



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.344/2009

Reg.Dec.

N. 2378 Reg.Ric.

ANNO 2006

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 2378/2006, proposto da Sistemi Idrici Integrati (S.I.I.) s. consortile a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Stefania MASINI, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via Della Vite, n. 7;

contro

ECO. IND Sardegna – Ecologia e Industria Sardegna s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo e Massimo Massa, ed elettivamente domiciliata presso Atonia De Angelis, in Roma, via Portuense, n. 104;

e nei confronti di

E.S.A.F. (Ente Sardo Acquedotti e Fognature) poi divenuto ESAF s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

E.S.A.F. s.p.a. (ex ESAF) e Abbanoa s.p.a. (ex ESAF) in persona dei legali rappresentanti in carica;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, sez. I, 31 gennaio 2006 n. 155, notificata il 15 febbraio 2006.

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione appellata e della società controinteressata;

vista l'ordinanza 11 aprile 2006 n. 1819 con cui è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza appellata;

viste le memorie prodotte dall'appellante e dalla controinteressata;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 20 gennaio 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi per le parti gli avvocati Masini, Manzi per delega dell'Avv. Vignolo e l'Avv. dello Stato Borgo;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. L'ESAF bandiva un appalto di servizi rientrante nei settori speciali, ai sensi del d.lgs. n. 158/1995, vigente all'epoca dei fatti, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di sorveglianza, conduzione, manutenzione e controllo degli impianti di potabilizzazione e depurazione e degli impianti di sollevamento ricadenti nell'ambito della zona operativa Sarcidano B, lotto n. 6.

1.1. Tale appalto veniva aggiudicato alla società odierna appellante.

1.2. Contro gli atti di gara insorgeva la società odierna controinteressata, classificatasi al secondo posto, lamentando che una delle

società consorziate dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché non in regola con il versamento dei contributi INAIL.

1.3. Il Tar, con la sentenza in epigrafe:

- respingeva l'eccezione di tardività del ricorso;
- accoglieva il ricorso nel merito.

2. Ha proposto appello la società originaria aggiudicataria.

Con il primo motivo di appello si contesta il capo di sentenza che ha ritenuto ricevibile il ricorso di primo grado.

Si deduce che:

- l'aggiudicazione è avvenuta in data 11 gennaio 2005;
- in data 30 marzo 2005 è stato pubblicato sulla G.U. della Comunità europea l'avviso relativo all'avvenuta aggiudicazione della gara;
- il ricorso di primo grado è stato notificato solo il 30 settembre 2005, ben otto mesi dopo l'aggiudicazione;
- la ricorrente di primo grado aveva ricevuto avviso che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta, con sistema automatico, in data 11 gennaio 2005, cosa che puntualmente si verificava, e pertanto da tale data sarebbe iniziato a decorrere il termine di ricorso;
- in ogni caso il termine di ricorso decorreva quanto meno dalla data di pubblicazione dell'avviso di avvenuta aggiudicazione sulla G.U. della Comunità europea.

3. La censura è infondata.

3.1. Ai sensi dell'art. 21, l. Tar, il termine di ricorso decorre dalla data di notificazione, comunicazione, o comunque piena conoscenza del

provvedimento impugnato, ovvero dalla data di scadenza del termine di sua pubblicazione, se la pubblicazione sia prevista da legge o regolamento.

3.2. Nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione non risulta né notificato né comunicato alla ricorrente in primo grado, né esso era soggetto a pubblicità legale obbligatoria.

Pertanto, il termine di impugnazione decorreva dalla data di piena conoscenza, data che andava dimostrata da chi eccepisce la tardività del ricorso.

3.3. Quanto alla mancata comunicazione o notificazione del provvedimento, si deve osservare che non costituisce equipollente della comunicazione/notificazione, né costituisce piena conoscenza, la circostanza che tutti i concorrenti erano stati preavvisati che in data 11 gennaio 2005 si sarebbe proceduto all'aggiudicazione.

Si tratta, infatti, di un avviso preventivo che al più può costituire indizio di un fatto, il fatto che in una certa data presumibilmente è stato adottato un dato provvedimento, ma la notizia del fatto della presumibile esistenza di un provvedimento non costituisce comunicazione, notificazione del provvedimento, né determina piena conoscenza del provvedimento medesimo.

3.4. Lo stesso è a dirsi quanto alla conoscenza della data di presumibile inizio dell'esecuzione del contratto, che è conoscenza di un fatto eventuale, ma non di un provvedimento.

3.5. La circostanza che un avviso dell'avvenuta aggiudicazione sia stato pubblicato sulla G.U. della Comunità europea, deve ritenersi del pari irrilevante, atteso che non si trattava, nella specie, di una pubblicità legale

obbligatoria e che, pertanto, gli interessati non potevano sapere *ex ante* che l'avviso sarebbe stato pubblicato e quando sarebbe stato pubblicato.

E, invero, il servizio oggetto dell'appalto per cui è processo è pacificamente riconducibile alla categoria 27 (altri servizi) dell'allegato XVI B alla direttiva 93/38/CEE e dell'allegato XVI B al d.lgs. n. 158/1995.

Ai sensi dell'art. 24, co. 3, direttiva 93/38/CEE e dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 158/1995, per i servizi di cui all'allegato XVI B la pubblicazione dell'avviso degli appalti aggiudicati nella G.U. della Comunità europea non è obbligatoria, ma avviene solo se la stazione appaltante, nel trasmettere l'avviso alla Commissione europea, dichiara espressamente di acconsentire alla pubblicazione.

Si tratta, dunque, di una pubblicità non obbligatoria ma facoltativa, e per i terzi interessati non è prevedibile *ex ante* se la pubblicità vi sarà o meno, atteso che detta pubblicità dipende da una scelta discrezionale postuma della stazione appaltante, che viene esercitata con un atto interno a questa, vale a dire la nota di trasmissione alla Commissione europea dell'avviso relativo agli appalti aggiudicati.

3.6. Si deve infatti ritenere che l'art. 21, l. Tar, laddove fa decorrere il termine di impugnazione dei provvedimenti dalla loro pubblicazione, quando questa sia prevista da leggi o regolamenti, faccia riferimento solo alla pubblicità obbligatoria, l'unica prevedibile *ex ante*, e non a quella facoltativa, la cui attuazione dipende da scelte discrezionali e non esterne della pubblica amministrazione.

3.7. Va pertanto respinto il primo motivo di appello.

4. Con il secondo motivo di appello si contesta il capo di sentenza che ha ritenuto insussistente il requisito della regolarità contributiva in capo ad una delle società consorziate della società consortile odierna appellante.

4.1. Il Tar ha basato il suo convincimento sulla nota INAIL del 19 aprile 2005, da cui risulta che fino a tale data la società Giunone non era in regola con i versamenti all'INAIL per il periodo 2002-2004.

4.2. Si lamenta che il Tar non avrebbe dato adeguato rilievo alla successiva nota INAIL del 22 aprile 2005, n. 3581, da cui si evince che la società Giunone era stata ammessa al pagamento rateizzato del proprio debito nei confronti dell'INAIL.

5. La censura è infondata.

5.1. La vicenda si è svolta nel vigore del d.lgs. n. 158/1995, il cui art. 22 richiama, quanto ai requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, per gli appalti di servizi, gli artt. da 12 a 16, d.lgs. n. 157/1995.

A sua volta, l'art. 12, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 157/1995, considera causa di esclusione dalle gare (e non mera circostanza impeditiva della stipulazione del contratto), l'assenza di regolarità contributiva quanto al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori.

Né rileva che l'irregolarità si riferisca, come nella specie, ad anni antecedenti a quello in cui l'appalto viene bandito.

Se ne desume, pertanto, che il requisito della regolarità contributiva, essendo condizione di partecipazione alla gara, deve essere posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

5.2. Nel caso di specie, ancora alla data del 19 aprile 2005, addirittura successiva all'aggiudicazione, il requisito in parola difettava.

5.3. Né può darsi rilevanza alla attestazione INAIL del 22 aprile 2005, invocata dall'appellante.

E' vero che in tale attestazione si afferma che la società è stata ammessa al pagamento rateizzato del debito.

Ed è vero che secondo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici l'ammissione a pagamento rateizzato del debito previdenziale renderebbe regolare la posizione contributiva del concorrente a gara di appalto (Autorità, 17 aprile 2007 n. 117; 4 aprile 2007 n. 102; 6 febbraio 2007 n. 28; 28 novembre 2006 n. 89).

Tuttavia, la regolarità contributiva, come già osservato, era, nel vigore del d.lgs. n. 158/1995, condizione di ammissione alla gara, e pertanto doveva essere posseduta sin dalla data di presentazione dell'offerta, ed entro la data di scadenza del bando, come hanno espressamente affermato le citate delibere dell'Autorità di vigilanza, e la stessa giurisprudenza di questo Consesso (Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8215; Id., 20 settembre 2005 n. 4817).

Né milita in senso contrario la pronuncia Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2876, la quale ha ribadito il consolidato principio secondo cui occorre il possesso dei requisiti di partecipazione (tra cui quello della regolarità contributiva) fin dalla data di presentazione della domanda, limitandosi ad aggiungere che dovendo il requisito della regolarità contributiva essere accertato, in via dinamica, anche dopo l'aggiudicazione, in sede di stipulazione ed esecuzione del contratto, ove si verificano irregolarità contributive successive alla scadenza del termine di

presentazione dell'offerta, si può acconsentire alla regolarizzazione fino al momento in cui la gara stessa non sia pervenuta alla sua conclusione.

5.4. Nella vicenda per cui è processo, il requisito della regolarità contributiva è sopraggiunto solo il 22 aprile 2005, e dunque ben oltre la data di scadenza del bando, e anche oltre la data di aggiudicazione (11 aprile 2005).

5.5. Non può infine essere condiviso l'assunto di parte appellante secondo cui era sufficiente la regolarità contributiva in capo alla società consortile, atteso che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il requisito in questione non rientra tra quelli speciali attinenti alla capacità tecnica ed economica, ma è invece un requisito generale di carattere morale, che deve essere accertato nei confronti di tutte le componenti soggettive di un dato concorrente.

5.6. Anche il presente motivo di appello va respinto.

5.7. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- respinge l'appello;
- condanna l'appellante al rimborso delle spese di lite nella misura di euro 3.000 nei confronti della controinteressata e di euro 1000 nei confronti dell'ESAF.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 20 gennaio 2009,
con la partecipazione di:

Claudio Varrone	Presidente
Rosanna De Nictolis	Consigliere, Rel. ed Est.
Maurizio Meschino	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere
Michele Corradino	Consigliere

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere

Rosanna De Nictolis

Segretario

Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...26/01/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria