



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 Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9676 del 2011, proposto da:  
Coopsette Soc. Coop., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Corrado  
Mauceri, con domicilio eletto presso lo studio legale del primo in  
Roma, corso del Rinascimento, 11;

***contro***

Autorità Portuale di Genova, in persona del legale rappresentante in  
carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato  
presso i cui uffici domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;  
Satrel s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Dario Capotorto,  
con domicilio eletto presso lo studio legale del primo in Roma, via  
Emilia n. 88;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE I n. 1587/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO ESECUZIONE LAVORI DI CUI AL PROGETTO P.2702-RIPARAZIONI NAVALI - 1 FASE - FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA ALLE NAVI TRAMITE COLLEGAMENTO ALLA RETE DI TERRA - M.C.P..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Genova e della società Satrel s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Pellegrino, l'avvocato Vinti e l'avvocato dello Stato Bacosi;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1 E' impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Liguria n. 1587 del 22 novembre 2011 che, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla società Satrel s.p.a., ha dichiarato inammissibile il ricorso principale (nonché i motivi aggiunti) proposti della odierna appellante avverso gli atti della gara d'appalto bandita dall'Autorità portuale di Genova per l'affidamento dei lavori finalizzati alla fornitura di energia elettrica alle navi mediante l'utilizzazione della rete di terra ed in particolare avverso

l'aggiudicazione della suddetta gara ad essa società Satrel s.p.a., risultata prima graduata (provvedimento 22 agosto 2011, n. 18497, di aggiudicazione definitiva e verbale 1 luglio 2011, di aggiudicazione provvisoria).

2. L'appellante lamenta la erroneità della sentenza di primo grado e ne chiede la riforma con la consequenziale reiezione del ricorso incidentale e con l'accoglimento dell'appello e del ricorso di primo grado; conclude per l'annullamento, per quanto di interesse, degli atti gravati, con l'aggiudicazione in proprio favore della gara.

Si è costituita in giudizio l'Autorità portuale di Genova per resistere al ricorso e per chiederne la reiezione.

Si è altresì costituita per contestare la fondatezza dell'appello principale la controinteressata Satrel, che ha proposto appello incidentale avverso il capo di sentenza reiettivo di uno dei motivi dedotti in primo grado in forma di impugnazione incidentale.

All'udienza del 14 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

3. L'appello è infondato e va respinto.

4. Con il primo gruppo di censure la società appellante deduce la erroneità della gravata sentenza nel capo (a carattere assorbente) recante l'accoglimento del ricorso incidentale e la consequenziale declaratoria di inammissibilità del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti.

A base di tale *decisum* il giudice di primo grado, in accoglimento del corrispondente motivo di impugnazione incidentale, ha posto la

questione della illegittima partecipazione alla gara della odierna appellante, e quindi della inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a contestarne gli esiti, in ragione della violazione da parte della stessa della prescrizione del bando di gara nella parte in cui stabiliva (paragrafo VI 3 lett. K) che “non è consentito affidare subappalti a soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato al presente appalto”.

Il Tar ha ritenuto che la odierna appellante avesse violato tale prescrizione imperativa di *lex specialis* nella misura in cui aveva previsto nella propria offerta che il convertitore di massa a media potenza da 10 MVA necessario per la esecuzione del contratto d'appalto venisse costruito e fornito da altra società (ABB Switzerland ltd), appartenente al medesimo gruppo societario della ABB Italia spa, invitata a partecipare alla medesima gara ed effettivamente proponente domanda di partecipazione (ma poi esclusa, in fase di prequalifica, per carenze documentali).

L'appellante propone tre distinte censure avverso tale capo decisorio della sentenza: 1) il divieto imposto dalla *lex specialis* riguarderebbe soltanto il subappalto e non potrebbe quindi trovare applicazione nella fattispecie in esame, relativa ad una fornitura; 2) in ogni caso ABB s.p.a., in quanto esclusa in fase preliminare, non potrebbe essere considerato soggetto “partecipante” alla gara, non avendo presentato un'offerta, di guisa che non risulterebbe per altro verso integrato il divieto suddetto; c) in ogni caso, il soggetto fornitore del convertitore di massa sarebbe soggetto giuridico distinto rispetto al proponente la

domanda partecipativa, ancorché appartenente al medesimo gruppo societario.

Osserva il Collegio che nessuna delle censure d'appello appare meritevole di accoglimento.

5. Quanto al primo profilo non appare convincente la tesi che si tratti di contratto di fornitura e non invece di subappalto. A parte la questione della ricorrenza, anche in caso di fornitura, delle medesime ragioni poste a base del divieto contenuto nella *lex specialis* (e della possibile interpretazione atecnica della espressione utilizzata dal compilatore del bando, anche in considerazione della vicinanza delle figure giuridiche nella relativa disciplina normativa: cfr. art. 118, commi 11 e 12, del d.lgs. n. 163/2006), appare dirimente il rilievo secondo cui, nel caso di specie, il convertitore di massa, quale elemento qualificante il sistema di fornitura di energia elettrica alle navi, doveva essere espressamente costruito dal soggetto fornitore, con prevalenza quindi della manodopera sul valore dei materiali utilizzati.

In tal senso depone in modo inequivoco l'art. 4 del Capitolato speciale d'appalto nella parte in cui prevede che l'impresa dovrà presentare una dichiarazione con la quale attesti la disponibilità a produrre e fornire il convertitore firmata dal legale rappresentante del costruttore; ed in effetti dalla dichiarazione prodotta in sede di gara dalla appellante si ricava che ABB s.p.a. si era impegnata a produrre *ex novo* il convertitore e, conformemente all'art. 6 del Capitolato speciale di appalto (secondo cui solamente il costruttore del convertitore è in

grado di mantenere in efficienza le macchine), a garantirne la manutenzione ordinaria e straordinaria, intervenendo direttamente in cantiere mediante personale specializzato della ditta subappaltatrice. Da tali dati fattuali emerge dunque che il rapporto contrattuale che l'odierna appellante avrebbe dovuto instaurare per acquisire la disponibilità del convertitore di massa sia da ascrivere alla categoria del subappalto più che a quella della fornitura, rientrando in tal modo, sul piano oggettuale, nel divieto imposto dalla *lex specialis*.

6. Venendo al secondo profilo di censura, va osservato che non risulta convincente la tesi secondo cui il soggetto escluso per carenze documentali da una procedura ristretta non possa essere qualificato, ai fini che qui interessano, alla stregua di un effettivo partecipante, essendo qualificabile soltanto alla stregua di un *quisque de populo* (secondo l'espressione utilizzata dal difensore dell'appellante in sede di discussione orale).

Tale interpretazione ricostruttiva, già in sé ardita ove configura una nozione mobile, *secundum eventum competitionis*, del soggetto partecipante ( con conseguente obliterazione del dato oggettivo della effettiva presentazione di una domanda partecipativa), è anzitutto smentita dalla lettera del bando, che ha escluso in modo tranciante dal novero dei subappaltatori i soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato alla gara. Espressione chiara, dunque, utilizzata al fine di vietare in modo assoluto collegamenti negoziali ed interessenze economiche tra distinti soggetti partecipanti in via autonoma alla medesima gara.

Alle medesime conclusioni si perviene d'altra parte in base ad una interpretazione logico-funzionale del divieto in oggetto. La ragione del divieto è che tra soggetti partecipanti ad una medesima gara non vi debbano essere interessenze di sorta per l'evidente *vulnus* che potrebbe derivarne, in caso contrario, al libero gioco della concorrenza ed alla stessa trasparenza della selezione.

Ma proprio in tale prospettiva poco importa che l'impresa ausiliaria sia stata esclusa dalla competizione già in sede di "prequalifica", perché ritenuta sfornita della documentazione utile a partecipare alla gara. La clausola interdittiva intende infatti sanzionare in via preventiva una fattispecie di pericolo, rappresentata dalla simultanea ma autonoma partecipazione alla gara di soggetti giuridici legati da un rapporto negoziale di subappalto, sintomatico di una cointeressenza in relazione agli esiti della medesima procedura; ora, se la *ratio* del divieto, in funzione del non affievolimento dell'effetto concorrenziale tra partecipanti, è quella di evitare che l'escluso o il graduato in posizione non utile possano in ogni caso ottenere un vantaggio economico dalla aggiudicazione ad altri della stessa gara, diviene irrilevante ai fini giuridici stabilire in quale fase della selezione il soggetto abbia consumato la sua *chance* di restarne aggiudicatario. Anche una domanda partecipativa priva *ab origine* della documentazione essenziale potrebbe, in tesi, essere stata confezionata ad arte in vista del raggiungimento della utilità economica derivante dal rapporto di subappalto con l'aggiudicatario, a fronte di un effetto di "apparente" concorrenza tra partecipanti..

7. Venendo all'ultimo profilo di censura, il Collegio anche in tal caso è del parere che le deduzioni dell'appellante non meritino condivisione. L'apparente dicotomia dei soggetti (ABB Switzerland Ltd e ABB s.p.a.) non vale a salvare la partecipazione alla gara della società appellante, in ragione del più volte richiamato divieto normativo di affidamento in subappalto di una parte della commessa ad un soggetto giuridico proponente distinta domanda di partecipazione alla medesima selezione.

Nel senso dell'applicazione del suddetto divieto non rileva tanto la circostanza che entrambi i soggetti facciano parte dello stesso gruppo societario quanto piuttosto che, come messo bene in luce dal giudice di primo grado, il soggetto fornitore del convertitore di massa si è attribuito la facoltà (senza nessuna possibilità di pretesa contraria da parte del soggetto ausiliato) di eseguire la prestazione proprio per il tramite di ABB s.p.a., e cioè del soggetto partecipante alla gara. Tale opzione contrattuale, frutto di autonoma scelta negoziale tra le parti, si traduce in una patente violazione del divieto stabilito nella *lex specialis* nella misura in cui (sia pure in via eventuale) alla realizzazione del convertitore possa essere chiamato proprio il soggetto che a titolo autonomo ha proposto domanda di partecipazione alla medesima procedura selettiva.

Alla luce dei rilievi che precedono appare corretta la sentenza impugnata nella parte in cui, ritenendo infruttuosa la coltivazione del ricorso di primo grado dell'odierna appellante, l'ha dichiarato inammissibile, in accoglimento del ricorso incidentale della



controinteressata Satrel s.p.a..

In definitiva, l'appello va respinto e va confermata la impugnata sentenza; restando assorbite le restanti censure.

Alla reiezione dell'appello principale consegue la declaratoria di improcedibilità, per difetto di interesse, dell'appello incidentale proposto dalla società Satrel s.p.a., stante la natura condizionata di tale impugnazione, proposta per il caso di accoglimento dell'appello principale.

Le spese di questo grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, in considerazione della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe (Rg n. 9676/11), lo respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese del grado compensate.

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

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

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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