

## **PARERE N. 13 DEL 14.02.2013**

### **PREC 149/12/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Campofelice di Fitalia– “Lavori di messa in sicurezza di emergenza (M.I.S.E) della discarica per i rifiuti solidi urbani (R.S.U.) sita in Contrada Cicerimigna del Comune di Campofelice di Fitalia”–. Importo a base di gara €671.425,53– S.A.: Comune di Campofelice di Fitalia.

**Iscrizione all’Albo Nazionale Gestione Rifiuti. Avvalimento. Illegittimità. Divieto di subappalto oltre ai limiti artt. 118 D.Lgs. 163/2006 e 170 d.P.R. 207/2010. Esclusione facoltà di subappalto, ma non esclusione impresa.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 10 maggio 2012 sono pervenute le istanze indicate in epigrafe con le quali il Comune di Campofelice di Fitalia ha segnalato una serie di irregolarità riscontrate nella documentazione presentata dalle ditte CAMPIONE INDUSTRIES S.p.a, GEO AMBIENTE S.r.l., QUADRIFOGLIO S.r.l. e CO.E.PE. S.r.l. partecipanti alla gara in oggetto. In particolare, la stazione appaltante chiede se sia ammissibile dimostrare l’iscrizione all’Albo nazionale gestione rifiuti Cat. 9 attraverso l’istituto dell’avvalimento e se sia corretto escludere dalla gara l’impresa che, contravvenendo a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, non ha dichiarato di possedere l’iscrizione al suddetto Albo.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 23 luglio 2012, la ditta CO.E.PE. s.r.l. ha ribadito la correttezza del proprio operato precisando che il requisito dell’iscrizione all’Albo nazionale gestione rifiuti è da considerarsi requisito di esecuzione e non di partecipazione alla gara.

#### *Ritenuto in diritto*

Con l’istanza di parere in oggetto, il Comune di Campofelice chiede un parere in ordine al comportamento da tenere nei confronti delle ditte sopra indicate per aver reso dichiarazioni in contrasto con il bando e il disciplinare di gara.

L’art. 12.4 del Bando di gara stabilisce che “I concorrenti dovranno essere iscritti all’Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 per un importo fino a 1.549.370,70: l’iscrizione non costituisce requisito di partecipazione, ma di esecuzione e pertanto dovrà essere dimostrato a questa stazione appaltante prima della stipulazione del contratto”. Il punto 4.30 del Disciplinare di Gara prevede, tra le dichiarazioni che devono essere rese, a pena di esclusione, quella “di essere iscritto all’Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 per importo fino a 1.549.370,70 ovvero di dimostrare l’iscrizione all’Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 per importo fino a 1.549.370,70 pena la revoca dell’eventuale aggiudicazione provvisoria, prima della stipula del contratto di appalto (vedi deliberazione AVCP n. 95 del 29.03.2007)”. E’ quindi evidente che il requisito prescritto non è stato richiesto dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alla gara, ma ai fini dell’esecuzione e, quindi, doveva essere posseduto e dimostrato solo in seguito all’aggiudicazione provvisoria, prima della stipula del contratto di appalto, come testualmente richiesto nella *lex*

*specialis* di gara. D'altro canto, che l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 sia un requisito di esecuzione e non di partecipazione è stato esplicitamente riconosciuto con deliberazione AVCP n. 95 del 29.03.2007.

La stazione appaltante contesta alla ditta CO.E.PE. s.r.l. di aver dichiarato che, in caso di aggiudicazione e prima della stipula del contratto si avvarrà - ai fini del possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti CAT 9 - di un'impresa qualificata, senza tuttavia specificare il nome dell'impresa.

Si pone quindi il problema di stabilire se il requisito in parola possa essere oggetto di avvalimento. Con determina n. 2 del 01.08.2012 questa Autorità ha escluso che i requisiti aventi una intrinseca natura soggettiva, in quanto acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso, possano formare oggetto di avvalimento. In particolare, sono stati esclusi la certificazione di qualità, l'iscrizione ad albi speciali, tra cui quello qui in rilievo, l'iscrizione alla camera di commercio, il possesso di specifiche abilitazioni e l'iscrizione in albi professionali. Peraltro, anche la giurisprudenza sembra in tal senso orientata. Con riferimento, ad esempio, alla certificazione di qualità, la giurisprudenza si è più volte pronunciata arrivando ad abbracciare tesi diverse, da quella secondo cui tale requisito, avendo natura soggettiva deve essere posseduto necessariamente da chi esegue la prestazione (*ex multis* TAR Campania, Sez. I, 13 ottobre 2011 n. 4796), a quella opposta che considera la certificazione di qualità requisito speciale di carattere pur sempre tecnico organizzativo e, come tale, suscettibile di avvalimento (TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 224). Un orientamento intermedio, invece, afferma che, affinché un'impresa possa avvalersi della certificazione di qualità di altra impresa, sarebbe necessaria una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione (Cons. St., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344). In questo contesto, è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di 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 requisito di qualità (a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e di tutti gli altri elementi aziendali). Si osserva tuttavia, che se l'impresa ausiliaria, che presta la propria certificazione di qualità, fosse obbligata a mettere a disposizione una serie di elementi che, in sostanza, si identificano con l'organizzazione aziendale, allora l'impresa principale (quella ausiliata) sarebbe titolare solo formalmente del rapporto contrattuale con l'ente appaltante, assumendo, al massimo, una funzione di supervisione e di coordinamento dell'attività dell'impresa ausiliaria. Ciò, invero, produrrebbe una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, che sarebbe la logica conseguenza della carenza in capo all'impresa principale (e titolare del contratto) dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione. Conseguentemente, anche se un altro operatore economico mettesse a disposizione la propria certificazione di qualità e la relativa organizzazione d'impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d'impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto (TAR Lazio, 22 dicembre 2011, n. 10080).

