



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul seguente ricorso in appello n. 4682/2008, proposto da Elyo Italia s.r.l. in
persona del procuratore speciale, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino
Vulpetti presso il cui studio in Roma, via Sabotino n. 2/A, è elettivamente
domiciliata;

contro

CONSIP s.p.a. in persona dell'Amministratore Delegato in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia ed elettivamente
domiciliato presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

e nei confronti

di ASM Energia e Ambiente s.r.l. in persona del Presidente, A2A s.p.a. (già
ASM Brescia s.p.a.) in persona del Direttore Generale, Prima Vera s.p.a.
(già Prima Vera s.r.l.) in persona del Presidente, ANTAS s.r.l. in persona
dell'Amministratore Delegato rappresentate e difese dagli avv.ti Vito
Salvadori, Maria Alessandra Bazzani, Guido Bardelli e Mario Sanino ed
elettivamente domiciliate presso quest'ultimo in Roma, viale dei Parioli n.
180;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma,

FF

N.215/2009

Reg.Dec.

N. 4682 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 670/2008

Sezione III, n. 2514/2008 in data 21 marzo 2008, resa inter partes;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONSIP s.p.a., ASM Energia e Ambiente s.r.l., A2A s.p.a. (già ASM Brescia s.p.a.), Prima Vera s.p.a. (già Prima Vera s.r.l.), ANTAS s.r.l.;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008 il consigliere
Manfredo Atzeni ed uditi gli avv.ti Vulpetti, Clarizia e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Elyo Italia s.r.l. in persona del legale rappresentante impugnava i provvedimenti con i quali CONSIP s.p.a. aveva aggiudicato, prima provvisoriamente poi definitivamente, al raggruppamento composto da ASM Energia e Ambiente s.r.l., A2A s.p.a. (già ASM Brescia s.p.a.), Prima Vera s.p.a. (già Prima Vera s.r.l.), ANTAS s.r.l. il primo lotto della gara indetta con bando in data 29/3/2006 per la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del servizio energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura.

Deduceva i seguenti mezzi:

- 1) estraneità dell'appalto all'oggetto sociale di Asmea s.r.l.
- 2) Violazione dell'art. III.2.2. lett. b) del bando di gara nella parte in cui richiede che le partecipanti abbiano svolto attività nel settore negli ultimi

due anni ed abbiano realizzato un fatturato specifico nell'importo minimo indicato; conseguente carenze di legittimazione di Asmea e di Antas.

- 3) Violazione dell'art. 13 della legge 248/2006 in relazione alla posizione di Asmea.
- 4) Violazione del divieto, per le ex azienda municipalizzate, quale l'ASM di Brescia, di svolgere attività al di fuori del territorio di riferimento ove non si dimostri l'utilità per quest'ultimo.
- 5) Violazione dell'art. 10, secondo comma, D. Lgs. 358/1992 per mancata indicazione delle parti della fornitura di competenza di ciascuna delle imprese associande.
- 6) Inidoneità della cauzione provvisoria.
- 7) Tardività della dichiarazione confermativa richiesta.
- 8) Tardività dei chiarimenti sull'anomalia ed omessa sottoscrizione di tutte le pagine del documento.
- 9) Illegittimità della richiesta di ulteriori chiarimenti, e conseguente violazione della par condicio.
- 10) Inattendibilità dell'offerta.

Chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, Sezione III, respingeva il ricorso.

Avverso la predetta sentenza insorge Elyo Italia s.p.a. in persona del procuratore speciale chiedendo la sua riforma, previa sospensione e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

L'istanza cautelare è stata riunita al merito.

Si è costituita in giudizio CONSIP s.p.a. in persona del legale rappresentante chiedendo il rigetto dell'appello.

Si sono costituite in giudizio anche ASM Energia e Ambiente s.r.l. in persona del Presidente, A2A s.p.a. (già ASM Brescia s.p.a.) in persona del Direttore Generale, Prima Vera s.p.a. (già Prima Vera s.r.l.) in persona del Presidente, ANTAS s.r.l. in persona dell'Amministratore Delegato chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'odierna appellante ha partecipato alla gara d'appalto di cui in narrativa, strutturata in dodici lotti; impugna l'aggiudicazione, in favore dell'appellata, del primo lotto, riguardo al quale ha presentato la seconda migliore offerta.

I primi giudici hanno respinto l'impugnazione.

2. Sostiene in primo luogo l'appellante che l'appalto in questione, concernente la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del servizio energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura, è estraneo all'oggetto sociale di una delle mandanti del raggruppamento aggiudicatario, che doveva quindi essere escluso.

La censura non può essere condivisa.

L'appalto in questione ha per oggetto, in buona sostanza, il riscaldamento di alcuni uffici pubblici.

La mandante di cui si tratta ha, fra i propri oggetti sociali, come riferito dalla stessa appellante alle pagg. 16 e 17 dell'appello, "l'acquisto e la vendita di energia elettrica, gas, acqua, calore e fluidi refrigeranti", "la commercializzazione, la vendita, l'installazione e la manutenzione delle apparecchiature e degli impianti per la fruizione dei servizi erogati, la consulenza, la commercializzazione e la vendita d impianti di teleriscaldamento, di condizionamento – raffreddamento, di sicurezza, monitoraggio e di altri impianti attinenti il funzionamento delle abitazioni, uffici ed edifici, di qualsiasi natura;" "l'esercizio di tutte le attività collaterali, strumentali, connesse e conseguenti che risulteranno necessarie o utili per il conseguimento degli scopi sociali;" "l'esercizio per conto, in appalto o in qualsiasi altra forma delle attività predette comprese quelle collaterali, strumentali, connesse e conseguenti".

Constatata l'ampiezza dell'oggetto sociale della mandante in questione, non è dato comprendere perché questo non la legittimi a svolgere le attività proprie dell'appalto.

La censura deve quindi essere respinta.

3. L'appellante lamenta il fatto che due delle associate nel raggruppamento aggiudicatario in violazione del bando non hanno prodotto copia dei bilanci relativi agli ultimi due esercizi sociali; in tal modo non hanno dimostrato il possesso del requisito di affidabilità, richiesto dal bando, relativo al raggiungimento di un fatturato minimo concernente manutenzione e gestione degli impianti termici comprensivo dei combustibili.

Sostiene l'appellante che erroneamente i primi giudici hanno affermato che il requisito in parola deve essere posseduto dall'intero raggruppamento, e non da ogni singolo associato, in quanto il bando fa riferimento a "ciascun concorrente".

L'argomentazione non può essere condivisa, in quanto il concorrente è il soggetto che presenta l'offerta, e può essere un imprenditore singolo o più imprenditori associati.

In quest'ultimo caso, l'onere di cui si tratta incombe sul raggruppamento.

Il bando di gara, infatti, al punto III 2.2. specifica che ciascun concorrente è impresa singola/R.T.I./ Consorzio così chiarendo il significato dell'espressione utilizzata.

Atteso che certamente il raggruppamento aggiudicatario nel suo insieme possiede il requisito attinente al fatturato minimo richiesto, la censura deve essere respinta.

4. L'appellante sostiene che il raggruppamento aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara in quanto di esso fa parte un soggetto partecipato al 100% da altra Società, a sua volta partecipata in via maggioritaria dal Comune di Brescia.

Lamenta, al riguardo, violazione dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248.

Ritiene il collegio che la norma richiamata non si applichi alla fattispecie.

La norma al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori impone ad alcune

società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, vietando inoltre alle medesime società di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati, sia in affidamento diretto sia con gara, vietando loro inoltre di partecipare ad altre società o enti.

Le società in questione sono quelle costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'amministrazione regionale o locale in funzione della medesima, con esclusione dei servizi pubblici locali.

Ritiene il collegio che la Società di cui ora si discute sfugga all'applicazione della normativa invocata.

La stessa, costituita secondo la forma della società per azioni non appare emanazione diretta dell'ente locale, in quanto è stata costituita da società partecipata dal medesimo con apporto di capitale di privati allo scopo di svolgere attività imprenditoriale.

Il collegio condivide l'assunto dei primi giudici, secondo il quale le limitazioni in parola riguardano le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico.

Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, invece, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono escluse (il dato è testuale) dall'applicazione della normativa in commento.

Comunque, la procedura di cui si tratta sfugge all'applicazione del richiamato art. 13 *ratione temporis*.

E' vero che l'ultimo comma dell'art. 13 in commento, nel testo approvato con la legge di conversione, dettava la disciplina transitoria preliminare alla propria applicazione generalizzata facendo salvi esclusivamente i contratti già conclusi alla data della sua entrata in vigore.

Peraltro, l'ambito di applicazione della norma transitoria contenuta nell'art. 13, ultimo comma, è stato ampliato dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il quale ha stabilito la salvezza non solo dei contratti ma anche delle procedure bandite prima dell'entrata in vigore del D.L. 4 luglio 2006, n. 223.

Atteso che la gara di cui si discute è stata indetta con bando pubblicato sulla G.U.U.E. il 1 aprile 2006 e sulla G.U.R.I. il successivo 5 aprile, ricade nell'ambito di applicazione della norma transitoria dettata dall'art. 13, u.c., del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

La doglianza deve quindi essere respinta.

5. Deve essere respinta anche la censura con la quale l'appellante sostiene che una delle aziende associate, essendo espressione di un ente locale, non sarebbe legittimata a partecipare alla gara, non avendo dimostrato l'utilità per l'ente di riferimento.

La Società in questione ha una configurazione giuridica (società per azioni) ed una dimensione tali da rendere evidente come lo scopo sociale non sia limitato alla fornitura di servizi all'ente di riferimento, ma sia destinata ad offrire i propri servizi sul mercato.

Le stesse dimensioni della Società, palesemente eccessive rispetto all'ambito locale, dimostrano, quindi, come la valutazione circa la convenienza della sua ultrattività sia stata compiuta a monte, all'atto della sua costituzione, in termini tali non richiedere la valutazione caso per caso.

6. Non può essere condivisa la censura relativa all'imperfetta ripartizione dell'esecuzione del contratto fra le imprese dell'associazione in quanto questa è stata espressa conformemente alle indicazioni fornite dalla stessa stazione appaltante.

L'osservazione secondo la quale le relative dichiarazioni dovevano essere contenute in un unico documento, anziché in diversi atti, ciascuno presentato da un'associata, è priva di rilevanza, una volta che le dichiarazioni suddette sono di contenuto convergente.

E' vero che la ripartizione delle prestazioni è stata effettuata secondo percentuali molto squilibrate, ma ciò non comporta, di per sé, l'inammissibilità dell'offerta.

Il fatto potrebbe costituire indice di inaffidabilità della medesima ma l'indagine condotta al riguardo nel caso di specie non ha dato esito negativo.

Il motivo deve, pertanto, essere respinto.

7. La cauzione provvisoria prestata dal raggruppamento aggiudicatario è idonea in quanto il fatto che la sua escussione debba essere richiesta con lettera raccomandata costituisce adempimento di incidenza

minima per la tutela del garantito, per cui la stessa può essere qualificata “a prima richiesta”.

8. La stessa appellante non contesta che la dichiarazione confermativa dell’offerta è pervenuta tempestivamente, lamentando solo che il relativo accertamento è stato compiuto dalla commissione di gara anziché dalla stazione appaltante.

Ad avviso del collegio, giustamente la commissione di gara, essendo in grado di accertare un fatto materiale, rilevante per l’impostazione dei propri lavori, ha provveduto al relativo accertamento, il cui risultato è stato implicitamente accettato dalla stazione appaltante, in tal modo evitando un allungamento dei tempi di definizione della gara palesemente superfluo.

9. Il raggruppamento aggiudicatario avrebbe presentato le giustificazioni della propria offerta, sospettata di anomalia, tardivamente; inoltre, le stesse non sono state firmate dai rappresentanti di tutte le associate in ogni pagina.

Le suddette circostanze non inficiano il provvedimento impugnato.

I tempi della verifica dell’anomalia sono stati dettati dalla stessa commissione, che non ha ritenuto perentori i termini da essa stessa stabiliti.

Tale decisione appare logica nella situazione concreta, nella quale il ritardo imputato all’aggiudicatario è stato di sedici minuti rispetto all’orario originariamente previsto.

La sottoscrizione di ogni pagina delle giustificazioni non appare necessaria in quanto tale dichiarazione non ha valenza negoziale, costituendo una mera notizia e spiegazione dell’offerta presentata in vista della formazione del vincolo contrattuale.

10. Non appare illegittima la richiesta di ulteriori chiarimenti che la commissione di gara ha rivolto all'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia della sua offerta.

Il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte presuppone, per sua natura, il contraddittorio con l'impresa che ha formulato l'offerta, sospettata di anomalia.

L'offerta sospetta di anomalia è, infatti, quella che prima facie si presenta come la più conveniente per l'amministrazione, che potrà rinunciare ai vantaggi da essa offerti solo in presenza di seri dubbi sulla sua sostenibilità.

Di conseguenza, la stazione appaltante è legittimata ad esplorare, eventualmente con richieste ripetute, l'attendibilità dell'offerta, qualora le prime risposte ottenute non chiariscano adeguatamente la sua impostazione.

Di conseguenza, il fatto che la stazione appaltante abbia, nel caso di specie, impostato un ripetuto contraddittorio con il potenziale aggiudicatario non comporta, di per sé, l'illegittimità del provvedimento conclusivo.

11. L'appellante sostiene peraltro che l'offerta dell'aggiudicataria è, in realtà, anomala.

Neanche questa censura può essere condivisa.

Sostiene in primo luogo l'appellante che l'utile indicato (2,71%) è manifestamente incongruo.

Al riguardo, deve essere rilevato come un utile apparentemente modesto può comportare un guadagno importante, quando il contratto abbia un importo elevato.

Di conseguenza, la censura di illogicità, nella quale si sostanzia l'argomentazione dell'appellante, non può essere prospettata in termini assoluti, ma con specifico riferimento all'appalto di cui si tratta.

Atteso che il mezzo è stato proposto senza calarlo nella concretezza dell'appalto di cui ora si discute, deve essere disatteso.

L'appellante sostiene poi che l'aggiudicataria ha dimostrato che solo una delle aziende associate gode di condizioni particolarmente favorevoli, relative all'acquisto del carburante, che non necessariamente sono applicabili alle forniture nei confronti delle consociate.

La censura non può essere condivisa in quanto fondata su una mera ipotesi, che non può portare all'annullamento del provvedimento impugnato.

12. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

In considerazione della parziale novità e della complessità delle questioni trattate le spese possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma, il 11 novembre 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni RUOPPOLO	Presidente
Luciano BARRA CARACCILO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere
Roberto CHIEPPA	Consigliere
Manfredo ATZENI	Consigliere Est.

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Manfredo Atzeni

Segretario

Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...16/01/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria