

Publicato il 11/11/2020

N. 06932/2020REG.PROV.COLL.

N. 06191/2020 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6191 del 2020, proposto dalla società B. Recycling a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo Napolano, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Sirignano, 6;

contro

Pianeta Ambiente Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Giambelluca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Procida, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Contieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Napolitano in Roma, c.so Trieste, n. 16;
Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, n. 3084 del 14 luglio 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società cooperativa Pianeta Ambiente e del Comune di Procida;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2020 il Cons. Alessandro Verrico;

Nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Campania, Sede di Napoli, Sezione VI (R.G. 1015/2020), la società cooperativa Pianeta Ambiente, in relazione alla procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio integrato di igiene urbana del Comune di Procida, impugnava la determinazione di approvazione della proposta di aggiudicazione in favore della società B. Recycling s.r.l. (n. reg. part. 371 e n. reg. gen. 1052 del 3 dicembre 2019 del Responsabile della 1° Sezione), la comunicazione dell'esito della gara e la trasmissione della graduatoria (nota prot. 18394 del 5 dicembre 2019), i verbali delle sedute di gara (n. 1 del 16 ottobre 2019, n. 2 del 8 novembre 2019 e n. 3 del 20 novembre 2019) e la proposta di aggiudicazione.

La ricorrente agiva altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per l'accertamento del danno ingiusto subito, da risarcirsi in via principale in forma specifica mediante l'esclusione della società B.Recycling S.r.l. e la conseguente aggiudicazione dell'appalto in suo favore ovvero in subordine per equivalente economico, e per la conseguente condanna al risarcimento dei danni.

2. Il T.a.r., con la sentenza n. 3084 del 14 luglio 2020, ha accolto il ricorso, per l'effetto annullando la determinazione di approvazione della proposta di aggiudicazione della gara d'appalto, e ha condannato il Comune di Procida al pagamento delle spese del giudizio. Il Tribunale, in particolare:

- a) ha respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività;
- b) ha accolto il secondo motivo di ricorso, relativo al mancato possesso da parte della controinteressata del requisito richiesto dall'art. 7.2 del disciplinare di gara alla lettera d), in quanto in particolare non avrebbe redatto l'“*elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016-2017-2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati*”, rivolto a comprovare da parte dell'operatore economico non tanto la sua solidità economica, quanto il possesso di una adeguata capacità tecnica professionale. In particolare, la controinteressata, al fine di dimostrarne il possesso, avrebbe fatto ricorso all'avvalimento, il quale, da qualificarsi quale 'operativo', presenterebbe profili di nullità, poiché non sarebbe possibile identificare le specifiche risorse umane e materiali messe a disposizione dell'impresa ausiliata. Peraltro, pur a voler qualificare il requisito in esame come di capacità economica, esso in ogni caso non sarebbe stato dimostrato, in quanto l'ausiliaria ha fornito l'esperienza maturata nell'esecuzione del servizio di igiene urbana presso il Comune di Villaricca per un triennio diverso da quello richiesto dalla *lex specialis* di gara (triennio 2016-2018 piuttosto del triennio richiesto 2015-2017);
- c) ha ritenuto assorbiti gli altri tre motivi di ricorso.

3. La società B. Recycling s.r.l. ha proposto appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante ha sostenuto le censure riassumibili nei seguenti termini:

- i) “*Error in iudicando. Irricevibilità*”;
- ii) “*Error in iudicando. Violazione lex specialis. Violazione dell'art. 83 co. 4 d. lg. 50/2016*”;
- iii) “*Error in iudicando. Violazione lex specialis*”;

- iv) *“Error in iudicando. Violazione lex specialis. Violazione dell’art. 83 co. 4 d. lg. 50/2016”*;
- v) *“Error in iudicando. Violazione del principio del soccorso istruttorio”*.

La società ha infine chiesto che sia dichiarata l’inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato ed il conseguente subentro dell’appellante nell’aggiudicazione ovvero, in subordine, che sia riconosciuto in suo favore il risarcimento dei danni conseguenti alla illegittima mancata esecuzione.

3.1. La società cooperativa Pianeta Ambiente ha inizialmente presentato “controricorso” con cui, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., ha riproposto le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado, ed ha quindi depositato memoria difensiva, con cui si è opposta all’appello e ne ha chiesto l’integrale rigetto.

3.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Procida, il quale, depositando memoria difensiva, ha chiesto l’accoglimento dell’appello, deducendo l’irricevibilità per tardività del ricorso introduttivo, la non essenzialità del requisito di cui al punto 7.2, lett. d) del disciplinare di gara e ad ogni modo l’idoneità a tal fine del contratto di avvalimento.

3.3. Con successive memorie difensive le parti hanno rispettivamente replicato alle avverse deduzioni, insistendo nelle censure dedotte. Il Comune si è inoltre opposto ai motivi di primo grado riproposti dalla società Pianeta Ambiente.

4. All’udienza del 15 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

5. L’appello è infondato e deve pertanto essere respinto, potendo quindi prescindere dall’esame dell’eccezione di inammissibilità dell’appello per genericità dei motivi di gravame sollevata dalla società Pianeta Ambiente.

6. Risulta infondata l’eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sviluppata dall’appellante con la prima censura. Secondo la società B. Recycling, invero, il termine di trenta giorni per l’impugnazione dovrebbe decorrere dal 14 gennaio 2020, data in cui è stata concessa la possibilità di accedere ai documenti, piuttosto che dal

30 gennaio 2020, in quanto l'effettivo accesso sarebbe avvenuto in tale data esclusivamente su libera scelta dell'istante.

6.1. In punto di fatto il Collegio rileva, anche nell'esercizio dei propri poteri d'ufficio con riferimento alla verifica della esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo) (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5116), che:

i) dopo l'aggiudicazione, comunicata in data 4 dicembre 2019, dalla quale tuttavia non si evincevano i relativi dettagli ma solo l'esito della gara, la società Pianeta Ambiente in data 6 dicembre 2019 presentava istanza di accesso, chiedendo di voler ricevere le comunicazioni via PEC;

ii) in data 14 gennaio 2020 il Comune, in accoglimento dell'istanza di accesso, rispondeva comunicando alla società istante di accordarsi con il RUP per visionare i documenti richiesti, dovendo a tal fine recarsi in ufficio;

iii) l'accesso avveniva in data 30 gennaio 2020;

iv) il ricorso veniva notificato in data 2 marzo 2020.

6.2. Ciò premesso, il *dies a quo* del termine di trenta giorni per l'impugnazione deve essere fatto decorrere dalla effettiva conoscenza degli atti da parte della società istante, come visto avvenuto in data 30 gennaio 2020.

Del resto, è dipeso esclusivamente dalla condotta dell'amministrazione comunale sia il ritardo nell'evasione della domanda di accesso, la quale dalla presentazione dell'istanza in data 6 dicembre 2019 interveniva solo in data 14 gennaio 2020, sia il ritardo nella visione degli atti, che dal 14 gennaio 2020 veniva effettivamente eseguita in data 30 gennaio 2020. Invero, il Comune, piuttosto che abilitare la sola possibilità di visione della documentazione richiesta mediante accesso fisico presso l'ente, avrebbe potuto trasmettere la stessa a mezzo PEC, in tal modo assecondando la specifica richiesta dell'istante.

Peraltro, a tale conclusione depone anche la circostanza che la procedura era di natura telematica, prevedendo la redazione di tutti gli atti in modalità informatica, come inoltre confermato dal fatto che per il richiesto accesso - su sei documenti - quattro venivano consegnati in copia elettronica.

6.3. In senso conforme è la recente giurisprudenza di questo Consiglio, atteso che l'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020, ha affermato il principio di diritto secondo cui *“la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta”*. Peraltro, come correttamente citato dalla originaria ricorrente, il Consiglio di Stato, nella medesima occasione, ha ritenuto che: *“l’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti)”*, ossia *“qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti”*.

6.4. Condividendo quanto affermato sul punto dal primo giudice, il Collegio ritiene quindi che, nel caso in cui nulla si evinca dalla iniziale comunicazione dell’aggiudicazione, il termine per l’impugnazione decorre solo dal momento dell’effettiva conoscenza da parte della società ricorrente degli atti che avrebbero - a suo avviso - determinato la violazione delle disposizioni applicabili in materia di appalti pubblici.

6.5. In conclusione il ricorso, essendo stato notificato in data 2 marzo 2020, va considerato tempestivo, quindi ricevibile.

7. Con il secondo motivo l’appellante censura, mediante la mera riproposizione delle difese svolte in primo grado, l’interpretazione fornita dal primo giudice del requisito

di cui all'articolo 7.2, lett. d), del disciplinare di gara qualificandolo quale requisito tecnico professionale e non “*mera elencazione informativa di servizi*” rispetto al requisito economico finanziario del fatturato specifico.

Con la terza censura la società B.Recycling lamenta l'erroneità della motivazione della impugnata sentenza nella parte in cui si afferma che “*da ultimo, va rilevato che, in ogni caso, le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria neppure corrispondono alle richieste del bando, dal momento che il fatturato indicato dall'ausiliaria corrisponde al triennio 2015-2017, anziché a quello 2016-2018*”. Deduce, *a contrario*, che il contratto di avvalimento depositato in atti indica, quale oggetto del prestito, proprio il fatturato globale e specifico per gli anni dal 2016 al 2018 e che al medesimo triennio fa riferimento la dichiarazione dei requisiti.

In subordine, laddove non accolto il precedente motivo, l'appellante, con una quarta censura, sostiene che anche nel caso in cui si ritenga che l'elemento di cui alla lettera d) integri, propriamente, un requisito operativo, il possesso dello stesso risulterebbe comprovato dagli elementi indicati nel contratto di avvalimento, avendo l'ausiliario messo a disposizione la sua esperienza nel settore ambientale ed il *know how* aziendale.

Infine, sempre in subordine, con il quinto mezzo di gravame, la società eccepisce che, se il requisito fosse qualificabile come “tecnico-professionale”, al partecipante avrebbe dovuto essere consentito apportare eventuali integrazioni al contratto di avvalimento, essendo stato indotto in errore dalla stazione appaltante, laddove questa ha inserito tale elemento nell'ambito dei requisiti economico finanziari.

7.1. I descritti motivi di appello, da esaminare congiuntamente in ragione del rapporto di stretta connessione tra loro, risultano destituiti di fondamento.

7.2 Il Collegio rileva, in primo luogo, che il disciplinare di gara prevede testualmente nell'art. 7.2, rubricato “*Requisiti di capacità economica e finanziaria*”:

- “a) fatturato globale complessivamente realizzato non inferiore a € 7.500.000,00 (euro settemilionicinquecentomila/00) riferito al triennio (2016-2017-2018);*
- b) fatturato medio annuo per servizi analoghi a quello oggetto di gara (servizio integrato gestione dei rifiuti con sistema di raccolta porta a porta) realizzato nell’ultimo triennio (2016-2017-2018) non inferiore a € 7.500.000,00 (euro settemilionicinquecentomila/00);*
- c) almeno n.1 idonea dichiarazioni bancarie o intermediario autorizzato ai sensi del d.lgs. 385/93;*
- d) elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016-2017-2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati. Se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, essi sono provati da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi. Se trattasi di servizi prestati a privati, l’effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”.*

Per converso, il capitolato della medesima gara prevede:

- a) tra i “Requisiti di capacità economica e finanziaria”, la “dichiarazione di almeno un istituto bancario o intermediario autorizzato ai sensi del d.lgs. 385/93” e la “dichiarazione sul fatturato inerente il settore di attività oggetto dell’appalto negli ultimi tre esercizi (2016, 2017, 2018), di importo complessivo non inferiore a € 7.500.000,00 (euro settemilionicinquecentomila/00)”;
- b) tra i “Requisiti di capacità tecniche e professionali”, l’“elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016, 2017, 2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati”, a tal uopo specificando che “se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, essi sono provati da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi” e che “se trattasi di servizi prestati a privati, l’effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”.

7.3. La lettura combinata delle richiamate disposizioni induce a ritenere che il requisito di cui all’articolo 7.2, lett. d), del disciplinare di gara, benché contemplato nell’ambito dell’articolo rubricato “Requisiti di capacità economica e finanziaria”, rientri,

come meglio previsto dal capitolato, tra i requisiti delle capacità tecniche e professionali.

Oltre al dato testuale rintracciabile nel capitolato di gara, in questo senso depone il contenuto del requisito stesso che, a differenza dei requisiti di cui alle precedenti lettere a), b) e c) chiaramente volti a estrinsecare la capacità economica e finanziaria dell'impresa partecipante, è dimostrativo del dato esperienziale rappresentato dall'aver effettuato servizi nel triennio 2016-2018.

7.4. Invero, secondo la costante giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120; sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220):

a) il fatturato specifico va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non risorsa tecnica, atteso che l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere *"che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto"* e, correlativamente, l'allegato XVII (*"Mezzi di prova dei criteri di selezione"*) prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396). Tale soluzione, del resto, è conforme all'art. 58 § 3 della dir. 2014/24/UE, alla cui stregua, *"per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto"* e che *"a tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto"*;

b) diversamente, le *"esperienze necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"* costituiscono, in base all'art. 58 § 4 della richiamata direttiva, un requisito

che può essere richiesto per dimostrare una adeguata capacità tecnica professionale e che deve essere comprovato "*da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*". Le specifiche capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il c.d. *know how*), che presuppongono non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, costituiscono quindi l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

7.5. In conclusione, il requisito previsto dall'articolo 7.2, lett. d), del disciplinare di gara, piuttosto che essere ricondotto a quelli volti alla dimostrazione della solidità economica dell'operatore economico, come sono invece il fatturato globale e specifico, deve essere qualificato come requisito dimostrativo di una adeguata capacità tecnica professionale.

7.6. Ciò detto, si ricorda che la società B. Recycling, al fine di dimostrare il possesso di tale requisito, faceva ricorso all'istituto dell'avvalimento utilizzando i requisiti della società Go Truck s.r.l., la quale forniva l'esperienza maturata nell'esecuzione del servizio di igiene urbana presso il Comune di Villaricca, indicando nel contratto di avvalimento il triennio richiesto dal bando (2016-2018), ma allegando in sede di partecipazione una dichiarazione contenente un certificato di corretta esecuzione del servizio riferito al diverso triennio 2015-2017.

7.7. Dalla descritta qualificazione di tale requisito discende che il contratto di avvalimento, per lo meno con riferimento a tale aspetto, deve essere qualificato come avvalimento c.d. operativo.

7.8. Invero, la recente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953) ha precisato che, mentre si ha avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette

a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria (requisiti di carattere economico e finanziario), rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057), l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale.

In particolare, nell'avvalimento operativo, al fine di attestare il possesso dei titoli partecipativi, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto, la cui presenza dovrà essere rilevata secondo un'indagine - svolta in concreto - dell'efficacia del contratto, sulla base delle generali regole dei contratti e, specificatamente, secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal codice civile e secondo buona fede delle clausole contrattuali (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551). Pertanto, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

7.9. Con riferimento al caso di specie, si rileva che il contratto di avvalimento, a cui ha fatto riferimento la società B.Recycling per provare il possesso dei requisiti ex art. 7.2 del disciplinare, risulta generico, non essendo state sufficientemente specificate le risorse messe a disposizione. Dall'esame del contratto depositato, emerge invero che l'ausiliaria si è limitata a mettere a disposizione *“l'organizzazione aziendale nel suo*

complesso” e in particolare “la sua esperienza pluriennale nel settore ambientale ed il know-how aziendale”, senza prevedere ulteriori specificazioni.

7.10. Peraltro, l’attestato di regolare esecuzione presentato in gara, e rilasciato dal Comune di Villaricca, si riferisce al triennio 2015-2017, laddove, come visto, il disciplinare di gara, ai fini della dimostrazione del requisito dell’art. 7.2, lettera d), ha richiesto la produzione dell’*“elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni (2016-2017-2018), con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati”*.

7.11. Alla luce delle considerazioni esposte, risulta pertanto che la società B.Recycling non provvedeva a dimostrare il possesso del requisito previsto dall’articolo 7.2, lett. d), del disciplinare di gara, peraltro non potendo ravvisarsi i presupposti per l’attivazione del soccorso istruttorio, stante la facile interpretazione della relativa disposizione.

8. Restano assorbiti i motivi del ricorso di primo grado riproposti in questa sede dalla società Pianeta Ambiente.

9. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l’appello deve essere respinto.

10. Le spese del presente grado di giudizio, nel rapporto tra l’appellante e la controinteressata, seguono la soccombenza e vanno invece compensate tra l’appellante e il Comune di Procida.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull’appello R.G. n. 6191/2020 come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della società cooperativa Pianeta Ambiente, nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

Compensa le spese del presente grado di giudizio tra l’appellante e il Comune di Procida.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2020, con
l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO