



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 8182 del 2016, proposto da:

ATI soc. coop. a r.l. in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con la Archimede soc. coop. e la San Germano s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Germano Scarafiocca, con domicilio eletto presso lo studio Grez & Associati, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Iren s.p.a. e Iren Ambiente s.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Giancarlo Cantelli e Francesca Giuffrè, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via dei Gracchi, n. 39;

nei confronti di

Emc2 onlus soc. coop. a r.l., Il Ciottolo soc. coop. onlus, Oppimitti Costruzioni s.r.l., Cabiria soc. coop. a r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, rappresentate e difese dall'avvocato Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi, in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Emilia Romagna – Parma, n. 00225/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti urbani solidi e speciali non pericolosi e lavaggio cassonetti - lotto 3.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Iren s.p.a., Iren Ambiente s.p.a., Emc2 Onlus soc. coop. a r.l., Il Ciottolo soc. coop. onlus, Oppimitti Costruzioni s.r.l. e Cabiria soc. coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Germano Scarafiocca, Francesca Giuffrè e Paolo Michiara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La IREN s.p.a. ha indetto, per conto della IREN Ambiente s.p.a., una procedura aperta, suddivisa in cinque lotti, per l'affidamento biennale, rinnovabile per un ulteriore biennio, del “servizio di raccolta rifiuti solidi urbani e speciali non pericolosi (secco residuo, organico, vegetale, carta-cartone, plastica barattolame, vetro) e lavaggio contenitori con sistemi stradali e domiciliari (porta a porta) ...”.

Il costituendo RTI tra la ATI soc. coop. a r.l., la Archimede soc. coop. e la San Germano s.r.l. ha partecipato alla gara per il lotto 3 classificandosi al secondo posto dietro il costituendo RTI fra la Emc2 onlus soc. coop. a r.l., la Il Ciottolo soc. coop. onlus, la Oppimitti Costruzioni s.r.l. e la Cabiria soc. coop. a r.l., a cui è stata aggiudicata la commessa.

2.Ritenendo l'aggiudicazione illegittima la ATI l'ha impugnata davanti al TAR Emilia Romagna – Parma, che con sentenza 12/7/2016, n. 225, ha dichiarato irricevibile il ricorso.

3. La ATI ha, quindi, appellato la predetta sentenza, chiedendone l'annullamento e domandando la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato ai fini del subentro, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

4.Per resistere al grave si sono costituite in giudizio la IREN, la IREN Ambiente, la Emc2, la Il Ciottolo, la Oppimitti Costruzioni s.r.l. e la Cabiria.

5.Con successive memorie tutte le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

6.Alla pubblica udienza del 22/6/2017, la causa è passata in decisione.

7.Col primo motivo l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato nel considerare tardivo il ricorso.

La doglianza è fondata.

Ai sensi dell'art. 120, comma 5, del c.p.a. l'impugnazione degli atti di aggiudicazione delle gare finalizzate all'affidamento di un contratto pubblico dev'essere proposta nel termine di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79, comma 5, del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), ovvero (ma non è questo il caso) dalla piena conoscenza comunque acquisita se precedente.

Come si ricava dal successivo comma 5 bis del suddetto art. 79, la ricezione della comunicazione di cui al comma 5 del medesimo articolo, è idonea a far decorrere il termine decadenziale, a patto che quest'ultima contenga tutti gli elementi specificati nel precedente comma 2, lett. c). Occorre, quindi, che la detta comunicazione consenta al destinatario di individuare *“le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro”* (Cons. Stato, Sez. V, 27/4/2017, n. 1953; 13/2/2017, n. 592; 23/11/2016, n. 4916; 3/2/2016, n. 408; Sez. III, 14/3/2012, n. 1428).

Nella comunicazione spedita alla società ATI dalla stazione appaltante si legge: *“in adempimento a quanto previsto per legge, si comunica che il lotto 3 della procedura in oggetto è stato aggiudicato in via definitiva, con determinazione n. 373/2015 dell'Amministratore delegato di IREN Ambiente s.p.a. al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese EMC2 Onlus s.c.s.a r.l. – Il Ciottolo coop sociale a r.l. – Cabiria coop, sociale a r.l. – Oppimitti Costruzioni s.r.l. primo nella graduatoria di gara con un punteggio complessivo totalizzato di 99,791 punti e un ribasso percentuale offerto del 5.87 %. Si allega la determina di aggiudicazione”*.

In tale determina, per quanto qui rileva, si afferma che: *“L'amministratore delegato approva [...] l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto nel seguente modo [...] Lotto 3 al costituendo RTI EMC2 Onlus s.c.s.a r.l. – Il Ciottolo coop sociale a r.l. – Cabiria coop, sociale a r.l. – Oppimitti Costruzioni s.r.l. avente sede in Langhirano (PR) per l'importo biennale presunto di € 12.546.133,97 derivante dall'applicazione del ribasso d'offerta, pari al 5.87%, all'importo presunto a base d'appalto di € 13.332.890,00 di cui € 70,00 per oneri di sicurezza non assoggettati a ribasso e € 10.000,00 per prestazioni a chiamata non assoggettate a ribasso”*.

La comunicazione inviata al RTI capeggiato dalla società ATI è pertanto carente – diversamente da quanto ritenuto dall'adito TAR - dei requisiti minimi prescritti dall'art. 79, comma 2, lett. c), in quanto la stessa non consente di percepire *“le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata”* ed era idonea a far decorrere il termine per impugnare.

Ne consegue che il ricorso, notificato in data 28/1/2016, ovvero 16 giorni dopo che la ricorrente ha ottenuto, a seguito di accesso, tutti gli atti di gara, doveva considerarsi tempestivo.

8.Occorre, quindi, passare all'esame dei motivi di primo grado non esaminati dal TAR e qui riproposti.

9. Col primo motivo l'appellante deduce che il costituendo RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara non essendo le mandanti in possesso della qualificazione necessaria per svolgere il servizio di loro pertinenza.

Le stesse, infatti, sarebbero iscritte all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per una classe insufficiente a consentirgli di svolgere la parte del servizio che avevano dichiarato di voler eseguire.

La doglianza è fondata.

Ai fini della partecipazione alla selezione, il bando di gara prescriveva l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, precisando per ciascun lotto, categoria e classifica richiesta.

Con specifico riguardo al lotto 3 occorre la categoria 1 classe B, (punto III.2.1, lett. c).

Nell'ambito dello stesso punto III.2.1, il bando precisava che: *“In caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo, relativamente al requisito di cui al punto c), la capogruppo (mandataria) deve possedere almeno l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1 e solo una classe inferiore a quella minima richiesta per i lotti a cui il raggruppamento partecipa, fermo restando che ciascuna impresa deve possedere la classe minima necessaria per eseguire la propria quota di servizi [...]”*.

Orbene, come correttamente dedotto dall'appellante, le tre imprese mandanti sono in possesso di un'iscrizione al suddetto Albo inferiore a quella occorrente per poter eseguire la quota di servizio che con la domanda di partecipazione alla gara le stesse avevano dichiarato di voler assumere.

Infatti:

- a) la società Il Ciottolo - iscritta per la categoria 1, classe C, che abilita alla raccolta e trasporto di rifiuti urbani per una popolazione compresa tra i 50.000 e i 100.000 abitanti – ha dichiarato di voler svolgere da sola la raccolta del rifiuto secco residuo nella città di Parma che ha una popolazione di 168.826 abitanti (si veda allegato 10 e allegato P al disciplinare di gara);
- b) le società Il Ciottolo e Cabiria – quest'ultima iscritta per la categoria 1, classe D, che abilita a svolgere raccolta e trasporto di rifiuti urbani per una popolazione inferiore a 50.000 abitanti - hanno dichiarato di voler provvedere insieme alla raccolta dei rifiuti organici della città di Parma;
- c) la Oppimiti Costruzioni, in possesso della categoria 1, classe C, ha dichiarato di voler svolgere il servizio concernente la raccolta del vegetale in tutto l'ambito territoriale di Parma, che ha una popolazione di gran lunga superiore al limite previsto per la classe C.

Obiettano le appellate che il costituendo RTI fra le stesse non avrebbe potuto essere escluso dalla gara in quanto:

- 1) la capogruppo EMC2 possedeva da sola un'iscrizione nell'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (categoria 1 classe B) idonea da sola a soddisfare il requisito di partecipazione;
- 2) nella *lex specialis* non era presente una norma che imponesse alle imprese di indicare la percentuale del servizio di propria pertinenza;
- 3) la suddivisione del servizio all'interno del raggruppamento era meramente indicativa potendo variare in sede di esecuzione del contratto;
- 4) l'iscrizione nel suddetto albo in una classe adeguata alla quota del servizio che ciascuna impresa aveva dichiarato di voler svolgere non era richiesta per la partecipazione alla gara, ma solo ai fini dell'esecuzione della prestazione.

Le obiezioni così sinteticamente riassunte non convincono.

Occorre intanto precisare che, diversamente da quanto le appellanti affermano, e come del resto già più sopra rilevato, il bando di gara configurava, al punto III.2.1, l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali come requisito necessario ai fini della partecipazione alla gara, e non semplicemente come condizione per l'esecuzione del contratto.

Del resto, con recentissima sentenza che la Sezione condivide, è stato affermato che la suddetta iscrizione configura *<<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 [...]» (Cons. Stato, Sez. V, 19/4/2017, n. 1825).

Difatti: *<<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>>* (citata sent. n. 1825/2017).

Il fatto che poi il requisito di che trattasi fosse soddisfatto per intero dalla capogruppo EMC2 è del tutto irrilevante ai fini di causa.

Infatti, il bando richiedeva, comunque, che ciascuna delle imprese raggruppate fosse qualificata per la quota di servizio di propria pertinenza (punto III.2.1 più sopra trascritto).

Tale prescrizione non riguardava, evidentemente, l'esecuzione del contratto, ma la stessa partecipazione alla gara, essendo contenuta nella parte destinata a disciplinare le regole di ammissione alla stessa.

Né, contrariamente a quanto ritenuto dalle appellate, può ritenersi che l'indicazione della quota di servizio assunta fosse facoltativa e, comunque, non vincolante, potendo le imprese variare, in sede di esecuzione del contratto, la parte di servizio da svolgere.

Infatti:

a) l'art. 37, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*;

b) conformemente a tale norma, il fac-simile di dichiarazione unito al disciplinare di gara (allegato 1 – Istanza di partecipazione e dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti) prevedeva che le imprese raggruppate dichiarassero la quota di servizio che ciascuna avrebbe dovuto eseguire.

Ed è proprio in ottemperanza a tale disposizione di gara che le società facenti parte del raggruppamento aggiudicatario hanno dichiarato la quota di servizio di propria pertinenza.

Peraltro, la giurisprudenza a partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato 28/4/2014, n. 27, ha affermato che in caso di appalto di servizi sussiste l'obbligo per le imprese raggruppate di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, posto che ognuna va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22/8/2016, n. 3666 e 25/2/2016, n. 786).

D'altra parte, una dissociazione tra requisiti di qualificazione (che individuano la capacità imprenditoriale dell'operatore economico) e le quote di esecuzione dei servizi da affidare, renderebbe inutile la fissazione da parte delle leggi, dei regolamenti e dei bandi di gara degli stessi requisiti di qualificazione.

E' assodato, quindi, che la dichiarazione relativa alla parte del servizio da svolgere fosse richiesta ai fini della partecipazione alla gara e che, agli stessi fini, ciascun componente del RTI dovesse possedere una qualificazione adeguata alla porzione di servizio assunta.

Sotto il profilo impugnatorio, così come delineato, l'appello va, quindi, accolto.

10. In riforma dell'impugnata sentenza va, conseguentemente, annullata l'aggiudicazione della gara a favore del costituendo RTI tra la EMC2, la Il Ciottolo, la Oppimitti Costruzioni e la Cabiria.

11. Va, altresì, dichiarata, in accoglimento della domanda all'uopo proposta dall'appellante, l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del costituendo RTI capeggiato dalla ATI.

Difatti:

- a) non sono stati evidenziati particolari ostacoli al subentro nel rapporto, né questi emergono *aliunde*, considerata anche la natura del servizio da svolgere;
- b) il contratto, stipulato nel novembre 2016, ha una durata di ventiquattro mesi, rinnovabile per un eguale periodo, per cui una buona parte del medesimo dev'essere ancora eseguita.

12. L'appellante ha, inoltre chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione delle prestazioni contrattuali già svolte dal RTI tra la EMC2, la Il Ciottolo, la Oppimitti Costruzioni e la Cabiria.

Al riguardo occorre precisare che la domanda era stata sicuramente proposta nel giudizio di primo grado (sia pur senza puntualizzare le richieste, ma ciò rifluisce sull'infondatezza e non sulla sua inammissibilità), così che la sua riproposizione in appello è da ritenersi pienamente ammissibile, tanto più che è relativa a danni verificatisi dopo la sentenza impugnata, come emerge dal fatto che il contratto che il costituendo RTI capeggiato dell'appellante non ha potuto eseguire sin dal principio, è stato stipulato successivamente alla pubblicazione della detta pronuncia.

L'appellante sostiene che il lucro cessante per il biennio ammonterebbe a € 1.239.312,32 – comprensivi di utile (pari a € 440.912,32) e spese generali (pari a € 798.400,00) e che nel caso venisse accordata la tutela in forma specifica il lucro cessante non potrebbe ridursi in proporzione alle prestazioni ancora da svolgere in quanto la minor durata del contratto accorcerebbe *“i tempi di ammortamento degli investimenti necessari per l'esecuzione della commessa, con conseguente incremento dei costi e ingiusta riduzione delle relative marginalità”*.

Con memoria depositata in data 6/6/2017 l'appellante ha poi integrato la pretesa risarcitoria includendo ulteriori voci di danno.

13. La domanda di risarcimento per equivalente merita accoglimento nei sensi e nei limiti appresso indicati.

Giova puntualizzare che se è vero che anche nel processo amministrativo vale l'onere della prova (art. 64 c.p.a. e, con specifico riguardo alla materia dei contratti, art. 124, comma 1, del medesimo c.p.a.), la Sezione è dell'avviso che - sulla scorta di una valutazione di comune esperienza - il danno ingiusto sofferto dall'appellante sussista sicuramente nell'*an*, stante l'evidente pregiudizio economico che un'impresa subisce dalla illegittima mancata aggiudicazione - alla quale, invece, avrebbe avuto diritto - della gara cui ha partecipato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28/12/2016, n. 5488; Sez. IV, 14/3/2016, n. 992; 30/7/2012, n. 4298): nel caso che occupa, esso si sostanzia, in via diretta ed immediata, nel fatto stesso di non aver potuto eseguire una parte di contratto.

Per quanto riguarda il *quantum* la Sezione ritiene che nella sua quantificazione non possano essere incluse:

- a) le spese generali, atteso che le stesse attengono all'esecuzione del contratto e quindi per la parte non eseguita non possono essere risarcite;
- b) le ulteriori voci di danno specificate nella memoria depositata in data 6/6/2017, in quanto la relativa domanda risulta inammissibile poiché introdotta con atto non notificato alle controparti.

Ugualmente da escludere sono gli asseriti danni da riduzione dei tempi di ammortamento, stante sul punto l'assoluta genericità della domanda proposta.

Il risarcimento dovuto va, dunque, determinato in una somma, da calcolarsi sulla base dell'utile d'impresa dichiarato in sede di offerta (€ 440.912,32 per il biennio, somma non contestata dall'amministrazione), proporzionale ai mesi di contratto non eseguito fino all'effettivo subentro nel rapporto del RTI capeggiato dall'appellante.

15. Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

16. Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

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 della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del costituendo RTI fra la EMC2, la Il Ciottolo, la Oppimitti Costruzioni e la Cabiria.

Dichiara, inoltre, l'inefficacia del contratto stipulato con il costituendo RTI di cui sopra, a decorrere del ventesimo giorno dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto dell'appellante.

Condanna la stazione appaltante al pagamento in favore dell'appellante del risarcimento dei danni secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna in solido le appellate al pagamento delle spese processuali del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 10.000/00 (diecimila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO