

N. 02482/2011REG.PROV.COLL.  
N. 06296/2007 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6296 del 2007, proposto dalla s.r.l. Europa Servizi Eco Rifiuti, Impresa Turritana di Raffaele Rais, in persona dell'omonimo titolare, e dalla s.r.l. Gruppo Garbage Service, rappresentate e difese dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, corso del Rinascimento, 11;

*contro*

L'Autorità Portuale di Olbia e Golfo Aranci, in persona del legale rappresentante pro tempore;

*nei confronti di*

La s.p.a. De Vizia Transfer, la s.r.l. Gms Mar, la s.r.l. Ditta Antonio Sanna, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Contu, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Massimi 154;

*per la riforma della sentenza del t.a.r. sardegna, sez. ii, n. 1637/2007;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2011 il Cons. Gabriella De Michele; uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino e Roberto Candio, per delega dell'avvocato Contu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con la sentenza del TAR della Sardegna, sez. II, n. 1637 del 14.7.2007, veniva dichiarato in parte inammissibile ed in parte improcedibile il ricorso n. 681 del 2006, proposto dalle imprese Europa Servizi Eco rifiuti s.r.l., Turritana di Raffaele Rais e Gruppo Garbace service s.r.l., per l'annullamento di atti della procedura di gara – svolta dall'Autorità Portuale di Olbia e Golfo Aranci, con finale aggiudicazione a favore della costituenda ATI De Vizia Transfer s.p.a. / GMS MAR s.r.l./ Antonio Sanna s.r.l. – per la concessione del servizio di ritiro dei rifiuti, provenienti dalle navi ormeggiate nei porti di Olbia Isola Bianca, Olbia Porto Cocciani e Golfo Aranci.

Nella citata sentenza si rilevava come fossero stati oggetto di impugnativa l'atto di aggiudicazione provvisoria del servizio, nonché l'esclusione dalla gara della costituenda ATI fra Europa Servizi Eco Rifiuti s.r.l., Impresa Turritana di Raffaele Rais e Gruppo Garbace Service s.r.l., con successivi motivi aggiunti di gravame avverso l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria provvisoria, l'aggiudicazione definitiva del servizio alla medesima e la composizione della Commissione di gara.

L'aggiudicataria, a sua volta, proponeva ricorso incidentale, prospettando ulteriori motivi di esclusione dalla gara dell'attuale appellante.

Il TAR ha dichiarato improcedibile il ricorso principale, osservando che sarebbe stata inammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva – effettuata con motivi aggiunti – per non essere state riprodotte le censure rivolte avverso l'aggiudicazione provvisoria. L'improcedibilità del ricorso

principale – determinata appunto dal consolidamento dell'aggiudicazione definitiva – si estendeva quindi agli ulteriori motivi aggiunti ed al ricorso incidentale.

Avverso la predetta sentenza veniva proposto l'atto di appello in esame, sulla base delle argomentazioni difensive di seguito sintetizzate in ordine logico (ordine implicante, in primo luogo, confutazione delle ragioni poste a base della sentenza appellata, quindi esposizione delle censure, idonee ad assicurare alla parte appellante l'aggiudicazione della gara o, in via subordinata e residuale, la reiterazione della stessa):

1) erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale in primo grado di giudizio, in quanto non avrebbe potuto ritenersi necessaria la pedissequa reiterazione delle censure, prospettate in rapporto ai vari atti impugnati, in sede di proposizione di motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva, essendo quest'ultima meramente consequenziale rispetto alla precedente aggiudicazione provvisoria e censurabile per illegittimità derivata;

2) illegittima ammissione della controinteressata (la cui doverosa esclusione avrebbe comportato l'inapplicabilità di una 'clausola di sbarramento' – ovvero del punteggio minimo previsto per l'offerta tecnica migliorativa – determinante per la contestata estromissione dell'attuale appellante dalle successive fasi procedurali), in quanto le imprese partecipanti alla costituenda ATI De Vizia Transfer s.p.a./ GMS MAR s.r.l. / Antonio Sanna s.r.l. sarebbero incorse nelle seguenti violazioni del bando, implicanti esclusione dalla gara:

- certificazioni inidonee, rispetto a quanto richiesto dall'art. 4, punto 2, del bando (certificazione della Camera di Commercio, attestante lo svolgimento dell'attività oggetto del servizio, l'assenza di procedure fallimentari o concorsuali e la dicitura antimafia), avendo la ditta Antonio Sanna prodotto un certificato scaduto, oltre che privo dei contenuti sopra

specificati, mentre la società GSM MAR s.r.l. produceva un certificato in astratto valido, ma a sua volta privo dei contenuti specifici richiesti dal bando;

- violazione dell'art. 4, lettera k, del bando, che prevedeva un fatturato globale dell'impresa, realizzato negli ultimi tre esercizi, non inferiore ad €. 3.000.000,00 ed un fatturato per servizi identici o analoghi a quello oggetto di gara non inferiore ad € 1.000.000,00, con ulteriore possesso del 50% di detti requisiti da parte della capogruppo e del 20% da parte di ciascuna delle mandanti, in caso di partecipazione di associazione temporanea di imprese, mentre, nel caso di specie, la capogruppo De Vizia Transfer opererebbe solo nel campo della gestione dei rifiuti urbani, senza alcuna esperienza in servizi portuali, l'agenzia marittima GMS MAR non si occuperebbe affatto di raccolta e gestione dei rifiuti e la ditta Antonio Sanna – pur avendo una certa esperienza nei servizi ecologici a favore delle navi ormeggiate (trasporto delle acque di sentina) – non avrebbe mai svolto servizi di ritiro e gestione di rifiuti di qualsiasi genere dalle navi ormeggiate ed ancorate in rada;

- violazione dell'art. 4 del capitolato, in base al quale la concessionaria avrebbe dovuto essere in possesso (con dichiarazione da rendere in tal senso, a pena di esclusione), “all'atto della partecipazione alla gara, in forza di proprietà o di contratti registrati di locazione, leasing o noleggio per la durata della concessione....di almeno un mezzo nautico con attrezzatura per il ritiro via mare di rifiuti, solidi e liquidi, confezionati in colli, abilitato al trasporto di merci pericolose ex art. 13 del D.P.R. 1008/68, classe 6.2....”, mentre risulta depositata in atti, in sede di gara, una mera lettera di intenti del Consorzio per la Gestione dell'Area Marina protetta di Tavolara, con rinvio dell'eventuale stipula del contratto di gestione del mezzo nautico di cui trattasi al 10.7.2006;

3) incongrua assegnazione dei punteggi, determinanti per l'esclusione dalla

gara dell'attuale appellante (a cui sarebbero stati necessari solo 5 punti aggiuntivi per superare la "soglia di sbarramento", con successiva sicura aggiudicazione, avendo la stessa presentato la migliore offerta economica);

4) illegittimità della clausola del bando relativa alla soglia di sbarramento, in quanto preclusiva della concorrenza, nel consentire l'esclusione dalla gara di un'offerta, non ancora valutata nella sua interezza;

5) illegittima omessa predeterminazione dei criteri per l'assegnazione dei singoli punteggi;

6) illegittima composizione della Commissione di gara, il cui Presidente era anche segretario dell'Assemblea del Consorzio per la gestione dell'AMP di Tavolara, ovvero dell'ente che aveva interesse a concedere in uso il battello attrezzato per la raccolta dei rifiuti all'ATI risultata aggiudicataria; un altro commissario, inoltre, sarebbe dovuto essere escluso in quanto dirigente dell'area tecnica – settore lavori pubblici – comprensiva del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti del Comune di Olbia, servizio svolto dalla società De Vizia Transfer.

Detta società, costituitasi in giudizio, riproponeva a sua volta le ragioni difensive prospettate in primo grado con il ricorso incidentale, circa la sussistenza di ulteriori cause di esclusione dalla gara dell'ATI Europa Service, con riferimento alle prescrizioni di cui agli articoli art. 6 lettera k e 8 del bando di gara (in quanto non sarebbe stato fornito il richiesto elenco dei servizi prestati negli ultimi tre anni, con relativi importi, dati e soggetti committenti, senza possibilità di ricostruire con esattezza la natura dei servizi stessi e la loro attinenza all'oggetto dell'appalto), con ulteriore erronea dichiarazione di impegno a costituirsi in ATI secondo la disciplina vigente in materia di lavori pubblici, anziché di pubblici servizi.

Nel merito, la medesima società ribadiva la legittimità della clausola di sbarramento, la possibilità – a norma dell'art. 4, punto 2 del bando – di rendere dichiarazioni sostitutive in luogo delle certificazioni di iscrizione

alla Camera di Commercio, la sussistenza del requisito di esperienza delle imprese partecipanti per servizi “identici o analoghi” a quello oggetto di gara, l’avvenuta stipula – “con decorrenza coincidente con quella di inizio del servizio oggetto dell’appalto” – di un contratto relativo all’utilizzo del mezzo nautico richiesto e l’insussistenza, infine, di qualsiasi incompatibilità dei componenti della Commissione, cui peraltro il ricorso avrebbe dovuto essere notificato. Quanto ai criteri per l’assegnazione dei punteggi, essi sarebbero stati già in base al bando “specifici e dettagliati”, tanto da non richiedere ulteriori puntualizzazioni, mentre, nel merito, le valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla Commissione aggiudicatrice avrebbero dovuto ritenersi insindacabili e sarebbero risultate, comunque, congrue.

Con successive memorie entrambe le parti hanno prospettato, infine, controdeduzioni e approfondimenti in ordine alle argomentazioni difensive in precedenza sintetizzate, mentre l’Autorità Portuale di Olbia e Golfo Aranci non si è costituita nel presente grado di giudizio.

## DIRITTO

Il Collegio è chiamato a valutare, in via preliminare, la correttezza o meno delle statuizioni della sentenza appellata, secondo cui:

- risulterebbe inammissibile l’impugnazione con motivi aggiunti dell’aggiudicazione definitiva di una gara, solo per illegittimità derivata e senza pedissequa riproposizione delle censure, già ritualmente prospettate avverso l’aggiudicazione provvisoria;
- sarebbe dunque improcedibile il ricorso principale avverso l’aggiudicazione provvisoria e gli atti presupposti.

Il Collegio non condivide le conclusioni sopra sintetizzate, poiché incompatibili con principi fondamentali del processo amministrativo.

Nella fattispecie, infatti, l’impresa esclusa dalla gara ha impugnato la propria esclusione dalla gara, nonché la graduatoria provvisoria e quella definitiva, richiamando – in sede di proposizione dei motivi aggiunti – le censure

formulate col ricorso principale e deducendo, in particolare, l'illegittimità derivata della aggiudicazione definitiva.

Con impostazione formalistica, che ha vanificato la tutela dell'originaria ricorrente, nella sentenza impugnata sono stati dichiarati inammissibili i motivi aggiunti e improcedibile il ricorso originario, per omessa pedissequa riproposizione di tutte le censure prospettate nel ricorso stesso.

L'appellante ha contestato tali conclusioni, richiamando in primo luogo i principi sul cosiddetto effetto travolgente dell'annullamento dell'atto presupposto, rispetto a quello consequenziale.

In presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, in effetti, deve distinguersi fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, la prima soltanto delle quali comporta travolgimento dell'atto consequenziale, indipendentemente dalla relativa impugnazione: tale situazione si verifica normalmente quando l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. V, 25.11.2010, n. 8243; Cons. St., sez. VI, 23.12.2008, n. 6520); detto effetto caducante non intercorre di norma fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, tenuto conto della giurisprudenza prevalente, che attribuisce all'aggiudicazione provvisoria natura di atto endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, con autonoma incidenza lesiva dell'aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'Amministrazione, dell'esito della gara, non senza nuova valutazione degli interessi pubblici e privati sottostanti (cfr., in senso conforme, Cons. St., sez. V, 11.1.2011, n. 80; Cons. St., sez. VI, 20.10.2010, n. 7586; Cons. St., sez. V, 23.11.2010, nn. 8154 e 8153). Il soggetto che si consideri leso può dunque impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ma si ritiene che debba comunque contestare,

a pena di improcedibilità del ricorso, anche l'aggiudicazione definitiva (mentre l'impugnativa di quest'ultima è comunque ammissibile, anche in assenza di previa contestazione di altri atti interni della procedura di gara).

Quanto sopra non esclude che – in presenza di un'aggiudicazione definitiva, di fatto meramente confermativa di quella provvisoria ed anche in assenza di invalidità di atti presupposti, tali da travolgere “ab initio” l'intera procedura di gara – possa in singoli casi ritenersi applicabile il principio generale, in precedenza enunciato in tema di effetto caducante (cfr. Cons. St., sez.VI, 19.7.2007, n. 4060). Quando tuttavia, come nella situazione in esame, siano stati ritualmente impugnati sia l'aggiudicazione provvisoria che quella definitiva, appare prioritario ed assorbente il principio di concentrazione e semplificazione che ha indotto il legislatore, con l'art. 1 della legge 21.7.2000, n. 205, a consentire l'impugnazione con motivi aggiunti di tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso fra le medesime parti, purchè connessi all'oggetto del giudizio. Tale principio consente che – nel processo unitario in corso – ogni atto autonomamente lesivo venga contestato per i vizi attinenti alla fase cui lo stesso si riferisce, mentre avverso gli atti conseguenti – ove censurabili solo per l'effetto viziante, riconducibile ad illegittimità di atti presupposti – può ben essere prospettato il solo vizio ad essi direttamente riconducibile, ovvero quello di illegittimità derivata, non ponendosi alcun problema circa la piena informazione di tutte le parti in causa sugli esatti termini della controversia (come non avverrebbe in caso di coinvolgimento di altri soggetti, in giudizi sia pure connessi, ma distinti da quello di cui si richiamassero genericamente le censure, solo in questo caso incorrendo in una ragione di inammissibilità). La sentenza appellata – che dichiarava inammissibili i motivi aggiunti di gravame avverso l'aggiudicazione definitiva, poiché non formalmente reiterativi di tutte le censure in precedenza prospettate, con ulteriore improcedibilità del ricorso principale – non può pertanto che



essere annullata, senza che si pongano problemi di riconoscimento dell'errore scusabile, pur richiamato dall'appellante, poiché vi è stata la rituale impugnazione di tutti gli atti emessi in sede amministrativa.

