

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/8/2004 n. 5583

Sulla applicabilità del divieto di offerta condizionata alla scelta del socio privato di minoranza di una società mista.

Rapporto tra la fase di prequalificazione e quella di valutazione/comparazione delle offerte.

Data la sua portata generale in tutti i procedimenti concorsuali, il divieto dell'offerta condizionata è applicabile alla scelta del partner privato di minoranza della società mista con le regole del concorso al quale la stessa amministrazione si sia spontaneamente autovincolata, anche se il divieto stesso non sia stato espressamente menzionato negli atti di gara (arg. Cons. Stato, V, 25 febbraio 1991, n. 195; T.A.R. Piemonte, II, 12 maggio 2000, n. 569). È pertanto inevitabile l'inammissibilità (rectius la nullità) dell'offerta che l'art. 72 R.D. n. 827/1924 connette alla violazione del divieto.

Diversamente dalla fase di valutazione/comparazione delle offerte, volta ad accertare la loro meritevolezza ad aggiudicarsi la gara (ex plurimis: Cons. Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993), la fase di prequalificazione ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza attribuzione di punteggi (Cons. Stato, V, 28 dicembre 2001, n. 4639; V, 2 marzo 1999, n. 223; VI, 23 marzo 1998, n. 344).

Sia pure evidenziando la sua autonomia procedimentale rispetto alle successive fasi della comparazione/valutazione e dell'aggiudicazione, la giurisprudenza ha però costantemente sottolineato la sostanziale continuità logica e finalistica della prequalificazione sotto il profilo della discrezionalità dell'amministrazione di stabilire i documenti da presentare e delle operazioni da assolvere nell'una e nell'altra fase (Cons. Stato V, 28 dicembre 2001, n. 6439; V, 18 ottobre 2001, n. 551; V, 2 marzo 1999, n. 223), con il solo limite del divieto di commistione delle procedure di ciascuna fase perché non conforme a trasparenza (Cons. Stato, V, 15 giugno 2001, n. 3187).

Materia: società / scelta del socio privato

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso n. 9204/2003, proposto da AGAC S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, ing. Uris Cantarelli in proprio e in qualità di capogruppo della costituenda Ati fra AGAC S.p.A. e Salvaguardia Ambientale S.p.A., Sovreco S.p.A., Compagnia Euroclean S.p.A. e R.A.D.I. s.r.l. nonché da Salvaguardia Ambientale S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. Alessandro Brutto, da Sovreco S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. Vincenzo Calfa, da Compagnia Euroclean S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig.ra Stefania Azzarà e da R.A.D.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rag. Carmelo Ciccone, rispettivamente in proprio e in qualità di mandanti, rappresentati e difesi dagli avv.ti prof. Paolo Stella Richter e Pasquale Di Rienzo con domicilio eletto nel loro studio in Roma, viale Mazzini, n. 11 per delega in margine;

contro

il Comune di Reggio Calabria in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario De Tommasi ed elettivamente domiciliato in Roma Lungotevere Flaminio, n. 46 presso lo studio Gian Marco Grez ;

e, nei confronti

di Ecocampania s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Angelo Mannucchi in proprio e in qualità di capogruppo dell'Ati Ecocampania s.r.l. - Ecotherm S.p.a, e di Ecotherm S.p.a, in proprio e in qualità di mandante dell'Ati Ecocampania s.r.l. - Ecotherm S.p.a, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Giuseppe Barone, prof. Carlo Malinconico e Valerio Menaldi ed elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 251.

per l'annullamento

della sentenza 7 agosto 2003, n. 1003 del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria - Sezione di Reggio Calabria, che ha respinto il ricorso proposto contro la nota 3 marzo 2003, prot. n. 682, con cui il responsabile del procedimento, comunicando la graduatoria relativa alla procedura di selezione del socio privato di minoranza per la costituzione di una società mista ai sensi dell'art. 113 e dell'art. 113 bis del T.U. n. 267/2000, per l'affidamento della gestione dei servizi ambientali del comune di Reggio Calabria, avverte la ricorrente della necessità di impugnare il provvedimento nei sessanta giorni. E, ove occorra, della graduatoria nella parte in cui ha dichiarato aggiudicataria della trattativa l'Ati Ecocampania s.r.l. - Ecotherm S.p.a nonché del provvedimento di ammissione di quest'ultima alla procedura di selezione.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria e dell'Ati Ecocampania s.r.l. - Ecotherm S.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2004, relatore il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, altresì, gli avv.ti Stella Richter, Di Rienzo, De Tommasi e Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

I.) Con avviso pubblico del 21 novembre 2001, il Comune di Reggio Calabria ha indetto una procedura concorsuale di scelta di un socio privato di minoranza per la costituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico per l'affidamento della gestione dei servizi ambientali. Alla preselezione partecipavano l'Ati fra AGAC, Salvaguardia Ambientale, Sovreco e Compagnia Euroclean (odierna appellante) nonché l'Ati fra Ecocampania ed Ecotherm (odierna controinteressata) che ricevano la lettera d'invito 6 marzo 2002 prot. n. 46/02 e presentavano la relativa offerta. La Commissione aggiudicatrice procedeva all'assegnazione dei punteggi e alla compilazione della graduatoria, ove si qualificava primo posto l'Ati Ecocampania, con punti 73/100 ed al secondo posto l'Ati AGAC, con il punteggio di 65/100.

I.1) Avverso la nota del 3 marzo 2003, prot. n. 682 con la quale il Responsabile del procedimento comunicava l'esito della graduatoria, il raggruppamento AGAC proponeva ricorso al Tar della Calabria per:

1) violazione del punto 8, lett. e] dell'avviso pubblico, per mancanza del fatturato medio annuo. Secondo la lettera di invito, l'ammissione alla gara era subordinata ad un fatturato medio annuo riferito alla gestione di pubblici servizi di almeno 20 miliardi di lire nell'ultimo triennio (1998, 1999 e 2000) al momento della pubblicazione dell'avviso di gara (21 novembre del 1001) risultanti da una o più dichiarazioni allegate alla domanda; i consorzi e raggruppamenti di imprese potevano dimostrare il possesso dei singoli requisiti anche in capo alla sola mandataria; il fatturato globale dell'ultimo triennio doveva essere provato attraverso la produzione di copie degli estratti dei bilanci. Nonostante l'Ati Ecocampania avesse reso dichiarazioni in tal senso in sede di prequalificazione, i bilanci evidenziavano

nel triennio di riferimento i seguenti fatturati medi globali: anno 1998: lire 8.859.987.232; anno 1999: lire 18.746.382.400; anno 2000: lire 27.386.984.292. il tutto per un fatturato medio globale di circa 18,3 miliardi di lire, inferiore a quello richiesto dal bando. Ai chiarimenti richiesti dalla Commissione l'Ati Ecocampania deduceva che nel periodo di riferimento: -vantava un credito a titolo di revisione di canone d'appalto nei confronti del comune di Villa Literno non ancora iscritto in bilancio pari a Lit. 1.203.395.369, in corso di recupero; - aveva in corso un procedimento arbitrale con in comune di Santa Maria Capua Vetere sul pagamento della somma di lire 4.949.936.175, di cui lire 3.697.509.147 per revisione prezzi e lire 1.252.427.028 per interventi supplementari e complementari espletati nel periodo 1999-2000. L'Ati Ecocampania richiamava in proposito l'art. 13, D.Lgs. n. 157/1995, che consente ai concorrenti di provare la propria qualificazione con qualsiasi documento idoneo: allegava la certificazione di essere iscritta all'albo nazionale delle imprese che esercitavano la gestione dei rifiuti, Sezione regionale della Campania, che la esonerava dal dimostrare il possesso del fatturato richiesto ai sensi dell'art. 17, D.Lgs. n. 157/1995. Ciononostante, ad avviso della ricorrente Ati AGAC, l'ammissione dell'Ati Ecocampania alla gara era del tutto illegittima in quanto: a) la normativa invocata nei chiarimenti (artt. 13 e 17 D.Lgs. n. 157/1995) riguarda gli appalti pubblici servizi e non la scelta del socio di minoranza in una società a prevalente capitale pubblico, destinata a gestire servizi ambientali; b) la possibilità ammessa dall'art. 13 D.Lgs. n. 157/1995 di provare le referenze con qualsiasi documento idoneo esiste solo in presenza di giustificati motivi non adottati dall'Ati Ecocampania; c) il certificato di iscrizione all'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti non esonerava l'Ati Ecocampania dalla dimostrazione del possesso del fatturato richiesto, dato l'oggetto della gara, riguardante la scelta del socio di minoranza di una società a prevalente capitale pubblico e non l'individuazione dell'aggiudicatario in una gara d'appalto. 2) violazione del punto 8, lett. e] dell'avviso pubblico per mancata presentazione della cauzione sostitutiva: l'Ati Ecocampania non aveva prestato la fidejussione bancaria richiesta dal bando alle società capogruppo che non avessero un capitale versato pari a 2 miliardi di lire al momento dell'offerta. 3) violazione della lettera di invito ed erronea formulazione dell'offerta: l'effettuazione della raccolta differenziata dei rifiuti non doveva formare oggetto di offerta da parte dei concorrenti alla selezione mentre l'Ati Ecocampania l'ha inserita sia nel progetto tecnico sia in quello economico.

I.2) Innanzi alla sezione di Reggio Calabria si è costituita l'Ati Ecocampania con atto depositato il 12 maggio 2003 ed ha proposto ricorso incidentale per l'unico articolato motivo di violazione dell'art. 72 R.D. n. 827/1924, presentazione dell'offerta condizionata e mancata esclusione del raggruppamento AGAC. La stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'Ati AGAC, per avere presentato nella busta n. 2 (inerente la documentazione tecnica) un documento, non richiesto dalla lettera d'invito, avente ad oggetto "precisazioni da considerarsi presupposto delle manifestazioni di consenso espresse nell'offerta per la selezione del socio privato di minoranza per la costituzione di una società per azioni avente ad oggetto la gestione di servizi ambientali": l'offerta formulata dall'Ati AGAC doveva pertanto essere considerata condizionata e come tale esclusa dalla commissione giudicatrice. L'Ati Ecocampania contestava poi il fondamento delle censure adottate nel ricorso e ne chiedeva il rigetto. Con memoria depositata il 16 maggio 2003, l'Ati AGAC controdeduceva al ricorso incidentale, richiamando i caratteri di procedura negoziata della gara e affermando che l'art. 72 R.D. n. 827/1924 non era sicuramente applicabile alla trattativa privata ma solo ai pubblici incanti. Eccepiva poi che la "precisazione" allegata alla sua offerta economica non era idonea a far ritenere condizionata l'offerta stessa. L'Ati Ecocampania ha controdedotto con memoria depositata il 20 maggio 2003.

I.3) Con atto notificato il 19 maggio e depositato il 26 maggio 2003, l'Ati AGAC ha proposto il motivo aggiunto di illegittimità dell'operato della Commissione aggiudicatrice che ha attribuito il carattere di maggior onere per il servizio (a carico della sola Amministrazione comunale) alla costituzione di una "società veicolo" con partecipazione esclusiva dei privati, finalizzata alla realizzazione di investimenti necessari per l'acquisizione delle dotazioni di progetto: la costituzione di tale società doveva intendersi come proposta migliorativa prevista dal punto 13 dell'invito, le cui condizioni erano state osservate dall'Ati AGAC. Quest'ultima aveva dichiarato di accettare senza riserve le disposizioni contenute nello statuto della costituenda società, nel contratto di servizio e nei patti parasociali.

I.3.1) Con l'ulteriore atto notificato il 21 e depositato il 26 maggio 2003, l'Ati AGAC ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale contestando, per un verso, il ricorso incidentale dell'Ati Ecocampania ed impugnando l'avviso pubblico e la lettera d'invito del comune di Reggio Calabria qualora interpretabili nel senso che dalle disposizioni ivi contenute possa dedursi un divieto di presentazione delle offerte condizionate, divieto di cui la ricorrente incidentale insiste per la non applicabilità alle procedure negoziate. Nell'unica censura di violazione dell'art. 92 del R.D. n. 827/1924, l'Ati AGAC assume che il divieto delle offerte condizionate si applica esclusivamente alle procedure la cui offerta migliore, una volta individuata, implica l'automatica aggiudicazione della gara e non a quelle caratterizzate da una negoziazione diretta fra le parti, dove la proposta e la controproposta attendono alla fisiologia della dialettica contrattuale.

II) Con la decisione in epigrafe, del Tar della Calabria, premesso di dovere di esaminare, nell'ordine, le censure dedotte con il ricorso principale e, nell'ipotesi di astratta fondatezza di questo, di esaminare quelle introdotte con il ricorso incidentale dal controinteressato e, poi ancora, nel caso di astratta fondatezza di questo, di esaminare il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente principale, ha statuito come appresso:

II.1) -è fondato il ricorso principale dell'Ati AGAC avverso l'operato della commissione aggiudicatrice, che non ha escluso l'Ati Ecocampania, sebbene priva dei requisiti circa il fatturato richiesto dalla lettera di invito e dal bando e nonostante mancasse la garanzia fideiussoria richiesta in sede di prequalifica alle partecipanti la cui mandataria non aveva i 2 miliardi di capitale interamente versato; -è fondato il ricorso incidentale proposto dall'Ati Ecocampania nei confronti dell'aggiudicazione all'Ati AGAC, dato il carattere condizionato della sua offerta; -è infondato il ricorso incidentale proposto dall'Ati AGAC, in quanto non è permessa l'offerta condizionata da parte delle partecipanti alla selezione. Ciò premesso, Tar ha rigettato il ricorso in quanto "inammissibile per carenza di interesse nei sensi di cui i motivazione".

III) La sentenza è stata impugnata dall'Ati AGAC sia in rito che in merito:

III.1) Nel rito, l'appellante ha censurato la declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo principale per difetto di interesse processuale (il Tar avrebbe dovuto, a suo dire, dichiarare inammissibile il ricorso incidentale ed accogliere quello principale) per queste ragioni: - gli atti impugnati con il ricorso principale e quelli impugnati con il ricorso incidentale sono diversi, perché riferiti gli uni alla prequalificazione (l'Ati AGAC deduceva la violazione delle prescrizioni contenute nell'avviso pubblico) e gli altri al procedimento di valutazione (Ecocampania deduceva la violazione delle prescrizioni contenute nel successivo e distinto bando di gara e nella lettera di invito), senza porre in dubbio l'ammissione dell'Ati AGAC alla selezione; -il tempo logico degli effetti dell'accoglimento del ricorso principale è necessariamente antecedente al tempo logico degli effetti dell'accoglimento del ricorso incidentale, sicché l'accoglimento del ricorso principale implicava l'esclusione della legittimazione della controinteressata a contestare in giudizio la regolarità dell'offerta presentata dall'Ati AGAC.; la declaratoria eventuale di accoglimento del ricorso principale e di quello incidentale avrebbe dovuto comportare l'annullamento degli atti impugnati e la rinnovazione della gara per l'assenza di concorrenti.

III.2) Nel merito, l'appellante ha contestato l'accoglimento dell'appello incidentale della controinteressata Ati Ecocampania, perché la clausola allegata alla propria offerta non rivestiva efficacia condizionante la medesima: pur prevedendo di mantenere l'esistente livello occupazionale, la postilla interpretativa allegata all'offerta dell'AGAC ribadiva l'impegno, come da progetto, a far sì che la società procedesse all'assunzione o comunque accettasse e/o agevolasse il passaggio a sé medesima delle singole unità di personale attualmente impiegate nella gestione del servizio presso il comune; una volta fatto ciò, la clausola -nell'ottica di una maggiore efficienza- precisa che la società, e quindi entrambi i soci (il privato il comune) potevano mediante concordati programmi di incentivazioni, addivenire ad una più razionale organizzazione delle risorse lavorative: la postilla aveva quindi lo scopo esclusivo di prospettare al socio pubblico di maggioranza l'opportunità di razionalizzare -in corso di rapporto- la situazione dei dipendenti allorché non ottimale. Ancora nel merito, l'appellante Ati AGAC ha ribadito la fondatezza censura di violazione dell'art. 72 R.D. n. 827/1924 spiegata nei confronti dell'avviso pubblico e della lettera di invito in quanto il divieto delle offerte condizionate si applica nei

confronti delle sole procedure in cui non si fa luogo ad alcuna negoziazione diretta fra le parti. Sempre nel merito, l'Ati AGAC ha ribadito il fondamento delle censure formulate in primo grado nei confronti degli atti di gara.

III.3) Nell'atto di costituzione dell'Ati Ecocampania si contesta che l'ordinamento processuale contenga un criterio in base al quale il rapporto tra ricorso incidentale e quello principale debba essere indagato sotto lo spettro del "tempo logico" degli effetti del rispettivo accoglimento e indipendentemente dal loro ordine di esame, che postula comunque la priorità del ricorso principale rispetto a quello incidentale e l'esito di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse, in caso di accoglimento di quello incidentale, data la degradazione ad interesse di mero fatto dell'interesse processuale del ricorrente principale. La controinteressata Ati Ecocampania ha poi eccepito la novità in appello del motivo di erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso principale senza disporre l'annullamento e la rinnovazione di tutti gli atti di gara. Ribadita poi la fondatezza del suo ricorso incidentale in primo grado e l'infondatezza di quello principale di AGAC nei confronti del bando di gara e l'infondatezza della dedotta inesistenza del divieto delle offerte condizionate, la controinteressata Ati Ecocampania ha chiesto il rigetto del appello perché infondato. Il comune di Reggio Calabria, costituito in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello proposto dall'Ati AGAC e la conferma della sentenza del Tar della Calabria.

## DIRITTO

I) Con l'impugnata decisione il Tar della Calabria - Sezione di Reggio Calabria ha rigettato "in quanto inammissibile per carenza d'interesse, nei sensi di cui in motivazione" il ricorso proposto dall'Ati fra AGAC, Salvaguardia Ambientale, Sovreco e Compagnia Euroclean nei confronti della nota 3 marzo 2003, prot. n. 682, con la quale il Responsabile del procedimento ha comunicato l'aggiudicazione all'Ati fra Ecocampania ed Ecotherm della procedura concorsuale di scelta di un socio privato di minoranza per la costituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico per l'affidamento della gestione dei servizi ambientali indetta dal comune di Reggio Calabria. Nella graduatoria fra le due uniche partecipanti alla procedura, l'Ati Ecocampania aveva conseguito il punteggio di 73/100 collocandosi al primo posto e l'Ati AGAC il punteggio di 65/100.

I.1) Nel decidere sui ricorsi, principale dell'Ati AGAC e su quello incidentale dell'Ati Ecocampania, il Tar della Calabria ha esaminato nell'ordine il ricorso principale dell'Ati AGAC e quello incidentale dell'Ati Ecocampania, dichiarando fondati i motivi proposti in entrambi. Ha poi respinto il ricorso incidentale ulteriormente proposto dalla ricorrente principale (Ati AGAC) su quello incidentale della controinteressata (Ati Ecocampania).

II) Dei motivi dell'appello proposti dall'Ati AGAC precede, in ordine logico, l'esame di quello rivolto avverso l'ordine seguito dalla sentenza di primo grado nell'esaminare i ricorsi proposti avverso l'operato della Commissione aggiudicatrice e da cui è scaturita l'impugnata declaratoria d'inammissibilità. Secondo l'appellante, l'appartenenza degli atti impugnati con il ricorso principale e di quelli oggetto del ricorso incidentale rispettivamente alla fase della prequalificazione ed a quella della valutazione delle offerte, comportava che dall'accoglimento del ricorso principale dell'Ati AGAC scaturisse, per necessaria conseguenza, l'inammissibilità del ricorso incidentale dell'Ati Ecocampania, non essendo più ravvisabile alcun interesse di quest'ultima a contestare in giudizio la regolarità dell'offerta. Perché avrebbe dovuto essere estromessa dalla presentazione dell'offerta sin dalla prequalificazione, l'Ati Ecocampania non aveva alcun titolo legittimante a contestare quanto stabilito dalla Commissione aggiudicatrice nella seconda (e distinta) fase procedimentale della valutazione/comparazione.

II.1) Il Collegio ritiene di non poter aderire a tale prospettazione.

II.2) Diversamente dalla fase di valutazione/comparazione delle offerte, volta ad accertare la loro meritevolezza ad aggiudicarsi la gara (ex plurimis: Cons. Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993), la fase di prequalificazione ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegata alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza attribuzione di punteggi (Cons. Stato, V, 28 dicembre 2001, n. 4639; V, 2 marzo 1999, n. 223; VI, 23 marzo 1998, n. 344).

II.3) Sia pure evidenziando la sua autonomia procedimentale rispetto alle successive fasi della comparazione/valutazione e dell'aggiudicazione, la giurisprudenza ha però costantemente sottolineato la sostanziale continuità logica e finalistica della prequalificazione sotto il profilo della discrezionalità dell'amministrazione di stabilire i documenti da presentare e delle operazioni da assolvere nell'una e nell'altra fase (Cons. Stato V, 28 dicembre 2001, n. 6439; V, 18 ottobre 2001, n. 551; V, 2 marzo 1999, n. 223), con il solo limite del divieto di commistione delle procedure di ciascuna fase perché non conforme a trasparenza (Cons. Stato, V, 15 giugno 2001, n. 3187).

II.4) Al fine di individuare la priorità logica in cui esaminare l'ordine dei ricorsi proposti, non è perciò determinante la diversa collocazione degli atti impugnati nel quadro della complessiva procedura di selezione dei contraenti, quanto piuttosto il carattere dell'interesse versato nel processo con le rispettive impugnazioni.

II.5) Sotto tale aspetto, è indubbio che presenti priorità il ricorso incidentale dell'Ati Ecocampania, dato il suo scopo conservativo del provvedimento impugnato con il ricorso principale, che, nella valutazione prospettica dell'accoglimento del ricorso incidentale, dovrebbe essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza d'interesse al suo annullamento: una volta accolto il subordinato ricorso incidentale, il venire meno dell'atto impugnato in via principale non recherebbe infatti alcun vantaggio alla ricorrente Ati AGAC perché la sua offerta non potrebbe comunque aggiudicarsi la gara (Cons. Stato, IV, 18 aprile 1994, n. 344; V, 8 maggio 2002, n. 2468). E ciò nonostante le operazioni oggetto del ricorso principale attengano all'esame dei requisiti di partecipazione (tipico della fase di prequalificazione) e quelli oggetto del ricorso incidentale all'esame tecnico-economico delle offerte (tipico alla fase di valutazione/comparazione).

II.6) Conformemente alla lettera d'invito (prot. n. 46/02 del 6.3.2002) entrambi i raggruppamenti erano stati ammessi alla presentazione dell'offerta dalla "Commissione tecnica per le procedure di esternalizzazione", che aveva attribuito all'Ati Ecocampania un punteggio maggiore, giusta la nota del responsabile del procedimento 3 marzo 2003, prot. n. 682. Di questo provvedimento, l'interesse ad agire dal ricorrente principale postula l'annullamento e quello del ricorrente incidentale implica la conservazione.

II.7) La rilevanza processuale della tutela richiesta nel giudizio implica la previa verifica dell'ammissibilità dell'azione sotto l'aspetto dell'interesse ad agire del ricorrente principale, che sotto il profilo prospettico, rimane paralizzata dall'accoglimento del ricorso incidentale: la sua eventuale possibile fondatezza implica che il provvedimento impugnato in via principale dall'Ati AGAC non venga affatto sindacato e rimanga salvo ed integro nel suo contenuto essenziale (Cons. Stato, V, 26 luglio 1985, n. 267). Effetto questo tipico del ricorso incidentale previsto dall'art. 37, t. u. 26 giugno 1924, n. 1054 e dall'art. 37, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 quale strumento processuale di essenza «derivata» ed «accessoria» rispetto a quello principale, messo a disposizione del controinteressato per paralizzare l'azione del ricorrente (Cons. Stato 8 maggio 2002, n. 2468).

II.8) Nell'ordine di esame dei ricorsi avverso l'atto di aggiudicazione, precede, conclusivamente, quello incidentale dell'Ati Ecocampania avverso la nullità dell'offerta formulata dalla ricorrente Ati AGAC in via principale.

III) Sostiene l'appellante che erroneamente il Tar della Calabria avrebbe accolto il ricorso incidentale, affermando che il documento allegato all'offerta contenente "precisazioni da considerarsi presupposto delle manifestazioni di consenso espresse nell'offerta" contraddiceva alle condizioni stabilite dalla lettera d'invito sulla garanzia dei livelli occupazionali per il periodo di affidamento diretto di cui allo schema di contratto. Oggetto particolare di cesura è l'affermazione del primo giudice che le "precisazioni" incidono sul contenuto dell'offerta e non costituiscono una base per una futura offerta migliorativa, rendendo l'offerta condizionata e in contrasto con la lettera d'invito per mancanza di un impegno effettivo da parte del contraente.

III.1) In particolare l'Ati AGAC sostiene che: -la sua offerta prevedeva di mantenere l'esistente livello occupazionale, sul quale era parametrata; -la postilla interpretativa ribadiva l'impegno a far sì che la società assumesse o comunque agevolasse e accettasse il passaggio a sé medesima delle singole unità di personale attualmente impiegate nella gestione del servizio presso il Comune, precisando, nell'ottica di una migliore efficienza, che entrambi i soci potevano mediante concordati programmi di incentivazioni

addivenire ad una più razionale organizzazione delle forze lavorative; -il divieto di introdurre elementi modificativi non ha alcun senso in una procedura negoziata, in cui è del tutto fisiologica la dialettica contrattuale delle parti; -la procedura selettiva prescelta non è disciplinata da alcuna norma legislativa o regolamentare ma è regolata in regime di sostanziale autonomia dallo stesso comune di Reggio Calabria; - riserva alcuna era stata apposta all'accettazione delle condizioni generali e particolari di partecipazione, dello statuto della costituenda società, del contratto di servizio e dei patti parasociali.

III.1.1) Il Collegio ritiene che nessuna delle suesposte prospettazioni sia meritevole di accoglimento.

III.2) Nelle "precisazioni" era, invero, chiaramente specificato che, una volta realizzatosi il passaggio delle unità di personale attualmente impiegate nei servizi, la società avrebbe avviato senza indugio una trattativa con le organizzazioni sindacali sino a raggiungere l'inquadramento giuslavoristico più vantaggioso possibile per la società. Quest'ultima sarebbe poi stata libera di adottare nell'ambito delle attività oggetto della gara, una volta garantite le posizioni soggettive delle unità impiegate, le politiche di gestione del personale maggiormente confacenti ai propri scopi, comprese la riduzione nel tempo e come da progetto, del monte unità attualmente impiegate anche mediante programmi di incentivazione. È pertanto da contestare che l'offerta dell'Ati AGAC, pur ammettendo che fosse parametrata in base all'esistente livello occupazionale del personale impiegato dal Comune, prevedesse di mantenere l'esistente livello occupazionale, atteso il tenere della "condizione" volto a contrarre nel tempo il numero degli occupati, non diversamente intendendosi la riduzione del monte-ore. E ciò diversamente dal punto 2) della lettera d'invito, volta alla garanzia degli attuali livelli occupazionali, che si sostanzia nel mantenimento in organico delle medesime unità sino ad allora impiegate nella gestione del servizio e non solo nella loro assunzione.

III.3) Che la società si ritenesse libera di adottare le politiche di gestione del personale più confacenti ai propri scopi, contraddice, quindi al divieto di introdurre elementi modificativi alle condizioni dettate dal Comune. Anche se nell'ottica di una migliore efficienza ed efficacia di operatività, la prospettata riduzione dell'organico, se necessario, ha valenza di clausola condizionale apposta all'offerta, in spregio sia al citato punto 2) della lettera d'invito, sia al divieto dell'art. 72 R.D. n. 827/1924.

III.4) Né è poi sostenibile che la scelta del socio configurasse una procedura negoziata, nel cui ambito le precisazioni operavano non come condizione, ma quale controproposta, ammissibile ai sensi dell'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000 che non detta alcuna modalità per individuare il socio privato di minoranza. Correttamente la sentenza impugnata evidenzia che l'intento del Comune di attivare una procedura concorsuale era inequivocabile dalla "graduatoria" delle offerte ad opera della commissione giudicatrice riportata al punto 12) della lettera d'invito, ad onta dell'inciso contenuto al punto 1) dell'avviso pubblico, che impropriamente definisce "negoziata" la procedura. L'inciso da ultimo è contraddetto anche dal punto 13 della lettera d'invito, ove la trattativa migliorativa dei contenuti dell'offerta è prevista solo dopo la scelta del migliore offerente a seguito della procedura di selezione. E, del resto, la stessa relazione tecnica sulla costituzione della S.p.A. mista, di cui alla deliberazione della G.C. 22 maggio 2001 n. 414, demandava l'individuazione del socio privato ad una procedura concorsuale. Risultano comprovati sia l'impossibilità di modificare con trattative contrattuali la lettera d'invito per il suo carattere di *lex specialis* della procedura concorsuale sia la sua impermeabilità, ex art. 72 R.D. 23 maggio 1924 n. 827, a clausole o condizioni unilateralmente introdotte nelle offerte dei partecipanti.

III.5) Data la sua portata generale in tutti i procedimenti concorsuali, il divieto dell'offerta condizionata è, ad avviso del Collegio, applicabile alla scelta del partner privato di minoranza della società mista con le regole del concorso al quale la stessa amministrazione si sia spontaneamente autovincolata, anche se il divieto stesso non sia stato espressamente menzionato negli atti di gara (arg. Cons. Stato, V, 25 febbraio 1991, n. 195; T.A.R. Piemonte, II, 12 maggio 2000, n. 569). È pertanto inevitabile l'inammissibilità (*rectius* la nullità) dell'offerta che art. 72 R.D. n. 827/1924 connette alla violazione del divieto.

III.6) E' infine irrilevante che, al momento dell'accettazione della lettera d'invito, l'Ati AGAC non avesse apposto alcuna riserva sulle condizioni generali e particolari di partecipazione alla procedura. La dichiarazione è contraddetta dalla condizione, unilateralmente stabilita nella "postilla", di valutare se le assunzioni ipotizzate e poste alla base del progetto fossero o meno conformi agli obiettivi strategici della società, e procedere, in caso diverso, alla riduzione del personale, che incide sostanzialmente sul

contenuto dell'offerta e non ne rappresenta alcuna base per un futuro miglioramento. L'ulteriore trattativa, che l'Amministrazione può avviare con il candidato che ha presentato la migliore offerta per ottenere un risultato ancor più conveniente, implica che sia stata già effettuata la comparazione fra le partecipanti alla gara: non può intervenire prima di tale momento, salvo alterare la "par condicio" dei concorrenti per il mutamento unilaterale da parte di un contraente dei criteri precostituiti al momento di indire la gara e oggetto di affidamento da parte degli altri partecipanti (Cons. Stato, V, 25 febbraio 1991, n. 195).

IV) Per le suesposte considerazioni, la decisione del Tar della Calabria è da confermare anche nella parte in cui respinge il ricorso incidentale (condizionato) proposto dalla ricorrente principale (Ati AGAC) avverso l'avviso pubblico e la lettera d'invito qualora dalle loro disposizioni possa dedursi il divieto di offerte condizionate.

IV.1) Va ancora ribadita l'efficacia generale del divieto, che opera anche se non espressamente menzionato negli atti di ciascuna gara, perché risponde alla salvaguardia della par condicio dei partecipanti che sarebbe inevitabilmente alterata dalla condizione apposta all'offerta di un partecipante: principio questo che è proprio di qualsiasi procedura concorsuale ove tutti devono concorrere contestualmente (Cons. Stato, II, 14 dicembre 1994, n. 2540).

V) Vanno, a tal punto, esaminate le censure prodotte nel ricorso principale nei confronti dell'aggiudicazione della gara all'Ati Ecocampania.

V.1) Tale esigenza è stata evidenziata nella citata sentenza della Sezione n. 2468/2002, quando la domanda originaria del ricorrente principale mira ad affermare l'illegittimità dell'aggiudicazione in una gara con due soli concorrenti, come si verifica in quella di specie. Se, oltre l'incidentale, sia fondato anche il ricorso principale, la Sezione ha ritenuto più congrua la decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali. Al pari del ricorrente incidentale, anche quello principale ottiene comunque, attraverso l'accoglimento della propria domanda, un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'Amministrazione. E a questo indirizzo il Collegio ritiene di adeguarsi.

VI) L'accoglimento del ricorso principale per mancanza dei requisiti di ammissione pronunziato dalla sentenza impugnata va, ad avviso del Collegio confermato: l'Ati Ecocampania era priva del fatturato richiesto e non aveva prestato, all'atto della presentazione dell'offerta, la garanzia fideiussoria previsto per la mandataria che non disponeva dei 2 miliardi di capitale interamente versato [punti 8, lett. e) e 10 della lettera d'invito].

VI.1) E' incontestato che il fatturato globale medio annuo nella gestione di pubblici servizi esposto nei bilanci dell'Ati Ecocampania (lire 8.859.987.232 per l'anno 1998; lire 18.746.382.400 per l'anno 1999; lire 27.386.984.292 per l'anno 2000) fosse inferiore ai 20 miliardi di lire richiesti dall'avviso di gara. E correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto che la documentazione prodotta a seguito dei chiarimenti non fosse in grado di integrare i dati di bilancio per raggiungere il volume d'affari richiesto.

VI.1.1) Nella memoria della controinteressata non si contesta l'inidoneità del credito di Lit. 1.203.395.369 (in corso di recupero) vantato per revisione di canoni d'appalto nei confronti del comune di Villa Literno ad integrare il bilancio della società. Si afferma invece che il procedimento arbitrale sulla somma di lire 4.949.936.175, richiesta al comune di Sanata Maria Capua Vetere, sarebbe stato definito con il pagamento di € 1.753.871, giusta la delibera 24.2.2003, n. 79 della G.C. che aveva già fissato l'importo dovuto e dato mandato al dirigente di sottoscrivere l'atto di transazione.

VI.1.2) La mera esistenza di una delibera, non sorretta da un impegno di spesa e dall'iscrizione del relativo importo fra le poste in uscita del bilancio del Comune non vale a qualificare la somma come possibile componente del bilancio della società. E ciò a prescindere dall'anno (2003) in cui è maturata la certezza dell'importo da acquisire, posteriore al triennio (1998-2000) in cui era richiesta la prova del fatturato medio annuo. Il principio di veridicità e di certezza dei dati esposti nelle scritture contabili della società, a tutela degli interessi dei soci e degli altri soggetti che possono entrare in contatto con la stessa, implica che i crediti debbano essere iscritti al momento del realizzo e secondo il loro presumibile valore (Cass. I, 11 dicembre 2000, n. 15592): requisiti che il Collegio non ravvisa in un credito privo di alcuna certezza circa la sua riscossione, ma solo riconosciuto transattivamente da un soggetto, per quanto qualificato possa essere, come un ente locale. Da tali considerazioni discende



l'infondatezza di quanto addotto avverso la decisione, laddove ha negato all'Ati Ecocampania la possibilità di integrare il fatturato richiesto dal punto 8, lett. e) dell'avviso pubblico con i crediti nei confronti dei suddetti comuni.

VI.2) La sentenza di primo grado va anche confermata nella parte in cui ha ritenuto che gli artt. 13 e 17. D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 non esoneravano l'Ati Ecocampania dalla della prova della capacità economico-finanziaria con le modalità richieste dall'avviso di gara.

VI.2.1) Erroneamente, infatti la commissione aggiudicatrice ha ammesso la concorrente a provare il volume d'affari con altra documentazione ai sensi dell'art. 13, comma 3, D.Lgs. n. 157/1995, non essendo indicata espressamente nell'avviso pubblico quella idonea a controllare l'esistenza del requisito (verbale della seduta 24 settembre 2002). La deroga è infatti ammessa solo se giustificati motivi impediscano alla partecipante di assolvere agli obblighi ordinariamente previsti per dimostrare l'esistenza dei requisiti. Motivi dei quali non è menzione nei chiarimenti presentati dal raggruppamento e nel citato verbale della commissione, che al proposito richiama l'iscrizione della società a r.l. Ecocampania nell'Albo Nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti.

VI.2.2) Dalla suddetta iscrizione la commissione ha ritenuto "sostanzialmente la sussistenza il requisito del possesso, alla data di pubblicazione dell'avviso, del volume di affari medio conseguito nell'ultimo triennio". Di per sé, l'iscrizione non esime l'Ati Ecocampania dal documentare il requisito della capacità economico-finanziaria secondo le modalità previste dall'avviso di gara. L'art. 17, D.Lgs. n. 157/1995 attribuisce all'iscrizione del prestatore di servizi negli elenchi ufficiali il valore di presunzione di idoneità allo svolgimento dei servizi corrispondenti alla classificazione per i quali è avvenuta l'iscrizione. Il carattere di mera presunzione non impedisce all'amministrazione di richiedere che la capacità economico-finanziaria sia comprovata anche tramite altri requisiti aggiuntivi in grado di assicurarle maggiori garanzie di solvibilità e serietà organizzativa, purché non macroscopicamente illogici (T.A.R. Umbria, 23 gennaio 2002, n. 36). E nella specie va ribadito che il requisito dell'idoneità non concerneva l'affidamento in appalto di un servizio di pulizia, sebbene l'individuazione di un socio di minoranza alla società mista cui affidare lo svolgimento dei servizi ambientali.

VI.3) La sentenza va infine confermata anche per l'illegittimità ravvisata nei confronti dell'operato della Commissione, che aveva ommesso di rilevare la carenza della fideiussione bancaria richiesta dal bando alle società capogruppo che non avevano il capitale versato pari a 2 miliardi di lire. Nella memoria 16.2.2004 il raggruppamento afferma che la lettera d'invito nulla precisava circa la fideiussione e bando si limitava a chiedere la mera dichiarazione di impegno a prestarla successivamente. L'affermazione è però contraddetta dal punto 8, lett. e) dell'avviso che fissava tale momento alla presentazione dell'offerta.

VII) Per le ragioni sinora esposte, la sentenza di primo grado va, conclusivamente confermata nella parte in cui ha accolto il ricorso principale dell'Ati AGAC e quello incidentale dell'Ati Ecocampania ed ha respinto il ricorso in occidentale (condizionate) della concorrente principale. Vanno compensate le spese della presente fase di giudizio data la delicatezza delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato - Quinta Sezione, decidendo dell'appello in premesse lo respinge. Compensa le spese della presente fase di giudizio.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 24 febbraio 2004.

Emidio Frascione	Présidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere estensore
Marzio Branca	Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Cesare Lamberti	f.to Emidio Frascione

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 23 AGOSTO 2004  
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)  
p. IL DIRIGENTE  
f.to Livia Patroni Griffi

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )