

N. 05900/2012REG.PROV.COLL.
N. 02746/2012 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 in appello numero di registro generale 2746 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Avvenire s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaello Giuseppe Orofino ed Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

Teknoservice s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Gili e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Saverio Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

nei confronti di

Comune di Monteiasi in persona del Sindaco in carica, non costituito in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, Sezione III, n. 00559/2012, resa tra le parti, concernente esclusione

dalla gara per affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Teknoservice s.r.l.;

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 16 ottobre 2012 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Gili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, rubricato al n. 1747/11, Teknoservice s.r.l. impugnava:

- il verbale in data 15 ottobre 2011, n. 8, con cui la Commissione di gara aveva disposto l'esclusione di Teknoservice dalla procedura di gara indetta dal Comune di Monteiasi per l'affidamento del "servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati agli urbani con relative raccolte differenziate - trattamento rifiuti cimiteriali - spazzamento stradale meccanizzato - altri servizi accessori" e la relativa comunicazione di cui alla nota del Comune 17 ottobre 2011 prot. n. 8087;

- il verbale 26 ottobre 2011 con cui la Commissione di gara ha confermato l'esclusione di Teknoservice dalla gara e la relativa comunicazione di cui alla nota del Comune 27 ottobre 2011 prot. n. 8413;

- il verbale 7 novembre 2011 con cui la Commissione di gara ha dichiarato l'aggiudicazione provvisoria a favore di Avvenire;

- la determinazione 8 novembre 2011, n. 535, con cui l'Amministrazione ha approvato i verbali di gara e l'operato della Commissione e le decisioni cui è

pervenuta in merito all'esclusione di Teknoservice e all'aggiudicazione della gara in favore di Avvenire, nonché la relativa comunicazione di cui alla nota del Comune 8 novembre 2011 prot. n. 8751;

- ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto e consequenziale, ivi inclusi tutti i verbali di gara allo stato non conosciuti.

La ricorrente chiedeva inoltre la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Monteiasi e Avvenire, nonché dell'obbligo dell'Amministrazione di riammettere Teknoservice alla gara e di rinnovare parzialmente la procedura di gara e la condanna dell'Amministrazione stessa a risarcire i danni causati alla ricorrente.

Lamentava:

- violazione della lex specialis, violazione del sistema di qualificazione e dei principi di concorrenza, trasparenza e favor participationis, violazione dell'art. 46, comma 1 bis D.lgs 163/2006, eccesso di potere;

- violazione della L. 82/1994 e del DM 274/1997, eccesso di potere;

- violazione della lex specialis, delle norme in materia di subappalto e in particolare dell'art. 118, comma 2 D.lgs 163/2006 e 170, comma 3 DPR 207/2010, violazione dell'art. 41 Cost, violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e favor participationis, violazione art. 1 L. 241/1990, eccesso di potere;

- violazione della lex specialis e dell'art. 38 D.lgs 163/2006, violazione dell'art. 46 D.lgs 163/2006, eccesso di potere.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento degli atti impugnati, formulando inoltre le altre conseguenti domande, sopra riportate.

L'aggiudicataria proponeva ricorso incidentale, poi integrato da motivi aggiunti.

Con la sentenza in epigrafe, n. 559 in data 28 marzo 2012, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva il ricorso principale, per l'effetto annullando i provvedimenti

impugnati.

2. Avverso la predetta sentenza Avvenire s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 2746/12, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio Teknoservice s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello. Con successivo atto l'appellante propone motivi aggiunti all'appello ai sensi degli artt. 104, terzo comma, e 42 c.p.a.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 16 ottobre 2012.

Su richiesta delle parti è stato pubblicato il dispositivo (n. 5362 in data 18 ottobre 2012: accoglie).

3. L'odierna appellata è stata esclusa dalla gara d'appalto di cui in narrativa in quanto non iscritta all'albo delle imprese di pulizia, requisito ritenuto indispensabile per lo svolgimento di una parte, seppure limitata quantitativamente, dei servizi richiesti dalla stazione appaltante.

La legge della gara non richiedeva espressamente il possesso del requisito; la stazione appaltante ha peraltro ritenuto che questo sia "eterointegrata" dalle disposizioni della legge 25 gennaio 1994, n. 82, e relative disposizioni di attuazione, ed in particolare dall'art. 6, ultimo comma, a norma del quale "i contratti stipulati con imprese di pulizia non iscritte o cancellate dal registro delle ditte o dall'albo provinciale delle imprese artigiane, o la cui iscrizione sia stata sospesa, sono nulli".

Il primo giudice non ha condiviso tale impostazione affermando che se il requisito non è contemplato dalla normativa di gara l'aggiudicataria è legittimata a dotarsene prima della stipula del contratto.

L'appellante contesta la tesi seguita dal primo giudice, affermando che il requisito è indispensabile per eseguire il contratto, per cui deve essere posseduto all'atto della presentazione della relativa domanda.

Il Collegio condivide la tesi dell'appellante.

Invero, come appena sottolineato, l'art. 6, ultimo comma, della legge 25 gennaio 1994, n. 82, commina la nullità dei contratti stipulati con imprese non iscritte o cancellate dal registro delle ditte o dall'albo provinciale delle imprese artigiane o con iscrizione sospesa.

E' evidente che il procedimento preordinato all'affidamento – in questo caso – di un servizio non può essere esposto al rischio della conclusione di un contratto nullo, per cui è aperto esclusivamente a quanti siano legittimati alla stipula.

Giova inoltre sottolineare che l'iscrizione nel registro delle ditte è fatto futuro ed incerto, e può essere negata per mancanza dei requisiti professionali e morali di cui agli articoli 1 e 2 della richiamata legge n. 82, per cui il concorrente inizialmente privo del requisito può non riuscire a conseguirlo in un secondo momento.

La tesi del primo giudice potrebbe essere condivisa qualora si discutesse della necessità di dimostrare in sede di qualificazione un requisito non richiesto dal bando ma di cui il concorrente sia di fatto in possesso, ma la relativa discussione è, in questa sede, superflua in quanto l'appellata non disponeva del requisito al momento della partecipazione alla procedura.

L'appellata ritiene tale problematica superabile avendo dichiarato l'intenzione di affidare i servizi di pulizia in subappalto ad impresa iscritta nel relativo registro.

L'appellante obietta che in questo caso, nel quale il subappalto consente di supplire alla mancanza di un requisito di partecipazione, il nominativo del subappaltatore doveva essere indicato già al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

L'appellata affida invece la propria tesi al tradizionale insegnamento giurisprudenziale secondo il quale all'atto della presentazione della domanda di partecipazione occorre solo manifestare la volontà di utilizzare

il subappalto, mentre il subappaltatore può essere indicato dopo l'aggiudicazione, e la sua eventuale inidoneità comporta, quale unica conseguenza, la perdita del diritto al subappalto, dovendo anche la relativa prestazione essere svolta dall'aggiudicatario.

Anche sotto tale profilo il Collegio condivide la tesi dell'appellante.

Invero, l'orientamento giurisprudenziale prevalente afferma giustappunto che *“la previsione di cui all'art. 118, secondo comma, del codice degli appalti debba essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione”* (da ultimo C. di S., VI, 2 maggio 2012, n. 2508; nello stesso senso V, 20 giugno 2011, n. 3698; implicitamente, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; IV, 12 giugno 2009, n. 3696, che escludono conseguenze a carico dell'appaltatore il quale non identifichi il subappaltatore nel caso in cui egli sia autonomamente legittimato a svolgere le prestazioni richieste).

Il ragionamento opposto a quello appena riassunto si fonda sul principio di tipicità delle cause di esclusione dai pubblici appalti, che escluderebbe la possibilità di impedire la partecipazione ad una gara sulla base di un presupposto non esplicitamente disciplinato dal bando.

La tesi, seguita dal primo giudice, non può essere condivisa.

Osserva in primo luogo il Collegio come la normativa di gara debba sempre essere integrata dalle norme di legge direttamente applicabili anche

se non espressamente richiamate(C. di S., V, 13 maggio 2011, n. 2890; C.G.A., Sezione giurisdizionale, 29 luglio 2005, n. 487).

Giova soggiungere anche come le gare d'appalto siano aperte a soggetti professionali, che quindi non possono addurre quale scusante l'ignoranza di disposizioni che regolano la loro attività quotidiana.

A voler seguire il ragionamento del primo giudice sarebbe legittimato a partecipare all'appalto un possesso privo degli indispensabili titoli di legittimazione allo svolgimento delle relative prestazioni.

A tale imprenditore, nella logica del primo giudice, sarebbe consentito dimostrare la propria qualificazione in un momento successivo a quello in cui tale obbligo sorge per gli altri partecipanti, ai quali non è poi accordata alcuna possibilità di sanatoria.

Inoltre, nel caso che ora occupa al concorrente in questione sarebbe consentito non semplicemente di dimostrare in un secondo momento il possesso, attuale, del requisito, ma proprio di dotarsene successivamente, a qualificazione avvenuta.

Afferma, in conclusione, il Collegio che la disciplina, come ricostruita dal primo giudice, pone un evidente problema di "*par condicio*", ed ulteriormente afferma, sulla base delle considerazioni svolte, che qualora la prestazione, oggetto dell'appalto, presupponga il possesso di una determinata qualificazione, imposta dalla legge, la relativa dimostrazione debba essere fornita dai partecipanti anche se non richiesta dal bando di gara, debba essere acquisita entro il termine per partecipare al procedimento e la sua mancanza può essere superata avvalendosi del subappalto ma, in tal caso, la domanda di partecipazione deve indicare espressamente il subappaltatore.

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, respinto il ricorso di primo grado; restano assorbiti gli ulteriori profili.

In ragione della complessità della causa le spese devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari di entrambi i gradi del giudizio fra le parti costituite.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2012

IL SEGRETARIO

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