Le erronee statuizioni del TAR comportano che la causa venga decisa in questa sede, in applicazione dell'art. 35 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, vigente *ratione temporis*, per il quale l'erronea declaratoria di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità del ricorso comporta la ritenzione della causa, per pronunce di quest'ultimo tipo, da parte del giudice di secondo grado (cfr. Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 1988, n. 797; Sez. IV, 15 gennaio 1980, n. 13; Sez. IV, 23 ottobre 1984, n. 774; Sez. VI, 17 aprile 2003, n. 2083; Sez., IV, 7 giugno 2004, n. 3608; Sez. V, 10 maggio 2005, n. 2348; 14 aprile 2008, n. 1605, e 2 ottobre 2008, n. 4774).

Il Collegio deve quindi affrontare il merito della questione dedotta in giudizio, a partire dalle censure riferite ad illegittima ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato (la cui esclusione avrebbe comportato inapplicabilità della 'clausola di sbarramento', determinante per l'esclusione dalla gara stessa dell'attuale appellante).

Tali censure si riferiscono ad irregolarità delle certificazioni prodotte della Camera di Commercio, all'assenza dei requisiti di fatturato delle imprese partecipanti a detto raggruppamento ed al mancato possesso della disponibilità dei mezzi per lo svolgimento del servizio, di cui all'art. 4 del capitolato.

Solo quest'ultima contestazione, ad avviso del Collegio, può essere condivisa.

Per quanto riguarda le certificazioni della Camera di Commercio, censurate in quanto scadute o incomplete – come meglio precisato nella parte in fatto della presente decisione – la parte resistente eccepisce di avere comunque depositato al riguardo delle autocertificazioni, attestanti la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando.

Dal momento che la possibilità di rendere dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000, era prevista dall'art. 2 della citata normativa di gara e che la circostanza di fatto attestata non risulta smentita da controparte, il Collegio ritiene che il motivo di gravame in questione non possa essere accolto.

Uguualmente non condivisibile risulta la censura di violazione dell'art. 4, comma 2, punto n. 6, lettera k del bando, in cui si prescrivevano un limite minimo di fatturato per le imprese partecipanti alla gara, nonché la necessità che una percentuale di tale fatturato fosse riconducibile a “servizi identici o analoghi” a quelli oggetto della gara (con riferibilità del 50% di tale percentuale alla società capogruppo).

A tale riguardo l'appellante sottolinea come nessuna delle imprese, che si proponevano come partecipanti all'ATI controinteressata, avesse esperienza specifica nel settore della raccolta dei rifiuti in area portuale (ad eccezione della ditta Antonio Sanna, in possesso di una certa esperienza per il trasporto delle acque di sentina, scaricate dalle navi in ormeggio), mentre la capogruppo De Vizia Transfer si sarebbe occupata solo di trasporto e gestione dei rifiuti urbani.

In assenza di più puntuali specificazioni nella normativa di gara, tuttavia, appare difficile negare che la raccolta dei rifiuti urbani fosse servizio “analogo” a quello da rendere per i rifiuti scaricati dalle navi, pur dovendosi senz'altro riconoscere le peculiarità di una specializzazione, per la quale era comunque prevista un'apposita assegnazione di punteggio (sub criterio n. 3: anni di esperienza per prestazioni identiche).

Risulta fondata e va accolta, invece, la censura di violazione dell'art. 4 del capitolato, in base al quale l'aspirante concessionaria avrebbe dovuto possedere – “all'atto della partecipazione alla gara, in forza di proprietà o contratti registrati di locazione, leasing, noleggio...” determinati mezzi di trasporto, ed in particolare “almeno un mezzo nautico con attrezzatura per

il ritiro via mare di rifiuti, solidi e liquidi, confezionati in colli, abilitato al trasporto di merci pericolose ex art. 13 del D.P.R. 1008/1968, classe 6.2, dotato di cassoni idonei amovibili, impermeabili e con copertura, e dotata di impianto radio VHF”.

Nella situazione in esame non è contestato che la disponibilità del mezzo nautico in questione non fosse stata positivamente acquisita al momento della partecipazione alla gara (sia pure, eventualmente, con condizione risolutiva del contratto in caso di mancata aggiudicazione del servizio): bisogna infatti tener conto di un’interpretazione corretta della nozione di “disponibilità” – ribadita in modo esplicito nel bando e certamente più garantistica per l’Amministrazione – quale ‘titolo giuridico’ atto ad assicurare l’utilizzo anche immediato del mezzo di cui trattasi.

Nel caso di specie, dalla documentazione acquisita risulta invece l’avvenuto depositato di una mera lettera di intenti del Consorzio per la Gestione dell’Area Marina protetta di Tavolara, circa la futura stipula di un contratto per assicurare detta disponibilità.

La stessa parte appellata riconosce, nelle proprie memorie difensive, di avere stipulato il contratto di cui trattasi “con decorrenza coincidente con quella di inizio del servizio oggetto dell’appalto”, con conseguente, pacifica insussistenza alla data prescritta del requisito in questione, richiamato fra le condizioni per la partecipazione alla gara, a pena di esclusione, dall’art. 4, comma 2, punto 6, lettera J del bando.

In ordine alla medesima circostanza, del resto, è stata inoltrata richiesta di rinvio a giudizio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tempio Pausania, in data 3 aprile 2009, nei confronti dei legali rappresentanti della società De Vizia Transfer s.p.a., di GMS MAR s.r.l., della ditta Antonio Sanna, del Presidente della Commissione di gara e del Presidente dell’Autorità Portuale di Obia e Golfo Aranci, con riferimento alle ipotesi di reato di cui agli articoli 328, 323, 110 e 483 cod.pen..

Gli sviluppi della vicenda sul piano penalistico – pur non avendo specifico rilievo nel presente giudizio – confermano l'accertata assenza, di fatto, del requisito di partecipazione richiesto dal bando.

Sotto il profilo appena esaminato, pertanto, il Collegio ritiene che la costituenda ATI, formata dalle imprese sopra citate, dovesse venire esclusa dalla gara e che la relativa ammissione debba, pertanto, essere annullata.

Debbono ora essere esaminate le censure, secondo cui analoga esclusione avrebbe dovuto essere disposta nei confronti dell'attuale appellante: le argomentazioni, riguardo a quanto sopra esposte nel ricorso incidentale di primo grado, sono state infatti riproposte in questa sede con memoria difensiva, come previsto in caso di omessa considerazione delle argomentazioni stesse nella sentenza appellata (cfr. in tal senso Cons. St., Ad. Plen. 22 dicembre 1982, n. 21; Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6318, e 29 aprile 2009, n. 2716).

L'interesse all'esame di censure, idonee a confermare l'esclusione dalla gara dell'attuale appellante – per le ragioni addotte dall'Amministrazione, o per quelle ulteriori rappresentate dalla parte appellata – non può non essere riconosciuto, in funzione della rimessa in discussione del rapporto controverso, che sarebbe determinata dall'esclusione di entrambi i raggruppamenti partecipanti alla gara di cui trattasi (con conseguente rinnovamento integrale della stessa e nuove chances di aggiudicazione: cfr., Cons. St., Ad. Plen. 10 novembre 2008, n. 11; cfr. anche, per una diversa valutazione dell'interesse residuale in questione, Cons. St., sez. VI, ord. n. 351 del 18 gennaio 2011).

Le ragioni prospettate nell'originario ricorso incidentale e, con memoria difensiva, nell'attuale sede di appello, in ogni caso, non appaiono condivisibili.

Con il primo motivo di impugnazione incidentale, infatti, la parte controinteressata contesta la mancata produzione di un elenco dei servizi

identici o analoghi svolti, a norma dell'art. 4, comma 2, punto n. 8 del bando; tale disposizione, tuttavia, non specificava le modalità formali dell'adempimento, che può considerarsi assolto con l'avvenuta produzione di documentazione contabile (cosiddetti "mastrini"), contenenti l'elenco delle fatture emesse e dunque dei servizi prestati, con specificazione della natura degli stessi e del relativo importo.

Il Collegio ritiene, pertanto, che l'adempimento in questione possa considerarsi espletato e che le eventuali difficoltà di estrapolazione dei dati – ove pure sussistenti – non si traducano comunque in vizio invalidante, tenuto conto anche del principio di strumentalità delle forme (di cui sono attuale espressione gli articoli 21 octies e 21 nonies della legge n. 241/90, nel testo introdotto dalla legge n. 15/2005, ma che era già in precedenza oggetto di giurisprudenza consolidata).

In base a tale principio l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta, solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito: tale circostanza non è certo rilevabile nel caso di specie, ben potendo la Commissione aggiudicatrice chiedere eventuali chiarimenti, senza incidere sull'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione di cui trattasi alla data della domanda e dovendosi solo, in ipotesi, puntualizzare attestazioni comunque prodotte, con valenza probatoria anche maggiore di una semplice dichiarazione (cfr. fra le tante, per il principio; Cons. St., Sez. V, 28 gennaio 2005, n. 187, 5 luglio 2005, n. 3716, 23 marzo 2004, n. 1542).

Quanto alla seconda censura prospettata in via incidentale, circa la dichiarazione resa dalle attuali appellanti di assumere l'impegno a costituirsi in ATI, secondo la disciplina vigente in materia di lavori pubblici – anziché di pubblici servizi – non può che ravvisarsi una mera irregolarità sanabile, avendo dette imprese compilato il modulo prestampato, predisposto dall'Autorità Portuale, e non potendosi quindi imputare alle stesse un

errore, non idoneo ad incidere sulla sostanza dell'impegno assunto, comunque rettificabile nei termini ritenuti opportuni dall'Amministrazione. Nella situazione sin qui esaminata, le medesime appellanti prospettano il superamento delle ragioni, poste a base della propria esclusione dalla gara: una esclusione disposta a norma dell'art. 6 del bando, ovvero con riferimento alla proposta tecnico-migliorativa per l'espletamento del servizio, richiesta a tutte le imprese partecipanti e tale da rendere possibile sia l'acquisizione di un punteggio massimo di 60 punti, sia l'esclusione dalla gara (senza valutazione dell'offerta economica) delle imprese che non avessero raggiunta un punteggio minimo pari a 20, secondo un'apposita griglia di valutazione; quanto sopra, tuttavia, salvo che non si fosse "in presenza di una sola ditta invitata".

Nonostante una certa imprecisione terminologica (implicando la stessa nozione di gara un invito generalizzato a più imprese), deve dunque ritenersi che l'Amministrazione avesse posto una soglia di sbarramento, valida non in assoluto (ovvero come limite, al di sotto del quale il servizio fosse ritenuto comunque non affidabile), ma come fattore comparativo: solo in presenza di più offerte valide, infatti, veniva imposto un livello qualitativo minimo, tale da escludere la comparazione delle offerte economiche.

La suddetta previsione del bando risulta contestata sia in via generale, come illogica clausola restrittiva della concorrenza, sia in rapporto alla pianificazione del servizio, operata con delibera di G.R. n. 52/17 del 9 novembre 2005, sia con riferimento all'applicazione datane nel caso di specie: sotto quest'ultimo profilo, per omessa predeterminazione di criteri analitici per l'assegnazione dei punteggi previsti, nonché per illogica valutazione dei parametri, cui rapportare i punteggi stessi nel caso di specie. Nell'ottica dei diversi interessi dedotti in giudizio, anche in via residuale, il Collegio intende esaminare tutti i profili di censura prospettati dalle parti e,

in tale prospettiva, ravvisa la non divisibilità della prima tesi sopra indicata e la fondatezza, invece, della seconda.

In via generale, infatti, il Collegio stesso ritiene che l'Autorità Portuale potesse discrezionalmente modificare le linee guida previste, per l'affidamento del servizio di cui trattasi, a livello di "Piano di raccolta e di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui di carico", approvato con la citata delibera di G.R. n. 52/17 del 2005: quanto sopra, modificando il peso ponderale dei vari criteri, previsti per l'assegnazione del servizio stesso, ovvero imponendo una "soglia di sbarramento", tale da implicare estromissione dalla gara delle imprese, che non ottenessero un punteggio minimo (20 su 60) in rapporto alla proposta tecnica migliorativa.

Spettava d'altra parte a detta Autorità dettare, con apposito bando e dunque con "lex specialis", le regole di una gara, comunque riconducibile ad attività privatistica dell'Amministrazione, in quanto tale non soggetta a norme programmatiche vincolanti.

Nella situazione in esame, tuttavia, la materiale assegnazione dei punteggi non appare congrua, con conseguente accoglimento delle censure di eccesso di potere, al riguardo prospettate dall'appellante.

La griglia di valutazione di cui si discute risultava, in effetti, già predeterminata nel bando attraverso una serie di sub-criteri, a ciascuno dei quali corrispondeva un punteggio massimo; in presenza di tali sub-criteri, la Commissione aggiudicatrice riteneva di poter fare a meno di ulteriori parametri oggettivi e predeterminati, a cui far corrispondere la materiale assegnazione del punteggio, con valutazione a carattere tecnico-discrezionale insindacabile nel merito.

Deve essere ricordato, tuttavia, come detta insindacabilità abbia subito nel tempo una significativa evoluzione, in linea con i principi costituzionali e comunitari del "giusto processo" – inscindibile dalla effettività della tutela – e del "giusto procedimento amministrativo", che vede la pubblica

autorità chiamata a rendere conto in modo sempre più incisivo – e con accresciute modalità di partecipazione e di verifica dei diretti interessati – la razionalità delle proprie determinazioni.

Le tradizionali formule, che limitavano il sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali all'esatta rappresentazione dei fatti ed alla congruità dell'iter logico, seguito dall'Autorità emanante il provvedimento, debbono pertanto ritenersi superate dai parametri di attendibilità della valutazione, che sia frutto di discrezionalità tecnica, e di non arbitrarietà della scelta, ove sia stata esercitata una discrezionalità amministrativa.

Sotto il primo profilo è infatti, ormai, pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia (cfr. CdS, Sez IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694, e 27 ottobre 2009, n. 6559; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 1983, *Albert et Le Compte c. Belgio*, par. 29; 28 giugno 1990, *Obermeier c. Austria*, par 70,); una evoluzione analoga non può non investire la discrezionalità cosiddetta amministrativa, sotto il profilo non tanto dell'"an" e del "quid", ma del "quomodo", soprattutto ove le scelte si proiettino su valutazioni comparative, legate al parametro costituzionale dell'imparzialità.

Un criterio di scelta, formulato come discrezionale e pertanto insindacabile nel merito, può infatti ritenersi funzionalmente deviato – ed essere sindacabile sul piano della legittimità – quando non renda esplicita e verificabile la logica interna che lo ispira, consentendo conclusioni di cui sia impossibile appurare l'effettiva rispondenza all'interesse pubblico.

Per quanto sopra l'Amministrazione avrebbe senz'altro potuto, nel caso di specie, autolimitarsi in ordine all'assegnazione dei punteggi, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati di dettaglio, o – in mancanza di tali criteri



– avrebbe dovuto motivare i singoli punteggi, ove la logica degli stessi non risultasse di per sé evidente. Ognuna delle “voci” valutative previste, infatti, appariva riferibile a tematiche complesse, suscettibili di variegato apprezzamento, dalla “tempistica per l’espletamento del singolo servizio”, alle modalità organizzative del servizio stesso sotto vari profili (organizzazione del lavoro e della raccolta differenziata, nonché delle attività di controllo e coordinamento da parte della figura responsabile, attivazione di servizi aggiuntivi, gratuità o onerosità dei medesimi), con ulteriori profili riferiti alle dotazioni e all’esperienza delle imprese partecipanti (“anni di esperienza in prestazioni identiche”, “brevetti specifici o diritti di privativa sull’uso di tecnologie innovative applicate agli automezzi...”, “dotazione di strumenti idonei di pesatura...”, “data di immatricolazione, tipo di alimentazione, caratteristiche tecniche, rumorosità, numero di automezzi impiegati, con preferenza per mezzi e attrezzature nuovi e/o a basso impatto ambientale ed ecologico” “titoli specifici del personale addetto, purché rilevanti per lo svolgimento del servizio...”; “possesso di certificazioni di qualità ambientale UNI EN ISO 14001 o superiore, nonché di certificazione di sistema di gestione per la qualità ISO 9001 o superiore”).

Nella situazione in esame, pertanto, possono non ritenersi viziate le modalità procedurali prescelte, mentre la concreta applicazione delle stesse appare affetta da elementi di irrazionalità ed arbitrarietà.

Non risultano motivate infatti – ed appaiono difficilmente giustificabili – valutazioni come quelle di seguito sintetizzate:

- nessun punteggio (alla voce “tempistica”) all’offerta dell’appellante di due ore di servizio aggiuntivo giornaliero;
- due punti in meno rispetto alla controparte (per la voce “organizzazione del lavoro nei giorni feriali o nei periodi di maggior traffico marittimo”) pur in presenza del previsto utilizzo ordinario, da parte

- dell'appellante, di una squadra di 3 persone (contro 2 della controinteressata), con incremento nei periodi di traffico più intenso;
- cinque punti in meno rispetto alla controinteressata (per la voce “raccolta differenziata”), pur in presenza dell’offerta esclusiva di un’area portuale per lo stoccaggio dei rifiuti differenziati (mentre l’altra partecipante alla gara prevedeva soltanto di distribuire alle navi sacchi di diverso colore per la raccolta in questione);
  - cinque punti all’appellante (su un massimo di sette) alla voce “anni di esperienza per prestazioni identiche”, senza chiare indicazioni sui requisiti che avrebbero consentito l’assegnazione del punteggio massimo (variando gli anni di esperienza richiesti, per le imprese dell’ATI appellante, da 40 a 16 circa);
  - nessun punteggio sia all’appellante che alla controinteressata – su 5 assegnabili – per la voce “brevetti specifici ...per automezzi e sistemi di carico/scarico dei rifiuti....”, pur avendo solo la prima evidenziato lo standard tecnologico avanzato di tutte le attrezzature impiegate ed il possesso esclusivo di un “inceneritore di nuova generazione, necessario per lo smaltimento dei rifiuti dalle navi...” tale da comprimere i tempi di attesa, tenuto conto di quanto stabilito dal D.M. in data 22.5.2001;
  - 1 punto solo alla controinteressata per la voce “immatricolazione, tipo di alimentazione, caratteristiche tecniche dei mezzi impiegati...” pur non avendo la stessa (come in precedenza illustrato) l’immediata disponibilità di alcun mezzo nautico attrezzato, a fronte di due mezzi del genere posseduti dall’appellante (uno in proprietà ed uno a noleggio);
  - 2 punti solo alla controinteressata per la voce “organizzazione delle attività di controllo, pur non avendo la stessa indicato alcuna figura di responsabile delle attività di controllo e coordinamento (fatta salva la presenza di un mero addetto amministrativo), a fronte di un responsabile tecnico abilitato con funzioni di organizzazione, coordinamento e

controllo, messo a disposizione dall'appellante senza ottenere alcun punteggio;

- 3 punti (punteggio massimo assegnabile) solo alla controinteressata per la voce "titoli specifici del personale addetto", pur in assenza di specifiche segnalazioni al riguardo e nessun punteggio all'appellante, che aveva evidenziato la pluriennale esperienza nel settore specifico oggetto di gara del proprio personale e la sottoposizione periodica del medesimo a corsi concernenti la qualità e la sicurezza del lavoro;

- uguale punteggio all'appellante ed alla controinteressata per le certificazioni di qualità ambientale UNI EN ISO 14001 e ISO 9001, senza adeguata differenziazione, in rapporto al possesso solo da parte della prima di certificazione, specificamente riferita ad "erogazione di servizi di raccolta, sterilizzazione e trasporto di rifiuti dalle navi";

- 2 punti per servizi aggiuntivi e 2 punti per la gratuità degli stessi solo alla controinteressata, con poco comprensibile non assegnazione di alcun punteggio per le medesime voci all'appellante, nonostante specifiche (ed almeno apparentemente anche superiori) offerte di servizi del medesimo genere sopra indicato.

In rapporto ad argomentazioni dettagliate (e in gran parte convincenti, in base a dati di comune esperienza) come quelle sopra sintetizzate, la parte appellata espone controdeduzioni che non contengono puntuale smentita dei dati di fatto emergenti dall'appello.

Per quanto riguarda, infatti, l'offerta di due ore di servizio giornaliero aggiuntivo, la controinteressata si limita a definire tale servizio "del tutto irrilevante", senza chiarire quale altro tipo di offerta migliorativa fosse richiesto in rapporto alla "tempistica" del servizio stesso, mentre per l'organizzazione del lavoro nei giorni feriali o di maggior traffico si fa generico riferimento ad una "organizzazione del lavoro molto più complessa e con l'impiego di personale molto più numeroso dell'ATI

ricorrente”, con non maggiori specificazioni per quanto riguarda la raccolta differenziata (per la quale si accredita un servizio “ben più articolato”, nonché “diversa gestione dei rifiuti secondo la loro natura”, senza alcun accenno alla rilevanza dell’area destinata alla raccolta dei rifiuti differenziati, offerta solo dalla controparte, con scarso ritorno in termini di punteggio). Analoga genericità – o mero rinvio alla diretta lettura delle proposte presentate dalle concorrenti – investe le altre voci valutative di cui si discute, con l’apodittica conclusione che da tale lettura emergerebbe “il netto divario” emergente “sotto tutti i profili...tra l’offerta delle appellanti e quella della controinteressata ATI De Vizia”.

Il Collegio non condivide tali conclusioni, peraltro inidonee a contestare il reale oggetto del contendere, da riferire non ad una presunta superiorità, o meno, dell’offerta tecnico-migliorativa dell’ATI sopra indicata, ma al mancato raggiungimento, da parte dell’altra ATI concorrente, della soglia minima per passare alla fase successiva, di confronto delle offerte economiche.

Tale mancato raggiungimento – per 5 punti – non può non apparire affetto da manifesta irragionevolezza, in presenza di elementi dell’offerta di oggettiva rilevanza, che appaiono pretermessi senza alcuna plausibile motivazione e che sembrano idonei a garantire invece, quanto meno, il completamento delle operazioni di gara anche nei confronti dell’attuale appellante.

Gli atti di aggiudicazione – in via sia provvisoria che definitiva – debbono quindi essere annullati anche con riferimento alla soglia di sbarramento, per le ragioni in precedenza illustrate.

Non appaiono condivisibili, invece, le censure riferite – nell’interesse strumentale alla ripetizione della gara – alla composizione della Commissione aggiudicatrice, il cui Presidente faceva parte dell’ente, chiamato ad assicurare alla controinteressata il battello nautico necessario

per l'espletamento del servizio, mentre un altro commissario risultava incaricato di dirigere l'area tecnica, competente per il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti del Comune di Olbia (servizio da tempo ivi affidato alla società De Vizia Transfer s.p.a.).

Le posizioni dei citati componenti della Commissione, infatti, non comportavano di per sé un interesse diretto dei medesimi – se non in via di mero fatto – a favorire l'aggiudicazione del servizio alla medesima società De Vizia Transfer, né quindi implicavano problemi di astensione, mentre sarebbe stato ragionevole attribuire la scelta dei loro nominativi alla specifica competenza nel settore ed alle funzioni pubbliche svolte.

5. L'appello deve quindi, conclusivamente, essere accolto, con esclusivo riferimento alle rilevate illegittimità, riferibili all'ammissione alla gara della costituenda ATI De Vizia Transfer s.p.a., GMS MAR s.r.l. e Antonio Sanna s.r.l., nonché al mancato superamento della soglia di sbarramento, da parte dell'ATI Europa Servizi Eco Rifiuti s.r.l., Impresa Turrutana e Gruppo Garbace Service s.r.l., con le conseguenze precisate in dispositivo; le spese giudiziali, da porre a carico delle parti soccombenti, vengono liquidate nella misura di €. 5.000,00 (Euro cinquemila/00) a favore della parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in appello n. 6296 del 2007, specificato in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva del servizio oggetto di gara, a favore delle società De Vizia Transfer s.p.a., GMS MAR s.r.l. e Antonio Sanna s.r.l.; condanna queste ultime, in solido, al pagamento delle spese giudiziali sostenute dalle appellanti, nella misura di €. 6.000,00 (Euro seimila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2011

con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)