

REPUBBLICA ITALIANA

N. 862/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6268 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2008

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 6268/2008 del 29/07/2008 , proposto
da Aspica Srl in proprio quale mandataria Rti Gesenu Spa,
rappresentato e difeso dall'Avv. Franco Dell'Anna con domicilio
eletto in Roma, Viale dei Campioni N.16 presso Ottavio De
Tommaso;

contro

Igeco Costruzioni Spa rappresentato e difeso dall'Avv. Valeria
Pellegrino presso il cui studio è elettivamente domiciliata in
Roma C.so Rinascimento n. 11;

e nei confronti di

Autorita' per la gestione dei rifiuti urbani nel Bacino Br/1, non
costituitasi;

Ato Br/1, non costituitosi;

Comune di Torchiariolo, non costituitosi;

Comune di San Pietro Vernotico, non costituitosi;

Comune di Mesagne, non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del Tar Puglia Lecce: Sezione I n. 2017/2008,
resa tra le parti, concernente appalto per redazione progetto ed
esecuzione servizi gestione rifiuti urbani;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Igeco Costruzioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza 4773/08;

Designato relatore all'udienza del 11 Novembre 2008 il Consigliere Nicola Russo ed uditi altresì per le parti, gli avvocati Franco dell'Anna e Gianluigi Pellegrino per delega di Valeria Pellegrino;

FATTO

La causa concerne l'appalto concorso indetto dall'Ambito territoriale ottimale BR1 per l'affidamento del servizio, previa redazione del relativo progetto, di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Igeco Costruzioni s.p.a., vedendosi preclusa la partecipazione delle regole di gara, ha impugnato le relative clausole denunciandone il difetto di proporzionalità. Con successivi motivi aggiunti ha poi esteso l'impugnazione agli atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione.

Con sentenza n. 2017/2008, il TAR Puglia, Sede di Lecce, ha accolto il ricorso rilevando che, pur esistendo l'obiettiva esigenza di gestire il servizio a livello di a.t.o., la scelta di escludere dal novero dei possibili partecipanti le imprese di medie dimensioni non appare ragionevole, anche perché questa risulta suscettibile di dar corso a posizioni di oligopolio nel mercato, con danno per la collettività dei consumatori.

La sentenza è appellata dall'aggiudicatario, il quale, dopo aver reiterato l'eccezione di difetto di legittimazione (per mancata partecipazione alla gara), rileva che i requisiti ai quali risultava subordinata la partecipazione ben corrispondono alla regola di derivazione comunitaria in base alla quale essi "non possono eccedere l'oggetto dell'appalto".

Opposta posizione è assunta dall'appellato il quale difende, sotto più angoli prospettici, la sentenza impugnata, chiedendone la conferma.

La causa è passata in decisione alla udienza dell'11 novembre 2008.

DIRITTO

La sentenza va riformata nella parte in cui ha ritenuto irragionevolmente restrittivi i requisiti di partecipazione stabiliti dall'ATO Brindisi 1.

Si può pertanto prescindere dalla eccezione preliminare di difetto di legittimazione, avanzata dall'appellante a partire dal rilievo che il ricorrente in primo grado, pur dovendosi dare atto della mancata partecipazione di Igeco costruzioni sotto forma di raggruppamento (cumulando i propri requisiti a quelli di altri operatori fino a raggiungere, almeno, il cento per cento dei requisiti chiesti dalle regole di gara) e, conseguentemente, della mancanza in capo ad esso di quella posizione differenziata che è notoriamente imprescindibile ai fini della impugnazione.

Circa il potere della stazione appaltante di fissare i requisiti

di partecipazione, il Collegio non può che conformarsi all'opinione già manifestata sul punto dalla Sezione proprio con riferimento all'affidamento, da parte di un ATO, di un servizio di smaltimento rifiuti (Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6144). Lì, in considerazione dell'esigenza (manifestata a livello legislativo) di garantire una gestione unitaria e non frammentata del servizio di smaltimento accentrato a livello di a.t.o., si è stabilito che le regole di gara ben possono prevedere livelli di qualificazione particolarmente elevati sia in capo alla mandataria che in capo alle (eventuali) mandanti, senza che ciò possa risolversi in pregiudizio del canone di massima partecipazione.

D'altronde, per quanto riguarda lo specifico servizio in considerazione, risulta di tutta evidenza l'errore di prospettiva nel quale è incorso il primo giudice: lo scrutinio di proporzionalità deve infatti riguardare l'intero importo della commessa oggetto di gara e non la singola annualità. Da ciò si ricava che, nella specie, i valori assunti dalla stazione appaltante ai fini della necessaria qualificazione (sia per la partecipazione in forma singola che in forma raggruppata) non eccedono affatto il valore del contratto e risultano anzi ben dimensionati rispetto a questo.

Né, nel caso considerato, si riscontra un artificioso accorpamento di servizi volto a restringere l'ambito dei possibili partecipanti alla relativa gara: l'accorpamento risulta infatti imposto dalla scelta legislativa di istituire appositi ambiti di gestione ottimale (cd. a.t.o.) e di privilegiare la gestione del

servizio a livello sovra comunale.

In conclusione, in riforma della sentenza appellata, i requisiti di partecipazione fissati dall'A.T.O. BR 1 nell'ambito della procedura concorsuale in questione risultano indenni da censure.

Di conseguenza, la ricorrente in primo grado non può dolersi di essere stata esclusa dal novero dei possibili partecipanti. Se ne ricava, ancora, che quale soggetto non partecipante alla gara la stessa ricorrente in primo grado non ha alcun interesse a censurare il concreto svolgimento della procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2008, n. 4000). Le relative censure, in riforma della sentenza appellata, vanno pertanto dichiarate inammissibili.

La particolarità della vicenda consente di compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso in primo grado e i motivi aggiunti. Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 11 Novembre 2008 con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Nicola Russo	Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Nicola Russo

f.to Domenico La Medica

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

17/02/2009

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

**P. Il Direttore della Sezione
Livia Patroni Griffi**