



N.3113/2005

Reg. Dec.

N. 7502 Reg. Ric.

Anno 2004

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Confindustria Puglia -
Federazione dell'industria della Puglia, Serveco s.r.l.,
Calabreseengineerig s.p.a., Impresud s.r.l., Immobil Daunia
s.r.l., Lombardi Ecologia s.r.l., Fosso del Prete Soc. consortile
a r.l., Sud Gas s.r.l., Monticava Strade s.r.l., Ecologica s.p.a.,
Axa s.r.l., Gial Plast s.r.l., Co. Gene s.r.l. e I.CO.M. di
Pasquale Muccio, nelle persone dei legali rappresentanti,
rappresentati e difesi dall'avvocato prof. Ernesto Sticchi
Damiani ed elettivamente domiciliati in Roma Via L.
Mantegazza n. 24 presso il cav. L. Gardin; **APPELLANTI**

contro

il Presidente p.t. della Regione Puglia, n.q. di Commissario
delegato per l'emergenza ambientale, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la quale domicilia
per legge in Roma Via dei Portoghesi n. 12;

il Ministero dell'interno, in persona del Ministro p.t.,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato

presso la quale domicilia per legge in Roma Via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

della Regione Puglia, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Nicolardi ed elettivamente domiciliato in Roma Via L. Mantegazza n. 24 presso il cav. L. Gardin; **APPELLANTE INCIDENTALE** dell'Autorità per la gestione dei rifiuti urbani del bacino Ba/1, non costituita;

con intervento ad opponendum

del Consorzio Co. Ge. Am., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Quinto ed elettivamente domiciliato in Roma Via Cosseria n. 2 presso l'avv. Alfredo Placidi;

ed intervento ad adiuvandum

di Lombardi Ecologia s.r.l., Ing. Orfeo Mazzitelli s.p.a. e Ecoambiente s.r.l., nelle persone dei legali rappresentanti, rappresentati e difesi dall'avvocato prof. Ernesto Sticchi Damiani ed elettivamente domiciliati in Roma Via Bocca di Leone n. 78 (studio B.D.L.);

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sez. II di Bari 9.6.2004 n. 2493;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate e l'appello incidentale della Regione;

Visti gli atti di intervento;

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

Vito il dispositivo di sentenza n. 69/2005

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica Udienza del 1 febbraio 2005 il Consigliere A. Anastasi; uditi gli avv.ti E. Sticchi Damiani, P. Nicolardi e P. Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara in data 17 dicembre 2003 il Presidente della Regione Puglia - Commissario delegato per l'emergenza ambientale ha indetto un pubblico incanto ai sensi del D. L.vo n. 157 del 1995 per l'affidamento - secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - della progettazione, costruzione e gestione per la durata di anni 17 e mesi 6 di un sistema impiantistico completo a servizio del bacino Ba/1 costituito da un centro di selezione ed una linea di biostabilizzazione (con potenzialità di 300 tonnellate giornaliere) e di un impianto di produzione di C.D.R. e/o di termovalorizzazione rifiuti, da realizzare in sito proposto dal concorrente.

Tanto in attuazione dei poteri previsti dall'Ordinanza Ministero dell'interno 22.3.2002 n. 3184 (come integrata

dall'Ordinanza P.C.M. 12.3.2003 n. 3271) secondo cui "il Commissario delegato - Presidente della Regione Puglia a seguito di procedure di gara comunitaria, anche con il contributo finanziario commissariale o attraverso procedure di finanza di progetto, stipula contratti per la realizzazione e/o gestione di impianti a titolarità pubblica di produzione di combustibile derivato da rifiuti e/o di termovalorizzazione".

Il bando e gli atti ad esso presupposti sono stati impugnati da imprese pugliesi operanti nel settore della gestione rifiuti ed interessate a partecipare alla procedura concorrenziale nonché da Confindustria Puglia, nella sua qualità di associazione rappresentativa del mondo imprenditoriale, statutariamente deputata a tutelare gli interessi di categoria.

In sintesi, i ricorrenti hanno lamentato gli effetti esasperatamente restrittivi - in termini di accesso alla procedura - derivanti dalle clausole che fissano i requisiti soggettivi di partecipazione e le conseguenze discriminatorie discendenti dalla scelta del Commissario di porre unitariamente a gara attività e prestazioni del tutto disomogenee.

In particolare, la prima - e centrale - censura dedotta a sostegno del gravame era volta a contestare la scelta del Commissario di configurare l'affidamento in questione quale appalto di servizi e non concessione di lavori pubblici, con conseguente inapplicabilità della legge n. 109 del 1994.

Da tale scelta, come concretizzatasi nelle specifiche clausole del bando, è derivata l'esclusione dalla gara di tutte le imprese (pure da anni operanti in ambito regionale nel settore trattamento rifiuti) non in possesso della qualificazione SOA per le categorie e qualifiche richieste e quindi - in sostanza - non in grado di eseguire direttamente i lavori di realizzazione degli impianti.

Da tale scelta è inoltre derivata, naturalmente, la violazione sotto molteplici profili delle norme comunitarie e interne che disciplinano le concessioni di lavori pubblici.

Con la seconda censura veniva poi lamentata la violazione delle norme che impongono, anche nel caso di procedure per l'affidamento di pubblici servizi, l'indicazione almeno in via presuntiva dell'importo dei lavori posto a base di gara.

Tale omissione ha in sostanza comportato l'individuazione di requisiti soggettivi di partecipazione (in termini di fatturato nel triennio ed importo di servizi svolti) fissati in maniera assai elevata, e comunque indipendentemente da ogni rapporto di proporzionalità con l'importo complessivo dell'investimento in concreto richiesto.

