



N. Reg. Sent.

N. 3806/2008 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, composto dai signori:

Pasquale de Lise	Presidente
Roberto Politi	Consigliere
Mario Alberto di Nezza	Primo referendario, rel.

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

nel ricorso n. 3806/2008 R.g. proposto

da

Cnim s.a., in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento con De Vizia Transfer s.p.a. e con Co.ge.co. s.c.r.l., nonché nell'interesse di entrambe le mandanti De Vizia e Co.ge.co., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, tutte rappresentate e difese dall'avv. Xavier Santiapichi, presso il cui studio in Roma, Via Bertoloni n. 44/46, hanno eletto domicilio

contro

la Presidenza del Consiglio dei ministri – Commissario delegato *ex* o.P.C.M. n. 3641 del 16 gennaio 2008 per la localizzazione, progettazione e realizzazione dell'impianto di termodistruzione della provincia di Salerno, di cui all'art. 2 o.P.C.M. n. 3639 dell'11 gennaio 2008 e o.P.C.M. n. 3641 del 16 gennaio 2008, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato

e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato;

il Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Brancaccio, presso il cui studio in Roma, Via Taranto n. 18, ha eletto domicilio

e nei confronti di

A2A s.p.a., Hera s.p.a. e C.C.C. soc. coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, n.c.

per l'annullamento, previa sospensione,

- della comunicazione commissariale prot. 46 del 31 marzo 2008, con cui è stata resa nota l'esclusione della ricorrente dalla gara relativa alla progettazione, realizzazione e gestione dell'impianto di termodistruzione dei rifiuti solidi urbani (RSA e RSU) nella provincia di Salerno;
- dell'ordinanza commissariale n. 16 del 31 marzo 2008, con cui è stata disposta l'esclusione;
- del verbale di gara in data 25 marzo 2008, dal quale risulta l'esclusione della ricorrente;
- delle risposte ai chiarimenti fornite dall'amministrazione in data 16 marzo 2008;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale

nonché per la condanna

dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno conseguente alla perdita di *chance* (in ragione della mancata partecipazione alla gara).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

sentiti alla camera di consiglio del 7 maggio 2008, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, gli avv.ti Santiapichi, Brancaccio e l'avv. dello Stato Giacobbe, anche sulla possibilità di definire il ricorso con decisione in forma semplificata;

considerato che ad avviso del Collegio il giudizio appare suscettibile di essere definito in tale forma, sussistendo i presupposti dell'art. 26 l. n. 1034/1971, come modif. dalla legge n. 205/2000;

**1. Rilevato:**

che l'esclusione del r.t.i. istante (cfr. verb. 25 marzo 2008) è dipesa dalla asserita carenza dei requisiti del "capitale sociale" (punto III.2.2 del bando), del "fatturato medio annuo nel quinquennio 2005/2006 per gestione termovalorizzatore" (punto III.2.3.) e della "capacità tecnica" (punto III.3), rispetto ai quali, a dire del seggio di gara:

- a) non avrebbe alcuna influenza la dichiarazione della società Cnim di avvalersi dei corrispondenti requisiti del "capitale" e del "fatturato" posseduti da altra impresa (società Veritas), in quanto l'istituto dell'avvalimento sarebbe "non consentito dal bando di gara";
- b) la mandataria avrebbe dichiarato, riguardo al "fatturato", un importo "per soggetto verosimilmente diverso dal concorrente" (Gruppo Cnim, costituito da Cnim s.a. e sue filiali);
- c) l'attestazione SOA prodotta riguarderebbe solo il possesso della cat. OS 14 (qualif. VIII) e non anche quello della cat. OG 9 (qualif. VIII; impianto di produzione di energia elettrica);

2. Considerato che i motivi *sub* nn. 1 e 3 ric. sono fondati in quanto:

A) n. 1 ric.

Effettivamente il bando di gara va interpretato nel senso della sufficienza di una mera “dichiarazione” dei requisiti posseduti (cfr. punto III.1), versando la procedura in una fase, quella di prequalifica, per la quale “il criterio interpretativo delle dichiarazioni di gara deve essere volto a favorire la più ampia partecipazione” al fine di “far conoscere all’amministrazione la disponibilità del mercato” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2007, n. 619);

B) n. 3 ric.

Rispetto alla capacità tecnica, la ricorrente ha dichiarato ai sensi del d.P.R. n. 445/00 “*di essere in possesso dei requisiti che il d.P.R. 34/2000 prescrive per la qualificazione delle imprese italiane da parte delle SOA, per categorie e classifiche corrispondenti all’intervento da realizzare*”.

Tale dichiarazione appare invero conforme a quanto affermato dalla stazione appaltante in risposta a uno specifico quesito posto da una partecipante alla selezione (all. 9 ric.), risposta verosimilmente ispirata al combinato disposto degli artt. 38, comma 5 e 47 d.lgs. n. 163/06.

Questi articoli - muovendo dalla regola che per le imprese stabilite in paesi diversi dall’Italia (come la ricorrente implicitamente ma incontestatamente deduce di essere) “la qualificazione di cui al presente codice non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara” - sanciscono infatti che le imprese straniere possono limitarsi a produrre: a) “documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti [...]” (art. 47,

comma 2); b) nel caso in cui il documento richiesto per la qualificazione non sia rilasciato all'interno di uno stato dell'Unione europea, una dichiarazione giurata o "resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza" (art. 39, comma 5, espressamente fatto salvo dal citato art. 47).

Le norme non contemplano invero la possibilità di produrre autodichiarazioni rese ai sensi della normativa italiana. Nondimeno, il ricordato chiarimento della stazione appaltante ha sicuramente ingenerato in capo alle partecipanti una situazione di affidamento idonea a impedire l'esclusione dalla fase di prequalificazione per vizi o carenze di detta autodichiarazione (mentre l'effettiva verifica del requisito va differita al successivo segmento procedimentale).

3. Considerato tuttavia che il motivo n. 2, in parte fondato, va tuttavia in altra parte disatteso, in quanto:

3.1) l'assenza nel bando di gara di una previsione volta a consentire l'avvalimento non può essere certo intesa nel senso di escludere l'utilizzo di questo istituto, ma, al contrario, in quello di ammetterlo nella portata più ampia (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856), non ravvisandosi del resto alcuna ragione, di ordine giuridico o fattuale, atta a sostenere la tesi dell'amministrazione secondo cui l'avvalimento sarebbe incompatibile con il contratto di "concessione di lavori" (costituente oggetto della procedura in esame);

3.2) la soglia del "capitale sociale" risulta pertanto raggiunta unitamente all'avvalsa (Veritas);

3.3) per quanto riguarda il requisito del “fatturato medio” (euro 50.000.000), la mandataria dichiara un ammontare a sé riferibile pari a euro 14.338.000 euro e dichiara, al contempo, che il fatturato “*realizzato dal Gruppo Cnim (Cnim s.a. e sue filiali) è pari a 46.908.000 euro*” (v. punto 7 offerta), onde il parametro sarebbe integrato grazie all’avvalimento (avendo la società Veritas conferito tale requisito per un ammontare di 5.000.000 di euro).

Il raggiungimento della soglia minima deriva perciò dalla presa in considerazione del fatturato del “*gruppo Cnim*”.

A tale proposito, ritiene il Collegio che la dichiarazione della ricorrente, unico elemento da cui desumere la circostanza in argomento, non sia sufficiente.

Nel caso di avvalimento c.d. infragruppo l’art. 49 vuole infatti che siano comunque prodotte le dichiarazioni previste dal comma 2 (alleggerendo l’ordinario onere documentale delle imprese interessate, laddove sancisce che in luogo del “contratto” basta produrre una “dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”; cfr. comma 2, lett. g).

D'altronde, la riconduzione dell'ipotesi in esame all'istituto in disamina (secondo quanto dedotto dalla resistente) appare pienamente condivisibile, posto che nella specie la domanda di partecipazione risulta presentata da una singola società (ancorché asserita capogruppo), la Cnim s.a., mentre il gruppo societario non coincide, ovviamente, con la *holding* che lo controlla (possedendo ciascuna delle imprese che ne fanno parte un'autonoma e distinta personalità giuridica).

Ciò impedisce di aderire alle prospettazioni della ricorrente sulla redazione del bilancio consolidato ovvero sull'esistenza (peraltro solo allegata) di rapporti di controllo totalitario tra le imprese del gruppo che le fa capo, rendendo al contempo irrilevante la censura concernente il momento della verifica dei vincoli giuridici idonei a comprovare il possesso del requisito (verifica che, a suo dire, avrebbe dovuto essere espletata successivamente alla fase di prequalificazione).

E può comunque rilevarsi come non sarebbe ammissibile un "doppio avvalimento" (cfr. art. 49, comma 6, d.lgs. n. 163/06: "il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria"), ricorrendo in concreto tale situazione (la Cnim intende infatti avvalersi tanto delle imprese del suo gruppo quanto della società Veritas);

4. Considerato di disattendere anche l'ultimo motivo di gravame (n. 4 ric.), prospettato in via subordinata, ostando le carenze rilevate all'integrazione ex art. 46 d.lgs. n. 163/06 della documentazione prodotta, in ossequio all'immanente limite del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti;

5. Considerato che il ricorso va pertanto respinto, ravvisandosi giusti motivi per compensare le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 maggio 2008.

Il Presidente

L'estensore