

N. 06122/2013REG.PROV.COLL.
N. 08968/2012 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 8968 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sieco s.p.a. in persona del legale rappresentante in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda associazione temporanea di imprese con Consorzio GEMA, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonia De Angelis in Roma, via Portuense n. 104;

contro

Comune di Bisceglie in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Ingravalle, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

nei confronti di

Camassambiente s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvio Dodaro, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

Intini Source s.p.a. in persona del legale rappresentante, non costituita in

questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, n. 00070/2013 e del dispositivo di sentenza dello stesso Tribunale amministrativo n. 02082/2012, resi tra le parti, concernenti affidamento servizio igiene urbana - risarcimento danni

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bisceglie e di Camassambiente s.p.a.;

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 15 ottobre 2013 il consigliere di Stato Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Vito Aurelio Pappalepore, Massimo Ingravalle e Silvio Dodaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 632/12, Sieco s.p.a., in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea con Consorzio Gema, impugnava la determinazione dirigenziale n. 278 in data 23 marzo 2012 con la quale il Comune di Bisceglie aveva disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento settennale del servizio di igiene urbana in favore della Camassambiente s.p.a., quale cessionaria del ramo d'azienda della Intini Source s.p.a.; con motivi aggiunti estendeva l'impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 506 del 7 giugno 2012, recante la conferma dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento settennale del servizio di igiene urbana in favore della Camassambiente

s.p.a., quale cessionaria del ramo d'azienda della Intini Source s.p.a.;
impugnava inoltre, quali atti presupposti, i verbali di gara e tutti gli atti della procedura.

La ricorrente deduceva le censure, così riassunte nella sentenza di primo grado:

1) violazione degli artt. 38 e 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del bando di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il Comune avrebbe omesso di verificare la sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo alla Intini Source s.p.a. (prima classificata ed aggiudicataria provvisoria) ed alla Camassambiente s.p.a. (cessionaria d'azienda ed aggiudicataria definitiva); avrebbe omesso di rilevare l'incompletezza delle dichiarazioni rese dagli amministratori della Camassambiente s.p.a. ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici; avrebbe omesso di verificare se il contratto stipulato tra Intini Source s.p.a. e Camassambiente s.p.a. con atto notarile rep. 26549 del 22 novembre 2011 fosse qualificabile come effettiva cessione del ramo d'azienda;

2) violazione del bando di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la Intini Source s.p.a. non avrebbe inserito nella busta "B – offerta economica" l'elencazione dei prezzi unitari di riferimento di cui all'allegato D del capitolato speciale d'appalto, contravvenendo a quanto disposto a pena d'esclusione a pag. 9 del disciplinare di gara;

3) violazione del bando di gara, violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: sia la Intini Source s.p.a. che la Camassambiente s.p.a. avrebbero omesso di sottoscrivere il capitolato speciale d'appalto in ogni pagina, contravvenendo a quanto disposto a pena d'esclusione a pag. 7 del disciplinare di gara; inoltre, la Intini Source s.p.a. non avrebbe specificato nella propria offerta i costi interni della sicurezza;

4) violazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, violazione dell'art. 9

della legge n. 183 del 2011, violazione delle norme di cui al d.lgs. n. 152 del 2006 in materia di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la Camassambiente s.p.a. sarebbe affidataria diretta del servizio di igiene urbana presso lo stesso Comune di Bisceglie, sulla base di provvedimenti adottati nell'anno 2012 e senza possedere le necessarie iscrizioni all'Albo, ed in tale situazione non avrebbe potuto concorrere all'aggiudicazione del servizio;

5) violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la commissione di gara non avrebbe dato atto delle cautele adottate per la custodia dei plichi contenenti le offerte.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati ed il risarcimento dei danni subiti, in forma specifica o per equivalente.

Casamassambiente s.p.a. proponeva ricorso incidentale.

Con dispositivo n. 2082 in data 6 dicembre 2012, cui faceva seguito la sentenza n. 70 in data 22 gennaio 2013 il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione I, in parte dichiarava irricevibili, in parte dichiarava inammissibili ed in parte respingeva il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

2. Avverso il predetto dispositivo di sentenza Sieco s.p.a., in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea con Consorzio Gema, propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 8968/12, al quale hanno fatto seguito i motivi aggiunti, notificati dopo il deposito della sentenza, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito il Comune di Bisceglie chiedendo il rigetto dell'appello.

Anche Casamassambiente s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, prima con memoria poi con appello incidentale notificato, i motivi del ricorso incidentale dichiarato

improcedibile dal primo giudice.

Le parti hanno successivamente scambiato memorie e note d'udienza.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 15 ottobre 2013.

3. L'appello è fondato nella parte in cui lamenta la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria finale nonostante questa abbia tardivamente dimostrato ed anzi tardivamente conseguito un titolo necessario per la partecipazione, costituito dall'iscrizione nell'albo nazionale dei gestori ambientali per le categorie e classi richieste dal bando.

Deve essere premesso che, come adeguatamente riassunto nella sentenza di primo grado, l'odierna appellata è stata dichiarata aggiudicataria in sostituzione di altra impresa, che in un primo momento aveva ottenuto l'aggiudicazione, avendo acquistato da quest'ultima il relativo ramo d'azienda.

E' pacifico che l'aggiudicataria subentrante al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte non fosse in possesso della suddetta iscrizione.

Il titolo non è stato acquisito nemmeno nel periodo fra la scadenza del suddetto termine e la stipula del contratto di cessione di ramo d'azienda (avvenuta il 22 novembre 2011).

In data 16 marzo 2012 la cedente, originaria aggiudicataria, comunicava alla stazione appaltante la cessione del ramo d'azienda.

In data 23 marzo 2013 la stazione appaltante disponeva l'aggiudicazione in favore della subentrante.

Solo in data 11 aprile 2012 la Sezione regionale della Puglia dell'albo nazionale gestori ambientali deliberava l'iscrizione dell'appellata nel medesimo albo (l'atto conclusivo del procedimento, a firma del Presidente della Sezione, reca peraltro la data del 17 maggio 2012).

In data 7 giugno 2012 l'aggiudicazione veniva confermata, con il secondo

provvedimento impugnato.

Afferma il Collegio che la sequenza procedimentale sopra descritta impone di considerare illegittima l'aggiudicazione all'odierna appellata.

Invero, corrisponde a principio pacifico, sul quale non è necessario spendere ulteriori approfondimenti, la necessità, per i partecipanti a qualsiasi procedimento mediante il quale l'Amministrazione decide a chi attribuire un determinato bene della vita, sia esso un contributo, una posizione lavorativa ovvero, come nel caso che ora occupa, un contratto d'appalto, di possedere i requisiti di partecipazione alla data in cui scade il termine per la presentazione delle relative domande.

Nel caso di specie l'Amministrazione ha aggiudicato il contratto ad un soggetto che a quella data certamente non era in possesso del fondamentale requisito di partecipazione costituito dall'iscrizione all'albo.

Inoltre, l'appellata non possedeva il medesimo requisito quando la sua dante causa ha iniziato il procedimento per il subentro.

Addirittura, il suddetto requisito è stato acquisito in data successiva al primo atto di aggiudicazione.

Deve quindi essere osservato che la suddetta regola, secondo la quale i requisiti di partecipazione alla procedura devono essere posseduti ad una data prestabilita, salvaguarda la parità di condizione dei concorrenti, che devono essere tutti onerati del preventivo conseguimento dei titoli di partecipazione anche al solo fine della mera partecipazione alla gara.

L'odierna appellata ha invece potuto porre in essere gli adempimenti necessari per iscriversi all'albo solo dopo avere avuto la certezza dell'aggiudicazione.

Inoltre, la regola appena richiamata ha lo scopo di consentire all'Amministrazione un rapido perfezionamento della procedura, una sollecita stipula ed un rapido inizio dell'esecuzione del contratto (qualunque sia l'oggetto) nel rispetto delle ragioni di interesse pubblico.

Nel caso di specie, invece, il Comune appellato ha potuto stipulare il contratto solo dopo che l'appellata ha concluso il procedimento volto a dotarsi delle abilitazioni indispensabili per svolgere il servizio.

Alla luce di tali osservazioni l'aggiudicazione in favore dell'odierna appellata deve essere ritenuta illegittima.

Gli ulteriori profili devono essere assorbiti, nel rispetto del principio di sinteticità di cui all'art. 120, 10 comma, del codice del processo amministrativo, che richiama l'art. 74 dello stesso codice.

4. Il Collegio deve quindi esaminare i motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado e riproposto in appello con memoria e, successivamente, con appello incidentale.

Le questioni di ammissibilità sollevate dall'appellante devono essere superate in quanto il gravame incidentale è infondato nel merito.

L'appellante incidentale sostiene che l'appellante principale doveva essere esclusa dalla gara in quanto avendo dichiarato di partecipare alla gara in associazione di tipo misto non avrebbe poi chiarito i rispettivi apporti delle due imprese associate ed una delle due (la mandante) non sarebbe in possesso delle abilitazioni necessarie per svolgere parte del servizio.

La censura non può essere condivisa in quanto la volontà dei partecipanti alla gara non deve – è palese – essere espressa secondo formule sacramentali.

Nel caso di specie al di là della formulazioni, eventualmente erronee, utilizzate, le partecipanti hanno chiaramente espresso la ripartizione dei lavori al loro interno, nella quale alla mandante sono affidati servizi corrispondenti alle qualificazioni possedute.

Quanto appena osservato vale anche ad escludere il fondamento dell'ulteriore argomentazione con la quale si sostiene violazione dell'art. 212 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in quanto l'operato dell'Amministrazione non consente affatto alle imprese associate di

svolgere servizi per le quali una non è qualificata.

Quanto al dimezzamento della cauzione provvisoria, il punto 5 del disciplinare di gara richiamando l'art. 75, settimo comma, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, lo consentiva alle imprese, come la mandante del raggruppamento dell'appellante principale, in possesso della certificazione UNI 9000.

Le altre argomentazioni proposte con l'appello incidentale attengono all'impugnazione di clausole che comporterebbero l'esclusione della stessa appellante incidentale se intese nel senso proposto da quella principale.

Atteso che le relative argomentazioni sono state superate, anche tali questioni possono essere assorbite.

5. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto mentre deve essere respinto l'appello incidentale.

Per l'effetto, deve essere annullata l'impugnata aggiudicazione nonché, ai sensi dell'art. 122 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il contratto stipulato.

La domanda di risarcimento per equivalente deve essere superata in ragione dell'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 8968/12, come in epigrafe proposto, accoglie il gravame principale e respinge il gravame incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie, nei termini di cui in motivazione, il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari di entrambi i gradi del giudizio fra le parti costituite, fatto salvo il diritto dell'appellante al recupero del contributo unificato, a carico delle parti appellate, in solido.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2013

con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2013

IL SEGRETARIO

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