

L'ammissione di un concorrente non lede immediatamente un altro partecipante alla selezione, ma lo pregiudica soltanto nel momento in cui, in conseguenza di tale ammissione, egli non consegue l'utilità sperata, ovvero la definitiva aggiudicazione: è dunque dalla conoscenza di questa che inizia a decorrere il termine per far valere i vizi del procedimento, attraverso l'impugnazione del provvedimento conclusivo

La decisione numero 5191 del 7 settembre 2006 emessa dal Consiglio di Stato merita di essere segnalata per alcune importanti osservazioni in essa contenute:

puo' ricorrere anche la sola capogruppo?

< La seconda eccezione di inammissibilità del ricorso d'appello, proposta anche con ricorso incidentale, è formulata con riguardo al fatto che il ricorso di primo grado è stato proposto dal solo capogruppo mandatario di un costituendo raggruppamento.

Si tratta di un'eccezione formulata con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI n. 5032 del 2004, che, tuttavia, è rimasta una pronuncia pressoché isolata nella giurisprudenza del Consiglio (in senso analogo si può citare solo CdS, sez. V n. 3950 del 2001) e che riguarda l'impugnazione di un'esclusione fatta da una sola delle mandanti di un'ATI costituenda (quindi un caso diverso da quello oggetto della presente controversia nella quale agisce un'impresa capogruppo avverso atti di aggiudicazione).

La giurisprudenza prevalente, successivamente intervenuta, ritiene che sia ammissibile il ricorso proposto anche dalla sola capogruppo di un'ATI costituenda ed anche nel caso in cui essa non agisca quale mandataria ma in proprio nonché nel caso in cui il ricorso sia proposto dalle sole mandanti dell'ATI costituenda per un interesse proprio

Va in ogni caso rimarcato che nella specie agisce l'impresa capogruppo e che il conferimento del mandato collettivo alla capogruppo attribuisce a quest'ultima il mandato alla rappresentanza anche processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, mentre nel caso CdS VI n. 5032 del 2004 l'azione era stata proposta dalla sola mandante (sicché quest'ultima decisione non appare del tutto probante nel caso di specie).

Quali sono gli atti che obbligatoriamente devono essere elencati nel ricorso?

< Ai fini dell'individuazione dell'atto impugnato in sede giurisdizionale, non si deve aver riguardo alla mera elencazione dei provvedimenti impugnati, quale risulta nelle premesse del ricorso, bensì alla sostanza delle censure e ai provvedimenti contro cui esse si rivolgono; ne consegue che può essere incluso tra gli atti impugnati di una procedura di gara anche l'insieme degli atti preparatori di un'aggiudicazione, pur formalmente non menzionati tra gli atti singulatim gravati, rientrando pur sempre tra i menzionati atti "connessi " e desumendosi logicamente la avvenuta formulazione di censure avverso gli stessi.>

quali sono le clausole che debbano essere immediatamente sottoposte all'attenzione del giudice amministrativo?

< Invero, la lex specialis di gara è impugnabile unitamente all'esito della selezione; sino a tale momento, infatti, non si produce alcuna lesione dell'interesse del partecipante alla procedura selettiva.

Le uniche eccezioni alla regola generale riguardano casi diversi da quello in esame, ovvero le prescrizioni preclusive dell'ammissione all'incanto, le clausole disciplinanti il modus operandi fissato per il funzionamento della commissione giudicatrice e, secondo un recente indirizzo interpretativo, le prescrizioni di gara assolutamente irragionevoli, tali da non consentire la formulazione dell'offerta, in quanto non individuano le rispettive prestazioni e inducono a ritenere indeterminato l'oggetto del contratto >

Le giustificazioni fornite su di un'offerta "presunta" anomala:

< Orbene, a fronte della plausibilità di tali delucidazioni la stazione appaltante non è tenuta a svolgere un'apposita fase istruttoria tesa ad accertare la veridicità dei chiarimenti forniti, né è chiamata a dare puntuale motivazione dell'esito positivo della verifica dell'anomalia, il quale può trovare sostegno per relationem nelle giustificazioni presentate dal concorrente >

Le valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione:

Il giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione ed è sindacabile solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche; nondimeno deve ritenersi che il giudice amministrativo non invade la sfera riservata all'amministrazione che è e rimane di merito, anche quando rileva la chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento dell'anomalia.

La motivazione dell'atto che conclude il giudizio di anomalia deve essere di norma particolarmente approfondita solamente nel caso in cui l'amministrazione esprima un giudizio negativo che fa perdere all'aggiudicatario la posizione di vantaggio provvisoriamente conseguita, non richiedendosi una diffusa motivazione (che può trovare sostegno per relationem nelle giustificazioni presentate dal concorrente) quando il giudizio, invece, valga a confermare la già disposta aggiudicazione, salvo che ci si trovi di fronte alla peculiarità di un ribasso decisamente più consistente rispetto alle altre imprese offerenti a fronte del quale l'amministrazione ha deciso, non certo irrazionalmente di sottoporre l'offerta a verifica ma, a tal punto, occorre un'istruttoria particolarmente rigorosa ed una conseguente motivazione congrua e dettagliata.>

La motivazione può essere poi resa per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente in caso di esito positivo del giudizio, nel caso in cui, come nella specie, si concluda per la non anomalia

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ** SRL rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Berruti, ed elettivamente domiciliata in Roma presso il suo studio in Via Santa Maria n. 12;

contro

AMSA AZIENDA MILANESE SERVIZI AMBIENTALI SPA rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Mazzarelli e Luigi Manzi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma via F. Confalonieri n. 5;

e nei confronti di

**

*** per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. III - n. 3605 del 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 31 marzo 2006 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi gli avv.ti Berruti, Manzi Luigi, Mazzarelli, Manzi Andrea e Coglitore;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Amsa s.p.a., con bando inviato alla G.U.C.E. in data 18/10/2004, ha indetto licitazione privata per l'affidamento del servizio, suddiviso in due lotti, di asporto, trasporto, trattamento per recupero o smaltimento delle scorie (CER 19.01.12) derivanti dalla termodistruzione di r.s.u. nell'impianto di Amsa denominato Silla 2, fissando in euro 62,50, a tonnellata i.v.a. esclusa, il prezzo a base di gara, per un quantitativo presunto di 90.000 tonnellate per ciascun lotto.

Come risulta dal verbale di gara del 26/11/2004, hanno chiesto di essere invitati alla licitazione sette concorrenti, tra i quali il raggruppamento temporaneo di imprese tra ** s.r.l. e **, ad esito della gara aggiudicatario di un lotto, il raggruppamento temporaneo di imprese tra ** Italia s.r.l. e **, aggiudicatario dell'altro lotto, ed il ricorrente raggruppamento temporaneo di imprese tra ** s.r.l.***, terzo classificato.

Nella seduta del 26/11/2004 la Commissione di gara, con riferimento all'a.t.i. **, ha rilevato che "il modello 54/A n.IT004771 con produttore Amsa non è vidimato dall'autorità competente. Quello con produttore ** n.IT004287 è vidimato, quindi idoneo per un quantitativo di 10.000 tonnellate"; pertanto è stato chiesto al predetto raggruppamento il "modello 54/A notificato per un quantitativo di almeno 60.000 tonnellate/anno con le seguenti modalità: entro il 20/12/2004 documentazione comprovante la presentazione del modello 54/A per la quantità richiesta; entro il 13/1/2005 modello 54/A di cui sopra, debitamente notificato".

Con nota del 1° dicembre 2004 Amsa ha sollecitato la presentazione della suddetta documentazione alla menzionata a.t.i., la quale, il successivo 16 dicembre, ha inviato alla stazione appaltante una copia

del modello 54/A munita delle ricevute di spedizione effettuate il 4 dicembre 2004 alle autorità competenti.

Con lettera del 2 dicembre 2004 l'Ente ha invitato i concorrenti a presentare le offerte economiche "entro le ore 12 del giorno 14/1/2005, pena l'esclusione", fissando al 17 gennaio 2005 la data di apertura delle offerte.

In data 21 dicembre 2004 la Commissione giudicatrice ha aperto le buste contenenti la documentazione integrativa presentata dagli ammessi con riserva ed ha ritenuto completa la documentazione prodotta; conseguentemente, detti concorrenti sono stati ammessi a presentare offerta entro il termine stabilito nella lettera invito.

Nella seduta del 14/1/2005 è stata constatata l'assenza della documentazione richiesta al raggruppamento **, ossia del modello 54/A debitamente notificato all'autorità competente.

La predetta società ha dichiarato di non avere inviato la documentazione in ragione della ricezione, da parte della stazione appaltante, del fax di ammissione del 23/12/2004.

Il seggio di gara, con ulteriore fax del 14/1/2005, ha comunicato al raggruppamento in questione che "procederemo all'apertura della busta pervenuta contenente la vostra offerta. In caso di migliore offerta, l'eventuale aggiudicazione sarà subordinata alla presentazione della documentazione di cui sopra entro il giorno successivo all'apertura delle offerte. In caso contrario vi riterremo esclusi dalla gara".

Con lettera del 14/1/2005 la suddetta a.t.i. ha prodotto copia dei permessi di transito del Ministero svizzero e austriaco.

In data 17/1/2005 la Commissione giudicatrice, aperte le offerte economiche, ha ritenuto sospette di anomalia le offerte di ** e **, ed ha quindi chiesto le "giustificazioni riguardanti l'economia dei metodi di prestazione del servizio e le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone il vostro costituendo raggruppamento d'impresa".

Il giorno successivo ** ha inviato ad Amsa il modello 54/A notificato, mancante però della compilazione della sezione 25 (autorizzazione del movimento concessa dall'autorità competente), senza la quale l'impresa non può collocare i rifiuti presso impianti esteri.

Pertanto la Commissione, in data 18/1/2005, ha chiesto l'invio del modello debitamente compilato, oltre che precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta.

E' seguita, il 20/1/2005, la trasmissione del modello 54/A timbrato anche nella casella 25.

Il seggio di gara, valutate le giustificazioni fornite dalle società controinteressate, si è limitato a rilevare che "la documentazione è esaustiva e pertanto l'offerta presentata, tenuto conto di tutte le spiegazioni ricevute, è ritenuta giustificata".

Nella conseguente graduatoria i raggruppamenti ** e ** si sono collocati, rispettivamente, al primo e secondo posto, precedendo la ricorrente, terza classificata.

I predetti atti sono stati impugnati deducendo:

1) violazione degli articoli da 3 a 11 del regolamento CEE n.259/93 del 1° febbraio 1993; violazione dell'art.16 del d.lgs.n.157/1995; violazione del punto 5 del bando di gara e dell'art.4 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per disparità di trattamento ed illogicità manifesta.

La Commissione ha ammesso alla gara un concorrente (raggruppamento **) privo dei titoli autorizzatori previsti dall'art.16 del d.lgs.n.22/1997, in quanto si è limitato a presentare un modulo di notifica per un quantitativo di rifiuti pari a 10.000 tonnellate, avente quale produttore la società **, autorizzata dalla competente autorità tedesca in data 23/8/2004 (scadenza prevista in data 29/6/2005), ed un modulo di notifica per un quantitativo di rifiuti pari a 30.000 tonnellate, avente quale produttore Amsa, compilato soltanto nella parte concernente il soggetto notificatore (con indicazione del 24/11/2004 quale data di trasmissione all'autorità competente) e privo dell'autorizzazione dell'autorità competente prevista dal regolamento.

Entrambi i moduli non rispondono al requisito richiesto dall'art.4 del capitolato speciale d'appalto, in quanto il documento del 23/8/2004 riguarda il trasporto di sole 10.000 tonnellate a fronte delle 90.000 previste per ciascun lotto e si riferisce ad un produttore diverso dalla stazione appaltante, per di più in mancanza di atti idonei a dimostrare il possesso delle necessarie autorizzazioni per il trasporto dei rifiuti dall'impianto di Amsa a quello di ** s.r.l., mentre l'altro modulo manca dell'autorizzazione dell'autorità competente richiesta dal regolamento Cee n.259/93 ed è riferito a richiesta di autorizzazione avente ad oggetto un quantitativo di rifiuti inadeguato, essendo limitato a sole 30.000 tonnellate.

Ne consegue che la documentazione prodotta dimostra la mancanza del requisito tecnico giuridico necessario alla prestazione del servizio.

La Commissione di gara ha ammesso il raggruppamento ** all'integrazione documentale, mentre avrebbe dovuto disporre l'estromissione dal procedimento selettivo, e non si è limitata a chiedere di regolarizzare i moduli presentati, ma ha imposto la presentazione di un modulo diverso da quelli originariamente presentati. Infatti, il documento successivamente acquisito è stato inviato dall'impresa all'autorità competente solo in data 1° dicembre 2004 e concerne spedizioni per un quantitativo di 80.000 tonnellate, superiore alle 30.000 del modulo originariamente presentato.

Il seggio di gara ha illegittimamente assegnato un tempo indeterminato per ottenere l'autorizzazione alla spedizione transfrontaliera dei rifiuti, posticipando al 13/1/2005 la presentazione del modulo da parte della società controinteressata, laddove per le integrazioni documentali richieste agli altri concorrenti era stato assegnato il termine ultimo del 20/12/2004.

Il documento richiesto, peraltro, è pervenuto ad Amsa privo dell'autorizzazione, presentata solo in data 20/1/2005, dopo l'aggiudicazione provvisoria.

2) Violazione dell'art.25 del d.lgs.n.157/1995; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La Commissione di gara ha sottoposto a verifica le due offerte prime classificate richiedendo giustificazioni sull'economia dei metodi di prestazione del servizio, sulle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui i concorrenti possono eventualmente avvalersi, limitandosi a dichiarare, ad esito del procedimento, che "la documentazione è esaustiva e pertanto l'offerta presentata, tenuto conto di tutte le spiegazioni ricevute, è ritenuta giustificata", omettendo così di fornire motivazione adeguata e congrua.

3) Violazione, sotto diverso profilo, delle norme e principi in tema di procedure di evidenza pubblica; violazione dell'art.2 del capitolato speciale in riferimento all'art.23 della L.R.n.26/2003; errore nei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria.

A fronte dell'art.2 del capitolato speciale d'appalto, che riserva l'aggiudicazione di uno dei due lotti al migliore offerente che prevede l'integrale avvio al recupero del quantitativo di scorie affidato, l'ente ha aggiudicato entrambi i lotti ad imprese che effettuano lo smaltimento senza recupero dei rifiuti.

Il deposito delle scorie in miniera prospettato dalle controinteressate, infatti, costituisce una tipologia di smaltimento contrapposta alle operazioni di recupero.

Peraltro, la stazione appaltante non ha verificato le modalità e finalità del predetto deposito.

Nel verbale n.6 del 21/1/2005, il seggio di gara ha rilevato che il raggruppamento ** "non propone il deposito sotterraneo, ma diverse attività di recupero aventi codice R5", nonostante l'autorizzazione allo smaltimento precisi che il materiale viene utilizzato per la ripiena sotterranea della miniera di Kochendorf.

4) Violazione dell'art.23 del d.lgs.n.22/1997; illogicità manifesta.

Le scorie da termodistruzione dei rifiuti, il cui smaltimento costituisce oggetto dell'appalto, sono assoggettate alla disciplina dei rifiuti urbani non pericolosi e, in particolare, al principio dell'autosufficienza nello smaltimento e della prossimità delle relative operazioni, che preclude la spedizione transfrontaliera.

5) In via subordinata: eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta e carenza dei presupposti del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto laddove prevedono che il servizio de quo dura fino al 31/12/2007 e che i concorrenti possono avvalersi della spedizione transfrontaliera dei rifiuti.

La suddetta spedizione è subordinata ad autorizzazione avente efficacia annuale, cosicché l'impresa non è in grado di garantire alla stazione appaltante l'idoneità ad eseguire il contratto per tutta la sua durata; peraltro, l'autorizzazione del raggruppamento ** per l'impianto di Kochendorf scade il 27/8/2005, e quella del medesimo raggruppamento per l'impianto di Teutschenthal scade il 30/7/2005.

La ricorrente ha puntualizzato le proprie doglianze con memorie difensive.

Si è costituita in giudizio Amsa s.p.a., chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso e, gradatamente, il rigetto dello stesso.

Si sono costituite in giudizio ** s.r.l. e ** s.r.l., le quali hanno proposto ricorso incidentale e chiesto la dichiarazione di inammissibilità del gravame e, in via graduata, il rigetto dello stesso.

La prima è insorta avverso le determinazioni con cui la stazione appaltante ha ammesso la ricorrente alla licitazione privata, deducendo, con ricorso incidentale e relativi motivi aggiunti:

violazione dell'art.16 del d.lgs.n.157/1995; violazione del punto 5 del bando di gara e dell'art.4 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per disparità di trattamento ed illogicità manifesta.

L'a.t.i. ** è stata ammessa alla selezione nonostante non avesse presentato la documentazione relativa al centro di riutilizzo finale del materiale recuperato, richiesta dalla lex di gara.

Anche ** s.r.l. è insorta avverso la mancata esclusione della ricorrente dalla gara, per i seguenti motivi:

violazione di legge ed eccesso di potere; violazione e/o falsa applicazione del capitolato speciale d'appalto; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; erroneità, illogicità, difetto d'istruttoria e di adeguata motivazione, sviamento; violazione degli artt.1, 3 e 6 della legge n.241/1990 e dell'art.97 della Costituzione.

Il raggruppamento ** ha ommesso di dichiarare la destinazione del rifiuto trattato e, in particolare, il suo recupero finale; tuttavia la stazione appaltante gli ha consentito di integrare a posteriori la documentazione prodotta.

Mentre l'art.2 del capitolato stabilisce che uno dei lotti sarebbe stato affidato al miglior offerente che preveda l'avvio delle scorie ad attività di recupero, la ricorrente, nella domanda di partecipazione, non ha dimostrato di procedere al recupero stesso.

La mancata documentazione del recupero finale delle scorie avrebbe dovuto comportare l'estromissione dalla gara della deducente.

Le parti hanno depositato memorie e documenti.

Il Tar con la sentenza impugnata (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, n. 3605 del 2005) così decideva, rigettando i ricorsi incidentali ed il ricorso principale:

“Le ricorrenti incidentali ** s.r.l. e ** s.r.l. hanno contestato l'ammissione della ricorrente alla gara.

La trattazione dei ricorsi incidentali, incentrati sulla mancata specificazione, da parte dell'a.t.i. **, del centro di riutilizzo finale del materiale recuperato, nonché sulla mancata dimostrazione, da parte della stessa, delle modalità del trattamento di recupero proposto, riveste priorità logica rispetto all'esame del ricorso principale.

L'art.4 del capitolato speciale d'appalto stabilisce che “l'impresa concorrente, in sede di domanda di partecipazione, dovrà presentare le seguenti documentazioni e autorizzazioni in corso di validità:...per ogni impianto presentato, sia di trattamento, sia di smaltimento, dovranno essere fornite le relative autorizzazioni...attestanti la capacità dell'impianto di smaltimento a ricevere e smaltire il quantitativo di rifiuti di entrambi i lotti in gara; ciò vale anche per gli impianti di trattamento, la cui autorizzazione di legge dovrà attestare la capacità dell'impianto stesso a ricevere e trattare tutta la quantità dei rifiuti di entrambi i lotti...”.

Orbene, la ricorrente, conformemente alla lex di gara, che si limita a richiedere i titoli autorizzatori relativi all'attività di recupero senza nulla disporre in ordine alla documentazione del destino finale del materiale di recupero, ha precisato, in sede di domanda di partecipazione, che svolgerà il trattamento per recupero delle scorie derivanti dalla termodistruzione di R.S.U. nell'impianto Amsa denominato Silla 2 (documento n.6 bis depositato in giudizio dall'Azienda resistente) ed ha prodotto le autorizzazioni regionali ad effettuare le operazioni di recupero di rifiuti speciali nell'impianto di proprietà (pagina 6 del verbale di gara del 26/11/2004).

Né rileva in senso contrario l'art.3 del capitolato speciale d'appalto, richiamato nell'impugnativa incidentale di ** s.r.l., il quale prevede la compilazione del formulario di identificazione, funzionale alla dimostrazione dell'avvenuto recupero dei rifiuti, non come adempimento propedeutico all'ammissione alla gara, ma come modalità di svolgimento concreto del servizio.

I ricorsi incidentali proposti devono pertanto essere respinti.

Passando all'esame del ricorso principale occorre previamente soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla controinteressata ** s.r.l. sul rilievo che la ricorrente ha impugnato gli atti di aggiudicazione di entrambi i lotti messi in gara senza specificare verso quale dei due provvedimenti il ricorso sia principalmente rivolto.

L'eccezione è infondata.

L'interesse sottostante all'impugnazione di ciascuno dei due provvedimenti è quello all'aggiudicazione dell'appalto; la mancata graduazione del petitum è giustificata dal fatto che la ricorrente non ha un interesse maggiore all'annullamento di uno piuttosto che dell'altro provvedimento, essendo per la stessa indifferente ottenere l'aggiudicazione di un lotto o dell'altro. Ne deriva che, ad esito dell'eventuale accoglimento dell'intero petitum, spetterebbe alla stazione appaltante, alla stregua di una rinnovata valutazione degli atti di gara, nel rispetto dell'effetto conformativo della sentenza, decidere l'aggiudicazione alla ricorrente dell'uno o dell'altro lotto, posto che, ai sensi dell'art.5, comma 4, del capitolato speciale i lotti non sono cumulabili.

La controinteressata ** ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, sul rilievo che l'istante non ha impugnato il verbale di apertura delle richieste d'invito, nella parte in cui risulta che l'a.t.i. ** è stata ammessa con riserva alla gara, né il verbale del 21/12/2004 e l'atto del 23/12/2004, con cui la predetta a.t.i. è stata definitivamente ammessa alla selezione.

L'obiezione non è condivisibile.

I predetti atti, avendo natura endoprocedimentale, sono di per sé inidonei a ledere l'interesse dell'impresa concorrente e quindi non sono autonomamente impugnabili; la lesione si produce con l'aggiudicazione finale, la quale, risentendo dell'asserita illegittimità dell'ammissione al procedimento selettivo dell'impresa risultata aggiudicataria, è suscettibile di essere contestata per vizi derivati dalle presupposte operazioni di gara.

Si è ulteriormente eccepita la tardività del primo motivo del ricorso principale, in quanto la ricorrente avrebbe avuto conoscenza già in data 17 gennaio 2004 della decisione di ammettere alla selezione l'a.t.i. **.

L'assunto non ha pregio.

Invero, l'ammissione di un concorrente non lede immediatamente un altro partecipante alla selezione, ma lo pregiudica soltanto nel momento in cui, in conseguenza di tale ammissione, egli non consegue l'utilità sperata, ovvero la definitiva aggiudicazione: è dunque dalla conoscenza di questa che inizia a decorrere il termine per far valere i vizi del procedimento, attraverso l'impugnazione del provvedimento conclusivo (TAR Veneto, I, 3/11/2003, n.5462).

L'Azienda resistente ha rilevato la tardività della quarta e quinta censura, incentrate, rispettivamente, sull'illegittimità delle spedizioni transfrontaliere e sulla contraddittorietà tra durata prevista dell'appalto ed efficacia annuale dell'autorizzazione alle spedizioni stesse, in quanto dirette a contestare la normativa di gara, conosciuta da oltre 4 mesi.

L'eccezione non ha fondamento.

Invero, la *lex specialis* di gara è impugnabile unitamente all'esito della selezione; sino a tale momento, infatti, non si produce alcuna lesione dell'interesse del partecipante alla procedura selettiva.

Le uniche eccezioni alla regola generale riguardano casi diversi da quello in esame, ovvero le prescrizioni preclusive dell'ammissione all'incanto, le clausole disciplinanti il modus operandi fissato per il funzionamento della commissione giudicatrice (Cons.Stato, V, n.2884/2000; Cons.Stato, VI, 6/5/1999, n.611; idem, 30/9/1997, n.1418; Cons.Stato, A.P., 4/12/1998, n.1) e, secondo un recente indirizzo interpretativo, le prescrizioni di gara assolutamente irragionevoli, tali da non consentire la formulazione dell'offerta, in quanto non individuano le rispettive prestazioni e inducono a ritenere indeterminato l'oggetto del contratto (TAR Lombardia, Milano, III, 16/1/2002, n.99).

Nell'odierna udienza il difensore di Amsa s.p.a. ha eccepito l'inammissibilità delle memorie difensive della ricorrente, sul rilievo che le stesse, introducendo motivi aggiunti di impugnativa, avrebbero dovuto essere notificate alle controparti.

L'assunto non ha pregio.

La società esponente si è limitata a puntualizzare le censure originariamente introdotte ed a replicare a quanto dedotto dai ricorrenti incidentali, senza proporre nuove doglianze o ampliare il thema decidendum.

Ne deriva che in alcun modo le predette memorie difensive assumono i contenuti di motivi aggiunti d'impugnativa e che, conseguentemente, le stesse non necessitano di notificazione.

Nel merito il ricorso è infondato.

Con la prima censura la ricorrente deduce che il raggruppamento **, risultando privo dei titoli autorizzatori di cui all'art.16 del d.lgs.n.22/1997, non avrebbe dovuto essere ammesso alla gara.

Il motivo è infondato.

L'art.4 del capitolato speciale d'appalto richiede, in caso di spedizioni transfrontaliere, la presentazione di copia della documentazione ex art.16 del d.lgs.n.22/1997, il quale rinvia alla disciplina prevista dal regolamento CEE n.259/1993.

Tale normativa prevede, per le spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità, la notifica di documento (indicante, tra l'altro, le tappe del trasporto e la destinazione finale) e l'autorizzazione dell'autorità competente, da rilasciare entro 30 giorni dall'invio della conferma della ricevuta notifica.

Orbene, il predetto raggruppamento ha presentato, contestualmente alla domanda di partecipazione alla gara, il modello 54/A, indicante come produttore **, compilato nella sezione n.25 da cui risulta il rilascio dell'autorizzazione dell'autorità tedesca, valida fino al 29/6/2005, alla spedizione dal centro di stoccaggio di ** (situato a Motta di Livenza) all'impianto di Norimberga (documento n.5 depositato in giudizio da Amsa).

Tale atto, accompagnato dalla documentazione concernente le autorizzazioni per il trasporto (documenti n.31 e 32), ancorché riferito ad un quantitativo di 10.000 tonnellate (a fronte delle 90.000 previste per ogni lotto), dimostra la capacità della controinteressata di iniziare l'esecuzione del servizio, salve le ulteriori autorizzazioni per la restante durata contrattuale e per il quantitativo di rifiuti eccedente quello indicato nel predetto modello.

Gli atti presentati contestualmente all'istanza di partecipazione al procedimento selettivo, comprendenti i menzionati documenti ed il modulo di notifica indicante come produttore Amsa, avente ad oggetto 30.000 tonnellate di rifiuti e compilato nella parte riguardante il soggetto notificatore, ma

privo dell'autorizzazione prevista dal regolamento CEE, soddisfano, nel loro insieme, quanto prescritto dalla lex di gara.

Quest'ultima, richiedendo genericamente la documentazione ex art.16 del d.lgs.n.22/1997, senza precisare se sia sufficiente l'atto di notifica o se occorra anche l'assenso della competente autorità in ordine alla spedizione, e senza indicare il quantitativo di rifiuti a cui debba essere riferita la documentazione richiesta, appare osservata dalla aggiudicataria **.

Inoltre, la circostanza che il bando non sanziona espressamente con l'esclusione dalla gara la mancata presentazione dei documenti di cui all'art.16 del d.lgs.n.22/1997, previsti dalla normativa comunitaria ai fini dell'esecuzione di spedizioni transfrontaliere di rifiuti e non come requisito di capacità tecnica, giustifica la contestata ammissione al procedimento concorsuale.

Il secondo motivo di ricorso è incentrato sulla violazione dell'art.25 del d.lgs.n.157/1995 e sul difetto di istruttoria del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte.

La censura è infondata.

La controinteressata **, ad esito della richiesta di chiarimenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta, ha giustificato l'economia dei metodi di prestazione del servizio precisando tra l'altro che i trasporti sono effettuati per mezzo di azienda di spedizioni appartenente allo stesso raggruppamento, con automezzi che viaggiano a pieno carico sia all'andata che al ritorno, e che i costi di recupero sono particolarmente vantaggiosi (documento n.21 depositato in giudizio dall'Azienda resistente).

L'altra controinteressata, ** s.r.l., ha addotto, a giustificazione dell'offerta, che l'appalto de quo avrebbe consentito alla società Sudwestdeutsche, facente parte dello stesso raggruppamento, di rispettare l'ordine di messa in sicurezza della miniera di Kochendorf, imposto con autorizzazione rilasciata dall'ufficio minerario regionale del Baden-Wurtemberg del 17/11/1992 (documento n.40), assicurandole un risparmio di costi, e che un ulteriore vantaggio economico sarebbe derivato dalla deferrizzazione delle scorie e dal connesso recupero dei materiali ferrosi (documento n.22).

Orbene, a fronte della plausibilità di tali delucidazioni la stazione appaltante non è tenuta a svolgere un'apposita fase istruttoria tesa ad accertare la veridicità dei chiarimenti forniti, né è chiamata a dare puntuale motivazione dell'esito positivo della verifica dell'anomalia, il quale può trovare sostegno per relationem nelle giustificazioni presentate dal concorrente (Cons.Stato, VI, 3/4/2002, n.1853; TAR Lazio, Roma, II, 28/11/2003, n.11168; TAR Puglia, Lecce, I, 18/2/2002, n.175; TAR Lombardia, Milano, III, 29/5/2000, n.3821).

Con la terza doglianza l'istante deduce che l'Azienda appaltante, in violazione dell'art.2 del capitolato speciale, che riserva l'aggiudicazione di uno dei lotti alla ditta migliore offerente che destini le scorie ad attività di recupero, ha preferito le società controinteressate benché le stesse non effettuino lo smaltimento mediante recupero.

Il motivo non è divisibile.

L'a.t.i. ** ha previsto il trattamento meccanico dei rifiuti, con riciclo/recupero di altre sostanze inorganiche e riutilizzo finale per edilizia e ripristini ambientali (documento n.33); le risultanze del sopralluogo svolto da Amsa evidenziano che il prodotto finale dell'impianto di destinazione delle scorie è costituito da "materiale di riempimento per sottofondi stradali, rilevati, sottofondazioni, ecc." (documento n.26).

Le scorie prodotte dall'ente appaltante, essendo trasformate in materiale suscettibile di vari impieghi, sono effettivamente rese oggetto di attività di recupero da parte della predetta aggiudicataria.

Anche l'utilizzo del materiale trasformato presso la miniera di Kochendorf, essendo preordinato ad assicurarne la messa in sicurezza, attraverso il riempimento dei tunnel, costituisce attività di recupero, in quanto i rifiuti trattati svolgono in tal modo la funzione propria di materiali da costruzione, costituendone un surrogato.

Il deposito di rifiuti in miniera in disuso costituisce infatti recupero se mira principalmente a che i rifiuti possano svolgere una funzione utile, sostituendosi all'impiego di altri materiali che avrebbero dovuto essere usati per svolgere tale funzione (Corte Giustizia CE, V, 27/2/2002, n.6).

L'altra a.t.i. controinteressata, facente capo a ** s.r.l., ha previsto l'invio delle scorie presso l'impianto della mandante Suwestdeutsche Salzwerke Ag, dove sono trattate e destinate alla miniera di Kochendorf come materiale di ripiena, costituente recupero alla stregua delle stesse considerazioni sopra espresse.

A suffragio di tale conclusione la nota, in data 17/3/2004, dell'Ufficio regionale per la geologia del Baden-Wurtemberg precisa che "l'utilizzo delle scorie dell'impianto di incenerimento di Milano, come materiale di ripiena nella miniera di Kochendorf, è recupero di rifiuti, poiché mediante l'utilizzo di questi rifiuti vengono preservate delle materie prime naturali..." (documento n.39).

Altra parte delle scorie, destinata alla miniera ** Grube Teutschenthal Sicherungs GmbH, è oggetto dell'autorizzazione, da parte del competente Ufficio regionale per la geologia, al conferimento "per il recupero in via diretta come materiale da ripiena..."

Con il quarto motivo di gravame la ricorrente deduce che, poiché le scorie da termodistruzione dei rifiuti costituiscono rifiuti urbani non pericolosi, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art.23 del d.lgs.n.22/1997, il quale ha introdotto il principio dell'autosufficienza nello smaltimento e della prossimità delle relative operazioni, riferito agli ambiti territoriali ottimali, al cui interno deve essere effettuata l'intera gestione dei rifiuti urbani.

Il rilievo non ha fondamento.

Sul punto è sufficiente rilevare che, costituendo l'incenerimento una forma di smaltimento (si veda in proposito la categoria D10 prevista nell'allegato B al d.lgs.n.22/1997), il prodotto della termodistruzione dei rifiuti costituisce rifiuto derivante dall'attività di smaltimento di rifiuti, indicato come rifiuto speciale dall'art.7, comma 3, lettera "g", del d.lgs.n.22/1997.

Ne deriva che l'oggetto dell'appalto de quo esula dall'ambito di applicazione dell'art.23 del d.lgs.n.22/1997, riferito al diverso caso dei rifiuti urbani.

Con la quinta doglianza la ricorrente lamenta la contraddittorietà tra durata annuale dell'autorizzazione alla spedizione transfrontaliera di rifiuti ed efficacia pluriennale del contratto cui è riferita la licitazione de qua.

Il motivo è infondato.

La prevista durata dell'appalto fino al 31/12/2007 vincola l'aggiudicatario a rinnovare annualmente l'autorizzazione; in relazione alla relativa istanza l'art.8, comma 1, del regolamento CEE n.259 del 1° febbraio 1993 prevede peraltro il silenzio assenso, facilitando la possibilità di svolgere legittimamente la spedizione transfrontaliera.

Inoltre, l'art.5, comma 6, del capitolato speciale d'appalto prevede, a salvaguardia di eventuali casi di interruzione del servizio, lo scorrimento della graduatoria di gara.

In tale contesto normativo risulta compatibile la diversa durata dell'appalto e della presupposta autorizzazione.

Diversamente opinando, dovrebbe escludersi la possibilità, in caso di contratto pluriennale, delle spedizioni transfrontaliere, in contrasto con le esigenze della libera concorrenza sussistenti anche nello specifico settore dello smaltimento e recupero dei rifiuti.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi.”

Appella ** SRL.

Resistono le imprese controinteressate.

** SRL ha proposto appello incidentale.

DIRITTO

Il ricorso principale è infondato e così anche il ricorso incidentale.

In primo luogo va affrontata l'eccezione di improcedibilità del ricorso principale, per tardivo deposito, oltre il termine di quindici giorni calcolato dal momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e non dal momento del perfezionamento della data di notifica nei confronti del destinatario.

La norma rilevante in proposito è l'art. 21 comma 2 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 che recita : “il ricorso, con la prova delle avvenute notifiche, e con copia del provvedimento impugnato, ove in possesso del ricorrente, deve essere depositato nella segreteria del tribunale amministrativo regionale, entro trenta giorni dall'ultima notifica.”

Il predetto termine è stato ridotto a quindici nella materia oggetto dell'appello : la materia degli affidamenti dei contratti di servizi pubblici (art. 23 bis, comma 1 lett. c) della legge Tar: i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti).

Ritiene il Collegio che la regola affermata da Corte Cost. n. 477/2002 per la quale la notificazione si perfeziona per il notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario non si applica che alla notifica del ricorso in appello, non riguardando il deposito dell'atto per il quale occorre avere riguardo al momento di perfezionamento dell'ultima notifica (in senso conforme Cass. n. 112001 del 2003).

La ratio della decisione della Corte Costituzionale risiede nell'intento di evitare , per il notificante, le conseguenze negative dei ritardi postali.

Nel caso del deposito, invece , la considerazione come dies a quo del momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario finisce, inevitabilmente, per ridurre irrazionalmente il lasso temporale stabilito dalla legge a favore del notificante, che dovrebbe per un verso, prima del deposito, attendere il

perfezionamento delle notifiche, fino alla consegna dell'atto all'ultimo dei destinatari ed alla sua restituzione al notificante e, per altro verso, dovrebbe soggiacere all'anticipato decorso del termine sin dal momento della consegna dell'appello all'ufficiale giudiziario.

Deve quindi ritenersi che il dies a quo per l'inizio della decorrenza del termine per il deposito sia costituito dalla data di ricezione dell'appello dall'ultimo dei destinatari.

Le notifiche sono avvenute in data 28 ottobre 2005 ed il deposito è avvenuto in data 11 novembre 2005, quindi il termine è stato rispettato.

La seconda eccezione di inammissibilità del ricorso d'appello, proposta anche con ricorso incidentale, è formulata con riguardo al fatto che il ricorso di primo grado è stato proposto dal solo capogruppo mandatario di un costituendo raggruppamento.

Si tratta di un'eccezione formulata con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI n. 5032 del 2004, che, tuttavia, è rimasta una pronuncia pressoché isolata nella giurisprudenza del Consiglio (in senso analogo si può citare solo CdS, sez. V n. 3950 del 2001) e che riguarda l'impugnazione di un'esclusione fatta da una sola delle mandanti di un'ATI costituenda (quindi un caso diverso da quello oggetto della presente controversia nella quale agisce un'impresa capogruppo avverso atti di aggiudicazione).

La giurisprudenza prevalente, successivamente intervenuta, ritiene che sia ammissibile il ricorso proposto anche dalla sola capogruppo di un'ATI costituenda (CdS, Sez. V, 11 febbraio 2005 n. 392) ed anche nel caso in cui essa non agisca quale mandataria ma in proprio (CdS Sez. V 16 giugno 2005 n. 3166) nonché nel caso in cui il ricorso sia proposto dalle sole mandanti dell'ATI costituenda per un interesse proprio (CdS Sez. V, 15 aprile 2004 n. 2148).

Va in ogni caso rimarcato che nella specie agisce l'impresa capogruppo e che il conferimento del mandato collettivo alla capogruppo attribuisce a quest'ultima il mandato alla rappresentanza anche processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, mentre nel caso CdS VI n. 5032 del 2004 l'azione era stata proposta dalla sola mandante (sicché quest'ultima decisione non appare del tutto probante nel caso di specie).

Ne deriva il rigetto dell'eccezione.

Va ora esaminato l'appello incidentale che ripropone varie eccezioni di inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado rigettate dal giudice di prime cure e quindi riveste priorità logica rispetto al ricorso principale (che mira ad ottenere il riesame di merito dei motivi del ricorso di primo grado rigettati dalla sentenza impugnata).

Con il primo motivo di appello incidentale si sostiene che il raggruppamento fra ** SRL, FERTL TER SRL e SECO SRL avrebbe dovuto essere escluso dalla gara mentre la Commissione di gara ne avrebbe disposto l'ammissione previa integrazione documentale.

Proprio la ricorrente principale, secondo l'appellante in via incidentale, avrebbe ommesso di presentare documentazione richiesta espressamente dal bando e dal capitolato speciale, in particolare la domanda di partecipazione doveva essere corredata – secondo il bando di gara al punto 5 – da “... c) idonea documentazione denominata autorizzazioni e documentazioni probatorie richiesta all'art. 4 del capitolato speciale”.

Ai sensi della disposizione citata del capitolato l'impresa concorrente in sede di partecipazione avrebbe dovuto presentare la documentazione relativa all'iscrizione all'Albo nazionale per le imprese

esercenti i servizi di smaltimento rifiuti per il trasporto di rifiuti di quella determinata tipologia e le autorizzazioni per gli impianti finali di trattamento o di smaltimento.

Con riguardo a tali impianti il capitolato (art. 4) si soffermava a precisare che:

“per ogni impianto presentato, sia di trattamento sia di smaltimento, dovevano essere fornite le relative autorizzazioni redatte in forma di legge attestanti la capacità dell'impianto di smaltimento a ricevere e smaltire il quantitativo di entrambi i lotti in gara ; ciò valeva anche per gli impianti di trattamento , la cui autorizzazione di legge avrebbe dovuto attestare la capacità dell'impianto stesso a ricevere e trattare tutta la quantità dei rifiuti di entrambi i lotti.”

Un lotto doveva essere affidato al miglior offerente, che prevedesse l'integrale avvio del quantitativo di scorie ad attività di recupero, gli affidatari erano obbligati a dimostrare l'effettivo avvenuto recupero come disposto dalla normativa vigente.

I concorrenti avrebbero dovuto quindi documentare già in fase di prequalifica il riutilizzo del materiale recuperato, dimostrando l'integrale avvio del quantitativo di scorie affidato ad attività di recupero anche tramite un eventuale trattamento preliminare.

** SRL era stata ammessa con riserva nonostante non avesse presentato la documentazione richiesta dal bando e dal capitolato speciale.

Rileva il Collegio che il Raggruppamento ** ha presentato istanza di partecipazione alla gara precisando che avrebbe svolto il servizio di trattamento per recupero delle scorie (CER 19.01.12) derivanti dalla termodistruzione di R.S.U. nell'impianto AMSA denominato Silla 2 sito in via Silla 253 .

A dimostrazione del proprio titolo giuridico ad effettuare le operazioni di recupero esibiva due delibere della Giunta regionale della Lombardia n. VII/6279 del 1 ottobre 2001 e n. VII /16024 del 16 gennaio 2004, relative all'autorizzazione alla realizzazione di un impianto sito in Pomello per trattamento e recupero di rifiuti, prima solo speciali non pericolosi (VII / 6279) e poi speciali pericolosi e non pericolosi (VII 16024) alle condizioni e con le prescrizioni di cui agli allegati alla delibera .

La documentazione predetta era sufficiente alla qualificazione dell'impresa , essendo relativa alla autorizzazione di un sito di trattamento e recupero dei rifiuti, senza ulteriori obblighi relativi alla dichiarazione della destinazione finale dei rifiuti.

Il destino finale del materiale recuperato essendo disciplinato dall'art. 3 del capitolato (e non dall'art. 4) poteva essere provato all'atto dell'esecuzione del contratto; da ciò deriva la legittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI **.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale si sostiene l'inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione dei verbali di gara e per tardività.

Rileva il Collegio che i verbali sono atti di natura endoprocedimentale, che sono stati impugnati unitamente agli atti finali della gara come atti presupposti, avendo in sostanza l'impresa ** rivolto le proprie censure all'attività di ammissione della ** SRL.

Ai fini dell'individuazione dell'atto impugnato in sede giurisdizionale, non si deve aver riguardo alla mera elencazione dei provvedimenti impugnati, quale risulta nelle premesse del ricorso, bensì alla sostanza delle censure e ai provvedimenti contro cui esse si rivolgono; ne consegue che può essere incluso tra gli atti impugnati di una procedura di gara anche l'insieme degli atti preparatori di

un'aggiudicazione, pur formalmente non menzionati tra gli atti singulatim gravati, rientrando pur sempre tra i menzionati atti "connessi" e desumendosi logicamente la avvenuta formulazione di censure avverso gli stessi.

Di qui l'ammissibilità e la tempestività del ricorso originario.

Ne deriva il rigetto del secondo motivo di ricorso incidentale.

Con il terzo motivo del ricorso incidentale si deduce l'illegittimità della lex specialis della gara nella parte in cui avrebbe richiesto ai concorrenti il possesso dell'autorizzazione alla spedizione transfrontaliera già al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Ma la censura è infondata, per quanto si dirà più avanti esaminando il ricorso principale, in quanto muove dall'erroneo presupposto che la lex specialis richiedesse la produzione di tale documentazione, completa in ogni sua parte, sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Si vedrà invece in quali limiti ed in quale senso la produzione predetta fosse richiesta alle imprese partecipanti alla gara.

Con il quarto motivo di ricorso incidentale si deduce l'inammissibilità del secondo motivo del ricorso di primo grado (riprodotto con il secondo motivo di appello) relativo alla violazione delle disposizioni in materia di procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte.

Si pretende che l'inammissibilità del motivo derivi dalla mancata proposizione di motivi aggiunti a seguito dell'acquisizione in giudizio delle giustificazioni fornite dai concorrenti.

I motivi dedotti con il ricorso principale tuttavia attinendo alla carenza di motivazione in senso formale ed ai vizi di carenza istruttoria non oneravano alla presentazione di motivi aggiunti, salvo l'esame circa la fondatezza nel merito di tali censure.

Ne deriva il rigetto del quarto motivo del ricorso incidentale.

Il quinto motivo del ricorso incidentale si riferisce al quinto motivo del ricorso originario (quarto motivo di appello) con il quale si lamenta l'illegittimità del bando per il fatto di aver consentito l'ammissione alla gara di soggetti non in possesso dei titoli giuridici abilitanti alla prestazione per l'intero periodo contrattuale.

L'appello incidentale sostiene la tardività del motivo che avrebbe dovuto essere proposto mediante l'impugnazione immediata del bando di gara.

Non trattandosi tuttavia di clausola escludente può applicarsi l'insegnamento di CdS Ad. Plen. n. 1 del 2003 secondo il quale le clausole non escludenti si impugnano con il ricorso avverso il provvedimento finale.

Ne deriva il rigetto del motivo.

L'ultimo motivo del ricorso incidentale attiene all'inammissibilità del ricorso originario di primo grado per essere stato lo stesso proposto dalla sola capogruppo dell'ATI costituenda ed è infondato per quanto già rilevato nell'esame della seconda eccezione pregiudiziale.

Può ora affrontarsi l'esame del ricorso principale in appello.

Il primo motivo di ricorso censura l'operato dell'amministrazione nella misura in cui la stessa, nell'esaminare la domanda di partecipazione alla licitazione privata per cui è processo e nel riscontrare la presenza, tra la documentazione all'uopo prodotta, di un modello di notifica per spedizioni transfrontaliere privo di determinati contenuti ha optato per la richiesta di integrazione documentale anziché per un provvedimento di esclusione.

L'art. 4 del capitolato prevedeva la presentazione di una generica documentazione ex art. 16 del d.lgs. n. 22/1997.

La lex specialis della gara non spiegava in alcun modo quale specifica documentazione fosse richiesta relativamente alle spedizioni transfrontaliere di rifiuti, essendo tutt'altro che inequivoca la formulazione prescelta.

L'art.16 del d.lgs. n. 22 del 1997, come è noto, non contiene alcuna elencazione di documenti (la norma si limita a rinviare al regolamento CEE n. 259/1993 del Consiglio del 1 febbraio 1993 per la disciplina delle spedizioni transfrontaliere di rifiuti).

A voler leggere la locuzione documentazione ex art, 16 del d.lgs. n. 22/97 contenuta nell'art. 4 del capitolato come un rinvio alla documentazione di cui al regolamento CEE n. 259 /1993 (richiamato dall'art. 16 citato) si deve pur sempre osservare che il regolamento de quo disciplina il contenuto del documento di accompagnamento informazioni prevedendo che esso sia notificato alle Autorità competenti, che le Autorità destinatarie della notifica ne diano conferma, che, in ultimo, il procedimento sfoci nell'autorizzazione alla spedizione che non dura più di un anno se non specificato diversamente.

Il documento di accompagnamento informazioni può essere, in astratto, presentato :

senza la prova della notifica;

con la prova della notifica;

con la prova della notifica e della conferma della ricezione da parte dell'Autorità destinataria della notifica ;

con la prova del rilascio dell'autorizzazione.

Orbene ritiene il Collegio che, ai sensi della lex specialis della gara, in assenza di specifiche indicazioni, l'amministrazione dovesse avere – come minimo – la prova della capacità della impresa partecipante alla gara di potere utilmente iniziare lo svolgimento del servizio, tenuto anche conto della normale durata annuale delle spedizioni transfrontaliere e della durata ultrannuale del servizio.

E' pacifico fra le parti che ** abbia prodotto un modulo di notifica per un quantitativo di 10 mila tonnellate avente quale produttore ** SRL autorizzato dalla competente autorità tedesca e con scadenza il 29 giugno 2005 (doc. 25 del fasc. di primo grado).

L'ATI ** ha prodotto l'autorizzazione al trasporto in Italia, la documentazione relativa al trattamento dei rifiuti in Motta di Livenza, la documentazione per la spedizione da Motta di Livenza all'impianto di Durmin, in Norimberga.

La documentazione era idonea a provare che la ditta era in grado di iniziare convenientemente il servizio che, come ritenuto anche dal giudice di primo grado, era l'unico elemento che la lex specialis richiedesse di provare a tutela dell'amministrazione sin dalla fase di prequalificazione.

Le richieste della Commissione sono dovute ad un atteggiamento cauto, teso ad ottenere che la documentazione sin dall'inizio potesse riferirsi ad un quantitativo maggiore di rifiuti, fermo restando

che , nella fisiologia della disciplina transfrontaliera dei rifiuti, stante la normale durata annuale delle spedizioni, si devono ritenere ottenibili anche in fase d'esecuzione del contratto ulteriori autorizzazioni alle successive spedizioni.

L'ATI rispondeva alle richieste della Commissione e si aggiudicava l'appalto.

Nessuna illegittimità, quindi , può ritenersi sia stata consumata nelle operazioni di gara con riguardo alle richieste di integrazione documentale, di fatto dovute a semplice cautela amministrativa.

Ne deriva il rigetto del primo motivo del ricorso principale.

Con il secondo motivo del ricorso principale ** insiste sull'insufficienza della motivazione posta a base della positiva conclusione sulla verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'amministrazione ha motivato per relationem con riferimento alle giustificazioni fornite da ATI ** per la congruità del ribasso offerto (8 euro a tonn.) di poco superiore alla soglia di anomalia (7,8 euro a tonn.).

Per C. Stato, sez. V, 04-05-2001, n. 2517 il giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione ed è sindacabile solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche; nondimeno deve ritenersi che il giudice amministrativo non invade la sfera riservata all'amministrazione che è e rimane di merito, anche quando rileva la chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento dell'anomalia.

Sempre per C. Stato, sez. V, 04-05-2001, n. 2517 la motivazione dell'atto che conclude il giudizio di anomalia deve essere di norma particolarmente approfondita solamente nel caso in cui l'amministrazione esprima un giudizio negativo che fa perdere all'aggiudicatario la posizione di vantaggio provvisoriamente conseguita, non richiedendosi una diffusa motivazione (che può trovare sostegno per relationem nelle giustificazioni presentate dal concorrente) quando il giudizio, invece, valga a confermare la già disposta aggiudicazione, salvo che ci si trovi di fronte alla peculiarità di un ribasso decisamente più consistente rispetto alle altre imprese offerenti a fronte del quale l'amministrazione ha deciso, non certo irrazionalmente di sottoporre l'offerta a verifica ma, a tal punto, occorre un'istruttoria particolarmente rigorosa ed una conseguente motivazione congrua e dettagliata.

La motivazione può essere poi resa per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente in caso di esito positivo del giudizio, nel caso in cui, come nella specie, si concluda per la non anomalia (CdS Sez. VI n. 7275/2003; CdS Sez. V, n. 3637/2002).

La mancata specifica impugnazione delle motivazioni emergenti dalle giustificazioni della parte con motivi aggiunti consente di apprezzare la natura formale dei rilievi avanzati dall'appellante principale, che si devono , pertanto, ritenere infondati.

I motivi del ribasso sono stati comunque indicati nel trasporto effettuato con mezzi appartenenti allo stesso raggruppamento ed operanti a prezzi vantaggiosi nonché nell'economicità dei costi di recupero.

Ne deriva il rigetto del secondo motivo del ricorso principale.

Con il terzo motivo del ricorso l*** sostiene che l'impianto di destinazione non provvederebbero al recupero del materiale oggetto dell'appalto.

Orbene rileva il Collegio che il fatto che il riempimento della miniera di Kochendorf costituisca recupero dei rifiuti risulta dalla sentenza della Corte di Giustizia Sez. V in data 27 febbraio 2002 causa c- 6/00 Abfall Service Ag .

In tale decisione (Corte giustizia Comunità europee, 27-02-2002, n. 6/00) si è statuito che il deposito di rifiuti in una miniera in disuso non costituisce necessariamente un'operazione di smaltimento, ai sensi dell'all. II A, punto D 12, della direttiva del consiglio 15 luglio 1975 n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del consiglio 18 marzo 1991 n. 91/156/Cee, e dalla decisione della commissione 24 maggio 1996 n. 96/350/Ce; tale deposito deve costituire oggetto di una valutazione caso per caso, al fine di stabilire se si tratti di un'operazione di smaltimento o di un'operazione di recupero ai sensi della detta direttiva; tale deposito costituisce un recupero se esso mira principalmente a che i rifiuti possano svolgere una funzione utile, sostituendosi all'impiego di altri materiali che avrebbero dovuto essere usati per svolgere tale funzione.

E' vero che il deposito in miniera quindi di per sé non costituisce un recupero, ma ciò può affermarsi nei casi – come quello di Kochendorf – in cui il riempimento della miniera avviene per la sua messa in sicurezza, in tal caso il rifiuto potendo svolgere una funzione utile.

La spedizione è classificata per riciclo di altre sostanze inorganiche (R5) e le autorità destinatarie della notifica non hanno obiettato nulla a tale classificazione.

Nel senso del recupero in Kochendorf vi è anche una sentenza recente del Verwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo della Repubblica austriaca) che menziona la funzione utile dei materiali usati per il riempimento della miniera.

In ultimo va rilevato che non vi sono state segnalazioni di inosservanze agli obblighi di recupero da parte di AMSA.

Ne deriva il rigetto del terzo motivo del ricorso principale.

Con il quarto motivo di ricorso si deduce l'illegittimità della lex specialis della gara che avrebbe previsto la possibilità di ricorrere alla spedizione transfrontaliera dei rifiuti per un appalto di durata triennale, mentre l'autorizzazione alla spedizione transfrontaliera potrebbe avere al massimo durata annuale.

Ma la censura è priva di pregio : la lex specialis ha previsto cautele per l'ipotesi di sospensioni o revoche o scadenze degli atti autorizzativi (si prevede il recesso dal contratto e l'utilizzo della graduatoria di gara per supplire all'interruzione del servizio).

Va poi considerato che , di norma , tali autorizzazioni alle spedizioni transfrontaliere dei rifiuti vengono concesse e che ,a richiesta, possono avere anche durata ultrannuale.

Ne deriva il rigetto del ricorso.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello principale, respinge l'appello incidentale, conferma la sentenza impugnata.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 31 marzo 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.07/09/2006.