

La mancanza del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali non può essere colmata mediante il ricorso al subappalto

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 17-2-2017

1. L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per le categorie richieste è requisito 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.

2. L'eventuale carenza di tale requisito non può essere colmata attraverso l'utilizzo del subappalto, che rappresenta una mera modalità di esecuzione (indiretta) dei lavori da parte di un soggetto che deve essere pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla legge e dalla disciplina di gara per l'ammissione alla procedura.

3. Il subappalto è altra cosa rispetto all'avvalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al fine esclusivo della esecuzione dei lavori, e che avrà eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà, dopo la stipulazione del contratto appaltatore, potendo, solo a partire da quel momento procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto.

4. Tutto quanto attiene alla fase esecutiva dell'appalto presuppone già individuato un appaltatore munito dei prescritti requisiti.

5. E' solo con riguardo all'istituto dell'avvalimento che può porsi un problema di individuazione dei requisiti che devono/non devono essere posseduti direttamente dal concorrente, siccome è solo questa la "sede" che attiene ai requisiti che devono essere posseduti da chi partecipa, indipendentemente da come, una volta vinta la gara, decida di eseguire servizi/lavori/forniture.

Ciclat Trasporti Ambiente soc. cop., Ge.Se.Pu. s.p.a., Soc. P.I. 2000 a r.l., Teknocostruzioni s.a.s., Albatros Ecologia Ambiente e Sicurezza a r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Francesco Antonio Caputo C.F. CPTFNC64L27D086A, con domicilio eletto presso Giuseppe Cozzi in Bari, corso Cavour n.31;

contro

Provincia di Foggia, Comune di Alberona, Comune di Biccari, Comune di Castelluccio Valmaggiore, Comune di Celle San Vito, Comune di Faeto, Comune di Orsara di Puglia, Comune di Roseto Valfortore, Comune di Troia;

A.R.O. - Fg/7, in persona del Presidente legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Lagrotta C.F. LGRGNZ69P14G942M, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Prospero Petroni n. 15;

Comune di Lucera, in persona del Sindaco legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Lagrotta C.F. LGRGNZ69P14G942M, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Prospero Petroni n. 15;

per l'annullamento

del disciplinare di gara n. 31/16 e del relativo bando avente ad oggetto un procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti urbani e assimilati, nella parte in cui prevedono il possesso in capo al concorrente del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali;

nonché di tutti gli atti connessi e consequenziali, ai fini della rinnovazione della gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.R.O. - Fg/7 e del Comune di Lucera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2017 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato il 5/10/16 e depositato l'11/10/16, le società in epigrafe indicate hanno adito l'intestato Tribunale al fine di ottenere l'annullamento degli atti innanzi compiutamente elencati, ai fini della rinnovazione del procedimento di gara deducendo l'illegittimità dei chiarimenti nn. 7 e 20 resi dalla S.A. che determinano l'impossibilità per le ricorrenti di partecipare alla gara, siccome escludono che il requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (per la categoria 9 classe E e la categoria 10/A classe E) possa essere posseduto dalle imprese subappaltatrici indicate ex art. 105 d. lgs n. 50/16 in luogo delle imprese concorrenti.

Con due “collegati” motivi di ricorso, le ricorrenti contestano le affermazioni della stazione appaltante di contenuto preclusivo rispetto alla partecipazione alla gara, risolvendosi in un diniego di subappalto che, anche alla luce della giurisprudenza della CGUE, esigerebbe specifica motivazione; il tutto anche considerando che sia l’art. 89 co. 10 del nuovo codice appalti che il bando di gara espressamente vietano di soddisfare il predetto requisito solo a mezzo dell’istituto dell’avvalimento.

2 - Il Comune di Lucera e l’A.R.O. Fg-7 hanno resistito alla domanda, eccependo preliminarmente l’irricevibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto (essendo la clausola escludente già chiaramente contenuta nel bando di gara) e, quindi, l’inammissibilità dello stesso per carenza di interesse, non avendo le ricorrenti partecipato alla gara, se del caso in una delle forme “associative” consentite dalla lex specialis. Nel merito, hanno richiamato la giurisprudenza di primo e secondo grado che ha ritenuto l’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali requisito soggettivo di partecipazione, con ciò dovendosi ritenere legittime le clausole del bando e del disciplinare.

3 - All’udienza del 31/1/2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4 - La domanda non merita accoglimento.

4.1 - Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dall’orientamento già proprio di questo TAR, secondo cui “l’iscrizione all’Albo Nazionale dei gestori ambientali per le categorie richieste è requisito di carattere generale (cfr. 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” (T.A.R. Puglia, Bari, sez I, sent. 22/9/16 n. 1126).

Ne consegue che legittimamente gli atti gravati prevedono la predetta iscrizione tra le condizioni di partecipazione alla gara, peraltro anche in relazione ad attività che – contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente – non può essere ritenuta accessoria, non essendo in tal senso qualificata né dal disciplinare di gara né dal capitolato speciale prestazionale versati in atti.

4.2 - Né tale carenza è superabile attraverso l’utilizzo del subappalto: “Quest’ultimo, consentito dall’art. 118 del d.lgs. n.163/2006 per la categoria prevalente nella misura massima del 30%, rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l’eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell’offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante. Questi, come si è detto, può integrare, nel caso ciò non sia vietato dal bando, le proprie carenze in materia di requisiti mediante il cosiddetto avvalimento, che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara, ma il subappalto è, invece, altra cosa rispetto all’avvalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al solo fine della esecuzione dei lavori, e che avrà

eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà, dopo la stipulazione del contratto appaltatore, potendo, solo a partire da quel momento procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto" (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20/6/11 n. 3698 in termini, l'ANAC http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine/_consultazioni/_allegatoConsultazione?idAllegato=3f3417530a7780a5012f34782b7113cf).

Conclusioni, quelle che precedono, che non trovano smentita nella nuova disciplina del subappalto ex art. 105 d. lgs. 50/16, applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*, né nelle linee guida ministeriali per la compilazione del modello di formulario DGUE (Documento di Gara Unico Europeo, all. 10 produzione ricorrente), nella parte in cui prevedono la compilazione di separato DGUE anche da parte del subappaltatore.

4.3 - Quanto al secondo motivo di ricorso, ne va dichiarata l'infondatezza in quanto, in primis, la *lex specialis*, non prevede – contrariamente a quanto sembra ritenere parte ricorrente – un generalizzato diniego di subappalto.

4.3.1 - Inoltre, il fatto che il bando di gara escluda espressamente che il requisito in parola possa essere oggetto di avvalimento rispecchia la *voluntas* del legislatore nazionale che all'art. 89 co. 10 del nuovo codice degli appalti prevede – in sostanziale continuità con l'art. 49 co. 1 bis d. lgs n. 163/06 - che "L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152". La norma, proprio partendo dal presupposto che l'iscrizione all'ANGA sia un requisito soggettivo, lo ha sottratto al regime dei requisiti legati alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione (cc.dd. oggettivi), suscettibili di essere soddisfatti mediante avvalimento.

Partendo da tale premessa, può affermarsi, conclusivamente che la mancanza – a livello normativo, ma pure di *lex specialis* – di analogo divieto con riferimento al subappalto, non consente di ritenere, per ciò solo, ammesso il subappalto, ove solo si ponga mente alla diversità ontologica tra i due istituti, operanti su livelli differenti ed attinenti a momenti differenti della "vicenda concorsuale" complessivamente considerata (partecipazione/esecuzione). Risulta, pertanto, quanto mai "sfuggente" la ratio sottesa alla (invocata) necessità di analogo previsione per il subappalto, dal momento che tutto quanto attiene alla fase esecutiva dell'appalto presuppone già individuato un appaltatore munito dei prescritti requisiti: in altri termini, è solo con riguardo all'istituto dell'avvalimento che può porsi un problema di individuazione dei requisiti che devono/non devono essere posseduti direttamente dal concorrente, siccome è solo questa la "sede" che attiene ai requisiti che devono essere posseduti da chi partecipa, indipendentemente da come, una volta vinta la gara, decida di eseguire servizi/lavori/forniture.

5 - L'infondatezza nel merito dei motivi di ricorso consente di superare l'eccezione preliminare di tardività.

6 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le ricorrenti in solido alla refusione delle spese nei confronti della Provincia di Foggia e dell'A.R.O. Fg/7 che liquida in euro 1.000,00 ciascuno, oltre accessori come per legge.

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

omissis

GUIDA ALLA LETTURA

L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per le categorie richieste è **requisito soggettivo** afferente all'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica, che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche

Essa costituisce un **requisito generale** collegato al dato esperienziale ed aziendale dell'idoneità ad eseguire commesse analoghe a quella da affidarsi, che **non può essere oggetto di avvalimento** in quanto non equiparabile ad un requisito "*trasferibile*" da un operatore economico all'altro, costituendo, piuttosto, una **pre-condizione che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti in quanto rappresenta un titolo autorizzatorio al suo esercizio**.

La possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa i requisiti previsti dalla normativa di cui all'art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006 a tutela del bene ambientale, anche perché **non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della quantità) di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi**, il che non è conciliabile con interessi di primario rilievo come la tutela dell'ambiente che, nel caso di specie, il legislatore ha voluto garantire prevedendo, per i soggetti che gestiscono rifiuti, l'obbligo di iscrizione all'Albo in questione.[\[1\]](#).

Tale indirizzo è stato recepito dall'art. 49, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, come novellato dall'art. 34 del d.l. n. 133 del 2014, ove è stabilito che l'istituto dell'avvalimento “*non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152*”.

La norma trova conferma nel nuovo codice all'art. 89, comma 10 (“*L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*”).

Nel caso esaminato dalla sentenza in rassegna una stazione appaltante, in applicazione dei delineati principi, aveva previsto nella *lex specialis* l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali tra le condizioni di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana, precisando, in sede di chiarimenti, che l'eventuale carenza di tale requisito non potesse essere colmata dalle imprese concorrenti attraverso il ricorso al subappalto.

Contro le suddette prescrizioni di gara, e i relativi atti consequenziali, era stato presentato un ricorso volto ad ottenere la rinnovazione della procedura e fondato sull'asserita illegittimità dei chiarimenti resi dalla S.A. per aver essi precluso alle ricorrenti la partecipazione alla procedura nella misura in cui avevano categoricamente escluso che il requisito in parola potesse essere posseduto dalle imprese subappaltatrici, indicate ex art. 105 D.lgs n. 50/16, in luogo delle imprese concorrenti.

Tanto avrebbe configurato, secondo la tesi delle ricorrenti, un immotivato (e per questo illegittimo) diniego di subappalto, ciò pur nell'assenza di una norma corrispondente a quella dell'art. 89 co. 10 del nuovo codice appalti, che espressamente vieta di soddisfare il predetto requisito solo a mezzo dell'istituto dell'avvalimento.

La III sezione del Tar Bari ha rigettato il ricorso rilevando che “*l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per le categorie richieste è requisito..... 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*”.

Va, pertanto, considerata come legittima la *lex specialis* nella parte in cui annovera tale requisito tra le condizioni di partecipazione alla gara, riferendolo, peraltro, nel caso specifico, ad un'attività non accessoria.

Nè, a parere del Collegio, l'eventuale carenza del detto requisito può essere colmata attraverso l'utilizzo del subappalto, che rappresenta una **mera modalità di esecuzione**

(indiretta) dei lavori da parte di un soggetto che deve essere pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla legge e dalla disciplina di gara per l'ammissione alla procedura[\[2\]](#).

Sotto questo profilo il subappalto è... altra cosa rispetto all'avvalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al solo fine della esecuzione dei lavori, e che avrà eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà, dopo la stipulazione del contratto appaltatore, potendo, solo a partire da quel momento procedere ad attivare la procedura per dare corso al subappalto[\[3\]](#).

Seguendo la descritta linea di ragionamento la Sezione giunge alla conclusione che nel caso di specie il disciplinare non contiene un generalizzato diniego di subappalto, limitandosi semmai a vietare (legittimamente) l'integrazione postuma di un requisito, quello dell'iscrizione all'Albo di cui all'art. 212 del D.lgs. 152/2006, prescritto ai fini della partecipazione alla gara.

Non ha, inoltre, alcun rilievo il fatto che il bando di gara (e, prim'ancora, la legge) escluda espressamente che il requisito *de quo* possa essere oggetto di avvalimento. La *ratio* di detta prescrizione risiede, infatti, nella particolare natura dell'iscrizione all'ANGA, che costituisce, lo abbiamo visto, un requisito soggettivo come tale sottratto al regime dei requisiti legati alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione (cc.dd. oggettivi), suscettibili di essere soddisfatti mediante avvalimento.

La mancanza di analogo divieto con riferimento al subappalto, non consente di ritenere, per ciò solo, ammesso il subappalto, ove solo si ponga mente alla diversità ontologica tra i due istituti, operanti su livelli differenti ed attinenti a momenti differenti della "vicenda concorsuale" complessivamente considerata (partecipazione/esecuzione). Tutto quanto attiene alla fase esecutiva dell'appalto presuppone già individuato un appaltatore munito dei prescritti requisiti: in altri termini, è solo con riguardo all'istituto dell'avvalimento che può porsi un problema di individuazione dei requisiti che devono/non devono essere posseduti direttamente dal concorrente, siccome è solo questa la "sede" che attiene ai requisiti che devono essere posseduti da chi partecipa, indipendentemente da come, una volta vinta la gara, decida di eseguire servizi/lavori/forniture.

[\[1\]](#) Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28/07/2015, n. 3698; cfr. anche deliberazione

A.V.C.P., 19 giugno 2013 n. 28; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 luglio 2012 n. 5595

[2] Un principio analogo, seppur riferito al possesso dei requisiti “*speciali*” di carattere tecnico-organizzativo, è stabilito, in ordine alla partecipazione alle gare finalizzate all'affidamento di lavori pubblici, dall'art. 92 del DPR 207/2010, tuttora in vigore, secondo cui “*il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori*” In tal caso il subappalto è consentito (nei limiti di legge e) a condizione che l'impresa subappaltante sia comunque in possesso di una qualificazione tecnica complessiva per tutto l'importo dei lavori.

[3] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20/6/11 n. 3698 in termini, l'ANAC http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine/_consultazioni/_allegato/Consultazione?idAllegato=3f3417530a7780a5012f34782b7113cf