

Il requisito mancante (iscrizione ad apposito albo) ad un' impresa appaltatrice può ritenersi utilmente posseduto dall'impresa che con essa avrebbe cooperato in subappalto

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 645 del 7 febbraio 2003 in tema di avvilimento dei requisiti, ci informa che:

<La giurisprudenza amministrativa, infatti, sulla scorta dell'avviso espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ritiene che in tema di appalto di servizi la direttiva 50/92, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti (Cons. St. Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Da tale orientamento il Collegio non ha motivo di discostarsi, posto che il rapporto di sub appalto costituisce lo strumento ordinario di cooperazione nell'area dello svolgimento dei servizi pubblici>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7326 del 2001, proposto da ***** s.r.l. e ***** s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Sergio Vacirca, Ezio Trampus e Renato Fusco, elettivamente domiciliate presso il primo in Roma, via Flaminia 195

contro

la Comunità Montana di Canal del Ferro – Val Canale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Marpillero e Susanna Errera, elettivamente domiciliata in Roma presso l'avv. Beniamino Caravita di Torritto

e ***** s.n.c di ***** Enzo & C. rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Clarich e Andrea Pavanini, elettivamente domiciliata nello studio del primo in Roma, Via del Quirinale 26

e sul ricorso n. 11504 del 2001, proposto dalla Comunità Montana di Canal del Ferro – Val Canale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Marpillero e Susanna Errera, elettivamente domiciliata in Roma presso l'avv. Beniamino Caravita di Torritto

contro

***** s.r.l.,

e ***** s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Sergio Vacirca, e Renato Fusco, elettivamente domiciliate presso il primo in Roma, via Flaminia 195

e nei confronti

di ***** s.n.c di ***** Enzo & C., non costituita

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, 1° giugno 2001 n. 326, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione nel primo giudizio della Comunità Montana Canal del Ferro – Val Canale e della ***** s.n.c di ***** Enzo, e, nel secondo giudizio, della ***** s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 29 ottobre 2002 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avv.ti come da verbale di udienza.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe, in accoglimento del ricorso proposto dalle imprese ***** s.r.l. e ***** s.r.l., è stato annullato il bando emesso dalla Comunità montana di Canal del Ferro – Val Canale per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto, smaltimento dei rifiuti, solidi urbani e differenziati, nella parte in cui consentiva la partecipazione alla gara da parte di imprese non in possesso dell'iscrizione al relativo albo per tutte le categorie della attività previste, e che, senza associarsi ad imprese in possesso del requisito, avessero semplicemente subappaltato l'attività ad impresa iscritta per la categoria non posseduta.

Avverso la decisione hanno proposto separati appelli le Società ricorrenti in primo grado e la Comunità Montana, autrice del bando.

Le prime denunciano che i primi giudici sarebbero incorsi in errore per aver annullato il bando in accoglimento di una impugnazione proposta soltanto in via subordinata e per tutorismo, sebbene nella stessa decisione si riconosca la fondatezza di un motivo, tra quelli dedotti con l'impugnazione (mancata verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria), che avrebbe condotto all'annullamento dell'aggiudicazione senza travolgere l'intera gara.

Si chiede quindi che la Sezione riformi la sentenza, accogliendo il motivo suddetto, e gli altri ritenuti infondati in prime cure, annulli l'aggiudicazione del servizio alla concorrente *****.

La Comunità montana dal canto suo ha sostenuto l'erroneità della sentenza, sia nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il bando, sia quanto all'accoglimento della censura concernente la omessa verifica dell'anomalia dell'offerta.

Sul primo punto l'appellante, sulla base della differenza ontologica tra gli istituti della concessione di servizio pubblico e l'appalto di servizio pubblico, ha fatto rilevare come nella specie si vertesse in fattispecie di concessione, e che pertanto la gara non era soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 157 del 1995. Ne conseguirebbe che il requisito mancante alla impresa appaltatrice può ritenersi utilmente posseduto dall'impresa che con essa avrebbe cooperato in subappalto.

In tale quadro la verifica dell'anomalia dell'offerta non potrebbe configurarsi come un obbligo inderogabile, essendo rimesso all'Amministrazione valutare le circostanze oggettive che rendono affidabile anche l'offerta sensibilmente inferiore, specie se, come nella specie, il parametro sarebbe rappresentato dall'offerta di una unica altra concorrente.

L'appello della ***** s.r.l. è resistito dalla Comunità Montana e dall'impresa aggiudicataria ***** s.n.c.; quello della Comunità Montana dalla *****.

Alla pubblica udienza del 29 ottobre 2002 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

I due appelli, rivolti contro la stessa decisione, vanno riuniti e decisi congiuntamente.

Occorre in primo luogo esaminare la censura con la quale la appellante ***** s.r.l. si duole che i primi giudici non abbiano tenuto conto dell'ordine con il quale sono stati proposti i motivi di gravame. Secondo l'appellante, in base al principio dispositivo, che regge, in larga parte, anche il processo amministrativo, era suo diritto vedere esaminati i motivi che, in caso di accoglimento, avrebbero condotto all'esclusione dell'aggiudicataria ed alla conseguente acquisizione del servizio. E poiché uno di tali motivi (illegittimità dell'omessa verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria) è stato riconosciuto fondato, non vi era ragione di prendere in esame la domanda subordinata.

A tale riguardo, osserva il Collegio che, secondo la giurisprudenza amministrativa, dall'art. 112 del c.p.c., applicabile al processo amministrativo, alla stregua del quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, discende il principio che, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dalla parte ricorrente, si proceda preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento o dei provvedimenti impugnati, appaiano idonei a soddisfare più pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente medesimo, per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, agli esame degli altri motivi che, pur idonei a provocare l'annullamento del provvedimento, evidenzino profili meno radicali di illegittimità (Cons. St., Sez. VI, 21 novembre 1992, n. 925).

In applicazione di tali principi, dunque, il T.A.R. avrebbe dovuto esaminare in primo luogo la domanda proposta in via principale, in quanto, ancora in applicazione del principio dispositivo, costituisce una facoltà del ricorrente indicare al giudice quale delle domande proposte egli riteneva più ampiamente soddisfattiva (Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2001, n. 4445).

Tanto premesso, va osservato che nella specie il capo di sentenza con il quale si è affermata l'illegittimità della previsione del subappalto di alcune attività comprese nel servizio, prospettata in via subordinata dall'appellante ***** , ha ora formato oggetto di impugnazione nell'appello proposto dalla Comunità Montana, e, pertanto, la questione entra a far parte dell'odierno thema decidendum in via del tutto autonoma, perdendo così quella rilevanza solo eventuale, che intendeva riservarle la ricorrente *****.

In tal caso il giudice deve esercitare il potere, che gli compete, di stabilire quale dei motivi dedotti nei confronti della sentenza, complessivamente considerati, assume priorità logica (Cons. St., Sez. V. n. 4445/2001 cit.).

Va allora considerato che, come accennato, avverso la sentenza sono state prospettate, sia censure di violazione del bando, che si assumeva non correttamente applicato, essendo stata ammessa alla gara una

concorrente priva, in ipotesi, di tutti i requisiti richiesti, sia censure avverso la clausola del bando che aveva reso possibile, attraverso la previsione del subappalto, la detta ammissione.

E' dunque agevole osservare come si riveli logicamente prioritario stabilire se la contestata clausola del bando sia legittima o meno, poiché solo in caso affermativo la norma potrà essere utilizzata per verificare la fondatezza delle censure che ne assumono la violazione.

Secondo l'art. 16 del bando, per la partecipazione alla gara si richiedeva "l'iscrizione, alla data di presentazione dell'offerta, alla categoria di attività 1, classe e) (prevalente) nonché alla categoria 6°, classe e) (scorporabile) del DMA n. 406 /98".

Il successivo art. 22, pur vietando in linea generale il sub appalto, stabiliva: "La Comunità Montana si riserva la facoltà di autorizzare, temporaneamente o definitivamente, il subappalto di alcuni servizi espressamente indicati all'atto della presentazione dell'offerta."

Tra le partecipanti, la ***** produceva la propria iscrizione all'Albo degli smaltitori per la sola categoria d'attività 1 classe e), dichiarando di voler subappaltare la parte del servizio relativo alla categoria d'attività 6A classe e) – per la quale non possedeva l'iscrizione - ad altra impresa, non partecipante alla gara, della quale dichiarava il possesso della competente iscrizione all'Albo.

I primi giudici hanno ritenuto che, in applicazione delle suddette disposizioni, la offerta della ***** dovesse essere ammessa, e che, non di meno, il bando così interpretato si poneva in contrasto con i principi del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, ed in particolare con l'art. 18, comma 2, a norma del quale l'eventuale ricorso al subappalto "lascia impregiudicata la responsabilità dell'appaltatore aggiudicatario".

In tal modo, poiché il subappaltatore non assume una propria responsabilità verso Amministrazione per l'attività commessagli, il servizio pubblico resterebbe affidato ad un soggetto, l'appaltatore, che dovrebbe rispondere dell'espletamento delle diverse attività previste senza essere in possesso della specifica qualificazione tecnica.

La tesi va disattesa.

La decisione appellata, nel capo che qui interessa, si basa sulla rigida applicazione del d.lgs. n. 157 del 1995, di attuazione della direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, giudicando irrilevante l'approfondimento circa la natura del provvedimento posto in essere dall'Amministrazione, sebbene il contenuto del bando e del capitolato d'oneri lascino intendere con sufficiente chiarezza che nella specie si è in presenza di una concessione di servizio pubblico e non di un contratto di appalto.

Depongono in tal senso non solo i dati nominalistici che fanno costante riferimento alla concessione, ma la stessa definizione della attività come "servizio integrato di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e differenziati", da cui si deduce che l'Ente non gestisce direttamente tramite contratti di appalto le diverse operazioni, ma si spoglia della gestione commettendola ad altro soggetto.

Da tale rilievo discende che l'Amministrazione, pur richiamando nel bando e nel capitolato i principi enunciati nel d.lgs. n. 157/95, ha conservato un'area di regolazione discrezionale del rapporto, che le consentiva di discostarsi dai precetti puntuali della predetta normativa senza incorrere in alcuna illegittimità.

Tanto premesso, anche volendo aderire l'orientamento seguito dai primi giudici, non si perverrebbe all'illegittimità del bando in questione.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, sulla scorta dell'avviso espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ritiene che in tema di appalto di servizi la direttiva 50/92, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, consente di fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli con il partecipante, a condizione che egli sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti (Cons. St. Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Da tale orientamento il Collegio non ha motivo di discostarsi, posto che il rapporto di sub appalto costituisce lo strumento ordinario di cooperazione nell'area dello svolgimento dei servizi pubblici.

Va poi presa in esame l'impugnazione dedotta dalla Comunità Montana nei confronti del capo di sentenza con il quale si è affermata la violazione dell'obbligo, norma dell'art. 25 del d.lgs. n. 157 del 1995, di sottoporre a verifica l'offerta dell'impresa aggiudicataria in quanto anomala, presentando un ribasso superiore al quinto della media delle offerte ammesse.

L'appellante ribadisce al riguardo il rilievo che nella specie, vertendosi in materia di concessione di servizio pubblico e non di appalto pubblico, l'Amministrazione disponeva della facoltà di regolare la gara con ampi margini di autonomia, pur nel rispetto dei principi fondamentali dell'evidenza pubblica.

La tesi, già accolta più sopra, va confermata.

Nella specie, inoltre, la Comunità Montana con il bando, all'art. 22, aveva previsto la verifica delle offerte che presentassero carattere anormalmente basso, ma ha ritenuto poi, con nota 12 luglio 2000 alla concorrente *****, che l'offerta *****, pur enunciando un ribasso superiore al quinto della media, non fosse da ritenere anomala perché vicina alle condizioni contrattuali in vigore presso gli enti della zona.

Anche a questo riguardo deve tenersi conto dell'orientamento seguito dalla giurisprudenza comunitaria in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta, che risulta ispirato a principi di maggiore apertura rispetto alla normativa introdotta in Italia.

E' stato infatti affermato che "il criterio di determinazione della soglia di anomalia, nella normativa italiana, basato sulla media delle offerte presentate nell'ambito di ogni singola gara, appare a prima vista obiettivo e non discriminatorio, e non contrasta con il diritto comunitario, se utilizzato al solo scopo dell'individuazione, e non anche allo scopo dell'esclusione delle offerte sospette di anomalia" (sent. 27 novembre 2001 in procedimenti C-285 e C-286/99).

Se ne ricava la conferma del principio che l'Amministrazione in presenza di una offerta anormalmente bassa può prenderla in considerazione se dispone di elementi sufficienti per escludere che l'offerta medesima sia inattendibile e non possa garantire una prestazione esatta ed efficiente del servizio (Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5188).

Con riguardo alla fattispecie, la circostanza che vi fosse in comparazione, come unica offerta alternativa, quella avanzata dall'impresa appellante *****, che aveva svolto per la Comunità il servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani dal 1985, rende plausibile la tesi che l'Amministrazione fosse in condizioni di stabilire in base a quale parametro si fosse fissato il prezzo a base d'asta e che sarebbe stato praticabile un ribasso superiore alla media.

Anche per questo aspetto, dunque la sentenza di prime cure va riformata.

Merita invece conferma il capo della decisione che ha considerato infondato il motivo, dedotto in primo grado e ribadito in questa sede dalla appellante *****, riguardante l'inidoneità delle

dichiarazioni presentate dalla ***** in merito alla disponibilità delle discariche interpellate a garantire il ricevimento di tutti i rifiuti di cui alla concessione.

Con riguardo alla dichiarazione della EXE s.p.a. appare arduo ipotizzare che l'Amministrazione Provinciale potesse opporre un legittimo diniego, né l'appellante è in grado di prefigurare una plausibile ragione giustificatrice di una simile evenienza.

Quanto al dubbio che la Impresa Soceco, impegnandosi ad accogliere rifiuti fino all'esaurimento della discarica, non abbia garantito adeguatamente lo stoccaggio necessario all'esecuzione del servizio, può ammettersi che la Comunità Montana abbia valutato l'idoneità della dichiarazione in base al rilievo che la detta impresa non era la sola ad essere incaricata dell'operazione. Oltre la EXE s.p.a. erano stati prodotti gli impegni in tal senso della Gesteco s.p.a. e della BOZ Carta s.n.c..

La doglianza dunque va disattesa.

In conclusione la Sezione accoglie l'appello proposto dalla Comunità Montana e rigetta l'appello proposto dalle Imprese ***** e *****.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, rigetta l'appello n. 7326 del 2001 e accoglie l'appello n. 11504 del 2001, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 29 ottobre 2002

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 07 febbraio 2003

Natale