A ben vedere, le argomentazioni appena svolte con riferimento alla certificazione di qualità aziendale valgono anche con riferimento al possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale che, invero, oltre ad essere previsto obbligatoriamente dalla normativa nazionale (art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006) e dalla *lex specialis* di gara, presuppone comunque una specifica organizzazione aziendale, necessaria per assicurare il corretto espletamento di attività delicate e/o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche. Ciò concretizza una soggettività dell'iscrizione che non è equiparabile ad un requisito da poter prestare se disgiunto dall'organizzazione che l'ha conseguita.

A ciò si aggiunga che il requisito dell'iscrizione all'albo di che trattasi costituisce un requisito

che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti in quanto costituisce titolo autorizzatorio al suo esercizio, previsto in via obbligatoria dalla legge.

L'art. 212, comma 5, del D.lgs n. 152 del 2006 prevede, invero, 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...”*, dal che deriva che la normativa nazionale, proprio per la delicatezza e rilevanza delle funzioni svolte da tali soggetti (dal punto di vista ambientale ed igienico-sanitario), ritiene necessario che questi siano in possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tali da connotarli a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi. Vale inoltre rilevare che sebbene l'avvalimento risponda all'esigenza di assicurare una maggiore concorrenza nel mercato, le caratteristiche proprie dell'istituto non sono conciliabili con interessi di primario rilievo come la tutela dell'ambiente che, nel caso di specie, il legislatore nazionale ha inteso garantire prevedendo, per i soggetti che gestiscono rifiuti (anche pericolosi, come l'amianto), l'obbligo di iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale. Ne deriva che il requisito di iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali non può essere oggetto di avvalimento.

Chiarita la questione circa l'impossibilità per l'impresa concorrente di avvalersi del requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali, si fa presente che nel caso di specie la legge di gara introduceva tale requisito come elemento che avrebbe dovuto essere dimostrato in sede di aggiudicazione provvisoria, prima della stipula del contratto e non ai fini della partecipazione.

Pertanto, laddove la ditta CO.E.PE. s.r.l. dovesse risultare aggiudicataria provvisoria, ai fini dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, la stazione appaltante dovrà accertare il possesso del necessario requisito dell'iscrizione al predetto Albo, eventualmente conseguito dalla ditta nel corso della procedura.

Per quanto attiene, invece, il possesso obbligatorio della categoria OG12 di cui al D.P.R. 34/2000, la concorrente ha legittimamente dichiarato di ricorrere all'istituto dell'avvalimento con la ditta Tecnoimpianti 84 s.r.l.

La stazione appaltante contesta, poi, alle ditte CAMPIONE INDUSTRIES s.p.a. (istanza prot. 0045241/12/SS.GG./Prec.), QUADRIFOGLIO s.r.l. (istanza prot. 0045241/12/SS.GG./Prec.) e GEO-AMBIENTE s.r.l. (istanza prot. 0045242/12/SS.GG./Prec.) di non aver reso le dichiarazioni previste, a pena di esclusione, dal punto 4.30 del disciplinare di gara, relative al possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 per importo fino a 1.549.370,70, pena la revoca dell'eventuale aggiudicazione provvisoria, prima della stipula del contratto di appalto.

Al riguardo occorre considerare che l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti cat. 9 è un requisito obbligatorio per legge, ancorchè richiesto ai fini dell'esecuzione. Infatti, ai sensi dell'articolo 212, comma 5 del d. Lgs. n. 152/2006 *“Norme in materia ambientale”*, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali è requisito per lo svolgimento, tra le altre, delle attività di bonifica dei siti. L'allegato 3 al citato decreto legislativo, recante i criteri generali per la selezione e l'esecuzione degli interventi di bonifica e ripristino ambientale, di messa in sicurezza (d'urgenza, operativa o permanente), nonché per l'individuazione delle migliori tecniche d'intervento a costi sopportabili, accorpa gli interventi di bonifica e ripristino ambientale e di messa in sicurezza permanente, definendoli come interventi definitivi da realizzarsi sul sito non interessato da attività produttive in esercizio, al fine di renderlo fruibile per gli utilizzi previsti dagli strumenti urbanistici.

L'art. 46 co. 1 bis D.Lgvo 163/2006 (comma inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106) introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilisce che *“1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali*

*da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

Deve pertanto ritenersi che l'omessa dichiarazione di cui al punto 4.30 del disciplinare di gara non possa comportare l'esclusione della ditta, poiché il requisito qui in esame, seppure obbligatorio per legge, non era richiesto ai fini dell'ammissione alla gara, bensì ai fini dell'esecuzione della prestazione oggetto di appalto. Conseguentemente, in applicazione del principio generale della massima partecipazione alle gare pubbliche, deve evidenziarsi che tale omissione non può riflettersi negativamente sulla partecipazione alla procedura concorsuale. Naturalmente, in sede di verifica del possesso dei requisiti ai fini dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, la stazione appaltante dovrà accertare, in capo all'aggiudicatario provvisorio, il possesso del necessario requisito dell'iscrizione al predetto Albo, facendo eventualmente uso dei propri poteri di soccorso ai sensi del citato art. 46 comma 1 D.Lgvo 163/2006 secondo cui *“Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.*

Infine, la stazione appaltante solleva alla ditta GEO-AMBIENTE s.r.l. (istanza prot. 0045242/12/SS.GG./Prec.), oltre a quanto già analogamente evidenziato e chiarito in merito alle istanze delle ditte CAMPIONE INDUSTRIES s.p.a. e QUADRIFOGLIO s.r.l., l'ulteriore rilievo relativo alla illegittimità della dichiarazione *“di voler subappaltare l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti CAT 9 per l'intero importo dei lavori, non essendo la medesima iscritta a tale albo”.* Sostiene la stazione appaltante che il bando non lo consente prevedendo di poter subappaltare esclusivamente la categoria OG12 nei limiti di legge (30%) (cfr. punto 3.7. del Bando). Si legge nell'offerta della ditta GEO-AMBIENTE s.r.l., punto 4.25), testualmente *“Ai sensi dell'art. 118 L. 163/2006, dichiara in caso di aggiudicazione di voler riservarsi la facoltà di subappaltare la Cat. 9 per un importo fino a E. 1.549.370,70 non essendo iscritti in data odierna all'Albo Nazionale Gestione Rifiuti”.*

L'art. 118 D.Lgs. 163/2006 stabilisce che *“Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento”.* L'art. 170 D.P.R. 207/2010 stabilisce che *“1. La percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile o che può essere affidata a cottimo, da parte dell'esecutore, è stabilita nella misura del trenta per cento dell'importo della categoria, calcolato con riferimento al prezzo del contratto di appalto”.* Poiché nel bando di gara è stabilito che la categoria prevalente è quella delle opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale (cat. OG12, classifica III, € 697.573,85), subappaltabile nella misura di legge, è evidente che la GEO-AMBIENTE s.r.l. non può riservarsi la facoltà di subappaltare la Cat. 9 per un importo fino a E. 1.549.370,70. In ogni caso, detta dichiarazione *“preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto senza comportare l'esclusione dell'impresa che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultima in relazione ai lavori interessati dal subappalto (Cons. Stato, sezione V, 1229/2002; Cons. Stato, sezione VI, 557/2004).* In altri termini, il superamento delle percentuali di ammissibilità del subappalto o comunque dei limiti entro cui lo stesso è riconosciuto non comporta l'esclusione del concorrente, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione. Naturalmente, la carenza del requisito dell'iscrizione all'Albo qui in questione determinerà, in caso di difetto anche in sede di aggiudicazione definitiva, l'esclusione della ditta medesima, secondo quanto ampiamente sopra esposto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la ditta CO.E.PE. s.r.l. non può avvalersi dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali di altra impresa;
- l'omessa dichiarazione di cui al punto 4.30 del disciplinare di gara non può comportare l'esclusione delle ditte CAMPIONE INDUSTRIES s.p.a., QUADRIFOGLIO s.r.l. e GEO-AMBIENTE s.r.l., poiché il requisito in esame, seppure obbligatorio per legge, non è richiesto ai fini dell'ammissione alla gara, bensì ai fini dell'esecuzione della prestazione oggetto di appalto.
- ai sensi e nei limiti di cui agli artt. 118 D.Lgs. 163/2006 e 170 d.P.R. 207/2010 la GEO-AMBIENTE s.r.l. non può riservarsi la facoltà di subappaltare la Cat. 9 per un importo fino a E. 1.549.370,70; in ogni caso, detta dichiarazione, pur precludendo la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, non comporta l'esclusione dell'impresa che partecipa alla procedura.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22.02.2013*

Il Segretario Maria Esposito