

REPUBBLICA ITALIANA

N. 1589/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10118 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 10118/2007 , proposto da AGECOS – **Azienda** Generale Costruzioni e Servizi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese con la Cornacchini S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Francesco Paparella e Marco Palieri, con domicilio eletto in Roma, Corso Trieste n. 88, presso Studio legale Recchia & Associati;

Contro

Consorzio CO.GE.AM., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandatario del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Atzwanger S.p.a., rappresentato e difeso dall' avv.to Pietro Quinto, con domicilio eletto presso di lui in Roma, via Cosseria n.2 , presso Studio Placidi,

e nei confronti

Amica S.p.a., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA –Bari, SEZIONE I, n.2486/2007, resa tra le parti, con la quale è stato accolto nei limiti di cui in motivazione il ricorso proposto dal Consorzio CO.GE.AM.;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio CO.GE.AM., che ha proposto anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 Gennaio 2009, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati F. Paparella, M. Palieri e V. Triggiani per delega di P. Quinto;

Visto il dispositivo di decisione n.82/2009;

Considerato in fatto e in diritto;

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe il TAR Puglia, Bari, Sez. prima, ha accolto nei limiti indicati in motivazione il ricorso proposto dal Consorzio CO.GE.AM. (2° classificato) avverso gli atti di gara dell'appalto relativo ai lavori di costruzione del sistema impiantistico complesso costituito da linea di biostabilizzazione e da discarica di servizio soccorso al servizio del bacino FG/3 e relativa aggiudicazione a favore dell'ati Agecos-Cornacchini.

In particolare, il Giudice di primo grado ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Ente per incompetenza funzionale del TAR adito; ha respinto il ricorso incidentale dell'aggiudicataria; ha accolto in parte il ricorso principale condividendo la censura secondo cui la documentazione prodotta dall'aggiudicataria era inidonea a dimostrare il possesso del requisito relativo al fatturato pregresso per lavori analoghi, mentre ha respinto la domanda di risarcimento del danno avanzata dalla ricorrente.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società AGECOS, deducendo quanto segue:

-contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, sussiste l' incompetenza funzionale del TAR adito, ai sensi art. 3 , commi 2 bis e 2 ter, D. L. n.245/2006, convertito dalla L. n.21/2006, ed art. 25 Cost., atteso che il progetto dell'impianto in contestazione è stato approvato con decreto n.1/CD/R dell'11 gennaio 2006 del Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella regione Puglia, formalmente dichiarata dal Governo ai sensi e per gli effetti art. 5 L. n.225/1992, e rientra nel quadro degli interventi programmati per fronteggiare detta emergenza nel campo dei rifiuti urbani. Per cui i provvedimenti in esame, posti in essere da AMICA s.p.a., ex municipalizzata interamente posseduta dal comune di Foggia, titolare dell'intervento, in quanto direttamente attuativi di un provvedimento commissariale consequenziale alla dichiarazione di emergenza ambientale, dovevano essere impugnati davanti al TAR Lazio con sede in Roma anche se adottati per delega delle Autorità Comissariali, altrimenti mediante il meccanismo della delega si avrebbe la sottrazione della giurisdizione all'unico Giudice individuato in via esclusiva dal Legislatore;

-irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio rivolto avverso l'aggiudicazione provvisoria, in quanto notificato in data 5 marzo 2007;

-l'inammissibilità del ricorso introduttivo comporta anche l'inammissibilità dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva;

-inammissibilità dell'impugnativa di 1° grado in quanto alla data di proposizione il raggruppamento si era già sciolto;

-il TAR non poteva annullare gli atti impugnati ai sensi degli artt. 182, comma 3°, e 246, comma 4°, del Codice dei contratti di cui al d.l.vo n. 163/2006 e successive modificazioni, trattandosi di situazione di emergenza con esigenza di speditezza analoga a quelle connesse agli interventi relativi alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi;

-l'ATI ricorrente in primo grado doveva essere esclusa dalla gara in quanto si era avvalsa di più imprese ausiliarie per lo stesso requisito e la mandataria COGEAM non possedeva il fatturato minimo richiesto per la partecipazione alla gara (euro 18 milioni);

-il Consorzio ricorrente in primo grado ha dichiarato di concorrere per due consorziate e di avvalersi del fatturato di altre tre imprese per lavori commissionati dalle stesse imprese ausiliarie, il che non è consentito;

-i contratti di **avvalimento** prodotti dall'ATI ricorrente in primo grado sono inutilizzabili ai fini di gara in quanto non indicano quali mezzi e quali risorse le imprese ausiliarie avrebbero messo a disposizione di COGEAM per l'esecuzione dell'appalto;

-contrariamente a quanto ritenuto dal TAR nell'accogliere il ricorso principale di 1° grado, nella specie non si tratta di un appalto "puro" di lavori essendo previsto anche un periodo di prove e gestione provvisoria dell'intero sistema impiantistico per la durata di sei mesi dall'ultimazione dei lavori ed inoltre l'aggiudicataria in sede di gara aveva dichiarato e documentato di aver svolto lavori nella categoria OG 12, in cui rientrano gli impianti ed i lavori di bonifica e protezione ambientale, cioè la stessa categoria indicata come prevalente dal bando di gara.

3. Costituitosi in giudizio, il Consorzio COGEAM, dopo aver rilevato che dall'esame della motivazione della sentenza non è comprensibile se il TAR abbia completamente respinto la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente o abbia inteso solo rinviarne la quantificazione del danno al momento del subentro nella esecuzione dei lavori, ha quindi proposto appello incidentale sul punto per erroneità della relativa statuizione in fatto e in diritto, chiedendo l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Con memoria conclusiva, il Consorzio COGEAM ha insistito per il rigetto dell'appello principale e per l'accoglimento di quello incidentale.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2009, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L'appello principale è infondato.

4.1 Non può essere condivisa la doglianza di incompetenza funzionale del TAR adito.

Ai sensi dell'art. 3, comma 2 – bis, del d.l. 30.11.2005, n. 245 (aggiunto dalla l. di conversione 27.1.2006 n.21), "in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, "la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma."

Detta disposizione, che stabilisce appunto la competenza funzionale del T.A.R. Lazio, rilevabile anche d'ufficio e riguardante anche i processi in corso, fa riferimento alle situazioni di emergenza derivanti da eventi naturali o legati all'azione dell'uomo fronteggiabili solo con poteri straordinari. Trattasi di una norma eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in punto di competenza territoriale scolpite dagli artt. 2 e 3 della legge n. 1034/1971, e come tale necessitante di interpretazione restrittiva

(V.Cons. di Stato, sez. VI 5 giugno 2007 n. 2294 e Corte cost. 26 giugno 2007. n.237).

Il Collegio reputa che l'applicazione di detto canone ermeneutico escluda la sussumibilità del contenzioso in parola nel novero delle controversie relative alle situazioni emergenziali considerate dalla norma derogatoria di che trattasi.

Invero, anche se il progetto dell'impianto (completamento del sistema impiantistico di base bacino FG/3, costituito da un impianto di biostabilizzazione e scarica controllata di servizio) è stato approvato con decreto n.1/CD/R dell'11 gennaio 2006 dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella regione Puglia, vi è stata poi autorizzazione alla realizzazione del progetto a cura del comune di Foggia (titolare dell'intervento), il quale a sua volta ha affidato l'espletamento della relativa gara (che è l'oggetto del contendere) all'**Azienda** speciale AMICA s.p.a. (di piena proprietà del comune di Foggia), senza alcun particolare rendiconto nei confronti del Commissario delegato. Tanto è vero che la disciplina di gara prevede che l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sia disposta direttamente dalla società AMICA, che assume anche la parte di contraente nella stipulazione del contratto.

Per cui, nella specie, deve ritenersi venuto meno qualsiasi collegamento diretto con l'attività provvedimentale del Commissario, cui comunque la menzionata disposizione ricollega la deroga territoriale.

4.2.Priva di pregio è l'eccezione di tardività del ricorso originario sul presupposto che l'impugnativa sarebbe avvenuta oltre il prescritto termine di decadenza di 60 giorni rispetto alla data del 16.12.2006, data di conoscenza dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria.

Come rilevato dalla parte resistente, l'impugnativa di primo grado è rivolta avverso non solo l'aggiudicazione provvisoria ma anche quella definitiva, conosciuta dalla ricorrente originaria solo il 16 febbraio 2007, a seguito di accesso agli atti. Per cui, essendo facoltativa l'impugnativa dell'aggiudicazione provvisoria, deve ritenersi tempestivo il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva, notificato il 5 marzo 2007.

Di conseguenza non possono ritenersi inammissibili i motivi aggiunti, essendo la relativa eccezione fondata unicamente sulla asserita tardività del ricorso originario, che invece è tempestivo.

4.3.La circostanza che alla data del ricorso originario si era già sciolto il raggruppamento temporaneo di cui faceva parte il Consorzio COGEAM non comporta il difetto di legittimazione a ricorrere.

Come correttamente rilevato dal TAR, gli effetti del mandato collettivo si dispiegano non soltanto per il periodo della gara d'appalto (nonché per quello di esecuzione dello stesso, in caso di aggiudicazione), ma anche per qualsiasi altra vicenda, anche successiva, che sia comunque afferente alla gara medesima, con perspicuo riguardo proprio ai possibili contenziosi: e difatti, anche nel mandato speciale con rappresentanza con cui è stata costituita l'a.t.i. CO.GE.AM. – Atzwanger è previsto che il Consorzio CO.GE.AM. viene delegato – tra l'altro – *“...al compimento per sé e per la società mandante di ogni atto relativo e conseguente alla partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione del*

predetto pubblico servizio”.

4.4. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non è applicabile alla fattispecie l'art. 246, 4° comma, del Codice dei contratti di cui al d.l.vo n. 163/2006 e successive modificazioni, il quale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, preclude la caducazione del contratto.

Detta disposizione eccezionale infatti si applica solo agli interventi relativi alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi di interesse nazionale, individuati a mezzo del programma di cui all'art. 1 l. 21.12.2001 n. 443, non essendo sufficiente una analoga esigenza di speditezza della procedura pur presente nella specie.

4.5. In adesione a quanto rilevato dal TAR, l'ATI COGEAM– Atzwanger non doveva essere esclusa dalla gara per aver indicato ai fini dell'**avvalimento** tre imprese ausiliarie, in quanto tale indicazione doveva considerarsi non cumulativa ma alternativa.

Invero, il requisito richiesto dal bando è sostanzialmente integrato attraverso l'apporto di una sola di esse e precisamente la Euro Energy Group S.r.l., il cui fatturato, pari a € 15.713.716, sommato agli € 12.070.119,56 posseduti dal Consorzio CO.GE.AM., viene a superare la soglia di € 19.636.596, corrispondente al 60% del requisito richiesto dalla disciplina di gara, per come doveva essere documentato dalla capogruppo di un raggruppamento, per cui l'indicazione delle altre due imprese ausiliarie diventa irrilevante.

Ne discende che la mandataria COGEAM possedeva, mediante l'**avvalimento** di Euro Energy Group S.r.l., il fatturato minimo richiesto per la partecipazione alla gara (euro 18 milioni=60% di euro 30 milioni).

4.5. Non è da condividere neppure la doglianza della Società appellante secondo cui la ricorrente originaria doveva essere esclusa dalla gara in quanto il Consorzio aveva documentato lavori svolti da una consorziata in favore di altra consorziata, nonché altri svolti a favore di imprese ausiliarie che hanno poi “prestato” il proprio fatturato in **avvalimento** allo stesso Consorzio.

In tal modo -secondo l'appellante- sarebbe frustrato lo spirito dell'istituto, non essendovi alcun effettivo arricchimento della capacità tecnica ed economica del concorrente, ma soltanto una artificiosa “partita di giro”.

Le limitazioni previste dall'art. 49 d.lvo n.163/2006 e successive modificazioni prevedono che in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente (salvo l'ipotesi di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese) e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti, il che nella specie non risulta avvenuto.

Comunque, la finalità dell'istituto dell'**avvalimento** non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

Invero nell'**avvalimento**, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, sussiste l'irrelevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto "avvalso", essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n.118/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE), la quale espressamente prevede che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi".

4.6. Neppure può aderirsi alla tesi dell'appellante secondo cui non sarebbe consentito ricorrere all'**avvalimento** per il requisito relativo al possesso di un determinato fatturato IVA per lavori analoghi nel triennio antecedente.

E' sufficiente il richiamo dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, che ricomprende tutti i "*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA*" tra quelli che possono essere soddisfatti avvalendosi di altre imprese, atteso che il fatturato IVA non è altro che un requisito di carattere economico-finanziario ai sensi del precedente art. 41.

4.7. Inammissibile in quanto non proposta in primo grado (né nel ricorso incidentale né nei relativi motivi aggiunti) è la censura dell'appellante tendente all'esclusione dalla gara del ricorrente originario in base alla considerazione che i contratti di **avvalimento** da questi prodotti sarebbero inutilizzabili ai fini di gara in quanto non indicherebbero quali mezzi e quali risorse le imprese ausiliarie avrebbero messo in concreto a disposizione di COGEAM per l'esecuzione dell'appalto.

4.8. Nel merito deve essere confermata la statuizione del TAR di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio COGEAM nella parte in cui si deduce l'inidoneità della documentazione prodotta dal r.t.i. Agecos – Cornacchini a dimostrare il possesso del requisito relativo al fatturato pregresso per lavori analoghi nel triennio .

Al riguardo si osserva che l'oggetto dell'appalto per cui è causa era costituito dalla "*realizzazione a corpo del sistema impiantistico complesso RSU costituito dalla linea di biostabilizzazione e dalla discarica di servizio bacino FG 3*" (cfr. allegato 1 al ricorso introduttivo).

In sostanza, si trattava di un appalto di lavori, sia pure avente ad oggetto un'opera particolare, quale è un impianto di trattamento e smaltimento di rifiuti solidi urbani, esclusa ogni interferenza col successivo servizio di gestione dell'impianto medesimo (che sarebbe spettato all'Ente committente).

Per cui, sono condivisibili le censure del ricorrente originario con riguardo alle seguenti attestazioni relative ad attività pregresse, come prodotte dall'a.t.i. poi risultata aggiudicataria:

- il certificato della Enichem S.p.a. rilasciato alla Agecos S.p.a. si riferisce a opere di bonifica, che non possono considerarsi analoghe a quelle di costruzione di un impianto di trattamento di rifiuti solidi urbani, ma attività di gestione e, quindi, afferenti servizi e non a lavori;

- le prestazioni svolte dalla Agecos S.p.a. per il Comune di Deliceto (peraltro soltanto dichiarate, e non oggetto di successiva certificazione) non sono valutabili, derivando da aggiudicazione del settembre 2006, e quindi essendo estranei al triennio 2003/2005 di riferimento;
- il certificato rilasciato dalla Snam Rete Gas S.p.a. alla predetta Agecos S.p.a. non reca la data dei lavori cui si riferisce e, inoltre, riferendosi ad attività svolte dalla Agecos in forma associata con altra impresa, non indica la quota di lavori imputabili alla attuale concorrente;
- i certificati rilasciati alla Cornacchini S.p.a. dal Comune di Gubbio e dalla Comunità Montana Medio Agri – Sant’Arcangelo si riferiscono alla sola gestione di un impianto, e quindi a servizi anziché a lavori;
- il certificato rilasciato alla stessa Cornacchini dal Comune di Palazzolo Acreide, che documenta altresì lavori analoghi, realizzati però in epoca ben anteriore al triennio di riferimento (prima del 2000), mentre per il periodo successivo sono documentati soltanto servizi di gestione.

In definitiva, se si tiene conto dei profili di inammissibilità delle certificazioni appena evidenziati, il r.t.i. Agecos – Cornacchini non risultava in possesso del requisito richiesto dal bando in ordine al fatturato IVA nel triennio antecedente: in particolare, la capogruppo Agecos sarebbe stata in grado di documentare l’espletamento di lavori analoghi soltanto per €2.340.480,72, cifra riveniente dal certificato rilasciato dalla Snam Progetti S.p.a. e che è ben inferiore al 60% dell’importo di € 30.000.000,00 che si esigeva dalla mandataria.

Né vale rilevare da parte dell’appellante che la *lex specialis* di gara richiedeva ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di “*lavori analoghi*”, e non già di “*lavori identici*”; il che non vale a elidere le considerazioni che precedono, dal momento che il concetto di “*lavori analoghi*” non può, con ogni evidenza, essere dilatato fino a ricomprendere qualunque attività che non sia assimilabile a quella oggetto dell’appalto, ivi comprese prestazioni costituenti servizi e non lavori.

Inoltre, non è idonea a modificare detta conclusione la circostanza che nell’oggetto dell’appalto fosse previsto un periodo di prova e gestione provvisoria del sistema impiantistico, in quanto la disciplina di gara (sul punto non contestata) richiedeva ai concorrenti di documentare soltanto il pregresso svolgimento di “*lavori analoghi*”, senza alcun riferimento ad eventuali servizi.

Come pure è indifferente il fatto che l’appellante abbia svolto lavori della categoria OG 12 (concernente gli impianti e lavori di bonifica e protezione ambientale) dovendosi aver riguardo unicamente alle certificazioni prodotte con i relativi importi, come sopra esaminate.

5.Per quanto concerne la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente originaria con l’appello incidentale, si rende necessario richiedere all’**Azienda** speciale AMICA una documentata relazione sullo stato di esecuzione dell’appalto da parte dell’aggiudicatario originario e sull’offerta economica presentata dall’ATI COGEAM con le relative

giustificazioni con riferimento all'utile effettivo che la concorrente si riprometteva di conseguire in caso di aggiudicazione.

Detta relazione documentata dovrà essere depositata presso la Segreteria della Sezione entro 60 giorni dalla notificazione o comunicazione, ove anteriore della presente decisione.

6. Per quanto considerato l'appello principale va respinto, mentre sull'appello incidentale va disposta istruttoria, con rinvio alla sentenza definitiva della statuizione sulle spese di giudizio.

L'udienza di merito per il prosieguo sarà fissata a cura del Presidente della Sezione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, così decide:

respinge l'appello principale;

dispone istruttoria sull'appello incidentale nei sensi di cui in motivazione;

rinvia la statuizione sulle spese di giudizio alla sentenza definitiva.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di Consiglio del 13 gennaio e 12 febbraio 2009 con l'intervento dei Signori:

Pres. Stefano Baccharini

Cons. Filoreto D'Agostino

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Vito Poli

Cons. Francesco Caringella

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Aniello Cerreto f.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....17/03/09.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

Consiglio di Stato – Sez. V

Il Presidente

Vista l'ordinanza adottata dalla Sezione, all'udienza 13 gennaio 2009, sull'appello n. 10018/2007;

l'ulteriore trattazione dell'appello suindicato è fissata per l'udienza del 23 giugno 2009 della Sez. V.

Roma, 16 marzo 2009

Il Presidente

f.to Raffaele Iannotta

N°. RIC. 10118/07

N°. RIC. 10118/07

SC