

N. 02155/2010 REG.DEC.

N. 00005/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello nr. 5 del 2009 (nr. 5430 del 2008 R.G. della Sezione Quinta),
proposto dalle società COSTRUZIONI SACRAMATI S.p.a., DELTA LAVORI S.p.a.,
ICES S.r.l. e SALVATORE MERRELLA S.r.l., e dalla IMPRESA BATTETA PAOLO,
in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli
avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio legale
Cancrini - Piselli in Roma, via G. Mercalli, 13,

contro la società ADANTI S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Benedetto Giovanni Carbone e Alessandro Cinti, con
domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via degli Scipioni, 288,

nei confronti di

COMUNE DI SASSARI, in persona del Sindaco *pro tempore*,

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Manzi, Simonetta Pagliazzo, Maria Ida
Rinaldi e Giuseppina Soddu, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via F.
Confalonieri, 5,

per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione cautelare dell'efficacia,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, nr. 967/2008, depositata in data 19 maggio 2008, con la quale è stato accolto il ricorso nr. 444 del 2006 proposto dall'odierna appellata Adanti S.p.a. e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dalle imprese odierne appellanti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione dell'appellata Adanti S.p.a. e del Comune di Sassari; Visto l'appello incidentale proposto dal Comune di Sassari; Viste le memorie prodotte dagli appellanti (in date 7 gennaio 2009 e 23 marzo 2010), dall'appellata Adanti S.p.a. (in date 7 gennaio 2009 e 23 marzo 2010) e dall'Amministrazione (in date 24 dicembre 2008 e 23 marzo 2010); Vista l'ordinanza della Sezione Quinta nr. 4370 del 29 luglio 2008, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata; Vista l'ordinanza della Sezione Quinta nr. 7793 del 12 dicembre 2009, con la quale la decisione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria; Visti tutti gli atti della causa; Relatore, all'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2010, il Consigliere

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 3 of 25

Raffaele Greco; Uditi l'avv. De Portu, per delega dell'avv. Cancrini, per gli appellanti, gli avv.ti Carbone e Cinti per la Adanti S.p.a. e l'avv. Manzi per l'Amministrazione; Visto il dispositivo di decisione nr. 220 del 1 aprile 2010; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO Le imprese in epigrafe meglio indicate hanno impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il

T.A.R. della Sardegna, accogliendo il ricorso proposto dalla società Adanti S.p.a., ha annullato la procedura di *project financing* indetta dal Comune di Sassari per l'affidamento della concessione avente a oggetto la realizzazione e la successiva gestione di un'area in ampliamento del Cimitero Comunale, procedura conclusasi con l'aggiudicazione in favore delle stesse imprese appellanti riunite in raggruppamento temporaneo, e contestualmente ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale dalle medesime imprese proposto. A sostegno dell'impugnazione, le appellanti hanno dedotto: 1) *error in iudicando*; in via pregiudiziale e assorbente: improcedibilità del ricorso principale per inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dalla Adanti S.p.a. avverso l'aggiudicazione definitiva della concessione; tardività della notifica e difetto di autonoma procura *ad litem* (in relazione alla reiezione delle relative eccezioni sollevate in primo grado); 2) *error in iudicando*; sulla piena validità delle procure rilasciate in calce al ricorso incidentale con conseguente ammissibilità (e riproposizione)

dello stesso e consequenziale declaratoria di improcedibilità del ricorso principale (in relazione alla declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalle odierne appellanti per asserita nullità delle relative procure *ad litem*); 3) *error in iudicando*; in ordine all'infondatezza della censura con la quale la Adanti S.p.a. censura la posizione della ex mandante Sogedico S.r.l., poi estromessa dal r.t.i. (in relazione alla pretermissione da parte del primo giudice di siffatta tempestiva estromissione, intervenuta prima dell'aggiudicazione definitiva). La medesima sentenza del T.A.R. sardo è stata impugnata, nelle forme dell'appello incidentale, anche dal Comune di Sassari, il quale ha dedotto i seguenti motivi (in parte sovrapponibili a quelli articolati con l'appello principale): I) improcedibilità del ricorso di primo grado per tardiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della concessione; II) inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione processuale della Adanti S.p.a., quale mandataria del costituendo r.t.i. che aveva partecipato alla procedura; III) carente e contraddittoria motivazione; erroneità della sentenza nel merito (in relazione alla ritenuta sussistenza di una causa di esclusione nei confronti della Sogedico S.r.l., originaria mandataria del r.t.i. poi risultato aggiudicatario). Si è costituita per resistere all'appello la Adanti S.p.a., originaria ricorrente, la quale, oltre a controdedurre analiticamente ai motivi di appello assumendone l'infondatezza, ha altresì riproposto come segue i

motivi di ricorso di primo grado rimasti assorbiti nella gravata sentenza di accoglimento: i) eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria; violazione della *lex specialis* di gara, ed in particolare dell'art. 14 del bando di gara; violazione dell'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554; eccesso di potere per violazione della *par condicio*; ii) eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria; mancanza di motivazione del provvedimento di verifica del possesso dei requisiti del promotore; violazione di legge ed in particolare dell'art. 93, comma 4, del d.P.R. nr. 554 del 1999; iii) eccesso di potere per omessa istruttoria; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 *quater* della legge 11 febbraio 1994, nr. 109; violazione e falsa applicazione dell'art. 99 del d.P.R. nr. 554 del 1999; iv) violazione di legge per omessa applicazione dell'art. 75 del d.P.R. nr. 554 del 1999; eccesso di potere per violazione della *par condicio*; eccesso di potere sotto il profilo della violazione delle norme procedurali; eccesso di potere per errata e falsa rappresentazione dei presupposti del provvedimento; v) violazione di legge per falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 94 del d.P.R. nr. 554 del 1999; eccesso di potere per omessa istruttoria e per motivazione carente; eccesso di potere per falsa rappresentazione dei requisiti di partecipazione. La Quinta Sezione di questo Consiglio

di Stato, dopo aver sospeso in via cautelare l'esecuzione della sentenza impugnata, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la risoluzione della questione relativa

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 6 of 25

all'applicabilità o meno al termine di proposizione dei motivi aggiunti di primo grado del dimezzamento previsto dall'art. 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, nr. 1034: questione dalla cui soluzione quale dipende non solo la sostanziale ammissibilità dell'originaria impugnazione della Adanti S.p.a., ma anche – come evidenziato nell'ordinanza di rimessione

– la risposta da dare all'ulteriore problema (anch'esso oggetto di specifica eccezione in primo grado) della necessità o meno di un'autonoma procura *ad litem* per la proposizione dei motivi aggiunti. Trasmessi gli atti all'Adunanza Plenaria, all'udienza del 29 marzo 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ai sensi dell'art. 73 del r.d. 17 agosto 1907, nr. 642, questa Adunanza ritiene di non limitare la propria decisione alla sola questione richiamata nell'ordinanza di rimessione, ma di dover decidere la controversia nella sua interezza. Pertanto, giova premettere una sintetica ricostruzione della vicenda amministrativa e processuale per cui è causa.
2. Formano oggetto del presente giudizio gli atti relativi alla procedura di *project financing* indetta dal Comune di Sassari per l'affidamento della concessione avente a oggetto la realizzazione e la successiva gestione di un'area in ampliamento del Cimitero Comunale. Espletata la prima fase della procedura, è stata individuato quale promotore il r.t.i. con capogruppo la società Costruzioni Sacramati S.p.a., il cui progetto preliminare ha costituito la base della successiva gara, che si è articolata ai sensi dell'art. 37 *quater* della legge 11 febbraio

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 7 of 25

1994, nr. 109 (applicabile *ratione temporis*), in una prima fase di selezione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e in una seconda fase negoziata; a quest'ultima è stata ammesso il r.t.i. con mandataria la società Adanti S.p.a. (un altro concorrente essendo stato escluso dalla procedura prima dell'avvio di detta seconda fase), ma alla fine essa si è conclusa con l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dello stesso r.t.i. promotore. La Adanti S.p.a. ha impugnato dinanzi al T.A.R. della Sardegna la predetta aggiudicazione provvisoria e quindi, con motivi aggiunti, la

successiva aggiudicazione definitiva. Il T.A.R. della Sardegna, dopo aver sospeso il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia della Comunità Europea in ordine alla questione della legittimazione processuale della singola impresa che abbia partecipato a una gara quale componente di un r.t.i., ha accolto il ricorso della Adanti S.p.a. ritenendo fondata e assorbente la censura di violazione dell'art. 75, comma 1, lettera a), del d.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554, essendo emersa la pendenza nei confronti della società Sogedico

S.r.l. (originaria mandante del r.t.i. aggiudicatario, poi estromessa dallo stesso) di una procedura di concordato preventivo. Il primo giudice ha altresì dichiarato inammissibile il ricorso incidentale congiuntamente proposto dalle imprese aggiudicatarie, con il quale esse assumevano che il r.t.i. Adanti avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per violazione delle regole del Disciplinare di gara, che sanzionavano con l'esclusione i concorrenti che nella propria offerta tecnica non si limitassero a proporre varianti migliorative al progetto a

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 8 of 25

base di gara, ma vi apportassero modifiche sostanziali.

3. Tutto ciò premesso, va osservato in via preliminare che appare corretto – alla stregua dei consolidati principi in tema di ordine di esame delle impugnazioni - il *modus procedendi* del giudice di primo grado, il quale ha ritenuto di esaminare prioritariamente il ricorso originario della Adanti S.p.a. rispetto a quello incidentale proposto dalle imprese odierne appellanti, tenuto conto che ciascuna delle due parti private tendeva a conseguire il risultato dell'esclusione dell'altra dalla procedura selettiva per cui è causa, nella quale esse erano gli unici due concorrenti. Infatti, con il ricorso introduttivo la Adanti S.p.a. lamenta la mancata esclusione del r.t.i. con capogruppo Costruzioni Sacramati S.p.a. per difetto dei requisiti di ordine generale *ex* art. 75 d.P.R. nr. 554 del 1999, laddove nel ricorso incidentale si assume che il r.t.i. Adanti avrebbe meritato l'esclusione per irregolarità dell'offerta tecnica, da accertare quindi in un momento successivo, sia logicamente che cronologicamente, a quello della verifica dei suddetti requisiti generali. In altri termini, l'eventuale fondatezza del ricorso principale avrebbe comportato l'esclusione del r.t.i. controinteressato prima ancora della fase dell'esame delle offerte tecniche, con la conseguente insussistenza di qualsivoglia interesse a censurare ipotetici vizi o irregolarità verificatisi in tale fase. Tale precisazione, come appresso si dirà, è rilevante anche ai fini dell'ordine logico nel quale verranno esaminati i motivi articolati nell'appello principale (uno dei quali è inteso a censurare la declaratoria di inammissibilità proprio del ricorso incidentale proposto in primo

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

grado dalle odierne appellanti).

4. Nella trattazione dei motivi d'appello, conviene principiare dal primo motivo dell'appello principale, col quale sono svolte doglianze in parte sovrapponibili a quelle articolate nel primo motivo dell'appello incidentale del Comune di Sassari, riproponendosi le eccezioni di inammissibilità e/o improcedibilità dell'originaria impugnazione proposta dalla Adanti S.p.a., respinte dal primo giudice. Dette eccezioni si fondano su un duplice ordine di argomenti: *a)* i motivi aggiunti di primo grado, con i quali è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva, sarebbero tardivi per mancato rispetto del termine dimezzato di cui all'art. 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971, nr. 1034, e conseguentemente sarebbe improcedibile il ricorso originario (col quale è stata censurata la sola aggiudicazione provvisoria); *b)* i ridetti motivi aggiunti sarebbero altresì inammissibili siccome non assistiti da autonoma procura *ad litem*.

4.1. La prima delle questioni suindicate forma oggetto della rimessione della decisione all'Adunanza Plenaria, in considerazione dei contrasti giurisprudenziali emersi sul punto. Nell'ordinanza di rimessione sono richiamati, con ampie citazioni dei precedenti giurisprudenziali, i tre orientamenti allo stato esistenti circa l'applicabilità ai motivi aggiunti della dimezzazione dei termini *ex art. 23 bis*:

-un primo indirizzo, muovendo dalla *ratio* acceleratoria del dimezzamento dei meriti e dal fatto che l'unica eccezione testuale allo stesso è riferita al solo termine di proposizione del ricorso introduttivo,

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

conclude che anche il termine di proposizione dei motivi aggiunti deve intendersi dimezzato;

-una seconda opinione, al contrario, esclude che tale ultimo termine possa essere abbreviato attesa l'identica esigenza di non comprimere il diritto di difesa, che costituisce la *ratio* dell'eccezione contenuta nella norma;

- infine, un orientamento intermedio assume la necessità di distinguere, dopo la riforma dei motivi aggiunti operata con la legge 21 luglio 2000, nr. 205, tra i motivi aggiunti con i quali ci si limiti a sviluppare censure ulteriori avverso i medesimi atti già impugnati col ricorso introduttivo e quelli con cui, invece, siano impugnati atti nuovi e ulteriori, concludendo che solo nel primo caso opererebbe il dimezzamento, in quanto nella seconda ipotesi i motivi aggiunti sarebbero sostanzialmente assimilabili a una nuova impugnazione (ben potendo, in effetti, in alternativa ad essi procedersi attraverso un ricorso autonomo). Questa Adunanza condivide l'avviso del primo giudice, che ha

ritenuto inoperante per il termine di proposizione dei motivi aggiunti la dimidiazione di cui all'art. 23 *bis*, comma 2, della legge nr. 1034 del 1971. Al riguardo, occorre muovere dal rilievo che detta abbreviazione dei termini costituisce essa stessa eccezione all'ordinaria durata dei termini processuali (così come tutto il "rito speciale" *ex art.* 23 *bis* si pone come derogatorio rispetto alle regole ordinarie), di tal che quella che appare come una "eccezione" al dimezzamento, prevista per il termine di proposizione del ricorso introduttivo, costituisce in realtà una delimitazione che il legislatore ha inteso tracciare del campo di

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 11 of 25

operatività della deroga medesima, e quindi una riaffermazione delle regole generali. Orbene, come correttamente ritenuto da tutti gli orientamenti innanzi richiamati, la *ratio* alla base della scelta normativa di non estendere il dimezzamento al termine di notifica dell'atto introduttivo del giudizio riposa nell'esigenza di garantire il pieno esercizio del diritto costituzionalmente garantito di difesa, che sarebbe risultato eccessivamente compresso per effetto dell'abbreviazione anche del termine *de quo*. Tale esigenza, pacificamente riconosciuta valida anche per il ricorso incidentale, invero risulta sussistere anche nell'ipotesi in cui il ricorrente debba articolare nuove censure in corso di causa attraverso lo strumento dei motivi aggiunti, non potendo attribuirsi rilevanza decisiva – come avviene, invece, in alcune pronunce favorevoli al dimezzamento – alla diversità di situazioni consistente nel fatto che in questa ipotesi, a differenza di quella in cui si debba proporre il ricorso introduttivo, il ricorrente ha certamente già conferito il mandato a un difensore, e pertanto i tempi necessari per l'esercizio del diritto di difesa dovrebbero essere considerati "al netto" del tempo necessario alla ricerca di un difensore ed all'instaurazione del rapporto professionale con lo stesso. Infatti, nella fissazione dei termini per l'esercizio delle attività processuali il legislatore ha sempre ritenuto di prescindere del tutto dalla vicenda interna relativa al rapporto tra parte e difensore, preoccupandosi unicamente di prevedere tempi idonei a consentire all'interessato – indipendentemente dall'esistenza o meno di un mandato difensivo,

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 12 of 25

ovvero dalle competenze tecnico-giuridiche che lo stesso interessato eventualmente possieda – la piena esplicazione delle facoltà riconducibili al diritto di difesa *ex art.* 24 Cost. Inoltre, anche l'argomento testuale valorizzato dalla tesi favorevole alla dimidiazione appare superabile: infatti, se è vero che il comma 2 dell'art. 23 *bis* richiama esplicitamente il solo ricorso introduttivo, è altresì significativo che la disposizione, per escludere il dimezzamento, faccia riferimento ai termini al plurale ("*quelli per la proposizione del ricorso*"), piuttosto che al solo termine di notifica del ricorso

introduttivo, quasi a voler evidenziare che l'inapplicabilità del regime derogatorio si estende a tutti i termini che siano a questo assimilabili. Per converso, la terza delle opinioni sopra riportate, se indubbiamente coglie un'effettiva diversità ontologica all'interno della categoria apparentemente unitaria dei motivi aggiunti, per effetto della possibilità riconosciuta dalla legge nr. 205 del 2000 di impugnare con essi anche i nuovi atti sopravvenuti in pendenza del giudizio, finisce tuttavia per introdurre una frammentazione della disciplina processuale dei motivi aggiunti che, almeno allo stato, non sembra trovare fondamento a livello positivo. Peraltro, nel caso di specie non v'è dubbio che trattasi di motivi aggiunti proposti ai sensi della nuova normativa, essendo stato con gli stessi impugnato un atto (l'aggiudicazione definitiva) sopravvenuto in epoca successiva alla proposizione del ricorso introduttivo.

4.2. La soluzione, nel senso innanzi chiarito, della questione relativa al termine di proposizione dei motivi aggiunti consente di ritenere superata

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 13 of 25

l'ulteriore questione, evocata nell'ordinanza di rimessione, se per tale atto processuale sia necessario munirsi di apposita procura *ad litem*. Infatti, nel caso di specie risulta *per tabulas* che i motivi aggiunti, in un primo momento notificati senza essere assistiti da autonoma procura, furono poi rinotificati con allegata la procura medesima: poiché tale modifica risulta tempestiva, tenuto conto come detto del termine ordinario di sessanta giorni, ne discende la piena ritualità dei motivi aggiunti *de quibus*.

5. In ordine logico, va poi esaminato il secondo motivo dell'appello dell'Amministrazione, con il quale viene reiterata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per difetto di legittimazione in capo alla Adanti S.p.a., che era mandataria di un costituendo r.t.i. Sul punto, si è già accennato che il T.A.R. della Sardegna ha sospeso il giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia della Comunità Europea, che era stata chiamata a esprimersi proprio su tale questione da questo Consiglio di Stato con l'ordinanza nr. 6677 del 2006; come noto, la Corte ha riscontrato il quesito nel senso che non contrasta col diritto comunitario una normativa nazionale che consenta a ciascun membro di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia in quanto tale partecipato a una gara d'appalto, di impugnare a titolo individuale gli atti della procedura stessa. Assume l'Amministrazione che, malgrado tale pronuncia, allo stato nell'ordinamento italiano dovrebbe comunque escludersi tale legittimazione individuale in assenza di una normativa interna che espressamente la riconosca.

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 14 of 25

Tale assunto non può essere condiviso. Ed invero, in questo caso non si è in presenza di un principio comunitario che necessiti di trasposizione da parte del legislatore interno: al contrario, la legittimazione individuale delle singole imprese associate in r.t.i. discende dai comuni principi della nostra legislazione in tema di legittimazione processuale e di personalità giuridica, tenuto conto che pacificamente il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono.

6. A questo punto, in applicazione di quanto già sottolineato in ordine alla necessità di dare priorità alle questioni sollevate con l'originario ricorso principale, s'impone l'esame del terzo motivo di entrambi gli appelli, con cui si lamenta l'erroneità nel merito della sentenza impugnata, con riferimento alla ritenuta necessità di escludere dalla procedura selettiva il r.t.i. con capogruppo la Costruzioni Sacramati

S.p.a. Il Collegio, malgrado le diffuse e perspicue argomentazioni in contrario svolte dalle parti appellanti, ritiene di condividere le conclusioni del primo giudice.

6.1. Per un corretto esame delle problematiche coinvolte dalle censure in esame, occorre preliminarmente svolgere alcune considerazioni sulla natura e sulle caratteristiche della procedura selettiva per cui è causa, di *project financing* per l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione, in base alla normativa – all'epoca vigente – di cui agli artt. 37 *bis* e segg. della legge nr. 109 del 1994.

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 15 of 25

Quanto alla qualificazione giuridica di detta procedura, il Collegio non condivide l'impostazione di fondo – evidente soprattutto nell'appello dell'Amministrazione comunale – che considera tale procedura integrante un modello unitario di procedimento selettivo, in quanto la disciplina positiva in materia (non modificata, sotto tale profilo, neanche dalle più recenti modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, introdotte dal decreto legislativo 11 settembre 2008, nr. 152) denuncia chiaramente l'intento del legislatore di disinteressarsi delle forme giuridiche, per privilegiare la sostanza economica dell'operazione di finanza di progetto, intesa alla realizzazione di interventi di una certa entità attraverso il concorso di risorse pubbliche e private; a tale risultato, per lo più perseguito (come nel caso di specie) mediante l'impiego dello strumento della concessione di costruzione e gestione, sul piano procedurale corrisponde la giustapposizione di una pluralità di modelli negoziali i quali, ancorché teleologicamente connessi in vista del raggiungimento del risultato economico suindicato, conservano la propria autonomia (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, nr.142; id. 20 ottobre 2004, nr. 6847). All'interno di tale cornice, appaiono chiaramente distinte, anche alla stregua della consolidata giurisprudenza, la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima nella disciplina

innanzi richiamata della legge nr. 109 del 1994, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lgs. nr. 163 del 2006, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 16 of 25

evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il *project financing* in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (cfr. Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, nr. 6287). Nel caso di specie, per vero, la controversia attiene alla seconda delle due fasi anzi dette, investendo la procedura selettiva tenutasi, all'esito dell'individuazione del r.t.i. con capogruppo la società Costruzioni Sacramati S.p.a. quale promotore, con la pubblicazione in data 28 settembre 2004 di un bando nel quale il progetto preliminare predisposto dal predetto r.t.i. costituiva la base sulla quale gli altri concorrenti erano chiamati a formulare le proprie offerte tecniche. Alla stregua del citato art. 37 *bis* della legge nr. 109 del 1994, tale gara si è articolata in due fasi: una prima fase nella quale la stazione appaltante ha proceduto, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al confronto tra l'offerta del promotore e quelle formulate dagli altri concorrenti; un'ulteriore fase negoziata, nella quale l'Amministrazione ha trattato con lo stesso promotore e con le imprese selezionate quali

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 17 of 25

autrici dell'offerte migliori nella fase precedente (in realtà, il solo r.t.i. Adanti, attesa l'esclusione di altro concorrente originariamente selezionato). Come già in passato ritenuto da questo Consesso, le ridette due fasi non possono essere però considerate come autonome e distinte, costituendo comunque momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2007, nr. 6727); tanto si precisa per sgombrare il campo da possibili confusioni ingenerate dagli scritti difensivi delle parti del presente giudizio, laddove si parla di "*indizione*" della fase negoziata per riferirsi a un atto (la nota prot. 46777 del 25 luglio 2005) il quale, lungi dal costituire la *lex specialis* di un'autonoma procedura selettiva, costituiva piuttosto una mera comunicazione dell'avvio della seconda fase, quella negoziata, della procedura già in corso.

6.2. Tanto precisato, occorre ancora premettere che nella specie la causa di esclusione esistente in capo al r.t.i. Sacramati, lamentata dalla ricorrente e ritenuta effettivamente sussistente dal primo giudice, concerne non già i requisiti di capacità tecnica ed economica previsti dal bando di gara, bensì i requisiti soggettivi di ordine generale (o “di ordine pubblico”) richiesti dalla legge, e cioè nella specie dall’art. 75 del d.P.R. nr. 554 del 1999 (oggi sostituito, con contenuti sostanzialmente identici per quanto qui interessa, dall’art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006). Di conseguenza, appare scarsamente conferente il richiamo delle parti appellate al disposto di cui all’art. 99 del medesimo d.P.R. nr. 554 del 1999 laddove, con specifico riferimento al *project financing*, è fatta

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 18 of 25

distinzione tra i requisiti necessari per l’assunzione della qualità di promotore (comma 1) e quelli per l’affidamento della concessione, che possono essere anche non posseduti dal promotore nel momento in cui partecipa alla verifica preliminare intesa al conseguimento di tale qualità (comma 3). Infatti, in disparte il rilievo che appare discutibile – siccome potenzialmente lesiva della *par condicio* tra i concorrenti – un’interpretazione di tale disposizione che autorizzi il promotore a non possedere i requisiti della *lex specialis* al momento dell’inizio della fase selettiva, per procurarseli solo nell’imminenza dell’aggiudicazione, vi è che essa si riferisce chiaramente ai soli requisiti tecnici ed economici, e non anche a quelli di ordine generale: infatti, il citato comma 3 dell’art. 99 fa espresso richiamo ai requisiti di cui al precedente art. 98, e non anche alle condizioni soggettive richieste dall’art. 75. Pertanto, per queste ultime vale il principio generale secondo cui esse devono essere possedute dai concorrenti al momento della domanda di partecipazione alla gara e permanere fino alla stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2006, nr. 1387; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, nr. 4817; id. 14 luglio 2004, nr. 5094). Inoltre, con riguardo alla partecipazione in forma associata, è *jus receptum* che i requisiti in questione devono essere posseduti e documentati da ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, nr. 490; id. 16 novembre 2005, nr. 6403; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, nr. 435; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, nr. 2294; id. 30 gennaio 2002, nr. 507; id. 18 ottobre 2001, nr.

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 19 of 25

5517; id. 15 giugno 2001, nr. 3188; C.g.a.r.s., 3 agosto 2007, nr. 712).

6.3. Tutto ciò premesso, un primo problema da affrontare è quello dell’individuazione, in relazione alla particolare procedura selettiva per cui è processo, del momento in cui le imprese partecipanti erano tenute a dimostrare il possesso dei suindicati requisiti *ex art.*

75, d.P.R. nr. 554 del 1999. Al riguardo, le considerazioni che si sono svolte in ordine alla autonomia e distinzione del procedimento (non selettivo) di individuazione del promotore rispetto alla successiva procedura (selettiva) di affidamento inducono ragionevolmente a ritenere che l'accertamento dei requisiti soggettivi vada condotto con riferimento alla fase iniziale di quest'ultima, e quindi al momento della domanda di partecipazione alla stessa. Tale conclusione è avallata anche dal già citato art. 99 del d.P.R. nr. 554 del 1999, laddove – come già rilevato – differenzia, sia pure ai fini del possesso dei soli requisiti tecnici ed economici, tra quanto l'impresa è tenuta a dimostrare ai fini dell'assunzione della veste di promotore e quanto invece deve documentare per l'ammissione alla successiva gara. Nella fattispecie, la procedura selettiva è stata indetta col già richiamato bando del 28 settembre 2004; tuttavia il r.t.i. odierno appellante, avendo già conseguito la qualità di promotore, restò inerte nella prima fase della procedura, formulando un'offerta soltanto dopo l'avvio della fase negoziata (precisamente in data 12 ottobre 2005), allorché si trattò di porre a confronto il progetto dallo stesso predisposto con l'offerta del

r.t.i. Adanti, selezionata come la migliore all'esito della fase precedente.

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 20 of 25

Occorre aggiungere, peraltro, che già anteriormente a tale momento l'Amministrazione aveva invitato il r.t.i. promotore a dimostrare il possesso dei requisiti, a suo tempo dichiarati, per l'affidamento della concessione, procedendo quindi a una verifica della loro sussistenza: ciò avvenne nel marzo del 2005, e in relazione agli esiti e alle modalità di tale verifica l'originaria ricorrente ha riproposto le doglianze già articolate in primo grado, rimaste assorbite nella sentenza impugnata. Orbene, il Collegio è dell'opinione che quale che sia, fra i due momenti testé richiamati (quello dell'offerta per la procedura negoziata ovvero quello antecedente della verifica dei requisiti), il momento in cui i requisiti di ordine generale dovevano essere posseduti da tutte le imprese del raggruppamento, risulta *per tabulas* che nei confronti di entrambi i momenti sussisteva a carico della Sogedico S.r.l., all'epoca mandante del medesimo raggruppamento, la causa di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lettera a), del d.P.R. nr. 554 del 1999.

6.4. Ed invero, nella specie trattavasi, come già accennato, di procedura di concordato preventivo coinvolgente la suindicata società, con conseguente applicabilità della disposizione testé citata, la quale preclude la partecipazione alle gare d'appalto ai soggetti *“che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, di amministrazione straordinaria, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*. In giurisprudenza, con riferimento al problema di quando possa dirsi *“in corso”* una procedura concorsuale, si è in passato ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta

strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516). Tuttavia, il Collegio è dell'avviso che nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possano dirsi superate dal fatto che è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto: pertanto, può condividersi la conclusione del primo giudice che, al fine di verificare la pendenza del procedimento di concordato preventivo, ha fatto riferimento alla data del 30 dicembre 2004, in cui la Sogedico S.r.l. aveva depositato presso il Tribunale di Cagliari l'istanza di ammissione alla procedura. Ne discende, con ogni evidenza, che il r.t.i. Sacramati era consapevole della ridetta situazione, e avrebbe dovuto palesarla alla stazione appaltante, sia al momento della verifica dei requisiti compiuta nel marzo del 2005 sia al momento della successiva presentazione dell'offerta nella fase negoziata della procedura selettiva.

6.5. A fronte dei rilievi che precedono, non può attribuirsi valenza risolutiva al successivo recesso dal raggruppamento della Sogedico S.r.l., avvenuto nell'aprile del 2006, nel lasso di tempo intercorrente tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, né alla circostanza – su cui pure la Sezione Quinta ha fondato la sospensione cautelare dell'impugnata sentenza – che il medesimo r.t.i. fosse in grado, quanto a requisiti tecnici ed economici, di eseguire la prestazione anche

senza il soggetto estromesso. In primo luogo, appare inconferente il richiamo all'art. 94 del d.P.R. nr. 554 del 1999, il quale attiene alle modifiche soggettive del raggruppamento ed alla possibilità che questo porti avanti i lavori previo accertamento da parte della stazione appaltante sulla sua idoneità nella nuova (e, in ipotesi, più ristretta) composizione: tale norma, infatti, si riferisce palesemente a una valutazione in ordine alla persistenza in capo al r.t.i. aggiudicatario dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti dal bando di gara, che presiedono, garantendola, all'esecuzione della prestazione, sicchè deve escludersene l'applicabilità ad un'area del tutto diversa nella struttura e nella finalità quale è quella sottesa al possesso di requisiti soggettivi prescritti dalla legge per la partecipazione alle gare. Ma anche a voler ritenere, con le parti appellanti, che la disposizione *de qua* possa applicarsi anche a siffatti requisiti, e che possa trovare applicazione non solo per le vicende successive alla stipula del contratto, ma anche per quelle che abbiano a verificarsi in corso di gara e prima dell'aggiudicazione, essa non può trovare applicazione nella specie nel senso auspicato

dalle stesse appellanti. Pur volendo proseguire nello spirito sopra precisato all'esame della tesi da queste prospettata, secondo la quale l'art. 94 potrebbe consentire alla stazione appaltante di considerare irrilevante, grazie al tempestivo recesso dell'impresa interessata dal raggruppamento, l'impedimento *ex art. 75* (in questo caso l'avvio di una procedura concorsuale, ma in ipotesi anche il sopravvenire di una condanna penale, di una misura

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 23 of 25

interdittiva etc.) che dovesse sopravvenire dopo la formulazione della domanda e nel corso della procedura di gara, ad escludere la sanabilità *ex post* di una situazione di oggettiva preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta, osta l'insuperabile rilievo della manifesta violazione della *par condicio* tra i concorrenti che comporterebbe l'adesione alla tesi prospettata.

1. Da tutto quanto fin qui esposto discende che correttamente il T.A.R. della Sardegna ha ritenuto fondato il ricorso proposto dalla Adanti S.p.a. e concluso che il r.t.i. odierno appellante avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per la sussistenza al momento dell'offerta di una causa di esclusione riconducibile alla previsione dell'art. 75, comma 1, lettera *a*), del d.P.R. nr. 554 del 1999. Il che, oltre a esonerare dall'esame delle censure rimaste assorbite nella sentenza impugnata, rende altresì inammissibile anche il secondo motivo di appello articolato dal r.t.i. appellante, con il quale si reiterano le doglianze articolate nell'originario ricorso incidentale, censurandone la dichiarazione di inammissibilità. Infatti, come già più sopra chiarito, la preliminare esclusione dalla procedura selettiva del medesimo raggruppamento comporta l'insussistenza di ogni interesse a censurare le asserite illegittimità verificatesi nella fase successiva a quella della verifica dei requisiti per l'ammissione alla gara.
2. In considerazione del contrasto di giurisprudenza ad oggi esistente su talune delle questioni esaminate, e tenuto conto anche della peculiarità e della novità delle stesse, sussistono giusti motivi per compensare

file://C:\Documents and Settings\user\Desktop\Provvedimenti\201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 24 of 25

integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, respinge gli appelli e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata. Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità

amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Paolo Salvatore, Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti, Consigliere Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere Paolo Buonvino, Consigliere Luciano Barra Caracciolo, Consigliere Cesare Lamberti, Consigliere Goffredo Zaccardi, Consigliere Nicola Russo, Consigliere Eugenio Mele, Consigliere Vito Carella, Consigliere Manfred Atzeni, Consigliere Raffaele Greco, Consigliere, Estensore Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

file:///C:/Documents and Settings/user/Desktop/Provvedimenti/201002155_11.xml
30/04/2010

N. 00005/2009 REG.RIC. Page 25 of 25

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 15/04/2010 (Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186) Il
Dirigente della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)