

I limiti dell'avvalimento nel caso di requisiti generali di carattere "intrinsecamente" soggettivo: il caso dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali

di Libera Valla

Data di pubblicazione: 5-10-2016

1.L'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali per le categorie richieste è requisito di carattere generale, di tipo soggettivo, intrinsecamente legato al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido ed affidabile contraente per l'Amministrazione e che, pertanto, deve essere posseduto direttamente dalle imprese che partecipano alla gara, senza possibilità di mediazione attraverso il ricorso a rapporti negoziali di avvalimento né a contratti di consorzio.(1)

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez V, 6 novembre 2015, n.5070, Consiglio di Stato, sez V, 28 luglio 2015, n.3698, Consiglio di Stato, sez V, 5 novembre 2012, n.5595. In senso contrario Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496.

Guida alla lettura

Il ricorso all'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali è precluso dal comma 10 dell'art. 89 D.Lgs.50/2016, che, a sua volta, riproduce il comma 1bis dell'art. 49 del D.Lgs. 163/06 come novellato dall'art.34 del D.L. 133/2014.

Nonostante l'espressa previsione legislativa, il Giudice territoriale ribadisce il principio giurisprudenziale in base al quale il requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali non può essere soddisfatto attraverso l'avvalimento in quanto si tratta di requisito di tipo soggettivo "*intrinsecamente legato al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido ed affidabile contraente per l'amministrazione*".

Tale opzione ermeneutica induce a riflessioni in ordine alla individuazione dei requisiti "intrinsecamente soggettivi" per i quali "in generale" è precluso il ricorso all'avvalimento, ciò anche alla luce delle novità contenute nel nuovo codice.

L'avvalimento, istituito elaborato inizialmente dalla giurisprudenza comunitaria, è fondato sulla

necessità di potenziare la libertà di concorrenza delle imprese essendo funzionale a garantire la partecipazione alle procedure di gara e, nel contempo, la *par condicio* dei concorrenti.

La disciplina codicistica, in coerenza con la giurisprudenza e la normativa comunitaria, ha stabilito che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purchè vi sia in positivo un'adeguata prova della disponibilità dei requisiti prestati, dimostrando all'amministrazione aggiudicatrice che l'impresa concorrente disporrà dei mezzi necessari.

Fanno eccezione alla portata generale dell'istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale indicati nell'art. 80 dell'attuale codice (art. 38 D.Lgs. 163/2006) la cui assenza in capo al ricorrente integra un divieto di partecipazione alla gara (**c.d. requisiti di idoneità morale**). Le ragioni di tale esclusione, infatti, mirano a dimostrare l'affidabilità morale del concorrente, in assenza della quale un soggetto non può intrattenere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

Il ricorso all'avvalimento è altresì precluso per i requisiti di idoneità professionale, indicati nell'art.83, comma 1 lett. a) dell'attuale codice degli appalti (ex art.39 del D.lgs.163/2006).

A parere della giurisprudenza, infatti, tali requisiti non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettivo qualità dell'adempimento, essi sono relativi alla mera soggettiva idoneità (professionale) del concorrente (quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore) a partecipare alla gara d'appalto e ad essere quindi, contraente con la Pubblica Amministrazione.

Mentre l'individuazione dei requisiti soggettivi di idoneità morale non ha comportato problemi particolari, essendo specificati nell'articolo di riferimento, più problematica è stata l'individuazione dei requisiti di idoneità professionale non solo perché non specificatamente indicati ma per la loro "prossimità" con i requisiti di capacità tecnico – professionale di cui all'art. 83 co.1 lett. c).

Tale circostanza ha giustificato gli interventi sul punto dell'Autorità di vigilanza.

La Determinazione 2/2012, l'AVCP ha ritenuto che **l'iscrizione all'Albo Regionale delle imprese che gestiscono il servizio di trasporto scolastico**, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotata da un elevato tasso di "soggettività", configuri uno "status" e non possa essere oggetto di avvalimento.

Con il successivo parere n. 218 del 18 dicembre 2013, ha anche stabilito che **l'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio**, rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma.

Per quanto concerne **l'iscrizione agli albi professionali**, ha rilevato poi che *“essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc”*.

A parere dell'Autorità pertanto l'avvalimento non può riguardare il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali ed è compito della stazione appaltante verificare la sussistenza degli elementi indicati nel singolo caso.

Così a titolo esemplificativo, ha ritenuto non suscettibili di avvalimento:

- **la licenza prefettizia ex art.28 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza** (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in materia di produzione, detenzione e vendita di contrassegni distintivi delle Forze di Polizia, necessaria – ad esempio – per gli appalti di fornitura aventi ad oggetto uniformi o veicoli per i vari corpi di Polizia;

- **il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva**, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. legge 3 agosto 2007 n. 124 e DPCM 22 luglio 2011”.

- e **l'Albo dei Gestori Ambientali** (cfr T.A.R. Lazio, sez. II-ter, n. 10080 del 2011).

Con parere n.36 del 26 febbraio 2014 ha ricompreso tra i requisiti di idoneità professionale non passibili di avvalimento anche **l'iscrizione all'albo per l'accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali ex art. 53 D.Lgs. n.446/1997**.

Il nuovo codice seguendole indicazioni dell'Autorità di vigilanza e della giurisprudenza, all'art. 89 comma 1, ha previsto una disciplina specifica per i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali in base alla quale *“gli operatori economici possono avvalersi della capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richiesti”*.

Ha poi specificato all'art. 83 comma 3 che tra i requisiti di idoneità professionale di cui al comma 1 lettera a) per cui non è possibile ricorrere all'avvalimento rientra il possesso in capo al concorrente delle iscrizioni camerali corrispondenti all'oggetto dell'appalto.

Ha anche reiterato l'espresso divieto di avvalimento per il requisito relativo all'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali già introdotto nel vecchio codice dall'art. 34 del D.L. 133/2014 (attuale comma 10 art. 89 del D.lgs.50/2016).

L'espresso divieto di avvalimento per il requisito relativo all'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali introdotto nel 2014 in uno con il generale *favor* per l'avvalimento in quanto mezzo per incrementare la concorrenza e, ora, la disciplina specifica prevista nel nuovo codice per l'iscrizione camerale e l'iscrizione ad albi professionali sembrerebbe condurre ad un ripensamento degli approdi giurisprudenziali condivisi dalla sentenza in commento.

Il quadro normativo tracciato dal legislatore volto a disciplinare specificatamente solo alcune delle ipotesi per le quali in generale la giurisprudenza e l'Autorità escludevano il ricorso all'avvalimento sembra infatti portare ad un ridimensionamento dei requisiti "intrinsecamente soggettivi" la cui individuazione è rimessa, di volta in volta alla valutazione della stazione appaltante.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 104 del 2016, proposto da:
Tundo s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cantobelli, Marco Lancieri, con domicilio eletto in Bari, Via Vito Nicola De Nicolò, 7;

contro

Comune di Foggia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Dragonetti, Antonio Puzio, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi D'Ambrosio in Bari, piazza Garibaldi, 23;

nei confronti di

Cisa Ecologia - Consorzio Italiano Strade & Ambiente, rappresentato e difeso dagli avv.ti Glenda Prandi, Elena Guiducci, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Vernola in Bari, Via Dante, 97; Ci.Sa s.r.l.;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 77 del registro settoriale e n. 1441 del registro generale del 16 dicembre 2015, notificata alla ricorrente in data 14 gennaio 2016, con cui si provvedeva

ad aggiudicare in via definitiva al Cisa (Consorzio Italiano Strade) il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità, mediante bonifica ambientale dell'area interessata da incidenti stradali sulla strade comunali, ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. 163/2006, per la durata di anni tre;

- di ogni altro atto espressamente indicato in ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e di Cisa Ecologia - Consorzio Italiano Strade & Ambiente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Foggia con bando del 21 maggio 2015, per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità, mediante bonifica ambientale dell'area interessata da incidenti stradali sulla strade comunali, ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. 163/2006, per la durata di anni tre, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Espletate le formalità di gara, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle cinque imprese partecipanti, la gara è stata aggiudicata in via definitiva al Consorzio Cisa Ecologia, con determina n. 1441 del 16 dicembre 2015.

2. Avverso il prefato provvedimento di aggiudicazione è insorta la società ricorrente che ha proposto impugnativa deducendo motivi così rubricati:

l) Violazione dell'art. 10, punto 3, lett. a), del disciplinare di gara, degli artt. 34, 35, 36, 37 e 38 del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto

e di diritto e sviamento. In estrema e doverosa sintesi, secondo la ricorrente, il CISA Ecologia avrebbe dovuto essere escluso dalla gara atteso che: a) non essendo un consorzio stabile ma un consorzio ordinario, non poteva partecipare alla gara come soggetto autonomo e non poteva indicare una propria consorziata come soggetto esecutore del servizio; avrebbe, invece, dovuto partecipare alla gara con tutte le sue consorziate, ovvero, laddove avesse voluto parteciparvi solo con alcune di esse avrebbe dovuto partecipare in una delle forme previste dall'art. 34 d.lgs. 163/2006; b) sotto altro profilo, per non aver reso in sede di gara le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 163/2006 per tutti i consorziati; c) inoltre per non essere in possesso del requisito di cui all'art. 10, punto 3 lett. a), del disciplinare di gara, in quanto le attestazioni di corretta esecuzione dei servizi prodotte si riferiscono a soggetti terzi diversi da quelli che hanno presentato l'offerta.

II) Violazione dell'art. 10, punto 1, lett. d), e) ed f), del disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto.

Dall'esame del certificato camerale della CI.SA. s.r.l., cioè dell'Impresa indicata come materiale esecutrice del servizio, emergerebbe come la stessa non sia in possesso della necessaria iscrizione né al Registro delle Imprese, né all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria relativa alla bonifica dei siti inquinati (cat. 9), oltre che come "intermediario nella gestione dei rifiuti" (cat. 8), così come invece prescritto dal disciplinare di gara, sicché l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

III) Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza, disparità di trattamento, carenza di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto: dall'esame dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e dalla sua comparazione con l'analogo elaborato della ricorrente affiorerebbe l'estrema genericità e superficialità dell'offerta tecnica della prima rispetto ad ogni parametro di valutazione, in assoluta distonia con i punteggi attribuiti, lasciando così anche emergere evidenti profili di illogicità nell'operato della S.A..

3. Si sono costituiti il Comune di Foggia ed il Consorzio controinteressato, chiedendo la reiezione del gravame in quanto infondato in fatto e in diritto.

4. Con ordinanza cautelare n. 87 dell'11 febbraio 2016 è stata accolta la domanda incidentale di sospensiva.

5. All'udienza del 22 giugno 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Tanto premesso in fatto, nel merito il ricorso è fondato e merita accoglimento per le ragioni già sommariamente espresse nell'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare, con cui si è rilevato che *"non risulta l'iscrizione della CI.SA. s.r.l. all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la cat. 9, relativa alla bonifica dei siti inquinati, attività che anche viene ricompresa nell'oggetto dell'appalto"*.

7. Al fine di argomentare più ampiamente le ragioni dell'accoglimento del ricorso, giova principiare richiamando alcune chiarificatrici disposizioni del disciplinare di gara ed in particolare:

- l'art. 9 (Soggetti ammessi alla gara), secondo cui: *“i requisiti di carattere generale devono essere posseduti da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento o, in caso di consorzio, da tutte le imprese consorziate che partecipano alla presente procedura”*;

- l'art. 10 (Requisiti di partecipazione) con cui sono stati richiesti, tra l'altro, quali requisiti minimi, a pena di esclusione:

“d) iscrizione nel Registro delle Imprese della Camera di Commercio, o analogo Registro dello Stato di appartenenza, per l'attività di coordinamento e di gestione della manutenzione delle strade finalizzata al ripristino delle condizioni di sicurezza e di viabilità a seguito di incidenti stradali, e per l'attività di bonifica ambientale di siti inquinati;

e) iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori Ambientali, nelle categorie opportune per il corretto svolgimento del servizio oggetto della gara, conformemente al D. Lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152;

f) iscrizione come "intermediario nella gestione dei rifiuti"; nel rispetto dell'impianto previsto dal Sistema di Controllo della Tracciabilità dei Rifiuti (SISTR), secondo quanto previsto dal D. Lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152 e dalle altre norme vigenti in materia”.

7.1 Dalla lettura sistematica delle sopra richiamate disposizioni emerge con chiarezza come l'oggetto dell'appalto non fosse limitato alla attività ordinaria di reintegra delle matrici ambientali, compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, ricomprendendo anche l'attività di bonifica dei siti inquinati oggetto di intervento, come risulta peraltro evincibile dalla richiesta di iscrizione nel registro delle imprese anche per la precisata attività di bonifica (cfr. art. 10, parte 1, lett. d) u.p.). Dunque, l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori Ambientali nelle categorie opportune per il corretto svolgimento del servizio, essendo propedeutica all'iscrizione camerale, non poteva non riguardare anche la categoria 9, appunto relativa alla bonifica dei siti inquinati; attività d'altra parte del tutto coerente con le operazioni di messa in sicurezza richieste al concessionario in caso di dispersione di sostanze inquinanti pericolose sul sedime stradale.

7.2 Le superiori considerazioni risultano del resto confortate anche dalla puntuale descrizione delle attività oggetto dell'appalto, specificamente individuate dal Disciplinare (art. 2), tra le quali risultano espressamente inclusi *“interventi rilevanti”* consistenti nella *“attività di bonifica di siti inquinati a seguito di incidenti di grave entità che determinano la dispersione sul sedime stradale e sulle sue pertinenze di merci pericolose trasportate”*.

7.3 Orbene, come rimarcato dalla deducente società, dall'esame del certificato camerale della CI.SA. s.r.l., cioè dell'impresa indicata come materiale esecutrice del servizio, emerge come la stessa non sia in possesso della necessaria iscrizione né al Registro delle Imprese, né all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria relativa alla bonifica dei siti inquinati (cat. 9), risultando in possesso delle sole iscrizioni alle categorie 1F, 4C e 5F.

7.4 Peraltro, come perspicuamente argomentato in ricorso ed ulteriormente replicato dalla ricorrente con memoria depositata in data 6 giugno 2016, analoghe considerazioni vanno svolte in ordine all'assenza in capo alla società CI.SA del requisito dell'iscrizione all'Albo per

la categoria 8, relativa all'intermediazione di rifiuti, chiaramente richiesta quale requisito di partecipazione in capo a tutti i concorrenti, a prescindere dal rispetto del sistema di tracciabilità dei rifiuti SISTRI, al quale sono tenuti ad aderire i soggetti indicati dall'art. 188 *ter* del d.lgs. 152/2006, al diverso fine di assicurare la sicurezza complessiva della gestione dei rifiuti e che in alcun modo qualifica i concorrenti ma solo le relative attività.

7.5 Evidentemente l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali per le categorie richieste è requisito di carattere generale (*cf.* Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2015, n. 5070), di tipo soggettivo, intrinsecamente legato al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione e che, pertanto, deve essere posseduto direttamente dalle imprese che partecipano alla gara, senza possibilità di mediazione attraverso il ricorso a rapporti negoziali di avvalimento né a contratti di consorzio.

8. In conclusione il ricorso è accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e con assorbimento degli ulteriori motivi.

9. Va peraltro respinta l'istanza risarcitoria, atteso che, in ragione dell'accoglimento della domanda impugnatoria, la ricorrente ha conseguito la concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto *de quo*, previo svolgimento delle verifiche eventualmente ritenute necessarie dalla S.A., non risultando nelle more stipulato il contratto con l'aggiudicataria.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione comunale di Foggia nei termini indicati in dispositivo. Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda principale e per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- respinge la domanda risarcitoria.

Condanna l'Amministrazione comunale di Foggia alla refusione delle spese di lite nei confronti della parte ricorrente, che si liquidano in €. 2.000,00, oltre accessori come per legge. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore



Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario