

Publicato il 27/02/2017

N. 00901/2017REG.PROV.COLL.

N. 06315/2016 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 6315 del 2016, proposto da:

Haskoningdhv Nederland B.V., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo del costituendo RTP, con la Technital s.p.a., e la F&M Ingegneria s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Sterrantino, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Crescenzo, 62;

contro

Autorità Portuale di Venezia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, 12, è legalmente domiciliata;

nei confronti di

D'Appollonia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo dell'ATI con la MTBS Maritime and Transport Business Solutions B.V., la Acquatecno s.r.l. la Rina Services s.p.a. e lo Studio Paola Viganò, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Villani e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Roma, via Asiago, 8;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sezione I, n. 00677/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio avente ad oggetto la reazione del piano regolatore portuale di Venezia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Venezia e della D'Appollonia s.p.a.;

Visto l'appello incidentale da quest'ultima proposto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Daniele Sterrantino, Roberto Damonte e l'avvocato dello Stato Beatrice Fiduccia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

L'Autorità Portuale di Venezia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio, attinente all'urbanistica, relativo alla redazione del piano regolatore portuale di Venezia, comprensivo del documento preliminare di piano e della valutazione ambientale strategica, per un importo a base d'asta pari ad euro 1.500.000,00.

Al procedimento selettivo hanno partecipato cinque concorrenti, tra cui l'ATI tra la D'Appollonia s.p.a (capogruppo), la MTBS Maritime and Transport Business Solutions B.V., la Acquatecno s.r.l., la RINA Services s.p.a., e lo Studio Paola Viganò e il costituendo RTP tra la Haskoningdhv Nederland B.V. (capogruppo), la Technital s.p.a. e la F&M Ingegneria s.p.a.

A conclusione delle operazioni di gara, l'ATI capeggiata dalla società D'Appollonia si è collocata al primo posto, mentre il RTP con capo la Haskoningdhv Nederland B.V. si è classificato secondo.

La stazione appaltante ha quindi aggiudicato la commessa al concorrente primo graduato.

Ritendo l'aggiudicazione illegittima la Haskoningdhv Nederland B.V. l'ha impugnata davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con ricorso seguito da motivi aggiunti con cui ne ha chiesto l'annullamento.

Nel costituirsi in giudizio la società D'Appollonia ha, a sua volta, proposto ricorso incidentale con cui ha, tra l'altro, domandato l'esclusione dalla gara della ricorrente principale.

Con sentenza 24 giugno 2016, n. 677, l'adito Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Haskoningdhv Nederland B.V.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio l'Autorità Portuale di Venezia e la società D'Appollonia.

Quest'ultima ha anche proposto appello incidentale con cui censura l'impugna sentenza per non aver esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale con cui erano stati dedotti motivi – in questa

sede riproposti - il cui accoglimento avrebbe comportato l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, privandola, conseguentemente, dell'interesse ad agire.

Con successive memorie ciascuna delle parti ha meglio illustrato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2017, la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale il Collegio ritiene di dover affrontare la problematica dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di gare finalizzate all'affidamento di una commessa pubblica, alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica/Airgest s.p.a.

Il tema è stato recentemente affrontato dalla III Sezione di questo Consiglio di Stato con sentenza 26 agosto 2016, n. 3708, dalle cui conclusioni il Collegio non ritiene di doversi discostare.

Non resta, pertanto, che riprendere le motivazioni ivi espresse.

*<<La disamina della questione processuale così sollevata esige una sintetica ricognizione delle regole cristallizzate dalla giurisprudenza nazionale ed europea in merito al problema dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici.*

*3.1- L'Adunanza Plenaria (con la sentenza n. 9 del 2014) aveva, in proposito, precisato, in coerenza con i principi affermati dalla Corte di Giustizia UE (con la sentenza Fastweb 4 luglio 2013, C-100/12), che l'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi (principale e incidentale c.d. escludente) resta circoscritto alle (sole) situazioni processuali in cui si controverta del medesimo procedimento, gli operatori economici rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale.*

*Solo nella fattispecie appena descritta, infatti, appare configurabile, in capo al ricorrente principale, un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che integra gli estremi della relativa condizione dell'azione, dovendo, al contrario, riconoscersi che, nelle residue ipotesi, il ricorso principale difetta del predetto titolo di ammissibilità (posto che dal suo eventuale accoglimento il ricorrente non ritrarrebbe alcuna apprezzabile utilità giuridica od economica).*

*Il criterio appena sintetizzato, che sembrava aver assunto il carattere della stabilità, è stato, tuttavia, recentemente ripensato, rivisto e modificato dalla Corte di Giustizia con la decisione sopra citata (Puligienica/Airgest).*

*La Corte di Lussemburgo, infatti, investita nuovamente della questione dal C.G.A.R.S. (ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848), ha affermato il diverso principio secondo cui: "L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente".*

3.2- *La Corte di Giustizia sembra, quindi, aver superato il principio, che si era prima cristallizzato, secondo cui il ricorso principale dev'essere esaminato nel merito solo nelle ipotesi in cui le imprese rimaste in gara siano solo due e le relative offerte siano affette da un vizio ascrivibile alla medesima fase procedimentale, e pare aver enunciato la diversa regola per cui il ricorso principale dev'essere comunque esaminato (anche, cioè, in seguito all'accoglimento di quello incidentale), a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione con esso dedotta.*

*Sennonché, il Collegio reputa necessario chiarire l'effettiva portata conformativa e applicativa del suddetto principio in esito al percorso argomentativo che segue.*

3.3- *Deve premettersi, quale canone ermeneutico, che l'esegesi del suddetto principio di diritto, per quanto formulato in termini generali e con un lessico che non sembra ammettere eccezioni, dev'essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata e, quindi, dei contenuti del quesito indirizzato ad essa dal C.G.A.R.S. (o comunque, senza ignorarli), posto che la regola iuris risulta concepita, elaborata e formalizzata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento alla situazione (di fatto e di diritto) che ha determinato l'interrogazione che le è stata rivolta.*

*Merita, allora, ricordare che, nella vicenda processuale che ha originato il rinvio operato dal C.G.A.R.S., alla gara avevano partecipato anche altre imprese e che, tuttavia, quelle rimaste estranee al giudizio erano state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati, con i corollari che i relativi effetti espulsivi avevano ormai consolidato i loro effetti giuridici, che le imprese rimaste in gara erano, quindi, sostanzialmente due e che, di conseguenza, l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe, in ogni caso, soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e, quindi, alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso.*

*A fronte della situazione appena descritta, il C.G.A.R.S. ha, quindi, interrogato la Corte di Giustizia al fine di ottenere un chiarimento circa l'applicabilità alla fattispecie del principio già enunciato con la c.d. sentenza Fastweb (e che sembrava precludere l'esame anche del ricorso principale).*

3.4- *Così ricostruiti i termini della questione concreta che ha giustificato il rinvio pregiudiziale e che è stata esaminata e risolta dalla Corte di Giustizia con l'enunciazione del suddetto principio di diritto, appare agevole precisare i contenuti degli effetti vincolanti di quest'ultimo nel senso che segue.*

3.5- *Nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa (e poco flessibile) della regola cristallizzata nelle sentenze Fastweb e nella n. 9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria precluda, nel caso concreto, l'esame del ricorso principale, quando, tuttavia, dal suo accoglimento il ricorrente possa ricavare la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono l'esame nel merito del ricorso principale.*

*E deve, al riguardo, precisarsi, in coerenza con l'argomentazione scolpita al paragrafo 28 della motivazione della sentenza della Corte di Lussemburgo, che il predetto interesse strumentale è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.*

*Deve, al contempo, escludersi, nondimeno, che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio).*

*3.6- Una interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che preludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.).*

*3.7- Quanto al primo profilo, è sufficiente osservare che la stessa previsione richiamata (e, segnatamente, l'art. 1, comma 3, dir. Cit.) riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione".*

*Come si vede, dunque, la stessa regola che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.*

*Ora, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura.*

*3.8- In ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse" (art. 100 c.p.c.), si rileva che la sentenza europea non può certo essere decifrata come produttiva dell'effetto di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni ordinamento processuale.*

*3.9- Alle considerazioni che precedono consegue l'affermazione del principio, del tutto compatibile con la formulazione della regola contenuta nella sentenza c.d. Puligienica, per cui l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subiecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale) >> (cfr in termini anche Cons. Stato, III, 6 febbraio 2017, n. 517).*

Alla luce delle illustrate regole e in considerazione dei principi di sinteticità ed economia processuale che dominano la materia degli appalti pubblici (art. 120, comma 6, Cod. proc. amm.) - il Collegio ritiene di poter procedere in via prioritaria all'esame dell'appello incidentale col quale vengono riproposti i motivi di carattere escludente non esaminati in primo grado, al fine di verificare la sussistenza dell'interesse alla trattazione dell'appello principale.

Col primo motivo l'appellante incidentale deduce che il costituendo RTP con a capo la Haskoningdhv Nederland B.V. avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura selettiva per il mancato possesso del requisito di capacità richiesto dall'art. 6, numero 4, del bando di gara e dal punto 10, III, n. 19, del disciplinare di gara, consistente nell'aver eseguito, negli ultimi 10 anni almeno un "*servizio di pianificazione urbanistica di una città superiore a 200.000 abitanti per un importo ... non inferiore a € 200.000 ...*".

Il motivo è fondato.

Ed invero, al fine di dimostrare il possesso del requisito in questione, l'appellante principale ha dichiarato, nella domanda di partecipazione, di aver provveduto alla redazione dello strumento di pianificazione del Comune di Almere (Paesi Bassi).

Tuttavia, la medesima appellante principale ha affermato che la città di Almere ha un numero di abitanti pari a 200.000; col che risulta conclamata la carenza del requisito, posto che, in base alla *lex specialis*, occorre che la pianificazione si riferisse ad un comune con popolazione superiore ai 200.000 abitanti.

A quanto sopra giova aggiungere che non risulta dimostrato in giudizio che la città di Almere avesse, all'epoca del conferimento dell'incarico (e invero nemmeno oggi), un numero di abitanti superiore a 200.000.

Obietta la Haskoningdhv Nederland B.V. che la dedotta mancanza del requisito di che trattasi si fonderebbe su un'errata interpretazione della prescrizione di gara. La sua corretta lettura porterebbe, infatti, a ritenere irrilevante il numero di abitanti che effettivamente popolano il comune a cui si riferisce l'attività pianificatoria, riferendosi la prescritta soglia minima di popolazione alla previsione insediativa considerata in sede di pianificazione.

In altre parole, ciò che rileverebbe al fine di integrare il requisito, è che il concorrente abbia redatto uno strumento pianificatorio che preveda un insediamento superiore a 200.000 abitanti. Requisito questo posseduto dall'appellante principale, posto che il piano relativo alla città di Almere era dimensionato per accogliere una popolazione di 350.000 abitanti.

La tesi, seppur suggestiva, non può essere condivisa.

La prescrizione di gara, infatti, statuisce espressamente che la pianificazione deve riguardare una città superiore a 200.000 abitanti e non che lo sviluppo pianificatorio della città deve prevedere il superamento di tale soglia.

Pertanto, in assenza di elementi ermeneutici che possano sostenere la ricostruzione del significato della norma di gara teorizzata dall'appellante principale, deve ritenersi corretta l'interpretazione della stessa predicata dall'appellante incidentale.

L'appello incidentale va, dunque, accolto e ciò rende improcedibile per difetto di interesse l'appello incidentale.

Ed invero, nel caso che occupa, alla gara hanno partecipato, oltre ai due raggruppamenti con a capo l'appellante principale e l'appellante incidentale, altri tre concorrenti (i RTI capeggiati, rispettivamente, dalla AECOM Infrastrutture & Environment UK Ltd, dalla Arcadis s.r.l. e dalla Port Consultants Rotterdam B.V. KP) - peraltro non evocati in giudizio - la cui partecipazione alla procedura selettiva non risulta inficiata dai medesimi vizi dedotti in via principale, cosicché non può riconoscersi all'appellante principale nemmeno la titolarità di un interesse mediato e strumentale quale quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dai medesimi vizi riscontrati dal giudice, con conseguente ripetizione della procedura ad evidenza pubblica.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara improcedibile quello principale.

Dichiara improcedibile l'appello principale.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese processuali in favore delle appellate, liquidandole forfettariamente in complessivi € 2.500/00 (duemilacinquecento) *pro parte*, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE  
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE  
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO