

Pubblicato il 19/04/2017

N. 01825/2017REG.PROV.COLL.
N. 06357/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6357 del 2016, proposto da:

Delta Lavori s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Morgante, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria della Sezione in Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di Penne, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Deco s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Xavier Santiapichi, con domicilio eletto presso lo studio Studio legale Santiapichi in Roma, via Antonio Bertoloni, 44/46;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA, SEZIONE I, n. 285/2016, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di bonifica e messa in sicurezza permanente della discarica sita in località Colle Feudo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Deco s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Nicoletta Tradardi (su delega di Santiapichi) e Morgante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che il Comune di Penne ha aggiudicato alla società Delta, odierna appellante, la gara d'appalto per la bonifica e messa in sicurezza di una discarica di rifiuti.

Il bando non prevedeva l'iscrizione all'*Albo Nazionale Gestori Ambientali* - Cat. 9 quale requisito di ammissione.

La seconda classificata, Deco, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e gli altri atti di gara.

Il Tribunale amministrativo dell'Abruzzo, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso, affermando che il bando avrebbe dovuto prevedere detta iscrizione quale requisito di partecipazione e che Delta, priva della suddetta iscrizione al momento dell'offerta, doveva essere conseguentemente esclusa.

La sentenza ha affermato che, *“in relazione all'oggetto dell'appalto stesso appare necessario il requisito soggettivo dell'iscrizione nell'albo dei gestori ambientali”*. E infatti, *“benché nessuna disposizione di legge o regolamento prescriva che il bando di gara relativo a lavori di bonifica ambientale debba richiedere l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali per adeguata categoria e classe quale requisito di partecipazione, deve ritenersi che la necessità di richiedere tale requisito sia imposta prima ancora che da ragioni giuridiche da ragioni logiche, poiché non avrebbe alcun senso la partecipazione - e magari l'aggiudicazione a favore - di chi sia giuridicamente privo dei requisiti che la legge prescrive per poter eseguire i lavori.”* Conseguentemente, *“ritenere che tale iscrizione (...) possa essere considerata*

quale requisito da acquisire solo prima della stipula del contratto, in quanto rilevante solo in fase di esecuzione, sarebbe soluzione illogica e contraria al principio di certezza e celerità dell'azione amministrativa, atteso che si finirebbe per ammettere la partecipazione ad una gara ed aggiudicare la medesima, accettando il rischio dell'inutilità in tutto o in parte della procedura per il caso in cui l'aggiudicatario non sia in grado di acquisire assolutamente o comunque in tempo utile l'iscrizione necessaria.”

Delta ha impugnato la sentenza: dal tenore testuale dell'art. 212 d.lgs. 152 del 2006 emerge che l'iscrizione all'albo è “*requisito per lo svolgimento*” delle attività in questione e non di partecipazione alla gara, al momento dell'offerta; e cita a sostegno il parere dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 13 del 14 febbraio 2013 e il recente parere dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 221 del 22 dicembre 2015, invocando altresì il principio della tassatività delle cause di esclusione.

Deco si è costituita, riproponendo anche le censure non esaminate dalla sentenza. In particolare assume:

1. Al contrario di quanto affermato da Delta, la giurisprudenza riconduce l'iscrizione all'Albo fra i requisiti di capacità tecnico-professionale *ex art.* 39 d.lgs. n. 163 del 2006 e in quanto tale da possedere al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Il che è corroborato dall'art. 49, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 163 del 2006, in materia di avvalimento.
2. Violazione dell'art. 118, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 170, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, in relazione al limite al subappalto del 30% della categoria prevalente.
3. Violazione art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione all'erronea applicazione da parte del Comune del *soccorso istruttorio* a vantaggio di Delta.

Le istanze cautelari presentate dall'appellante avverso la sentenza sono state respinte dapprima con decreto monocratico n. 3224/2016 indi con ordinanza 4096/2016.

Le parti, con successive memorie, hanno ribadito le rispettive tesi. In particolare Deco ha segnalato che il Comune, alla luce della sentenza e del

decreto cautelare n. 3224/2016, onde uniformarvisi, le ha aggiudicato definitivamente la gara.

Delta ha sottolineato di aver provato il possesso del requisito prima della fase esecutiva dell'appalto. Nel ribadire che l'iscrizione all'Albo è un *requisito* per l'esecuzione dei lavori, ha rappresentato che, in coerenza, la stazione appaltante non l'ha richiesta nel bando; nelle FAQ ha citato i due pareri di AVCP e ANAC; ha chiesto alla Delta, prima dell'aggiudicazione definitiva, la prova dell'iscrizione all'albo. La sentenza avrebbe quindi erroneamente eterointegrato il bando, violando il principio di tutela dell'affidamento.

DIRITTO

Appare al Collegio che - per quanto il Comune appaia essersi attenuto, negli atti di gara, ai pareri di ACVP e ANAC - permanga dominante e intatta la centrale considerazione fatta dalla gravata sentenza di accoglimento del ricorso di Deco s.p.a.: vale a dire che è la particolare caratterizzazione dell'oggetto dell'appalto (lavori di bonifica ambientale) che di suo ragionevolmente impone, per la partecipazione alla gara, lo speciale *requisito* soggettivo dell'iscrizione all'*Albo nazionale gestori ambientali* per adeguata categoria e classe. È invero conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità – in specie, quanto a necessità e adeguatezza – la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter concorrere alla a una siffatta gara, funzionale all'espletamento di un servizio particolare che per sua natura non può prescindere da una corrispondente e adeguata caratterizzazione dei concorrenti.

Vero è che l'art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) afferma che «*L'iscrizione all'Albo [nazionale gestori ambientali] è requisito per lo svolgimento delle attività, ecc.* ». Ma si tratta di previsione di un settore che disciplina la materia sostanziale della protezione ambientale e che, se integrata alle previsioni dello specifico settore dei contratti pubblici, risulta *minus dicere quam volere*: è infatti solo l'ordinamento delle pubbliche commesse

a specificare di suo quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara.

Trattasi perciò di un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità. Merita dunque conferma l'assunto per cui i bandi di gara aventi ad oggetto lavori di bonifica ambientale implicano l'esistenza dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali per adeguata categoria e classe quale *requisito* di partecipazione.

La considerazione è assorbente ed esime dal vaglio delle restanti censure.

Sussistono peraltro, alla luce della particolarità della vicenda, giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dispone la compensazione delle spese fra le parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Daniele Ravenna

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO