

[Torna alla pagina precedente](#)

**N. 04441/2015REG.PROV.COLL.
N. 00169/2013 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale
169 del 2013, proposto dalla
Ecobuilding s.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati
Silvano Tozzi e Luca Tozzi, con
domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Lodovico Visone in
Roma, Via del Gesù, n. 62;

contro

S.A.P.Na. s.p.a., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato

Gherardo Marone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Napolitano in Roma, Via Sicilia, n. 50; Sogliano Ambiente s.r.l. e Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Dario Forasassi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Ciociola, in Roma, viale delle Milizie, n. 2;

Cisa s.p.a. e Vergine s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nella qualità, rispettivamente, di mandataria e di mandante del R.T.I. Cisa-Vergine, rappresentate e difese dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo studio del dottor A. Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

Linea Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via di Ripetta, n. 142;

Herambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in

proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con la Società Consortile a r.l. Albatros e la ditta Melandri Emanuele, non costituita in giudizio;

Ecologista Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante della costituenda A.T.I. Linea Ambiente con Ressa Gianpietro & C s.n.c., non costituita in giudizio;

Ressa Gianpietro & C s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante della costituenda A.T.I. Linea Ambiente con Ecologista Servizi s.r.l., non costituita in giudizio;

B.P.S. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante della costituenda A.T.I. Linea Ambiente con Ressa Gianpietro & C s.n.c., non costituita in giudizio;

Ecologista Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

CITE soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non

costituita in giudizio;

Nestambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Trenitalia s.p.a. e Mag Gmbh, non costituita in giudizio;

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Nestambiente s.r.l. e Mag Gmbh, non costituita in giudizio;

Mag Gmbh, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Nestambiente s.r.l. e Trenitalia s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione I, n. 05259/2012, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della S.A.P.Na. s.p.a., delle Sogliano Ambiente s.r.l. e Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l., delle Cisa s.p.a. e

Vergine s.p.a., nonché della Linea Ambiente s.r.l.;

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

Vista la propria ordinanza 20 febbraio 2013 n. 608;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Paolo Vosa, su delega degli avvocati Luca Tozzi e Silvano Tozzi, Gherardo Marone, Massimo Di Nezza, su delega dell'avvocato Pietro Quinto, Giuseppe Franco Ferrari e Roberto Ciociola, in dichiarata delega dell'avvocato Dario Forasassi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Ecobuilding s.r.l. ha partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di smaltimento e trasporto dei rifiuti provenienti dagli impianti di tritovagliatura dei Comuni di Giugliano e Tufino indetta dalla S.A.P.Na. s.p.a. con bando che, al punto III.2.2., richiedeva la

presentazione di una dichiarazione attestante un fatturato specifico per servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto (lo smaltimento ed il recupero con relativo servizio di trasporto di rifiuti aventi codice CER 19.12.12, 19.05.01, 19.05.03 e 20.03.01) nel triennio 2009-2010 pari ad almeno € 6.354.400,00.

La stazione appaltante nella seduta pubblica n. 3 del 24 settembre 2012 ha escluso detta s.r.l. per non essere i certificati di buona esecuzione da essa presentati relativi a codici CER analoghi a quelli dell'appalto.

2.- La Ecobuilding s.r.l. ha allora proposto ricorso, corredato da motivi integrativi ed aggiunti, presso il T.A.R. Campania per l'annullamento di detto provvedimento di esclusione, del silenzio rigetto assuntamente formatosi in ordine al mancato tempestivo riscontro al preavviso di ricorso, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, della *lex specialis* (ove interpretabile lesivamente in danno alla ricorrente, con particolare riferimento al punto III.2.2.) e della nota prot. n.

1888 del 6 novembre 2012, di conferma dell'esclusione; inoltre per l'accertamento del diritto al subentro nella posizione contrattuale degli eventuali controinteressati.

3.- Il T.A.R., con la sentenza ex art. 60 del c.p.a. in epigrafe indicata, ha respinto il gravame, avendo ritenuto il ricorso, i motivi integrativi ed i motivi aggiunti irricevibili per tardività, per la parte relativa all'impugnazione del bando, ed inammissibili in relazione al provvedimento di esclusione.

4.- Con il ricorso in appello in esame la citata s.r.l. ha chiesto la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) *Error in iudicando*, violazione e falsa applicazione di legge (d. lgs. n. 163 del 2006, d.P.R. n. 207 del 2010) e della *lex specialis*, violazione del principio del *favor participationis*.

Il ricorso non avrebbe potuto considerarsi irricevibile con riguardo all'impugnativa della clausola del bando di gara che richiedeva la presentazione di una dichiarazione attestante un fatturato specifico per servizi analoghi a quello oggetto

dell'appalto, perché l'illegittimità di essa avrebbe potuto essere dedotta solo unitamente al provvedimento di esclusione.

Inoltre la S.A.P.Na. s.p.a., con la risposta fornita al quesito n. 26, avrebbe ingenerato nella attuale appellante un legittimo affidamento circa la non lesività di detta clausola.

b) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 39 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, d.P.R. n 207 del 2010 e d. lgs. n. 152 del 2006). Violazione e falsa applicazione del punto III.2.2. del bando. Eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione e manifesta illogicità.

L'esclusione dell'odierna appellante sarebbe stata frutto di un errore di valutazione circa il tenore dei servizi analoghi ai CER oggetto dell'appalto.

c) *Error in iudicando*. Omessa valutazione della illegittimità propria dell'aggiudicazione del 7 novembre 2012 per violazione degli artt. 11, 12 e 48 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 16.1. del disciplinare.

La stazione appaltante, in violazione della normativa generale e speciale, non avrebbe effettuato alcuna delle verifiche prescritte dagli artt. 11, 12 e 48 del d. lgs. n. 163 del 2006.

5.- Con atto depositato il 10 gennaio 2013 si sono costituite in giudizio la CISA s.p.a. e la Vergine s.p.a., che hanno eccepito l'improponibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello, nonché ne hanno dedotto l'infondatezza, concludendo per la reiezione.

6.- Con atto depositato il 10 gennaio 2013 si è costituita in giudizio la S.A.P.Na. s.p.a., che ha eccepito l'inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza, concludendo per la reiezione.

7.- Con atto depositato il 24 gennaio 2013 si è costituita in giudizio la Linea Ambiente s.r.l., che ha eccepito l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza, concludendo per la reiezione.

8.- Con atto depositato il 9 febbraio 2013 si sono costituite in giudizio la

Sogliano Ambiente s.r.l. e la Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l..

9.- Con memoria depositata il 14 febbraio 2013 la S.A.P.Na. s.p.a. ha riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso nell'assunto che la ricorrente non avrebbe fornito la prova (di resistenza) in ordine alla eventuale aggiudicazione dell'appalto in suo favore ed ha dedotto l'infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

10.- Con memoria depositata il 15 febbraio 2013 la Linea Ambiente s.r.l. ha dedotto l'infondatezza dell'appello ed ha eccepito l'inammissibilità per genericità e per carenza di interesse del terzo motivo posto a base dello stesso (non essendo stata ammessa l'appellante alla fase di verifica delle offerte economiche), concludendo per la reiezione.

11.- Con memoria depositata il 16 febbraio 2013 la appellante ha formulato interrogativi e censure sulla gestione della procedura da parte della stazione appaltante (in particolare con riguardo alla mancata

predeterminazione specifica dei criteri selettivi e attributivi dei lotti) ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste, insistendo per la sua riammissione con riserva alla gara.

12.- Con ordinanza 20 febbraio 2013 n. 608 la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata.

13.- Con memoria depositata il 29 aprile 2015 la Sogliano Ambiente s.r.l. e la Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l. hanno preliminarmente evidenziato che il contratto d'appalto ha avuto completa esecuzione e che sarebbe consequenzialmente cessata la materia del contendere sotto il profilo della perdita di interesse alla pronuncia di decadenza degli atti di gara perché essi avrebbero completamente esaurito i loro effetti; nel merito hanno dedotto l'infondatezza del gravame, concludendo per la declaratoria di cessazione della materia del contendere o per la reiezione.

14.- Con memoria depositata l'8 maggio 2015 la Linea Ambiente s.r.l. ha preliminarmente eccepito la sopravvenienza di carenza di interesse

all'appello per aver avuto completa esecuzione il contratto d'appalto in questione e l'inammissibilità delle censure formulate per la prima volta in secondo grado dall'appellante con memoria depositata il 16 febbraio "2015" (recte: 2013) e comunque la loro tardività; inoltre ha dedotto l'infondatezza del gravame ed in particolare ha eccepito l'inammissibilità per genericità e per carenza di prova e di interesse del terzo motivo d'appello (non avendo l'appellante partecipato alla fase di verifica delle offerte economiche).

15.- Con memoria depositata l'11 maggio 2015 la appellante ha sostenuto che sarebbe stata sicuramente aggiudicataria del lotto di cui trattasi e che persisterebbe l'interesse alla decisione al fine di ottenere il risarcimento per equivalente dei danni subiti; inoltre, in via gradata, ha chiesto la rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ex art. 99 del c.p.a., del seguente quesito: *“Può legittimamente ritenersi immediatamente lesiva una clausola della lex specialis suscettibile di essere*

interpretata, sia da uniformi canoni giurisprudenziali, sia da chiarimenti resi dalla stessa Stazione appaltante, in maniera non lesiva degli interessi della ditta partecipante?'. Ha poi ribadito tesi e richieste, in particolare lamentando l'affidamento del servizio a concorrenti (Consorzio CITE e società VE.CA. SUD) privi dei requisiti di partecipazione.

16.- Con memoria depositata il 15 maggio 2015 la CISA s.p.a. e la Vergine s.p.a. hanno chiesto che l'appello sia dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse per essere stato il servizio in questione già completamente eseguito; nel merito hanno ribadito tesi e richieste.

17.- Con memoria depositata il 15 maggio 2015 la Linea Ambiente s.r.l. ha replicato alle avverse difese, escludendo la sussistenza dei presupposti per deferire alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il quesito formulato dalla appellante, ribadendo l'inaammissibilità delle censure da essa formulate circa la carenza di requisiti di partecipazione alla gara del

Consorzio CITE e della società VE.CA. SUD (per carenza di interesse e tardività ed informalità della loro deduzione in giudizio), nonché tesi e richieste.

18.- Alla pubblica udienza del 26 maggio 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

20.- L'appello è infondato.

21.- Tanto esime il collegio dal valutare la fondatezza delle eccezioni di improcedibilità del gravame formulate dalla Sogliano Ambiente s.r.l. e dalla Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l. (per cessazione della materia del contendere sotto il profilo della perdita di interesse sulla pronuncia di decadenza degli atti di gara), nonché dalla Linea Ambiente s.r.l., dalla CISA s.p.a. e dalla Vergine s.p.a. (per sopravvenuta carenza di interesse), a seguito della completa esecuzione nelle more del contratto d'appalto (riguardo alle quali la società appellante ha dedotto, con memoria, che persisterebbe il proprio interesse

alla decisione al fine di ottenere il risarcimento per equivalente dei danni subiti).

L'infondatezza del gravame esclude anche la necessità della valutazione della fondatezza delle eccezioni di inammissibilità del ricorso riproposta dalla S.A.P.Na. s.p.a., nell'assunto che la ricorrente non avrebbe fornito la prova (di resistenza) in ordine alla eventuale aggiudicazione dell'appalto in suo favore, e di inammissibilità del terzo motivo dell'appello formulata dalla Linea Ambiente s.r.l. per genericità e per carenza di prova.

21.- Con il primo motivo d'appello è stato premesso che l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* di una gara di pubblico appalto si porrebbe solo in presenza di clausole immediatamente escludenti o comunque tali da impedire la presentazione di una offerta, quindi solo di quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la cui carenza determinerebbe

immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo. E' stato poi affermato che andrebbero considerate come clausole escludenti quelle che impediscono *in limine* la partecipazione alla gara e non richiedono alcuna significativa attività interpretativa né dei destinatari del bando, né degli organi della Amministrazione che ne debbano fare applicazione; in tutti gli altri casi dovrebbe considerarsi tempestiva l'impugnazione della *lex specialis* contestualmente a quella degli atti che ne hanno fatto applicazione.

Nel caso di specie il ricorso non avrebbe potuto considerarsi irricevibile con riguardo all'impugnativa del bando di gara, perché l'illegittimità del bando avrebbe potuto essere dedotta solo unitamente al provvedimento di esclusione.

Inoltre la S.A.P.Na. s.p.a., con la risposta fornita al quesito n. 26, avrebbe inteso allargare la possibilità di comprovare il possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura di

affidamento, estendendola ai CER dei rifiuti analoghi, specificando che l'appalto era *“relativo al servizio di smaltimento/recupero con relativo servizio di trasporto dei rifiuti aventi codici CER 19.05.01 e 19.12.12”* e, al fine di non restringere eccessivamente il novero dei possibili concorrenti alla procedura di gara, avrebbe *“inteso allargare la possibilità di comprovare il possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura di affidamento considerando analoghi ai servizi oggetto dell'appalto anche i servizi di smaltimento/recupero e relativo servizio di trasporto prestati anche in relazione ai codici CER 19.05.03 e 20.03.01 I rifiuti scelti come analoghi a quelli dell'appalto richiedono invece modalità di smaltimento/recupero e relativo trasporto del tutto analoghe ai codici CER oggetto dell'appalto”*.

Tanto avrebbe ingenerato nella attuale appellante un legittimo affidamento circa la non lesività della clausola del bando, considerato sia che tutte le disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, quindi anche quelle contenute nei chiarimenti,

comunicate con le medesime modalità degli atti di gara, concorrerebbero a formarne la disciplina speciale, sia che in caso di equivocità delle stesse dovrebbe essere tutelato l'affidamento degli interessati in buona fede mediante un'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara e sia conforme all'intento della s.a. di ottenere le prestazioni richieste al prezzo più vantaggioso.

21.1.- Osserva la Sezione che la clausola di cui al punto III. 2.2. del bando di gara in questione, nel disciplinare i requisiti di capacità economico-finanziaria, imponeva ai concorrenti di corredare la propria offerta con una dichiarazione attestante il possesso di un *"fatturato specifico per servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto (intendendosi per servizi analoghi lo smaltimento/recupero con relativo servizio di trasporto di rifiuti aventi codice CER 19.12.12, 19.05.01, 19.05.03, 20.03.01) nel triennio 2008-2009-2010 pari ad almeno 6.534.400,00"*, stabilendo così un requisito soggettivo di partecipazione preesistente alla gara stessa, non

condizionato dal suo svolgimento, che imponeva alla Ecobuilding s.r.l., che non era in possesso del requisito dello svolgimento di detti servizi analoghi, un onere di tempestiva impugnazione della stessa a far tempo dalla pubblicazione del bando sulla G.U.R.I. in data 13 aprile 2012, in quanto essa aveva una valenza immediatamente lesiva.

Infatti detta società aveva prodotto una attestazione della Salerno Pulita s.p.a. (attinente allo svolgimento del servizio di trasporto smaltimento e recupero di rifiuti CER 20.01.08), una attestazione della Ecologia Ambientale s.r.l. (attinente al servizio di recupero e smaltimento con annesso servizio di trasporto del CER 19.12.12), una attestazione della Ecoservice di Rizzo Michele (attinente al servizio di recupero e smaltimento con annesso servizio di trasporto del CER 20.01.08) ed una attestazione della De Fiam s.r.l. (attinente al servizio di recupero e smaltimento con annesso servizio di trasporto del CER 20.01.08).

Detta clausola fissava, quindi, in

maniera espressa ed inequivoca le capacità economico finanziarie richieste per una valida partecipazione alla gara de qua, riguardando i "*livelli minimi di capacità eventualmente richiesti*" (art. III.2.2. del bando di gara) ed imponeva inderogabilmente il possesso, da parte delle partecipanti, di un fatturato specifico per servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, come ivi chiaramente delineati, in assenza del quale l'offerta non avrebbe potuto essere ammessa.

Poiché essa clausola, di facile intelligibilità, preesisteva alla gara e non era condizionata dal suo svolgimento era idonea a ledere immediatamente e direttamente l'interesse della Ecobuilding s.r.l. a partecipare alla gara, riguardando direttamente la società e non l'offerta da presentare, o ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara, ovvero l'interpretazione ed applicazione della *lex specialis* da parte della stazione appaltante, avrebbe dovuto essere quindi immediatamente impugnata.

Nessun affidamento ritiene poi il collegio che possa essere stato ingenerato nella appellante dai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in relazione a detta clausola in risposta al quesito n. 26, perché con essi non è stato aggiunto alcunché alle originarie statuizioni, ma solo chiarito che per la prova del fatturato richiesto erano validi non solo i servizi svolti relativamente al trasporto dei rifiuti identici a quelli posti a gara, ma anche gli altri servizi analoghi espressamente indicati nell'atto di chiarimenti.

La S.A.P.Na. s.p.a., laddove ha affermato, con riferimento alla richiesta di allargare il campo dei servizi analoghi a tutti i rifiuti con “mastro” “19xxx” e “20xxx”, che la stessa non poteva considerarsi pertinente, *“in quanto all'interno di tale tipologia di rifiuti sono compresi anche rifiuti allo stato liquido o fangoso, come ad esempio il 19.07.03 (percolato) e 20.03.04 (fanghi) le cui modalità di smaltimento e di trasporto sono del tutto dissimili da quelli oggetto dell'appalto. I rifiuti scelti come analoghi a quelli dell'appalto richiedono invece modalità di*

smaltimento/recupero e relativo trasporto del tutto analoghe ai codici CER oggetto dell'appalto”, non ha inteso, né avrebbe legittimamente potuto, integrare la *lex specialis*, ampliando i servizi analoghi da essa fissati, perché i chiarimenti non sono idonei a modificare la disciplina di gara ed ad ampliarne il contenuto rispetto alle originarie previsioni.

In tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura di gara sono infatti costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati e i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica; esse fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5570 e 13 luglio 2010, n. 4526).

Nelle gare solo nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni dalla stessa fornite e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1898), ma esse non possono in nessun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice.

Proprio perché i chiarimenti in questione potevano semplicemente esplicitare le ragioni per le quali la s.a. aveva inteso come analoghe le tipologie di codice CER negli stessi indicate, essi non potevano ingenerare alcun affidamento circa la possibilità di partecipare alla gara in questione in concorrenti, come l'attuale appellante, che avessero svolto servizi pregressi con codici CER diversi da quelli espressamente indicati perché le clausole in questione non potevano che essere interpretate nel senso e nei termini loro proprie, non essendo affatto equivoche.

Comunque i chiarimenti sarebbero

stati opponibili solo se comunicati con le medesime modalità degli atti di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981) e se fossero stati contestualmente riaperti i termini per presentazione delle offerte (pena la violazione del principio di parità di trattamento nei confronti di altri operatori che non avessero presentato domanda non essendo muniti della categoria speciale espressamente richiesta dalla stazione appaltante), mentre nel caso di specie i chiarimenti al quesito n. 26 forniti dalla stazione appaltante non è stato dimostrato che fossero assistiti da detti requisiti.

Era quindi impossibile che una concorrente non in possesso dei previsti requisiti di partecipare legittimamente alla gara in questione potesse pretendere che la commissione desse una applicazione estensiva di dette clausole, in senso più favorevole alla più ampia partecipazione alla gara de qua.

Le censure in esame non possono essere quindi essere condivise.

22.- Con il secondo motivo d'appello è

stata censurata l'impugnata sentenza per non essere stata accertata e dichiarata nel merito l'illegittimità dell'esclusione della Ecobuilding s.r.l..

La appellante sarebbe stata esclusa nel presupposto, assuntamente erroneo, che nei chiarimenti forniti ai concorrenti la s.a. avesse circoscritto ai soli CER 19.05.03 e 20.03.01 i codici spendibili in via analoga ai codici CER 19.05.01 e 19.12.12 indicati nel bando di gara e non anche a tutti gli altri codici CER contenenti rifiuti solidi umidi (con esclusione dei fanghi e del percolato che hanno modalità di trasporto e smaltimento completamente differente dal FUT e dal FUTS).

Ma con detti chiarimenti sarebbe stato affermato che i rifiuti scelti come analoghi a quelli dell'appalto richiedevano modalità di smaltimento/recupero e relativo trasporto del tutto analoghe ai codici CER oggetto dell'appalto ed i certificati prodotti dalla istante avrebbero riguardato tutti, come da allegata perizia, il trasporto della

frazione umida generica (invece del trasporto esclusivo di FUT, o di FUTS comunque parzialmente compreso in detti certificati), che avrebbero modalità di trasporto del tutto analoghe al FUT o al FUTS (pure composti da frazione umida), dal momento che tutta la frazione umida, sia tritovagliata che stabilizzata, subirebbe gli stessi processi chimici e avrebbe quindi le stesse modalità di trasporto e smaltimento, nonché sarebbe inerente allo stesso settore, cioè a quello della frazione umida solida.

Per escludere legittimamente la appellante la S.A.P.Na. s.p.a. avrebbe dovuto motivare e dimostrare quali differenze di trasporto e/o smaltimento avessero i codici CER attestati rispetto a quelli oggetto della gara o a quelli ritenuti analoghi.

22.1.- Le censure in esame sono, secondo il collegio, inammissibili perché, in assenza di immediata impugnazione della *lex specialis* e di impossibilità di intendere i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in

senso estensivo del requisito in questione anche a tutti gli altri codici CER contenenti rifiuti solidi umidi, nessuna censura può essere rivolta all'operato della commissione di gara e della stazione appaltante, che erano tenute ad applicarne puntualmente le statuizioni.

In occasione dell'espletamento dei procedimenti di evidenza pubblica, la stazione appaltante è infatti tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis*, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti

23.- Con il terzo motivo d'appello è stato sostenuto che la stazione appaltante, in violazione della normativa generale e speciale, non avrebbe effettuato alcuna delle verifiche prescritte dagli artt. 11, 12 e 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, avendo

aggiudicato definitivamente la gara a distanza di circa dodici ore dalla aggiudicazione provvisoria, con dubbi sulla possibilità di verifica della documentazione inerente ai requisiti di partecipazione in capo a ben sedici aggiudicatari in un così breve lasso di tempo; ciò, peraltro, in assenza di alcun riferimento alla attività istruttoria e di richiesta di detta documentazione.

23.1.- Anche le esposte censure vanno ritenute, ad avviso del collegio, inammissibili, come eccepito dalla Linea Ambiente s.r.l., per carenza di interesse (non avendo partecipato la Ecobuilding s.r.l. alla fase di verifica delle offerte economiche).

Tale società era stata infatti esclusa dalla gara con provvedimenti non validamente impugnati e non era titolare di una posizione sostanziale differenziata rispetto alla generalità dei soggetti giuridici.

Nelle controversie aventi ad oggetto procedure selettive la legittimazione al ricorso deve essere invero correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per

effetto della partecipazione alla fase della procedura oggetto di contestazione.

A tale regola generale si può infatti fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi, che nella fattispecie in esame non ricorrono, e cioè quando si contesti in radice l'indizione della gara, o si contesti che una gara sia mancata (avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto), o si impugnino direttamente e tempestivamente le clausole del bando (nei casi in cui si assuma che le stesse siano immediatamente discriminatorie ed escludenti).

Alla perdita del titolo di partecipazione alla gara d'appalto consegue dunque il venir meno della legittimazione ad opporsi alle risultanze del procedimento concorsuale di scelta del contraente. Infatti, l'impresa doverosamente esclusa dalla gara non è legittimata a contestare il suo ulteriore svolgimento, né a dedurre vizi

concernenti l'aggiudicazione per difetto dei requisiti di ammissione e partecipazione, il che fa assumere una posizione non differenziata né meritevole di tutela, non potendo trarre alcun vantaggio dall'eventuale fondatezza delle censure (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; sez. VI, 10 maggio 2013 n. 2548; sez. V, 19 aprile 2013, n. 2206).

24.- Inammissibili vanno pure ritenute le censure formulate dalla appellante con memoria depositata il 16 febbraio 2013 e non notificata, in particolare circa la carenza di requisiti di partecipazione alla gara in questione del Consorzio CITE e della società VE.CA. SUD, non essendo state le stesse dedotte con il ricorso introduttivo del giudizio e neppure con il ricorso in appello.

Nel processo amministrativo vanno infatti dichiarate inammissibili le censure formulate in memoria non notificata alla controparte, sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni

espresse nel ricorso introduttivo, sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il solo compito di una mera illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame, senza possibilità di ampliare il *thema decidendum*.

25.- Insuscettibile di accoglimento ritiene infine il collegio la richiesta di remissione alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ex art. 99 del c.p.a., del quesito circa la possibilità di ritenere immediatamente lesiva una clausola della *lex specialis* suscettibile di essere interpretata, secondo la giurisprudenza e in base a chiarimenti resi dalla stazione appaltante, in maniera non lesiva degli interessi della concorrente.

Nel processo amministrativo le ipotesi di deferimento della causa all'Adunanza plenaria del Consiglio di

Stato sono infatti solo due, e cioè quella facoltativa di cui all'art. 99, comma 1, c.p.a., che ricorre quando la sezione riscontri un contrasto di giurisprudenza reale o potenziale e non intende seguire l'indirizzo consolidato, e quella obbligatoria di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a., quando la sezione intende rimettere in discussione un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato, ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34).

Comunque la facoltà di deferimento all'Adunanza plenaria di decidere la questione di diritto postula pur sempre che questa abbia un'astratta rilevanza originaria ai fini della decisione della *res controversa*, il che nel caso di specie è da escludere per le considerazioni in precedenza espresse circa l'immediata lesività riconoscibile alla clausola della *lex specialis*, corredata da chiarimenti, di cui trattasi.

26.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

27.- Le spese del presente grado di

giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Pone a carico dell'appellante Ecobuilding s.r.l., le spese del presente grado, liquidate, a favore della Herambiente s.p.a., della Linea Ambiente s.r.l., delle Cisa s.p.a. e Vergine s.p.a., delle Sogliano Ambiente s.r.l. e Sogliano Ambiente Trasporti s.r.l., nonché della S.A.P.Na. s.p.a., nella complessiva misura di € 5.000,00 (cinquemila/00), con ripartizione interna in parti uguali, oltre ai dovuti accessori (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti,

Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2015

IL SEGRETARIO

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