



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 70 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Aimeri Ambiente S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. costituendo con Sorain Cecchini Tecno S.r.l., Sorain Cecchini Tecno S.r.l. in proprio e quale mandante del R.T.I. costituendo con Aimeri Ambiente S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi dagli avv. Daniele Parini e Avilio Presutti, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Parini in Aosta, via B. Festaz, 79;

***contro***

Regione Valle d'Aosta, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso la sede della stessa Dipartimento Legislativo, in Aosta,

piazza Deffeyes, 1;

Assessorato Regionale Territorio e Ambiente, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Noy Ambiente S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Rea Dalmine - Valeco - Gea - Cogeis - Ivies, in persona del legale rappresentante, Rea Dalmine S.p.A., Valeco S.p.A., Gea S.r.l., Cogeis S.p.A. I.V.I.E.S. S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi dagli avv. Riccardo Montanaro, Roberto Jorioz, Cristiana Romano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto Jorioz in Aosta, avenue Du Conseil Des Commis, 8;

***per l'annullamento***

- dei verbali dal numero 1 al numero 4 delle operazioni concernenti la procedura aperta, ai sensi dell'art. 153, commi 1 - 14, del d.lgs. 163/2006, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani della Valle d'Aosta (CIG 056730393C-CUP B52/100012007) ed in particolare delle statuizioni ivi contenute circa l'esclusione del raggruppamento ricorrente e l'ammissione del raggruppamento Noy Ambiente;

- della comunicazione di esclusione nei confronti del RTI ricorrente, effettuata con nota 10315 del 17 ottobre 2011;

come esposto nel ricorso introduttivo ed ulteriormente argomentato nell'atto di motivi aggiunti, ritualmente notificato alle parti,

depositato in segreteria il 13.12.2011 e protocollato al n. 959;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o conseguente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta e di Noy Ambiente S.r.l. in proprio e in qualità di Mmandataria del Rti con Rea Dalmine - Valeco - Gea - Cogeis - Ivies e di Rea Dalmine S.p.A. e di Valeco S.p.A. e di Gea S.r.l. e di Cogeis S.p.A. e di I.V.I.E.S. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2012 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori Sono presenti gli avvocati: Avilio Presutti per la parte ricorrente, Gianni Maria Saracco per la Regione, Riccardo Montanaro e Cristina Romano per i controinteressati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato il 15 novembre 2011 alla Regione Valle d'Aosta e all'Ati controinteressata e depositato il successivo 6 dicembre 2011 la società Aimeri Ambiente s.r.l. in proprio nella qualità di mandataria capogruppo della ati con SCT s.r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti in epigrafe.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, violazione degli artt. 95 e 98 d.p.r. 554/99 e s.m., violazione degli artt. 47 e 48 direttiva UE 18/2004, violazione dell'art. 49 d.lgs. 163/06 e s.m., violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere per manifesta illogicità e irrazionalità, in quanto la propria esclusione sarebbe stata erroneamente disposta atteso che: a) i requisiti sarebbero stati regolarmente dimostrati poiché, trattandosi di ati verticale, la mandante, intendendo eseguire solo lavori, non avrebbe dovuto dimostrare alcun requisito in ordine al fatturato medio quinquennale e al capitale sociale, requisiti necessari per lo svolgimento del servizio, b) la mandante SCT Sorain avrebbe comunque potuto beneficiare del cd avvalimento interno con la mandante, inoltre in atti vi sarebbe un contratto di avvalimento con la società giapponese JFE engineering corporation in forza del quale quest'ultima si impegna a mettere a disposizione della SCT Sorain la sua capacità tecnica ed economica; c) erroneo sarebbe l'assunto della Commissione sulla necessità di dimostrare il possesso dei servizi affini a quello oggetto di gara attraverso una pluralità di servizi anziché uno soltanto;

2) violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, violazione degli artt. 47 e 48 direttiva UE 18/2004, violazione dell'art. 49 d.lgs. 163/06 e s.m., violazione dell'art. 1395 c.c., violazione dell'art. 2 d.lgs. 163/06

e s.m., violazione di tutti i principi fondamentali (pubblicità, trasparenza, parità di trattamento) che presiedono al regolare svolgimento della procedure di evidenza pubblica, in quanto l'ati controinteressata sarebbe stata illegittimamente ammessa dal momento che non avrebbe prodotto la documentazione necessaria ad attestare il possesso del requisito di cui alla lett. E) del disciplinare di gara, essendosi limitata a produrre il contratto di licenza commerciale intercorrente tra la Paul Wurth Italia s.p.a e la giapponese Nippon Steel Engineering co. Ltd, inoltre il raggruppamento controinteressato sarebbe composto dalla Valeco spa controllata dalla Regione Valle d'Aosta al 30%, con conseguente violazione del divieto di contrattare con se stessi e con evidente compromissione della terzietà della gara.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento, previa sospensiva, dei provvedimenti impugnati con vittoria delle spese di giudizio.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Con atto notificato in data 6 dicembre 2011 e depositato in data 13 dicembre 2011 la ricorrente deduceva anche il seguente motivo aggiunto: violazione dell'art. 4 comma 33 d.l. 13 agosto 2011, n. 138 in quanto la Valeco s.p.a. componente del rti controinteressato essendo destinataria di affidamenti diretti, non potrebbe acquisire la gestione di servizi ulteriori

All'udienza pubblica del 14 marzo 2012 il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è rivolto avverso l'esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani della Valle d'Aosta.

Il ricorso è infondato.

L'esclusione è stata disposta per non avere dimostrato il possesso dei requisiti relativi al fatturato globale e al capitale sociale, nonché per non aver dimostrato di avere svolto negli ultimi cinque anni una pluralità di servizi affini a quello previsto dall'intervento.

In particolare la mandante SCT Sorain non ha dimostrato il possesso dei requisiti di cui all'art. 7 lett. a) e b) del disciplinare di gara né nella misura percentuale corrispondente alla quota di partecipazione all'ati verticale di cui fa parte (pari al 35%) né nella misura minima del 10 %.

Da un primo punto di vista la ricorrente censura la propria esclusione, sostenendo che, trattandosi di ati verticale, avrebbe dovuto dimostrare soltanto il possesso dei requisiti SOA e il fatturato in lavori, mentre non sarebbe obbligata a dimostrare il possesso dei requisiti economico finanziari (fatturato medio e capitale sociale).

L'assunto non persuade.

L'art. 7 del disciplinare stabilisce: "I concorrenti devono essere in possesso dei requisiti economico - finanziari e tecnico organizzativi

previsti dal Regolamento di attuazione del Codice o, in pendenza della sua entrata in vigore, di quelli previsti dall'art. 98 del D.P.R. 554/1999; qui di seguito indicati: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento (10%) dell'investimento previsto per l'intervento (ovvero non inferiore a 22.500.000,00 (ventiduemilionicinquecentomilaeuro) euro pari al 10% di 225.000.000,00 euro; b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo (1/20) dell'investimento previsto per l'intervento (ovvero non inferiore a 11.250.000,00 (undicimilioniduecentocinquantamilaeuro) euro pari a 1/20 di 225.000.000,00...”.

Stabilisce, inoltre: “qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti dal comma 1 lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'art. 95 del DPR 554/1999”.

E' pertanto, il disciplinare stesso a prevedere che i requisiti debbano essere posseduti da tutti i componenti del raggruppamento, cioè non solo dalle capogruppo ma anche dalle mandanti e dalle consorziate.

Il disciplinare di gara, poi, per stabilire la misura della partecipazione, fa riferimento agli artt. 95 e 98 d.p.r. 554/99, applicabili ratione temporis alla fattispecie.

L'art. 98 d.p.r. 554/99 stabilisce: “I soggetti che intendono

partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dagli articoli 8 e 9 della Legge con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento; b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento. 2. In alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lettere a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo. 3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c), e d). 4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al



comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95”.

