestazione della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto inammissibili le censure avanzate con il ricorso incidentale, con le quali l'impresa aggiudicataria tendeva a dimostrare

l'inammissibilità del ricorso principale, affermando che la ricorrente non avrebbe mai potuto ottenere l'aggiudicazione per illegittimità dell'offerta. Il giudice di prime cure è pervenuto a tale conclusione osservando che nella procedura dell'appalto concorso sono individuabili due fasi concettualmente e funzionalmente distinte: quella della prequalificazione, con la quale si accerta il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti richiesti dal bando e che si conclude con l'ammissione alla gara, e quella della gara vera e propria, che consiste nell'esame e valutazione delle offerte, che si conclude con l'aggiudicazione. In base a tale impostazione, quando siano state proposte con il ricorso principale (oltre a censure afferenti alle caratteristiche delle offerte e al relativo procedimento di valutazione) censure denunciando la illegittimità della ammissione alla gara della ditta aggiudicataria, e tali motivi risultino fondati, il ricorso incidentale avanzato dall'aggiudicataria, che deduca solo vizi riguardanti la seconda fase (valutazione delle offerte) va ritenuto inammissibile, perché l'aggiudicataria, a causa dell'illegittimità della sua ammissione alla gara, avrebbe perduto la legittimazione a sindacare il residuo procedimento. Il primo giudice, del resto, ammette esplicitamente di volersi discostare dall'orientamento giurisprudenziale, peraltro assolutamente consolidato, secondo cui occorre dare precedenza alle questioni sollevate con il ricorso incidentale che si riverberano sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, in quanto, pur profilandosi come questioni di merito, esse producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (Cons. St., Sez. V, 24 novembre 1997 n. 1367). Si assume infatti, che, diversamente dal processo civile, i cui termini sono rappresentati dalla pretesa e dall'ordinamento, nel processo amministrativo tra la pretesa e l'ordinamento si colloca il provvedimento, il quale costituisce la fonte della posizione legittimante del ricorrente principale, sicché "la deduzione dell'intimato può portare all'esclusione dell'interesse sostanziale del ricorrente principale solo a seguito dell'annullamento dell'atto su cui tale interesse si fonda". 2. Ritiene il Collegio che la tesi sostenuta dal primo giudice non possa essere condivisa, e che meriti invece confermare l'accennato orientamento seguito sul tema dalla giurisprudenza amministrativa, recentemente riaffermato da una perspicua decisione del C.G.A.R.S. (15 maggio 2001, n. 205), con espresso riferimento al contenzioso in materia di pubbliche gare. L'autorevole consenso, premesso che la presa in esame del ricorso incidentale postula di regola la previa delibazione di fondatezza del ricorso principale, ha poi affermato come doverosa l'inversione logica e cronologica della disamina dal parte del giudice dei due rimedi impugnatori, allorché un eventuale accoglimento del ricorso incidentale risulti pregiudizialmente ostativo (per profili di rito o di merito) ad un eventuale accoglimento del ricorso principale. "...si verifica incontestabilmente una situazione di tal fatta - prosegue la sentenza citata - allorché, come spesso accade, il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione il favore del controinteressato e quest'ultimo faccia valere in via incidentale una clausola di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale. In tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità per l'impresa ricorrente di vedere valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti, e quindi in definitiva di conseguire il bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto, sì da legittimare una pregiudiziale declaratoria in rito di improcedibilità sopravvenuta (e non già di inammissibilità originaria) del ricorso per carenza di interesse.". La chiarezza della motivazione esime il Collegio da ulteriori approfondimenti. E' da osservare, nondimeno, che se, come afferma il primo giudice, "la deduzione dell'intimato può portare all'esclusione dell'interesse del ricorrente principale solo a seguito dell'annullamento dell'atto su cui tale interesse si fonda" (p.43), non si spiega perché, nella specie, essendo stato accolto il ricorso principale, ed

annullata l'aggiudicazione, non si sia dato ingresso alle censure proposte con il ricorso incidentale, una delle quali, oltre tutto ritenuta fondata, ma in via meramente incidentale. Con la conseguenza che il ricorrente incidentale (erroneamente) ritenuto privo di legittimazione a dedurre prima della definizione del merito, ne è stato ritenuto privo anche dopo la deliberazione del ricorso principale, risultando provato, quindi, che la costruzione qui disattesa sottrae alla parte resistente uno strumento processuale previsto dall'ordinamento. 3. In conformità alle considerazioni suesposte, debbono essere considerati ammissibili, e quindi presi in esame, i motivi, proposti in via incidentale, con i quali l'appellante Emit intendeva dimostrare l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse della ricorrente in quanto, a causa dell'illegittimità dell'offerta, non avrebbe potuto risultare aggiudicataria. Il primo motivo concerne la mancata ottemperanza alla richiesta del Comune di Brindisi con nota del 25 settembre 2000 di presentare elementi giustificativi ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta. Il motivo è infondato. Va osservato che, in risposta alla richiesta suddetta, l'aggiudicataria ha fatto presente di aver già trasmesso tutta la documentazione necessaria alla verifica, facendo ad essa rinvio. Ne consegue che la dedotta inottemperanza all'invito avrebbe potuto risolversi in un danno per l'interessata, che ne correva il relativo rischio, ove la Commissione non fosse stata in grado di valutare tramite gli elementi in suo possesso la validità dell'offerta. Ma nessuna determinazione in tal senso emerge dagli atti della procedura, sicché non può essersi prodotto alcun effetto preclusivo nei riguardi dell'impugnazione dell'aggiudicazione. 4. Ancora un motivo proposto incidentalmente riguarda la mancata indicazione da parte della ricorrente, nell'ambito del costo di gestione dell'impianto, della voce relativa allo smaltimento dei rifiuti. Secondo la prospettazione l'offerta doveva essere esclusa per non aver osservato una prescrizione tassativa della lettera di invito. La tesi va disattesa. A proposito del costo di gestione il punto 2A della lettera di invito richiedeva: "elenco ...indicante le voci di spesa che hanno determinato il costo annuo di gestione, il concorrente dovrà indicare almeno le voci seguito elencate: ..". Segue un elenco nel quale, accanto alle spese per il personale, per i consumi energetici, per le attrezzature di sicurezza, per manutenzione e ricambi, ed altro, non figura la spesa per lo smaltimento dei rifiuti. Ove si consideri che l'appalto concerneva un progetto di tutela e riqualificazione ambientale attraverso lo sviluppo del ciclo dei rifiuti urbani costituito da "progettazione esecutiva e realizzazione di un impianto di pre-trattamento RSU, con annesse linee di stabilizzazione della frazione organica, per la produzione di CDR e di un impianto per la frantumazione dei rifiuti inerti", non può escludersi con certezza che il trasferimento dei materiali lavorati costituisca una spesa accessoria rispetto all'oggetto dell'appalto, e quindi rispetto al costo di gestione del relativo impianto. E' innegabile, d'altra parte, che la documentazione di gara si presentasse, sul punto, ambigua, tanto da indurre la Commissione a valutare le offerte prescindendo dalla spesa prevista per lo smaltimento. Nella specie, quindi, non può non seguirsi quell'orientamento giurisprudenziale che in caso di incertezza nell'interpretazione delle clausole della *lex specialis*, va preferita la lettura che consente una più ampia partecipazione alla gara. 5. Definite in senso affermativo le questioni concernenti l'ammissibilità del ricorso principale, in primo grado, dovrebbe procedersi, secondo il generale principio della accessorialità del rimedio incidentale al principale, riaffermato dalla giurisprudenza sopra citata, all'esame dei motivi proposti con l'appello principale da Emit-Cogit e dal Comune di Brindisi avverso la sentenza di prime cure, per poi valutare l'appello incidentale di Termokimik. Ma la appellata Termokimik ha dedotto censure, ritenute infondate dal primo giudice, che, se risultassero invece fondate, farebbero venir meno l'interesse alla proposizione dell'appello, in quanto l'offerta di Emit si paleserebbe non conforme al bando e, come tale, non suscettibile di aggiudicazione. In

conformità all'orientamento seguito più sopra, occorre, quindi, prendere prioritariamente in considerazione tali motivi. Viene in esame, innanzi tutto, il motivo (II del ricorso in primo grado) con il quale si è denunciata la violazione della *lex specialis* quanto a capacità tecnica dell'offerente, in riferimento agli artt. 10 e 13 della legge n. 109 del 1994, 32 del d.P.R. n. 34 del 2000 e 95 comma 3, del d.P.R. 544 del 1999. L'appalto presentava un importo presunto di £ 22.350.000.000=, di cui £ 16.670.000.000= di categoria prevalente OS14, e £. 6.180.000.000= di categoria scorporabile OG1. La deducente ha sostenuto che la controparte difettava del requisito: esecuzione di lavori, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, realizzati nella categoria prevalente oggetto dell'appalto, di importo non inferiore al 60% di quello dell'appalto da affidare. Si assume che lo stesso bando prevedeva che, in caso di a.t.i. di tipo verticale, come nella specie, i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi dovevano essere posseduti dalla capo gruppo per la categoria prevalente e dalla mandante nella categoria scorporabile, nella misura indicata per l'impresa singola. Per l'impresa singola si prevedeva che i detti requisiti fossero posseduti, quanto alla categoria prevalente, per l'importo totale dei lavori, ovvero per la categoria prevalente e per la categoria scorporabile per i singoli importi. La deducente ha sostenuto che, in base a tali disposizioni, la impresa capo gruppo doveva aver eseguito lavori per non meno del 60% dell'intero appalto e non del solo importo della categoria prevalente. L'avviso del primo giudice va confermato. E' da ritenere, infatti, che il rinvio alla regola dettata per l'impresa singola vada riferito a quella parte della disposizione che considera sufficiente il possesso del requisito per la categoria prevalente e per la categoria scorporabile, per i singoli importi. Se è logico che il requisito vada commisurato all'intero importo dell'appalto in caso di qualificazione per la sola categoria prevalente, non sarebbe logico, e non è previsto, che il computo sull'intero importo sia richiesto in presenza di qualificazione anche per la categoria scorporabile. Lo stesso schema logico è da applicare all'a.t.i. verticale, nella quale si attua la ripartizione tra la capo gruppo e le mandanti delle opere di diversa categoria. Anche prescindendo quindi dall'art. 95 del d.P.R. 554 del 1999, la tesi qui accolta risulta del tutto coerente con lettera del bando, e ad essa va data la preferenza in quanto conforme al principio del *favor participationis*. Il motivo è dunque infondato. 6. Ad identica conclusione deve pervenirsi per il motivo concernente la redazione dei certificati di esecuzione dei lavori, che non sarebbero corrispondenti alla modulistica prescritta. La stessa giurisprudenza citata dal deducente depone nel senso della non sostenibilità di un obbligo di esclusione quando i dati forniti consentano, come nella specie non è contestato, di valutare adeguatamente la capacità dell'impresa. Il III motivo aggiunto si riferisce ad una pretesa violazione dell'art. 32, comma 3, del d.P.R. n. 34/2000. Si sostiene che non risulterebbe provata l'esecuzione da parte di Emit di un singolo lavoro nella categoria prevalente per un importo pari al 30% dell'appalto. Va confermata la valutazione di infondatezza espressa dal primo giudice. La censura, infatti, sembra muovere dal presupposto, di cui si è acclarata l'inconsistenza con l'esame del II motivo, che nelle a.t.i. di tipo verticale, ai fine della qualificazione della capo gruppo, l'importo dei lavori eseguiti vada computato sull'importo dell'intero appalto e non su quello della categoria prevalente. 7. Con il primo motivo aggiunto si è lamentato che la Emit non sia stata esclusa per aver presentato una dichiarazione incompleta. La deducente si è riferita alla dichiarazione (punto 5 c) della lettera di invito), attestante che nell'attività di impresa non siano stati commessi errori gravi, sostenendo che Emit ha omesso di far presente che, in due circostanze, lavori dalla stessa eseguiti si sono conclusi con contestazioni e accertamenti di responsabilità a carico della medesima. L'appellante incidentale in sostanza chiede che il giudice valuti l'illegittimità del comportamento della Commissione giudicatrice consistente nella

mancata esclusione della controinteressata per incompletezza della dichiarazione, assumendosi che l'impresa interessata, pur avendo commesso gravi errori, non li aveva dichiarati. Il T.A.R. ha ritenuto infondata la doglianza considerando che le vicende dedotte non denotavano errori dell'Impresa che potessero qualificarsi come gravi. Osserva tuttavia il Collegio come tale censura, la quale, se riferita alla mera inosservanza di una prescrizione della lettera di invito, non potrebbe essere accolta, posto che la dichiarazione è stata prodotta, tende in realtà ad un giudizio di illegittimità di una valutazione di non completezza della stessa e di non gravità dell'errore che la Commissione giudicatrice non ha compiuto, e non era in condizioni di compiere. Tale esame, d'altra parte, non può essere devoluto al giudice, cui è demandato il sindacato sull'azione della Commissione, non l'accertamento diretto dei requisiti delle concorrenti. La censura nei termini in cui è proposta pertanto è inammissibile. 8. Va respinto, in fine, il motivo (IV del ricorso in primo grado) afferente alla incompletezza della documentazione dei prezzi per le opere elettromeccaniche. Precisa esattamente la controinteressata che la concisa indicazione di prezzi è dovuta alla lettera di invito, il cui punto 3A richiedeva analisi dei prezzi per le opere civili e apparecchiature elettromeccaniche. E' da convenire che i prezzi delle apparecchiature elettromeccaniche si risolvono in una esposizione ben più contenuta dell'analisi dei prezzi delle opere civili che presentano componenti diversificate e variabili. L'appellante incidentale, in fine, include tra le sue doglianze l'obiter dictum con il quale la sentenza appellata ne ha censurato l'offerta per mancata indicazione del costo di smaltimento dei rifiuti. La questione è stata esaminata più sopra in sede di esame dei motivi del ricorrente incidentale in primo grado, e si è affermata sul punto l'erroneità della sentenza. 9. Esaurito l'esame delle doglianze avanzate dall'appellante incidentale, nessuna delle quali priva l'appellante principale della legittimazione alla presente fase processuale, può passarsi al merito dell'appello. Va giudicato inammissibile il motivo di appello con il quale si deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione delle determinazioni del Dirigente del Settore AA.GG. dell'11 e del 29 agosto 2000 con le quali sono state indicate le imprese ammesse alla gara. Trattasi di deduzione proposta per la prima volta con il ricorso in appello. Viene quindi all'esame il problema della carenza da parte dell'Emit, capo gruppo dell'a.t.i. aggiudicataria, del requisito di cui al punto 7 del bando di gara e 8C della lettera di invito, ossia l'iscrizione all'albo nazionale gestione rifiuti, categoria 6, classe A, come definito dal d.m. 406 del 1998. Il primo giudice ha ritenuto che il possesso del requisito tramite una società controllata al 100% del capitale non consentisse la partecipazione alla gara, posto anche il controllo dell'intero capitale non offre la completa certezza che la aggiudicataria possa disporre effettivamente dei mezzi appartenenti alla società controllata, in mancanza di un esplicito impegno scritto in tal senso da parte della controllata. Il Collegio non condivide la conclusione cui è pervenuto il primo giudice. In primo luogo va osservato che l'orientamento giurisprudenziale affermatosi in sede comunitaria, invocato dagli appellanti e tenuto presente dalla Commissione di gara, è bensì riferito ad ipotesi diversa dalla iscrizione in un albo di esecutori di opere determinate, che qui interessa, riguardando l'esecuzione di lavori tramite consociata. Ma il rilievo non può rappresentare argomento ostativo, sembrando evidente l'elemento rilevante vada colto nell'affermazione della considerazione unitaria del gruppo costituente una holding, nel quale pur nella compresenza di diversi soggetti giuridici, si realizza la concentrazione del potere decisionale in capo alla società madre. E così pure non può negarsi che assuma rilievo, nella fattispecie, la novella apportata, dalla legge n. 415 del 1998, all'art. 10 della legge 109 del 1999, con introduzione del comma 1 bis, per escludere dalla partecipazione alla medesima gara le imprese che si trovino nelle situazioni di controllo di cui

all'art. 2359 c.c.. Nessun dubbio che la norma tenda ad impedire intese restrittive della libera concorrenza, ma il precetto rende palese l'acquisizione che le società controllate rappresentano un centro di interessi, che, almeno a quei fini, va considerato unitariamente. Scarsamente probante, poi, si rivela il riferimento all'art. 8, comma 8, della legge n. 109/1999, secondo cui, dal 1° gennaio 2000, i lavori pubblici possono essere eseguiti solo da soggetti qualificati ai sensi dei commi 2 e 3 dello stesso articolo. Il significato della disposizione è chiarito dal periodo successivo, che vieta l'utilizzazione dalla stessa data degli albi speciali o di fiducia curati da alcuni soggetti pubblici o concessionari. Nella specie del resto non è in discussione l'esistenza della qualificazione ai lavori in appalto nell'ambito del gruppo di imprese facenti capo alla Emit. L'ostacolo è rappresentato dal fatto che la qualificazione appartiene ad una società diversa dalla capo gruppo, che, benché controllata attraverso il possesso del 100% del capitale, conserva una sua soggettività distinta, anche se, come già visto, in quanto controllata non potrebbe concorrere alla stessa gara. Tale soggettività distinta ha consentito di ipotizzare che la società madre non disponesse con certezza dei mezzi e quindi della qualificazione in possesso della consociata, evenienza che potrebbe escludersi solo se la consociata si fosse preventivamente impegnata a collaborare all'oggetto dell'appalto. Ritiene il Collegio che se la assunzione dell'impegno preventivo viene considerato un elemento idoneo a rendere valida l'offerta, lo stesso valore non può essere negato all'esercizio del controllo con il possesso del 100% del capitale. In entrambi i casi, infatti, sussiste la astratta possibilità che la società controllata assuma condotte di gestione contrastanti con i propri impegni e con gli impegni assunti dalla società madre, ma occorre ammettere che tale evenienza rappresenterebbe un'ipotesi patologica, sempre possibile, nelle relazioni imprenditoriali, da fronteggiarsi con i rimedi ordinari. Può quindi concludersi che costituisce valido requisito, ai fini della partecipazione alle gare per pubblici appalti, l'iscrizione all'Albo delle imprese di gestione dei rifiuti posseduta da una società controllata al 100% del capitale, poiché la partecipazione totalitaria al capitale è idonea a tutelare l'interesse sostanziale garantito dalla normativa, ossia che l'opera sia eseguita dal soggetto adeguatamente qualificato. Gli appelli vanno quindi accolti, ma può disporsi la compensazione integrale delle spese. P. Q. M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata rigetta il ricorso. Compensa integralmente tra le parti le spese di questo grado di giudizio. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 novembre 2001 con l'intervento dei sigg.ri: Alfonso Quaranta Presidente, Corrado Allegretta consigliere, Aldo Fera consigliere, Claudio Marchitello consigliere, Marzio Branca consigliere, est. L'ESTENSORE IL PRESIDENTE F.to Marzio Branca F.to Alfonso Quaranta IL SEGRETARIO F.to Franca Provenziani DEPOSITATA IN SEGRETERIA il..... 25/03/2002..... (Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186) IL DIRIGENTE F.to Pier Maria Costarelli