

Pubblicato il 24/02/2017

N. 00869/2017REG.PROV.COLL.

N. 05879/2016 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 5879 del 2016, proposto da:
Berg s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
Massimiliano Brugnoletti e Massimo Cocco, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in
Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Società Ambiente Frosinone s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in
giudizio;

nei confronti di

Moscariello s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli
avvocati Gennaro Macri e Fiorita Iasevoli, con domicilio eletto presso Alessandro Romano
Carratelli, in Roma, via Fulcieri Paulucci De Calboli, 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Latina, Sezione I, n. 00427/2016, resa tra le parti, concernente
affidamento in global service del servizio di smaltimento, incluso ritiro e trasporto, del rifiuto
liquido percolato di discarica e acque di prima pioggia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Massimo Cocco e Gennaro Macri.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società Ambiente Frosinone s.p.a. ha bandito una procedura aperta per l'affidamento, in global service, del servizio di smaltimento, incluso ritiro e trasporto, del rifiuto liquido "percolato" di discarica e acque di prima pioggia, prodotto dalle discariche per rifiuti non pericolosi di Frosinone, Pontecorvo e Cassino, dall'impianto di trattamento dei rifiuti urbani di Colfelice e dal centro di trasferimento di Atina.

Ai fini dell'ammissione alla detta procedura, l'art. 5 del disciplinare di gara richiedeva, tra l'altro, che i concorrenti possedessero "*idonea autorizzazione al trasporto di rifiuti speciali non pericolosi, tramite iscrizione all'albo Gestori Ambientali, Categoria 4, classe C) o superiore, ovvero dichiarazione di disponibilità di soggetto in possesso della predetta autorizzazione*".

L'art. 6 del medesimo disciplinare prevedeva, inoltre, il divieto di "*... subappaltare tutti o parte dei servizi oggetto dell'appalto o sostituire il soggetto che abbia reso la disponibilità ad effettuare parte del servizio ai sensi delle disposizioni del presente bando senza previa autorizzazione della stazione appaltante ...*".

Alla selezione ha partecipato la Berg s.p.a. che, al fine di soddisfare il requisito concernente il possesso di idonea autorizzazione al trasporto, ha allegato alla domanda la "*dichiarazione di disponibilità*" di due società (la Frattarelli Trasporti s.r.l. e la Testani Gestioni s.r.l.).

All'esito delle operazioni di gara la Berg è stata dichiarata aggiudicataria.

Avverso l'aggiudicazione la Moscariello s.r.l. – seconda classificata - ha proposto ricorso al TAR Lazio – Latina, lamentando la mancata esclusione dalla gara della Berg.

Con sentenza 22 giugno 2016, n. 427, l'adito Tribunale amministrativo ha accolto l'impugnazione dichiarando, conseguentemente, l'inefficacia del contratto, nel frattempo stipulato, e il subentro della ricorrente nel rapporto, previa valutazione del possesso dei prescritti requisiti.

Il Tribunale amministrativo ha così motivato la propria decisione:

<<Nel merito il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto.

In particolare risultano fondati, in combinazione, i primi due motivi di ricorso e parte del terzo.

Con il primo si contesta la violazione della lex specialis; difetto d'istruttoria, contraddittorietà, sviamento: considerato che il punto 5.3 (rectius il punto 6) del bando esclude il subappalto, l'aggiudicataria, priva dei requisiti per gestire il servizio, non può utilizzare le abilitazioni delle società che ha indicato come ad essa "contrattualmente legate".

Con il secondo si eccepisce la violazione dell'art. 49 comma 1 bis del D.Lgs n. 163/2006; violazione del principio della par condicio; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; travisamento dei fatti; sviamento: il requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali non è suscettibile di avvalimento, talché nemmeno sotto tale profilo l'aggiudicataria potrà utilizzare le professionalità delle suddette due società di trasporto; tale ragione, meglio specificata in parte del terzo motivo di censura, travolge anche la clausola del bando che consente di partecipare alla gara avvalendosi di una generica disponibilità di imprese iscritte all'albo nazionale dei gestori ambientali.

L'art.5 c.3 secondo alinea del disciplinare di gara prevede, tra i requisiti necessari per poter partecipare alla gara, "idonea autorizzazione al trasporto di rifiuti speciali non pericolosi, tramite l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, categoria 4 classe c) o superiore, ovvero dichiarazione di disponibilità di soggetto in possesso della predetta autorizzazione".

E' pacifico che l'aggiudicataria non abbia l'autorizzazione tramite iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, che non si sia costituita in associazione temporanea d'impresa con soggetti aventi detto requisito e che abbia partecipato alla gara utilizzando la dichiarazione di disponibilità di altri soggetti in possesso della predetta autorizzazione.

Orbene la disposizione di cui all'ultima parte della citata norma di bando configura nella sostanza una ipotesi di avvalimento, poiché consente di ritenere che la concorrente abbia un determinato requisito tecnico tramite l'utilizzazione del requisito posseduto da altro soggetto (trattasi dell'ipotesi tipica di cui al primo comma dell'art. 49 del codice degli appalti, vecchio testo, prima della riforma di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50).

Ma, come noto, il comma 1-bis dello stesso articolo, inserito dall'art. 34 comma 2 del d.l. 12 settembre 2014 n.133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, prevede esplicitamente che l'avvalimento non è applicabile al requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, di cui all'art. 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n.152.

E' comunque chiara la ratio della norma di legge, che richiede, per i partecipanti al particolare tipo di gara costituito dal trasporto e smaltimento rifiuti, il possesso diretto del requisito di iscrizione al suddetto albo; norma che non risulta derogata né da disposizioni di legge che disciplinano il global service, né da quelle che riguardano le società titolari di imprese di smaltimento ed in possesso di AIA.

Ciò pertanto rende comunque illegittima la clausola del disciplinare che prevede una regola contraria, a prescindere dal fatto che abbia o meno voluto delineare una ipotesi di avvalimento.

Peraltro, il punto 6 del disciplinare stesso esclude anche il subappalto di tutti o di parte dei lavori, chiudendo sostanzialmente il cerchio.

L'illegittimità del disciplinare, in parte qua, rende illegittima l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria>>>.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta, la Berg l'ha appellata chiedendone l'annullamento.

Per resistere all'appello si è costituita in giudizio la Moscardiello.

Con successive memorie entrambe le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2017, la causa è passata in decisione.

Ha carattere assorbente l'esame del terzo motivo di gravame con cui l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe erroneamente ritenuto che la disposizione di cui all'art. 5 del disciplinare, concernente la possibilità di ovviare alla mancanza di adeguata iscrizione all'Albo Gestori Ambientali mediante dichiarazione di disponibilità di un trasportatore in possesso di idonea autorizzazione, configuri un'ipotesi di avvalimento e che, pertanto, la stessa sia in contrasto con l'art. 49, comma 1 bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici).

La doglianza è fondata.

Ed invero, come correttamente rilevato dalla Berg, la suddetta previsione di gara non integra affatto una fattispecie di avvalimento, atteso che la stessa non presenta alcun elemento ermeneutico che consenta di ritenere che il soggetto che rende la "*dichiarazione di disponibilità*", lo faccia la fine di munire il concorrente del requisito di cui quest'ultimo è privo.

La prescrizione dell'art. 5 va, invece, intesa nel senso che laddove il candidato sia carente del requisito egli può, ugualmente, partecipare alla procedura selettiva producendo una "*dichiarazione di disponibilità*" ad eseguire il servizio di trasporto rilasciata da un soggetto all'uopo abilitato.

In altre parole, ai sensi della menzionata disposizione di gara, il trasportatore che rilascia la "*dichiarazione di disponibilità*" assume l'obbligo di svolgere in proprio la prestazione concernente il trasporto dei rifiuti.

Tale interpretazione trova conferma nel successivo art. 6 del disciplinare, il quale, nello stabilire il divieto di sostituire, senza preventiva autorizzazione della stazione appaltante, "*... il soggetto che abbia reso disponibilità ad effettuare parte del servizio ai sensi delle disposizioni del presente bando ...*" chiarisce il senso e la portata della disposizione contenuta nel precedente art. 5, confermando, per l'appunto, che con la "*dichiarazione di disponibilità*", colui che la rende si impegna ad eseguire l'attività di trasporto e non a "*prestare*" il requisito di qualificazione a tal fine richiesto.

Trattasi in sostanza di un'ipotesi di subappalto necessario funzionale a sopperire alla mancanza, da parte del concorrente, dell'abilitazione occorrente per l'esecuzione della parte della commessa afferente al trasporto dei rifiuti (in generale sull'ammissibilità dell'istituto cfr. Cons. Stato, V, 21 luglio 2015, n. 3615 e IV, 9 febbraio 2016, n. 520).

Diversamente da quanto affermato dal giudice di prime cure, nessun argomento contrario alla riferita interpretazione della normativa di gara, può trarsi dall'art. 6 del disciplinare, laddove pone il divieto di "*subappaltare tutti o parte dei servizi oggetto dell'appalto*".

Ed invero, tale previsione, va intesa nel senso che il divieto si riferisce a tutte le prestazioni diverse da quella del trasporto, atteso che, in relazione a quest'ultima, la *lex specialis* pone, come più sopra rilevato, la diversa regola della subappaltabilità, ove necessario per sopperire alla mancanza da parte del concorrente della richiesta abilitazione.

L'illustrata interpretazione della disciplina di gara risulta, inoltre, conforme ai canoni ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza in tema di gare pubbliche.

Un condivisibile orientamento giurisprudenziale afferma, infatti, che a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e

l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (Cons. Stato, V, 15 marzo 2016, n. 1024 e IV, 14 marzo 2016, 1015).

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la Moscariello s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO