



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 9581 del 2011, proposto da:
Kuwait Petroleum Italia S.p.A., con sede in Roma, in persona del
Direttore degli affari legali in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Roberto Maria Izzo, e presso lo studio di questi elettivamente
domiciliata in Roma, al viale Angelico n. 103, per mandato a margine
dell'appello;

contro

Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A., in persona del
Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Mario
Sanino e Luca Palatucci, ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via
Flaminia n. 135, presso CBA Studio legale e tributario, per mandato a
margine dell'atto di costituzione nel giudizio d'appello;

nei confronti di

TotalErg S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Mannucci

e Valerio Valeri, e presso il loro studio elettivamente domiciliata in Roma, al viale Giuseppe Mazzini, n. 11, per mandato in calce all'atto di costituzione nel giudizio d'appello;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I n. 1687 del 16 novembre 2011, che ha respinto il ricorso proposto da Kuwait Petroleum Italia S.p.A. avverso l'aggiudicazione alla controinteressata TotalErg S.p.A. della concessione del servizio "oil" e "non oil" relativo all'area di servizio Limonella Ovest dell'Autostrada A4 per il periodo 1° giugno 2011 - 30 giugno 2017, dichiarando improcedibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale presentato da TotalErg S.p.A.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. e di TotalErg S.p.A.;

Visto l'appello incidentale e i relativi allegati presentato da TotalErg S.p.A., per la riforma della medesima sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado;

Visto il decreto cautelare monocratico presidenziale n. 5323 del 5 dicembre 2011 di accoglimento, nelle more della trattazione collegiale, dell'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata;

Vista l'ordinanza cautelare collegiale n. 5484 del 13 dicembre 2011 di accoglimento dell'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia

esecutiva della sentenza impugnata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Roberto Izzo Maria per l'appellante principale Kuwait Petroleum Italia S.p.A., l'avv. Mario Sanino per l'appellata Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A, e gli avv.ti Federico Mannucci e Valerio Valeri per l'appellata e appellante incidentale TotalErg S.p.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con appello principale notificato il 30 novembre 2011 e depositato il 3 dicembre 2011, la società Kuwait Petroleum Italia S.p.A. ha impugnato la sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I n. 1687 del 16 novembre 2011, che ha respinto il ricorso proposto da Kuwait Petroleum Italia S.p.A. avverso l'aggiudicazione alla controinteressata TotalErg S.p.A. della concessione del servizio "oil" e "non oil" relativo all'area di servizio Limonella Ovest dell'Autostrada A4 per il periodo 1° giugno 2011 - 30 giugno 2017, dichiarando improcedibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale presentato da TotalErg S.p.A.

Giova premettere che:

- Kuwait Petroleum Italia S.p.A. e TotalErg S.p.A. (oltre ad API IP

S.p.A.) hanno partecipato ad una procedura negoziata ristretta, indetta dalla società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A., per l'affidamento della concessione dei servizi "oil" (distribuzione carburanti) e "non oil" (officina, ristorazione, etc.) dell'area di servizio Limonella Ovest dell'Autostrada A4, che, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (max 60 punti per il progetto di gestione e max 40 per l'offerta economica), è stata aggiudicata a Totalerg S.p.A. (avendo questa conseguito complessivi punti 83,07, a fronte di punti 82,48 della Kuwait, seconda graduata e di punti 81,88 dell'Api IP S.p.A., terza e ultima graduata);

- con il ricorso proposto al primo giudice, integrato da motivi aggiunti, la Kuwait ha impugnato l'aggiudicazione, sostenendo in sintesi che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e comunque la sua offerta sottoposta a subprocedimento di verifica dell'anomalia, e a sua volta la TotalErg ha proposto ricorso incidentale sul rilievo che, al contrario, doveva essere esclusa la ricorrente principale, con conseguente carenza di legittimazione e/o interesse all'impugnativa dell'aggiudicazione;

- con la sentenza del primo giudice il ricorso principale è stato respinto e quello incidentale è stato dichiarato per conseguenza improcedibile per carenza d'interesse.

A sostegno dell'appello principale sono state dedotti, in sintesi, i seguenti motivi:

A) Omesso esame dei motivi primo quater e secondo del ricorso originario

La sentenza ha del tutto obliterato l'esame delle censure dedotte con

il motivo primo quater (aggiunto) del ricorso originario, nel quale era stato evidenziato che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, tra l'altro, perché non aveva documentato la titolarità attuale della concessione per uno dei dieci distribuzione carburanti eserciti, in quanto per uno di essi la stessa era scaduta sin dal 19 settembre 2008 e non risultava rinnovata.

Del pari la sentenza ha obliterato del tutto il motivo del ricorso originario, che denunciava l'omessa sottoposizione a procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, poiché le "royalties" garantite sulle vendite di prodotti "non oil" erano pari a ben il 50% del fatturato per tali prodotti, e di gran lunga superiori alla percentuale offerta dalle altre due concorrenti.

Contestualmente sono stati riproposti i due ordini di censure, come di seguito rubricate:

I quater) *Violazione del punto a.2 della lettera di invito. Violazione del punto b della scheda 2 di manifestazione d'interesse. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria*

2) *Violazione della lettera di invito per omessa valutazione dell'opportunità di procedere a verifica dell'offerta anomala. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria. Violazione dell'art. 30 del d.lgs. 163/2006*

B) *Error in iudicando rispetto ai motivi 1, 1 bis e 1 ter. Travisamento del contenuto della lex specialis (punto a.3 della lettera d'invito). Non corretta applicazione dei principi in tema di "soccorso" e par condicio. Omesso esame. Erroneo riferimento all'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006*

La sentenza ha, poi, in modo erroneo disatteso le assorbenti censure

dedotte con il motivo del ricorso originario di cui alla rubrica, nel quale era stato denunciato che la controinteressata aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto la documentazione di cui al punto a.3 della lettera di invito (copia, con dichiarazione di conformità all'originale, del registro IVA degli ultimi tre anni -2007, 2008 e 2009- relativa alle attività accessorie ("non oil") per uno degli impianti di cui al punto a.2 (ossia per ciascuno dei dieci impianti dichiarati come eserciti in sede di prequalificazione su autostrade, tangenziali e strade ad alto scorrimento), sebbene un documento affatto diverso (denominato "rendicontazione vendite periodo 1.1.2009 al 31.12.2009"), con indicazione di corrispettivi di vendita conseguiti nell'intero anno, riferiti sia ai carburanti e prodotti "oil" sia ai servizi e prodotti "non oil", sottoscritta dal gestore dell'impianto e per verifica da ragioniere commercialista).

Nel caso di specie, essendo mancata del tutto la produzione della specifica documentazione richiesta non poteva ammettersi, al contrario di quanto operato dalla commissione di gara, alcuna integrazione documentale, avendo dunque travisato il giudice amministrativo veneto la portata della violazione della lex specialis della gara anche con erroneo richiamo al disposto dell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006, inapplicabile ratione temporis.

La società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. costituitasi in giudizio, con memorie difensive depositate il 10 e 13 dicembre 2011 e il 27 gennaio 2012, ha dedotto l'infondatezza del ricorso, richiamando la piena legittimità dell'ammissione alla gara

dell'aggiudicataria e l'amplessima discrezionalità in ordine alla verifica di anomalia dell'offerta, ragionevolmente non attivata per la minima incidenza delle "royalties" per i prodotti "non oil" sul valore della subconcessione.

A sua volta, la TotalErg S.p.A., con controricorso e contestuale appello incidentale, notificato il 6 dicembre 2011 e depositato il 10 dicembre 2011, dedotta l'infondatezza dell'appello principale, ha a sua volta censurato la sentenza impugnata, nella parte in cui, sia pure in modo del tutto sintetico e ipotetico, ha escluso la fondatezza di due delle censure dedotte col ricorso incidentale:

1) Difetto assoluto di motivazione. Violazione della lex specialis di gara in relazione all'avviso di manifestazione d'interesse. Violazione e falsa applicazione della lex specialis in relazione alla lettera d'invito (punto A10). Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006

La società Kuwait Petroleum S.p.A. non avrebbe potuto essere invitata alla gara e comunque doveva esserne poi esclusa per non aver reso le dichiarazioni relative ai requisiti morali con riferimento a tutti gli amministratori muniti di rappresentanza, essendo esse carenti quanto ai signori Biagio Grande, Roberto Zaccaro e Michael John Dudley (pure risultanti dal certificato camerale d'iscrizione al registro delle imprese), ed essendo state invece rese solo dall'ing. Alessandro Giliotti (amministratore delegato), Ing. Stefano Claudio Saccone (procuratore speciale) e dott. Roberto Maria Cocomazzi (manager sviluppo rete); e inoltre non avendo dato conto dell'inesistenza di amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente e/o ove

esistenti dell'assenza delle condizioni soggettive ex art. 38 comma 1 lettera c) del d.lgs. n. 163/2006.

2) *Difetto assoluto di motivazione. Violazione della lex specialis di gara in relazione alla lettera d'invito (punto A.7).*

Sotto altro profilo, la Kuwait avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché i bilanci presentati fanno riferimento non all'anno solare sebbene all'anno arabo (che termina il 31 marzo di ciascun anno), onde sarebbe scoperto il residuo periodo del 2007 (gennaio, febbraio, marzo).

Inoltre al bilancio relativo all'esercizio 1 aprile 2007 - 31 marzo 2008 sarebbe stata omessa l'allegazione della relazione del collegio sindacale e/o della società di revisione.

Sono stati poi riproposte le altre censure del ricorso incidentale, come si seguito sintetizzate:

3) *Violazione della lex specialis di gara in relazione alla lettera d'invito (punto A.3)*

A sua volta la Kuwait, quanto a due impianti, non ha documentato mediante l'esibizione di copia autentica dei registri I.V.A. dei corrispettivi il fatturato del mese di dicembre 2009, limitandosi a esibire prospetto mensile "informale".

4) *Violazione della lex specialis di gara in relazione alla lettera d'invito (punto A.8)*

La Kuwait non avrebbe esibito i contratti pluriennali di fornitura di cui aveva dichiarato di essere titolare in sede di manifestazione d'interesse, limitandosi a esibire copia autentica di licenza UTP per un

deposito di prodotti petroliferi.

5) Violazione dei principi generali di logicità e proporzionalità. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 41, 42, 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di non aggravamento del procedimento. Violazione della lex specialis di gara relativa all'avviso di manifestazione d'interesse. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà

La clausola della lettera d'invito prescrivente l'esibizione dei registri IVA dei corrispettivi per il fatturato dei prodotti "non oil", qualora interpretata come preclusiva dell'integrazione documentale disposta dalla commissione di gara, è illegittima, non rispondendo ad alcun interesse pubblico rilevante, illogica siccome riferita ad altri impianti diversi da quello oggetto di affidamento in subconcessione, affatto estranea ai requisiti di capacità economica, ed anzi deve considerarsi nulla perché in evidente contrasto con l'art. 46 bis del d.lgs. n. 163/2006.

Ai rilievi contenuti nel controricorso e all'appello incidentale ha replicato l'appellante principale con memoria depositata il 28 gennaio 2012.

Con decreto cautelare monocratico presidenziale n. 5323 del 5 dicembre 2011 e con successiva ordinanza collegiale n. 5484 del 13 dicembre 2011 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica del 14 febbraio 2012, infine, gli appelli, principale e incidentale, sono stati discussi e riservati per la decisione.

DIRITTO

1.) Il Collegio deve esaminare nell'ordine logico-giuridico l'appello incidentale e solo all'esito negativo del medesimo l'appello principale, capovolgendo l'ordine seguito dal primo giudice.

E' noto, infatti, che l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, rimeditando l'orientamento espresso dalla precedente decisione 10 novembre 2008 n. 11/20, ha chiarito, con amplissima e articolata motivazione, come "...qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente", ammettendo soltanto che "l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità".

Nel caso di specie, la società TotalErg S.p.A. ha proposto dinanzi al giudice amministrativo veneto, e riproposto mediante l'appello incidentale a questa Sezione, un tipico ricorso incidentale "escludente", inteso a contestare in radice la legittimazione della società Kuwait Petroleum S.p.A. in ordine alla proposizione dell'impugnazione dell'aggiudicazione, sostenendo che la ricorrente (ora appellante) principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura negoziata perché non aveva, a sua volta, prodotto documentazione richiesta dalla lettera di invito a pena di esclusione.

Né può sostenersi che il ricorso principale fosse manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile, perché la

sentenza gravata -che peraltro, sia pure in modo ellittico ha dato atto della “...correttezza dei bilanci presentati dalla ricorrente e delle dichiarazioni degli amministratori”, con ciò “esaminando”, senza però motivare l’assunto, le censure proposte con il ricorso incidentale della TotalErg S.p.A.- ha poi dovuto diffusamente argomentare in ordine alla ritenuta infondatezza delle censure del ricorso principale proposto dalla Kuwait Petroleum S.p.A., afferenti alla contestata ammissione della TotalErg alla gara, soffermandosi sul contenuto della clausola della lettera d’invito, sulla documentazione originariamente prodotta dalla concorrente e sulla sua relativa “sufficienza” ai fini dell’esercizio del c.d. “potere di soccorso”, e quindi dell’ammessa integrazione documentale, come disposta dalla commissione giudicatrice, e richiamando altresì il principio di tassatività delle clausole di esclusione, come enunciato dal comma 1 bis dell’art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, inserito dall’art. 4, comma 2, lettera d), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106.

E’ evidente che essendo state riproposte, con l’appello incidentale, le medesime censure in ordine all’ammissione alla gara dell’appellante principale, esso debba essere esaminato in via prioritaria.

Né potrebbe diversamente opinarsi in relazione alla circostanza che l’appello principale, a sua volta, contesta, riproponendo anche le censure svolte dinanzi al primo giudice, anzitutto l’ammissione alla gara della controinteressata aggiudicataria (appellante incidentale), posto che l’eventuale esito positivo dell’esame dell’appello principale

precluderebbe, altrimenti, in radice la valutazione dell'appello incidentale, così frustrando del tutto la posizione difensiva dell'appellante incidentale.

In altri termini, in siffatta ipotesi, vertendo i due appelli, principale e incidentale, anzitutto sulla legittimità, reciprocamente contestata, dell'ammissione alla gara delle due parti private del giudizio, e rifluendo l'esame dell'appello incidentale, ove fondato, sulla legittimazione della ricorrente (ora appellante) principale, non può ritenersi che l'appello incidentale sia "condizionato" all'esame favorevole dell'appello principale, poiché viceversa è l'esame dell'appello principale che è condizionato dall'esito negativo dell'appello incidentale, secondo la ordinaria relazione propria del rapporto tra impugnazione incidentale "escludente" e impugnazione principale.

In tal senso deve convenirsi sulla prospettazione contenuta nell'appello incidentale, nel quale appunto si evidenzia "...la necessità di esaminare prioritariamente le censure sollevate con il ricorso incidentale e successivi motivi aggiunti che, alla stregua di quanto sopra, hanno portata interdittiva precludendo la disamina delle domande proposte dal ricorrente principale" (pag. 21 dell'appello incidentale).

1.1) Con l'appello incidentale, TotalErg S.p.A. ha formulato quattro ordini di censure riferite in modo precipuo alla contestata ammissione alla procedura negoziata di Kuwait Petroleum S.p.A., nonché un quinto motivo, subordinato, in ordine alla clausola della lettera

d'invito relativa alla documentazione ivi prescritta a pena di esclusione, ove interpretata nel senso della preclusione di una successiva integrazione; quest'ultimo deve essere, quindi, esaminato in via successiva, se e in quanto risultino fondate le censure svolte dall'appellante principale imperniate sulla predetta clausola e la sua denunciata violazione.

1.1.1) Con il primo motivo dell'appello incidentale, è stata riproposta la censura con cui è stato dedotto che Kuwait Petroleum avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara:

- per aver non aver prodotto le dichiarazioni relative ai requisiti di cui alle lettere b) e c) della scheda 2 (requisiti di ordine generale) di tutti gli amministratori muniti di rappresentanza, e in specie dei signori Biagio Grande, Roberto Zaccaro e Michael John Dudley, pure risultanti come amministratori dal certificato camerale d'iscrizione al registro delle imprese, sebbene soltanto dell'ing. Alessandro Giliotti (amministratore delegato), dell'ing. Stefano Claudio Saccone (procuratore speciale) e del dott. Roberto Maria Cocomazzi (manager sviluppo rete);

- per non aver dato conto dell'inesistenza di amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente e/o ove esistenti dell'assenza delle condizioni soggettive ex art. 38 comma 1 lettera c) del d.lgs. n. 163/2006.

Entrambi gli ordini di censure sono destituite di fondamento giuridico.

L'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, cui

in effetti si uniforma la prescrizione di cui al punto a.10 della lettera d'invito, si riferisce alle dichiarazioni da rendere in ordine alle fattispecie soggettive ivi enumerate da parte -nel caso di società diverse da quelle in nome collettivo o in accomandita-, degli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza" (e infatti la clausola della lettera d'invito riproduce l'indicazione, sia pure rafforzandola con l'aggettivo "tutti": "...dichiarazione da parte di tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e procuratori, diversi dal firmatario dell'offerta; per questi ultimi -deve intendersi i procuratori: nota dell'estensore- la dichiarazione va resa da parte dei soggetti muniti di procura per le attività oggetto dell'affidamento").

Come è stato notato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, la disposizione si riferisce "...soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza, ossia a soggetti titolari di ampi e generali poteri di amministrazione..." (vedi per tutte Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1782), onde occorre aver riguardo ai poteri effettivi conferiti a ciascun amministratore e alla loro ampiezza, in quanto si estrinsechino sull'organizzazione complessiva dell'apparato organizzativo societario, nei suoi riflessi operativi esterni.

Se è infatti indubitabile che, ai sensi dell'art. 2384 cod. civ., "Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale", nondimeno l'art. 2380 bis comma 2 consente, se statuto o deliberazione assembleare lo ammettono, che il consiglio di amministrazione deleghi le proprie attribuzioni a un comitato esecutivo o a uno o più amministratori

delegati, rinviando poi il comma 3 alle determinazioni dello stesso consiglio per l'individuazione di contenuto, limiti e modalità di esercizio della delega.

Orbene, Kuwait Petroleum ha documentato, mediante esibizione del verbale del Consiglio di Amministrazione del 22 luglio 2010, che l'ing. Alessandro Giliotti è stato nominato amministratore delegato "...con tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione spettanti al Consiglio per Statuto e per legge...", salvi quelli di cui agli artt. 2423 (delega alla redazione del bilancio), 2443 (aumento del capitale sociale), 2446 (riduzione del capitale sociale), 2447 (convocazione dell'assemblea per riduzione e aumento del capitale sociale se ridotti sotto il minimo legale) del codice civile, e di taluni poteri "bancari".

Al contrario, agli altri componenti del Consiglio indicati dall'appellante incidentale non sono stati conferiti poteri generali di rappresentanza, ma, con apposite procure, contenute nella delibera, poteri particolari: all'ing. Biagio Grande, "...la gestione di tutti i rapporti con il personale" e delle "relazioni esterne", di comunicazione istituzionale e con la stampa e la radiotelevisione, oltre alle attribuzioni relative alla qualità del prodotto e alle certificazioni dei processi aziendali; al dott. Michael Johnn Dudley "...la funzione acquisti...funzioni finanziarie e di controllo...le operazioni finanziarie, contabili ed amministrative...", inerenti alla gestione finanziaria e fiscale; infine all'ing. Roberto Zaccaro le attività relative "...all'approvvigionamento di olio greggio e di prodotti petroliferi

semilavorati o finiti...” e relative operazioni.

Peraltro la lettera d’invito alla gara -quanto ai procuratori diversi dal sottoscrittore dell’offerta- imponeva la dichiarazione soltanto se la procura si fosse riferita specificamente alle “attività oggetto dell’affidamento”, quindi in definitiva agli impianti di distribuzione da esercire in subconcessione dai concessionari stradali o autostradali.

La Kuwait Petroleum, attenendosi alla prescrizione della lettera d’invito, ha presentato, oltre alla dichiarazione dell’amministratore delegato, anche quella del procuratore speciale e di altro dirigente aziendale munito dei poteri organizzativi specificamente afferenti alla rete distributiva.

Sotto altro profilo, e quanto all’altra censura, il dovere di dichiarare nominativo e assenza o presenza di condizioni soggettive preclusive riguarda gli amministratori cessati dalla carica, se ed in quanto vi siano amministratori che versino in tale situazione, e non può risolversi, all’opposto, nell’obbligo di rendere una dichiarazione negativa, del tipo di quella pretesa dall’appellante incidentale, che peraltro non ha documentato, nemmeno mediante principio di prova, la circostanza che effettivamente vi fossero amministratori della Kuwait Petroleum cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Dai rilievi che precedono consegue, dunque, l’infondatezza del primo motivo dell’appello incidentale, dovendosi motivatamente confermare il pur ellittico rilievo svolto al riguardo dal primo giudice.

1.1.2) Con il secondo motivo l’appellante incidentale ha dedotto che

Kuwait Petroleum avrebbe dovuto essere, altresì, esclusa perché i bilanci presentati fanno riferimento non all'anno solare sebbene all'anno arabo (che termina il 31 marzo di ciascun anno), onde sarebbe scoperto il residuo periodo del 2007 (gennaio, febbraio, marzo); inoltre il bilancio del periodo 1° aprile 2007 - 31 marzo 2008 sarebbe carente dell'allegazione della relazione del collegio sindacale o della società di revisione.

Il punto a.7 della lettera d'invito alla procedura negoziata prescriveva che fosse prodotta “copia, accompagnata da dichiarazione attestante la conformità all'originale, delle Dichiarazioni I.V.A. e dei Bilanci riclassificati del triennio 2007-2008-2009, in conformità alla disciplina civilistica vigente...”.

Orbene, la Kuwait Petroleum ha depositato i bilanci relativi alle tre annualità, che però rispecchiano la periodicità dell'anno sociale come determinato, in base allo statuto, nel periodo corrispondente non già all'anno solare (1 gennaio-31 dicembre), sebbene all'anno arabo, ossia al calendario islamico, che segue il ciclo lunare, si compone di dodici mesi, alternativamente di ventinove e trenta giorni, e che, rapportato all'anno solare, si chiude non già il 31 dicembre sebbene il 31 marzo, con inizio al 1° aprile.

Sicché per l'annualità 2007 il bilancio depositato non comprende il primo trimestre, mentre per l'annualità 2009 comprende il primo trimestre dell'anno successivo.

E' evidente che, in funzione delle prescrizioni della lettera d'invito e delle previsioni del proprio statuto sociale, Kuwait Petroleum ha

osservato la clausola, salva la possibilità, da parte della commissione giudicatrice, di attivare i propri poteri istruttori integrativi -non esercitati- ai fini dell'acquisizione del bilancio relativo all'esercizio 1° aprile 2006-31 marzo 2007, nel quale ricade il primo trimestre del 2007.

In altri termini, quando sia documentato che l'esercizio sociale non coincida, secondo lo statuto, con l'anno solare, sebbene legittimamente, in funzione del diritto del paese estero in cui è stabilita la società, con altro tipo di calendario (nella specie arabo e non gregoriano), non può certo discriminarsi la concorrente di una procedura negoziata, dovendosi ritenere comunque osservata la prescrizione del bando di gara o della lettera d'invito, salva la richiesta di integrazione documentale.

Non ha poi maggior pregio l'altra censura dedotta nel secondo motivo, concernente la pretesa portata "escludente" della mancata allegazione, al solo bilancio per l'esercizio 2007 (con scadenza al 31 marzo 2008), della relazione del collegio sindacale o della società di revisione.

La prescrizione di cui al punto a.7 della lettera d'invito puntualizza i requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti ex art. 41 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 negli appalti di forniture e -come nel caso di specie- di servizi, ed essa fa riferimento peculiare, evidenziandoli in neretto, alle Dichiarazioni I.V.A. e ai Bilanci riclassificati del triennio 2007-2008-2009, specificando poi che questi ultimi debbono essere corredati dai consueti allegati.

Orbene, poiché la produzione documentale deve essere accompagnata da “...dichiarazione attestante la conformità all’originale” e poiché deve essere depositata anche “nota di deposito e/o di avvenuta presentazione all’Ufficio del Registro delle Imprese”, l’omessa esibizione non già del bilancio e/o della dichiarazione asserverativa della conformità della copia del medesimo all’originale o della nota di deposito (che ovviamente deve riguardare il rituale deposito del bilancio comprensivo di tutti i suoi allegati), sebbene della sola relazione del collegio sindacale non integra una lacuna documentale di gravità tale da poter essere sanzionata con l’esclusione, intervenendo semmai l’eventuale esercizio del “potere di soccorso” della commissione giudicatrice.

1.1.3) Non ha maggior pregio l’ulteriore censura di cui al terzo motivo, cui l’appellante incidentale affida la prospettazione di ulteriore profilo d’illegittimità dell’ammissione alla gara di Kuwait Petroleum.

Come chiarito infatti dall’appellante principale in sede di replica, per i due impianti di La Rustica Nord e Tevere Ovest i due prospetti relativi al mese di dicembre 2009 recano tutti i corrispettivi giornalieri, e per mero disallineamento di stampa appaiono diversi da quelli dei mesi precedenti; in tale ipotesi, a differenza di quanto si dirà in relazione alle doglianze proposte dall’appellante principale, non si è in presenza di documentazione affatto “atipica” rispetto a quella richiesta dal punto a.3 della lettera d’invito, trattandosi appunto di documentazione analitica dei corrispettivi giornalieri, né essendo

revocato in dubbio, nemmeno dalla stessa appellante incidentale, che essi riguardino precipuamente le attività accessorie (“non oil”).

1.1.4) E’ altresì infondato il quarto motivo dell’appello incidentale, perché l’onere di cui al punto a.6 della lettera d’invito riguarda, alternativamente, l’esibizione di “copia dei contratti pluriennali di fornitura in essere al 2009” o di una “dichiarazione comprovante il sistema di approvvigionamento con stoccaggio”, e Kuwait Petroleum avendo reso quest’ultima, con riferimento ad approvvigionamento complessivo annuo pari a 70 milioni di litri in funzione di titolarità di depositi di stoccaggio assistiti da regolare licenza, è evidente che non doveva documentare null’altro.

1.2) In conclusione, tutte le censure dedotte con l’appello incidentale sono destituite di fondamento giuridico, dovendo esaminarsi quella di cui al quinto motivo, concernente la legittimità della clausola a.3 della lettera d’invito solo in esito all’esame dell’appello principale.

2.) Nell’ordine logico-giudirico deve esaminarsi il secondo motivo dell’appello principale che, riproponendo le originarie censure del ricorso in primo grado disattese dal giudice amministrativo veneto, deduce l’illegittimità dell’ammissione alla gara di TotalErg perché non avrebbe presentato uno dei documenti richiesti a pena di esclusione dal punto a.3 della lettera d’invito, non potendosi ammettere, nell’assenza del documento, alcun potere integrativo, quale invece esercitato dalla commissione giudicatrice.

2.1) La clausola a.3 della lettera d’invito alla procedura negoziata prevede(va) testualmente la produzione di:

“copia, accompagnata da dichiarazione attestante la conformità all’originale, del Registro I.V.A. degli ultimi 3 anni (2007-2008-2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti di cui al sub-punto a2)” (ossia di ciascuno degli almeno dieci impianti dichiarati come eserciti in sede di manifestazione d’interesse).

La società TotalErg, quanto all’impianto di Teano Est, ha esibito un documento, indirizzato a “Spett.le Erg Petroli S.p.A. Autostrade Via Vitaliano Brancati, 60 0014 – ROMA”, con data “19/02/2010” che reca nell’oggetto la seguente dicitura: “rendicontazione vendite periodo dal 01/01/2009 al 31/12/2009” e subito dopo la frase “Con la presente Vi trasmetto il riepilogo dei dati di vendita per il periodo in oggetto, come da registro dei corrispettivi”; segue un elenco di prodotti ciascuno identificato da sigle e dicitura esplicativa (BE Benzina, GA Gasolio, GP GPL, GS Gasolio pagamento con carta autotrasportato, GL Olio lubrificante, AL Vendita prodotti alimentari, AU Autoaccessori, NA Vendite prodotti non alimentari, SC numero di scontrini), a fianco di ciascuno dei quali sono indicate U.M. (unità di misura) espresse volta a volta in modo diverso (LT per benzina, gasolio, GPL, gasolio pagamento con carta autotrasporto, olio lubrificante; KG per olio lubrificante, € per vendita prodotti alimentari e non alimentari e autoaccessori -peraltro per i prodotti alimentari indicati in misura pari a € 0.00); segue ancora in calce, sulla sinistra, l’indicazione “IL GESTORE” GI.DI.CAR. s.r.l. il Presidente Luciano De Mita, seguito da firma e, sulla destra, la scritta “VERIFICATO da Rag. PELOSI GIUSEPPE” con codice fiscale

partita IVA e altra firma; infine ancora più in basso, sulla sinistra, vi è timbro “ERG Petroli SpA AUTOSTRADE C. FERRARO”, seguito da firma.

A tale documento sono allegate dodici stampe da computer intestate GI.DI.CAR SRL con timbro e sigla in calce a sinistra, integrate da indicazioni a penna “Progressivo 31.01.2009” (a seguire sino a 31.12.2009) con indicazioni di tre aliquote (20%, 4%, 10%) seguite da indicazioni di “incasso”, “imponibile”, “imposta”.

Orbene, è del tutto evidente che tale documento di “rendicontazione” e/o “riepilogo”, non integra, né può sostituire, la copia del registro dei corrispettivi I.V.A. prescritto dalla clausola a.3 della lettera d’invito (peraltro con carattere in neretto della indicazione “Registro I.V.A.”, e quindi con ulteriore specifica evidenziazione grafica intesa a porre in risalto il documento “tipico” richiesto), unico con valenza probatoria, in quanto documento fiscale obbligatorio e presidiato da apposite sanzioni, in ordine al “volume” delle “attività accessorie”, afferenti a vendite di prodotti e fornitura di servizi diversi dal rifornimento di carburanti.

Né, contrariamente a quanto opinato dal giudice amministrativo veneto, può ritenersi che il documento possa acquisire tale valenza in virtù della indicazione che tale riepilogo è fatto “...come da registro dei corrispettivi”, non potendo d’altro canto assumere alcun rilievo di certificazione l’indicazione del “verificato” da parte di ragioniere commercialista o la firma apposta in calce e sotto il timbro “Erg Petroli S.p.A. Autostrade”.

D'altro canto, la assoluta inidoneità di tale documento a integrare la produzione del documento tipico richiesto è confermata dalla circostanza, oltremodo significativa, che nella dichiarazione di conformità all'originale relativa alla copia del registro I.V.A. dei vari impianti, sottoscritta dal procuratore speciale Antonio Fedele, vi è chiara indicazione manoscritta a lettere maiuscole "Non vale per Teano Est, per il quale non è stata prodotta copia del registro IVA".

Nel caso di specie, dunque, si versa non già nella ipotesi della presentazione di un documento "incompleto", "parziale", "insufficiente", sebbene in quella dell'omissione piena e irrimediabile della produzione documentale, sia pure afferente a uno solo dei dieci impianti.

Secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato "Il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dal precedente art. 38" (Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965), di tal che "... alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento..." (Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981), tenuto conto che la disposizione, relativa al c.d. potere di soccorso, deve considerarsi "...di stretta interpretazione" (Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365).

Ne consegue che, a fronte dell'omessa produzione del documento tipico richiesto a pena di esclusione, TotalErg doveva essere senz'altro esclusa dalla procedura negoziata e dal confronto

concorrenziale con le offerte delle altre partecipanti.

2.1.1) Occorre, quindi, esaminare il quinto motivo dell'appello incidentale, col quale TotalErg ha riproposto, in via subordinata, l'impugnativa della clausola a.3 della lettera d'invito, sostenendone l'illegittimità.

Tale censura è totalmente destituita di fondamento giuridico.

Sotto un primo profilo deve senz'altro escludersi la denunciata nullità per contrasto con il comma 1 bis dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70. convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106.

Tale disposizione stabilisce che:

“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Orbene, è del tutto evidente che essa, entrata in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione del decreto legge nella Gazzetta

Ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011, e quindi il 14 maggio 2011 è inapplicabile, *ratione temporis*, alla lettera d'invito alla procedura negoziata del 6 aprile 2011.

Sotto altro aspetto, la clausola, nel prescrivere la presentazione di copia del registro dei corrispettivi, non introduceva un onere gravoso -tanto che la stessa TotalErg non ha avuto difficoltà a produrre, per gli altri impianti, la documentazione tipica richiesta-, ed appare razionalmente coordinata e giustificata dall'esigenza di acquisire gli elementi relativi alla capacità ed esperienza tecnica delle società petrolifere partecipanti alla gara per la parte concernente i servizi "non oil", e come tale è espressiva della ragionevole discrezionalità della stazione appaltante.

2.2) Ancorché il secondo motivo dell'appello principale rivesta carattere assorbente, il Collegio ritiene di darsi carico, per completezza, anche delle ulteriori censure dedotte con il primo motivo, delle quali deve invece escludersi la fondatezza.

2.2.1) Quanto alla dedotta sussistenza di altra causa di esclusione, costituita dall'intervenuta scadenza della concessione di uno degli impianti (tra i dieci esercizi dichiarati come esercizi da TotalErg in sede di manifestazione d'interesse), l'appellante incidentale ha chiarito l'intervenuta rinnovazione della concessione, con deduzione rimasta incontrastata.

2.2.2) Quanto, infine, all'altra doglianza relativa all'omessa sottoposizione a verifica di anomalia dell'offerta di TotalErg (ancorché chiaramente assorbita in funzione della chiarita doverosa

esclusione dalla procedura negoziata della predetta concorrente), è sufficiente osservare che la relativa facoltà è ampiamente discrezionale in funzione delle previsioni della lettera d'invito, né -tenuto conto dell'accessorietà dei servizi "non oil" e del metodo di aggiudicazione- può postularsi un'incidenza rilevante sull'offerta economica della misura delle "royalties" garantite.

3.) In conclusione, rigettato l'appello incidentale, deve essere accolto l'appello principale, onde, in riforma della sentenza gravata, devono annullarsi i provvedimenti impugnati con il ricorso in primo grado, e segnatamente l'ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione dell'affidamento a TotalErg S.p.A., salvi gli ulteriori consequenziali atti con l'aggiudicazione e l'affidamento a Kuwait Petroleum S.p.A. della concessione dei servizi "oil" e "non oil" dell'area di servizio autostradale Limonella Ovest dell'Autostrada A4.

4.) Il regolamento delle spese processuali, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) così provvede sugli appelli principale e incidentale di cui al ricorso n. 9581 del 2011:

- 1) rigetta l'appello incidentale;
- 2) accoglie l'appello principale, e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I n. 1687 del 16 novembre 2011, annulla i provvedimenti impugnati con il ricorso in primo grado, e segnatamente l'ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione

dell'affidamento a TotalErg S.p.A., salvi gli ulteriori consequenziali atti come chiariti in motivazione;

3) condanna le società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. e TotalErg S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, in solido tra loro, alla rifusione, in favore della società Kuwait Petroleum S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, delle spese ed onorari del doppio grado del giudizio, liquidate in complessivi € 6.000,00 (seimila/00), imputate pro-quota per € 3.000,00 (tremila/00) a ciascuna delle anzidette parti, oltre I.V.A. e C.A.P. nella misura dovuta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2012

IL SEGRETARIO

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