

N. 00965/2013REG.PROV.COLL.
N. 03127/2012 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 numero di registro generale 3127 del 2012, proposto da:

Aimeri Ambiente S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con Sorain Cecchini Tecno S.r.l. e da quest'ultima in proprio e nella qualità di mandante del suddetto raggruppamento, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Avilio Presutti, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate in Roma, piazza S. Salvatore in Lauro, 10;

contro

Regione Valle D'Aosta, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia, 79/A;

nei confronti di

Noy Ambiente S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento con Rea Dalmine S.p.A., Valeco S.p.A., Gea S.r.l., Cogeis S.p.A., Ivies S.p.A., tutte rappresentate e difese dagli avvocati Riccardo Montanaro, Cristiana Romano e Guido Francesco Romanelli, con domicilio

eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA n. 00034/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione rifiuti urbani della Valle d'Aosta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta e di Noy Ambiente S.r.l. e delle associate nelle qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Presutti, l'avv. Lubrano, per delega dell'avv. Saracco, e l'avv. Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il costituendo raggruppamento tra Aimeri Ambiente s.r.l. (d'ora innanzi Aimeri) e Sorain Cecchini Tecno s.r.l. (d'ora innanzi S.C.T.), veniva escluso dalla procedura aperta indetta dalla Regione Valle d'Aosta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, per non aver dimostrato il possesso dei requisiti relativi al fatturato globale e al capitale sociale nella misura prevista dal bando di gara, nonché lo svolgimento negli ultimi cinque anni di una pluralità di servizi affini.

L'esclusione veniva impugnata con ricorso al TAR Valle d'Aosta, integrato da motivi aggiunti, per i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 95 e 98 del d.p.r. n. 554; violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per manifesta

illogicità e irrazionalità;

2) violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 47 e 48 della direttiva UE 18/2004; violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 1395 cod. civ.; violazione dell'art. 2 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento;

3) violazione dell'art. 4, comma 33 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138 perché illegittimamente non sarebbe stato escluso dalla gara il raggruppamento Noy Ambiente s.r.l., la cui associata "Valeco s.p.a." sarebbe partecipata dalla Regione Valle d'Aosta e sarebbe affidataria diretta di servizi.

2.- Il TAR Valle d'Aosta, con sentenza n. 34 del 2012, respingeva in parte e dichiarava per il resto inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

3.- Aimeri e S.C.T., nelle qualità in atti, hanno proposto appello avverso la suddetta sentenza, di cui chiedono l'annullamento o la riforma perché erronea alla stregua dei seguenti motivi:

erronea equiparazione, ai fini della verifica dei requisiti di ammissione, tra r.t.i. verticale ed r.t.i. orizzontale; erronea interpretazione delle regole di gara; violazione delle corrispondenti disposizioni di rango comunitario; violazione dei principi di logicità, proporzionalità e congruenza; violazione dell'art. 4, comma 33 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, con riguardo all'omessa esclusione dalla gara del raggruppamento Noy Ambiente.

Si sono costituite in giudizio Noy Ambiente e le società del raggruppamento per resistere all'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 20 novembre 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato e va respinto.

1.- Oggetto della controversia è l'esclusione disposta dalla commissione di

gara per carenza di alcuni requisiti richiesti dalla *lex* di gara del raggruppamento con mandataria Aimeri.

2.- La gara di cui trattasi ha ad oggetto la concessione ventennale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, comprensiva della progettazione e realizzazione di un impianto di trattamento e smaltimento dei rifiuti urbani e dello svolgimento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani prodotti nel territorio regionale, per un importo a base d'asta di euro 225.000.000,00.

Il disciplinare di gara richiedeva all'art. 7, per la partecipazione alla gara, tra gli altri e per quanto di interesse, il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. 98 del d.p.r. n. 554 del 1999, precisamente: a) fatturato globale maturato nel quinquennio, pari ad euro 22.500.000; b) capitale sociale pari ad euro 11.250.000; c) esecuzione di servizi affini per un importo pari ad euro 11.250.000; d) esecuzione di un servizio affine (c.d. servizio di punta) di importo pari ad euro 4.500.000,00; e) realizzazione e gestione per almeno due anni continuativi di un impianto di trattamento dei rifiuti di pirolisi e gassificazione almeno pari a 50.000 t/a; f) gestione per almeno 10 anni di impianti di trattamento e/o smaltimento rifiuti urbani riferiti ad un bacino di utenza con una produzione annua complessiva di rifiuti pari ad almeno 100.000 t/a.

Con riferimento ai lavori, la qualificazione SOA nella categoria prevalente OS14 e in una serie di categorie scorporabili e subappaltabili; fatturato in lavori, nel quinquennio antecedente alla gara, pari a tre volte l'importo a base d'asta, ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.p.r. n. 34 del 2000.

L'art. 7 del disciplinare stabiliva altresì che *“qualora il candidato alla concessione sia un raggruppamento, i requisiti di cui alle lettere a) e b) (fatturato globale e capitale sociale) debbono essere posseduti dalla capogruppo, mandanti e consorziate con le modalità di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 554 del 1999 e s.m.”*.

3.- Alla procedura di gara partecipavano due raggruppamenti di imprese,

l'uno con capogruppo Noy Ambiente, l'altro con capogruppo Aimeri Ambiente.

Al raggruppamento Aimeri, la Commissione di gara contestava la carenza dei requisiti del fatturato globale e del capitale sociale (lettere a e b dell'art. 7), rilevando che a norma del disciplinare di gara, in caso di raggruppamento, il candidato deve possedere i predetti requisiti nella misura prevista dall'art. 95 del d.p.r. 554/99 e s.m., aggiungendo che il richiamo dell'art. 95 starebbe a significare che i due requisiti (fatturato globale e capitale sociale) debbono sempre essere dimostrati con le modalità di cui alle a.t.i. di tipo orizzontale, nonché dei requisiti di cui alle lettere c) e d) (importo servizi affini e servizio c.d. di punta), in quanto il raggruppamento non avrebbe dimostrato di aver svolto negli ultimi cinque anni una pluralità di servizi affini a quello previsto dall'intervento, ma un unico servizio, seppure di importo idoneo.

4.- Il TAR respingeva il ricorso di Aimeri condividendo le ragioni di esclusione della commissione di gara.

5.- Con il primo motivo di appello, il raggruppamento Aimeri assume l'erroneità della sentenza del TAR, perché non avrebbe adeguatamente considerato che il raggruppamento era di tipo strettamente verticale e i requisiti di ammissione non potevano essere valutati alla stregua di un raggruppamento di tipo orizzontale, aderendo acriticamente alla posizione della commissione di gara.

Assume che il raggruppamento per la dimostrazione dei requisiti aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento.

In particolare, Aimeri si sarebbe avvalsa della GESENU s.p.a. per la dimostrazione dei requisiti relativi al fatturato complessivo dei servizi affini svolti negli ultimi 5 anni; la mandante SCT si sarebbe avvalsa di SECIT per la dimostrazione della qualificazione SOA e di JFE Engineering Corporation per la dimostrazione del requisito relativo al fatturato in lavori

di importo almeno pari a tre volte l'importo a base d'asta.

Sostiene che le imprese del raggruppamento, avendo ripartito al loro interno i requisiti in maniera rigorosamente verticale (alla mandante SCT è attribuita la prestazione dei lavori oggetto dell'affidamento); alla mandataria Aimeri le altre prestazioni, non sarebbero tenute al possesso dei requisiti alla stregua dei raggruppamenti di tipo orizzontale.

I requisiti di capitale sociale e di fatturato medio, quindi, sarebbero stati dimostrati dalla sola mandataria Aimeri, che li possedeva in sovrabbondanza e che avrebbe svolto tali prestazioni. La mandante non era tenuta alla dimostrazione del possesso di tali requisiti, intendendo eseguire solo i lavori.

5.1- La censura, seppure non priva di profili di ragionevolezza, si pone tuttavia in contrasto con la disciplina di gara e con quella generale di cui al d.p.r. n. 554 del 1999.

L'art. 7 del disciplinare di gara stabilisce, infatti, l'obbligo del possesso dei requisiti in questione per tutte le società del raggruppamento (*“qualora il candidato alla concessione sia un raggruppamento, i requisiti di cui alle lettere a) e b) (fatturato globale e capitale sociale) debbono essere posseduti dalla capogruppo, mandanti e consorziate con le modalità di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 554 del 1999 e s.m.”*) e tale prescrizione che non distingue tra raggruppamenti di tipo orizzontale o verticale, non risulta sia stata impugnata.

La prescrizione, peraltro, è conforme alla disposizione dell'art. 98 del d.p.r. n. 554 del 1999 che configura i requisiti economico – finanziari e tecnico organizzativi come ulteriori rispetto alla SOA e impone, per il caso di raggruppamento o di consorzio che i requisiti di cui alle lettere a) e b) debbano essere posseduti da tutte le imprese raggruppate o consorziate, nella misura prevista dall'art. 95.

Tali requisiti sono, per l'appunto, il fatturato medio e il capitale sociale e ciò a prescindere dall'ulteriore e diversa qualificazione stabilita per l'esecuzione

dei lavori.

Tale disciplina, peraltro, è stata riprodotta dal d.p.r. n. 207 del 2010 che costituisce il nuovo regolamento di attuazione del d. lgs. n. 163 del 2006, entrato in vigore l'8 giugno 2011, che all'art. 95, comma 4, reitera la disposizione del precedente regolamento e stabilisce che *“qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1 devono essere posseduti complessivamente, fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento posseda una percentuale non inferiore al dieci per cento dei requisiti di cui al comma 1, lettere a) e b)”*.

La circostanza che i requisiti di cui all'art. 98, comma 1, lett. a) e b) vengano richiesti anche in eventuale sostituzione delle lettere c) e d) della stessa norma (servizi affini e servizi di punta), non significa, per ciò solo, che il fatturato medio e il capitale sociale costituiscano requisiti inerenti i soli servizi.

Invero l'indicazione contenuta nell'art. 98 circa i limiti dei requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi (lettere a, b, c, d) che le imprese devono possedere per partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori, deve essere considerata il frutto di una valutazione complessiva, nel senso che tali limiti rappresentano il giusto temperamento della rilevanza dei singoli requisiti, assicurando, secondo la ragionevole previsione del legislatore, l'effettiva affidabilità dei concorrenti nella realizzazione dell'intervento oggetto della gara e di conseguenza l'interesse pubblico concreto sotteso a quest'ultima.

Ne consegue che il possesso dei requisiti in capo a tutti i componenti il raggruppamento prescinde dalla tipologia della prestazione prodotta.

Aimeri Ambiente essendosi presentata in forma di raggruppamento, avrebbe dovuto possedere i requisiti di cui alle lettere a) e b) in misura maggioritaria (65%) e SCT nella misura del 35%.

SCT ne era sprovvista, sicché a nulla rileva che Aimeri possedesse tali requisiti in sovrabbondanza.

La censura va, in conseguenza, respinta perché infondata.

6.- Con il secondo articolato motivo di appello, il raggruppamento ricorrente assume l'illegittimità del provvedimento di esclusione atteso il possesso, anche in capo alla mandante SCT, dei requisiti di partecipazione relativi al fatturato medio quinquennale e al capitale sociale.

La tesi dell'appellante non può essere condivisa, atteso che la mandante SCT non ha prodotto i bilanci degli ultimi cinque anni, e pertanto non ha dimostrato il fatturato quinquennale richiesto. Inoltre SCT ha un capitale sociale del tutto insufficiente, e tale importo non potrebbe essere incrementato dal patrimonio netto, in quanto, il disciplinare di gara richiedeva espressamente quale requisito di partecipazione il capitale sociale, che è nozione economica e contabile ben diversa dal patrimonio netto.

Peraltro, l'incremento del capitale sociale di SCT con il patrimonio netto non è stato evidenziato in gara e, comunque, non sarebbe stato ammissibile, perché in contrasto con quanto previsto dal disciplinare e non superabile in base al principio della *par condicio*.

6.1- Assume ancora l'appellante che SCT avrebbe i requisiti avendo fatto ricorso all'avvalimento "implicito all'interno dell'associazione temporanea di imprese", così giovandosi dei requisiti della sua mandataria Aimeri Ambiente.

Anche questa prospettazione non può essere condivisa.

L'ammissibilità in via di principio dell'avvalimento interno non implica anche avvalimento implicito, nel senso che il ricorso all'avvalimento possa avvenire prescindendo dalle formalità previste dalla disciplina in materia (art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006).

E' incontestato che SCT non ha dichiarato di volersi avvalere dei requisiti

di Aimeri Ambiente, né è intercorso tra l'ausiliata e l'ausiliaria alcun accordo in tal senso.

Poiché l'avvalimento integra una mera facoltà, l'impresa che ha interesse ad avvalersi dell'istituto deve far constare con la necessaria chiarezza, all'atto di partecipazione alla singola gara, tale volontà con indicazione del soggetto sulla cui capacità intende fare affidamento, come pure specificando i requisiti che di siffatto affidamento formeranno oggetto e, soprattutto, dovrà rendere di tutto ciò necessariamente edotta l'amministrazione interessata al singolo appalto (Cons. Stato, V, 19 settembre 2011, n. 5279; III, 16 novembre 2011, n. 6048).

In definitiva, come rilevato dal TAR, evidenti ragioni di certezza non consentono che l'istituto dell'avvalimento possa operare in mancanza di dichiarazione esplicita dell'ausiliata e dell'ausiliaria, non essendo possibile un avvalimento implicito o postumo.

6.2- Assume l'appellante che l'avvalimento nel caso sarebbe desumibile dal contratto di costituzione del raggruppamento.

Invero, seppure è ammissibile in via di principio che un contratto contenga una pluralità di negoziazioni, qualora siano presenti gli elementi essenziali che contraddistinguono ciascun negozio, sta di fatto, che nel caso non risulta sia stato ancora sottoscritto il contratto di costituzione del raggruppamento, trattandosi di raggruppamento costituendo e, comunque, non risulta provata l'esistenza di siffatta negoziazione.

Comunque, il contratto di avvalimento, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, essendo un accordo pattizio, assume rilievo nei confronti della stazione appaltante, ove l'ausiliata e l'ausiliaria rendano apposita e precisa dichiarazione di volersi avvalere dell'avvalimento e, quindi, l'una dei requisiti posseduti da altro soggetto, anche facente parte del medesimo raggruppamento e quest'ultimo soggetto dichiararsi di mettere a disposizione dell'ausiliata detti requisiti (Cons. Stato, sezione VI, 29 dicembre 2010, n.

9577).

Anche questo motivo di appello è, dunque, infondato.

7.- Con il terzo motivo d'appello, il raggruppamento Aimeri assume l'erroneità della sentenza del TAR anche in relazione all'ulteriore motivo di esclusione contestato dalla Commissione di gara, in ordine alla necessità di dimostrare il possesso dei servizi affini a quello oggetto di gara attraverso una pluralità di servizi, e non di un solo servizio che raggiunga l'importo medio richiesto dal disciplinare di gara (11.250.000,00).

La questione non è determinante, risultando la carenza da parte del raggruppamento Aimeri dei requisiti di fatturato globale e capitale sociale, cui consegue la legittimità dell'esclusione dalla gara.

Comunque, al di là della questione di principio se un unico servizio di importo pari o superiore a euro 11.250.000,00 sia equivalente alla pluralità di servizi, ai fini della dimostrazione del requisito di professionalità, sta di fatto che la locuzione del disciplinare di gara che richiede *“lo svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento (5%) dell'investimento previsto per l'intervento.”* sembra far propendere per la necessità di una pluralità di servizi, non surrogabile con un unico servizio di pari importo.

Tale interpretazione appare in linea con la *ratio* della prescrizione che richiede una professionalità multi variegata, in relazione alla complessità dell'oggetto della concessione di cui trattasi.

8.- L'accertata legittimità della disposta esclusione del raggruppamento Aimeri dalla gara comporta la inammissibilità delle ulteriori censure, dedotte con il quarto motivo di appello, relative all'ammissione alla gara del raggruppamento Noy Ambiente, asseritamente illegittima sotto diversi profili.

L'impresa concorrente, che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, non ha legittimazione né interesse a contestare l'ammissione di altra

concorrente, posto che non è titolare di una posizione maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che non abbia partecipato alla gara (Cons. Stato, ad plen. 7 aprile 2011, n. 4; sez. VI, 21 settembre 2011, n. 5308; IV, 16 novembre 2011, n. 6053; sez. V, 28 novembre 2011, n. 6394).

Peraltro, l'esclusione del raggruppamento Aimeri è stato disposto per palese mancanza dei requisiti di partecipazione prescritti dal bando di gara che non è stato contestato; in tale situazione, l'annullamento degli atti della procedura non permetterebbe alla ricorrente di ottenere alcuna utilità, per quanto, strumentale, dalla pronuncia. Infatti, anche nel caso di riedizione della gara, il raggruppamento ricorrente non potrebbe partecipare, perché privo dei requisiti di partecipazione.

8.1- Comunque, quanto alla partecipazione societaria della Regione Valle d'Aosta nella società Valeco s.p.a., essa è stata stabilita sin dall'origine come minoritaria, nella misura del 20% del capitale sociale, come disposto con la legge regionale istitutiva della società (l. regionale 10 agosto 1987, n. 63), né la Regione Valle d'Aosta possiede azioni privilegiate o esercita poteri speciali che possano configurare una *golden share*.

In ogni caso la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento.

8.2- Quanto alla omessa produzione da parte del raggruppamento Noy Ambiente della documentazione attestante l'avvalimento del requisito posseduto dalla Paul Wurth Italia s.p.a., il contratto di licenza commerciale intercorrente tra la Paul Wurth s.p.a. e la società giapponese Nippon Steel Engineering CO.LTD non esaurisce la documentazione richiesta dall'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006. Noy Ambiente ha presentato, infatti, in sede di offerta un apposito contratto di avvalimento intercorrente tra la Paul Wurth Italia s.p.a. e tutti i soggetti componenti il raggruppamento.

8.3- Quanto all'assunto che la società Valeco s.p.a. sarebbe titolare di affidamenti diretti, con conseguente illegittimità della sua partecipazione alla gara che travolgerebbe l'intero raggruppamento, fermo che "l'escluso definitivo" non può proporre altre censure su altrui posizioni; che la riproposizione del motivo con mero richiamo alla censura dedotta in primo grado ne comporta di per sé l'inammissibilità in quanto non consente la difesa al controinteressato, in disparte la questione sull'applicabilità al caso di specie dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, intervenuto nel corso dell'espletamento della gara, in ogni caso, la disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 199 del 2012.

Per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

In considerazione della complessità e novità delle questioni trattate, le spese di giudizio vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2013

IL SEGRETARIO

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