In sostanza, a fronte di un intervento di importo massimo stimabile come non superiore a 35 milioni di Ecu, sono stati esclusi dalla procedura tutti i soggetti che non avessero svolto nel triennio precedente servizi analoghi per almeno 15 milioni (pari a 8 volte il requisito minimo legale) e che non avessero conseguito un fatturato minimo di 30 milioni (pari a tre volte il

requisito minimo legale): così determinandosi una immotivata e discriminatoria restrizione della platea dei partecipanti.

A ciò deve aggiungersi che nelle varie procedure contestualmente bandite i requisiti di partecipazione sono stati valorizzati – senza alcuna motivazione – secondo importi differenti.

Con la terza censura è stata lamentata l'imposizione, con riferimento alle modalità di determinazione dell'offerta economica da parte dei concorrenti, di clausole irragionevoli e tali da impedire ex ante il necessario calcolo di convenienza.

In sostanza, il Commissario – mediante la fondamentale clausola di immutabilità della tariffa offerta - ha totalmente accollato ai concorrenti l'alea derivante dalla variabilità del quantitativo totale dei rifiuti conferiti nel periodo di riferimento.

Con la quarta censura è stata stigmatizzata l'indizione di una gara ad oggetto, per così dire, variabile, essendo rimessa in toto ai concorrenti la scelta di realizzare un impianto di produzione CDR o un termovalorizzatore.

In proposito, si sottolinea da un lato che le due diverse tipologie di trattamento sono in atto sottoposte ad un regime giuridico ben differente (e cioè pubblicistico per il CDR, imprenditoriale per la termovalorizzazione); dall'altro che le diverse caratteristiche strutturali e funzionali di tali impianti rendono impossibile – sia in fase di offerta che in sede di

valutazione – ogni comparazione fra le due opzioni operative consentite dal bando.

Con la quinta censura è stata lamentata la mancata previsione della possibilità (o obbligo) per l'aggiudicatario di costituire una società di progetto, quale soggetto economico collettivo cui imputare le obbligazioni nascenti dal rapporto concessorio.

Con la sesta censura è stata dedotta la violazione del divieto di cumulo (ex art. 23 c. 4 D. L.vo n. 157 del 1995) in capo allo stesso soggetto affidatario della attività di progettazione e di quella di realizzazione/gestione dei servizi appaltati.

E' stata poi lamentata l'immotivata invasione da parte del Commissario di ambito operativi di competenza delle Autorità di bacino per la gestione dei rifiuti nonché l'introduzione di un regime di privativa pubblica per le attività di termovalorizzazione, invece oggi liberamente esercitabili in regime di mercato.

Con successivi motivi aggiunti i ricorrenti hanno provveduto ad impugnare ulteriori provvedimenti commissariali con i quali venivano corretti errori materiali contenuti negli atti di gara e venivano fornite precisazioni e rettifiche.

Con la sentenza in forma semplificata in epigrafe indicata il Tribunale, accogliendo eccezioni formulate dalla intervenuta Regione Puglia, ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso nella parte rivolta all'impugnazione del Decreto n. 313 del 2003 ed ha dichiarato inammissibile per carenza di

legittimazione l'impugnativa proposta dalla Confindustria, ritenendo non provato che la tutela dei principi di concorrenza e apertura del mercato rientri tra le finalità statutarie dell'associazione.

Il Tribunale ha invece espressamente disatteso, richiamando i più recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria, l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse dedotta dalla Regione nei confronti delle singole imprese, sul rilievo che le stesse non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara.

Nel merito, il Tribunale ha respinto il gravame ritenendo in primo luogo corretta la scelta dell'Amministrazione di qualificare l'oggetto della gara come appalto di servizio piuttosto che come concessione di costruzione e gestione e disattendendo per conseguenza tutte le doglianze volte a lamentare violazioni della normativa sui lavori pubblici nonché quelle volte a denunciare una presunta indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto.

In tal senso, rileva la sentenza impugnata che l'oggetto dell'appalto consiste nel servizio di recupero dei rifiuti, rispetto al quale la realizzazione degli impianti infrastrutturali (per CDR o termovalorizzazione, a scelta degli offerenti) costituisce elemento accessorio.

Inconferente è stata poi ritenuta la doglianza relativa alla mancata previsione della facoltà per il concessionario di costituire una società di progetto, trattandosi di istituto

previsto unicamente dalla normativa (art. 37 quinquies L. n. 109 del 1994) relativa alle concessioni di lavori.

Quanto alla mancata indicazione preventiva dell'importo dell'appalto ed alla conseguente irragionevolezza delle clausole che impongono determinati requisiti di partecipazione, il Tribunale ha rilevato che il presupposto Decreto commissariale n. 296/2002 contiene una analitica valutazione dei costi relativi agli impianti e alla loro gestione, in riferimento alle caratteristiche peculiari dei diversi bacini di utenza interessati.

Infondate sono state perciò ritenute le censure relative alla omessa indicazione nel bando di criteri idonei a consentire una valutazione da parte delle imprese in ordine alla convenienza economico-finanziaria della gara nonché alla asserita impossibilità di comparare offerte concernenti progetti estremamente diversi per le soluzioni tecniche adottate.

Quanto al divieto di cumulo in capo allo stesso soggetto delle attività di progettazione degli impianti e di quelle di realizzazione degli stessi - posto dall'art. 23 comma 4 D. L.vo n. 157 del 1995 - si è rilevato che esso vale solo quando la progettazione costituisce fase procedimentale autonoma anteriore allo svolgimento della gara, mentre nel caso in esame la progettazione costituisce uno degli oggetti intrinseci dell'appalto.

Infine il Tribunale ha disatteso tutti i motivi di ricorso volti a denunciare profili di illegittimità o incompetenza nell'esercizio dei poteri straordinari da parte del Commissario.

La sentenza è impugnata in via principale dagli appellanti in epigrafe indicati col ricorso all'esame, nel quale si contesta innanzi tutto la dichiarata inammissibilità dell'impugnazione proposta da Confindustria Puglia, sia in generale sia in particolare con riferimento alle censure relative alla mancata previsione nel bando della facoltà di costituzione della società di progetto nonché alla introduzione di un regime di privativa pubblica nelle attività di termovalorizzazione.

Nel merito, gli appellanti tornano a dedurre, in opportuna rimodulazione rispetto al decisum, tutte le censure già versate in prime cure, sottoponendo in particolare a serrata critica gli argomenti in base ai quali il Tribunale ha condiviso la qualificazione della gara in controversia come appalto di servizi.

Si è costituito il Commissario straordinario, instando per il rigetto dell'appello.

Si è costituita la Regione, la quale torna a proporre in forma incidentale le eccezioni (già espressamente disattese) di inammissibilità del ricorso in quanto proposto da imprese che non hanno domandato di partecipare alla gara e di tardività dell'impugnazione rivolta avverso l'O.M. 3184/2002, considerata atto immediatamente lesivo.

La Regione eccepisce altresì l'inammissibilità del ricorso per quanto proposto dalla Confindustria a causa della conflittualità delle posizioni sostanziali degli imprenditori iscritti; l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto in forma collettiva da imprese aventi differenti caratteristiche e dunque anche esse in situazione potenzialmente conflittuale; infine, e più in generale, la assoluta genericità delle censure dedotte senza specifica individuazione delle clausole del bando immediatamente lesive.

E' intervenuto in giudizio ad opponendum il Consorzio a r.l. Co. Ge. Am., n.q. di ammesso a tutte le gare bandite (salvo quella relativa all'ambito di Brindisi) il quale eccepisce l'inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto proposto da imprese che non hanno partecipato alla gara e da Confindustria in un contesto di oggettiva conflittualità fra le posizioni di diversi soggetti imprenditoriali tutti iscritti all'Associazione.

Sotto un diverso profilo il Consorzio deduce l'inammissibilità del gravame in quanto le imprese ricorrenti lamentano la mancata applicazione della normativa sui lavori pubblici pur non avendo i requisiti necessari per la partecipazione ad una eventuale gara per l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione.

Sono intervenute in giudizio ad adiuvandum le Imprese in epigrafe indicate, ivi compresa la Lombardi Ecologica s.r.l. che in precedenza aveva rinunciato all'appello.

Con ord.za adottata nella Camera di consiglio del 7 ottobre 2004 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare versata in via incidentale dagli appellanti.

All'udienza del 1 febbraio 2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello principale e quello incidentale vanno riuniti perchè rivolti avverso la stessa sentenza.

Entrambi sono infondati e vanno quindi respinti.

Procedendo all'esame delle questioni di rito, va in primo luogo esaminata la singolare posizione processuale della Soc. Lombardi Ecologia, la quale dopo aver impugnato la sentenza di primo grado ha rinunciato all'appello con atto non notificato ed è successivamente re-intervenuta ad adiuvandum.

Tale intervento è ovviamente inammissibile: come chiarito da consolidata giurisprudenza è infatti inammissibile l'intervento ad adiuvandum nel grado di appello spiegato nel processo amministrativo da un soggetto che, cointeressato rispetto all'appellante e parte nel primo grado di giudizio, sia ex se legittimato a proporre direttamente gravame in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di capi della sentenza immediatamente lesivi, che può far valere solo mediante proposizione di appello nei prescritti termini di impugnazione. (cfr. IV Sez. 15.5.2002 n. 2592).

Per quanto riguarda la precedente rinuncia non notificata, essa dovrebbe comportare l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse: tuttavia, nella descritta situazione processuale non pare al Collegio che la mera sottoscrizione dell'atto, non ritualmente notificato, possa tuttora costituire sintomo non equivoco del radicale venir meno dell'interesse della parte a conseguire una decisione di merito ad essa favorevole.

Sempre con riferimento alle questioni di rito, va confermata l'inammissibilità del ricorso proposto da Confindustria Puglia. Come sopra riferito, tale inammissibilità è stata affermata dal Tribunale in quanto l'Associazione ricorrente non ha provato che la tutela dei principi di concorrenza e apertura del mercato rientra tra le sue finalità statutarie.

A tale statuizione l'appellante principale oppone due diversi rilievi, il primo dei quali - di portata generale - concerne la legittimazione dell'Associazione delle imprese pugliesi a pretendere che le gare indette dal Commissario siano aperte alla partecipazione di tutti gli imprenditori operanti, in ambito locale, nel settore dei rifiuti e non ristrette (mediante la previsione di requisiti economico finanziari sovrastimati) ad esigue entità iperqualificate, sostanzialmente estranee alla realtà regionale.

Sotto un profilo più particolare l'appellante deduce che in ogni caso l'ammissibilità del ricorso proposto dall'associazione imprenditoriale appare evidente in relazione alle censure volte

a stigmatizzare da un lato la surrettizia introduzione, mediante gli atti commissariali, di un regime di riserva pubblica infraregionale per attività (di recupero dei rifiuti) invece liberalizzate a livello nazionale; dall'altro, la mancata previsione della facoltà di costituire società di progetto, strumento fondamentale per la promozione di sinergie nell'ambito imprenditoriale pugliese.

Il Collegio non condivide tale prospettazione, non ravvisando nella fattispecie motivi per discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato - e di recente ribadito da VI Sez. 21.4.2004 n. 2281, con riferimento a controversia azionata dall'Associazione di categoria di tutti i costruttori edili a tutela però solo degli iscritti di dimensioni medie o piccole - secondo cui la legittimazione delle Associazioni di categoria a proporre ricorso giurisdizionale è da escludere quando l'associazione insorge in giudizio per far valere gli interessi solo di una parte dei suoi componenti e trascurando quelli, eventualmente, di segno contrario.

Al riguardo, si premette da un lato che la questione ora specificamente evocata non è in realtà coperta da giudicato, non avendo la sentenza impugnata espressamente rigettato ma solo assorbito la relativa eccezione, a fronte di altri rilievi di inammissibilità reputati prevalenti; dall'altro che in ogni caso l'eccezione relativa al conflitto di interessi fra gli iscritti all'associazione è stata qui riproposta in forma incidentale dalla Regione.

Tanto chiarito, si osserva in primo luogo che nel caso in esame l'associazione agisce - essenzialmente - a tutela delle imprese già operanti nel settore del trattamento rifiuti, ma non in grado di eseguire i lavori impiantistici per mancanza dell'attestazione SOA o di partecipare alla gara per difetto dei requisiti economico-finanziari.

In proposito, come si vedrà in seguito, è contestato se il bando di gara precludesse veramente la partecipazione in forma associata ad imprese di servizi prive di SOA, di talchè l'impugnativa proposta da Confindustria appare già potenzialmente confliggente con la posizione differenziata acquisita da quelle Imprese di settore (ad es. la predetta Lombardi o la soc. CISA poi confluita nel consorzio interveniente) che hanno comunque obiettivamente partecipato anche con successo alla selezione, pur in difetto del grado di qualificazione asseritamente necessario.

In disparte tale dirimente rilievo, sta di fatto che il contesto produttivo regionale, per come rappresentato negli atti di causa, registra in riferimento agli atti adottati dal Commissario una marcata contrapposizione tra gli interessi reali di varie categorie di imprese differenziate per tipologia funzionale (costruzioni, impiantistica o servizi) e per dimensione strutturale (grandi o medio-piccole) ma parimenti radicate anche in ambito regionale e da ritenere riconducibili alla realtà associativa, il cui carattere ontologicamente variegato la stessa appellante non può non ammettere.

Ne deriva che nel caso in esame non sembrano valorizzabili quelle aperture giurisprudenziali (puntualmente richiamate dall'appellante) le quali, facendo leva sul carattere qualitativamente unitario e metaindividuale dell'interesse di categoria, ne ammettono l'azionabilità in sede giurisdizionale da parte dell'Ordine o Associazione esponentiale anche in caso di conflitto con posizioni di singoli iscritti, in ipotesi beneficiari di provvedimenti che quell'interesse invece ledono.

In tal senso, in giurisprudenza è stato effettivamente rilevato ad esempio che la legittimazione di un Ordine professionale ad agire in giudizio per ottenere un vantaggio *giuridicamente* riferibile all'intera sfera della categoria, non può essere esclusa per conflitto di interessi interni alla stessa in base alla circostanza *di mero fatto* che alcuni professionisti possano aver beneficiato del provvedimento che l'Ordine assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria (cfr. per una completa disamina della problematica V Sez. 3.6.1996 n. 624, nonché 7.3.2001 n. 1339).

E tuttavia nel caso in esame, come si è visto, la contrapposizione non riguarda la categoria delle imprese pugliesi unitariamente intesa e alcune tra queste occasionalmente beneficiarie dei provvedimenti commissariali, ma gruppi tipologicamente individuabili di imprese iscritte che hanno interessi reciprocamente confliggenti.

A ciò si aggiunga che – come ben posto in evidenza dal Tribunale – il *petitum* sostanziale in base al quale

l'Associazione agisce in giudizio nemmeno si inquadra, a ben vedere, nella missione statutaria o istituzionale della stessa.

Infatti, nonostante gli sforzi difensivi profusi dall'appellante ed a prescindere da ogni ulteriore approfondimento in ordine alla indubbia polivalenza se non genericità delle pertinenti previsioni statutarie nazionali e regionali, deve rilevarsi che nella specie Confindustria fornisce una prospettazione della situazione giuridica lesa in termini di depotenziamento del livello di concorrenzialità e di restrizioni all'accesso alla selezione, mentre in realtà la vera ragione del suo domandare risiede - in sintesi - nella fissazione di requisiti di ammissione alla stessa reputati troppo elevati in rapporto al livello medio dell'imprenditoria di settore.

In sostanza, l'Associazione affronta una problematica ordinamentale - quella della qualificazione doverosamente adeguata delle imprese che contrattano con la mano pubblica - che è estranea ai suoi fini statutari e rispetto alla quale, quindi, neanche in termini presuntivi (cioè *in astratto*, secondo TAR Lazio III Sez. 11.3.2004 n. 2375 poi annullata dalla dec. 2281/2004 all'inizio citata) può ipotizzarsi un interesse unitario della categoria rappresentata, prevalente su quello opposto delle imprese iscritte in possesso dei requisiti.

Diversamente da come sostiene l'appellante, la rilevata carenza di legittimazione al ricorso di Confindustria sussiste anche con riferimento alle due specifiche censure sopra richiamate (società di progetto e privata pubblica) essendo

evidente - ancora una volta, al di là della suggestiva prospettazione di parte - che l'Associazione deducendo tali doglianze trascura del tutto la posizione delle aderenti qualificate, le quali vantano un interesse diametralmente opposto all'accoglimento di tali motivi.

3. La Regione torna a prospettare in forma incidentale l'eccezione - già disattesa nella sentenza impugnata - di inammissibilità del ricorso in quanto proposto da soggetti che non hanno partecipato alla gara.

L'eccezione va ad avviso del Collegio respinta.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado è tuttora prevalentemente orientata nel senso che solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d' appalto l'Impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato, ergendosi solo in tal caso essa a titolare di un interesse legittimo giudizialmente tutelato, che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare (cfr. fra le recenti, oltre ad Ap. 29.1.2003 n. 1, V Sez. 4.4.2004 n. 2705 e 23.8.2004 n. 5572).

In tale prospettiva si rileva da un lato che la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza ex art. 100 cod. proc. civ. rispetto a

quello della generalità dei consociati mediante la proposizione di una domanda di partecipazione alla gara o la formulazione della propria offerta; dall'altro che l'interesse tutelato non può essere quello generico al rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima, anche attraverso l'eliminazione di clausole eventualmente lesive.

A tale prevalente impostazione si è contrapposto - in tema di gare - un indirizzo sin qui obiettivamente minoritario del quale costituiscono significativa espressione per quanto riguarda il Consiglio di Stato - oltre alla sovente citata V Sez. 20.9.2001 n. 4970, in realtà relativa al caso peculiare dell'aggiudicatario di gara annullata che ne impugni la riedizione senza parteciparvi - in particolare le decisioni VI Sez. 24.5.2004 n. 3386 e V Sez. 14.2.2003 n. 794 nonché il parere II Sez. 7.3.2001 n 149.

A sostegno di tale indirizzo si rileva da un lato che qualora il ricorrente risulti leso in quanto la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione - a prescindere dalla mancata presentazione della domanda - posto che l'impugnante ha proprio interesse a impedire lo svolgimento della procedura selettiva (dec. n. 794 del 2003 cit.); dall'altro che in presenza di una clausola preclusiva la presentazione

della domanda si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore (par. n. 149 del 2001 cit.).

Nella stessa prospettiva – sia pure con riferimento a pubblico concorso – è stato del resto rilevato sul piano sistematico che la domanda di partecipazione *formale* non costituisce in realtà elemento che diversifica e qualifica la posizione di un soggetto rispetto a quella di tutti gli altri soggetti potenzialmente lesi e dei quali non è dato sapere se abbiano o meno un concreto interesse a partecipare alla procedura e che la legittimazione del ricorrente, in termini di qualificazione e differenziazione, più che al dato meramente formale dell'istanza di partecipazione, deve riconnettersi al possesso di tutti gli altri requisiti previsti dal bando (cfr. VI 20.10.2003 n. 6429)

Con decisione 12.2.2004 – C7230/02 la Corte di Giustizia C.E. ha comunque rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.

Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

Da tale arresto – del quale hanno preso atto tra l'altro V Sez. 11.11.2004 n. 7341 e VI Sez. (ord.za) 21.12.2004 n. 6110 – discende in generale che non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi: l'eccezione in rassegna va quindi disattesa.

In proposito, la Regione eccepisce ulteriormente che le ricorrenti nemmeno avrebbero dato prova certa del fatto che una eventuale loro domanda sarebbe stata respinta.

Aggiunge l'interveniente Consorzio che anzi il bando di gara, ove correttamente interpretato, consentiva in realtà la partecipazione anche di imprese non qualificate.

A ben vedere, dunque, si eccepisce che in concreto le imprese non avrebbero avuto interesse a contestare una clausola in realtà non preclusiva nei loro confronti.

Al riguardo osserva il Collegio da un lato e soprattutto che – come dedotto dalle appellanti principali – l'interpretazione della clausola del bando asseritamente preclusiva sostenuta dalle imprese è stata fatta propria dal primo giudice con statuizione non gravata in via incidentale; dall'altro che comunque le condizioni dell'azione vanno tendenzialmente verificate in termini di allegazione, mentre l'effettiva sussistenza dei fatti costitutivi e lesivi della posizione giuridica che si assume violata costituisce oggetto della fase di cognizione.

Il Consorzio interveniente prospetta un nuovo profilo di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse, osservando che le Imprese ricorrenti – giusta quanto si deduce dalle allegate visure camerali – non avrebbero in realtà i requisiti (di capitale minimo) necessari per partecipare alle invocate gare per concessioni di lavori pubblici.

In sostanza, secondo Cogeam, le ricorrenti domandano un bene della vita – configurazione dell'appalto come di lavori anziché di servizi – al cui conseguimento non hanno interesse concreto, in quanto non potrebbero comunque partecipare alla eventuale gara.

L'eccezione – che va comunque esaminata coinvolgendo questioni rilevabili d'ufficio in grado di appello in difetto di pronuncia espressa da parte del primo giudice – deve però essere disattesa.

Dovendosi – per il profilo ora in rassegna – ragionare in termini di concessione di lavori, la partecipazione dell'impresa alla auspicata gara potrebbe infatti in teoria realizzarsi, oltre che in forma individuale, anche tramite R.T.I. o consorzio, nel qual caso il requisito previsto dall'art. 98 c. 1 lett. b) del DPR n. 554 del 1999 (e cioè il capitale sociale capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento) andrà verificato secondo le percentuali di riduzione indicate nell'art. 95 dello stesso Regolamento.

4. Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, occorre ora procedere al vaglio delle doglianze di merito dedotte con l'appello principale.

Con il fondamentale motivo le appellanti tornano a dedurre che illegittimamente il Commissario ha configurato la procedura in termini di appalto di servizio sottoposto alle regole del D. L.vo n. 157 del 1995, e ciò in quanto nel caso in esame l'affidamento doveva qualificarsi (alternativamente) quale concessione di pubblico servizio oppure soprattutto quale concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o pubblica utilità.

Il mezzo non è fondato.

Per quanto riguarda il primo profilo – che in realtà non risulta evocato in primo grado in modo adeguatamente nitido e che di fatto non è stato esaminato dal Tribunale – l'appellante evidenzia i tratti distintivi tra i due moduli, osservando che nell'appalto il rapporto giuridico è bilaterale e la

remunerazione dell'attività svolta dall'appaltatore è a carico diretto della stazione appaltante senza rischio di gestione; mentre nella concessione il rapporto è trilaterale e coinvolge anche il fruitore o utente a carico del quale grava il costo del servizio.

A giudizio del Collegio, la ricostruzione sistematica fornita dall'appellante - nella misura in cui prescinde dall'attribuire rilievo predominante alla qualificazione formale del titolo di affidamento ponendo invece l'accento sulla diversità dell'oggetto sostanziale dei due contigui istituti giuridici, appare senz'altro in linea con i più recenti esiti della giurisprudenza sia comunitaria che di questo Consiglio di Stato (cfr. per tutte V Sez. 22.7.2002 n. 4012).

E tuttavia occorre osservare per un verso che nel caso in esame non tutto l'investimento sarà remunerato dall'utenza in quanto parte dei costi di impianto è coperta da finanziamenti pubblici; per l'altro, soprattutto, che dalla richiamata distinzione non consegue in alcun modo la necessaria applicabilità alla procedura in controversia (ove anche inquadrata nell'ottica concessoria) delle regole specifiche divise dalla normativa regolamentare sui lavori pubblici.

Con il che, tutti gli sforzi difensivi profusi sul punto dagli appellanti si rivelano non produttivi.

Infatti, anche volendo ipotizzare che quella in controversia fosse una procedura di selezione a fini concessori e quindi non direttamente disciplinata dal D. L.vo n. 157 del 1995, non

perciò la stazione appaltante era vincolata ad applicare la normativa di cui alla legge n. 109 del 1994, potendo essa limitarsi a garantire il rispetto dei principi comunitari di proporzionalità, adeguatezza e non discriminazione la cui violazione in via autonoma non è stata però in generale posta in discussione.

Per quanto riguarda il secondo e nodale profilo, gli appellanti affermano che la procedura indetta dal Commissario riguarda in realtà non un appalto di servizi ma una concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

In sostanza, l'oggetto proprio e verace delle gare è la realizzazione di impianti (per produzione CDR, termovalorizzazione, selezione, biostabilizzazione e discarica) in precedenza non esistenti, da remunerarsi con la riscossione di tariffe gestionali a carico dei fruitori: di talchè la gestione – riguardata dal punto di vista obiettivo – costituisce elemento accessorio, in definitiva funzionale solo a consentire l'esecuzione dei lavori senza oneri per l'Amministrazione.

Come risulta dalla narrativa, a fronte di tale impostazione la sentenza appellata ha invece ritenuto oggetto primario dei provvedimenti impugnati la gestione innovativa del servizio di smaltimento e trattamento r.u., rispetto alla quale la realizzazione di nuovi impianti o il potenziamento di quelli esistenti si pone in termini obiettivamente accessori o secondari, comprovati dal fatto che la scelta fra le diverse

soluzioni strutturali ipotizzabili (CDR o termovalorizzazione) è dal bando rimessa alle imprese concorrenti.

Ed a tale approdo ermeneutico il Tribunale è pervenuto da un lato valorizzando la previsione dell'art. 27 del D. L.vo n. 22 del 1997, espressiva del favor legislativo verso l'accorpamento in capo ad un unico soggetto della realizzazione degli impianti e della gestione del servizio; dall'altro richiamando quegli arresti giurisprudenziali che, in riferimento a gare aventi per oggetto l'affidamento di attività a carattere imprenditoriale a servizio della collettività, considerano necessario lo strumento dell'appalto di servizi.

A tali condivisibili rilievi, il Collegio ritiene di dover aggiungere già sul piano generale che nel caso in esame sembrano difettare i connotati essenziali dell'istituto relativo alla concessione di costruzione e gestione in quanto la tariffa posta a carico dei fruitori - lungi dal collegarsi sinallagmaticamente ed *unicamente* ex art. 19 c. 2 L. n. 109 all'investimento necessario per realizzare i lavori - è in realtà volta a remunerare un servizio unitario e più complesso.

In effetti, come chiarito dalla giurisprudenza, qualora un affidamento contempra l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera in

quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici (cfr. V Sez. 11.9.2000 n. 4795).

In conclusione, in un contesto in cui viene in rilievo il servizio di gestione di un sistema integrato (oltre che di raccolta, di compostaggio, smaltimento, recupero e riutilizzo energetico) dei rifiuti, non convince la tesi secondo cui i proventi ritraibili da detta gestione rappresenterebbero il mero corrispettivo per gli oneri di costruzione degli (eventuali) impianti.

Di talchè, una volta esclusa la ricorrenza dei presupposti necessari per configurare una concessione di costruzione e gestione, appare non concludente il richiamo degli appellanti a quel filone giurisprudenziale secondo il quale in ambito concessorio non rileva la eventuale prevalenza quantitativa del profilo gestionale rispetto a quello infrastrutturale.

Riguardando allora la questione sotto una diversa prospettiva, si osserva poi che gli appellanti omettono del tutto di considerare il valore economico delle due diverse prestazioni oggetto del contratto ("misto") da stipulare, e ciò in un contesto in cui gli esiti delle gare - come del resto sostenuto dall'interveniente Consorzio senza contestazioni ex adverso - sembrano ormai evidenziare una incidenza dei lavori inferiore al 50% delle offerte complessive, con conseguente legittima applicazione della normativa sugli appalti di servizi secondo il discrimine obiettivo fissato dall'art. 2 c. 1 L. n. 109 del 1994 come modificato dalla L. n. 415 del 1998 e dall'art. art. 3 c. 3

D. L.vo n. 157 del 1995 come modificato dal D. L.vo n. 65 del 2000).

In disparte ogni approfondimento in ordine ai rapporti che intercorrono tra il criterio quantitativo introdotto dalle disposizioni interne ora citate rispetto a quello della accessorieta' valorizzato in sede comunitaria per i contratti misti di lavori e servizi (cfr. 16^ *considerando* Dir. 92/50 sugli appalti di servizi nonchè Corte di giustizia C.E. 19.4.1994 n. 331/92 per appalto misto di esecuzione lavori e cessione di beni), resta poi ad avviso del Collegio che nel caso in esame i lavori, indipendentemente dalla loro sub-valenza sul piano quantitativo, non hanno - ciò va ribadito - quel carattere principale sotto il profilo funzionale che gli appellanti pretendono.

In tal senso, come precisamente posto in luce dal Tribunale, è intanto assorbente il rilievo che la centralità dei lavori impiantistici (affermata dagli appellanti nell'ottica dell'intento negoziale unitario) è incompatibile con una procedura di evidenza nell'ambito della quale la scelta sulla tipologia della struttura da realizzare (termovalorizzatore o impianto CDR) è rimessa ai concorrenti, il che fa evidente a giudizio del Collegio come l'infrastruttura materiale costituisca elemento secondario nella logica complessiva dell'appalto.

In secondo luogo - come anche si vedrà in seguito - l'oggetto primario e centrale dell'intervento commissariale concretizzatosi nei provvedimenti impugnati attiene al

completamento del ciclo di gestione dei rifiuti e dunque all'aspetto gestionale, rispetto al quale le realizzazioni infrastrutturali assumono funzione ontologicamente subordinata: profilo questo già del resto evidenziato da quella giurisprudenza (cfr. V Sez. 10.6.2002 n. 3207 variamente interpretata dalle parti) la quale proprio tenendo presente il criterio discrezionale dell'accessorietà derivato dal testo originario dell'art. 3 del D. L.vo n. 157 del 1995 ha affermato che la realizzazione di un impianto di discarica, nell'ambito del piano regionale di smaltimento rifiuti, ha funzione soltanto strumentale e valore marginale rispetto a quello relativo alla progettazione e gestione successiva, con conseguente inapplicabilità della normativa sull'appalto di lavori.

E quindi, già sul piano dell'analisi generale, deve concludersi nel senso che l'affidamento in controversia è suscettibile di inquadrarsi a legittimo titolo nella sistematica dell'appalto di servizi.

Ciò detto, sembra però al Collegio doveroso osservare che l'impostazione difensiva degli appellanti trascura i profili essenziali (e al di là di tutto decisivi) inerenti l'estensione dei poteri derogatori intestati al Commissario e la individuazione della vera natura della missione emergenziale a tale Organo affidata.

Per quanto riguarda i poteri derogatori, fermo restando il necessario rispetto dei principi generali dell'ordinamento essi risultano disegnati in modo progressivamente più ampio ed

incisivo dalle varie Ordinanze di Protezione civile (nn. 2450 del 1996, 2985 del 1999, 3045 del 2000, 3077 del 2000, e 3184 del 2002) succedutesi nel tempo al fine di fronteggiare la risalente situazione regionale di emergenza nel settore dei rifiuti urbani: di talchè può affermarsi che all'epoca dell'intervento in contestazione il Commissario delegato era tributario di margini operativi particolarmente ampi, potendo derogare - in sostanza - all'ordinario corpus normativo relativo all'affidamento di appalti di lavori o servizi.

Nè, diversamente da come sostenuto dagli appellanti, vincoli rilevanti ai fini della perimetrazione dei poteri derogatori ora in rassegna possono farsi discendere dall'art. 4 comma 1 O.M. 22.3.2002 n. 3184 come modificato dall'O.p.c.m. n. 3271 del 2003 secondo cui "Il commissario delegato - presidente della regione Puglia, a seguito di procedure di gara comunitarie, anche con il contributo finanziario commissariale o attraverso procedure di finanza di progetto, stipula contratti per la realizzazione e/o gestione di impianti a titolarità pubblica di produzione di combustibile derivato dai rifiuti e/o di termovalorizzazione".

Ed infatti, una volta scartata l'alternativa della finanza di progetto e scelta quella del contributo, l'unico vincolo discendente dalla trascritta disposizione (e puntualmente rispettato) era quello di dar luogo a gare comunitarie, non risultando quindi obbligato il ricorso allo schema puro della concessione di costruzione e gestione.

Per quanto riguarda poi i connotati specifici della missione commissariale, sembra evidente come essa sia finalizzata – in sintesi – all’obiettivo di pervenire, mediante il completamento di una rete impiantistica integrata e la realizzazione delle condizioni necessarie per una gestione unitaria in ambito territoriale, alla complessiva ottimizzazione di un sistema di smaltimento a ciclo completo: il che, conclusivamente, dà ulteriore ragione della congruità della scelta prospettica valorizzata dal Commissario nell’orientare la selezione alla individuazione di soggetti imprenditoriali in possesso di requisiti di specializzazione ed affidabilità atti a consentire prima il superamento della fase emergenziale e poi a garantire nel futuro la continuità del servizio integrato.

Tanto chiarito in ordine al tema nodale della controversia, l’esame del ricorso principale si avvia allora ad una conclusione obbligata, risultando strettamente conseguente – come ben evidenziato dal Tribunale - l’infondatezza di tutte le doglianze volte a denunciare sotto diversi profili la violazione della normativa sui lavori pubblici.

Così è per il motivo mediante il quale si lamenta l’illegittimità delle clausole che precludono la partecipazione alla gare alle imprese non in grado di eseguire direttamente i lavori e non in possesso di adeguata S.O.A.: a prescindere dall’interpretazione delle clausole in questione nel caso concreto di partecipanti riuniti in A.T.I., nell’appalto di servizi infatti i lavori accessori non possono essere eseguiti - secondo

i principi generali e la regola espressa di cui all'art. 8 comma 11 *septies* L. n. 109- che da soggetti adeguatamente qualificati, essendo dunque irrilevante ai fini in controversia il parzialmente diverso regime dettato per la concessione di lavori.

Così è, con piena evidenza, per i motivi mediante i quali si lamenta

la previsione di aggiudicazione in base a pubblico incanto anziché con licitazione privata e la omessa predisposizione del progetto preliminare, venendo infatti dedotta in entrambi i casi la violazione di norme della legge n. 109 inapplicabili al caso che ne occupa.

Analogamente deve dirsi, come evidenziato dal Tribunale con argomentazioni che ad avviso del Collegio resistono alle serrate critiche mosse dagli appellanti specie ove si tenga conto delle disposizioni dell'O.M. n. 3184 del 2002 sopra trascritte, per quanto riguarda la mancata previsione della facoltà di costituzione della società di progetto ex art. 37 *quinquies* L. n. 109.

Infondato è anche il motivo mediante il quale si lamenta la omessa indicazione dell'importo dei lavori e servizi posti a base di gara.

Per la verità, il mezzo esibisce anche profili di inammissibilità per difetto di interesse, in quanto proposto da soggetti che non hanno partecipato alla gara.

Comunque, anche a voler ragionare nell'ottica della clausola preclusiva, il mezzo trascura di considerare da un lato che il bando correlava i requisiti all'importo presuntivo dell'appalto; dall'altro, e soprattutto, che i vari atti di programmazione e di ordinanza presupposti al bando e da questo richiamati avevano già definito i costi da affrontare in relazione al dimensionamento degli impianti per ogni bacino di utenza ed in relazione al quantitativo (ovviamente stimato) di rifiuti da trattare giornalmente: l'operatore di settore, quali le ricorrenti, disponeva quindi di tutti gli elementi per elaborare un quadro di convenienza

Inammissibili per difetto di interesse sono infine tutti gli ulteriori motivi volti a denunciare profili di anomalia o contraddittorietà, per così dire, tutta interna alla disciplina di gara.

Come risulta dalle considerazioni inizialmente svolte, il ricorso proposto dal concorrente che non ha domandato di partecipare alla gara in tanto è ammissibile in quanto volto a contestare la presenza di clausole che gli precludono una utile partecipazione.

Il ricorso del non partecipante resta invece inammissibile ove volto a contestare clausole non impeditive e dunque lesive nei confronti dei soli concorrenti: diversamente ragionando, infatti, si finirebbe per consentire al *quisque* di agire a tutela di un mero interesse semplice alla legalità, economicità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Inammissibile per difetto di interesse attuale è la doglianza mediante la quale si lamenta (in un'ottica peraltro dichiaratamente tuzioristica) l'illegittima introduzione di un regime di privativa pubblica in ambito regionale per l'attività di termovalorizzazione liberalizzata in ambito nazionale con decorrenza dal gennaio del 2003, trattandosi di questione certamente esulante dall'ambito di operatività del bando impugnato.

Da ultimo va esaminato il motivo mediante il quale si deduce l'incompetenza del Commissario delegato il quale si è sostituito alle Autorità di gestione dei rifiuti urbani formalmente costituite sin dal dicembre del 2002 tra i comuni, quali enti territoriali ordinariamente competenti, di ciascun A.T.O. pugliese.

Il mezzo, pur suggestivamente proposto con riferimento ai principi costituzionali di sussidiarietà e di leale collaborazione, è inammissibile, non avendo le imprese ricorrenti nè titolo nè interesse per lamentare una lesione delle prerogative comunali in concreto prodotta dal fatto che il Commissario ha omessa la previa diffida o la previa consultazione degli enti prima di procedere in via sostitutiva.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono la sentenza impugnata va quindi integralmente confermata, con rigetto dell'appello principale e di quello incidentale.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Le spese del grado sono integralmente compensate.

Così deciso in Roma il 1 febbraio 2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Paolo SALVATORE	Presidente
Antonino ANASTASI estensore	Consigliere
Vito POLI	Consigliere
Carlo DEODATO	Consigliere
Salvatore CACACE	Consigliere

L'ESTENSORE
Antonino Anastasi

IL PRESIDENTE
Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
14/06/2005
(art. 55, L. 27.4.1982, 186)
per Il Dirigente
dott. Giuseppe Testa