

Nella predetta domanda né le mandanti, né la mandataria hanno presentato, in conformità del bando, apposite formali “dichiarazioni di avvalimento” dei requisiti posseduti da imprese terze o da eventuali controllate o da imprese appartenenti allo stesso gruppo

E' possibile che un'Ati partecipante indichi, nel momento dell'offerta, che <se richiesto dall'assegnataria, altre imprese sono disposte anch'esse ad integrare l'ATI, in aggiunta o sostituzione della capogruppo.; allo scopo si precisa, pertanto, che nelle dichiarazioni sostitutive di notorietà allegate alla presente domanda, dove è indicata l'ATI tra le singole mandanti, si dovrà intendere estesa anche a ad altre imprese, se richiesto dall'assegnataria".?

Il pericolo che una gara vada deserta può giustificare, per i principio del favor participationis, l'ammissione di un'impresa priva dei requisiti richiesti?

Da tanto emerge che le imprese che si sono offerte di formare l'Ati – contrariamente a quanto dedotto nel ricorso di primo grado e ribadito nel presente appello - non solo non hanno sottoscritto il mandato con rappresentanza ai fini della costituzione dell'ATI, ma hanno, a ben vedere, avanzato una richiesta condizionata, subordinata ad un fatto del tutto futuro ed incerto, rimesso alle autonome scelte operative della (non meglio identificata) “assegnataria” e, quindi, alla discrezione di un soggetto terzo, neppure esattamente individuato, se è vero che, nella propria dichiarazione, dette imprese fanno riferimento, quale capogruppo ad una impresa diversa da quella indicata in sede di partecipazione (ciò che fa dubitare anche della piena conoscenza, da parte delle medesime, della compagine in cui sarebbero venute ad operare, con i conseguenti riflessi sulla validità stessa della dichiarazione di volontà)._ In tale situazione, è da escludere che, in base alla disciplina di gara, rimasta inoppugnata, le stesse potessero qualificarsi come mandanti nel costituendo raggruppamento e, dunque, parti dello stesso_ quelli che sono i rapporti gestionali interni non rilevano a fronte di una disciplina di gara che, con chiarezza, richiedeva la diretta partecipazione, in qualità di associate o associande in A.T.I., delle imprese chiamate materialmente al trattamento di detti materiali; la lex specialis della gara, data la delicatezza dei compiti operativi e, in particolare, di quello di smaltimento dei materiali inquinanti, richiedeva, infatti, espressamente, come si è visto, tale diretta partecipazione, alla quale non poteva, quindi, supplire l'impegno di un'impresa terza, non proprietaria degli impianti, ma titolare della sola gestione commerciale degli stessi, differenti essendo, nei due casi, gli ambiti di responsabilità delle diverse imprese coinvolte e i margini di garanzia per la stazione appaltante._ **Del tutto irrilevante è, poi, il fatto che le stesse sei aziende di cui si discute, a seguito di una precedente analoga gara, stiano già svolgendo per R.F.I., attività corrispondenti a quelle oggetto del presente appalto; nessun rilievo sulla presente gara, invero, possono avere fatti e circostanze inerenti ad un precedente e differente appalto, ancorché analogo a quello di cui si discute.**_ Quanto alle censure relative all'asserita violazione dei principi della concorrenza e del favor participationis, basti osservare che, sebbene non possa ritenersi preclusa, ad una commissione di gara, un'interpretazione finalistica delle clausole del bando, conforme, cioè, alla ratio della procedura concorsuale ed ispirata al predetto principio del favor, ciò è, peraltro, possibile solo allorquando una simile operazione ermeneutica non violi i principi di trasparenza e par condicio e risultino ugualmente rispettate le disposizioni riguardanti i requisiti di ammissione o partecipazione alla gara stessa (cfr., tra le altre, sezione IV, 2 ottobre 2008, n. 4783); ebbene, nel caso in esame facevano difetto, in capo all'appellante, proprio i requisiti di ammissione ora detti e la sua partecipazione alla gara avrebbe prodotto inevitabile pregiudizio alle altre concorrenti, con violazione, tra l'altro, dei principi di parità di trattamento; e se anche, in ipotesi (secondo quanto pure dedotto dall'appellante), la gara fosse andata deserta per taluno dei lotti a concorso, ciò non avrebbe potuto comunque giustificare l'ammissione alla medesima dell'interessata in quanto priva, appunto, dei requisiti di partecipazione, sicché la sua ammissione alla gara avrebbe comportato un ingiustificato e non trasparente trattamento di favore per la deducente, a discapito di altri operatori del settore, potenzialmente interessati alla rinnovazione della procedura concorsuale._ **Né, al riguardo, può in alcuna misura rilevare il fatto che l'odierna appellante avrebbe dimostrato, comunque (nel corso della procedura, che ha avuto seguito in conseguenza delle misure cautelari accordate dal giudice amministrativo) il possesso dei necessari requisiti di**

partecipazione; ciò in quanto, da un lato, detta procedura ha avuto seguito sotto riserva (la Commissione avendo portato avanti le proprie operazioni di valutazione nei riguardi dell'ATI qui appellante nell'attesa di conoscere le determinazioni definitive che avrebbe assunto il giudice amministrativo) e, dall'altro, in quanto il vizio inficiante la partecipazione era, di per sé, per i motivi già detti, insuperabile, sicché il possesso delle necessarie qualità tecnico-economiche e professionali non faceva venir meno la carenza di un essenziale requisito di partecipazione richiesto dal bando di gara e volto ad assicurare il concreto espletamento del servizio da parte di imprese associate, facenti effettivamente parte del costituendo raggruppamento d'impresa.

Merita di essere segnalata la decisione numero 3000 del 15 maggio 2009, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

Nessuna domanda di avvalimento, conforme alla disciplina di gara, risulta, inoltre, incontestatamente avanzata nella specie.

Essendo, dunque, le due dette imprese estranee al raggruppamento con capogruppo, questo non poteva partecipare alla gara e correttamente, quindi (sulla base di una inequivoca e inoppugnata disciplina di gara), ne è stato escluso, dal momento che nessuna delle imprese chiamate a costituirlo era dotata dei necessari impianti di trattamento finale delle traversine ferroviarie, né alcuna di esse (mandanti o mandataria) aveva manifestato l'intendimento di avvalersi delle due imprese dotate di detti impianti, in carenza, peraltro, come si è detto, una di esse, della relativa autorizzazione.>

Ma vi è di più

<5) - La sentenza appellata sarebbe erronea anche nella parte in cui ha ritenuto di disattendere la censura relativa al mancato rispetto delle regole di verbalizzazione e dei principi relativi al collegio perfetto; nonché laddove ha ritenuto che, nella specie, non siano stati violati i principi della concorrenza e del favor participationis; si deduce, inoltre, che si sarebbe del tutto trascurato di considerare il fatto che la deducente sarebbe stata nel pieno possesso di tutti i requisiti partecipativi di gara.

6) - Anche tali censure appaiono prive di consistenza.

Quanto, infatti, alle modalità di verbalizzazione, la specifica contestazione (relativa alla postilla apposta da una commissaria al verbale del 21 dicembre 2007) attiene esclusivamente alla richiesta di chiarimenti, e relative risposte, afferenti ad altri raggruppamenti e non, invece, alle ragioni poste a sostegno dell'esclusione dell'odierna appellante; ragioni già esposte, in termini definitivi, nel verbale del 14 novembre 2007 e ribadite, con sottoscrizione anche della commissaria ora detta, nella nota integrativa del 24 dicembre 2007 (sottoscritta da due altri commissari in data immediatamente successiva), nella quale è stato precisato che, contrariamente a quanto in precedenza indicato, era presente in atti la documentazione relativa a ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH, ma che dette imprese non facevano parte dell'ATI con capogruppo ALFA s.r.l.

Nel momento in cui, quindi, con la nota pure in data 24 dicembre 2007 il responsabile del procedimento ha comunicato all'ATI ALFA l'esclusione dalla procedura la Commissione aveva, in effetti, per ciò che riguarda il raggruppamento stesso, già individuato le insuperabili ragioni della sua esclusione fin dal 14 novembre 2007, con la conseguenza che eventuali successive irregolarità di verbalizzazione e sottoscrizione non sono in grado di incidere sulla validità delle operazioni che (secondo quanto enunciato nel verbale da ultimo detto) hanno correttamente portato alla sua esclusione.>

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

N.3000/09

Reg.Dec.

N. 6249 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 270/2009

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6249/2008, proposto dalle società ALFA s.r.l. in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI con le società ALFADUE soc. cons. coop s.r.l., ALFATRE GmbH, ALFAQUATTRO GmbH, ALFACINQUE GmbH (gruppo ALFAGRUPPO AG) e ALFASEI TERMINAL s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Palma, Simona Scatola e Francesco Rinaldi con i quali elettivamente domicilia in Roma, Foro Traiano 1/a, presso lo Studio Palma/Schettini,

contro

la società RFI - RETE FERROVIARIA ITALIANA s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Saverio Mussari presso il quale elettivamente domicilia in Roma, Lungotevere dei Mellini 24,

e nei confronti

della società BETA s.p.a., in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI con le società Trasporti BETADUE di BETADUE Arturo e Giuseppe s.n.c., BETATRE Autotrasporti s.r.l., BETAQUATTRO. Sud Autotrasporti s.r.l., BETACINQUE Bonino e C. Autotrasporti s.n.c., AR BETASEI GmbH, BETASETTE GmbH e BETAOTTO Zolling GmbH, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Celani ed Enrico Morigi e presso lo Studio del secondo elettivamente domiciliata in Roma, via dei Condotti 9,

e

della società DELTA INDUSTRIAL QUALITY RECYCLING AB, in proprio e quale mandataria capogruppo dell'ATI con le società DELTADUE ENERGI AB, DELTATRE. DELTACINQUE s.r.l., DELTAQUATTRO TRASPORTI s.p.a., DELTACINQUE MEDITERRANEA s.p.a., AUTOTRASPORTI DELTASEI s.r.l. e DELTASETTE FABRIZIO D.I., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Francesco Romanelli presso il quale elettivamente domicilia in Roma, via Cosseria 5,

nonché

delle società Trasporti BETADUE di BETADUE Artuto e Giuseppe s.n.c., BETATRE Autotrasporti s.r.l., BETAQUATTRO. Sud Autotrasporti s.r.l., BETACINQUE Bonino e C. Autotrasporti s.n.c., AR BETASEI GmbH, BETASETTE GmbH, BETAOTTO Zolling GmbH, e DELTADUE ENERGI AB, DELTATRE. DELTACINQUE s.r.l., DELTAQUATTRO TRASPORTI s.p.a., DELTACINQUE MEDITERRANEA s.p.a., AUTOTRASPORTI DELTASEI s.r.l., DELTASETTE FABRIZIO D.I., non costituitesi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR del Lazio, sede di Roma, Sezione III *ter*, 19 giugno 2008, n. 6031;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di RFI - RETE FERROVIARIA ITALIANA s.p.a., nonché delle società BETA s.p.a. e DELTA INDUSTRIAL QUALITY RECYCLING AB, in proprio e nelle qualità anziedette;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

vista l'ordinanza della Sezione 26 agosto 2008, n. 4642;

vista l'ordinanza della Sezione 2 marzo 2009, n. 1193;

alla pubblica udienza del 31 marzo 2009, relatore il Consigliere Paolo Buonvino;

uditi, per le parti, gli avv.ti Mussari, Palma, Celani, Aliberti per delega dell'avv. Romanelli e Scatola;

visto il dispositivo n. 270 del 1° aprile 2009.

Ritenuto e considerato , in fatto e in diritto, quanto segue:

Ritenuto in fatto

1) – Con il ricorso introduttivo di primo grado l'odierna appellante ha chiesto l'annullamento:

a) - del provvedimento n. RFI.DMA/AL./02254 del 24 dicembre 2007, con cui RFI Rete ferroviaria italiana, relativamente alla gara di appalto G.P.N. n. 0004/2007, avente ad oggetto “prelievo trasporto e conseguente avvio a recupero / smaltimento di traverse di legno impregnate di olio di creosoto tolte d'opera, costituenti rifiuto speciale pericoloso (codice CER 170204)”, ha comunicato all'ATI ricorrente la non ammissione a partecipare alla gara in oggetto, “non possedendo tutti i requisiti richiesti dal bando; in particolare, si evidenzia quanto segue: il progetto non può essere giudicato sufficiente, perché i soggetti facenti parte dell'ATI non garantiscono tutte le attività richieste dal bando (manca l'attività di recupero / smaltimento finale)”.

b) - di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale.

Con motivi aggiunti la stessa società ha, poi, chiesto l'annullamento:

c) - del verbale della commissione tecnica del 19 ottobre 2007 nella parte in cui, con riferimento all'ATI ricorrente, “si deduce che il progetto non può essere giudicato soddisfacente in quanto sussistono le criticità e le mancanze documentali di cui alle lettere a), b), c), d); inoltre, relativamente al punto h), in mancanza dell'indicazione delle quantità autorizzate sul documento presentato, non è possibile valutare l'effettiva capacità dell'impianto di termodistruzione”;

d) - di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale.

Con ulteriori motivi aggiunti l'originaria ricorrente ha chiesto, infine, l'annullamento:

e) - del verbale della commissione di preselezione del 18 luglio 2007, 1° verbale, ove e per quanto lesiva degli interessi della ricorrente;

f) - della nota integrativa ai verbali del 14 novembre 2007 e del 21 dicembre 2007, ove e per quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

g) - del verbale della commissione di preselezione del 14 novembre 2007, 2° verbale, ove e per quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

h) - del verbale conclusivo del 21 dicembre 2001 della commissione di preselezione, ove e per quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

i) - di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale.

2) – Il TAR ha respinto il ricorso.

Hanno osservato, i primi giudici, che la vicenda in esame riguardava l'esclusione della ricorrente dalla partecipazione alla procedura di selezione o prequalificazione per il successivo affidamento, su scala nazionale, del servizio di “prelievo trasporto e conseguente avvio a recupero/smaltimento di traverse di legno impregnate di olio di creosoto tolte d'opera, costituenti rifiuto speciale pericoloso (codice CER 170204)”.

La prima questione rilevante, e tendenzialmente dirimente, per il TAR, era quella della effettiva composizione dell'ATI ricorrente,

Al riguardo hanno rilevato, i primi giudici, che la domanda di partecipazione presentata dalla ricorrente si articolava in tre segmenti: a) - l'istanza di partecipazione; b) - la dichiarazione di impegno, per cui “le aziende ALFADUE Soc. Cons. Coop. s.r.l., ALFATRE GmdH (gruppo ALFAGRUPPO AG), ALFASEI Terminal s.p.a. e ALFA s.r.l. – quest'ultima capogruppo mandataria – qui di seguito dichiarano l'espressa volontà di costituire la prescritta associazione temporanea di imprese (ATI) nel caso di positiva aggiudicazione all'esito della gara indicata”; c) - terza parte della domanda, dove si legge che “le società ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH dichiarano che, se richiesto dall'assegnataria, sono disposte anch'esse ad integrare l'ATI, in aggiunta o in sostituzione della capogruppo ALFATRE GmdH”.

La stazione appaltante ha ritenuto che, in ragione del contenuto dell'impegno espresso dalle

società ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH, queste non potessero essere ritenute appartenenti all'ATI e quindi, consequenzialmente, l'ATI stessa, privata dell'apporto di queste due imprese, non possedesse i requisiti per lo svolgimento del servizio richiesto; tale conclusione, contestata con il ricorso di primo grado, è stata, invece, ritenuta corretta dai primi giudici, che hanno anche osservato che, nel corso della valutazione delle censure ulteriori, la vicenda sarebbe stata esaminata tenendo presente la reale composizione dell'ATI, ossia quella che non teneva conto della presenza delle imprese che non avevano sottoscritto il mandato irrevocabile, e cioè le società ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH.

Al riguardo, nell'impugnata sentenza viene osservato che un secondo momento critico riguardava l'effettivo possesso da parte dell'ATI partecipante dei requisiti di bando, circostanza che aveva determinato l'esclusione dalla gara della medesima.

Anche per tale parte il ricorso è stato respinto movendo, anzitutto, dal presupposto, in precedenza rilevato, per cui la nozione di ATI partecipante andava ridotta alle sole imprese firmatarie del mandato irrevocabile, con la conseguenza che le considerazioni sul possesso dei requisiti andavano svolte in relazione alla compagine effettivamente interessata al giudizio.

Orbene, ha osservato il TAR, la qualificazione dei rapporti tra le tre imprese ALFATRE GmbH, ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH, interne al gruppo ALFAGRUPPO GmbH & Co., evidenziata dalla difesa della parte ricorrente e suffragata da una esibizione documentale non contestata, rendeva del tutto evidente come in capo alla ALFATRE GmbH, mancavano i requisiti di capacità per lo svolgimento della fase finale del trattamento, ossia lo smaltimento tramite incenerimento, tant'è che la stessa operava a mezzo di altri soggetti, ossia ALFAQUATTRO GmbH ed ALFACINQUE GmbH, che avevano la disponibilità degli impianti e non partecipavano all'ATI; ed appariva, inoltre, irrilevante l'esistenza di un collegamento tra tutte le imprese in quanto parti di un'unica *holding*, atteso che si trattava, comunque, di soggetti diversi, con una autonoma soggettività;

donde la correttezza della contestata esclusione, atteso che, effettivamente, l'ATI costituenda non aveva i requisiti tecnici necessari per lo svolgimento di tutte le fasi di smaltimento dei rifiuti oggetto della gara.

Passando, poi, all'esame delle censure dedotte in relazione alle modalità procedurali, o alle conseguenze che la detta esclusione avrebbe avuto sulla disciplina di gara, il TAR le ha pure rigettate.

Premesso che con tali doglianze la ricorrente lamentava che, con la sua esclusione, sarebbero entrate in gara unicamente due imprese (con asserita violazione, quindi, del canone della massima estensione della partecipazione alle selezioni pubbliche e del *favor participationis*), il TAR ne ha escluso la fondatezza essendo il *favor participationis* certamente un elemento fondante la disciplina dei procedimenti ad evidenza pubblica, ma la preferenza per un ampliamento nella platea dei partecipanti non era da ritenere un valore assoluto, dovendo essere riportato nel suo alveo naturale appena accennato, ossia quello di strumento per la realizzazione degli obiettivi del procedimento di miglior scelta del contraente; e, dunque, recessivo di fronte a vicende in cui ammettere un concorrente, sicuramente sprovvisto dei requisiti, avrebbe avuto conseguenze sulla disciplina complessiva di gara; sicché la ricorrente avrebbe dovuto prima provare di avere titolo a partecipare e poi invocare il principio in gioco al fine di sostenere la sua posizione; ciò che, nella specie, era mancato.

I primi giudici hanno, poi, rigettato i primi motivi aggiunti, avendo ritenuto, anzitutto, sufficientemente motivato l'atto ivi impugnato, ossia il provvedimento n. RFI.DMA/AL./02254 del 24 dicembre 2007 di RFI Rete ferroviaria italiana, con il quale la ricorrente ha avuto occasione di conoscere le ragioni della sua non ammissione a partecipare alla gara, “non possedendo tutti i requisiti richiesti dal bando”, ed evidenziante, in particolare, che “il progetto non può essere giudicato sufficiente, perché i soggetti facenti parte dell'ATI non garantiscono tutte le attività richieste dal bando (manca l'attività di recupero / smaltimento finale)”.

Hanno, poi, ritenuto inconferente la circostanza secondo cui la stessa ATI svolgeva un identico servizio a favore di RFI (non valendo essa ad escludere la rilevanza autonoma della gara in esame, che andava, quindi, osservata in relazione alle vicende che l'avevano caratterizzata e non per il raccordo con

episodi di procedimenti diversi e separati; e, peraltro, la ragione avanzata dalla ricorrente, ossia il fatto che in questo modo si dimostrava implicitamente il possesso dei requisiti di carattere tecnico, appariva argomento ambiguo, tanto che avrebbe potuto essere rovesciato, qualora l'amministrazione, sulla base della decisione presa in relazione al caso qui in esame, avesse deciso di rivalutare in autotutela anche le precedenti procedure).

Il TAR ha, infine, rigettato anche il secondo atto per motivi aggiunti ove la ricorrente evidenziava una incongruità nell'atto della commissione di gara, in relazione alla firma apposta da uno dei commissari, e dalla dichiarazione ivi contenuta, in cui si attestava di non aver potuto prendere visione della richiesta di integrazione e della relativa risposta.

Al riguardo il Tribunale ha osservato che, in disparte ogni considerazione sulla rilevanza di una tale sottoscrizione, essendo la deliberazione della commissione atto collegiale e, quindi, non infirmabile da un tale tipo di dichiarazione extratestuale, ha rilevato come la circostanza fosse del tutto ininfluyente, in quanto il commissario autore della detta annotazione aveva evidenziato di non aver avuto la possibilità, per questioni sue personali, di conoscere alcuni atti, ed in particolare la richiesta di integrazione e la relativa risposta; ma, trattandosi di atti relativi a fasi successive alla presentazione della domanda (momento in cui si era concentrata la carenza di documentazione in capo all'ATI ricorrente), anche a voler assegnare una autonoma valenza alla detta dichiarazione apposta in atti, la stessa non sarebbe stata in grado di sconfiggere l'operato della commissione di gara.

3) – Per la società appellante la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe essere riformata in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, il raggruppamento di imprese di cui essa era capogruppo sarebbe stato in possesso di tutti i prescritti requisiti di partecipazione, le dichiarazioni rese dalle imprese ALFAQUATTRO GmbH ed ALFACINQUE GmbH integrando pienamente la loro partecipazione alla costituenda ATI ed il costituendo raggruppamento avendo dimostrato il pieno possesso dei necessari requisiti di partecipazione.

Ribadisce, poi, l'appellante che del tutto erronei sarebbero gli ulteriori motivi adottati a supporto

della contestata esclusione, tra l'altro, mai portati a conoscenza della medesima e rinvenibili nel verbale di gara del 19 ottobre 2007; verbale in cui, tra l'altro, sarebbe contenuta una postilla i cui contenuti confermerebbero pienamente l'ammissibilità del costituendo raggruppamento alla gara.

La sentenza sarebbe da riformare, inoltre, perché erronea, anche laddove ha ritenuto che non fossero state violate, nella specie, le giuste regole in materia di verbalizzazione delle operazioni di preselezione.

Parimenti i primi giudici avrebbero errato, poi, nel rigettare la doglianza inerente alla violazione dei principi della concorrenza, della massima partecipazione alle gare d'appalto e del *favor participationis*.

In particolare, il principio della concorrenza sarebbe stato violato anche per avere la società BETA effettuato un'offerta non valida perché fuori quota, sicché sarebbe rimasta valida una sola offerta – DELTA – solo per una parte minima del servizio, ciò che avrebbe invalidato l'intera procedura di gara.

Infine, deduce l'appellante di aver pienamente documentato il possesso della necessaria capacità tecnico-economica, sicché non sarebbe ragionevole un'esclusione basata solo su dichiarazioni ritenute formalmente non ineccepibili.

Si sono costituite in giudizio resistendo e insistendo per il rigetto dell'appello e per la conferma della sentenza impugnata le società RFI, BETA e DELTA; BETA e DELTA hanno anche eccepito, sotto molteplici profili, l'inammissibilità del ricorso di primo grado e dell'appello.

Con ordinanza n. 26 agosto 2008, n. 4642, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata.

Con memorie conclusionali le parti hanno ribadito i rispettivi assunti difensivi.

Con ordinanza n. 1193 del 2 marzo 2009 la Sezione ha disposto incumbenti istruttori chiedendo ad RFI copia per esteso del verbale n. 1 del 18 luglio 2007, nonché del verbale n. 2 del 14 novembre 2007, del verbale conclusivo del 21 dicembre 2007 e della nota integrativa ai verbali del 14 novembre 2007 e del 21 dicembre 2007 ora detti; documentazione successivamente versata in atti.

Considerato in diritto

1) - Si può omettere l'esame delle eccezioni preliminari sollevate, con riguardo ai due gradi di giudizio, dalle appellate attesa l'infondatezza dell'appello nel merito.

Il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo di primo grado è la nota RFI in data 24 dicembre 2007, n. 2254, in cui viene precisato che il progetto presentato dall'A.T.I. con mandataria ALFA s.r.l. non poteva essere giudicato soddisfacente perché i soggetti facenti parte di detta associazione d'impresе non garantivano tutte le attività richieste dal bando, mancando l'attività di recupero/smaltimento finale; detta determinazione ha fatto seguito a quanto segnalato nei verbali del 14 novembre e del 21 dicembre 2007 della Commissione Tecnica, in cui viene precisato che, per la fase relativa all'attività di recupero e smaltimento finale erano state indicate due società esterne all'ATI, che non avevano presentato alcun documento di cui ai punti III.2.1 e III.2.2 del bando di gara.

Ha ritenuto, quindi, la stazione appaltante che tale raggruppamento non soddisfacesse quanto richiesto da detto bando difettando, in esso, imprese associate chiamate a svolgere la predetta specifica attività.

Punto centrale della presente controversia è, pertanto, quello relativo alla validità o meno della dichiarazione resa in sede di prequalificazione dall'originaria ricorrente e odierna appellante ai fini della partecipazione alla gara di cui si tratta.

Va premesso, al riguardo, che il bando prevedeva, tra l'altro, che, "al momento della richiesta di partecipazione alla gara,.....per quanto riguarda le associazioni temporanee di imprese è sufficiente che nella domanda sottoscritta da tutte le parti interessate venga espressa la volontà di costituire l'associazione, con l'indicazione dell'impresa che tra esse assumerà la veste di mandataria-capogruppo"; era anche previsto che il ruolo di mandataria fosse assunto dalla società effettuante l'assistenza amministrativa e gestionale, mentre le mandanti dovevano svolgere almeno una delle attività necessarie all'esecuzione dell'oggetto della gara e, tra tali attività, rientrava quella essenziale di

recupero/smaltimento finali dell'aliquota legnosa; inoltre, l'ATI partecipante doveva essere in grado di svolgere direttamente tutte le attività previste e tra esse, in particolare, quella di recupero ora detta.

Sempre nel bando era, poi, previsto che “le imprese controllanti, controllate o collegate, facenti parte di un Gruppo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, dovranno obbligatoriamente partecipare alla costituenda associazione temporanea di imprese laddove sia previsto progettualmente che debbano svolgere una delle attività inerenti l'oggetto del presente bando, ciò indipendentemente dal proprio ruolo all'interno del gruppo di appartenenza”.

Era, inoltre precisato, subito dopo, che “l'avvalimento ai sensi dell'art. 49, comma 7, del d.lgs. 163/2006, da parte di un soggetto richiedente la partecipazione alla gara, dei requisiti posseduti da un altro soggetto, è consentito limitatamente a quanto richiesto al punto a) del paragrafo III.2.2); l'impresa/ATI concorrente dovrà, comunque, possedere detto requisito almeno nella misura del 60% di ognuno degli importi indicati nel suddetto punto, a meno che l'impresa ausiliaria non faccia parte dello stesso gruppo”; al punto III.2.1. erano anche precisate le specifiche condizioni e formalità necessarie a detto avvalimento.

In punto di fatto è avvenuto che ha chiesto di essere invitato alla gara il costituendo raggruppamento fra le società ALFA s.r.l. - quale mandataria capogruppo – ALFADUE soc. cons. coop s.r.l., ALFASEI Terminal s.p.a. ed ALFATRE GmbH; nella predetta domanda né le mandanti, né la mandataria hanno presentato, in conformità del bando, apposite formali “dichiarazioni di avvalimento” dei requisiti posseduti da imprese terze o da eventuali controllate o da imprese appartenenti allo stesso gruppo (punto III 2.1. del bando).

In allegato alla stessa domanda era, inoltre, prodotta una dichiarazione, resa dalle società ALFAQUATTRO GmbH, ALFACINQUE GmbH (gruppo ALFAGRUPPO AG), in cui veniva precisato che, “se richiesto dall'assegnataria, sono disposte anch'esse ad integrare l'ATI, in aggiunta o sostituzione della capogruppo Heller-Holz GmbH.; allo scopo si precisa, pertanto, che nelle dichiarazioni sostitutive di notorietà allegate alla presente domanda, dove è indicata l'ATI tra ALFA srl,

ALFADUE scarl, ALFASEI Terminal spa e ALFATRE Gmbh, si dovrà intendere estesa anche a ALFAQUATTRO Gmbh e ALFACINQUE Gmbh, se richiesto dall'assegnataria”.

2) - Da tanto emerge che ALFAQUATTRO Gmbh e ALFACINQUE Gmbh – contrariamente a quanto dedotto nel ricorso di primo grado e ribadito nel presente appello - non solo non hanno sottoscritto il mandato con rappresentanza ai fini della costituzione dell'ATI, ma hanno, a ben vedere, avanzato una richiesta condizionata, subordinata ad un fatto del tutto futuro ed incerto, rimesso alle autonome scelte operative della (non meglio identificata) “assegnataria” e, quindi, alla discrezione di un soggetto terzo, neppure esattamente individuato, se è vero che, nella propria dichiarazione, dette imprese fanno riferimento, quale capogruppo, alla ALFATRE Gmbh e non alla società ALFA s.p.a. (ciò che fa dubitare anche della piena conoscenza, da parte delle medesime, della compagine in cui sarebbero venute ad operare, con i conseguenti riflessi sulla validità stessa della dichiarazione di volontà).

In tale situazione, è da escludere che, in base alla disciplina di gara dianzi richiamata, rimasta inoppugnata, le stesse potessero qualificarsi come mandanti nel costituendo raggruppamento e, dunque, parti dello stesso.

Si noti anche che ALFAQUATTRO Gmbh e ALFACINQUE Gmbh fanno capo ad un gruppo non concorrente alla gara (ALFAGRUPPO AG) e che di esse la mandante ALFATRE (pure facente capo al gruppo era detto) esercita solo compiti gestionali (essendo delegata “a coordinare e gestire le attività commerciali dei suddetti impianti”), senza, peraltro, essere titolare degli impianti stessi di trattamento facenti capo direttamente alle due imprese anzidette; e, inoltre, titolare delle autorizzazioni relative al trattamento del materiale recuperato, per quanto riguarda ALFAQUATTRO Gmbh, non è l'impresa stessa (come pure rilevato dalla commissione di gara), ma la capogruppo – non concorrente – ALFAGRUPPO (laddove, in base al bando, detta autorizzazione doveva far capo all'impresa concorrente).

Nessuna domanda di avvalimento, conforme alla disciplina di gara, risulta, inoltre, incontestatamente avanzata nella specie.

Essendo, dunque, le due dette imprese estranee al raggruppamento con capogruppo ALFA, questo non poteva partecipare alla gara e correttamente, quindi (sulla base di una inequivoca e inoppugnata disciplina di gara), ne è stato escluso, dal momento che nessuna delle imprese chiamate a costituirlo era dotata dei necessari impianti di trattamento finale delle traversine ferroviarie, né alcuna di esse (mandanti o mandataria) aveva manifestato l'intendimento di avvalersi delle due imprese dotate di detti impianti, in carenza, peraltro, come si è detto, una di esse, della relativa autorizzazione.

Né può condividersi l'assunto dell'appellante secondo cui, avendo la ALFATRE la gestione esclusiva amministrativa e commerciale dei termovalorizzatori di Neumarkt e Baruth (appartenenti a ALFAQUATTRO e ALFACINQUE), solo con essa avrebbero potuto essere stipulati i contratti di smaltimento delle traverse creosotate; ciò in quanto quelli che sono i rapporti gestionali interni non rilevano a fronte di una disciplina di gara che, con chiarezza, richiedeva la diretta partecipazione, in qualità di associate o associande in A.T.I., delle imprese chiamate materialmente al trattamento di detti materiali; la *lex specialis* della gara, data la delicatezza dei compiti operativi e, in particolare, di quello di smaltimento dei materiali inquinanti, richiedeva, infatti, espressamente, come si è visto, tale diretta partecipazione, alla quale non poteva, quindi, supplire l'impegno di un'impresa terza, non proprietaria degli impianti, ma titolare della sola gestione commerciale degli stessi, differenti essendo, nei due casi, gli ambiti di responsabilità delle diverse imprese coinvolte e i margini di garanzia per la stazione appaltante.

Del tutto irrilevante è, poi, il fatto che le stesse sei aziende di cui si discute, a seguito di una precedente analoga gara, stiano già svolgendo per R.F.I., attività corrispondenti a quelle oggetto del presente appalto; nessun rilievo sulla presente gara, invero, possono avere fatti e circostanze inerenti ad un precedente e differente appalto, ancorché analogo a quello di cui si discute.

Per i motivi che precedono deve ritenersi che il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo di primo grado sia pienamente legittimo, escludendo dalla gara un raggruppamento d'impresе che non aveva documentato il possesso dei necessari requisiti di partecipazione.

3) - Deduce, poi, l'appellante l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui il TAR non ha rilevato l'illegittimità degli atti di gara (dedotta con motivi aggiunti di primo grado) per non avere la stazione appaltante mai dato comunicazione alla deducente dei motivi di esclusione riconducibili alla ritenuta carenza di requisiti tecnici; e la motivazione così adottata sarebbe persino differente da quella di cui al provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso introduttivo; donde la manifesta contraddittorietà dell'azione amministrativa; contraddittorietà riconducibile anche al fatto che, nel verbale ora detto, la Commissione tecnica avrebbe, in realtà, dato atto del possesso, da parte dell'ATI ALFA, composta da sei imprese, di tutti i requisiti di partecipazione.

L'appellante contesta, al riguardo, tutti i rilievi che hanno indotto la stessa Commissione a ritenere che il raggruppamento ora detto non fosse in possesso dei necessari requisiti d'ordine tecnico per ciò che attiene ad una molteplicità di profili (struttura organizzativa, potenzialità di raccolta e trasporto etc.), in relazione ai quali assume l'appellante, con ampie argomentazioni, che il raggruppamento stesso sarebbe stato pienamente in possesso di quanto richiesto dalla *lex specialis* della gara.

4) - Anche tali doglianze appaiono prive di consistenza.

Esse vertono, invero, anzitutto sul fatto che RFI non avrebbe fornito all'A.T.I. appellante alcuna notizia in merito alle ragioni di carattere tecnico sottese alla sua esclusione.

Senonché, l'esclusione di detta compagine è stata disposta per le ragioni tutte dianzi ricordate; gli ulteriori profili di carattere tecnico dedotti in contestazione attengono, invero, all'attività valutativa portata avanti dalla stessa Commissione che ha preso in considerazione molteplici aspetti dell'offerta dell'ATI ALFA in un momento in cui (verbale del 19 ottobre 2007) non si era ancora pronunciata (come da verbali del 14 novembre e 21 dicembre 2007) in merito alla carenza dei requisiti di

partecipazione essenziali di cui si è detto; ma, una volta determinatasi nei sensi espulsivi esposti con i due ultimi verbali da ultimo detti, viene, di fatto, superata ogni questione attinente ad eventuali altre ragioni di esclusione che RFI avesse inteso, in ipotesi, far valere; ragioni la cui impugnativa va dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse nel momento stesso in cui è stata riconosciuta la piena legittimità delle essenziali considerazioni espulsive di cui sopra si è detto.

5) - La sentenza appellata sarebbe erronea anche nella parte in cui ha ritenuto di disattendere la censura relativa al mancato rispetto delle regole di verbalizzazione e dei principi relativi al collegio perfetto; nonché laddove ha ritenuto che, nella specie, non siano stati violati i principi della concorrenza e del *favor participationis*; si deduce, inoltre, che si sarebbe del tutto trascurato di considerare il fatto che la deducente sarebbe stata nel pieno possesso di tutti i requisiti partecipativi di gara.

6) - Anche tali censure appaiono prive di consistenza.

Quanto, infatti, alle modalità di verbalizzazione, la specifica contestazione (relativa alla postilla apposta da una commissaria al verbale del 21 dicembre 2007) attiene esclusivamente alla richiesta di chiarimenti, e relative risposte, afferenti ad altri raggruppamenti e non, invece, alle ragioni poste a sostegno dell'esclusione dell'odierna appellante; ragioni già esposte, in termini definitivi, nel verbale del 14 novembre 2007 e ribadite, con sottoscrizione anche della commissaria ora detta, nella nota integrativa del 24 dicembre 2007 (sottoscritta da due altri commissari in data immediatamente successiva), nella quale è stato precisato che, contrariamente a quanto in precedenza indicato, era presente in atti la documentazione relativa a ALFAQUATTRO GmbH e ALFACINQUE GmbH, ma che dette imprese non facevano parte dell'ATI con capogruppo ALFA s.r.l.

Nel momento in cui, quindi, con la nota pure in data 24 dicembre 2007 il responsabile del procedimento ha comunicato all'ATI ALFA l'esclusione dalla procedura la Commissione aveva, in effetti, per ciò che riguarda il raggruppamento stesso, già individuato le insuperabili ragioni della sua esclusione fin dal 14 novembre 2007, con la conseguenza che eventuali successive irregolarità di verbalizzazione e sottoscrizione non sono in grado di incidere sulla validità delle operazioni che

(secondo quanto enunciato nel verbale da ultimo detto) hanno correttamente portato alla sua esclusione.

Quanto alle censure relative all'asserita violazione dei principi della concorrenza e del *favor participationis*, basti osservare che, sebbene non possa ritenersi preclusa, ad una commissione di gara, un'interpretazione finalistica delle clausole del bando, conforme, cioè, alla *ratio* della procedura concorsuale ed ispirata al predetto principio del *favor*, ciò è, peraltro, possibile solo allorquando una simile operazione ermeneutica non violi i principi di trasparenza e *par condicio* e risultino ugualmente rispettate le disposizioni riguardanti i requisiti di ammissione o partecipazione alla gara stessa (cfr., tra le altre, sezione IV, 2 ottobre 2008, n. 4783); ebbene, nel caso in esame facevano difetto, in capo all'appellante, proprio i requisiti di ammissione ora detti e la sua partecipazione alla gara avrebbe prodotto inevitabile pregiudizio alle altre concorrenti, con violazione, tra l'altro, dei principi di parità di trattamento; e se anche, in ipotesi (secondo quanto pure dedotto dall'appellante), la gara fosse andata deserta per taluno dei lotti a concorso, ciò non avrebbe potuto comunque giustificare l'ammissione alla medesima dell'interessata in quanto priva, appunto, dei requisiti di partecipazione, sicché la sua ammissione alla gara avrebbe comportato un ingiustificato e non trasparente trattamento di favore per la deducente, a discapito di altri operatori del settore, potenzialmente interessati alla rinnovazione della procedura concorsuale.

Né, al riguardo, può in alcuna misura rilevare il fatto che l'odierna appellante avrebbe dimostrato, comunque (nel corso della procedura, che ha avuto seguito in conseguenza delle misure cautelari accordate dal giudice amministrativo) il possesso dei necessari requisiti di partecipazione; ciò in quanto, da un lato, detta procedura ha avuto seguito sotto riserva (la Commissione avendo portato avanti le proprie operazioni di valutazione nei riguardi dell'ATI qui appellante nell'attesa di conoscere le determinazioni definitive che avrebbe assunto il giudice amministrativo) e, dall'altro, in quanto il vizio inficiante la partecipazione era, di per sé, per i motivi già detti, insuperabile, sicché il possesso delle necessarie qualità tecnico-economiche e professionali non faceva venir meno la carenza di un

essenziale requisito di partecipazione richiesto dal bando di gara e volto ad assicurare il concreto espletamento del servizio da parte di imprese associate, facenti effettivamente parte del costituendo raggruppamento d'impresе.

7) – Per tali motivi l'appello in epigrafe appare infondato e, per l'effetto, deve essere respinto.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 marzo 2009 con l'intervento dei
sigg.ri:

CLAUDIO VARRONE	- Presidente
PAOLO BUONVINO	- Consigliere est.
MAURIZIO MESCHINO	- Consigliere
ROBERTO GAROFOLI	- Consigliere
ROBERTO GIOVAGNOLI	-Consigliere

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

PAOLO BUONVINO

Segretario

STEFANIA MARTINES

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2009

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....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