



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2010, proposto da:
Vallan Infrastrutture S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo di costituenda A.T.I. con la mandante Finotti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Maria Lucia Rinzullo, Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliate presso lo studio di questi ultimi in Trento, Via Lunelli, n. 48

contro

Autostrada del Brennero S.p.A., in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, Via Grazioli, n. 27

nei confronti di

Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Società cooperativa consortile (C.S.A.I.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dagli avv.ti Sandro Manica e Antonio Melucci, con domicilio eletto presso il primo di essi in Trento, Via Belenzani, n. 39

per l'annullamento

- della delibera n. 1647 di data 11.11.2009, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del quinto lotto del servizio sgombero neve e spargimento cloruri per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012 a favore della Soc. coop. consortile C.S.A.I.;
- del verbale di gara n. 42/2009 dell'8.9.2009 nonché dei verbali di data 28.10. 2009 e 9.11.2009;
- del bando di gara n. 24/2009, di data 29.6.2009;
- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale atto di affido dei lavori anteriormente alla stipulazione del contratto, nonché il contratto nel frattempo eventualmente stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.A. e del Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Società cooperativa consortile (C.S.A.I.);

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio controinteressato

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2010 il cons.

Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara n. 24 del 29 giugno 2009, ritualmente pubblicato anche sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, Autostrada del Brennero S.p.A. ha indetto una procedura di gara di tipo aperto per l'affidamento del servizio di sgombero neve e spargimento cloruri per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012, suddiviso in sei lotti riferiti ad altrettante tratte autostradali. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso e tra le condizioni di partecipazione, quale requisito di capacità tecnica, era stata richiesta la produzione di una *“dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato”* che, a sua volta, distingueva tra *“mezzi fissi con personale a chiamata”* e *“mezzi a chiamata con personale a chiamata”*.

2. La vicenda contenziosa in esame concerne il lotto n. 5, per un valore pari a € 1.567.395,00 e relativo al tratto di competenza di Verona, ove, per l'espletamento del servizio, era stato previsto l'utilizzo di mezzi diversi (tra autocarri, pale cariatrici e pale gommate), per un totale di 34 unità. Alla procedura concorrenziale, entro il termine prescritto, hanno chiesto di partecipare tre diversi soggetti, due dei quali hanno superato la fase del controllo della documentazione richiesta per l'ammissione alla gara: la costituenda

A.T.I. ricorrente e il controinteressato C.S.A.I., Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Societa' cooperativa consortile. L'aggiudicazione definitiva è stata disposta con delibera presidenziale n. 1647, di data 11 novembre 2009, a favore del Consorzio C.S.A.I., che ha presentato l'offerta più conveniente corrispondente ad un ribasso del 23,225%, a fronte dell'offerta con un ribasso dello 18,700% presentata dal costituendo raggruppamento temporaneo di concorrenti.

3. Con ricorso notificato il 18 gennaio 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 29, la ricorrente A.T.I. ha impugnato l'aggiudicazione, oltre agli altri atti menzionati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - “violazione di legge, mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.3, lett. a), del bando di gara e del paragrafo 6.5 del capitolato speciale; dell'art. 37, comma 4, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dell'art. 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste”. Le ricorrenti assumono che il Consorzio aggiudicatario non sarebbe stato in possesso della capacità tecnica integrata dalla disponibilità dei mezzi necessari per lo svolgimento del servizio, posto che 8 dei mezzi richiesti risulterebbero oggetto di contratti di nolo a freddo e tutti gli altri di proprietà di soci di una delle società consorziate; inoltre, 6 di essi avrebbero una portata inferiore a quella richiesta. Infine, si deduce che il Consorzio

aggiudicatario non avrebbe specificato la parte di servizio che ciascun socio avrebbe dovuto eseguire;

II - “violazione di legge, mancata e/o erronea applicazione degli artt. 34 e 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo VI.3, lett. h), del bando di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste; violazione del principio della par condicio dei concorrenti”. Premesso che l’aggiudicatario sarebbe stato costituito illegittimamente in violazione dell’art. 2522 c.c., si allega che, in sede di gara, non avrebbe precisato a quale titolo fruirebbe della disponibilità di mezzi di proprietà di terzi, non avendo fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento; inoltre, i soci della cooperativa Due Torri, proprietari dei mezzi necessari per l’espletamento del servizio, non sarebbero stati indicati in sede di offerta e, pertanto, per essi non sarebbe stato dimostrato il possesso dei requisiti generali di partecipazione; infine, si afferma che il controinteressato sarebbe da qualificarsi un consorzio stabile al quale, attesa la tassatività dei soggetti elencati nell’art. 34 del Codice dei contratti, non potrebbe aderire una società consortile quale è l’impresa Due Torri;

III - “violazione di legge, mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* e, in particolare, del paragrafo III.2.3, lett. a), del bando di gara e del paragrafo 6.5 del capitolato speciale; dell’art. 84 del D.Lgs. 30.4.1992, n. 285, nonché, in generale, della normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi; dell’art. 75 del D.P.R.

28.12.2000, n. 445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, posto che i prodotti contratti di nolo a freddo non costituirebbero titolo valido ai fini della normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi, in base alla quale sarebbe richiesta l’iscrizione all’albo degli autotrasportatori sia per il locatore che per il locatario;

IV - “violazione di legge, mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.2, lett. a) e b), del bando di gara e dell’art. 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, atteso che in capo all’aggiudicatario non sarebbe stato sufficientemente provato il possesso del requisito di capacità economico - finanziaria, posto che non sarebbe stata prodotta documentazione idonea allo scopo.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica con aggiudicazione dell’appalto a favore delle istanti, previo annullamento di quella impugnata e, in caso di impossibilità, per equivalente, per il mancato utile d’impresa e per il pregiudizio indotto dalla mancata qualificazione sul piano professionale derivante dall’espletamento della commessa in questione, oltre che per le spese sostenute per la presentazione dell’offerta.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Autostrada del Brennero S.p.A. si è costituita in giudizio, argomentatamente chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

6. Nei termini di rito si è costituito in giudizio anche il controinteressato Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Società cooperativa consortile (C.S.A.I.), anch'esso concludendo per la reiezione del ricorso.

7. Alla camera di consiglio di data 11 febbraio 2010, la domanda cautelare, su istanza del difensore delle ricorrenti, è stata riunita all'esame del merito.

8. Con ricorso incidentale notificato il 17 febbraio 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 22, il Consorzio controinteressato ha impugnato il verbale n. 42/2009 di Autostrada del Brennero S.p.A. nella parte in cui la Commissione ha ammesso alla gara l'A.T.I. ricorrente, deducendo i seguenti motivi:

i - "inammissibilità del ricorso per difetto di rappresentanza processuale; violazione degli artt. 75 c.p.c. e 2384 c.c.", perché la procura *ad litem* è stata sottoscritta dall'amministratore delegato dell'impresa Vallant Infrastrutture che non avrebbe però la rappresentanza legale della stessa, in quanto dallo statuto attribuita o all'amministratore unico o al presidente del consiglio di amministrazione e, se nominato, al vicepresidente, senza eccezione alcuna;

ii - "violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e degli artt. 34, 38 e 74 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163", posto che l'offerta e tutta la

documentazione di gara sarebbero state sottoscritte da soggetto privo della rappresentanza legale della società Vallan Infrastrutture;

iii - “violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 11, 74 e 75 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dei principi generali in materia di offerta nei procedimenti di evidenza pubblica e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione”, atteso che nell’oggetto sociale delle due imprese in costituenda A.T.I. difetterebbe qualsiasi riferimento alla partecipazione ad appalti di servizi;

iv - “violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e dei principi generali in materia di procedura concorrenziali; degli artt. 45, 46 e 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; dell’art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione”, in quanto la mandante Finotti S.r.l. non avrebbe reso la dichiarazione richiesta dall’art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 per un procuratore con ampi poteri di rappresentanza;

v - “violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dei principi generali in materia di procedure concorrenziali; eccesso di potere per manifesta sproporzione, irragionevolezza e illogicità”. In via subordinata, è stata denunciata l’illegittimità del bando ove si ritenesse che lo stesso abbia preteso il possesso o la detenzione dei mezzi già al momento della

formulazione dell'offerta;

vi - "violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e dei principi generali in materia di procedure concorrenziali; dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241; violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, della *lex specialis* di gara e del principio del *clare loqui*; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione", in quanto anche l'A.T.I. ricorrente avrebbe presentato in sede di gara una dichiarazione di disponibilità dei mezzi richiesti di contenuto analogo a quella presentata dal Consorzio C.S.A.I.;

vii - "violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e dei principi generali in materia di procedure concorrenziali; dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241; violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, della *lex specialis* di gara e del principio del *clare loqui*; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione", perché il bando non avrebbe richiesto che siano specificate le parti (meglio, le quote) del servizio prestato dalle imprese partecipanti.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le difese delle parti in causa hanno presentato memorie riepilogative delle rispettive posizioni.

10. Alla pubblica udienza di data 10 giugno 2010, sentiti i procuratori presenti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Autostrada del Brennero S.p.A. ha indetto una procedura aperta di gara distinta in 6 lotti per individuare altrettanti contraenti cui affidare il servizio di sgombero neve e di spargimento cloruri dal Brennero a Modena per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012. Oltre alla documentazione utile da presentare per la partecipazione alla gara i concorrenti avevano l'obbligo di produrre, per comprovare la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica, una *“dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato”* che, per il lotto n. 5 - relativo al tratto di competenza di Verona, dal km. 207 al km. 257, che presentava una base d'asta pari a € 1.567.395,00 - richiedeva un totale di 34 unità tra autocarri, pale cariatrici e pale gommate.

Alla gara per detto lotto n. 5 hanno partecipato tre soggetti, uno dei quali, come si evince dal verbale di gara n. 42/2009, è stato escluso ancora in data 8 settembre 2009, in sede di controllo dei documenti richiesti per l'ammissione alla gara, per riscontrate carenze nella documentazione che era da presentarsi a pena di esclusione. Alla fase della gara concernente la presentazione dell'offerta economica sono stati quindi ammessi la ricorrente costituenda A.T.I. fra le imprese Vallan, con sede in Goito (MN), e Finotti, con sede a Chievo (VR), e il Consorzio Servizi Autostradali Integrati (C.S.A.I.), con sede in Pegognana (MN). La procedura si è conclusa con l'aggiudicazione del servizio al Consorzio C.S.A.I. che aveva presentato il prezzo più basso con un ribasso del 23,225% sulla base d'asta.

In fatto, va precisato che il Consorzio C.S.A.I. è costituito dalle soc. Semeghini Ivo e Gianni S.n.c., Faro S.r.l., Nial Nizzoli S.r.l. e dalla Società cooperativa consortile Due Torri, alla quale, a sua volta, aderiscono numerosi soci, sia ditte individuali che società.

2a. La società Vallan, in proprio e in qualità di capogruppo di costituenda A.T.I., e la società Finotti hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione del servizio al controinteressato, deducendo plurimi motivi di censura, sostanzialmente basati sull'assunto che l'aggiudicatario non sarebbe stato in possesso della capacità tecnica rappresentata dalla disponibilità dei mezzi richiesti, posto che il maggior numero di essi risulterebbe in proprietà di soci di una società cooperativa consorziata.

2b. Si è costituito in giudizio l'intimato Consorzio C.S.A.I. allegando la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, posto che la mera disponibilità delle attrezzature prescritte dal bando di gara, nel che si tradurrebbe il requisito in questione, sarebbe stata dimostrata con la consegna dei libretti di circolazione di mezzi appartenenti ad imprese socie della consorziata Due Torri. Con ricorso incidentale ha, poi, dedotto che l'A.T.I. ricorrente sarebbe stata illegittimamente ammessa alla procedura di gara.

2c. Autostrada del Brennero S.p.A. ha difeso l'operato della Commissione di gara, ricordando che, in sede di presentazione dell'offerta, sarebbe stato necessario e sufficiente depositare una "*dichiarazione di disponibilità del numero dei mezzi richiesti*" e chiarendo che, dopo l'aggiudicazione provvisoria, avrebbe appurato il possesso dei

requisiti relativi alla capacità tecnico - organizzativa. Infatti, con lettera raccomandata del 10 settembre 2009, ha chiesto all'aggiudicatario di *“comprovare le dichiarazioni rese in sede di gara”* producendo l'elenco dei mezzi prescritti unitamente ai relativi libretti di circolazione. Il Consorzio C.S.A.I ha quindi consegnato documentazione, concernente l'elenco delle attrezzature che avrebbe utilizzato (7 mezzi per il servizio spargisale; 20 per lo sgombero neve e 7 pale caricatori), unitamente a copia conforme dei relativi libretti di circolazione.

Con la successiva nota del 13 ottobre 2009 il Direttore generale di Autostrada del Brennero ha contestato che il libretti di circolazione ricevuti erano relativi ad automezzi intestati ad imprese diverse rispetto a quelle che risultavano socie del Consorzio e che pertanto non era *“desumibile il rispetto del requisito tecnico richiesto dal bando”*. Il 23 ottobre il Presidente di C.S.A.I. ha quindi prodotto l'elenco dei mezzi con i nominativi dei rispettivi proprietari e copia del libro soci di Due Torri s.c.a.r.l., dal quale si poteva evincere che i proprietari dei mezzi erano a loro volta soci dell'impresa consorziata (cfr., documenti da n. 6 a n. 14 in atti della Società resistente).

L'istruttoria si è conclusa con il verbale del 28 ottobre 2009 (cfr., documento n. 15 in atti di parte resistente), nel quale la Stazione appaltante ha dato atto che *“dalla documentazione prodotta si desume che tutti i mezzi per i quali sono stati forniti i libretti di circolazione sono a disposizione del C.S.A.I., in quanto appartengono direttamente a imprese consorziate, a soci della consorzata Due Torri Soc. Coop. o, in alternativa,*

risultano noleggiati tramite contratti di nolo a freddo”.

Infine, la resistente Autostrada del Brennero ha precisato che, in risposta ai quesiti pervenuti (ed in particolare alla domanda con cui si chiedeva se la disponibilità dei mezzi dovesse essere riferita unicamente a quelli in proprietà o se, in alternativa, potessero essere elencati anche mezzi di subappaltatori o di noleggiatori), aveva chiarito che era *“richiesta la messa a disposizione dei mezzi ma non la proprietà degli stessi?”* (cfr., quesito n. 10 - documento n. 3 in atti della Società resistente).

3a. Il ricorso deve essere accolto con riferimento al primo mezzo introdotto.

Va premesso, al riguardo, che dalla lettura del bando di gara si ricava che, al momento della presentazione della prescritta documentazione, era sufficiente la sola *“dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell’art. 6 del Capitolato”*. Su tale inequivoco fondamento si evince dunque che:

- era stata richiesta la sola *“disponibilità”* dei mezzi, da intendersi come un concreto e stabile godimento degli stessi, indipendentemente dal titolo, reale o obbligatorio, in base al quale erano materialmente detenuti;
- era stato autorizzato che l’acquisizione dei necessari titoli, a dimostrazione di detta disponibilità, potesse avvenire in una fase successiva rispetto a quella della partecipazione alla gara purché anteriore all’aggiudicazione.

Detta previsione è stata rettammente interpretata dalla Stazione

appaltante che, con il chiarimento n. 10 del 19.8.2009, aveva chiarito che era stata richiesta la messa a disposizione degli occorrenti mezzi di rimozione della neve e del ghiaccio ma non la loro proprietà. Dalla successiva istruttoria svolta da Autostrada del Brennero emerge poi che i concorrenti non dovessero dimostrare la disponibilità dei mezzi fin dal momento della loro partecipazione alla procedura concorsuale, essendo sufficiente che detta prova sopravvenisse immediatamente dopo l'eventuale aggiudicazione provvisoria.

Tale interpretazione è l'unica compatibile con i principi del diritto comunitario a presidio della libera concorrenza in sede di pubblici appalti che escludono ogni clausola di carattere discriminatorio e anticoncorrenziale: una lettura volta a prescrivere la disponibilità materiale dei mezzi come requisito di partecipazione alla gara equivarrebbe, infatti, a riservarne l'accesso alle sole imprese già operanti nel settore e, quindi, dotate di congrue attrezzature. Si porrebbe con ciò in essere una palese violazione dei principi comunitari di proporzionalità, di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, che trovano diretta applicazione nell'ordinamento interno, in ossequio alla posizione di preminenza dell'ordinamento comunitario e richiamati dall'art. 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

3b. Chiarito il significato della clausola in esame, va ora accertato se l'attuazione che ne ha dato la Stazione appaltante resista alle censure ulteriormente dedotte: in sede di verifica dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, il Consorzio C.S.A.I. ha, infatti, allegato che la

larga maggioranza dei mezzi era di proprietà di soci della consorzata società Due Torri e la stazione appaltante ha ritenuto che, su tale solo fondamento, fosse comprovato il possesso del requisito tecnico richiesto.

Detta conclusione non può, tuttavia, essere condivisa.

Sotto un primo aspetto la suddetta dimostrazione non può essere, infatti, desunta *sic et simpliciter* dal mero dato fattuale dell'esistenza di un doppio vincolo consortile, il quale, seppure sussistente, non è da solo capace di attestare che il Consorzio sovraordinato che ha partecipato alla gara abbia la vista disponibilità delle prescritte attrezzature.

3c. Si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il vincolante rilievo che, ancora in base all'art. 32 della direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE, un prestatore di servizi possa comprovare il possesso dei propri requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara, facendo *“riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto”*; che, in particolare, la capacità tecnica possa essere dimostrata, *“in vista dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di servizi, anche mediante l'indicazione della disponibilità di mezzi appartenenti a parti diverse da quella concorrente nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto. L'autorità aggiudicatrice potrà verificare se l'offerente ha l'effettiva disponibilità dei mezzi durante il periodo di durata dell'appalto. La parte concorrente, che indica mezzi e capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, deve dare la dimostrazione*

di disporre effettivamente di tali mezzi e capacità” (cfr., sez. V, 2.12.1999, in causa C-176/98).

Il descritto orientamento, palesemente finalizzato ad evitare indebiti ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione dei pubblici appalti, ha, poi, trovato puntuale conferma all'art. 47, secondo comma, della direttiva 2004/18/CE, che ha stabilito che *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto”, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a “prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”*: in definitiva, per potersi avvalere di mezzi di altri, occorre comprovarne l'effettiva disponibilità, spettando al *“giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua”* (cfr., sentenza 2.12.1999, in causa C-176/98, cit.).

Il detto indirizzo è stato condiviso dal Consiglio di Stato, che ha rilevato che *“qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano - avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”*. La vista pronuncia ha considerato a tal fine documento appropriato un atto unilaterale di impegno, irrevocabile e incondizionato, assunto da una società, con il quale il personale di

essa, nella misura necessaria ad assicurare il rispetto del requisito, è stato messo a disposizione di altra società per l'esecuzione dei servizi oggetto della procedura di gara, pur nel concorso dell'identica composizione societaria, il che ha reso ulteriormente "*palese la realizzazione di un unitario e comune centro di interessi tra le due società*" (cfr., C.d.S., sez. V, 15.12.2005, n. 7134).

3d. Detta prova ha fatto, peraltro, palesemente difetto nel caso di specie, non essendo stato documentato che, per la dimostrazione della prescritta disponibilità dei mezzi richiesti, i soggetti terzi rispetto alla gara, ma proprietari dei ridetti mezzi, si fossero formalmente obbligati a porli a disposizione del C.S.A.I. per l'arco temporale di esecuzione del servizio, a nulla rilevando che i detti proprietari avessero consegnato a quest'ultimo i rispettivi libretti di circolazione, consegna che, a tale scopo, non può assumere il valore di un impegno, sostanziale e formale, circa il loro utilizzo, pur in presenza di un generico "*rapporto di gruppo*" (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 9.2.2010, n. 641 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III ter, 25.8.2006, n. 7515).

4a. Sotto un diverso profilo va rilevato che le disposizioni sopra ricordate della direttiva 2004/18/CE sono state recepite all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, relativo all'avvalimento, ove è stato autorizzato che un imprenditore, al fine di comprovare il possesso dei requisiti tecnici richiesti per la partecipazione ad una gara, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che abbia con essi, a condizione che disponga

effettivamente dei mezzi in dotazione a tali soggetti, che gli siano necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha in proposito autorevolmente chiarito che *“l'impresa <ausiliaria> assolve al compito di permettere al soggetto che ne sia privo, di concorrere alla gara, provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti”, ma che essa “non assume la veste di partecipante alla gara”* (cfr., C.d.S., sez. V, 3.12.2009, n. 7592).

Negli stessi termini si è da tempo espressa la Corte di Giustizia che, evidenziando *“l'esistenza di vincoli diretti o indiretti fra l'impresa concorrente e quella ausiliaria, ha sottolineato l'estraneità di quest'ultima alla procedura di aggiudicazione [Corte di Giustizia CEE, 14 aprile 1994, causa C-389/92 (Ballast Nedam Groep I); 18 dicembre 1997, causa C-5/97 (Ballast Nedam Groep II); 2 dicembre 1999, causa C-176/98 (Holst Italia s.p.a.)]”*.

L'istituto dell'avvalimento ha dunque una portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, *“restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all'aggiudicazione della gara, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto, che partecipa alla gara”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 20.11.2008, n. 5742). Nello stesso senso, è stato anche chiarito che la dichiarazione di impegno deve essere prodotta alla Stazione appaltante *“per esigenze di certezza, essendo tale dichiarazione volta a soddisfare l'interesse ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario”*, posto che questi assume un impegno non soltanto verso l'impresa concorrente *“ma anche verso la Stazione*

appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente” (cfr., C.d.S., sez. VI, 13.5.2010, n. 2956).

Traendo le conseguenze dal richiamato, conforme indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale, anche parte del secondo mezzo introdotto è fondata, posto che il Consorzio C.S.A.I., che avrebbe pur potuto fruire dei requisiti tecnici delle imprese socie di Due Torri, non ha fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento sulla base del quale, come sopra illustrato, le dette imprese o ditte individuali non sarebbero state considerate estranee alla procedura di gara.

4b. Da quest’ultimo punto di vista viene in rilievo altra parte del secondo motivo, che è egualmente fondata.

Il Consorzio C.S.A.I., come composto dalle ditte Semeghini, Faro, Nial Nizzoli e Due Torri, si è, infatti, presentato quale unico referente nei confronti della stazione appaltante, ancorché abbia dichiarato di voler utilizzare mezzi, e presumibilmente anche risorse umane, forniti da soci di una società a sua volta consorziata, omettendo di renderne noti gli estremi delle rispettive ragioni sociali e dei relativi proprietari degli stessi mezzi.

Integrando questi il ruolo di distinti soggetti che si sarebbero assunti il compito dell’espletamento del servizio per il previsto triennio è, tuttavia, mancata la dimostrazione in capo ad essi dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure concorsuali indicati dall’art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006: il che, per come si è più sopra precisato, non sarebbe avvenuto ove fosse stato fatto uso dell’istituto dell’avvalimento nei termini sopra indicati.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, più volte confermato che *“il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese quali esecutrici del servizio. La possibilità che il consorzio ... rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte non implica che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione, ma per la qualità dei soggetti che vi partecipano”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 27.6.2007, n. 3765 e sez. V, 5.9.2005, n. 4477). L'opposta conclusione, significherebbe, invero, ammettere che le stringenti garanzie di serietà e moralità professionale richieste inderogabilmente agli imprenditori singoli possano essere eluse attraverso la costituzione di un consorzio, anche su più livelli, che riuscirebbe a conseguire l'aggiudicazione di gare per la prestazione di servizi per le pubbliche amministrazioni cui i singoli non sarebbero dovuti essere ammessi (cfr., in termini, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 18.6.2008, n. 1637).

In tale puntuale significato il bando di gara aveva prescritto che, in caso di partecipazione di consorzi, il possesso dei requisiti generali *“dovesse essere dichiarato anche dalle consorziate per cui partecipa”* (lett. h) del punto VI.3); in sede di formulazione della propria offerta C.S.A.I. aveva indicato le quattro imprese consorziate esecutrici (che hanno reso la dichiarazione ex art. 38), fra le quali figura la società cooperativa Due Torri; quest'ultima, tuttavia, non disponendo di

attrezzature proprie, o non intendendo fruirne, ha utilizzato quelle delle proprie imprese socie con la conseguenza che avrebbe dovuto dichiarare per quali di esse partecipava e queste ultime, a loro volta, avrebbero dovuto rendere la dichiarazione richiesta a tutti i concorrenti ai sensi del richiamato art. 38.

4c. Con la seconda parte del primo motivo è stato denunciato che il Consorzio aggiudicatario non avrebbe indicato, specificandole, le parti di servizio che ciascun socio avrebbe dovuto eseguire, secondo quanto prescritto per i consorzi ordinari dal comma 4 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che recita: *“nel caso di forniture o servizi nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*.

A tale deduzione il controinteressato oppone che il bando non avrebbe previsto nulla in proposito; che nel servizio di causa non vi sarebbero parti bensì quote; che detta specificazione sarebbe stata di difficile realizzazione, posto che il Consorzio ha partecipato per più lotti, come consentito dalla Stazione appaltante, presentando un unico modulo.

Le dette argomentazioni in replica non possono essere condivise.

Se corrisponde al vero che il bando non aveva menzionato l'adempimento richiesto dal comma 4 dell'art. 37, è altrettanto indubbio che l'allegata modulistica predisposta dalla Società autostradale, ed utilizzata dai concorrenti, aveva previsto un'apposita tabella affinché i concorrenti che rientravano nelle categorie di cui alla norma in esame potessero indicare *“le parti del servizio che ciascun*

associato/consorzio si impegna ad eseguire” (cfr., pag. 3 del modello sottoscritto dal legale rappresentante di C.S.A.I., doc. n. 3 in atti di parte).

In ogni caso, la procedura di gara è retta non dal solo bando, ma anche dalle pertinenti norme primarie e secondarie su cui la procedura concorsuale si fonda, per cui la citata disposizione di legge resta in ogni caso applicabile, anche se non richiamata, in quanto norma imperativa che si integra direttamente nel bando (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento 25.2.2009, n. 59), per il quale valgono i principi dell'eterointegrazione precettiva (cfr., sull'istituto, C.d.S., sez. V, 18.11.2004, n. 7555).

Quanto all'applicazione della disciplina in esame al Consorzio C.S.A.I., il quale ha precisato che tutte le imprese consorziate erano tenute ad eseguire la stessa prestazione, il Collegio osserva che questo Tribunale, con la richiamata sentenza n. 59 del 2009, aveva ritenuto che la prescrizione del comma 4 dell'art. 37 non distinguesse espressamente tra le diverse possibilità di raggruppamento nelle associazioni temporanee e che assumesse dunque rilievo solo nel caso in cui il raggruppamento si configurasse di tipo verticale; e ciò in quanto, nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale, non essendovi lo scorporo delle singole parti della prestazione da eseguire, restava privo di giuridico significato l'obbligo di indicare le parti da eseguire da ciascuna impresa, essendo tutte responsabili in solido dell'intero (cfr., in termini, anche C.d.S., sez. V, 26.11.2008, n. 5849; sez. V, 24.4.2002, n. 2208; sez. VI, 4.1.2002, n. 35).

Il Giudice d'appello, da ultimo, non ha però confermato la riportata posizione, osservando che ove *“la legge non distingue, non può distinguere il giudice o l'interprete”*; definendo *“associazione orizzontale quella in cui tutte le imprese (o associazioni o soggetti) sono in possesso di una stessa specializzazione e tra di esse vi è una ripartizione soltanto <quantitativa> della prestazione”* e *“associazione di tipo verticale la ripartizione di tipo <qualitativo>, nel senso che la capogruppo esegue la parte di prestazione della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate nel bando come scorporabili”*, infine concludendo che *“l'obbligo di specificazione trova le sue generali giustificazioni sia in caso di associazione verticale che di associazione orizzontale”*, perché *“ciò corrisponde all'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, sia al fine precipuo di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti che all'ulteriore scopo che tale verifica non venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 2.11.2009, n. 6786).

Sicché, sulla base delle ultime considerazioni, anche detto mezzo è fondato, restando del tutto irrilevante che il bando avesse permesso la presentazione dell'offerta anche per diversi lotti su di un unico modulo, posto che, in tal caso, era onere del concorrente specificare le quote dei servizi previsti per ciascuno dei lotti cui partecipava.

5a. Con il terzo motivo è stata denunciata violazione di legge ed eccesso di potere sul rilievo che i prodotti contratti di nolo a freddo non attesterebbero la disponibilità dei mezzi in questione, a ciò

opponendosi la normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi, che prescriverebbe l'iscrizione all'albo degli autotrasportatori sia per il locatore che per il locatario.

Il mezzo, a parere del Collegio, è infondato.

Il servizio di sgombero neve, che si sostanzia nel passo e ripasso sul tratto autostradale di competenza, non integra, tuttavia, alcuna attività di trasporto, essendo i suddetti mezzi utilizzati per la prestazione di un servizio. Né tale affermazione è contraddetta dal fatto che i cloruri, prima di essere sparsi sulle carreggiate autostradali, debbono essere necessariamente trasportati dal mezzo che espleta il servizio, come ha plausibilmente affermato il Giudice di pace di Trento con la sentenza n. 233 del 3.5.2010, che ha annullato la sanzione comminata alla ditta Semeghini per la pretesa violazione dell'art. 46 della L. 6.6.1974, n. 248, concernente i trasporti abusivi: nella motivazione è stato, infatti, statuito che il servizio di spargimento del sale non integra un'attività di trasporto per conto di terzi, ma piuttosto un trasporto in conto proprio di merce utilizzata nell'espletamento di un servizio pubblico.

5b. Infondato è anche il quarto mezzo, ove si deduce che l'aggiudicatario non avrebbe prodotto documentazione capace di acclarare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

In proposito il bando di gara prevedeva una *“dichiarazione concernente l'importo dei servizi attinenti l'oggetto della gara ... eseguiti esclusivamente in ambiti autostradali o su strade extraurbane principali?”* e con la nota del 10 settembre 2009 la Stazione appaltante ha chiesto all'aggiudicatario

provvisorio di presentare “*copia conforme di fatture quietanziate o dei certificati di regolare esecuzione*”. Dalla documentazione successivamente prodotta emerge che, nel precedente triennio, il Consorzio C.S.A.I. aveva complessivamente prestato servizi analoghi a quelli oggetto della gara per un importo ben superiore a quello richiesto, ciò documentando tramite copia conforme sia di “*certificati di regolare esecuzione*” che di “*certificati di pagamento*” rilasciati dalla società Autostrade per l'Italia.

L'art. 41 del D.Lgs. n. 163 del 2006 indica al comma 1 i documenti con i quali detta dimostrazione può essere fornita, rimettendo alle amministrazioni appaltanti l'individuazione di quelli ritenuti più idonei a tal fine, in ragione di quanto previsto dal successivo comma 2, secondo il quale “*le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere*”.

I detti documenti sono costituiti da idonee dichiarazioni bancarie (comma 1, lett. a), dai bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa (comma 1, lett. b), da dichiarazioni concernenti il fatturato globale di impresa e l'importo relativo ai servizi e forniture oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre anni. Come ha osservato il Consiglio di Stato, “*si tratta di tre categorie di documenti del tutto diversi tra di loro per contenuto e funzioni, le prime (idonee dichiarazioni bancarie) essendo finalizzate ad attestare la affidabilità dell'impresa in relazione al credito; i secondi (bilanci o estratti dei bilanci) essendo finalizzati a dimostrare la situazione (interna) contabile e finanziaria dell'impresa e dunque le sue effettive capacità imprenditoriali; il terzo*

(dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara) essendo piuttosto rivolto alla dimostrazione delle concrete capacità operative dell'impresa concorrente" (cfr., C.d.S., sez. V, 23.2.2010, n. 1040).

Tali categorie di documenti sono state dal legislatore ritenute tutte ugualmente idonee a fornire la prova della capacità economica e finanziaria di un'impresa concorrente, per cui, avendo il bando prescritto la presentazione di "*dichiarazioni*", i visti "*certificati di avvenuto pagamento*", che sottendono l'intervenuta regolare esecuzione del servizio, sono incontrovertibilmente idonei ad attestare la necessaria capacità tecnica e finanziaria.

6. In questi termini, il ricorso principale è dunque fondato, con assorbimento delle altre censure non specificatamente esaminate.

7. Quanto alla necessità di dar corso all'esame del ricorso incidentale va fatta applicazione dell'indirizzo espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha osservato che "*un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse strumentale, mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando*", e che "*qualunque sia il primo ricorso che si esamini e che si ritenga fondato, si deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e si deve esaminare anche l'altro*" (cfr., C.d.S., Ad Pl., 10.11.2008, n. 11): da quanto suesposto (a parte restando il fatto che, necessariamente, le impugnazioni in esame riguardano: l'aggiudicazione definitiva con il ricorso principale; l'ammissione alla gara con il ricorso incidentale),

consegue dunque che nella vicenda di causa, ove il terzo concorrente è stato escluso dalla procedura ancora nella fase iniziale del confronto, che si è pertanto concluso con due soli potenziali candidati all'aggiudicazione del lotto in questione, le censure dedotte con il ricorso incidentale debbono essere egualmente definite, in quanto, dopo l'accoglimento del ricorso principale, persiste l'interesse del Consorzio controinteressato all'esame del prodotto ricorso incidentale, la cui fondatezza darebbe luogo alla riedizione della gara.

8a. Con il primo motivo si assume che la procura *ad litem* sottoscritta per l'impresa Vallant Infrastrutture dal geom. Maurizio Vellini, amministratore delegato, sarebbe priva di efficacia in quanto egli non avrebbe la rappresentanza legale della società che lo statuto attribuirebbe solamente all'amministratore unico o al presidente del consiglio di amministrazione e, se nominato, al vicepresidente, senza eccezione alcuna.

8b. Il mezzo è peraltro irrilevante prima che infondato, posto che non è stata contestata la procura *ad litem* conferita dal legale rappresentante della seconda società ricorrente, la mandante Finotti S.r.l.

In proposito, costituisce orientamento pacifico in giurisprudenza che ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, sia titolare di un autonomo interesse a conseguire l'aggiudicazione, per cui la legittimazione deve essere riconosciuta in capo ad ogni singola impresa facente parte di un'A.T.I., sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione. *“Ciò perché il conferimento*

del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'Amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim” (cfr., C.d.S., sez. VI, 13.5.2010, n. 2956; sez. VI, 6.3.2009, n. 1346; sez. V, 12.2.2008, n. 490 e sez. V, 12.2.2007, n. 593).

8c. In ogni caso, anche per contrastare il secondo motivo - con il quale il Consorzio controinteressato ha denunciato che l'offerta dell'impresa Vallan Infrastrutture, sottoscritta dallo stesso geom. Maurizio Vellini, non sarebbe imputabile alla Società, attesa la carenza di capacità rappresentativa in capo al Vellini - dalla documentazione prodotta in giudizio dalla difesa delle società ricorrenti risulta:

- che l'art. 24 dello statuto dell'impresa Vallan Infrastrutture S.p.A., avente sede in Goito (MN), ha previsto che l'organo amministrativo sia investito dei più ampi poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria della società (lett. a), con facoltà di delegare le proprie attribuzioni, determinandone i limiti, ad uno o più amministratori delegati (lett. b), e che la rappresentanza della società spetti all'amministratore unico, al presidente del consiglio di amministratore e, se nominati, ai vicepresidenti (lett. c);

- che con delibera del Consiglio di amministrazione di data 4.1.2008, confermata in data 10.3.2008, il sig. Maurizio Vellini è stato nominato amministratore delegato e che gli sono stati delegati, *“oltre alla rappresentanza della società, i più ampi poteri di ordinaria e di straordinaria amministrazione”*;

- che con delibera del Consiglio di amministrazione di data 18.3.2008 lo stesso Vellini è stato nominato vicepresidente della società, con conferma delle deleghe in precedenza attribuite.

Su tale fondamento non può dunque dubitarsi che, nel caso in esame, colui che ha conferito la *procura ad litem* e che, in precedenza, aveva sottoscritto l'offerta e tutta la documentazione di gara, avesse la rappresentanza della società Vallan Infrastrutture. Resta pertanto del tutto irrilevante che solamente in data 15.3.2010 sia stata modificata l'iscrizione camerale con l'indicazione del geom. Vellini quale ulteriore rappresentante legale della società, posto che il dato risultante dalla visura camerale non ha valenza costitutiva, ma dichiarativa con funzione di pubblicità e che, *“ai sensi dell'art. 2196, c.c., detta iscrizione costituisce solo una pubblicità notizia obbligatoria che, come tipico delle pubblicità dichiarative, produce l'effetto giuridicamente rilevante dell'affidamento dei terzi in merito alla veridicità ed all'attualità dei dati pubblicizzati e tanto sia con riferimento all'avvio che con riguardo alle modifiche che intervengono nella vita dell'impresa”* (cfr., C.d.S., sez. VI, 27.11.2006, n. 6907), una presunzione semplice *“superabile con la prova contraria che il dato contenuto nella stessa sia corrispondente alla realtà fattuale, gravando, quindi, su chi intenda sconfessare detto dato fornire la dimostrazione contraria”* (cfr., T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 10.3.2010, n. 2648 e Cass. Civ., sez. I, 15.7.2004, n. 13124). Il che, è quanto accaduto nel caso in esame.

9a. Con il terzo mezzo introdotto si afferma che l'oggetto sociale delle due società componenti la costituenda A.T.I. difetterebbe di qualsiasi riferimento alla partecipazione ad appalti di servizi e,

soprattutto, al servizio di sgombero neve.

9b. L'argomento è del pari privo di ogni pregio.

Il bando di gara, infatti, non aveva riservato la partecipazione ad una particolare professione (cfr., punto III.3.1), richiedendo invece la sola dimostrazione di aver svolto, negli ultimi tre esercizi, servizi attinenti all'oggetto della gara per un certo importo.

Il che trova sicura conferma nella normativa comunitaria, che è caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità in materia, nonché nella giurisprudenza della Corte di Giustizia cui si deve, in tema di concorrenza, la massima estensione del concetto di “*operatore economico*” contenuta nelle disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. In tal senso, la Corte europea ha avuto più volte l'occasione per ribadire che un'interpretazione restrittiva della nozione di “*operatore economico*” avrebbe la conseguenza che i contratti conclusi potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità della richiamata normativa. Di conseguenza, essa è stata interpretata nel senso che deve essere “*ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto*”

pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18” (cfr., da ultimo, Corte giustizia CE, sez. IV, 23.12.2009, causa C-305/08; 1.7.2008, causa C-49/07; 29.9.2007, causa C-119/06; 10.1.2006, causa C-222/04). Anche il Consiglio di Stato ha preso atto che “la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione” (cfr., sez. VI, 16.6.2009, n. 3897).

10a. Con il quarto motivo del ricorso incidentale si assume che la costituenda A.T.I. ricorrente sarebbe stata illegittimamente ammessa alla procedura di gara sulla base di documentazione inveritiera, posto che una delle società componenti il raggruppamento temporaneo, nella specie la mandante Finotti S.r.l., avrebbe reso la dichiarazione richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 solo nei confronti del legale rappresentante in carica e non avrebbe comunicato l'esistenza di un procuratore, tale sig. Nereo Finotti, che, fin dal 14.12.2005, quando l'impresa operava con la denominazione <Finotti S.a.s. di Finotti Guglielmo & C.>, sarebbe munito di estesi poteri di azione in nome e per conto della società, uno *status* qualificabile quindi alla stregua del potere di rappresentanza, come

emergerebbe dalla documentazione esibita in giudizio (cfr., documenti nn. 36, 37 e 38 in atti delle ricorrenti).

10b. Detta argomentazione non può essere condivisa.

In punto di fatto occorre osservare che il bando di gara, al punto III.2.1), si è limitato a prescrivere che tutti i concorrenti dovessero presentare la dichiarazione di possesso dei requisiti di cui al nominato art. 38; al punto VI.3), lett. c), aveva previsto la pena dell'esclusione per la mancanza della suddetta dichiarazione; non aveva soggiunto alcuna specifica ed ulteriore causa di esclusione; in giudizio alcun principio di prova è emerso sull'esistenza o meno di precedenti penali a carico del citato procuratore Nereo Finotti.

L'invocato art. 38 stabilisce, in particolare, che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di lavori, forniture e servizi le imprese con amministratori muniti del potere di rappresentanza e direttore tecnico, sia in carica che cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

La legittimazione a rendere la dichiarazione del possesso dei requisiti di cui al citato art. 38 spetta dunque al legale rappresentante dell'impresa ed essa assume come destinatari, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato che il Collegio condivide, *“tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di*

trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato" (cfr., C.d.S., sez. V, 9.3.2010, n. 1373). Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto di chi rivesta (o abbia rivestito) formalmente la carica di amministratore, ma anche di colui che, in qualità di vice presidente vicario (cfr., C.d.S., sez. V, 25.5.2010, n. 3325), o di institore (cfr., C.d.S., sez. V, 15.1.2008, n. 36) o di procuratore *ad negotia*, "*risultante dalle visure camerali con titolarità di ampi poteri di rappresentanza con riferimento alla possibilità di partecipare alle gare e di firmare contratti*" (cfr., C.d.S., sez. V, 9.3.2010, n. 1373 e 28.5.2004, n. 3466), abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali.

In definitiva, il requisito della moralità professionale deve essere valutato in capo ai soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti nella gare pubbliche, avuto riguardo alle funzioni sostanziali di essi più che alle qualifiche formali e, quindi, al concreto esercizio del potere di rappresentanza della persona giuridica.

Presupposto indefettibile per l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38 in esame è, tuttavia, la sussistenza di precedenti penali per gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale, mentre non assume alcun rilievo, in assenza di una specifica disposizione nella normativa di gara, "*il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina*

normativa”: nella specie, “*trattasi, in definitiva, per mutuare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione*” (cfr., sez. V, 13.2.2009, n. 829 e, in termini, T.R.G.A. Trento, 7.10.2009, n. 251).

10c. Sempre con riferimento alla lett. c) del comma 1 dell'art. 38, il Consiglio di Stato ha precisato che l'accertamento del requisito (e delle conseguenti cause di esclusione) implica un apprezzamento che compete dapprima al concorrente e successivamente alla stazione appaltante; che i due giudizi possono giungere a conclusioni diverse; che, non di rado, i bandi richiedono che il concorrente dichiari di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38 del Codice, concludendo che, in tali ipotesi, si “*giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché egli non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate*” (cfr., C.d.S., sez. VI, 4.8.2009, n. 4905).

In conclusione, legittima appare una diversa e più estesa lettura della norma soltanto nel caso in cui il bando, invece di limitarsi a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, avesse imposto, e sanzionato con l'esclusione in caso di omissione, una dichiarazione dal contenuto più ampio rispetto a quanto prescritto dalla norma in esame, al fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione della gravità o meno

dell'illecito ed anche soltanto di ogni omessa dichiarazione. Solo in siffatta ipotesi, dunque, la causa di esclusione non sarebbe solo quella, rilevante sul piano sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione penale, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

10d. Tuttavia il bando in esame aveva prescritto la sola dichiarazione della presenza o assenza di condanna penale per reati gravi, per cui il motivo deve essere respinto con la precisazione che, se è imperativo che le stazioni appaltanti debbano avere rapporti esclusivamente con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità, sotto altro profilo occorre disattendere una lettura strettamente formale di qualsivoglia dichiarazione non veritiera, poiché ciò *“si tradurrebbe in un pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sulla partecipazione alle pubbliche gare delle imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la Pubblica amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia precluso dal fatto che le imprese abbiano presentato dichiarazioni incomplete, peraltro del tutto influenti sull'affidabilità della singola impresa”* (cfr., T.R.G.A. Trento, n. 251 del 2009, cit.).

11. Con il quinto e il sesto motivo, che possono essere trattati congiuntamente, da un lato si sostiene che anche il Consorzio ricorrente si sarebbe limitato, in sede di gara, a presentare una semplice dichiarazione di disponibilità dei mezzi richiesti per lo svolgimento del servizio di contenuto analogo a quella presentata dalle ricorrenti; da altro lato, si censura la *lex specialis* di gara, ove si

ritenesse che abbia preteso la dimostrazione della materiale disponibilità dei mezzi sin dal momento della formulazione dell'offerta.

Il Collegio rileva che tali argomentazioni sono già state disattese al punto 3a. che precede, ove è stato precisato che in sede di partecipazione alla procedura selettiva era sufficiente allegare la sola *“dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato”*, e che detta disposizione permetteva che l'acquisizione dei titoli necessari per dimostrare detta disponibilità potesse avvenire anche in un momento successivo rispetto a quello della partecipazione alla gara purché anteriore all'aggiudicazione.

12. Infine deve essere disatteso anche l'ultimo mezzo introdotto con il ricorso incidentale, sull'obbligo di specificazione delle parti del servizio, atteso che la stessa doglianza è stata esaminata al punto 4c. che precede, cui conseguentemente si rinvia.

13a. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso incidentale deve essere respinto e, a seguito dell'accoglimento del ricorso principale, si dispone, per l'effetto, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva pronunciata a favore del Consorzio controinteressato.

13b. A tale proposito, il Collegio deve ora pronunciarsi sulla sorte del contratto di appalto stipulato con il Consorzio illegittimamente aggiudicatario del servizio.

L'art. 245 *ter* del D.Lgs. n. 163 del 2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. 20.3.2010, n. 53 (con cui è stata trasposta nell'ordinamento nazionale la direttiva 2007/66/CE), disponendo

che, “fuori dei casi indicati dagli articoli 245 bis e 245 quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”, affida quindi al Giudice, in relazione alle peculiarità di ogni vicenda processuale, la competenza sulla valutazione della possibilità di dichiarare immediatamente inefficace il contratto.

Facendo applicazione della riportata disposizione, e precisato che il sopravvenuto D.Lgs. n. 53 del 2010 trova immediata applicazione, in virtù della sua natura processuale, applicandosi anche ai giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore, in difetto di diversa disposizione transitoria (cfr., T.R.G.A. Trento, 7.6.2010, n. 151), occorre dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente decisione, fermo restando il rapporto intercorso tra le parti, in analogia con i principi di cui all'art. 2126 c.c.

Tale dichiarazione trova base e ragione:

- nella sussistenza della colpa in capo alla Stazione appaltante, avendo essa ritenuto adeguata, per la verifica dell'esistenza della capacità tecnica, una documentazione insufficiente a dimostrare la disponibilità dei mezzi richiesti per l'intera durata dell'appalto;
- nell'antigiuridicità del comportamento che si identifica nell'aver

emesso un provvedimento illegittimo;

- nell'interesse della Stazione appaltante a che il servizio sia eseguito da un soggetto provvisto di tutti i requisiti richiesti dalla normativa di gara;

- nello stato di esecuzione della prestazione richiesta, che prevedeva un servizio per tre distinte stagioni invernali, dal 1° novembre al 31 marzo, solo la prima delle quali è trascorsa.

14a. Quanto alla domanda di risarcimento del danno occorso, le istanti hanno richiesto la reintegrazione in forma specifica e, solo subordinatamente, per equivalente, assuntamente integrato dalle spese sostenute per la presentazione dell'offerta, dal pregiudizio economico subito per la perdita di chance, dall'inutile immobilizzazione di mezzi tecnici e di risorse, nonché dal lucro cessante rappresentato dall'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto pari al 10% della loro offerta.

14b. A questo proposito giova osservare che la domanda di risarcimento del danno in forma specifica sottende, peraltro, una reale ed effettiva azione di adempimento, essendo diretta a conseguire l'accertamento della fondatezza della pretesa all'aggiudicazione dell'appalto, il che può e deve peraltro intervenire non già in base ai vizi fondatamente dedotti nei confronti del controinteressato, ma esclusivamente alla luce dell'offerta presentata e della sussistenza dei requisiti di capacità tecnica in capo al ricorrente.

Per questo aspetto, tuttavia, seppure l'A.T.I. ricorrente sia l'unica concorrente rimasta in gara, fa nella specie difetto la prova che

L'appalto debba esserle aggiudicato, atteso che l'istruttoria espletata dalla Stazione appaltante ha avuto ad oggetto esclusivamente la posizione del Consorzio controinteressato dopo l'aggiudicazione provvisoria in suo favore: l'estromissione dalla gara di quest'ultimo con annullamento nei termini sopra precisati del rapporto contrattuale costituitosi con la sottoscrizione del relativo contratto si traduce, dunque, nel solo obbligo in capo alla resistente Società di dare esecuzione alla presente pronuncia, disponendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria a favore delle istanti e quindi procedendo alla successiva istruttoria, dando corso soltanto in esito alla positiva verifica dei requisiti all'assegnazione del contratto a favore delle ricorrenti (cfr., T.R.G.A. Trento 7.6.2010, n. 151; in termini, 7.10.2009, n. 251 e T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 4.3.2009, n. 456). A tale stregua altra pretesa non può essere riconosciuta alle ricorrenti, le quali potranno vantare ogni altro diritto se non successivamente all'eventuale aggiudicazione, che è vicenda diversa dal mero impulso a portare a termine la procedura di gara ora per allora indotto dall'accoglimento del ricorso.

15. In dipendenza delle argomentazioni sopra svolte in motivazione, le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbono porsi a carico delle parti soccombenti.

Condanna conseguentemente Autostrada del Brennero S.p.A. e Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Società cooperativa consortile (C.S.A.I), in solido tra di loro, tenuto conto del valore della causa e dell'entità dell'attività difensiva svolta, a corrispondere a

Vallan Infrastrutture S.p.A. e a Finotti S.r.l. la complessiva somma di € 15.000,00 (quindicimila) (di cui € 13.500,00 per onorari ed € 1.500,00 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 16 del 2010,

- quanto al ricorso principale, lo accoglie;
- quanto al ricorso incidentale, lo respinge.

Condanna Autostrada del Brennero S.p.A. e Consorzio Servizi Autostradali Integrati - Societa' cooperativa consortile (C.S.A.I.) al pagamento in solido delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO