



# 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 2339 del 2015, proposto dalla Impresud s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso dall'avv. Anna Bei in Roma, Via Ovidio 10 c/o Studio Rosati;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma alla Via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Comune di Trentola Ducenta;

Consorzio Sinergie a r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Lodovico Visone in Roma, Via del Gesù 62;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – Napoli, Sez. IV, n. 1555/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani nel territorio del Comune di Trentola Ducenta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche, nonché del Consorzio Sinergie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'appello incidentale del Consorzio Sinergie;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Mario Capolupo e l'avv. Luca Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1 La Impresud s.r.l. (di seguito, la IMPRESUD) partecipava alla procedura indetta, su delega del Comune di Trentola Ducenta, dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania – Molise per l'affidamento del servizio di igiene urbana nello stesso Comune per la durata di tre anni, per un importo complessivo a base di gara di euro 2.832.646,76 e con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

In un primo momento risultava aggiudicatario provvisorio della gara il Consorzio Sinergie s.r.l., con la IMPRESUD classificata al secondo posto e la ditta Alba Paciello all'ultimo.

2 Nella seduta del 7.5.2014 la Stazione appaltante escludeva, peraltro, il suddetto Consorzio dalla gara, per aver prodotto un certificato di qualità relativo a un settore di accreditamento diverso da quello previsto dal bando. Il Consorzio poco dopo otteneva, tuttavia, l'accoglimento del proprio ricorso giurisdizionale avverso tale esclusione con la sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, IV, n. 3621/2014, e veniva quindi nuovamente individuato quale aggiudicatario con decreto di aggiudicazione definitiva n. 42106 del 17 dicembre 2014.

3a Quest'ultimo provvedimento veniva allora impugnato dalla IMPRESUD dinanzi allo stesso T.A.R..

La ricorrente deduceva l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato fra il Consorzio aggiudicatario e il Consorzio GEMA, in quanto attinente a un requisito asseritamente non suscettibile di avvalimento (l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali) e, comunque, per il fatto che esso avrebbe avuto ad oggetto automezzi non idonei e difformi da quelli richiesti dalla *lexspecialis* per l'espletamento del servizio.

La ricorrente domandava anche il risarcimento dei danni e il subentro nell'aggiudicazione.

3b Il Consorzio, a sua volta, proponeva un ricorso incidentale con il quale contestava sotto più profili la legittimità della partecipazione alla gara della IMPRESUD.

Con tale gravame incidentale si deduceva la violazione dell'art. 38 del Codice degli appalti e della *lex specialis*, nonché l'eccesso di potere. La ricorrente principale sarebbe stata carente dei requisiti di moralità *ex art. 38, lett c)*, d.lgs n. 163 del 2006, avendo il suo legale rappresentante riportato una condanna penale per un reato specificamente connesso al tipo di attività in rilievo; essa sarebbe stata però deficitaria anche del requisito di cui all'art. 38 cit. lett. m), in quanto il medesimo legale rappresentante era stato vittima di reati estorsivi di varia natura. La concorrente doveva essere esclusa anche per avere omesso di rendere le dichiarazioni di onorabilità relative al suo procuratore speciale. Veniva dedotta, infine, la violazione degli artt. 46 e 82 d.lgs. cit. per mancata rispondenza dell'offerta economica avversaria alle prescrizioni di legge che impongono l'indicazione specifica degli oneri per la sicurezza.

Si costituiva in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

4 Il Tribunale adito, con la sentenza n. 1555/2015 in epigrafe, disattese le eccezioni sollevate in rito dal Consorzio, e rilevata la necessità di esaminare entrambe le reciproche impugnative a causa dell'avvenuta esclusione dalla gara della terza concorrente, giusta l'insegnamento di cui alla sentenza n. 9/2014 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, accoglieva sia il ricorso incidentale (con riferimento al suo primo motivo) che quello principale, ritenendo che il contratto di avvalimento dell'aggiudicataria fosse lacunoso -non indicando il prestito di tutti gli elementi dell'organizzazione aziendale- ma anche in contrasto con l'esigenza di determinatezza dell'oggetto sottesa all'art. 49 del Codice.

Per l'effetto il T.A.R. annullava l'intera procedura, dichiarando l'obbligo della Stazione appaltante di procedere a una nuova gara.

La domanda risarcitoria della ricorrente principale veniva invece respinta.

5a Seguiva avverso tale decisione la proposizione del presente appello alla Sezione da parte della IMPRESUD.

La medesima, articolando due motivi di gravame, si doleva:

- dell'accoglimento del ricorso incidentale avversario, opponendo, in particolare, che la valutazione della Stazione appaltante sulla non ostatività del precedente penale emerso a carico del proprio legale rappresentante sarebbe potuta essere anche implicita;
- del rigetto del primo motivo del proprio ricorso principale, sulla dedotta inapplicabilità dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali.

5b Anche la controinteressata insorgeva avverso la sentenza di primo grado. Essa proponeva un appello incidentale con il quale:

- reiterava le proprie eccezioni circa l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado, dolendosi della loro reiezione;
- contestava che il T.A.R., una volta rilevata la fondatezza del suo ricorso incidentale escludente, fosse nondimeno passato all'esame anche del suddetto ricorso principale;
- contestava le ragioni dell'intervenuto accoglimento anche di quest'ultimo;
- riproponeva i motivi del proprio ricorso incidentale assorbiti dal T.A.R., dolendosi *in primis* proprio del loro assorbimento.

Il Consorzio deduceva, infine, l'inammissibilità/improcedibilità, e comunque l'infondatezza, dell'appello della IMPRESUD.

5c Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si costituiva anche in questo grado di giudizio, senza peraltro svolgere difese.

Le domande cautelari proposte dalle appellanti venivano respinte dalla Sezione con ordinanza in data 21 aprile 2015.

La IMPRESUD con successiva memoria replicava alle eccezioni dell'avversaria e ai motivi del suo appello incidentale, del quale assumeva in sintesi l'infondatezza.

Il Consorzio, dal canto suo, nel formulare una nuova eccezione d'improcedibilità a carico del ricorso altrui, connessa all'interdittiva antimafia sopraggiunta a carico dell'avversaria, riprendeva le proprie deduzioni insistendo per l'accoglimento della propria impugnativa incidentale.

Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

6 La Sezione deve subito anticipare che mentre l'appello principale deve essere in buona parte accolto quello incidentale va disatteso, con il risultato pratico che, mentre il Consorzio aggiudicatario si conferma escluso dalla procedura (pur se per una ragione diversa da quella riscontrata dal T.A.R.), in relazione alla posizione della IMPRESUD s'impone la conclusione che alla Stazione appaltante compete valutare, debitamente motivando, l'eventuale ostatività del precedente costituito dalla condanna penale riportata dal suo legale rappresentante, e pertanto il suo titolo di partecipazione alla procedura dovrà formare oggetto di una puntuale verifica da compiere in sede amministrativa.

7 Il Collegio deve intrattenersi preliminarmente sui motivi di appello incidentale che ripropongono le eccezioni sollevate dal Consorzio in prime cure sulla presunta inammissibilità dell'originario ricorso principale.

Tali eccezioni sono state esattamente giudicate infondate dal T.A.R..

7a E' il caso, in primo luogo, dell'allegata critica di incertezza del ricorso principale, che sarebbe stato carente di precisi riferimenti alle Amministrazioni intimate, nonché alla natura e paternità del provvedimento con esso impugnato.

Il Tribunale ha ritenuto, al contrario, che dalla lettura complessiva dell'atto introduttivo emergessero i dati necessari per l'identificazione degli elementi essenziali della causa, e questa valutazione merita di essere condivisa.

Il ricorso indicava difatti in modo compiuto gli estremi dell'appalto oggetto di controversia e anche quelli del provvedimento aggiudicatorio impugnato. Quanto all'identità della Stazione appaltante, pur se l'art. 40 C.P.A. esige che il ricorso rechi gli elementi identificativi delle parti nei cui confronti viene proposto, esattamente il T.A.R. ha osservato come il detto elemento fosse pur sempre desumibile dal testo della relata di notifica stesa in calce al ricorso medesimo: ed è pacifica in giurisprudenza (cfr. ad es. Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5662; V, 8 luglio 2014, n. 3459; 30 marzo 1994, n. 197) la necessità di una completa disamina dell'atto introduttivo ai fini dell'individuazione dei suoi contenuti, disamina che quindi s'impone anche prima di poter concludere per la carenza in esso di elementi essenziali.

7b Né può avere miglior sorte l'eccezione di giudicato che fa leva sul conflitto in cui il ricorso della IMPRESUD si porrebbe rispetto alla sentenza definitiva del T.A.R. Campania n. 3621/2014, resa sul ricorso del Consorzio contro la propria primigenia esclusione (cfr. *supra* il paragr. 2).

Il T.A.R. ha disatteso l'eccezione, facendo notare che il pregresso giudicato si era formato esclusivamente sull'inconsistenza del motivo di esclusione che era stato posto a base dell'atto di estromissione dalla gara allora impugnato.

Il Consorzio insiste sull'eccezione, deducendo che nella detta precedente sede contenziosa IMPRESUD, che aveva già fatto un accesso documentale alla sua offerta, e aveva interesse a contrastarla, avrebbe avuto tutta la possibilità, l'interesse, e perciò anche l'onere, di proporre un ricorso incidentale in funzione di contrasto del gravame avverso dell'esclusione.

L'eccezione è infondata.

Se è vero che un giudicato in via generale copre il dedotto e il deducibile, tale principio opera, però, solo con riguardo al rapporto dedotto in giudizio e nei limiti in cui lo stesso è controverso (cfr. la sentenza della Sezione 23 febbraio 2012, n. 1058, la quale ricorda quanto segue: “*L'efficacia del giudicato amministrativo impugnatorio va ricondotta nell'ambito del principio generale secondo il quale l'efficacia della pronuncia giurisdizionale è aderente ai limiti oggettivi della controversia, da identificare nella correlazione del petitum e della causa petendi in rapporto alla dedotta lesione dell'interesse vantato ...*”; “*...il giudicato copre l'azione quale è stata concretamente esercitata sul fondamento dei fatti costitutivi allegati e di tutti quei fatti che, sia perché semplici o secondari e sia perché convergenti nel costituire un unico diritto o nel produrre il medesimo effetto giuridico, debbono intendersi implicitamente inclusi nella medesima causa petendi...*”; “*...il giudicato copre il dedotto e il deducibile, cioè non soltanto le questioni di fatto e diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e comunque esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico indefettibile della decisione; il giudicato, quindi, preclude la nuova proposizione di domande definite dalla sua formazione, ma non la proposizione di domande completamente nuove, che lo assumano quale presupposto*”).

Ne consegue che la teorica possibilità per la IMPRESUD di spiegare già nella precedente sede contenziosa, che vedeva il Consorzio impugnare la propria iniziale esclusione, un tuzioristico ricorso incidentale teso a introdurre altre possibili causali di esclusione a carico dell'avversaria, non permette di estendere la portata del giudicato allora formatosi sull'esclusione fino a coprire anche qualsivoglia altro potenziale vizio eventualmente inficiante la partecipazione del Consorzio alla gara.

Il precedente giudicato si è quindi formato, come ha correttamente ritenuto il primo Giudice, solo sull'insussistenza della causale di esclusione posta a base dell'atto espulsivo che era stato assunto dall'Amministrazione, tale essendo il *thema decidendum* del relativo giudizio. E siffatto giudicato, come tale, non precludeva la proposizione di nuove censure in sede di ricorso contro la successiva aggiudicazione poi assegnata allo stesso Consorzio.

8 Anche le eccezioni consortili d'inammissibilità/improcedibilità dell'impugnativa avversaria spiegate per la prima volta in questo grado sono infondate.

8a Il Consorzio deduce l'acquiescenza dell'IMPRESUD al capo della sentenza di prime cure recante la statuizione che, atteso il precedente penale in cui il suo legale rappresentante era incorso, essa concorrente doveva ritenersi priva del requisito di moralità prescritto dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit..

In contrario occorre però osservare che la statuizione appena menzionata, come meglio si vedrà (paragr. 9b), è stata in realtà appellata da IMPRESUD, e questo *in primis* sotto il profilo dell'invasione così compiuta, da parte del primo Giudice, in danno delle competenze dell'Amministrazione.

Sicché anche questa critica si rivela infondata.

8b La difesa consortile eccepisce inoltre, con la propria memoria, l'improcedibilità del ricorso altrui che sarebbe scaturita dall'interdittiva antimafia sopraggiunta a carico dell'avversaria; la stessa difesa contestualmente dà però anche atto dell'avvenuta impugnazione in giudizio del relativo provvedimento, la cui legittimità è quindi ancora *sub judice*.

Al riguardo va ricordato che, secondo un pacifico insegnamento giurisprudenziale, ai fini della dichiarazione d'improcedibilità di un ricorso per sopravvenuta carenza di interesse la sopravvenienza deve essere tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per aver fatto venir meno, per il ricorrente, qualsiasi residua utilità, anche soltanto strumentale o morale, della pronuncia del Giudice; con l'ulteriore precisazione che la relativa indagine deve essere condotta dal giudicante con il massimo rigore, per evitare che la declaratoria d'improcedibilità si risolva in una sostanziale elusione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda (v. ad es. C.d.S., IV, 24 ottobre 2012 n. 5450; V, 10 settembre 2012, n. 4773).

Poiché, quindi, perché possa concludersi per l'improcedibilità di un ricorso per la causale indicata occorre che l'interesse al ricorso sia con ragionevole certezza venuto meno, il Collegio rileva che in difetto di una simile condizione, non essendo il Consorzio pervenuto nello specifico a dimostrare una sopraggiunta condizione di totale inutilità della sentenza invocata dall'avversaria, anche questa eccezione deve essere respinta.

9 Esigenze di chiarezza espositiva inducono a questo punto la Sezione a trattare il tema corrispondente al primo motivo dell'originario ricorso incidentale del Consorzio, ossia al mezzo incidentale che ha trovato accoglimento da parte del T.A.R.. Verranno perciò esaminate le doglianze veicolate dall'appello principale avverso il relativo capo della sentenza in epigrafe.

9a A questo proposito, si può certamente convenire con il primo Giudice che la Stazione appaltante sia incorsa in un vizio di legittimità nel mancare di prendere in motivata considerazione l'esistenza del precedente penale riscontrato a carico del legale rappresentante dell'IMPRESUD.

L'ammissione alla gara di quest'ultima, pur in presenza del precedente che ne aveva colpito il rappresentante, non poggia infatti su alcuna puntuale valutazione, né su indicazioni giustificative di sorta.

Né persuade la tesi, svolta nell'appello principale, secondo la quale la valutazione della Stazione appaltante sulla non ostatività del precedente penale emerso sarebbe potuta essere anche solo implicita.

L'appellante principale si richiama, con ciò, all'indirizzo espresso da questo Consiglio, da ultimo, attraverso la decisione Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622, secondo il quale la Stazione appaltante che non ritenga un precedente penale incisivo sulla moralità professionale non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni del proprio convincimento, potendo la sua motivazione risultare anche per implicito o per *facta concludentia*.

Osserva tuttavia la Sezione che tale indirizzo, pur meritando continuità, va applicato con il rigore che deriva dalla necessità di coordinarlo pur sempre con la regola generale della necessità di motivazione degli atti amministrativi e con il principio di trasparenza dell'azione pubblica (art. 1 e 3 legge n. 241/1990).

Tanto premesso, si è dell'avviso che l'indirizzo invocato non sia suscettibile di applicazione quando, come nella specie, la situazione concreta non offra indici idonei a denotare che la Stazione appaltante abbia effettivamente compiuto la propria valutazione sull'eventuale ostatività del

precedente emerso (si che l'unica carenza rilevabile sia quella della relativa motivazione testuale), bensì la debita valutazione appaia in radice del tutto omessa.

La Sezione condivide, inoltre, l'osservazione del Tribunale che una puntuale disamina del precedente penale da parte dell'Amministrazione tanto più si rendeva necessaria, in concreto, alla luce della richiesta formale poco prima da essa fatta alla IMPRESUD circa il dato della definitività o meno della condanna, richiesta con la quale essa aveva mostrato di ritenere il detto precedente quanto meno potenzialmente rilevante, disponendo un'ammissione espressamente sottoposta a riserva e ripromettendosi, con ciò, di rendere in seguito una specifica pronuncia sul punto.

9b Se il primo motivo dell'appello principale va disatteso sotto il profilo appena esaminato, esso è però *ictu oculi* meritevole di accoglimento nella diversa parte in cui IMPRESUD ha contestato (v. pag. 4) che il T.A.R., andando oltre la rilevazione del vizio testé indicato, abbia preteso di compiere direttamente esso stesso, in pratica, la valutazione richiesta dalla legge all'Amministrazione, e sia pertanto incorso, in sostanza, in una “*inammissibile valutazione di merito della contravvenzione*” di cui si tratta.

La valutazione omessa dalla Stazione appaltante dovrà dunque necessariamente essere effettuata dalla medesima.

10 La Sezione deve procedere a questo punto al vaglio degli altri motivi del ricorso incidentale di prime cure, dal T.A.R. assorbiti (in coerenza con l'impostazione integralmente annullatoria della sua pronuncia) ma riproposti in appello.

L'esame del primo motivo si è rivelato, del resto, non immediatamente decisivo ai fini di una possibile esclusione dalla gara della IMPRESUD, poiché la decisione finale sull'ostatività o meno del precedente riportato dal suo rappresentante dovrà essere assunta dalla Stazione appaltante.

Sicché dalla disamina di tali ulteriori motivi non è consentito prescindere.

10a Il Consorzio con il suo successivo mezzo incidentale torna a dedurre la mancanza di una dichiarazione sostitutiva di onorabilità resa ai sensi dell'art. 38 d.lgs. cit. con riferimento alla posizione del procuratore speciale della IMPRESUD sig. Francesco Di Maio.

La censura è però infondata, non essendo stato allegato alcun elemento atto a permettere una configurazione del suo concreto ruolo nella società, ossia dei poteri sostanziali attribuitigli, alla stregua di quelli di un amministratore di fatto, condizione reputata necessaria dalla giurisprudenza più autorevole (C.d.S., Ad.Pl. 16 ottobre 2013, n. 23) per estendere la soggezione anche dei semplici procuratori al regime degli obblighi sanciti dall'art. 38 cit..

L'appellante si è limitato, invero, a richiamare in modo generico l'ampiezza dei poteri di rappresentanza e firma del sig. Di Maio, facendo rinvio alle pagg. 6-7 della visura CCIA allegata. Queste, tuttavia, danno conto di poteri che, per il fatto di essere confinati al ristretto settore della gestione del personale, sono inidonei a sorreggere la censura.

10b Parimenti infondato è il rilievo della pretesa esistenza della causa di esclusione di cui alla lett. f) dello stesso art. 38, posto che il Consorzio, al di là di un richiamo agli astratti principi regolatori della materia, non ha fornito concreta allegazione di situazioni di fatto idonee a integrare neppure questa causa escludente.

10c Lo stesso esito vale per l'asserita esistenza della causa di esclusione prevista dalla lett. m)- *ter* dell'articolo 38.

Il Consorzio deduce che il titolare dell'impresa concorrente sarebbe stato vittima di reati estorsivi di natura mafiosa collegati alla sua attività economica: il medesimo avrebbe pertanto falsamente dichiarato il contrario, e la sua errata e/o incompleta dichiarazione integrerebbe comunque la predetta causa di esclusione.

Il fatto è che dagli assunti della ricorrente incidentale non risulta emergere l'esistenza dei presupposti richiesti dal secondo periodo della medesima lettera m)- *ter* per l'integrazione, sotto qualsivoglia aspetto, della causa di esclusione in esame. I presupposti nella specie carenti sono quelli cui il legislatore rinvia quando stabilisce che *“La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omissso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.”*

10d Infondato, infine, è anche il residuo mezzo dell'appello incidentale, che verte in tema di oneri di sicurezza.

10d1 Il Consorzio ha ricordato che il servizio destinato ad affidamento si connotava per un importo complessivo a base d'asta di euro 2.823.646,76, di cui euro 2.801.151,98 come corrispettivo a base di gara soggetto a ribasso, ed euro 22.494,78 come oneri di sicurezza c.d. esterni, non soggetti a ribasso.

Tanto premesso, il Consorzio si è doluto che la IMPRESUD nell'offrire il proprio ribasso non abbia specificato se la sua offerta era sull'importo globale onnicomprensivo di euro 2.823.646,76 o, invece, sull'importo al netto degli oneri non soggetti a ribasso (euro 2.801.151,98).

L'offerta avversaria, è stato detto, si è limitata a indicare la percentuale di ribasso, senza specificare l'ammontare degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso da sottrarre all'importo a base d'asta, e perciò senza chiarire su quale base andasse applicato il ribasso offerto.

La censura di parte riguarda, pertanto, i soli oneri di sicurezza c.d. esterni.

10d2 Il Collegio deve preliminarmente osservare che la problematica che così viene agitata non ha formato oggetto di esame da parte dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio in occasione della sentenza n. 3/2015, la quale ha riguardato la diversa –benché contigua- tematica degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, che era stata appunto sollevata con l'ordinanza della Sezione 16 gennaio 2015, n. 88. Benchè, quindi, nella decisione dell'Adunanza compaia (nel paragr. 2.9, alla lett. a)), un accenno *en passant* anche alla considerazione degli oneri di sicurezza c.d. esterni, questo va considerato all'evidenza come un mero *obiter dictum*, come tale insuscettibile di vincolare ai fini della previsione dell'art. 99, comma 3, C.P.A..

10d3 Fatta questa premessa, il Collegio deve subito osservare che il ribasso offerto senza la specificazione sulla cui omissione si appunta la doglianza del Consorzio non può che essere inteso alla luce della previsione della *lex specialis*, già ricordata, indicativa dell'importo a base d'asta ammesso a ribasso: l'offerta dell'IMPRESUD deve, pertanto, essere riferita al (solo) importo soggetto a ribasso in forza della legge di gara.



D'altra parte, non vi è alcuna norma che imponga ai concorrenti (tantomeno, a pena di esclusione) di riprodurre nella loro offerta la quantificazione degli oneri di sicurezza c.d. esterni già effettuata dall'Amministrazione, un precetto simile non comparso né nella disciplina positiva, né nella specifica *lex specialis*.

Il disciplinare esigeva, semmai, nella sua pag. 10, un'apposita dichiarazione delle concorrenti riflettente i “*costi di sicurezza aziendali*”: ma non è a questi che la censura in esame si riferisce (l'offerta economica di IMPRESUD presentava inoltre puntualmente la precisazione, parimenti richiesta al punto cit., che il ribasso proposto era “*al netto del costo del personale e degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza*”).

Né l'adempimento ulteriore preteso dal Consorzio presenterebbe utilità di sorta, proprio per la ragione che la determinazione degli oneri di sicurezza c.d. esterni compete alla Stazione appaltante (contrariamente a quanto vale per gli oneri c.d. interni o aziendali), che vi procede impartendo un'indicazione di cui i concorrenti non possono far altro che tenere conto all'atto della formulazione delle loro offerte.

Le radicali differenze che investono la natura degli oneri di sicurezza dell'uno e dell'altro tipo (ben scolpite dalla stessa Adunanza Plenaria) escludono, invero, che la regola della necessaria indicazione da parte delle concorrenti degli oneri aziendali, i quali sono appunto loro individualmente propri, possa essere estesa anche agli oneri c.d. esterni, giacché la definizione di questi ultimi compete appunto, per converso, alla sola Amministrazione, chiamata a fissarli a monte della procedura, e su di essi le concorrenti non dispongono di alcun potere dispositivo, sicché anche una loro eventuale indicazione sul punto sarebbe solo pedissequamente riproduttiva di quella posta a base della procedura.

L'art. 86, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006, dove stabilisce che il “*costo relativo alla sicurezza*” debba essere “*specificamente indicato*”, si rivolge al tempo stesso, infatti: per gli oneri c.d. esterni, alla Stazione appaltante, che chiama appunto a provvedere a siffatta indicazione in occasione della predisposizione della gara d'appalto; per gli oneri c.d. interni, alle singole concorrenti in sede di offerta.

10d4 Non può infine condividersi la tesi che l'omessa riproduzione dell'importo degli oneri di questo secondo tipo da parte degli offerenti possa generare di per sé un'indeterminatezza dell'offerta, o farne venir meno un elemento essenziale (cfr., invece, Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348).

Dal momento, infatti, che è la *lex specialis* a stabilire, quantificando gli oneri di sicurezza c.d. esterni, il valore economico rispetto al quale, di riflesso, i ribassi di gara verranno ammessi, non è possibile dubitare (di regola almeno) che i ribassi presentati in concreto senza precisazioni debbano essere riferiti proprio all'ammontare ammesso a ribasso dalla stessa legge di gara.

Non solo, quindi, non vi è indeterminatezza dell'offerta individuale, ma la precisazione in discussione non è nemmeno necessaria all'interpretazione della medesima, che deve essere comunque letta alla luce della vincolante indicazione della *lex specialis* sull'ammontare ammesso a ribasso.

Del resto, l'art. 86, comma 3-ter, d.lgs. cit. stabilisce espressamente, come pure inequivocabilmente, che “*Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta*”, precetto che alle imprese, operatori professionali, non sarebbe consentito ignorare.

10d5 Neanche questo motivo dell'originario ricorso incidentale, pertanto, può essere accolto.

10e Il ricorso incidentale riproposto in appello si è rivelato, quindi, infondato, con la sola eccezione (a parte quanto si dirà nel paragr. 11c) del suo primo motivo, qui esaminato nel paragr. 9a, che si è confermato accoglibile, peraltro, nei soli limiti dell'obbligo della Stazione appaltante di compiere una valutazione motivata, a suo tempo omessa, sull'ostatività o meno della condanna penale riportata dal vertice di IMPRESUD.

11 Occorre ora passare all'esame del secondo motivo dell'appello principale, con il quale la IMPRESUD ha riproposto la propria censura, rigettata dal T.A.R., imperniata sull'inapplicabilità dell'avvalimento al caso della carenza, da parte di una concorrente, del requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali.

11a Il motivo è scrutinabile in quanto omogeneo a quello del ricorso incidentale che si è confermato fondato (cfr. *supra* paragr. 9a), dal momento che entrambi attengono alla sussistenza dei requisiti soggettivi, generali e speciali, di partecipazione delle imprese (cfr. Ad. Pl. n. 9 del 25 febbraio 2014, paragr. 8.3.6.2.).

11b La Sezione ritiene che il motivo meriti accoglimento, dovendo essere confermata la posizione che sullo stesso problema è stata assunta in occasione della recente decisione n. 2191 del 30 aprile 2015.

Con questa è stato invero condivisibilmente osservato quanto segue.

*“Il bando della gara oggetto del presente giudizio è stato pubblicato in data 13 maggio 2011, quindi in un periodo temporale anteriore all'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, della legge n. 164- 2014, che ha modificato l'art. 49 del d.lgs. n. 163-2006, inserendovi un comma 1-bis del seguente tenore: "Il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'art. 212 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ".*

*Tale inserimento normativo non ha portata innovativa, poiché ha positivizzato un principio già affermato dalla giurisprudenza amministrativa, che ha sempre negato la potestà di avvalimento con riguardo ai requisiti cd. soggettivi.*

*L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, differentemente dall'attestazione SOA, che costituisce un requisito oggettivo cedibile ed acquisibile mediante avvalimento, è previsto dall'art. 212, comma 5, d.lgs. n. 152-2006, il quale prevede che " L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi ".*

*Tale iscrizione costituisce un titolo abilitativo autorizzatorio di natura personale e, come tale, non cedibile con lo schema del contratto di avvalimento.*

*Infatti, in tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione, tra cui l'iscrizionecamerale(cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595); nello stesso ordine di idee anche l'iscrizione qui in contestazione, quale elemento soggettivo infungibile proprio dell'impresa, non può ritenersi suscettibile di avvalimento.” (sentenza n. 2191/2015 cit.).*

11c Una volta esclusa in radice, per quanto precede, l'applicabilità dello schema dell'avvalimento per ovviare alla lacuna del requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali, risulta logicamente superato e privo di rilievo l'aspetto della determinatezza del contenuto del contratto di avvalimento nondimeno concluso dal Consorzio.

L'accoglimento del secondo motivo dell'appello principale esime, pertanto, dall'esame delle contestazioni mosse con l'appello incidentale al capo della sentenza del T.A.R. che aveva accolto la censura di IMPRESUD sulla lacunosità dei contenuti del contratto di avvalimento del Consorzio.

12 In conclusione, mentre l'appello principale merita accoglimento sotto gli aspetti esaminati nei paragr. 9b e 11b, con la conseguente riforma della sentenza impugnata e le conseguenze pratiche che sono state anticipate nel paragr. 6, l'appello incidentale deve invece essere respinto.

La reciprocità della complessiva soccombenza e l'assenza di orientamenti giurisprudenziali stabilizzati su alcune delle questioni trattate inducono la Sezione a compensare tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, così dispone:

accoglie per quanto di ragione l'appello principale, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata:

- conferma l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado solo ai limitati effetti di cui in motivazione;

- accoglie l'originario ricorso principale sotto un profilo diverso rispetto a quello accolto dal Tribunale, fermo restando l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata;

respinge l'appello incidentale.

Compensa tra le parti in causa le spese processuali 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 13 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2015

IL SEGRETARIO

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