

REPUBBLICA ITALIANA

N.6498/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.8020 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2007
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

ricorso iscritto al NRG 8020\2007, proposto dal Consorzio Gives in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Curzio e Francesco Spiezia, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato B. Auleta in Roma, via dei Campani n. 66;

contro

A.t.i. costituenda fra Linea Traffic s.r.l. e Tributaria Italia s.p.a., ciascuna in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Armando Profili e Domenico Ducci, domiciliate in Roma, via Palumbo n. 26;

e nei confronti di

Comune di Qualiano, in persona del sindaco *pro tempore*, non costituito;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione prima, n. 7224 del 2 agosto 2007.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell' A.t.i. costituenda fra Linea Traffic s.r.l. e Tributaria Italia s.p.a.;

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

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 28 ottobre 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, udito l'avvocato Abbamonte su delega dell'avvocato Spiezia;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Qualiano ha indetto una gara di appalto per la gestione del servizio di rilevazione delle infrazioni alle norme del codice della strada e delle relative sanzioni amministrative (cfr. delibera giuntale n. 6 del 9 gennaio 2007 e determinazione dirigenziale n. 3 del 10 gennaio 2007).

L'art. 2 del bando di gara, rubricato *oggetto dell'appalto*, ha previsto <<*la gestione dei servizi di rilevazione delle infrazioni alle norme del codice della strada e gestione delle relative sanzioni amministrative, come meglio specificato nell'articolo 1 del capitolato speciale d'appalto*>>; a sua volta l'art. 1 del capitolato stabilisce che <<*l'appalto prevede la gestione del servizio di rilevazione delle infrazioni al codice della strada e gestione delle relative sanzioni amministrative, di seguito elencati:..... Gestione delle procedure sanzionatorie amministrative relative al C.d.s. compresa la riscossione coattiva a mezzo ingiunzione fiscale.....>>.*

L'art. 6 del bando ha imposto, a pena di esclusione, la produzione, da parte di ciascuna impresa concorrente, fra l'altro e per quanto di interesse, di una dichiarazione attestante *<<...l'iscrizione alla C.C.I.A.A. di data non anteriore a sei mesi da quella fissata per la gara da cui dovrà risultare che l'attività esercitata, da almeno 1 anno, è identica a quella oggetto dell'appalto>>*.

Con determinazione n. 9 del 26 marzo 2007 la gara è stata aggiudicata al consorzio Gives; al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituenda fra Linea Traffic s.r.l. e Tributaria Italia s.p.a. (in prosieguo a.t.i. Linea).

Con determinazione dirigenziale prot. n. 1004/PM del 4 aprile 2007, la stazione appaltante ha respinto la richiesta, formulata dall'a.t.i. Linea, di annullamento della gara in sede di autotutela, in considerazione:

a) del possesso da parte della s.r.l. Externa, impresa facente parte del consorzio stabile Gives, delle qualifiche previste dal bando, avendo esercitato dal marzo 2005 attività di *<<noleggiorapparelature per il controllo del traffico; noleggiorattrezzature per la gestione del processo amministrativo dei verbali per violazioni al codice della strada ed altre violazioni; outsourcing di servizi di gestione dei verbali per violazioni al codice della strada ed altre violazioni>>*;

b) della applicazione, al caso di specie, della norma sancita dall'art. 36, co.7, d.lgs. n. 163 del 2006 in forza del quale *<<Il*

consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate>>;

c) del reale oggetto dell'appalto che non ricomprendeva il servizio di riscossione coattiva.

1.1. Avverso il diniego di annullamento in sede di autotutela, l'aggiudicazione, le operazioni di gara ed il bando, è insorta davanti al T.a.r. per la Campania l'a.t.i. Linea articolando quattro autonomi motivi di doglianza.

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. della Campania, sezione prima, n. 7224 del 2 agosto 2007 -:

a) ha accolto le prime due censure imperniate rispettivamente:

I) sulla mancata esibizione, da parte dell'aggiudicataria, della dichiarazione richiesta a pena di esclusione dall'art. 6 del bando relativamente allo svolgimento della medesima attività oggetto dell'appalto;

II) sulla impossibilità, per il consorzio stabile, di avvalersi della norma sancita dall'art. 36, co.7, codice dei contratti, applicabile ai soli appalti di lavori;

b) ha annullato i verbali di gara, l'aggiudicazione definitiva e la determinazione dirigenziale prot. n. 1004/PM del 4 aprile 2007;

c) ha compensato integralmente fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso notificato il 13 e 15 ottobre 2007, e depositato il successivo 17 ottobre, il consorzio ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r.:

- a) negando che la norma sancita dall'art. 36, co. 7, del codice dei contratti pubblici trovi applicazione ai soli appalti di lavori;
- b) confutando che il bando contemplasse anche l'affidamento del servizio di riscossione coattiva.

4. Si costituiva l'a.t.i. Linea deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. Con ordinanza di questa sezione n. 6970 del 4 dicembre 2007 è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza *<<visto l'art. 6 del bando di gara e ritenuto che non sussistono elementi sufficienti...>>*.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 28 ottobre 2008.

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il collegio rileva l'inammissibilità dei mezzi di gravame sviluppati dal consorzio per la prima volta nella memoria difensiva del 22 ottobre 2008, in spregio alla perentorietà dei termini per appellare (previsti dall'art. 28, l. T.a.r. e 327 c.p.c.) ed alla natura meramente illustrativa delle comparse conclusionali.

6.1. In ordine logico è prioritario l'esame del secondo mezzo con cui si contesta l'individuazione dell'oggetto dell'appalto

effettuata dal primo giudice e conseguentemente la doverosità dell'esclusione dalla gara del consorzio (pagina 6 del gravame).

Il mezzo è infondato.

Come illustrato in precedenza, l'art. 6 del bando di gara ha previsto, a pena di esclusione, che le imprese concorrenti esibissero una dichiarazione relativa alla iscrizione presso la Camera di commercio da cui risultasse che l'attività esercitata fosse <<*identica a quella oggetto dell'appalto*>> .

A sua volta, dal tenore letterale degli artt. 2 del bando e 1 del capitolato speciale, emerge che l'oggetto del contratto di appalto di servizio è costituito sia dalle attività di supporto e gestione relative alla rilevazione delle infrazioni, alla rendicontazione, alle procedure sanzionatorie, sia dalle attività di <<*riscossione coattiva a mezzo di ingiunzione fiscale*>>.

E' pacifico che tale certificazione non è stata esibita dal consorzio e neppure dalla società Externa, posto che gli oggetti sociali di entrambi gli enti non ricomprendono l'attività di riscossione tributi.

Non rileva sul punto che l'intenzione della stazione appaltante, evincibile da altre clausole del capitolato e dalla determinazione a contrarre, fosse quella di non affidare il servizio di riscossione.

La sezione non intende deflettere dalle consolidate acquisizioni della giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla

lex specialis esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della *par condicio* che non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis* (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).

Per completezza si rileva che l'art. 9 del capitolato, rubricato *caratteristiche del servizio*, al § 9.1. ha previsto espressamente che il sistema informativo fornito dalle imprese dovesse ricomprendere, *inter alios*, anche la <<*predisposizione del ruolo elettronico per consorzi esattorie*>>; come noto il ruolo è atto tipico del procedimento di riscossione sia delle entrate tributarie che extratributarie; tale precetto, conseguentemente, appare perfettamente compatibile e logicamente correlato con il contenuto dell'appalto quale individuato dall'art. 6 del bando.

6.2. Parimenti infondato è il primo mezzo di gravame.

Per una migliore intelligenza della vicenda in trattazione giova riportare l'art. 36 del codice dei contratti, rubricato - Consorzi stabili - vigente al momento dell'emanazione degli atti impugnati: <<1. Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non

inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

2. Il regolamento stabilisce le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente; stabilisce inoltre i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione.

3. Il regolamento detta le norme per l'applicazione del sistema di qualificazione ai consorzi stabili e ai partecipanti ai consorzi medesimi.

4. Ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile, nonché l'articolo 118.

5. È vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

6. Ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l'affidamento di lavori, la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale è pari al 20 per cento nel primo anno; al 15 per cento nel secondo anno; al 10 per cento nel terzo anno fino al compimento del quinquennio.

7. Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche>>.

Il comma 7 dell'art. 36 cit., successivamente alle modificazioni introdotte con il d.lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, inapplicabile ai fatti di causa, così recita <<*Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale*

qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche>>.

La tesi sostenuta dal consorzio Gives, fondata su una lettura atomistica della norma sancita dal comma 7, primo periodo, dell'art. 36 - nella versione risultante dalla novella del 2007 - che dovrebbe condurre alla applicazione indiscriminata della disposizione nei confronti di tutti i contratti di appalto, non è suscettibile di favorevole esame.

In primo luogo il collegio osserva che l'appellante invoca l'applicazione di una norma che non era vigente al momento della emanazione degli atti impugnati.

In ogni caso, anche sulla scorta di quanto assodato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (cfr. deliberazione n. 123 del 20 dicembre 2006) deve rilevarsi che:

a) la norma sancita dal più volte menzionato art. 36, co. 7, si limita a riprodurre analoga disposizione prevista dall'art. 11, l.

n. 109 del 1994 relativamente ai soli contratti di appalto di lavori pubblici;

b) il codice degli appalti ha, *in parte qua*, innovato ammettendo in generale che i consorzi stabili possano partecipare a tutte le gare di appalto (di servizi, forniture e lavori) limitando però la possibilità che il consorzio si avvalga delle qualificazioni possedute dalle imprese consorziate nei soli casi di appalti di lavori;

c) il sistema della qualificazione delle imprese riguarda storicamente solo quelle impegnate nel settore dei lavori pubblici; tanto è vero questo che ai consorzi generici operanti nel settore dei servizi e delle forniture si applica l'art. 35 del d.lgs. n. 163 cit. in forza del quale solo i requisiti delle attrezzature e dell'organico medio sono dimostrabili tramite le consorziate mentre, per tutto il resto, sono i consorzi che devono dimostrare di possedere in proprio i requisiti richiesti.

Deve concludersi pertanto nel senso che la possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalla singole imprese consorziate, prevista dall'art. 36, co.7, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza;
- condanna l'appellante a rifondere in favore della costituenda a.t.i. fra Linea Traffic s.r.l. e Tributaria Italia s.p.a. le spese, le competenze e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5000/00 (cinquemila), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di rimborso delle spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 ottobre 2008, con la partecipazione di:

Stefano Baccharini	- Presidente
Aldo Fera	- Consigliere
Filoreto D'Agostino	- Consigliere
Vito Poli Rel. Estensore	- Consigliere
Nicola Russo	- Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Vito Poli

IL PRESIDENTE

F.to Stefano Baccharini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 22/12/08

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi

Massima

1) La possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalla singole imprese consorziate, prevista dall'art. 36, co.7, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori.