

Il requisito soggettivo non avvalibile dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali

di Fulvio Ingaglio La Vecchia

Data di pubblicazione: 13-12-2016

1. In tema di appalti è illegittima la previsione di un bando per lavori di bonifica ambientale che ammette la partecipazione di concorrenti in difetto del requisito di iscrizione – per una categoria determinata – all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali. E' parimenti illegittima la possibilità di procurarsi il requisito tramite avvalimento.
2. E' illegittima la verifica del possesso del requisito di partecipazione al solo tempo della stipula del contratto, trattandosi di requisito di ammissione.
3. Non è illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela della gara adottato non al solo fine di rimediare alla pregressa illegittimità ma al fine di emendare il bando nella parte in cui ammetteva illegittimamente la partecipazione ai soli concorrenti non aventi sede in Sicilia.

Guida alla lettura

La fattispecie posta alla considerazione del TAR isolano vedeva l'impugnazione tanto degli atti ammissivi alla gara di soggetti privi di **requisiti di partecipazione**, quanto di un sopravvenuto provvedimento di annullamento in autotutela dell'intera procedura.

Il TAR non dubita in alcun modo della necessità del possesso del **requisito soggettivo dell'iscrizione**, per una specifica categoria (cat. 4 – Classe E), all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali e dell'impossibilità di procurare il medesimo tramite avvalimento.

Parimenti, precisa seccamente il T.A.R., è illegittimo quale bando che preveda la verifica del requisito stesso in sede di stipula del contratto piuttosto che in sede di ammissione alla gara, dovendo il requisito medesimo essere posseduto al tempo della partecipazione alla gara.

Infine, divisa il G.A., di rigettare l'impugnazione del provvedimento di **annullamento** dell'intera gara non determinato soltanto dalla necessità di rimediare alla prefata illegittimità – che avrebbe piuttosto potuto trovare corretta soluzione nell'annullamento in **autotutela** dei soli provvedimenti di ammissione dei concorrenti illegittimamente ammessi - ma determinata dalla necessità di emendare il bando alla radice, rimuovendo le illegittime previsioni in virtù delle quali esso ammetteva illegittimamente la partecipazione alla gara di soli concorrenti non aventi sede in Sicilia, in possesso del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, per

la Categoria 4 Classe E anche per la **Categoria** 9 avente ad oggetto la bonifica dei siti, laddove il bando richiedeva solo la Categoria 4, avente ad oggetto “raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi”.

La categoria 9 era infatti del tutto pertinente all’oggetto dell’appalto, consistente appunto in lavori di bonifica, che, tuttavia, non era stata prevista tra i requisiti di partecipazione alla prima procedura.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2016, proposto da:

SEAP Srl, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con la ECOIN s.r.l., nonché ECOIN s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t, rappresentate e difese dall'avvocato Francesco Buscaglia (C.F. BSCFNC68E01A089I), con domicilio eletto presso Angelo Vassallo in Palermo, via Dante, 55;

contro

Regione Sicilia - Assessorato dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dip. della Prot. Civile, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria in Palermo, via A. De Gasperi, 81;

nei confronti di

Aemme Srl, Pinto Vraca Srl, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della lettera d'invito, prot. n. 578, del 07.12.2015, relativa alla procedura negoziata ex artt. 122 comma 7, e 57 comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii., indetta dagli Enti resistenti per l'appalto dei " Lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" (CUP:J52G11000410001- CIG: 6502530980)": nella sua parte in cui al punto 6.1 prescrive che, in caso di mancanza del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento" ed altresì prevede che "detto ultimo requisito dovrà essere posseduto, e sarà verificato, con riferimento al momento della stipula del contratto" ed in tal modo concede illegittimamente alle concorrenti la facoltà di surrogare in regime di avvalimento detto requisito di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (cat. 4- classe E) e di verificarne il possesso al momento della stipula del contratto e non all'atto della presentazione delle istanze di partecipazione ovvero in sede di gara;

- dei verbali di gara nn. 1 del 04.01.2016, 2 del 07.01.2016, 3 del 13.01.2016 nella loro parte in cui illegittimamente dispongono e determinano l'ammissione alla procedura negoziata di cui trattasi, e non escludono, le concorrenti Aemme S.r.l. e Pinto Vraca S.r.l.;

- del verbale di gara n. 4 del 20.01.2016 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto di cui trattasi in favore della concorrente Aemme S.r.l.;

- del decreto n. 166 del 24.02.2016 con cui gli Enti resistenti dispongono l'annullamento in autotutela della procedura negoziata, come sopra indetta e celebrata, e danno mandato al RUP di dare avvio alle nuove procedure per l'affidamento dei medesimi "Lavori di bonifica

ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa';

- nonchè della relazione del RUP ad esso presupposta ed ivi allegata;

ed occorrendo

- della nota, prot. n. 5045, del 03.02.2016 con cui gli Enti resistenti rigettano le istanze di riesame, rettifica ed annullamento in autotutela formulate dal ricorrente per il tramite di apposita informativa ex art. 243 bis del D. Lgs. n.163/2006 del 22.01.2016 e con successiva nota del 02.02.2016;

- della nota, prot. n. 8336, del 24.02.2016 con cui gli Enti resistenti comunicano l'annullamento in autotutela della procedura negoziata precedentemente indetta;

- della lettera d'invito, prot. n. 8548, del 25.02.2016 relativa alla procedura negoziata ex artt 122 comma 7, e 57 comma 6 del D. Lgs n. 163/2006e ss.mm.ii. nuovamente indetta dagli Enti resistenti per l'appalto dei medesimi "Lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" (CUP: J52G11000410001 - CIG: 660441687D)";

- della nota, prot. n. 11248, del 14.03.2016 con cui gli Enti resistenti comunicano l'avvio delle nuove operazioni di gara per la data del 18.03.2016;

per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto, ovvero nell'ipotesi in cui sia stato stipulato il contratto predetto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 comma 1, lett e) e d) e 122 del D.Lgs n. 104/2010;

- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro nello stesso che fin d'ora, in quanto occorra, formalmente si esplicita;

- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 del D. Lgs 104/2010

-nonché per l'accoglimento, nelle subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto.

ovvero, in caso di parziale espletamento dei lavori da parte della controinteressata, venisse consegnata soltanto una parte dello stesso,

e per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni intimate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 la dott.ssa Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 17 marzo 2016 e depositato il successivo giorno 24, la Società SEAP e la Società ECOIN hanno impugnato la lettera d'invito, prot. n. 578, del 07.12.2015 relativa alla procedura negoziata ex artt. 122 comma 7, e 57 comma 6, D. Lgs. n. 163/2006 per l'appalto dei "Lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" (CUP: J52G11000410001 - CIG: 6502530980)", nella parte in cui al punto 6.1. prescrive che "in caso di mancanza del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento", i verbali di gara nn. 1 del 04.01.2016, 2 del 07.01.2016, 3 del 13.01.2016 nella parte in cui dispongono l'ammissione alla procedura, e non escludono, le concorrenti Aemme S.r.l. e Pinto Vraca S.r.l.; il verbale di gara n. 4 del 20.01.2016 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto di cui trattasi in favore della concorrente Aemme S.r.l. e il decreto n. 166 del 24.02.2016, e relativa nota di comunicazione prot. n. 8336, con cui gli Enti resistenti dispongono l'annullamento in autotutela della procedura negoziata come sopra indetta e celebrata e danno mandato al RUP di dare avvio alle nuove procedure per l'affidamento dei medesimi 'Lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa', ed occorrendo della nota, prot. n. 5045, del 03.02.2016 con cui gli Enti resistenti rigettano le istanze di riesame, rettifica ed annullamento in autotutela formulate dal ricorrente per il tramite di apposita informativa ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006 del 22.01.2016 e con successiva nota del 02.02.2016.

È impugnata pure la lettera d'invito, prot. n. 8548 del 25.02.2016 relativa alla procedura negoziata nuovamente indetta dagli Enti resistenti per l'appalto dei medesimi `Lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" (CUP: J52G11000410001 - CIG: 660441687D)", insieme alla nota, prot. n. 11248, del 14.03.2016 con cui gli Enti resistenti comunicano l'avvio delle nuove operazioni di

gara per la data del 18.03.2016.

La parte ricorrente, articolando censure di violazione di legge e di eccesso di potere, si duole della illegittima ammissione in gara delle due controinteressate, che, in quanto prive della prescritta iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, nella cat. 4 – Classe E, dichiaravano di voler fare ricorso all'istituto dell'avvalimento, in palese violazione dell'art. 49, co. 1 bis, D.lgs. n. 163/06, rappresentando, tuttavia, come fosse la stessa lettera d'invito a prevedere illegittimamente, all'art. 6.1., il ricorso all'istituto in argomento.

Si duole poi la parte ricorrente dell'annullamento in autotutela dell'intera gara, in luogo della immediata aggiudicazione della stessa in suo favore, con la conseguente indizione di nuova procedura.

Si costituivano le amministrazioni intimete, con memoria di pura forma.

La Sezione accoglieva la domanda cautelare con ordinanza n. 482 dell'8 aprile 2016, che veniva riformata dal giudice d'appello (CGA, ord. n. 358 del 27 maggio 2016).

In vista della trattazione del merito le parti depositavano memorie, insistendo nelle rispettive tesi difensive; l'Avvocatura dello Stato chiedeva, inoltre, l'estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio e della Presidenza della Regione Siciliana.

All'udienza pubblica del 6 ottobre 2016 la causa è stata chiamata e posta in decisione.

2. Va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dall'Avvocatura dello Stato con la memoria del 13 luglio 2016.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri non risulta estranea alla lite, posto che gli atti principali impugnati sono formalmente adottati proprio da "Presidenza del Consiglio dei Ministri – Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità – Dipartimento Regionale dell'Acqua e dei Rifiuti ex O.C.D.P.C. n. 33 del 28/12/2012 e ss.mm.ii.". È vero che ai sensi dell'art. 8 della predetta ord. n. 33/12, a decorrere dall'1 gennaio 2013 è il Direttore generale del Dipartimento ad essere responsabile delle iniziative finalizzate a regolare la chiusura dello stato di emergenza, ma, in virtù di successive proroghe, è ancora vigente un regime lato sensu di specialità (v., da ult., ord. n. 326 del 22 marzo 2016), che vieppiù giustifica la notifica del ricorso anche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Non risulta invece dagli atti di causa che sia stata formalmente intimata anche la Presidenza della Regione Siciliana.

3. Quanto al merito, ritiene il Collegio, anche ad una più approfondita valutazione che tiene in debito conto le articolate considerazioni svolte dal giudice d'appello in sede cautelare, che il ricorso non possa essere accolto.

3.1. Non v'è dubbio che la previsione del bando fosse illegittima e che conseguentemente le due società controinteressate, carenti in proprio del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale

Gestori Ambientali, non avrebbero dovuto poter concorrere alla gara.

Deve, tuttavia, essere evidenziato che l'annullamento in autotutela della gara non risulta posto in essere all'esclusivo fine di porre rimedio all'erronea formulazione dell'art. 6.1. della lettera d'invito, che ammettendo il ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo si poneva in violazione dell'art. 49, co. 1 bis, D.lgs. n. 163/06.

Se questa fosse stata la sola ragione dell'annullamento e dell'indizione di una nuova gara, come opportunamente evidenziato dal CGA, l'autotutela dell'amministrazione avrebbe dovuto manifestarsi all'interno della procedura già avviata, escludendo le controinteressate e aggiudicando i lavori alla Seap terza in graduatoria, anziché annullare l'intera procedura.

Ma, invero, il decreto n. 166 del 24 febbraio 2016, dopo aver dato atto dell'illegittima formulazione del punto 6.1. della lettera di invito, per le ragioni sopradette e già dedotte dall'odierna ricorrente con l'informativa ex art. 243 bis D.lgs. n. 163/06, procede all'annullamento, ritenendo "inoltre, di dovere estendere l'invito alla nuova procedura di appalto, anche a tutte le ditte aventi sede nel territorio siciliano, in possesso del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, per la Categoria 4 Classe E e per la Categoria 9", laddove sempre il predetto punto 6.1. richiedeva solo la Categoria 4, avente ad oggetto "raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi".

Orbene, la Categoria 9 è proprio quella avente ad oggetto la bonifica dei siti; si tratta, quindi, di categoria pertinente all'oggetto dell'appalto, che consiste appunto in lavori di bonifica, che non era stata prevista tra i requisiti di partecipazione alla prima procedura di cui la ricorrente chiede qui il mantenimento in vita.

Come argomentato dalla difesa dell'Assessorato, l'assenza di tale requisito di iscrizione nella prima gara costituiva pure un grave vulnus della stessa, potendo mettere a rischio l'esecuzione a regola d'arte dei lavori appaltati.

Su questo specifico profilo parte ricorrente non ha mosso rilievi di sorta ed ha anzi preso parte alla nuova procedura di gara, sicchè la determinazione assunta dall'amministrazione, così come complessivamente letta e valutata, non può essere posta nel nulla.

3.2. Peraltro, se, in astratto, l'annullamento in autotutela con indizione di nuova gara poteva presentarsi in contrasto con le stesse finalità di urgenza indicate nella motivazione dell'atto del 24 febbraio 2016, la puntuale specificazione dei requisiti di iscrizione all'Albo da un lato e l'immediato avvio delle nuove procedure di gara, già con nota del giorno successivo (prot. n. 8548 del 25 febbraio 2016) ed il suo espletamento giorno 18 marzo 2016 (l'aggiudicazione provvisoria è del successivo giorno 21, come riconosciuto dalle parti nel corso della discussione) dall'altro, escludono che gli atti siano viziati da eccesso di potere per irrazionalità e violazione del principio dell'affidamento.

4. Per tutte le ragioni che precedono il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi, stante la peculiarità della vicenda, per la compensazione delle spese

della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere