

N. 02191/2015REG.PROV.COLL.

N. 10029/2014 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 10029 del 2014, proposto dalla s.c.a.r.l. Cite - Consorzio Stabile Interprovinciale Trasporti Ecoambientali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso l'avvocato Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, n. 98/E;

contro

Il Comune di Carinola;

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise – Stazione unica appaltante, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

la s.c.a.r.l. Consorzio Stabile Goservice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Vecchione, con domicilio eletto presso l'avvocato Angela Gemma in Roma, via Sabotino, n. 22;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sez. IV n. 6341/2014, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani e del servizio di spazzamento per la durata di anni tre nel Comune di Carinola.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della s.c.a.r.l. Consorzio Stabile Goservice;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avvocato Dario Gioia, su delega dell'avvocato Marcello Fortunato, l'avvocato Francesco Vecchione e l'avvocato dello Stato Cinzia Melillo;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. IV, con la sentenza 3 dicembre 2014, n. 6341, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellata s.c.a.r.l. Consorzio Stabile Goservice, annullando il provvedimento di aggiudicazione in favore del Consorzio CITE e dichiarando l'inefficacia del contratto nelle more stipulato, con il conseguente subentro nella esecuzione dello stesso sotto il rispetto delle condizioni di legge e della *lex specialis*.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando sinteticamente che:

- la peculiare struttura che il Consorzio CITE ha scelto di darsi, ovvero quella di Consorzio che non svolge attività imprenditoriale autonoma, ma si pone come una sorta di struttura amministrativa comune delle imprese, non consente neppure di invocare la norma che consente di qualificarsi anche attraverso i requisiti di qualificazione delle singole consorziate, secondo quanto disposto dall'art. 36, comma 7, del Codice degli appalti, poiché a monte un siffatto Consorzio non può partecipare in proprio *tout court* alle procedure di gara, non disponendo di una struttura di impresa autonoma e dovendo necessariamente indicare in sede di gara le imprese designate alla esecuzione del contratto;
- la suddetta indicazione, nella specie, pacificamente non è avvenuta né nella domanda di partecipazione, né *aliunde*: tale non può considerarsi neppure il contratto di avvalimento dei mezzi della consorziata Ecoservice srl, che non contiene i requisiti di sostanza e forma richiesti;
- da tale rilievo discende che la dichiarazione di voler ricorrere al subappalto, in espresso contrasto con il divieto di cui alla *lex specialis* di gara, se in linea di principio non inficia *ex se* la domanda (in quanto le regole sul subappalto non riguardano i requisiti di ammissione alla gara, ma l'esecuzione del contratto, sì che unica conseguenza di tale violazione è una limitazione in sede di esecuzione), nel caso di specie è dissonante dai requisiti di qualificazione richiesti, in quanto il ricorrente non è risultato qualificato per l'esecuzione di tutti i servizi oggetto dell'appalto;
- infine, la terza censura, riguardante la mancata valutazione specifica del precedente penale dichiarato dal legale rappresentante del Consorzio CITE, è egualmente fondata.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo i seguenti motivi d'appello:

- *error in iudicando*; violazione di legge (artt. 36 e 49 d.lgs. n. 163-2006; artt. 94 e 277 d.P.R. n. 207-2010) sotto vari profili;
- *error in iudicando*; violazione di legge (art. 118 d.lgs. n. 163-2006);
- *error in iudicando*; violazione di legge (art. 38 d.lgs. n. 163-2006).

Con l'appello in esame, quindi, si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituivano il Comune appellato, chiedendo la reiezione del ricorso di primo grado, ed il contro interessato, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 24 febbraio 2015, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che l'appello sia infondato.

In primo luogo, in merito al primo motivo d'appello, relativo alla mancata presenza in capo al Consorzio CITE dei requisiti minimi indispensabili per eseguire in proprio il servizio, si deve evidenziare che quest'ultimo, ai fini dell'ammissione alla gara, con dichiarazione del 13 maggio 2013, ha affermato di concorrere in proprio, non indicando una specifica consorziata destinata a svolgere il servizio, ma senza dichiarare che lo stesso non era in possesso della specifica e necessaria iscrizione che gli avrebbe potuto consentire di svolgere le attività di raccolta e trasporto di rifiuti in proprio.

Il bando della gara oggetto del presente giudizio è stato pubblicato in data 13 maggio 2011, quindi in un periodo temporale anteriore all'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, della legge n. 164-2014, che ha modificato l'art. 49 del d.lgs. n. 163-2006, inserendovi un comma 1-bis del seguente tenore: *“Il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'art. 212 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152”*.

Tale inserimento normativo non ha portata innovativa, poiché ha positivizzato un principio già affermato dalla giurisprudenza amministrativa, che ha sempre negato la potestà di avvalimento con riguardo ai requisiti cd. soggettivi.

L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, differentemente dall'attestazione SOA, che costituisce un requisito oggettivo cedibile ed acquisibile mediante avvalimento, è previsto dall'art. 212, comma 5, d.lgs. n. 152-2006, il quale prevede che *“L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi”*.

Tale iscrizione costituisce un titolo abilitativo autorizzatorio di natura personale e, come tale, non cedibile con lo schema del contratto di avvalimento.

Infatti, in tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione, tra cui l'iscrizione camerale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595); nello stesso ordine di idee anche l'iscrizione qui in contestazione, quale elemento soggettivo infungibile proprio dell'impresa, non può ritenersi suscettibile di avvalimento.

Pertanto, anche ove si condividesse l'opposta tesi, che ammette in astratto l'avvalimento dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, ante riforma dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici sopra indicata, si dovrebbe comunque ritenere necessario, in concreto, un contratto di avvalimento idoneo nella sostanza a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del titolo abilitativo (*id est*, l'iscrizione in contestazione); contratto che, nella specie, non è sussistente nei contenuti sostanziali sopra specificati.

Inoltre, il contratto di avvalimento era stato sottoscritto inammissibilmente con una consorziata, mentre il Consorzio CITE appellante, nella domanda di partecipazione alla gara, ha dichiarato di voler eseguire il servizio in proprio e non è mai stata designata una delle consorziate quale materiale esecutrice del servizio.

2. Non è conferente all'ipotesi in esame il riferimento all'art. 36 del d.lgs. n. 163-2006, all'art. 94, comma 1, d.P.R. n. 207-2010 e all'applicabilità delle suddette previsioni normative anche agli appalti di servizi, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 277, comma 1, d.P.R. n. 207-2010: il Consorzio CITE non aveva, infatti, la facoltà di scelta se eseguire il servizio in proprio o mediante i consorziati, essendo lo stesso privo dei requisiti necessari per eseguire il servizio in proprio.

L'appellante è stato iscritto all'Albo Nazionale Gestori Ambientali della Sezione regionale della Campania in data 25 settembre 2012, come soggetto giuridico costituito allo scopo di assumere commesse, stipulare contratti d'appalto, partecipare a gare in nome proprio, ma esclusivamente per conto dei soggetti consorziati; pertanto, alla data di pubblicazione del bando al quale il Consorzio CITE ha partecipato, non poteva acquisire commesse in proprio, pur avendo il Consorzio espressamente dichiarato di voler partecipare in proprio.

Peraltro, come ha osservato correttamente il TAR, il Consorzio CITE, nel momento in cui ha partecipato alla gara di appalto, non aveva una struttura di tipo "imprenditoriale" e pertanto non poteva partecipare in proprio alla procedura, ma doveva necessariamente indicare una consorziata per l'esecuzione del servizio.

3. In relazione al terzo motivo di appello, va richiamato il divieto di ricorrere al subappalto stabilito dall'art. 34 del capitolato di appalto per dedurre che anche tale modalità di partecipazione e di esecuzione del servizio non poteva esser ammessa nel caso di specie.

4. L'ultimo motivo di appello - concernente la mancata valutazione specifica del precedente penale dichiarato dal legale rappresentante del consorzio CITE - può ritenersi irrilevante, stante comunque l'illegittima partecipazione alla gara del Consorzio appellante, come sopra illustrato.

5. Conclusivamente, alla luce delle suesposte argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo in favore del controinteressato in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 10029 del 2014 come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento in favore del controinteressato delle spese del presente grado di giudizio, spese che si liquidano in euro 6000,00, oltre accessori di legge, a carico dell'appellante ed in euro 1000,00, oltre accessori di legge, a carico del Ministero.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2015

IL SEGRETARIO

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