



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 73 del 2020, proposto dal Co.A.B.Se.R. - Consorzio Albese Braidese Servizi Rifiuti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Pizzetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Silvia Villani in Roma, via Asiago, n. 8;

contro

Egea Ambiente s.r.l. (succeduta alla Stirano s.r.l. con socio unico), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Formentin e Gianni Maria Saracco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Proteo coop. soc., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Energeticambiente s.r.l., Pianeta Ambiente soc. coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi

dall'avvocato Riccardo Santagostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, n. 1161 del 21 novembre 2019, resa tra le parti, concernente la procedura di gara per l'affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti ed igiene urbana nei 51 Comuni aderenti al Consorzio Albese Braidese.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Egea Ambiente s.r.l. (succeduta alla Stirano s.r.l. con socio unico), Energeticambiente s.r.l. e Pianeta Ambiente soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020 - svoltasi in video-conferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con l. n. 27 del 2020 - il Cons. Luca Lamberti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del contenzioso è la procedura aperta per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di raccolta dei rifiuti ed igiene urbana nel territorio dei cinquantuno Comuni aderenti al Consorzio, indetta nel settembre 2018.

La gara è stata aggiudicata, nel gennaio 2019, al costituendo RTI composto da Energeticambiente s.r.l., quale mandataria, e Pianeta Ambiente Soc. Coop., quale mandante.

2. La società Stirano s.r.l. (poi Egea Ambiente s.r.l.), mandataria dell'omonimo RTI risultato secondo nella graduatoria finale, ha impugnato

avanti il T.a.r. per il Piemonte il provvedimento di aggiudicazione, articolando varie censure.

3. Il T.a.r., con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto il secondo motivo di ricorso.

Il T.a.r. ha, anzitutto, respinto - sulla scorta dell'ordinanza 14 febbraio 2019, n. 54 resa dalla Corte di Giustizia UE in esito al rinvio pregiudiziale disposto dallo stesso Tribunale nel corso del giudizio - l'eccezione di inammissibilità del motivo *de quo* formulata dal contro-interessato e dalla stazione appaltante, ritenendo che:

- nel caso dei provvedimenti di ammissione alla gara, la decorrenza del termine stabilito dal rito cosiddetto "super-accelerato" di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*) richiede l'ostensione non solo dei verbali delle sedute della commissione, ma anche di tutta la documentazione da cui emerge l'assunto vizio di legittimità;
- non sia predicabile, in proposito, l'onere dell'interessato di proporre istanza di accesso.

Ciò premesso, il T.a.r. ha ravvisato, nel provvedimento di ammissione alla gara del RTI contro-interessato, un difetto di istruttoria e di motivazione (anche alla luce dei principi affermati da questo Consiglio nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 e, quanto proprio al peculiare fenomeno dell'affitto di azienda, nella sentenza della Sezione V, 5 novembre 2014, n. 5470), poiché:

- la società mandataria del RTI contro-interessato avrebbe affittato l'azienda dalla società Aimeri Ambiente s.r.l. (che, oltretutto, ne costituirebbe il socio unico), attinta, in passato, da risoluzioni e da applicazioni di clausole penali nell'ambito di contratti con altre Pubbliche Amministrazioni;
- a tale proposito, si sarebbe in presenza di una "*sostanziale continuità dell'attività imprenditoriale*" tra le due società;

- la stazione appaltante, tuttavia, non avrebbe posto alcuna motivazione specifica a supporto della scelta di ammettere il RTI contro-interessato alla gara, nonostante tali mende del socio unico/affittante d'azienda e nonostante l'evidente e sostanziale *“continuità imprenditoriale”*.

4. Il T.a.r., pertanto, assorbiti gli altri motivi di censura, ha annullato l'aggiudicazione, salvi gli ulteriori provvedimenti amministrativi.

5. Il T.a.r., in particolare, ha precisato che:

- *“residuando margini di esercizio della discrezionalità in capo all'Amministrazione ... l'accoglimento del ricorso ... non comporta l'automatica esclusione della contro-interessata”*;

- parimenti, non vi è luogo per *“pronunciarsi sulla domanda di inefficacia e di subentro nel contratto, né sulla domanda proposta in via subordinata di risarcimento del danno per equivalente, poiché, nella memoria del 23 settembre 2019, l'Amministrazione ha dichiarato che il contratto non era stato ancora stipulato e poiché, in ogni caso, residuano margini di esercizio della discrezionalità in capo all'Amministrazione”*.

6. La stazione appaltante ha interposto appello, osservando che il ricorso di primo grado sarebbe inammissibile, dovendo le censure contro l'ammissione di altro concorrente essere formulate (nella disciplina vigente *ratione temporis*) con il rito super-accelerato, non già all'atto della contestazione del successivo provvedimento di aggiudicazione.

In proposito, la stazione appaltante, premesso che l'onere di motivazione dei provvedimenti di ammissione sarebbe ontologicamente diverso e più ristretto rispetto a quelli recanti l'esclusione di un concorrente, ha sostenuto che la ricorrente di prime cure ben avrebbe potuto accedere alla documentazione presentata dal RTI contro-interessato, rimasta debitamente disponibile presso l'Amministrazione durante tutto il termine dei trenta giorni successivi all'ammissione.

Peraltro, la ricorrente sarebbe stata *“ben a conoscenza del rapporto societario ed aziendale intercorrente tra la ditta aggiudicataria*

Energeticambiente s.r.l. e la ditta Aimeri Ambiente s.r.l.”, perché, in epoca antecedente alla gara *de qua*, sarebbe stata ammessa alla procedura di concordato preventivo di quest’ultima.

La stazione appaltante ha, quindi, sostenuto che, in ordine alla contestata ammissione alla gara, non vi sarebbe stato né alcun puntuale obbligo di motivazione (di cui, dunque, si possa lamentare l’omissione), né alcun difetto di istruttoria, avendo, di contro, il RTI poi risultato aggiudicatario “*dichiarato gli illeciti professionali di Aimeri Ambiente s.r.l., presentando già per ciascuno di essi i relativi chiarimenti*”, implicitamente ma univocamente ritenuti idonei dal seggio di gara allorché ha provveduto all’ammissione.

La stazione appaltante ha, comunque, aggiunto che non vi sarebbe alcuna “*continuità imprenditoriale*” giuridicamente rilevante fra “*la ditta aggiudicataria Energeticambiente s.r.l. e la ditta Aimeri Ambiente s.r.l.*”, alla luce della distinta soggettività giuridica delle due imprese, del resto legate da vincoli contrattuali che, come tali, presuppongono proprio l’alterità soggettiva delle parti.

7. Si è costituita in resistenza la società ricorrente in prime cure, riproponendo, tra l’altro, le doglianze assorbite dal T.a.r., ossia:

a) la carenza della motivazione discorsiva, con particolare riferimento ai vari “*criteri quantitativi e qualitativi di valutazione*” delle offerte presentate dai concorrenti: giacché tali criteri sarebbero stati stabiliti dal bando in via generica, sarebbe conseguentemente insufficiente il mero voto numerico attribuito dal seggio di gara, in considerazione, appunto, dell’assenza della previa predisposizione di griglie di valutazione sufficientemente dettagliate;

b) il socio unico/affittante d’azienda della società mandataria del RTI aggiudicatario (che sarebbe, *de facto*, l’effettivo concorrente) sarebbe stato ammesso al concordato preventivo con continuità aziendale, ma difetterebbero i presupposti formali cui l’art. 186-*bis*, comma 5, L.F.

subordina la partecipazione alle pubbliche gare; oltretutto, la società non avrebbe ottemperato tempestivamente agli obblighi concordatari, “*condotta senz’altro equiparabile al grave illecito professionale*”;

c) vari esponenti sociali - sia della società mandataria del RTI aggiudicatario, sia della società che le ha affittato l’azienda - avrebbero riportato condanne in sede penale;

d) con specifico riferimento al criterio 1 (“*recupero rifiuti abbandonati*”), dotato di particolare peso nella selezione, la valutazione operata dalla commissione di gara sarebbe illogica, alla luce dell’evidente superiorità dell’offerta presentata dalla ricorrente in prime cure, che, tra l’altro, nell’ambito di un approccio “*organico*” alla materia avrebbe previsto l’impiego di personale per preventive campagne formative, informative e di controllo contro l’abbandono dei rifiuti;

e) il disciplinare di gara sarebbe, inoltre, illogico nell’assegnazione dei pesi ponderali ai vari criteri tecnici ed economici ivi previsti, sia perché attribuirebbe alla componente tecnica 95 punti ed a quella economica solo 5, sia perché, all’interno della componente tecnica, privilegierebbe eccessivamente la voce “*recupero rifiuti abbandonati*” a scapito delle voci relative alla fisiologica attività di raccolta dei rifiuti debitamente conferiti dai cittadini.

8. Si è costituita la società contro-interessata in prime cure, che si è sostanzialmente associata alle prospettazioni defensionali articolate dall’appellante.

9. Alla camera di consiglio del 13 febbraio 2020 il ricorso è stato rinviato al merito.

In vista della trattazione del ricorso le parti hanno versato in atti memorie scritte.

Il ricorso, quindi, è stato trattenuto in decisione alla camera di consiglio del 14 maggio 2020 ai sensi dell’art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020,

convertito con l. n. 27 del 2020, e deliberato in pari data in audio-conferenza ai sensi del comma 6 della medesima disposizione.

10. L'appello non risulta fondato e va respinto.

Il Collegio, con la sintesi imposta dall'art. 120, comma 10, c.p.a., osserva quanto segue.

11. L'art. 120, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, disposizione vigente *ratione temporis*, è norma eccezionale e, come tale, necessariamente di stretta interpretazione (cfr. art. 14 preleggi).

Ne consegue che:

- il termine decadenziale per l'impugnazione introdotto da tale norma non può "scattare" nei casi in cui la violazione delle norme di azione insita nell'ammissione alla gara di un concorrente non emerga *per tabulas* dagli atti pubblicati dalla stazione appaltante nelle forme di legge, ma richieda all'interessato un comportamento attivo (*in primis*, la formulazione di un'istanza di accesso) teso ad acquisire ulteriori e più specifiche informazioni (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8869; Sez. V, 18 marzo 2019 n. 1753);

- l'eventuale conoscenza *aliunde* delle ragioni che avrebbero dovuto condurre all'esclusione del concorrente non vale a far decorrere il cennato termine per l'impugnazione, e ciò sia perché la norma (in ossequio, peraltro, a ragioni di certezza del diritto) non dà rilievo alla conoscenza fattuale - come tale casuale, episodica ed occasionale - ma solo a quella riveniente dalla pubblicazione degli atti nelle forme di legge, sia, soprattutto, perché ciò che caratterizza e giustifica il decorso immediato del termine è l'evidenza della violazione delle norme di azione da parte dell'Amministrazione, che, a sua volta, richiede l'evidenza documentale, nelle forme di legge, delle concrete e specifiche valutazioni sottese all'ammissione del concorrente (cfr. la citata ordinanza della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 2019).

Il ricorso di prime cure è, pertanto, ammissibile.

12. Quanto al merito, il Collegio rileva che la “*continuità imprenditoriale*” fra l’affittante d’azienda/socio unico dell’affittuaria (ossia la società Aimeri Ambiente s.r.l.) e l’affittuaria d’azienda/partecipata totalitaria (ossia la società Energeticambiente s.r.l.) risulta oggettivamente dagli atti acquisiti nel giudizio.

Le due società, invero, hanno stipulato, in data 19 maggio 2016, un contratto di affitto di azienda “*avente effetto giuridico dal 20 giugno 2016*” in base al quale, nell’ambito di una complessiva “*riorganizzazione operativa e ristrutturazione finanziaria*” del gruppo societario di appartenenza:

- Energeticambiente s.r.l. subentrava in tutti i contratti d’appalto facenti capo alla controllante Aimeri Ambiente s.r.l.;
- Energeticambiente s.r.l. acquisiva, oltre alle attrezzature ed al personale della controllante Aimeri Ambiente s.r.l., anche “*i requisiti e le referenze per l’esercizio dell’attività di impresa*”, ivi inclusi i “*requisiti tecnici ed economici*”.

Con successivo *addendum* del 30 novembre 2016, le parti stabilivano, inoltre, tutta una serie di limitazioni operative per Energeticambiente s.r.l., tra cui il vincolo della previa acquisizione del consenso scritto di Aimeri Ambiente s.r.l. per le operazioni di modifica dell’oggetto sociale, la costituzione di garanzie, la partecipazione al capitale di altre società, la risoluzione di contratti con terze parti, nonché per tutte le operazioni “*di natura straordinaria o comunque significative*”.

Con l’ulteriore *addendum* del 10 agosto 2017, quindi, le parti facevano esplicito riferimento alla successiva “*fusione per incorporazione inversa di Aimeri nella controllata Energeticambiente entro il termine del 31 dicembre 2021*”.

Di converso, non consta che Energeticambiente s.r.l. abbia posto in essere apposite misure di *self-cleaning*, idonee a recidere l’oggettivo nesso di

continuità e dipendenza imprenditoriale che la lega, con carattere per così dire “derivativo”, all’affittante d’azienda/partecipante totalitaria.

Non rileva, in senso contrario, la formale alterità societaria: la veste soggettiva, infatti, è permeabile alle verifiche amministrative tese a verificare, nel preminente interesse pubblico alla legalità del meccanismo selettivo di individuazione del contraente, il sostanziale, puntuale ed effettivo rispetto delle disposizioni di legge che presiedono all’ammissione alla gara, almeno allorché, come nella specie, i legami del concorrente con un soggetto formalmente estraneo alla gara siano strutturali, pervasivi e, per così dire, caratterizzanti del profilo imprenditoriale del concorrente stesso.

13. Ne consegue che la stazione appaltante avrebbe dovuto ponderare, con motivazione specifica ed esplicita, l’an dell’ammissione alla gara del RTI Energeticambiente s.r.l. alla luce della cennata “*continuità imprenditoriale*” fra la medesima Energeticambiente s.r.l. e la controllante Aimeri Ambiente s.r.l.; la stazione appaltante, in particolare, avrebbe dovuto motivatamente riscontrare il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione di cui all’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 non solo riguardo alla società Energeticambiente s.r.l., ma anche con riferimento alla controllante Aimeri Ambiente.

14. Per le ragioni che precedono, l’appello va respinto.

Il rigetto dell’appello fa salve, ai sensi dell’art. 34, comma 2, c.p.a., le successive valutazioni amministrative in ordine alla questione dell’ammissione alla gara del RTI Energeticambiente e, specularmente, rende superfluo lo scrutinio delle doglianze riproposte in questo grado di giudizio dalla ricorrente in prime cure.

15. La particolarità della vicenda suggerisce la compensazione delle spese del secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese del secondo grado del giudizio compensate.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020 - svoltasi da remoto in audio-conferenza ex art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con l. n. 27 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Lamberti

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO