

Tar Piemonte, sezione prima, sentenza n. 1 del 2 gennaio 2018

Partecipazione alla gara – Divieto di avvalimento per i “compiti essenziali dell’appalto” – Illegittimità per i requisiti tecnici

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2017, proposto da:
Teknoservice s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso l'avv. in Torino, via

contro

Consorzio Chierese per i Servizi, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso

nei confronti di

San Germano s.r.l., Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

di tutti gli atti e provvedimenti mediante i quali il Consorzio Chierese ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, in parte a corpo ed in parte a misura, costituito principalmente dalle seguenti attività: raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento / recupero di rifiuti urbani e speciali assimilati agli urbani e servizi di igiene urbana elencati nell'art.1, comma 4, lettere A), B), C), D), E), F) del capitolato speciale di appalto, da effettuarsi nei 19 Comuni facenti parte del Consorzio;

della determinazione del Consorzio Chierese per i Servizi n. 6 dell'8 febbraio 2017; del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato d'appalto, di tutti i chiarimenti diffusi dalla stazione appaltante;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2017 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 17 febbraio 2017, il Consorzio Chierese per i Servizi ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana da effettuarsi nel territorio dei 19 Comuni consorziati, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 73.707.891,03 per la durata di otto anni.

La Teknoservice s.r.l., che opera nel settore della raccolta e smaltimento rifiuti, impugna il disciplinare di gara che, a suo dire, conterrebbe requisiti di qualificazione restrittivi ed illegittimi.

In particolare, la ricorrente contesta il combinato disposto delle seguenti clausole:

- paragrafo 7.VI.e) del disciplinare, ove si richiede, ai fini dell'ammissione, che il concorrente dimostri di aver eseguito nell'ultimo triennio un "servizio di lettura e trasmissione dati di transponders (tag Rfid) posizionati su contenitori per la raccolta dei rifiuti solidi urbani presso un Comune e/o Consorzio di Comuni e/o altro committente, con una popolazione complessiva mediamente servita di almeno 50.000 abitanti effettivi, con almeno un Comune avente popolazione pari o superiore a 30.000 abitanti effettivi e in cui è in vigore, nel medesimo triennio, il

regime di tariffazione puntuale (a norma del d.P.R. n. 158/1999) per almeno il 50% degli abitanti del Comune e/o del Consorzio di Comuni e/o di altro committente”;

- paragrafo 7.VIII.1) del disciplinare, ove si stabilisce che “il requisito di ordine speciale di cui al precedente sottoparagrafo 7.VI.e), non frazionabile, deve essere posseduto da uno qualsiasi dei membri del raggruppamento orizzontale”;
- paragrafo 11.I) del disciplinare, ove si stabilisce che “l’avvalimento non è altresì consentito, in base all’art. 89 comma 4 del d.lgs. 50/2016, per soddisfare il requisito di cui al punto 7.VI.e) (...) trattandosi di servizio che la stazione appaltante considera essenziale e che, come tale, deve essere svolto direttamente dall’offerente”.

Dopo la pubblicazione del bando, in sede di chiarimenti su quesiti formulati dalle imprese interessate alla partecipazione, il Consorzio ha ribadito che il requisito di cui al paragrafo 7.VI.e) non è frazionabile e non può essere conseguito mediante avvalimento, in quanto reputato “essenziale” ai sensi dell’art. 89, quarto comma, del vigente Codice degli appalti pubblici, giacché la tariffazione puntuale mediante il conteggio degli svuotamenti dei contenitori, attraverso la lettura di transponders, è ormai ampiamente diffusa in Italia ed in Europa e costituisce uno degli strumenti principali per il raggiungimento degli obiettivi posti dal Piano regionale di gestione dei rifiuti urbani.

La ricorrente chiede l’annullamento, per tale profilo, della lex specialis di gara, deducendo la violazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, la violazione dell’art. 63 della direttiva 2014/24/UE, la violazione del principio di massima partecipazione e l’eccesso di potere per sviamento, difetto d’istruttoria e di motivazione e carenza dei presupposti. Afferma, in sintesi, che il contestuale divieto di avvalimento e di frazionamento, in relazione al requisito di capacità tecnica di cui al paragrafo 7.VI.e), violerebbe la disciplina di derivazione comunitaria e restringerebbe in misura ingiustificata la possibilità di partecipazione alla gara.

Si è costituito il Consorzio Chierese per i Servizi, chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

In pendenza del giudizio, è pervenuta alla stazione appaltante la sola offerta dell'a.t.i. tra San Germano s.r.l. e Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico, imprese che attualmente gestiscono il servizio di igiene urbana per il Consorzio.

L'istanza cautelare è stata accolta, con ordinanza di questa Sezione n. 149/2017.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 25 ottobre 2017, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L'art. 89, quarto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, interpretato in conformità con i principi posti in tema di avvalimento dalla normativa comunitaria, non consente l'imposizione di un divieto quale quello stabilito dal Consorzio Chierese nella gara qui controversa (divieto di avvalimento e di divieto di possesso frazionato, per il requisito di capacità tecnica relativo allo svolgimento di un servizio di lettura e trasmissione dati di transponders).

Chiamata a pronunciarsi sugli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE, la Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che il diritto dell'Unione non impone che l'impresa concorrente sia in grado di realizzare direttamente, con mezzi propri, la prestazione convenuta (sent. 23 dicembre 2009, C-305/08, *Conisma*). La direttiva 2004/18/CE, per tale aspetto non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE, non vieta che un concorrente possa avvalersi delle capacità di una o più imprese ausiliarie, in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri di qualificazione posti dal bando di gara, secondo lo schema del cosiddetto avvalimento "cumulativo" o "frazionato" (sent. 10 ottobre 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni*).

L'avvalimento "cumulativo" è oggi espressamente previsto e consentito dall'art. 89, sesto comma, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Secondo questa stessa giurisprudenza, le direttive europee riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" e purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che l'offerente disporrà dei mezzi di tali soggetti necessari per l'esecuzione della prestazione (sent. 14 gennaio 2016, C-234/14, *Ostas Celtnieks*).

Pertanto, deve ritenersi che la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2014/24/UE abbiano consentito senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che l'appaltatore che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto. Tale interpretazione, per espressa affermazione della Corte di Giustizia, risponde all'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici. Essa, inoltre, è idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, principio enunciato dalla direttiva 2004/18/CE e rafforzato, come è noto, dalla direttiva 2014/24/UE.

I profili di discontinuità nella disciplina comunitaria dell'avvalimento sono invece ravvisati, dalla Corte, nel primo comma dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, laddove prevede che gli operatori economici possano fare affidamento sulle capacità di altri soggetti "solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste" (sent. 7 aprile 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*).

La Corte aveva tuttavia rilevato, già in relazione alla disciplina degli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE, che non può escludersi a priori l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità, che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In tale ipotesi, che costituisce una situazione eccezionale e non può assurgere a regola generale, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo di qualificazione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo utilizzo di un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto (sent. 10 ottobre 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni*).

La Corte, sebbene in occasione dell'esame di questione pregiudiziale riguardante *ratione temporis* la direttiva 2004/18/CE, ha già avuto cura di chiarire il significato dell'art. 63, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE, ai cui sensi è consentito “nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura” che le stazioni appaltanti esigano “che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o (...) da un partecipante al raggruppamento”.

La Corte, in proposito, ha affermato: “(...) le specifiche disposizioni menzionate dal giudice del rinvio prevedono la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di esigere che il soggetto di cui ci si avvale per soddisfare i requisiti previsti in materia di capacità economica e finanziaria sia solidalmente responsabile (articolo 63, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/24) o che, per taluni tipi di contratti, determinate prestazioni siano direttamente svolte dall'offerente stesso (articolo 63, paragrafo 2, di tale direttiva). Tali disposizioni non fissano quindi limiti specifici alla possibilità di avvalimento frazionato delle capacità di soggetti terzi” (sent. 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*).

Il secondo comma dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, che per la sua formulazione letterale pone una regola self-executing direttamente rivolta alle amministrazioni aggiudicatrici, non consente dunque di vietare il ricorso all'avvalimento per determinate prestazioni "essenziali", bensì riconosce alle amministrazioni la facoltà di esigere che, nella fase esecutiva, dette lavorazioni siano riservate al solo appaltatore ovvero ad un membro del raggruppamento d'impresa. La norma, secondo l'interpretazione già emersa nella giurisprudenza comunitaria, si riferisce alla fase esecutiva dell'appalto e non autorizza l'amministrazione a restringere, in sede di gara, la possibilità di procurarsi mediante avvalimento le risorse tecniche ed economiche riguardanti i "compiti essenziali".

Peraltro, alla stessa conclusione conduce l'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, che dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE ha fatto recepimento.

Le limitazioni in senso stretto del diritto di avvalimento sono contemplate esclusivamente nei commi primo (per i requisiti di idoneità professionale), decimo (per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali) ed undicesimo (per le categorie SOA superspecialistiche) dell'art. 89. Il legislatore, quando ha voluto vietare l'avvalimento in gara, l'ha fatto con disposizioni chiare ed univoche.

Viceversa, il quarto comma dell'art. 89 si limita a stabilire, seppure nel contesto della disciplina dell'avvalimento e con fedele riproduzione della corrispondente norma della direttiva comunitaria, che la lex specialis di gara può prevedere che taluni compiti "essenziali" siano "direttamente svolti" dall'appaltatore o da un singolo partecipante all'associazione temporanea d'impresa, così riferendosi al momento dell'esecuzione del contratto, non già alla fase pubblicistica di selezione dell'aggiudicatario, nella quale il diritto di qualificarsi mediante avvalimento non tollera ulteriori compressioni dovute ad indebite interpretazioni estensive delle norme del Codice.

Il compito di vigilanza, nella fase esecutiva, è assegnato al responsabile unico del procedimento che, ai sensi del nono comma dell'art. 89, accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano "svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria" che il titolare del contratto, ossia l'impresa appaltatrice, utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Le prestazioni "essenziali" sono pertanto eseguite dall'appaltatore, che ne risponde direttamente verso la stazione appaltante e che si avvale, con la forma liberamente prescelta nell'autonomia d'impresa, della manodopera e dei mezzi dell'ausiliaria che gli ha consentito di integrare la propria qualificazione ai fini dell'ammissione alla gara.

Ricostruita nei surriferiti termini la disciplina dell'avvalimento, anche alla luce dei principi affermati dalla più recente giurisprudenza comunitaria, non può che giudicarsi illegittima la clausola del disciplinare di gara con la quale il Consorzio Chierese ha vietato, per un requisito di capacità tecnica impropriamente definito quale "compito essenziale", il ricorso all'avvalimento e l'eventuale frazionamento all'interno di un raggruppamento d'impresе.

Il vizio è assorbente ed idoneo ad inficiare in radice la procedura, poiché ha impedito alla ricorrente di parteciparvi.

La portata anticoncorrenziale della disciplina di gara è stata viepiù confermata, nei fatti, dalla partecipazione di una sola compagine composta dai gestori uscenti del servizio, rispetto ai quali il requisito di qualificazione è stato evidentemente ritagliato, senza aver cura di accertare la presenza sul mercato di riferimento di un congruo numero di operatori economici in grado di qualificarsi autonomamente.

Può allora prescindere dall'esame delle ulteriori censure sviluppate in via subordinata dalla società ricorrente, che lamenta il difetto d'istruttoria e di motivazione in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nella individuazione della prestazione "essenziale" insuscettibile di avvalimento e frazionamento. La

ricorrente, specie nella memoria conclusiva, si sforza di dimostrare che il servizio di lettura e trasmissione dati di transponders posizionati sui contenitori per la raccolta dei rifiuti sarebbe del tutto marginale ed accessorio nell'economia complessiva dell'appalto, privo di complessità tecnologica, interamente automatizzato ed incidente per appena lo 0,5% sul canone contrattuale a base di gara. A ciò replica la difesa del Consorzio, producendo un'analitica relazione descrittiva del responsabile unico del procedimento.

Come si è visto, è ancor prima radicalmente illegittima la decisione del Consorzio di vietare l'avvalimento ed il possesso frazionato per il requisito in esame, indipendentemente dalla sua qualificazione alla stregua di "compito essenziale" che, al più, potrebbe venire in rilievo nella fase di esecuzione del servizio, dove sarebbe astrattamente ammissibile una prescrizione (di natura contrattuale) che imponesse all'affidatario di eseguire in proprio la lettura e la trasmissione dei dati sulla svuotamento dei cassonetti, fatta sempre salva la facoltà di avvalersi della consulenza, del know-how e delle risorse di un'impresa ausiliaria.

In conclusione, sono illegittimi e vanno annullati i paragrafi 7.VI.e), 7.VIII.1) e 11.I) del disciplinare di gara, laddove stabiliscono che il requisito di capacità tecnica relativo alla lettura e trasmissione dati di transponders (esecuzione di identico contratto nell'ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) non è frazionabile e non può essere conseguito mediante avvalimento. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il disciplinare di gara, nella parte e nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Consorzio Chierese per i Servizi al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente, nella misura di euro 5.000,00 (oltre i.v.a., c.p.a. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017

L'ESTENSORE
Savio Picone

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

•