



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 870 del 2011, proposto da:
Cite - Consorzio Interprovinciale Trasporti Ecoambientali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Fortunato e ,
Nicola Iannarone, con domicilio eletto presso Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

contro

Ecoambiente Salerno Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso
Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

De Vizia Transfer Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Alfredo Contieri, Gennaro Macri,
con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUATER n. 987/2011, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento della gestione dei servizi di logistica integrata per la movimentazione e trasporto rifiuti speciali non pericolosi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ecoambiente Salerno Spa e di De Vizia Transfer Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2011 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Gioia, per delega dell'Avv. Fortunato, Fenuccio, per delega dell'Avv. Lentini, e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 14 maggio 2010 la società “Eco Ambiente Salerno S.p.a.” indiceva apposita gara per l'affidamento della “gestione dei servizi di logistica integrata relativamente alla movimentazione e al trasporto dei rifiuti speciali non pericolosi trattati e prodotti dallo stabilimento di trito vagliatura ed imballaggio rifiuti (STIR) di Battipaglia (SA) ed evacuati dalla discarica di Campagna (SA) (Località Basso dell'Olmo)”.

La procedura culminava nell'aggiudicazione in favore dell'ATI De Vizia Transfer s.p.a.-Smet Logistisc s.r.l.

Con la sentenza appellata i primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dal precedente gestore del servizio, il Consorzio Interprovinciale Trasporti Ecoambientali (C.I.T.E.).

Con l'atto di appello C.I.T.E. contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di prime cure.

Resiste l'ATI. De Vizia, che ripropone altresì il ricorso incidentale di prime cure.

Le parti hanno affidato al deposito di apposte memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 21 giugno 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. La Sezione reputa che assuma carattere pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale di primo grado, riproposto in sede d'appello dalla resistente ATI De Vizia.

La Sezione ritiene, infatti, che non sussistano ragioni per discostarsi dal principio espresso dalla decisione 7 aprile 2011, n. 4 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, secondo cui il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. Anche nel caso di specie, quindi, va quindi esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale di prime cure, posto che il suo accoglimento condurrebbe alla declaratoria di inammissibilità, per difetto di legittimazione, del ricorso principale di prime cure.

2.1. Il ricorso incidentale è fondato.

Ai sensi dell'art. 5 del bando e dell'art. 9 del disciplinare della procedura l'offerta doveva essere sottoscritta da tutti i componenti del Consorzio ordinario che assumono la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante ai sensi dell'art. 37, comma 5, del codice dei contratti pubblici. La disciplina di gara va letta in rapporto alla regola secondo cui la partecipazione dei consorzi ordinari ex art. 2602 c.c. alle gare pubbliche deve avvenire sempre per tutte le imprese consorziate

e sulla base della qualificazione posseduta da queste. Ove intendano partecipare ad una gara solo alcune delle imprese consorziate, queste debbono invece vincolarsi, al pari di un'ATI, attraverso il conferimento di un mandato collettivo speciale con rappresentanza (cfr. delibere nn. 11/2004 e 114/2006 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture).

La Sezione rileva che nella specie l'offerta non è stata ritualmente sottoscritta da parte di tutti i partecipanti al consorzio senza che risulti il conferimento di un mandato collettivo speciale ad una delle imprese consorziate alla stregua della normativa vigente per i raggruppamenti di imprese.

Dall'esame della documentazione in atti si ricava, infatti, che l'offerta, datata del 26 luglio 2010, non è stata sottoscritta da tutte le imprese che componevano il consorzio ordinario al momento della sottoscrizione. L'offerta non risulta, infatti, sottoscritta dai consorziati Vernieri Ilario. Di Palma Giosuè e General Enterprise s.r.l.

Al fine di sanare detta deficienza non assume rilievo il verbale dell'assemblea consortile del 28/7/2010 ove si attesta la modifica della composizione del consorzio a seguito del recesso di dette ultime imprese.

Si deve, infatti, rimarcare, in primo luogo, che nel caso in esame non risulta pertinente il pur pacifico principio alla stregua del quale il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura va verificato con riguardo al momento della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione, visto che nella specie non si pone un problema di accertamento dei requisiti soggettivi ma una diversa questione afferente all'individuazione del soggetto partecipante ed alla corretta manifestazione della sua volontà partecipativa.

Sotto altro ed assorbente profilo, va poi osservato che modifiche non risultano opponibili alla stazione appaltante al fine di giustificare la partecipazione del consorzio nella sua rinnovata composizione in quanto le stesse sono state

comunicate per l'iscrizione al registro delle imprese in data 26 ottobre 2010, ossia in epoca successiva non solo alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle domande di partecipazione ma anche all'espletamento della procedura ed alla proposizione del ricorso incidentale con cui il raggruppamento aggiudicatario aveva articolato la relativa doglianza.

Si deve, in definitiva, convenire, in ossequio ai principi che governano l'opponibilità ai terzi delle vicende relative alla vita delle imprese che non abbiano conosciuta la prescritta pubblicità e che non siano sottoposte ad altre forme equipollenti di pubblicità, che la tardiva iscrizione nel registro delle imprese, in data 11 novembre 2010, di un verbale senza data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. impedisca di ritenere dimostrate ed operanti, ai fini della procedura in parola, le ricordate modifiche della struttura del consorzio.

Si deve allora concludere per l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado in quanto la mancata sottoscrizione di tutti i soggetti componenti il consorzio ordinario ed il mancato espletamento delle formalità previste ai fini della costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese avrebbero dovuto condurre all'esclusione del consorzio appellante.

3. In applicazione delle coordinate interpretative sancite dalla prima rammentata decisione n. 4/2001 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si deve allora reputare che la fondatezza del ricorso incidentale escludente privi l'appellante della legittimazione necessaria ai fini della contestazione della legittimità dell'*iter* procedurale sfociato nell'aggiudicazione in favore del raggruppamento appellato.

L'accoglimento del ricorso incidentale conduce, quindi, alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale di primo grado.

Le oscillazioni giurisprudenziali registratesi in merito alla *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale giustificano la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, e in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado.

Spese dei due gradi compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2011

IL SEGRETARIO

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