



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 234 del 2009, proposto da: Rti - Fisia Babcock Environment Gmbh e in P., Rti - Techint Cimi-Montubi S.p.A. e in P., Ansaldo Energia S.p.A., Fata Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Vittorio Barosio, Benedetto Giovanni Carbone, Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso Giovanni Benedetto Carbone in Roma, via di Villa Grazioli 13;

contro

Unieco Soc. Coop., Constructions Industrielles De La Méditerranée Cnim, Coopsette Soc. Coop., rappresentati e difesi dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento N.11; T.R.M. - Trattamento Rifiuti Metropolitan S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Claudio Piacentini, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

nei confronti di

Tm.Et Termomeccanica Ecologica S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Sanino in Roma, viale Parioli N.180;

Consorzio Ravennate Cooperative di Produzione e Lavoro, Consorzio Stabile Busi, Co.-Ver Industrial S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO :Sezione II n. 01806/2008, resa tra le parti, concernente della sentenza del Tar Piemonte - Torino :sezione II n. 01806/2008, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DA GARA PER REALIZZAZIONE IMPIANTO TERMOVALORIZZAZIONE RIFIUTI..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unieco Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2009 il dott. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea in data 17.01.2007 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 24.01.2007, la T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitan s.p.a. indiceva una gara per l'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto la “realizzazione, somministrazione di tutte le provviste ed i mezzi d’opera ordinari e straordinari, comunque necessari, per dare l’impianto di termovalorizzazione dei rifiuti pienamente compiuto e funzionale allo scopo cui è destinato, compresa una parte della viabilità di accesso all’Impianto stesso, da localizzarsi nell’area denominata “Gerbido” nel comune di Torino, nonché le prestazioni di cui al capitolato speciale di appalto – parte normativa”.

La lex specialis prevedeva che la gara si svolgesse secondo la procedura dell'appalto concorso, con aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fissando l'importo a base di gara in € 260.500.000,00.

Alla procedura partecipava, tra gli altri, la costituenda associazione temporanea di imprese composta da Fisia Babcock Environment GmbH (impresa capogruppo mandataria), la Techint Cimi – Montubi s.p.a. (mandante) e la Fata s.p.a. (mandante).

Con il verbale della seconda seduta della Commissione amministrativa di gara datato 08.05.2007, l'organo valutatore, premesso che “il mandante Fata spa, non in possesso dell'attestazione SOA, dichiara, limitatamente alle lavorazioni della categoria scorporabile OG 9, di volersi avvalere ai sensi dell'art. 49. D.lg. 163/06 dell'attestazione SOA dell'impresa Ansaldo Energia spa” decideva di escludere la costituenda A.T.I. composta dalle tre società suindicate, in base alla seguente motivazione: “La Commissione, premesso che: - l'art. 1, comma 2 del d.p.r. 34/2000 fissa il principio generale che «La qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, dalle regioni anche a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e Bolzano, di importo superiore a 150.000 euro»;

- l'art. 253, comma 3, d.lgs 163/2006 prevede che «Per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice»;

- l'art. 253, comma 9, d.lgs. 163/06 e il bando di gara al par. VI.3 INFORMAZIONI COMPLEMENTARI, sub punto 24, dispongono che «Al fine dell'applicazione dell'articolo 37, d.lgs.163/06, fino all'entrata in vigore del regolamento, i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, e nel decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000 n. 34»;

- l'art. 49, comma 2, d.lgs. 163/2006 conferma che «Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria :...»;

- al successivo comma 10, l'art. 49 d.lgs. 163/2006 dispone che anche in caso di avvalimento «Il contratto è in ogni caso eseguito dall' impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati» delibera di escludere il concorrente E dalla "Seconda Fase".

Con successiva determinazione n. 44 del 30.05.2007, l'Amministratore Delegato di T.R.M. s.p.a. approvava i verbali della Commissione amministrativa e disponeva, tra l'altro, l'esclusione dalla gara della costituenda associazione temporanea di imprese composta da Fisia Babcock Environment GmbH, la Techint Cimi – Montubi s.p.a. e Fata s.p.a., in ragione della stessa motivazione espressa dalla Commissione nel verbale datato 08.05.2007.

L'esclusione veniva comunicata alle società interessate con nota dell'Amministratore Delegato della T.R.M. s.p.a. prot. n. 456 del 30.05.2007.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. Piemonte (r.g. 894/2007), datato 12.07.2007, Fata s.p.a., Fisia Babcock Environment GmbH, Techint Cimi – Montubi s.p.a. e Ansaldo Energia s.p.a. impugnavano gli atti indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi.

1) “Violazione di legge, con riferimento all’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge, con riferimento all’art. 48 della direttiva europea n. 2004/18”.

Le ricorrenti lamentavano la violazione della disciplina, interna e comunitaria, in relazione alla possibilità di utilizzare l’istituto dell’avvalimento rispetto al possesso della necessaria attestazione SOA.

2) “Violazione del principio di correttezza e buona amministrazione ex art. 97 della Costituzione; violazione dell’art. 1 della legge n. 241/1990 (principio di trasparenza dell’azione amministrativa). Eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e perplessità”.

Le ricorrenti sostenevano che la stazione appaltante avrebbe serbato, durante la gara, un comportamento contrastante con i principi di trasparenza e buona amministrazione.

Si costituiva la T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitani s.p.a., eccependo l’inammissibilità e comunque l’infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con nota del 30.04.2008 la T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitani s.p.a. depositava sia copia del verbale della Commissione Giudicatrice del 11.03.2008, recante l’aggiudicazione provvisoria dell’appalto in favore dell’A.T.I. composta da TM.E. Termomeccanica Ecologia s.p.a. (capogruppo), Consorzio Ravennate Cooperative di Produzione e lavoro (mandante), Consorzio Stabile Busi (mandante) e Co-Ver Edile s.r.l. (mandante), sia la determinazione n. 72 datata 18.04.2008 dell’Amministratore delegato di T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitani s.p.a. recante l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in favore dell’A.T.I. già individuata come aggiudicataria provvisoria.

Con ricorso per motivi aggiunti datato 23.05.2008, notificato in data 27.05.2008 e depositato in data 04.06.2008 Fata s.p.a., Fisia Babcock Environment GmbH, Techint Cimi – Montubi s.p.a. e Ansaldo Energia s.p.a. impugnavano il verbale di aggiudicazione provvisoria datato 11.03.2008 e la determinazione n. 72 datata

18.04.2008 recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, deducendo il seguente motivo aggiunto:

1) "Illegittimità derivata".

Le ricorrenti lamentavano l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione provvisoria e dell'aggiudicazione definitiva in conseguenza della illegittimità del provvedimento, impugnato con il ricorso principale, che ha disposto la loro esclusione dalla procedura.

Con sentenza n. 1806 del 31 luglio 2008 il T.A.R. Piemonte dichiarava inammissibili il ricorso principale ed i motivi aggiunti, compensando tra le parti le spese di giudizio; i primi giudici fondavano la declaratoria di inammissibilità sulla base dell'accoglimento dell'eccezione pregiudiziale con la quale la società T.R.M. – Trattamento Rifiuti Metropolitan s.p.a. aveva dedotto l'omessa impugnazione del bando di gara, essendosi le ricorrenti limitate all'impugnazione dell'atto applicativo, consistente nel provvedimento di esclusione dalla procedura concorsuale.

Successivamente al deposito della sentenza, in data 10.11.2008 T.R.M. stipulava il contratto di appalto con il raggruppamento aggiudicatario ATI TM.E. e in data 11.11.2008 avveniva la consegna dei lavori.

Con ricorso notificato in data 29.12 2008 e depositato il 12.1.2009 le ricorrenti proponevano appello avverso la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio.

Si sono costituiti in giudizio la T.R.M. e la aggiudicataria TM.E., deducendo l'infondatezza dell'appello nel merito e chiedendone il rigetto, con vittoria delle spese di lite.

L'ATI Constructions Industrielles de la Mediterranee CNIM, Unieco soc. coop. e Coopsette soc. coop., seconda classificata, ha spiegato intervento ad opponendum, facendo presente che questa Sezione, con decisione n. 207/2009, nell'ambito di

altro giudizio da essa instaurato, ha annullato l'aggiudicazione definitiva in favore della T.M.E. per la sua mancata esclusione dalla gara, con la conseguenza che, per l'effetto conformativo di tale pronuncia l'appalto dovrà ad essa essere aggiudicato e, quindi, "per evitare che l'eventuale riammissione in gara delle appellanti possa interferire sulla riaggiudicazione in suo favore".

Le parti hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 14.07.2009 la causa è stata trattenuta in decisione e in data 15.7.2009 è stato pubblicato il dispositivo di rigetto n. 639/2009.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Il giudice di primo grado ha rilevato che le ricorrenti non hanno impugnato la clausola della lex specialis che impediva l'avvalimento della SOA, non solo nel termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione – attesa la sua portata immediatamente lesiva, in quanto preclusiva della partecipazione – ma neanche – qualora ritenuta ambigua la clausola – successivamente, allorquando cioè la clausola ha manifestato la propria capacità lesiva attraverso la concreta applicazione fattane dalla stazione appaltante con il provvedimento di esclusione,

Le ricorrenti, odierne appellanti, in sintesi, propongono le seguenti censure avverso la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado contenuta nella sentenza impugnata:

il mancato espresso inserimento del bando di gara tra gli atti impugnati nell'epigrafe del ricorso sarebbe irrilevante, avendo le ricorrenti comunque censurato (alla pag. 16 del ricorso) il bando di gara, mediante una censura specifica, seppur sintetica;

il bando di gara non avrebbe "affatto posto la limitazione contestata alle ricorrenti (vale a dire il divieto per le associazioni temporanee di utilizzare l'istituto

dell'avvalimento); ragion per cui le ricorrenti stesse non erano tenute ad impugnare anche la legge di gara”;

infine, quanto asserito dai primi giudici costituirebbe un'interpretazione del tutto autonoma, che non troverebbe riscontro né nella nota del 7 marzo 2007 della stazione appaltante, né tanto meno potrebbe essere desunta dalla motivazione contenuta nel provvedimento di esclusione.

Premesso che appare sintomo di una certa contraddittorietà da un lato assumere che il bando sarebbe stato (implicitamente) impugnato e, dall'altro, che non era necessario impugnarlo, deve dirsi che le censure sono infondate.

Quanto alla prima, invero, risulta che le ricorrenti: 1) non hanno incluso nell'epigrafe del ricorso alcuna specifica censura rivolta al bando di gara né hanno altrimenti chiesto l'annullamento dello stesso; 2) non hanno neppure formulato espresso motivo di ricorso per censurare con esauriente chiarezza e specificità il bando di gara; 3) al contrario, per loro stessa ammissione, si sono limitate ad una frase contenuta alla pag. 16 del ricorso di primo grado, a cui vorrebbero conferire e riconoscere i contenuti di una censura precisa e specifica del bando di gara, mentre essa appare formulata in modo generico ed ipotetico (“laddove interpretato nel senso di giustificare l'assunto di TRM”); 4) infine, anche in questo grado di appello, hanno ribadito di non essere tenute a censurare il bando, essendo sufficiente la sola impugnativa del provvedimento di esclusione.

D'altro canto, non vi è dubbio che il semplice riferimento nell'atto di impugnazione ad atti “preordinati, consequenziali e connessi” rispetto al provvedimento gravato non costituisce elemento utile a ritenere tecnicamente coinvolti nella domanda di annullamento anche quegli atti la cui impugnazione non sia stata sufficientemente indirizzata nell'epigrafe ovvero nei confronti dei quali non sia stata espressa alcuna specifica censura.

Quanto alla seconda censura, occorre considerare, in primo luogo, che il bando di gara, al paragrafo VI.3) “informazioni complementari” sub punto 24 comma 2, prevede che “ai sensi dell’art. 253, comma 9, d. lgs. 163/076 al fine dell’applicazione dell’articolo 37, d.lgs. 163/06, i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti hanno i requisiti indicati nel d.p.r. 554/99 e nel d.p.r. 34/00”.

E’ noto che il d.p.r. 2000 n. 34 disciplina il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, prevedendo, all’art. 1, comma 2, che “la qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all’art. 2, secondo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ...”.

Tanto premesso, va rilevato che il provvedimento di esclusione, impugnato dalle società ricorrenti in primo grado, odierne appellanti, ha ritenuto che Fata spa non disponesse della necessaria qualificazione in relazione alle lavorazioni comprese nella categoria scorporabile OG 9, in quanto non era in possesso della relativa attestazione SOA e aveva dichiarato di avvalersi, limitatamente a questa categoria di lavori, dell’attestazione SOA posseduta dalla Ansaldo Energia s.p.a., ai sensi dell’art. 49 del D.L.vo 2006 n. 163.

A giustificazione della ritenuta insussistenza del requisito di partecipazione costituito dal possesso della particolare attestazione SOA e, quindi, dell’impossibilità di utilizzare a tale fine l’istituto dell’avvalimento, il provvedimento di esclusione richiama, tra l’altro, proprio la citata disposizione contenuta nel paragrafo VI.3) “informazioni complementari” punto 24 del bando di gara.

Come sul punto correttamente ritenuto dai primi giudici, è, pertanto, evidente che la stazione appaltante ha disposto l’esclusione della società Fata s.p.a. interpretando l’indicata clausola del bando come preclusiva della partecipazione alla gara per le imprese non direttamente in possesso dell’attestazione SOA.

In altri termini, la stazione appaltante ha ritenuto che la particolare clausola del bando di gara non consentisse alle imprese partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di utilizzare l'istituto dell'avvalimento, al fine di dimostrare il possesso, in via indiretta, della necessaria attestazione SOA.

E, a tale proposito, il giudice di prime cure si è puntualmente allineato al costante orientamento giurisprudenziale secondo cui qualora la *lex specialis* preveda dei requisiti soggettivi di ammissione tali da precludere in modo sicuro l'utile partecipazione di determinate categorie di soggetti, deve essere immediatamente impugnata dall'impresa che sia priva di siffatti requisiti, in quanto, per tale profilo, il bando è immediatamente lesivo (cfr Consiglio Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

Il T.A.R. ha, poi, del tutto correttamente sottolineato che se la clausola della *lex specialis* presenta, invece, un profilo di ambiguità, nel senso di non rendere immediatamente percepibile l'effetto preclusivo della partecipazione per le imprese prive di un determinato requisito soggettivo, il bando non assume carattere immediatamente lesivo e, pertanto, deve essere impugnato unitamente all'atto con il quale l'impresa è stata esclusa dalla gara, in applicazione proprio della clausola suscettibile di diverse interpretazioni.

In altre parole, l'impugnazione della *lex specialis* deve essere differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione “quando la clausola del bando è ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte dell'Amministrazione in sede di ammissione degli aspiranti alla procedura concorsuale” (cfr. Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602; Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2001, n. 4529; Cons. St., Sez. VI, 10 agosto 1999, n. 1020; Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683).

A tale proposito, il Tribunale ha giustamente ribadito che, anche nelle ipotesi da ultimo considerate, il bando deve comunque essere impugnato, seppure

congiuntamente al provvedimento di esclusione, in quanto la lesione sopportata dal concorrente escluso deriva dal bando di gara, rispetto al quale l'esclusione si pone come atto esecutivo e il pregiudizio si attualizza proprio al momento dell'esclusione (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7295).

In definitiva, rispetto ai casi in esame la giurisprudenza ha precisato che l'impugnazione non può incentrarsi solo sull'asserita illegittimità dell'esclusione, nel rilievo della erronea applicazione interpretativa delle prescrizioni di gara, in quanto l'atto di esclusione è applicativo del bando, sicché la lesione risale al bando stesso, che deve essere oggetto di impugnazione, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto avverso il solo atto di esclusione.

Correttamente, dunque, il T.A.R. Piemonte ha concluso, con riferimento al caso di specie, che, se anche si ritiene che il paragrafo VI.3), sub punto 24, del bando presenti un profilo di ambiguità, in quanto non esplicita la necessità che i soggetti appartenenti ad un raggruppamento temporaneo di imprese siano direttamente in possesso dell'attestazione SOA, con conseguente inutilizzabilità dell'istituto dell'avvalimento, resta fermo che tale clausola ha manifestato la propria capacità lesiva al momento della concreta applicazione fattane dalla stazione appaltante, mediante il provvedimento di esclusione; ciò nonostante, le società ricorrenti non hanno censurato la *lex specialis*, limitandosi ad impugnare il verbale con il quale la Commissione amministrativa ha deciso di escludere dalla gara Fata s.p.a., nonché la determinazione di esclusione adottata dalla stazione appaltante e la nota con la quale quest'ultima è stata comunicata alle parti interessate. Da ciò ne deriva, secondo il T.A.R., l'inammissibilità del ricorso per "carezza di interesse in capo alle società ricorrenti, per omessa impugnazione dell'atto presupposto lesivo".

A tale riguardo, il Collegio rileva che quanto statuito dal T.A.R. è pienamente conforme all'indirizzo giurisprudenziale dominante, secondo cui è inammissibile il

ricorso proposto avverso il provvedimento applicativo di atto presupposto non tempestivamente impugnato.

Quanto alla terza censura, appare altresì infondato l'assunto che nega la portata lesiva del bando sul presupposto che la stessa TRM, a fronte di specifica richiesta del concorrente, si è limitata a richiamare l'art. 49, comma 7, del d.lgs. 163/2006, senza chiarire che il bando impediva il ricorso all'istituto dell'avvalimento in caso di mancato possesso dell'attestazione SOA.

Se fosse, infatti, vero che TRM ha dato diverse e contrastanti interpretazioni al bando nel provvedimento di esclusione e nella nota di chiarimenti del 7 marzo 2007, ciò costituirebbe una ragione in più per impugnare il bando unitamente al provvedimento di esclusione, non un'esimente per non averlo fatto.

I chiarimenti, del resto, non possono comportare una innovazione della normativa di gara. Per cui un eventuale chiarimento non corretto può semmai comportare pretese di natura diversa da parte della ditta destinataria dello stesso che si ritenga danneggiata, giammai incidere sulla disciplina di gara contenuta nella lex specialis riguardante i requisiti soggettivi di ammissione.

Non essendo stato impugnato il bando, ogni censura che, sia pure indirettamente, lo coinvolga è destinata ad essere dichiarata inammissibile per mancata contestazione nel termine.

L'appello deve, dunque, essere respinto in quanto infondato e la sentenza impugnata deve essere confermata.

La natura delle questioni trattate conduce a ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese, competenze ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese del grado compensate.

Spese

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione