

N. 05069/2012REG.PROV.COLL.
N. 00113/2010 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 numero di registro generale 113 del 2010, proposto dalla società Nubile s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Cooperativa di produzione e lavoro 'Tre Fiammelle' in proprio e in qualità di capogruppo di RTI; Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce, 19 novembre 2009, n. 2799

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2012 il Cons. Claudio

Contessa e uditi per le parti l'avvocato Petretti per delega dell'avvocato Quinto e l'avvocato dello Stato Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società Nubile s.r.l. riferisce di aver partecipato alla gara di appalto indetta dall'Autorità portuale di Brindisi nell'ottobre del 2008 per l'affidamento del servizio di pulizia di strade e piazzali, trasporto e smaltimento dei rifiuti e servizio giornaliero di pulizia degli immobili demaniali e degli uffici per il triennio 2008-2011.

A seguito dell'infruttuoso esito di una prima procedura, l'Autorità portuale indiceva una procedura negoziata, invitando a partecipare (fra le altre), la società cooperativa di produzione e lavoro 'Tre Fiammelle' (ricorrente in primo grado) e la società Nubile s.r.l. (odierna appellante).

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce e recate il n. 1826/2008, la società Tre Fiammelle (che era stata in un primo momento esclusa dalla procedura e vi era stata riammessa a seguito di un provvedimento cautelare adottato da quel Tribunale) impugnava gli atti conclusivi della procedura di gara e in particolare (ai fini che qui rilevano):

- il bando di gara, il capitolato speciale di appalto e il disciplinare di gara;
- gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara in favore della società Nubile s.r.l. (la quale, in data 9 luglio 2009, aveva anche stipulato il contratto di appalto con l'amministrazione).

Con la sentenza oggetto del presente appello il Tribunale adito accoglieva il ricorso in questione e per l'effetto disponeva l'annullamento degli atti della gara.

In particolare, il Tribunale osservava:

- che l'oggetto dell'appalto concernesse (sia pure in modo non esclusivo) attività rientranti nella nozione di 'gestione dei rifiuti', di cui all'articolo 183

del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152;

- che, al fine dello svolgimento delle attività in questione, fosse necessaria l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui al comma 5 dell'articolo 212 del medesimo decreto (in base a tale disposizione, l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi e non pericolosi);
- che, quindi, illegittimamente l'Autorità portuale avesse ommesso di richiedere alle partecipanti, in sede di *lex specialis* di gara, l'iscrizione al richiamato Albo;
- che non potesse affermarsi il carattere meramente accessorio nell'economia complessiva della gara dell'attività di gestione dei rifiuti;
- che, se per un verso è vero che la società aggiudicataria (odierna appellante) si era fatta carico di dimostrare il possesso dell'iscrizione all'Albo in questione; per altro verso è vero che essa non aveva dimostrato che tale iscrizione sussistesse nel momento fissato per la presentazione della domanda di partecipazione alla prima e alla prima delle procedure all'origine dei fatti di causa.

La sentenza in questione è stata gravata in sede di appello dalla società Nubile, la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

In primo luogo il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto necessaria, ai fini della partecipazione alla gara, l'iscrizione dei candidati allo speciale Albo di cui al comma 5 dell'articolo 212 del d.lgs. 152 del 2006 (e, quindi, avrebbe erroneamente ritenuto che la carenza di una previsione relativa a tale iscrizione nell'ambito della *lex specialis* determinasse l'illegittimità dell'intera procedura). Al contrario, tale iscrizione non era dovuta alla luce delle caratteristiche oggettive delle lavorazioni oggetto dell'appalto, anche in considerazione del fatto che le attività di raccolta e trasporto di rifiuti (riconducibili alla nozione di 'gestione' dei rifiuti) assumevano, nella complessiva economia dell'appalto, un carattere del tutto marginale anche ai

fini economici.

In secondo luogo il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di considerare che la società appellante (aggiudicataria dell'appalto) disponesse dell'iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali sia alla data di scadenza del termine per l'invio della domanda di partecipazione, sia alla scadenza del termine per l'invio dell'offerta tecnica.

Al contrario, la società ricorrente in primo grado era carente di tale requisito in relazione alla categoria e alla classe richiesta.

In terzo luogo, il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di considerare che il possesso dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, attenendo il momento dell'esecuzione della prestazione, avrebbe potuto essere assicurato anche attraverso il ricorso all'istituto del subappalto di cui all'articolo 118 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

In quarto luogo, il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di considerare che, in sede di predisposizione dei bandi di gara, alle amministrazioni deve comunque essere riconosciuto un apprezzabile margine di discrezionalità in ordine alla fissazione dei requisiti da richiedere ai fini partecipativi specie laddove (come nel caso in esame) tali requisiti attengano a profili di fatto marginali nell'economia complessiva dell'appalto.

Si è costituita in giudizio l'Autorità portuale di Brindisi la quale ha concluso nel senso dell'accoglimento dell'appello.

Con ordinanza n. 544/2010 (resa all'esito della camera di consiglio del 2 febbraio 2010) questo Consiglio ha accolto la domanda di sospensione cautelare della sentenza in epigrafe.

Alla pubblica udienza del 22 maggio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore delle pulizie (che era risultata aggiudicataria

nell'ambito di una procedura negoziata indetta dall'Autorità portuale di Brindisi per l'affidamento di servizi di pulizie) avverso la sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla terza classificata e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti della procedura, a partire dal bando.

2. Il ricorso è fondato.

2.1. Il Collegio ritiene che si possa prescindere dall'esame del primo motivo di appello (con il quale si è affermato che il requisito relativo all'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali di cui al comma 5 dell'articolo 212 del decreto legislativo 152 del 2006 non fosse necessario in relazione alle peculiarità dell'oggetto della procedura per cui è causa, nel cui ambito le attività qualificabili come di 'gestione' di rifiuti assumerebbero un rilievo di fatto marginale) essendo comunque fondato il secondo motivo di gravame.

Con tale motivo di appello, la società Nubile s.r.l. ha stigmatizzato l'omissione in cui è incorso il Tribunale, il quale ha mancato di considerare che essa fosse in possesso dell'iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali sia alla data di scadenza del termine per l'invio della domanda di partecipazione, sia alla scadenza del termine per l'invio dell'offerta tecnica.

2.2. Il motivo in questione è fondato, in quanto:

- anche ad ammettere che, ai fini della gara in questione, fosse necessario il possesso di un determinato requisito (l'iscrizione allo speciale Albo di cui al comma 5 dell'articolo 212 del d.lgs. 152 del 2006), non può ritenersi che la mancata previsione del possesso di tale requisito in sede di *lex specialis* di gara comportasse *ex se* (e in modo del tutto automatico) l'illegittimità degli atti inditivi della procedura, nonché – per così dire: 'a valle' – di tutti gli atti di gara, sino all'aggiudicazione;

- l'automatismo di una siffatta conseguenza deve, infatti, essere escluso in tutti i casi in cui (come nel caso di specie) risulti che il concorrente risultato vittorioso fosse *comunque* in possesso di quel requisito. Opinando in senso

diverso si determinerebbe una evidente violazione del principio di economicità che necessariamente deve presiedere alla gestione delle pubbliche gare;

- nel caso in esame l'imposizione di un siffatto requisito avrebbe avuto l'effetto di tutelare l'interesse pubblico a che le società incaricate di svolgere attività di gestione di rifiuti siano in possesso dei requisiti tecnici e professionali per svolgere tale attività nel modo più adeguato. Tuttavia, riguardando alla questione secondo un'ottica di tipo *sostanziale*, l'interesse in questione risulta nel caso in esame pienamente soddisfatto, risultando che (per quanto fra breve si dirà) la gara è stata comunque aggiudicata a un soggetto il quale aveva dimostrato il possesso di tale requisito;

- in base alla *lex specialis* di gara, il termine per l'invio della domanda di partecipazione era fissato al 21 novembre 2008, mentre il termine per l'integrazione dell'offerta tecnica era fissato al 18 dicembre 2008. Pertanto, queste erano le date rilevanti al fine della verifica circa il possesso del requisito di cui sopra;

- il certificato prodotto in atti dalla società Nubile (e di cui il Tribunale ha ritenuto la tardività) disponeva la revisione dell'iscrizione all'Albo (per la Categoria 1 – Classe B) sino al 16 aprile 2014 (a fronte di un'istanza di rinnovo formulata in data 31 ottobre 2008). Risulta, tuttavia, in atti che il precedente certificato avesse validità fino a tutto il 24 febbraio 2009. Conseguentemente, deve ritenersi provato che la società appellante fosse in possesso del prescritto requisito sia alla data di scadenza del termine per l'invio della domanda di partecipazione, sia alla scadenza del termine per l'invio dell'offerta tecnica.

2.3. La fondatezza del secondo motivo di ricorso risulta di per sé sufficiente a determinare l'accoglimento dell'appello, in tal modo esimando il Collegio dall'esame del terzo e del quarto motivo di appello, con i quali si è – ancora una volta – sottolineato il carattere marginale nell'economia

dell'appalto in questione delle attività di raccolta e trasporto dei rifiuti e quindi – in via mediata – la non necessità dell'iscrizione allo speciale Albo di cui all'articolo 212, cit.

3. In base a quanto esposto il ricorso in epigrafe deve essere accolto e di conseguenza, in riforma della sentenza impugnata, deve essere disposta la reiezione del primo ricorso.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti per il doppio grado di giudizio (e quindi, anche nei confronti dell'Autorità portuale, che è stata condannata alla rifusione delle spese con la sentenza in epigrafe).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, dispone la reiezione del primo ricorso.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2012

IL SEGRETARIO

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