L'art. 95, comma 3, d.p.r. 554/99 stabilisce: “ Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente”.

Le norme in questione stabiliscono che, anche nell'associazione di tipo verticale, le mandanti devono essere qualificate ai sensi degli artt. 8 e 9 della legge e possedere anche i requisiti di capacità economica finanziaria proporzionalmente alla quota di prestazione che dovranno svolgere, che si aggiungono a quelli precedenti.

Simile ordine di idee è stato condiviso dalla giurisprudenza (C.S., III, 16.11.2011, n. 6048; C.S., V, 15.7. 2011, n. 4323; C.S., V, 11.5.2011, n. 2804).

La ricorrente, con la seconda censura, sostiene che la mandataria disponesse dei requisiti in misura così largamente prevalente da consentire l'operare dell'avvalimento cd interno tra i soggetti

partecipanti al medesimo raggruppamento.

La tesi non convince.

Per evidenti ragioni di certezza dei rapporti giuridici l'avvalimento deve essere consacrato in documenti formali e precedere l'offerta, come previsto dalla legislazione e dalla *lex specialis* della procedura.

La giurisprudenza, infatti, ha affermato che non vale invocare l'istituto dell'avvalimento, neppure nella sua versione interna all'ATI, in assenza di qualunque dichiarazione in tal senso resa in corso di gara; non essendo all'evidenza ammissibile un avvalimento implicito, né possibile un avvalimento postumo (C.S., III, 16.11. 2011, n. 6048).

Le considerazioni di cui sopra valgono anche per disattendere la tesi secondo cui l'avvalimento della mandante con la società JFE Engineering potrebbe supplire alla carenza di requisiti.

In realtà l'avvalimento opera nei limiti del contratto con cui è stato stabilito onde l'impossibilità di estenderlo oltre i limiti di questo.

Pertanto l'avvalimento con la società JFE Enginereeing poteva supportare la ricorrente esclusivamente per i requisiti previsti dall'art. 7 lett. e) (avere costruito e gestito per almeno 2 anni un impianto di trattamento rifiuti di pirolisi e gassificazione analogo a quello richiesto dall'appalto) e dal paragrafo I (cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara) del disciplinare di gara.

Non può, pertanto, tale avvalimento essere utilmente invocato per

sopperire al difetto di requisiti contestato alla ricorrente.

La ricorrente, inoltre, contesta l'esclusione per non avere svolto negli ultimi cinque un numero plurale di servizi in luogo di uno solo per se ingente e di importo tale da soddisfare sul piano del valore il requisito.

In realtà era il disciplinare di gara che imponeva quale requisito l'aver svolto un numero plurale di servizi affini onde l'interpretazione della commissione strettamente aderente al dato letterale della *lex specialis* non può essere contestato in assenza di impugnazione della relativa clausola del disciplinare.

In conclusione la ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla gara.

Tale circostanza determina l'inammissibilità delle doglianze dedotte con il secondo motivo e con il motivo aggiunto.

Invero il Collegio ritiene di uniformarsi all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 7 aprile 2011, n. 4, secondo cui l'accertamento della legittimazione al ricorso, imperniato sull'apprezzamento della legittimità del titolo di partecipazione alla gara del soggetto concorrente, assume comunque rilievo pregiudiziale, indipendentemente dal contenuto dell'atto assunto dall'amministrazione e dalle modalità processuali attraverso cui la questione sia prospettata dinanzi al giudice.

Essendo stata la ricorrente legittimamente esclusa dalla gara non ha legittimazione per contestare la partecipazione dell'altra concorrente alla gara.

In conclusione il ricorso deve essere in parte respinto in parte dichiarato inammissibile

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte, lo dichiara inammissibile per il resto secondo quanto specificato in motivazione. Dichiara inammissibile l'impugnativa per motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dell'amministrazione resistente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 4000, 00 (quattromila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore del raggruppamento di imprese controinteressato, delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 4000, 00 (quattromila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Luca Morbelli, Primo Referendario, Estensore

Angelo Vitali, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2012

IL SEGRETARIO

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