

Alla luce del diritto comunitario si deve consentire la partecipazione alle gare di appalto sia di lavori, che di servizi, non solo delle a.t.i. già costituite, ma anche di quelle che si costituiranno solo in caso di aggiudicazione, e che al momento della

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In sede di gara d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della p.a., il principio di pubblicità, sebbene sia inderogabile in relazione alla fase di apertura dei plichi, può ben essere derogato allorché la commissione debba procedere ad una specifica valutazione tecnica delle offerte, il che si verifica nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; negli stessi casi, la deroga deve ritenersi consentita anche rispetto alle offerte economiche

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2010 dell' 11 aprile 2006, in tema di Ati, ci insegna che:

<Vero è che formalmente l'art. 11, d.lgs. n. 157/1995, non fa riferimento alle a.t.i. non ancora costituite.

Ma tale norma va letta alla luce della direttiva 92/50, secondo cui ai raggruppamenti di imprese non può essere imposta una determinata veste giuridica.

Inoltre l'art. 13, l. n. 109/1994, formalmente dettato solo per i lavori pubblici, ma espressione di un principio generale di derivazione comunitaria, consente la partecipazione anche delle a.t.i. non ancora costituite.

Alla luce di tutti tali elementi si deve ritenere legittima la partecipazione, agli appalti di servizi, anche delle a.t.i. non ancora costituite >

Merita inoltre di essere segnalato il pensiero del Supremo Giudice amministrativo sulla necessità o meno, in un appalto da aggiudicarsi attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di rendere pubblica la seduta nella quale vengono aperte le buste con l'offerta economica.

<Quanto all'esame delle offerte economiche, non si può ritenere che la pubblicità della seduta in cui viene esaminata l'offerta economica sia un principio inderogabile.

La regola è infatti affermata in una fonte di secondo grado (il regolamento di contabilità generale dello Stato, r.d. n. 827/1924), ed ha una sua ragion d'essere nelle procedure di gara meccaniche, basate solo su offerte di prezzo, mentre ben può essere derogata nelle procedure in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In quest'ultima ipotesi, infatti, il prezzo è solo uno dei molteplici elementi di valutazione dell'offerta, a cui deve essere attribuito un punteggio tra il minimo e il massimo stabiliti dal bando o dai criteri predeterminati dalla commissione.

Se, dunque, la seduta pubblica ha un senso laddove si tratta di verificare i prezzi offerti dai concorrenti e di stilare una graduatoria da cui si evince meccanicamente il prezzo più basso, invece la seduta pubblica non ha ragion d'essere nel caso in cui ai prezzi offerti occorre attribuire un punteggio che va sommato al punteggio assegnato per le componenti qualitative delle offerte.

L'attività di assegnazione del punteggio per l'elemento prezzo, che costituisce attività valutativa della commissione, non può infatti avvenire in seduta pubblica.>

Inoltre, in tema di possibilità di partecipazione dei consorzi stabili, è importante sapere che:

<A fini sistematici e ad abundantiam giova ricordare che l'art. 23, d.lgs. n. 158/1995, nei settori speciali ammette la partecipazione dei consorzi stabili non solo agli appalti di lavori, ma anche a quelli di servizi e forniture, e che lo schema di decreto legislativo di recepimento delle nuove direttive comunitarie sui pubblici appalti (n. 17/2004 e n. 18/2004) consente, del pari, la partecipazione dei consorzi stabili a tutti i pubblici appalti.

Tali elementi sono significativi di un principio che si evince dal diritto vivente e che è di derivazione comunitaria: non potendo essere imposta ai raggruppamenti di operatori economici una veste giuridica determinata al fine della partecipazione ai pubblici appalti, deve essere consentita la partecipazione dei consorzi stabili non solo ai pubblici appalti di lavori, ma anche a quelli di servizi.>

A
cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sui ricorsi in appello:

1) n. 7929/2005 proposto da **** Engineering s.p.a., e **** s.r.l. contro

Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Regione Puglia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, e per legge domiciliati presso gli uffici di quest'ultima, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

e nei confronti di

*****., Consorzio stabile gestioni ambientali, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato ***** e dall'avvocato ***** , ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2, anche appellante incidentale;

**** s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con **** - **** s.p.a. e **** ****, rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** , ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Claudio Monteverdi, n. 16, anche appellante incidentale;

2) n. 8348/2005, proposto da **** s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con **** - **** s.p.a. e **** ****, rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** , ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Claudio Monteverdi, n. 16;

contro

Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, e per legge domiciliati presso gli uffici di quest'ultima, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato ***** , ed elettivamente domiciliata presso il dott. ***** , in Roma, via Cosseria, n. 2;

e nei confronti di

*****., Consorzio stabile gestioni ambientali, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato ***** e dall'avvocato ***** , ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

**** Engineering s.p.a., e **** s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avvocati ***** e ***** , ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Orti della Farnesina, n. 126;

raggruppamenti temporanei di imprese: ***

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia - Bari, 26 luglio 2005, n. 3412, resa tra le parti.

Visti i ricorsi principali con i relativi allegati;

visto l'appello incidentale in relazione al ricorso principale n. 7929/2005;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

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

vista l'ordinanza 28 ottobre 2005, n. 5195/2005 con cui è stata respinta la domanda cautelare in relazione al ricorso n. 7929/2005;

visti tutti gli atti

della causa;

relatore alla pubblica udienza del 14 marzo 2006 il consigliere ***** e uditi l'avv. ***** e l'avv. ***** per le parti appellanti, l'avv. ***** per la Regione Puglia, l'avvocato dello Stato ***** per le amministrazioni statali appellate, gli avvocati ***** e Quinto per il Consorzio controinteressato;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con due distinti ricorsi di primo grado, le parti odierne appellanti hanno impugnato gli atti dell'appalto indetto dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia avente ad oggetto il

pubblico servizio di gestione del sistema impiantistico di recupero energetico a servizio dei bacini di utenza LE/1, LE/2, e LE/3, costituenti l'intera Provincia di Lecce, costituito da eventuale linea di produzione CDR e/o impianto di termovalorizzazione, appalto che è stato aggiudicato al Consorzio odierno controinteressato.

Entrambe le parti ricorrenti in primo grado hanno sotto molteplici profili censurato l'aggiudicazione a detto Consorzio, che a loro avviso avrebbe dovuto essere escluso.

Il raggruppamento **** ha anche lamentato di essere stato illegittimamente escluso dall'appalto.

Inoltre in primo grado sono state spiegate censure incidentali nei confronti del raggruppamento ****, volte a dimostrare che nei confronti di quest'ultimo sussisteva una ulteriore causa di esclusione non rilevata dalla stazione appaltante, con l'effetto di rendere improcedibile il ricorso giurisdizionale di ****.

Il T.a.r., con la sentenza in epigrafe:

- ha accolto le censure incidentali e per l'effetto ha ritenuto che nei confronti di **** sussisteva una ulteriore causa di esclusione non rilevata dalla stazione appaltante, e ha ritenuto improcedibile il ricorso di ****;

- ha respinto i ricorsi principali e gli altri ricorsi incidentali.

Hanno proposto distinti appelli il raggruppamento **** e il raggruppamento ****.

2. Va anzitutto disposta la riunione dei ricorsi, perché proposti avverso la stessa sentenza.

3. Nell'ordine logico delle questioni, va esaminato per primo il ricorso n. 8348/2005 spiegato dal

raggruppamento ****.

3.1. Va anzitutto disattesa l'eccezione, sollevata da ****., di improcedibilità sopravvenuta dell'appello.

Invero, con decreto n. 187/CD/R del 9 dicembre 2005 (pubblicato in **** Regione Puglia del 22 dicembre 2005, n. 156), il Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia avrebbe disposto l'aggiornamento del piano rifiuti, con cui avrebbe escluso la possibilità di realizzazione nel territorio regionale di impianti di incenerimento.

Pertanto, assume ****., non potrebbe più essere realizzato il tipo di impianto proposto dall'appellante nell'offerta. Sicché, anche ove l'appellante risultasse vittoriosa in giudizio, non potrebbe conseguire comunque l'aggiudicazione dell'appalto.

La censura va respinta, in quanto, da un lato, pende ricorso di primo grado avverso l'atto sopravvenuto (secondo quanto dedotto in udienza), e dall'altro lato permane l'interesse alla decisione del ricorso, sotto il profilo della possibilità di chiedere il risarcimento del danno per equivalente, in caso di vittoria.

Inoltre, l'atto sopravvenuto giustificerebbe semmai la revoca degli atti di gara, in via di autotutela, e l'indizione di una nuova gara in cui ai concorrenti venga chiesto di progettare impianti conformi alle sopravvenute prescrizioni: anche sotto tale profilo, l'appellante conserva interesse alla decisione, in relazione alla chance di vittoria che potrebbe spendere in una nuova competizione.

3.2. Passando all'esame del ricorso, l'appellante lamenta che erroneamente il T.a.r. ha ritenuto sussistente una ulteriore causa di esclusione non rilevata dalla stazione appaltante e ha ritenuto improcedibile il ricorso di primo grado di ****. Nel merito, vengono riproposte tutte le censure di cui al ricorso di primo grado, avverso l'esclusione di **** e avverso l'aggiudicazione in favore di ****.

3.3. Ad avviso del Collegio ha rilievo assorbente l'esame e il rigetto del primo motivo del ricorso di primo grado di ****, avverso il provvedimento di esclusione dall'appalto.

E' infatti legittima l'esclusione di **** dalla gara, disposta dalla stazione appaltante, il che rende improcedibile per difetto di interesse ogni ulteriore censura nei confronti di **** proposta dalle altre parti.

Passando all'esame in dettaglio del primo motivo del ricorso di primo grado di ****, con esso si censura l'esclusione, disposta dalla stazione appaltante, e motivata con la considerazione che nella busta B) non era stato inserito l'elenco dei prezzi unitari, come prescritto dal punto 9 del capitolato di gara.

**** lamenta che secondo il capitolato di gara, nella busta B) andava inserita la documentazione dell'offerta tecnica, e nella busta D) la documentazione relativa all'offerta economica.

Il capitolato prescriveva che nella busta B) non potevano essere inseriti elementi atti a disvelare i profili economici dell'offerta.

Per questo motivo, **** inseriva l'elenco dei prezzi unitari nella busta D) anziché in quella B).

3.4. La censura è infondata.

La lettura del capitolato rende evidenti e chiare le prescrizioni di gara.

Nella gara per cui è processo ai candidati era richiesta sia la redazione di un progetto definitivo, sia la gestione del servizio di smaltimento rifiuti e recupero energetico.

Secondo il bando, nella busta B) andavano inseriti tutti i documenti relativi al progetto definitivo, mentre nella busta D) tutti i documenti relativi all'offerta economica inerente la gestione del servizio.

Il punto 9 del capitolato elenca in dettaglio la documentazione inerente al progetto definitivo, ed indica, tra l'altro, l'elenco dei prezzi unitari.

Tutta la documentazione che compone il progetto definitivo è richiesta espressamente dal capitolato a pena di esclusione.

Ora, nel capitolato è chiara la differenza tra il contenuto della busta B) e quello della busta D).

Infatti l'elenco prezzi unitari richiesto dal punto 9 come contenuto della busta B) non si riferisce ai costi di gestione del servizio, bensì ai costi di realizzazione del progetto offerto.

E' pertanto logico e coerente che il bando richieda l'elenco dei prezzi unitari come componente del progetto, da inserire nella busta B).

Tale soluzione è conforme anche al d.P.R. n. 554/1999 che include il quadro economico tra i documenti che compongono il progetto definitivo (art. 25, d.P.R. n. 554/1999).

Non vi è pertanto fungibilità tra l'inserimento dell'elenco dei prezzi unitari, afferenti al progetto definitivo, nella busta B), che tale progetto concerne, ovvero nella busta D), che riguarda il prezzo di gestione del servizio.

Invero, la Commissione di gara doveva valutare prima l'offerta tecnica e poi quella economica, e non poteva aprire le buste delle offerte economiche se non dopo l'esame di tutte le offerte tecniche.

L'omissione dell'elenco prezzi nella busta B), impediva alla Commissione una completa valutazione del progetto offerto, di cui tale elenco prezzi era parte integrante.

Né tale omissione poteva trovare rimedio mediante l'apertura della busta D), perché tale busta poteva essere aperta solo dopo l'integrale valutazione di tutte le offerte tecniche.

Ne consegue che:

- da un lato il bando non presenta profili di illogicità o illegittimità;
- dall'altro lato ****, a fronte di un requisito legittimamente imposto dal bando a pena di esclusione, non poteva inserire a sua scelta l'elenco dei prezzi unitari, afferenti all'opera progettata, nella diversa busta D) relativa al prezzo di gestione del servizio.

Ne deriva che:

- **** è stata legittimamente esclusa dalla gara;
- va respinto il motivo del ricorso di primo grado di **** avverso la propria esclusione;
- sono improcedibili per difetto di interesse tutte le censure delle altre parti nei confronti di ****.

3.5. Occorre invece esaminare le censure proposte da **** contro l'ammissione degli altri due concorrenti (**** e ****.).

Invero, se tali censure fossero fondate, tutti i concorrenti risulterebbero esclusi dalla gara, e dunque la stazione appaltante dovrebbe fare luogo a nuova procedura di affidamento.

****, pertanto, ancorché esclusa dalla gara, ha interesse alla caducazione dell'intera gara, per far valere la propria chance di vittoria in una nuova procedura.

3.6. Con il secondo motivo di appello **** deduce che le altre concorrenti andavano escluse per aver inserito nella busta B) l'elenco dei prezzi unitari.

Il mezzo è infondato.

Si è già visto che era il capitolato a prescrivere tale adempimento, pienamente legittimo.

3.7. Con il motivo di appello III.A **** deduce che illegittimamente è stata ammessa la cooptazione di imprese da parte di ****.

Il motivo è identico a quello A.3. articolato da ****, e va respinto, per le ragioni che si espongono in relazione al ricorso di **** (par. 6 della presente decisione).

3.8. Con il motivo di appello III.B **** propone censura identica a quella C) dell'appello di ****, censura che va respinta per le ragioni che si espongono in relazione al ricorso di **** (par. 15 della presente decisione).

3.9. Con il motivo IV dell'appello principale e con l'appello incidentale **** contesta l'ammissione in gara di ****, in quanto a.t.i. non ancora costituita.

3.9.1. La censura è infondata.

Alla luce del diritto comunitario si deve consentire la partecipazione alle gare di appalto sia di lavori, che di servizi, non solo delle a.t.i. già costituite, ma anche di quelle che si costituiranno solo in caso di aggiudicazione, e che al momento della partecipazione alla gara abbiano manifestato tale intenzione.

Contrariamente a quanto sostiene l'appellante, il bando e il capitolato non possono essere interpretati nel senso di consentire la partecipazione solo delle a.t.i. già costituite.

Bando e capitolato vanno infatti interpretati alla luce delle norme primarie, nazionali e comunitarie.

E, invero, l'art. 3 del capitolato ammette la partecipazione delle a.t.i. senza prescrivere che debbano essere già costituite.

L'art. 10 del capitolato dispone che le a.t.i. sono ammesse ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 157/1995.

Vero è che formalmente l'art. 11, d.lgs. n. 157/1995, non fa riferimento alle a.t.i. non ancora costituite.

Ma tale norma va letta alla luce della direttiva 92/50, secondo cui ai raggruppamenti di imprese non può essere imposta una determinata veste giuridica.

Inoltre l'art. 13, l. n. 109/1994, formalmente dettato solo per i lavori pubblici, ma espressione di un principio generale di derivazione comunitaria, consente la partecipazione anche delle a.t.i. non ancora costituite.

Alla luce di tutti tali elementi si deve ritenere legittima la partecipazione, agli appalti di servizi, anche delle a.t.i. non ancora costituite (argomenta anche da C. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5309; Id., 5 marzo 2003, n. 1213; Id., 25 gennaio 2003, n. 356).

3.10. Con il motivo V si lamenta che l'apertura delle offerte temporali ed economiche è avvenuta in seduta non pubblica.

3.10.1. La censura è infondata.

Il capitolato prevede la seduta pubblica solo per la verifica della integrità e tempestività della ricezione dei plichi e per l'apertura delle buste A). Prevede poi una seduta riservata per l'apertura delle buste B) (offerta tecnica), e nulla dice quanto alle buste C) e D) (rispettivamente offerta temporale ed offerta economica).

Correttamente il bando è stato interpretato nel senso di non imporre la pubblicità della seduta per l'esame dell'offerta temporale e dell'offerta economica.

Quanto all'esame dei profili temporali dell'offerta, si tratta di profili assimilabili a quelli tecnici - qualitativi, per i quali si giustifica appieno l'esame in seduta riservata.

Quanto all'esame delle offerte economiche, non si può ritenere che la pubblicità della seduta in cui viene esaminata l'offerta economica sia un principio inderogabile.

La regola è infatti affermata in una fonte di secondo grado (il regolamento di contabilità generale dello Stato, r.d. n. 827/1924), ed ha una sua ragion d'essere nelle procedure di gara meccaniche, basate solo su offerte di prezzo, mentre ben può essere derogata nelle procedure in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In quest'ultima ipotesi, infatti, il prezzo è solo uno dei molteplici elementi di valutazione dell'offerta, a cui deve essere attribuito un punteggio tra il minimo e il massimo stabiliti dal bando o dai criteri predeterminati dalla commissione.

Se, dunque, la seduta pubblica ha un senso laddove si tratta di verificare i prezzi offerti dai concorrenti e di stilare una graduatoria da cui si evince meccanicamente il prezzo più basso, invece la seduta pubblica non ha ragion d'essere nel caso in cui ai prezzi offerti occorre attribuire un punteggio che va sommato al punteggio assegnato per le componenti qualitative delle offerte.

L'attività di assegnazione del punteggio per l'elemento prezzo, che costituisce attività valutativa della commissione, non può infatti avvenire in seduta pubblica.

La giurisprudenza di questo Consesso ha già avuto modo di affermare che <<in sede di gara d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della p.a., il principio di pubblicità, sebbene sia inderogabile in relazione alla fase di apertura dei plichi, può ben essere derogato allorché la commissione debba procedere ad una specifica valutazione tecnica delle offerte, il che si verifica nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; negli stessi casi, la deroga deve ritenersi consentita anche rispetto alle offerte economiche>> (C. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2235).

3.11. Con il primo motivo aggiunto riproposto in appello, **** articola una censura identica a quella B.1. di ****, che va respinta per le ragioni che si espongono in relazione alla identica censura di **** (par. 11 della presente decisione).

3.12. Con il secondo motivo aggiunto riproposto in appello, **** articola una censura identica a quella B.3. di ****, che va respinta per le ragioni che si espongono in relazione alla identica censura di **** (par. 13 della presente decisione).

4. Passando al ricorso n. 7929/2005 proposto dal raggruppamento ****, va anzitutto disattesa l'eccezione, sollevata da ****. di improcedibilità sopravvenuta dell'appello.

Invero, con decreto n. 187/CD/R del 9 dicembre 2005 (pubblicato in **** Regione Puglia del 22 dicembre 2005, n. 156), il Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia avrebbe disposto l'aggiornamento del piano rifiuti, con cui avrebbe escluso la possibilità di realizzazione nel territorio regionale di impianti di incenerimento.

Pertanto, assume ***, non potrebbe più essere realizzato il tipo di impianto proposto dall'appellante nell'offerta. Sicché, anche ove l'appellante risultasse vittoriosa in giudizio, non potrebbe conseguire comunque l'aggiudicazione dell'appalto.

La censura va disattesa, in quanto permane l'interesse alla decisione del ricorso, sotto il profilo della possibilità di chiedere il risarcimento del danno per equivalente, in caso di vittoria.

Inoltre, l'atto sopravvenuto giustificherebbe semmai la revoca degli atti di gara, in via di autotutela, e l'indizione di nuova gara in cui ai concorrenti venga chiesto di progettare impianti conformi alle sopravvenute prescrizioni: anche sotto tale profilo, l'appellante conserva interesse alla decisione, in relazione alla chance di vittoria che potrebbe spendere in una nuova competizione.

4.1. Passando all'esame dell'appello, in esso le molteplici censure sono raggruppate in tre voci principali, A (motivi da A.1 ad A.6), B (motivi da B.1 a B.4), C (motivo unico).

Con il motivo A.1. si lamenta che, trattandosi di appalto di servizi, soggetto al d.lgs. n. 157/1995, non avrebbe potuto essere ammesso alla gara il Consorzio ****, in quanto Consorzio stabile, che è figura soggettiva prevista solo dalla l. n. 109/1994 per gli appalti di lavori.

4.2. La censura è infondata.

Dalla lettura del bando e del capitolato si evince che l'oggetto dell'appalto non è solo la gestione del servizio, ma anche la realizzazione di un impianto, con conduzione delle necessarie procedure volte all'acquisizione delle aree.

Essendo prevista anche la realizzazione di un'opera pubblica, si è in presenza di un appalto misto.

Il che già, di per sé, giustifica l'ammissione alla gara di un Consorzio stabile.

In secondo luogo, l'art. 11, d.lgs. n. 157/1995, che indica i soggetti ammessi a partecipare agli appalti di servizi, non può essere ritenuto esaustivo e tassativo, dovendo essere integrato con la direttiva comunitaria n. 92/50, a tenore della quale gli Stati membri non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una veste giuridica determinata.

Pertanto, non può essere preclusa la partecipazione dei consorzi stabili agli appalti di servizi, e tanto a prescindere dall'applicazione diretta o analogica della l. n. 109/1994.

A fini sistematici e ad abundantiam giova ricordare che l'art. 23, d.lgs. n. 158/1995, nei settori speciali ammette la partecipazione dei consorzi stabili non solo agli appalti di lavori, ma anche a quelli di servizi e forniture, e che lo schema di decreto legislativo di recepimento delle nuove direttive comunitarie sui pubblici appalti (n. 17/2004 e n. 18/2004) consente, del pari, la partecipazione dei consorzi stabili a tutti i pubblici appalti.

Tali elementi sono significativi di un principio che si evince dal diritto vivente e che è di derivazione comunitaria: non potendo essere imposta ai raggruppamenti di operatori economici una veste giuridica determinata al fine della partecipazione ai pubblici appalti, deve essere consentita la partecipazione dei consorzi stabili non solo ai pubblici appalti di lavori, ma anche a quelli di servizi.

5. Con il motivo A.2. si lamenta che il Consorzio ****. non avrebbe i requisiti prescritti dal bando per l'ammissione in gara. In particolare il Consorzio non sarebbe in possesso del requisito di un volume d'affari pari ad almeno il 60% di cinquanta milioni di euro annui nell'ultimo triennio, prescritto per le capogruppo di a.t.i.

Sia in base al d.lgs. n. 157/1995, sia in base al d.P.R. n. 554/1999, il Consorzio sarebbe privo del requisito.

Inoltre alla data della domanda di ammissione alla gara ****. non avrebbe posseduto i requisiti di un Consorzio stabile.

5.1. Le censure sono infondate.

Alla luce della direttiva comunitaria n. 92/50 relativa agli appalti di servizi pubblici, e direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, un operatore economico, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, può avvalersi dei requisiti di altri soggetti, purché provi di poter disporre delle risorse di altri soggetti. Un consorzio può avvalersi dei requisiti dei consorziati (C. Stato, VI, 20 dicembre 2004, n. 8145). In tal senso dispone ora anche la direttiva 2004/18, il termine per il cui recepimento è scaduto il 31 gennaio 2006 e direttamente applicabile nell'ordinamento italiano.

Nel caso di specie, il Consorzio stabile non ha partecipato in gara da solo, ma quale mandatario di un raggruppamento temporaneo con altri operatori.

In qualità di mandatario, ben poteva, ai sensi dell'art. 4, A.1.8 del capitolato, dimostrare il possesso del 60% dei cinquanta milioni annui di fatturato avvalendosi dei requisiti delle consorziate, mentre il restante 40% doveva essere posseduto non già dalle consorziate, bensì dagli altri operatori che costituivano l'a.t.i.

5.2. E' infondata anche l'ulteriore censura secondo cui alla data della domanda di ammissione in gara il Consorzio non aveva i requisiti di un Consorzio stabile, risultando costituito non per un numero indeterminato di gare di appalto, ma solo per le gare di appalto per cui è processo.

La censura è smentita in fatto dalla circostanza che l'atto costitutivo del Consorzio conteneva un errore materiale, successivamente corretto dal notaio che aveva provveduto alla sua redazione.

L'attestazione notarile secondo cui il Consorzio fu costituito sin dall'inizio come Consorzio stabile, fa piena prova fino a querela di falso, querela che nella specie non risulta proposta.

In ogni caso, hanno rilievo assorbente due considerazioni.

Anzitutto, alla luce del diritto comunitario, non può essere imposta ai concorrenti una determinata veste giuridica; sicché, l'eventuale limitazione statutaria per le attività del Consorzio, avrebbe al più una rilevanza interna, ma non potrebbe comunque costituire causa di esclusione dalle gare di pubblici appalti.

In secondo luogo, a norma dell'art. 13, l. n. 109/1994, i Consorzi stabili hanno come scopo quello di operare nel settore dei pubblici appalti per un periodo non inferiore a cinque anni.

Ora, nel caso specifico, il Consorzio ****. ha partecipato a tutte le gare di appalto indette dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia per la gestione del servizio rifiuti in tutta la Regione Puglia. I relativi bandi di gara prevedono una durata del contratto superiore a quindici anni.

E' allora evidente che quand'anche il Consorzio fosse stato specificamente costituito per la partecipazione agli appalti indetti dal Commissario delegato, non verrebbe meno la sua connotazione come Consorzio stabile, atteso il numero elevato di appalti e la durata di essi superiore a quindici anni.

6. Con il motivo A.3. si lamenta che ****. si era riunita in a.t.i. con ****., con cooptazione di tre imprese. La cooptazione non sarebbe prevista dal d.lgs. n. 157/1995 per gli appalti di servizi, ma solo per gli appalti di lavori dall'art. 95, co. 4, d.P.R. n. 554/1999. Tale norma non sarebbe estensibile ai servizi.

Inoltre sarebbe mancata l'indicazione della percentuale delle prestazioni da eseguirsi da parte delle cooptate, e queste ultime sarebbero prive dei requisiti di qualificazione.

6.1. La censura è in parte infondata e in parte inammissibile.

Come già osservato, secondo la direttiva 92/50, nel caso di raggruppamenti di operatori economici, non può ad essi essere imposta una determinata veste giuridica. Ne consegue che la possibilità di un'impresa facente parte di un'a.t.i. di cooptare altre imprese, ancorché prevista solo per i lavori, è espressione di un principio di derivazione comunitaria, e come tale è applicabile in tutti i pubblici appalti.

La censura è inammissibile laddove lamenta che è mancata l'indicazione delle percentuali da eseguirsi da

parte delle cooptate, e queste ultime sarebbero prive dei requisiti di qualificazione, in quanto risulta articolata per la prima volta in appello, mentre non era contenuta nel ricorso di primo grado, ed in quanto è generica e priva di qualsiasi elemento di prova.

7. Con il motivo A.4. si lamenta che ****. non avrebbe prodotto la certificazione ISO 9000 prescritta dall'art. 4, lett. e) del capitolato d'oneri.

Avrebbero errato la commissione e il T.a.r. a ritenere sufficiente la produzione della certificazione in relazione ad una sola impresa consorziata, perché al momento della domanda di ammissione in gara ****. non sarebbe stato ancora un Consorzio stabile.

7.1. La censura è infondata.

Si è già osservato che ****. aveva i requisiti del Consorzio stabile sin dalla domanda di ammissione in gara, e che ben poteva avvalersi dei requisiti di altri soggetti e, segnatamente, dei consorziati, e tanto vale anche per la certificazione ISO 9000.

Ciò tanto più che il capitolato, all'art. 4, lett. E), si limita a chiedere la certificazione suddetta per i concorrenti, senza prescrivere che, in caso di raggruppamento o consorzio, il requisito debba essere posseduto da tutti i componenti del raggruppamento o consorzio.

Correttamente, pertanto, la commissione ha ritenuto sufficiente il possesso della certificazione di qualità anche da parte di un solo operatore raggruppato o consorziato.

In punto di fatto, comunque, il Consorzio ha prodotto attestazione SOA da cui risulta che lo stesso possiede in proprio la certificazione di qualità, e ha inoltre esibito il certificato ISO di tutte e tre le consorziate (nel senso che per un consorzio è sufficiente anche il possesso della certificazione di qualità da parte di singoli consorziati v. anche delibera dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici 16 luglio 2002, n. 15/2002).

8. Con il motivo A.5 si lamenta che la certificazione SOA di ****. non riporta che questo è un consorzio stabile, e che le certificazioni SOA delle consorziate non riportano che queste fanno parte del consorzio stabile.

Erroneamente il T.a.r. avrebbe ritenuto legittima la regolarizzazione successiva.

8.1. La censura è infondata.

Lo scopo della indicazione nella SOA della natura di consorziata di consorzio stabile ovvero della natura di

consorzio stabile mira ad impedire che nella stessa gara un operatore partecipi al tempo stesso come singolo e come consorzio o consorziato.

Ma nel caso specifico non vi è stata siffatta commistione.

Inoltre quanto al Consorzio stabile, la sua natura si desume dall'atto costitutivo, e non dal certificato SOA.

Sotto entrambi i profili, pertanto, la mancata indicazione della natura di consorzio o consorziato nel certificato SOA non costituiva causa di esclusione, ma mera irregolarità suscettibile di essere sanata.

Né il bando prevedeva come causa di esclusione la incompletezza delle attestazioni SOA.

9. I restanti motivi di appello costituiscono riproposizione dei motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

In relazione a tali motivi aggiunti il Consorzio ****. aveva eccepito la tardività.

L'eccezione, assorbita dal T.a.r., viene riproposta in appello.

La stessa è infondata.

Ad avviso del Collegio, ai sensi dell'art. 23 bis, l. n. 1034/1971, si sottrae al dimezzamento non solo il termine per la proposizione del ricorso principale, ma anche quello per la proposizione dei motivi aggiunti (C. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207).

Infatti i motivi aggiunti vanno equiparati al ricorso.

Tanto vale sia per i motivi aggiunti avverso atti diversi, sia per i motivi aggiunti avverso atti già impugnati con il ricorso originario.

Invero, per i motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati, la giurisprudenza, anche anteriore alla l. n. 205/2000, ha sempre ritenuto che il termine per detti motivi fosse identico al termine per l'originario ricorso.

10. Passando all'esame nel merito di tali motivi, da ritenere tempestivi, si osserva che con il motivo A.6. si lamenta che ****. non avrebbe depositato le dichiarazioni di istituto bancario attestanti l'idoneità finanziaria ed economica nelle forme prescritte dall'art. 7, co. 4, alinea 1 del capitolato.

Infatti le dichiarazioni bancarie farebbero riferimento ad un importo presunto determinato sulla base delle classifiche SOA, anziché all'oggetto specifico della gara e al relativo importo.

La commissione di gara aveva chiarito tale prescrizione del bando nel senso che:

- per i lavori, le dichiarazioni bancarie dovevano fare riferimento agli importi delle classifiche SOA;

- per i servizi, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 157/1995, erano sufficienti dichiarazioni bancarie idonee, senza specificazione degli importi, per evitare la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Ma le dichiarazioni bancarie prodotte da ****. non rispetterebbero nemmeno tali prescrizioni.

10.1. La censura è infondata.

Il capitolato richiede attestazioni bancarie circa l'idoneità ad adempiere la prestazione oggetto della gara.

Posto che il capitolato fa riferimento all'oggetto specifico della gara e all'importo, una dichiarazione bancaria che avesse fatto riferimento all'importo offerto avrebbe potuto disvelare l'offerta economica.

Pertanto, nel corso della procedura, su specifico quesito, la stazione appaltante chiarì che nelle referenze bancarie bisognava fare riferimento alle classifiche di iscrizione e non all'importo offerto in gara.

Tanto, per i lavori.

Quanto alle dichiarazioni bancarie per gli operatori che concorrevano per la sola gestione del servizio, in corso di procedura, su specifico quesito, la stazione appaltante chiarì che erano sufficienti idonee dichiarazioni bancarie, senza indicazione di importi.

Ciò posto, dagli atti di causa si desume che le imprese partecipanti al raggruppamento capeggiato da ****, hanno prodotto sia dichiarazioni bancarie riferite alla classifica ai fini SOA per i lavori, sia idonee dichiarazioni bancarie, per quanto attiene alle imprese che assumevano solo la gestione del servizio.

11. Con il motivo B.1. si lamenta la violazione da parte di ****. dell'art. 7 del capitolato, in quanto nell'offerta economica mancherebbe la distinzione dei titoli di spesa che compongono la tariffa, l'entità dell'investimento, e la relativa quota di ammortamento calcolata al lordo e al netto della riduzione effettuata a seguito del finanziamento pubblico.

Detta prescrizione sarebbe prevista a pena di esclusione e non sarebbe suscettibile di regolarizzazione.

Né tali dati avrebbero potuto essere desunti dal business plan.

11.1. La censura è infondata.

Dalla documentazione di gara si evince che ****. ha indicato l'entità dell'investimento e della relativa quota di ammortamento, sia al lordo che al netto della riduzione operata a seguito del cofinanziamento pubblico (11.094.000 è l'investimento al lordo, 9.429.900 è l'investimento al netto).

Per quanto riguarda i titoli di spesa che compongono il prezzo relativo al servizio, ai sensi dell'art. 7 del capitolato era essenziale indicare l'entità dell'investimento e la relativa quota di investimento al lordo e al netto, in quanto voci che incidono maggiormente sulla tariffa. Gli altri titoli di spesa dovevano sì essere indicati, ma non a pena di esclusione, e pertanto potevano essere desunti da altri elementi e, segnatamente, come nella specie, dal business plan (piano di ammortamento).

Tale piano di ammortamento era contenuto nella medesima busta D) in cui era contenuta la dichiarazione di offerta, e redatto con le medesime formalità, ivi compresa la sottoscrizione, sicché ben poteva avere una funzione integrativa, quale allegato.

12. Con il motivo B.2. si lamenta che nella valutazione delle offerte la Commissione avrebbe comparato la tariffa di **** al lordo della contribuzione pubblica con la tariffa di ****. al netto, e dunque dati non omogenei.

La censura è inammissibile per difetto di interesse, in quanto, come affermato dal T.a.r., la stazione appaltante ha successivamente proceduto ad una verifica e per tutte le offerte ha tenuto conto della tariffa al netto della contribuzione pubblica.

Su tale statuizione del T.a.r. non vi è specifica impugnazione.

13. Con la censura B.3. si lamenta che non sarebbe indicato nell'offerta ****. il luogo di smaltimento del CDR.

13.1. La censura appare inammissibile per genericità, e in ogni caso è infondata in quanto gli atti di gara non prescrivono a pena di esclusione la indicazione del luogo di smaltimento del CDR.

Invero, l'art. 2 del capitolato dispone che il CDR eventualmente prodotto deve essere trasferito con spese a carico dell'aggiudicatario ad impianti di produzione di energia, già esistenti o da realizzarsi; l'affidatario deve assumere l'impegno, da dichiarare in busta A), espressamente e a pena di esclusione e/o decadenza, a non smaltire in discarica il CDR prodotto.

Dalla lettura del capitolato emerge con evidenza che non è richiesta a pena di esclusione l'indicazione del luogo di smaltimento del CDR, ma solo un impegno a non smaltire il CDR in discarica.

14. Con la censura B.4. si lamenta che ****. non avrebbe prodotto il parere del Comune sede dell'impianto nella forma prescritta dal capitolato all'art. 4, lett. F), a tenore del quale il parere favorevole deve risultare da deliberazione espressa del competente organo del Comune sede dell'impianto.

Il parere dovrebbe essere espresso dal Consiglio comunale e non dalla Giunta.

Il T.a.r. avrebbe errato a ritenere sufficiente la delibera di Giunta che a sua volta richiama un atto del Consiglio in cui si esprime la volontà di ospitare l'impianto, perché la delibera consiliare n. 55/2002 non riguarderebbe l'intera area di riferimento dell'impianto.

14.1. La censura è infondata.

Anzitutto, non risulta che la delibera di giunta sia stata specificamente impugnata dall'odierna appellante, sicché l'eventuale vizio di incompetenza non potrebbe essere dedotto in questa sede.

In secondo luogo, parte ricorrente non ha indicato specifici argomenti giuridici a sostegno della tesi secondo cui la giunta sarebbe incompetente ad esprimere il parere sulla localizzazione dell'impianto, sicché la censura pecca di genericità.

In terzo luogo, in punto di fatto, il parere della giunta, sostenuto dalla presupposta delibera del Consiglio che esprime la volontà politica di ospitare l'impianto, soddisfa il requisito prescritto dal bando.

Non era infatti indispensabile che il Consiglio si pronunciasse, in sede politica, sull'esatta dimensione dell'impianto, essendo sufficiente che esprimesse la volontà di ospitare l'impianto sul proprio territorio.

15. Con il motivo sub C) si lamenta che ****. non avrebbe indicato le parti dell'appalto da eseguirsi da parte delle singole imprese, in violazione dell'art. 11, d.lgs. n. 157/1995.

15.1. La censura è infondata.

In fatto, risulta dagli atti di gara che il Consorzio ha specificato con sufficiente precisione sia le imprese che avrebbero eseguito i lavori di ciascuna categoria, sia le società che avrebbero provveduto alla gestione del servizio.

Per quanto attiene a quest'ultimo profilo, la indicazione del Consorzio CO****M e della ****., senza indicazione della parte di ognuno, non comporta in fatto alcuna violazione essendo ciascuno dei due soggetti in possesso dei requisiti per la gestione dell'intero servizio ed essendovi, tra i due, responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

La necessaria suddivisione in parti occorre, infatti, nelle ipotesi di raggruppamenti verticali, e non anche di raggruppamenti orizzontali, in cui vi è responsabilità solidale per l'intero (C. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 35).

In conclusione, l'appello di **** va respinto.

16. In relazione ad entrambi gli appelli le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa riunione, respinge gli appelli principali e l'appello incidentale.

Condanna alle spese il raggruppamento **** nella misura di euro diecimila e il raggruppamento **** nella misura di euro settemila, ciascuna somma da ripartirsi in due parti uguali (rispettivamente di euro cinquemila e di euro tremilacinquecento), una in favore delle amministrazioni pubbliche costituite in giudizio e una in favore del raggruppamento ****.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 14 marzo 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

- il....11/04/2006

<https://www.diritto.it/alla-luce-del-diritto-comunitario-si-deve-consentire-la-partecipazione-alle-gare-di-appalto-sia-di-lavori-che-di-servizi-non-solo-delle-attivitaa-gia-costituite-ma-anche-di-quelle-che-si-costituiranno/>