

N. 03011/2011REG.PROV.COLL.
N. 01507/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1507 del 2010, proposto dal consorzio stabile Gemas, General management service, a r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Nunzio Pinelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza B. Cairoli n. 2;

contro

Poste Italiane s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lubrano ed Enrico Lubrano, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia n. 79;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione III ter, n. 11482/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA IMMOBILI -
RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Poste Italiane s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011 il Cons. Manfredò Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Pinelli ed Enrico Lubrano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, rubricato al n. 4056/09, il Consorzio stabile Gemas, General management service a r.l. impugnava i provvedimenti in data 14, 21 e 23 aprile 2009 con i quali Poste italiane s.p.a. lo aveva escluso dalle fasi successive delle gare telematiche per l'affidamento del servizio di pulizia negli immobili siti nelle regioni Veneto – Trentino Alto Adige, Umbria, Emilia Romagna e Sicilia, per non avere indicato le consorziate per le quali concorreva, unitamente agli atti presupposti.

Il Consorzio lamentava violazione dell'art. 7 delle legge 7 agosto 1990, n. 241, e violazione dell'art. 36 del codice degli appalti, in quanto partecipava al procedimento in nome proprio; relativamente alle regioni Veneto e Trentino Alto Adige, sosteneva inoltre di poter mutuare dalle consorziate i requisiti per la partecipazione, ai sensi dell'art. 36 del codice dei contratti.

Con motivi aggiunti, esso impugnava l'atto con il quale la stazione appaltante aveva ritirato la precedente esclusione dalle gare relative alle altre regioni sopra indicate reiterandola sulla base dell'indicazione, quale requisito economico, del fatturato delle consorziate invece del fatturato proprio, e lamentava nuovamente violazione dell'art. 7 delle legge 7 agosto 1990, n. 241, e violazione dell'art. 36 del codice degli appalti rilevando che quest'ultimo al settimo comma esplicitamente prevede che i consorzi stabili mutuino i requisiti di partecipazione agli appalti dalle consorziate;

Il Consorzio chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati ed il risarcimento del danno.

Con la sentenza n. 11482 in data 23 novembre 2009 il Tribunale

amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione III ter, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza propone l'appello in epigrafe, rubricato al n. 1507/10, il Consorzio stabile Gemas, General management service a r.l. contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio Poste italiane s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

Quest'ultimo è stato assunto in decisione alla pubblica udienza del 19 aprile 2011.

3. L'appello è infondato.

Come giustamente rilevato dal primo giudice, la disamina deve partire dalla censura dedotta, in primo grado, con i motivi aggiunti, in quanto il suo rigetto, consolidando l'esclusione dell'appellante dalla gara d'appalto di cui si tratta, renderebbe inutile la disamina degli altri motivi, e della questione relativa al permanere dell'interesse ad impugnare il primo provvedimento di esclusione.

Il Collegio deve quindi prendere in esame per prima la problematica relativa alla legittimazione del Consorzio appellante a partecipare alla gara di cui si discute indicando, quale requisito economico, la sommatoria dei fatturati delle proprie consorziate.

L'Amministrazione, il cui operato è stato condiviso dal primo giudice, ha dato risposta negativa al quesito, affermando che l'art. 36, settimo comma, del d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sul quale si basano le ragioni dell'appellante, si applica ai soli appalti di lavori.

Il primo giudice soggiunge inoltre che la norma riguarda la sola qualificazione, e non il possesso dei requisiti finanziari necessari per partecipare ad una determinata gara.

Tali osservazioni sono condivise dal Collegio.

Come ha chiarito questo Consiglio (Sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498), con argomentazioni che il collegio condivide e fa proprie, la possibilità per il consorzio stabile di qualificarsi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, prevista dall'art. 36 comma settimo, del d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori.

L'appellante sostiene che la prima frase del settimo comma, appena citato (il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate) si applica a tutti i contratti d'appalto, mentre solo le frasi successive si applicano esclusivamente agli appalti di lavori.

L'opposta interpretazione non sarebbe sostenibile una volta che l'art. 3 del d. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, ha modificato, precisandolo, il significato della seconda frase dell'art. 36, settimo comma, più volte citato, chiarendo che solo per i lavori il consorzio stabile acquisisce la qualificazione dalle consorziate con riferimento ad una determinata categoria di opere (la norma contiene ulteriori precisazioni, che ora non interessano).

Ad avviso dell'appellante, ciò significa che la prima frase si applica a tutti gli appalti, mentre solo il seguito del comma si applica esclusivamente agli appalti di lavori.

La tesi non può essere condivisa.

Giustamente la parte appellata osserva che la prima frase dell'art. 36, settimo comma, fa riferimento al concetto di qualificazione, sottolineando come questo sia un concetto proprio degli appalti di lavori, inapplicabile in relazione a contratti di diverso contenuto.

Di conseguenza, deve essere affermato che il primo comma, il quale fa riferimento alla qualificazione dei consorzi stabili, è applicabile laddove sia applicabile il sistema della qualificazione "a priori" secondo il sistema delle SOA, e quindi esclusivamente per gli appalti di lavori.

Afferma, di conseguenza, il Collegio che l'art. 36, settimo comma, del d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche dopo la modifica introdotta dall'art. 3 del d. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, si applica esclusivamente agli appalti di lavori; negli appalti di altro contenuto i consorzi stabili devono dimostrare il possesso dei requisiti per la partecipazione alle relative gare secondo la disciplina dettata dal precedente art. 35, il quale costituisce la norma di applicazione generale, alla quale fa eccezione l'invocato art. 36.

E' bene sottolineare come quest'ultima osservazione ulteriormente imponga di escludere interpretazioni estensive di quest'ultima norma.

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello n. 1507/10, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della controparte costituita, di spese ed onorari del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2011

IL SEGRETARIO

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