

N. 00277/2015REG.PROV.COLL.

N. 06658/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6658 del 2013, proposto da:

Cite - Consorzio Stabile Interprovinciale Trasporti Ecoambientali Soc.Cons. A.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso Guido Lenza in Roma, Via XX Settembre, n. 98/E;

contro

Ditta Individuale Paciello Alba, rappresentato e difeso dall'avvocato Davide Natale, con domicilio eletto presso Simona Maddaluna in Roma, Via Arcivescovo Pontillo, n. 75; Comune di Recale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VIII, n. 4100/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione dei rifiuti e igiene ambientale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta Individuale Paciello Alba;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Saporito, per delega dell'avvocato Fortunato e Amato, per delega dell'avvocato Natale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso dinanzi al TAR per la Campania la Ditta Individuale Paciello Alba invocava l'annullamento del verbale di gara n. 6/2013, nonché dell'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata alla gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti e igiene ambientale posta in essere dal Comune di Recale.

2. L'originaria ricorrente contestava l'illegittimità dell'ammissione alla procedura dell'odierna appellante, che aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per dimostrare il possesso del requisito speciale di cui al punto 6.2.12 del disciplinare, ossia di «aver effettuato negli ultimi tre anni antecedenti al pubblicazione del bando, servizi di gestione dei rifiuti urbani in almeno tre Comuni con una popolazione residente servita non inferiore a 7.500 abitanti ciascuno, di cui almeno uno sia stata raggiunta, nell'ultimo anno, una percentuale di raccolta differenziata con modalità "porta a porta" non inferiore al 50% (in caso di RTI costituita o costituenda il requisito deve essere posseduto complessivamente dal raggruppamento) ».

Secondo l'odierna appellata, il Consorzio Cite si sarebbe avvalsa dei requisiti di due ditte ausiliarie, la SAGI e la General Enterprise, in modo non consentito dal disciplinare di gara il cui art. 7.8. lettera A6), che avrebbe previsto la possibilità di avvalersi dei requisiti di «altro soggetto», quindi di una sola impresa ausiliaria; inoltre, la stessa prescrizione di cui al punto 6.2.12 avrebbe consentito il cumulo dei requisiti espressamente solo per i RTI costituiti o costituendi.

In secondo luogo, non si sarebbe potuto fare ricorso al cumulo dei requisiti tra più imprese, non essendo possibile che l'ausiliaria non fosse in possesso dell'integrale requisito speciale oggetto di avvalimento; circostanza ricorrente nel caso di specie in cui l'odierna appellante per raggiungere la dimensione minima del requisito speciale in questione si sarebbe avvalsa di due imprese ausiliarie, nessuna delle quali in possesso integrale del requisito.

3. Il primo giudice riteneva fondate le due doglianze contenute nel ricorso introduttivo, entrambe aventi ad oggetto l'uso non corretto dell'avvalimento. In particolare, premessa la distinzione tra avvalimento frazionato, che sottende l'ipotesi di scomposizione quantitativa di uno stesso requisito speciale, in modo che sue singole proporzionate parti possano essere sommate al fine di raggiungere l'unità o la dimensione minima richiesta; e avvalimento plurimo, che indica la possibilità da parte del concorrente di fare ricorso, per lo stesso o per più requisiti distinti, a più d'una impresa ausiliaria, affermava l'utilizzo nella fattispecie di entrambi gli strumenti suddetti, essendo stato scomposto il requisito speciale de quo in tre parti - di cui una in possesso della concorrente e le altre due in capo rispettivamente a ciascuna ausiliaria - ed avendo l'aggiudicataria fatto ricorso per lo stesso requisito a due distinte imprese. Quindi, dichiarava di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale che aveva sostenuto il divieto di avvalimento frazionato sia in caso di ricorso ad una sola impresa ausiliaria che nel caso in cui ve ne sia più d'una (cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 13 giugno 2011, n. 3565).

4. Il Consorzio Stabile Interprovinciale Trasporti Ecoambientali Soc.Cons. A.r.l. propone appello invocando la riforma della sentenza impugnata, sostenendo che il divieto di avvalimento frazionato di cui al comma 6 dell'art. 49, d.gs. 163/2006, varrebbe solo per gli appalti di lavori e non per quelli di servizi.

5. Costituitasi in giudizio la Ditta Individuale Paciello Alba chiede la conferma della sentenza di prime cure.

6. Con ordinanza cautelare n. 4066/2013, questa Sezione accoglie la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado sulla base della seguente motivazione: "Considerato che sussiste il *fumus boni juris* in ordine all'accoglimento dell'istanza in esame rappresentato dall'applicazione dei principi dell'Unione europea in tema di avvalimento frazionato, specie all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia del 10 ottobre 2013, resa sull'interpretazione dell'articolo 49, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006, secondo la quale: "Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese", la cui portata pare *prima facie*, ed a maggior ragione, poter estendersi anche al settore degli appalti di servizi.

Rilevata la sussistenza del *periculum in mora* rappresentato dalla possibile compromissione della situazione economica dell'appellante".

7. Anche in sede di merito non può che seguirsi l'indicazione giurisprudenziale proveniente dalla sentenza della Corte di Giustizia del 10 ottobre 2013. Il pronunciamento della Corte risolve la questione pregiudiziale, sottoposta dal TAR per la Marche: «Se l'articolo 47, paragrafo 2 della direttiva [2004/18] debba essere interpretato nel senso che osti, in linea di principio, ad una [norma] di uno Stato membro, come quella (...) di cui all'articolo 49, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006, la quale vieta [agli operatori economici partecipanti ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori], tranne casi particolari, di avvalersi di più di un'impresa ausiliaria (...) per ciascuna categoria di qualificazione[, fatta salva la circostanza che il] bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni (...)». Ma nell'esporre la soluzione i giudici del Lussemburgo chiariscono che la risposta al quesito deve intendersi estesa sia ai requisiti vertenti sulla capacità economica e finanziaria, sia a quelli concernenti la capacità tecnica e organizzativa. Passando all'esame degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, la Corte evidenzia che "l'uso sistematico del plurale nelle succitate disposizioni indica che le stesse non vietano, in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. A fortiori, tali disposizioni non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice". La stessa giurisprudenza della Corte (sentenze del 2 dicembre 1999, *Holst Italia*, C 176/98, Racc. pag. I 8607, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, C 314/01, Racc. pag. I 2549, punto 43) ha indicato la facoltà per un operatore economico, di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi.

Pertanto, in omaggio al principio di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, in speciale modo alle piccole e medie imprese, la Corte sostiene “che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall’amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l’offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all’esecuzione dell’appalto”.

Un simile principio, osservano i giudici del Lussemburgo, può essere oggetto di deroga solo laddove il livello minimo di capacità richiesta sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell’articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’appalto interessato. Per completezza si evidenzia che la giurisprudenza di questo Consiglio ha definitivamente acquisito la legittimità del c.d. avvalimento frazionato ai sensi dell’art. 49 del codice dei contratti pubblici (cfr. Sez. V, n. 2200 del 28 aprile 2014).

8. Il principio in questione, alla cui luce vanno interpretate le norme della *lex specialis* della gara in esame e l’art. 49, comma 6, d.lgs. 163/2006, benché espresso in relazione ad un appalto di lavori deve ritenersi avere efficacia anche nel presente caso, relativo ad un appalto di servizi. Ciò in quanto la Corte esprime un principio di carattere generale in ordine a norme di una direttiva destinata a disciplinare non solo gli appalti di lavori, ma anche quelli di servizi e forniture. Del resto, un’anticipazione del principio in questione proprio in materia di appalti di servizi e forniture era stata offerta anche dal legislatore nazionale, che con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, aveva modificato il comma 6 dell’art. 49, d.lgs. 163/2006, limitando il divieto di avvalimento frazionato ai soli appalti di lavori pubblici.

Pertanto, sia l’art. 6.2 che l’art. 7.8 paragrafo A6, nella parte in cui consentono di avvalersi dei requisiti di “altro soggetto” non possono essere interpretati come se intendessero fare riferimento ad un solo soggetto, né che il frazionamento del requisito possa sussistere solo in capo ai membri dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese.

9. L’appello in esame deve, quindi, essere accolto e conseguentemente in riforma dell’impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso di primo grado. Nella complessità e novità della questione si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma dell’impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2014 con l’intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

