



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1747 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Teknoservice Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Gili, Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

contro

Comune di Monteiasi, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Cecinato, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

nei confronti di

Avvenire Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Mancarella in Lecce, Vico Storto Carita' Vecchia, 3;

per l'annullamento

- del verbale di gara 15 ottobre 2011 n. 8 con cui la Commissione di gara ha 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 della relativa comunicazione, giusta nota del Comune 17 ottobre 2011 prot. n. 8087;
- del verbale di gara 26 ottobre 2011 con cui la Commissione di gara ha confermato l'esclusione di Teknoservice dalla gara e della relativa comunicazione giusta nota del Comune 27 ottobre 2011 prot. n. 8413;
- del verbale di gara 7 novembre 2011 con cui la Commissione di gara ha dichiarato l'aggiudicazione provvisoria a favore di Avvenire;
- della 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 della relativa comunicazione giusta nota del Comune 8 novembre 2011 prot. n. 8751;
- di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto e consequenziale, ivi inclusi tutti i verbali di gara allo stato non conosciuti;

per 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;

per la condanna dell'Amministrazione stessa a risarcire i danni da essa causati alla ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Monteiasi e di Avvenire Srl;

Visto il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2012 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'avv. Gili per la ricorrente, l'avv. Orofino A. per la controinteressata e, nelle preliminari, l'avv. Cecinato L., in sostituzione di Cecinato F., per il Comune;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 22 giugno 2011 il Comune di Monteiasi ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e di servizi accessori.

Con nota del 17 ottobre 2011 della Commissione di gara ha escluso

la Teknoservice dalla procedura d'appalto per difetto dei requisiti richiesti dalla disciplina di gara.

Nella seduta del 7 novembre 2011 la gara è stata aggiudicata in via provvisoria alla Avvenire srl.

Con il ricorso in epigrafe la Teknoservice impugna gli atti di gara svolgendo le seguenti doglianze:

- 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.

Si è costituita l'Avvenire srl, chiedendo la reiezione del ricorso, proponendo altresì ricorso incidentale, integrato successivamente da motivi aggiunti.

2. All'udienza del 29 febbraio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso della Teknoservice merita accoglimento.

3. Il ricorso incidentale non può essere accolto.

3.1 Il Collegio dichiara preliminarmente la tardività degli ulteriori motivi aggiunti al ricorso incidentale notificati in data 8 febbraio 2012.

Tali motivi aggiunti risultano infatti proposti oltre 30 giorni - ovvero entro il termine stabilito dal combinato disposto dagli artt. 42 e 120 cod. proc. amm. - dalla data di notifica del ricorso principale, perfezionatasi il 22 novembre 2011.

3.2 Con il primo motivo del ricorso incidentale e con motivi aggiunti allo stesso gravame incidentale, notificati il 19 dicembre 2011, Avvenire srl lamenta la mancata esclusione della Teknoservice per essersi avvalsa dei requisiti patrimoniali dell'impresa ausiliaria CMT spa, che non esercita attività di raccolta e trasporto rifiuti.

Il motivo deve essere respinto.

La Teknoservice ha partecipato all'appalto avvalendosi ex art. 49 D.lgs 163/2006 della capacità patrimoniale della CMT spa, ai fini del rispetto del requisito richiesto dal bando e rappresentato da un patrimonio pari almeno a un milione di euro.

L'istituto dell'avvalimento, di origine comunitaria, si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche permettendo alle imprese non in possesso di determinati requisiti, di sommare, unicamente per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese.

La disciplina dell'art. 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, risultando con ciò preclusa alla Amministrazione la possibilità di operare restrizioni al suo utilizzo e, pertanto devono ritenersi insuscettibili di avvalimento i soli requisiti generali di cui agli artt. 38 e 39 del codice degli appalti, ossia quei requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione.

Pertanto, ad eccezione di tali requisiti, all'istituto dell'avvalimento deve riconoscersi portata generale, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, in modo da garantire la massima partecipazione alle procedure di gara (cfr. in termini analoghi Tar Salerno 813/2011).

L'istituto dell'avvalimento, così come delineato dall'art. 49, non richiede che l'impresa ausiliaria debba possedere tutti i requisiti per partecipare alla gara interessata, essendo sufficiente che sia dotata dei requisiti generali di cui agli artt. 38 e 39 D.lgs 163/2006 e del requisito oggetto dell'avvalimento.

È quindi influente ai fini del giudizio che la CMT spa non possieda tutti i requisiti per la partecipazione alla gara, in primis l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, atteso che l'avvalimento da parte della ricorrente si è limitato al solo requisito patrimoniale.

Alla luce di quanto appena esposto deve quindi ritenersi ammissibile

l'avvalimento che la partecipante Teknoservice ha compiuto con riferimento al requisito patrimoniale della CMT spa.

3.3. Non è peraltro condivisibile l'argomento posto dalla controinteressata, esposto con i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti il 19 dicembre 2011, secondo cui non sarebbe possibile avvalersi di un requisito immateriale come quello facente capo al capitale sociale.

La messa a disposizione del proprio capitale sociale, requisito di natura contabile-finanziaria, ampliando lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto ha infatti una ampia funzione di garanzia della prestazione (cd. avvalimento di garanzia), analoga a quella che offrirebbe lo stesso capitale sociale dell'impresa ausiliata (cfr. Tar Napoli 644/2011)

Non può quindi condividersi la tesi secondo cui il requisito di cui avvalersi debba necessariamente includere una dimensione "materiale".

Il patrimonio netto rappresenta infatti una realtà contabile, che seppure priva di sostanza fisica, costituisce indubbiamente un valore riconosciuto dall'ordinamento, in quanto concorre ad assicurare la solidità finanziaria della società partecipante direttamente o per mezzo della società ausiliaria; nessun impedimento dunque può riconoscersi alla possibilità di avvalersi del suddetto requisito posto che, come dispone chiaramente il tenore letterale dell'art. 49, all'impresa partecipante è consentito di avvalersi del possesso dei

requisiti di carattere economico e finanziario relativi ad altra impresa. Per queste stesse ragioni non può perciò ritenersi la nullità del contratto di avvalimento per irrealizzabilità dell'oggetto.

3.4 Con il secondo motivo del ricorso incidentale, si lamenta che la Teknoservice avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione dell'art. 23 bis DL 112/2008 e dell'art. 4 DL 138/2011 che vietano la partecipazione alle gare alle imprese affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

Il motivo è infondato.

L'art. 23-bis DL 112/2008, convertito nella L. 133/2008, applicabile *ratione temporis*, prevede che le società che gestiscono il servizio in virtù di affidamento diretto “non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati”.

Il Collegio non ritiene di discostarsi dall'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Tar Brescia 334/2011, Tar Veneto 2906/2010) secondo cui la norma citata nel caso in cui l'affidamento del servizio alla società sia avvenuto per effetto di un provvedimento extra ordinem, assunto sulla base di presupposti di diritto del tutto diversi da quelli in base ai quali in via ordinaria si procede all'affidamento, non è assimilabile a tale ultima ipotesi e quindi non può costituire per la società istante impedimento per l'eventuale partecipazione ad altre gare.

In tale prospettiva si osserva che l'affidamento ottenuto dal Comune di Montebelluna, con determina n. 191 del 29 aprile 2011 non risulta

affidamento effettuato in assenza di procedura ad evidenza pubblica, posto che il suddetto incarico è avvenuto in base all'art. 57 D.lgs 163/2006 secondo cui le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora come avvenuto nel caso di specie, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta.

Nella vicenda richiamata, dunque, si è svolta a monte dell'affidamento una procedura ad evidenza pubblica, che ha costituito il presupposto del provvedimento di assegnazione disposto ex art. 57 D.lgs 163/2006; non è stato pertanto violato il divieto di cui al richiamato art. 23-bis DL 112/2008.

Quanto agli affidamenti ottenuti dai Comuni di San Giorgio Ionico, Polignano a Mare, San Nicandro Garganico, questi sono stati disposti in virtù di ordinanze contingibili ed urgenti che hanno mirato a salvaguardare l'interesse pubblico all'indifferibilità del servizio, nelle more delle predisposizione degli atti per l'assegnazione dell'incarico mediante gara.

Pertanto il Collegio ritiene che, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale richiamato, non sia invocabile il divieto di cui agli artt. 23 bis, comma DL 112/2008 e 4, comma 33 DL 138/2011, trattandosi di provvedimento extra ordinem i cui presupposti normativi sono diversi da quelli in base ai quali si assegna la gestione ordinaria del servizio.

4. Attesa l'infondatezza del ricorso incidentale, occorre quindi esaminare il gravame proposto dalla Teknoservice.

4.1 Deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale.

Secondo quanto eccepito la Teknoservice non avrebbe impugnato l'atto di esclusione in relazione a tutti le ragioni di estromissione evidenziate dalla stazione appaltante.

L'eccezione è destituita di fondamento

Una piana lettura della comunicazione di esclusione non lascia intendere che l'Amministrazione abbia inteso escludere, come dedotto, la ricorrente per non aver indicato i servizi che intendeva subappaltare.

La presunta ragione di esclusione - l'omessa indicazione di tutti i servizi da subappaltare - non risulta in maniera esplicita o perspicua dalla comunicazione del 27 ottobre 2011 né dal verbale di gara 10/2011 sicchè non può essere considerata come elemento decisivo del provvedimento di esclusione adottato.

Risulta invece che la ricorrente è stata espulsa dalla gara per due ordini di ragioni rappresentati dalla mancata iscrizione all'albo delle imprese di pulizia e dalla mancata indicazione nominativa del subappaltatore; avverso le suddette ragioni di estromissione la Teknoservice ha ritualmente svolto le proprie doglianze.

4.2 Con il primo motivo la ricorrente contesta la propria esclusione per non possedere l'iscrizione all'albo delle società di pulizia ai sensi

della L. 82/1994 e del DM 274/1997, seppure tale requisito non è richiesto dalla lex specialis di gara.

La censura è fondata.

Il bando indetto dal Comune di Monteiasi ha ad oggetto il "servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati agli urbani con relative raccolte differenziate - pulizia pozzetti stradali - trattamento rifiuti cimiteriali - spazzamento stradale meccanizzato - altri servizi accessori".

Il disciplinare di gara prevede tra i servizi complementari, per quanto concerne il presente giudizio, "la disinfezione, la disinfestazione, la derattizzazione, la demuscazione e la raccolta di carogne".

Tra i requisiti di ammissione alla gara il bando contempla l'iscrizione alla Camera di Commercio in categoria corrispondente al servizio da appaltare e l'iscrizione all'albo delle imprese esercenti il servizio di raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti urbani.

Non è invece previsto che la concorrente sia iscritta all'albo delle imprese di pulizia, che peraltro non costituisce l'attività principale del servizio, ma un servizio complementare costituente circa l'1% dei servizi appaltati.

Alla luce di quanto riportato, l'esclusione della Teknoservice risulta illegittima.

In primo luogo, non può considerarsi sostitutiva di una previsione espressa dell'obbligo di possesso dell'abilitazione ex L. 82/1994 la semplice previsione della lex specialis che genericamente richiama la

necessità dell'iscrizione alla Camera di Commercio “in categoria corrispondente al servizio da appaltare”; trattandosi peraltro di appalto per il servizio di igiene urbana tale obbligo deve intendersi riferito al servizio da svolgersi in via principale, ovvero come precisato dal bando stesso (punto II.1.2) quella afferente alla cat. 16 “eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti, disinfestazione e servizi analoghi”, categoria di riferimento per i servizi di igiene ambientale e distinta dalla categoria 14 relativa al servizio di “pulizia degli edifici” (cfr. all. II A, d.lgs 163/2006).

Deve essere poi disattesa una lettura del bando che intenda anche implicitamente la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di pulizia.

Alla luce della disciplina di gara, nel caso di specie, l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali costituisce il requisito minimo ed essenziale per consentire non solo alle imprese di operare in questo settore ma anche per assicurare all'Amministrazione il ricorso a soggetti dotati di alta professionalità e serietà.

Tenendo conto infatti del formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, e che risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, l'Amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù

del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 Cost.

Non è condivisibile la tesi delle parti resistenti secondo cui essendo un requisito previsto dalla disciplina vigente, la disciplina sarebbe oggetto di eterointegrazione legale; è sufficiente osservare al riguardo che, in presenza di un'abilitazione o un'autorizzazione richiesta per l'esecuzione del servizio ma non prevista dalla disciplina di gara, il concorrente sprovvisto potrà correttamente dotarsene al momento dell'esecuzione dell'appalto e non necessariamente nell'antecedente fase di scelta del contraente.

4.3 Con il terzo motivo di impugnazione la Teknoservice deduce l'illegittimità dell'esclusione per non aver indicato l'impresa a cui affidare i servizi di pulizia in subappalto.

Il motivo è fondato.

L'art. 118 non contempla l'obbligo di indicazione preventiva delle imprese subappaltatrici ma solo quello dell'indicazione delle attività che si intendono subappaltare, potendo invece avvenire l'indicazione nominativa al momento del deposito del contratto, ovvero almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Infatti, soltanto la carenza dei requisiti di idoneità previsti dal bando in capo all'impresa partecipante alla gara imporrebbe a quest'ultima di indicare preventivamente il nominativo dell'impresa cui intende subappaltare le lavorazioni.

Nella fattispecie, posto che per le ragioni esposte in precedenza la qualificazione derivante dall'iscrizione all'albo delle imprese di pulizia non può considerarsi requisito di partecipazione, tale indicazione nominativa non risulta necessaria ai fini dell'ammissione alla gara.

5. In conclusione, per le ragioni esposte, il Tribunale respinge il ricorso incidentale e accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Con assorbimento delle ulteriori censure.

L'Amministrazione è quindi tenuta, previa riammissione della ricorrente alla procedura, a rinnovare parzialmente le operazioni di gara.

L'accoglimento del ricorso principale costituisce reintegrazione in forma specifica del danno subito.

5.1 Sussistono giusti motivi, vista la natura delle questioni trattate, per compensare le spese di giudizio, eccettuato il contributo unificato versato dalla Teknoservice che è posto in solido a carico delle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza

definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

Condanna in solido le parti resistenti alla rifusione in favore della

parte ricorrente dell'importo del contributo unificato.

Spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Gabriella Caprini, Referendario

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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