



REPUBBLICA ITALIANA
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 1350 del 2012, proposto da:

S.E.A.P. S.R.L. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Costituendo R.T.I., rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Comandè, Francesco Buscaglia, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Antonio Stoppani N.1; Ador.Mare Srl in proprio e quale mandante del costituendo RTI, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Buscaglia, Carlo Comandè, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Antonio Stoppani N.1;

contro

Presidenza del Consiglio Dei Ministri -Dipartimento Della Protezione Civile, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Presidenza del Consiglio Dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento Protezione Civile Commissario .Delegato .Ex Opcm 3933/2011;

nei confronti di

Cofermet Srl, Sidermetal Srl, Bono Slp Srl, Campione Industries Spa, Castalia Scpa, Paradivi Servizi Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 00648/2012, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI RIMOZIONE TRASPORTO DEMOLIZIONE ED AVVIO A RECUPERO/SMALTIMENTO DI IMBARCAZIONI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio Dei Ministri -Dipartimento Della Protezione Civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Carlo Comandè e l'avvocato dello Stato Antonio Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara ritualmente pubblicato, il Dipartimento della Protezione civile, quale Commissario delegato ex OPCM 3933/2011 indiceva una procedura di gara ai sensi dell'art.55 del d.lgs n.163/2006 avente ad oggetto "l'affidamento del servizio di rimozione , trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni situate presso la ex Base Loren sita in località "Alberto Sole " sull'isola di Lampedusa per un totale di 123 imbarcazioni di legno.

Le Società S.E.A.P. srl e Ador.. Mare srl partecipavano alla predetta gara quale RTI con capogruppo la S.E.A.P. e formulavano la relativa offerta escludendo dall'importo soggetto al ribasso le spese relative al costo del personale.

Nel corso della seduta del 21 ottobre 2011 il seggio di gara escludeva il RTI S.E.A.P. - Ador. Mare per il fatto che la seconda Società non era in possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali di cui al dlgs n.152/06.

Più specificatamente l'esclusione del costituendo RTI era disposta " per la mancanza a carico della mandante Ador. Mare del requisito di partecipazione iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali di cui al dlgs n.152/06 per categorie e classi adeguate all'intervento da eseguire (paragrafo 2 , pag. 2 disciplinare di gara III 2.3 "Capacità tecnica , informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti") del bando di gara. Infatti con il chiarimento il soggetto attuatore ha determinato che detto requisito debba essere posseduto da tutte le società componenti del costituendo RTI come ribadito anche nel citato parere fornito in merito a questa Commissione".

Dopo aver attivato la procedura di accesso agli atti la S.E.A.P. srl , in proprio e quale mandataria del costituendo RTI impugnava innanzi al Tar del Lazio i seguenti atti e provvedimenti:

a) la nota della Presidenza del Consiglio del 28 ottobre 2011 di comunicazione di esclusione dalla gara nonché i verbali n.1 del 17 ottobre 2011 e n.2 del 21 ottobre 2011 nella parte in cui la commissione ha escluso dalla gara il predetto RTI ;

b) i citati verbali n.1/11 e 2/11 nella parte in cui la commissione non ha provveduto ad escludere tutte le imprese concorrenti che non hanno predisposto l'offerta in base a quanto previsto dall'art.81 comma 3-bis del dlgs n.163/2006 ovvero individuando il costo del lavoro e decurtandolo e non ha disposto la esclusione della impresa Co. Fer. Met.;

c) in via subordinata il bando e il relativo disciplinare nella parte in cui nel determinare l'importo a base d'asta dell'appalto non ha scorporato gli oneri relativi al costo del personale.

Contestualmente parte ricorrente chiedeva di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica) e, in subordine, la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati.

L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n.648 del 19/1/2012 in parte respingeva il ricorso e in altra parte lo dichiarava inammissibile nei sensi di cui in motivazione.

Avverso tale decisum , ritenuto errato e ingiusto, è insorta S.E.A.P. srl , deducendo a sostegno del proposto gravame i seguenti motivi :

1) erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto priva delle denunciate mende la disposta esclusione del RTI ricorrente dalla gara ;

2) erroneità della sentenza nella parte in cui non si è pronunziata sul punto 1.2 del ricorso di primo cure;

3) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto inammissibile per carenza di interesse le restanti censure ed in particolare quelle articolate nel secondo motivo recante "violazione e falsa applicazione dell'art.81 comma 3 bis del dlgs n.163/06 come introdotto dalla lettera 1-bis del comma 2 dell'art.4 del d.l. 13 maggio 2011 n.70 nel testo integrato dalla relativa legge di conversione. Violazione della ratio della norma contenuta nel predetto articolo. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta";

4) erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto inammissibili le restanti doglianze ed in particolare il terzo

motivo del ricorso recante “ in via subordinata : violazione e falsa applicazione dell’art.81 comma 3 dlgs n.163/06 e s.m.i. _ violazione e falsa applicazione del punto 6.2 del disciplinare. Error in procedendo - eccesso di potere”;

5) erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto inammissibili le restanti doglianze ed , in particolare, il quarto motivo di ricorso recante “in via ulteriormente subordinata, illegittimità e/o nullità della lex specialis laddove ha determinato l’importo a base d’asta senza operare lo scorporo delle spese relative al costo del personale in violazione dell’art.81 comma 3 bis del dlgs n.1263/06. Violazione dei principi in tema di buon andamento della pubblica amministrazione (art.97 Cost.) - Eccesso di potere” .

Si è costituita in giudizio per resistere al proposto gravame la Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento della protezione Civile-

Le parti hanno prodotto a migliore illustrazione delle rispettive tesi apposite memorie difensive.

All’udienza del 12 luglio 2013 la causa è stata introitata per la definitiva decisione.

DIRITTO

L’appello si appalesa infondato, meritando l’impugnata sentenza integrale conferma.

Col primo e secondo mezzo d’impugnazione che qui conviene congiuntamente trattare per ragioni di logica connessione parte appellante rileva la illegittimità della disposta esclusione dalla gara nonché la erroneità della interpretazione resa sul punto dal Tar, per le ragioni così riassumibili :

a) la lex specialis della gara non prevede che tutti i componenti del RTI verticale, come quello in rilievo devono essere dotate della iscrizione all’albo dei gestori ambientali e avuto riguardo alle modalità di espletamento dei servizi oggetto di gara non si può imputare alla Ador. Mare, facente parte del raggruppamento, il mancato possesso di detta iscrizione.. Invero la predetta Società espleta la quota di servizio relativa al trasporto via mare delle imbarcazioni che già sono state bonificate e che comunque non possono considerarsi come rifiuti.

b) la disposta esclusione si pone in contrasto con il principio per cui in caso di RTI i requisiti di capacità tecnica, finanziaria ed economica vanno verificati cumulativamente in capo alle imprese facenti parti del raggruppamento, laddove, in particolare, i raggruppamenti di tipo verticale vengono costituiti da imprese in possesso di differenti specializzazioni e che si dividono l’esecuzione del lavoro e del servizio per specifiche competenze: in questa ottica non si può richiedere il requisito dell’iscrizioni a tutte le imprese del RTI, tenuto conto che la capogruppo è in possesso della predetta iscrizione;

c) in ogni caso, non poteva essere disposta la esclusione dalla gara del RTI , atteso che la Ador. Mare aveva dichiarato di voler avvalersi della possibilità di subappaltare il servizio e tanto in linea con l’art.3 del disciplinare tecnico che a proposito del possesso della iscrizione de qua ha previsto che tale requisito è scorporabile e subappaltabile (sul punto peraltro il primo giudice aveva omesso di pronunciarsi)

Le suillustate argomentazioni difensive non colgono nel segno.

Ritiene invero il Collegio che le determinazioni assunte dalla stazione appaltante in ordine alla disposta esclusione del RTI appellante per il mancato possesso da parte della mandante Ador.Mare di un requisito di capacità tecnica costituito dall’iscrizione all’albo nazionale dei gestori ambientali di cui al d.lgs n.1252/2006 nonchè il procedimento logico e le conclusioni del primo giudice con cui è stato avallato il provvedimento di esclusione siano pienamente condivisibili.

Si impone per l’esatto inquadramento (e la soluzione) della quaestio iuris qui in rilievo verificare la disciplina che regge la procedura selettiva per l’espletamento dei servizi oggetto di gara che risulta articolata:

1) dal bando di gara al punto III.2.3 che a proposito della capacità tecnica ha espressamente richiesto l’iscrizione all’albo nazionale dei gestori ambientali di cui al dlgs n.152/2006 per categorie e classi adeguate all’intervento da eseguire:

2) dal disciplinare di gara che all'art.2 in ordine ai requisiti di partecipazione prescrive che possono partecipare le Società in possesso di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali di cui al dlgs n.152/2006 per categorie e classi adeguate;

3) dal disciplinare tecnico prestazionale che all'art.3 comma sempre in ordine ai requisiti di partecipazione prevede che "i concorrenti dovranno, inoltre, essere in possesso di iscrizione all'Albo nazionali gestori ambientali di cui al dlgs n.152/2006 per categorie e classi adeguate all'intervento da eseguire. Tale requisito è scorponabile o subappaltabile".

Quella testè riportata è la normativa recante le *regulae iuris* che l'Amministrazione si è data per disciplinare le condizioni di ammissione alla gara e che è tenuta doverosamente ad applicare (ex multis, Cons. Stato Sez. V 25 gennaio 2003 n.357) per assicurare la legittimità, la trasparenza e imparzialità alla gestione della procedura selettiva in parola.

Ora, alla luce delle disposizioni del bando pare al Collegio che l'addebito mosso ad una delle Società raggruppate nel RTI appellante (la Ador. Mar s.r.l.) consistente (la circostanza è pacificamente ammessa in causa) nel non possesso dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali ben si atteggi a causa giustificativa di esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo di imprese costituito da S.E.A.P. e Ador Mare, atteso che l'assetto normativo sopra descritto configura l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali come requisito da possedersi necessariamente da parte di tutte le imprese partecipanti alla gara anche in RTI.

Trattasi di una condizione di partecipazione che a ben vedere è conforme oltrechè alla lettera, alla ratio della *lex specialis*, senza che una siffatta prescrizione possa rivelarsi illogica e/o irrazionale, di guisa che l'accertamento di tale mancato possesso in capo ad ogni singolo soggetto partecipante, singolarmente o in raggruppamento, legittima l'esclusione dalla gara stessa.

Parte appellante sostiene che trattandosi di RTI in senso verticale, il requisito deve essere posseduto cumulativamente dalle imprese facenti parte del raggruppamento e non anche individualmente da ciascun soggetto componente il raggruppamento e una diversa interpretazione delle prescrizioni della *lex specialis* sarebbe radicalmente nulla.

I rilievi dell'appellante ancorchè pregevolmente esposti non rilevano, tenuto conto della peculiarità e specificità della vicenda all'esame

In primo luogo non vale invocare la tipologia di RTI di raggruppamento di imprese in senso verticale, dal momento che siamo in presenza di un appalto avente ad oggetto un prestazione unitaria, in cui ciascun soggetto deve necessariamente dimostrare il possesso dei requisiti richiesti in rapporto alla prestazione dei servizi cui è deputato. Nella specie oggetto di appalto è il servizio di rimozione , trasporto demolizione ed avvio al recupero/smaltimento di imbarcazioni abbandonate, laddove la Ador. Mare , come da dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione si sarebbe dovuta occupare delle operazioni di trasporto delle imbarcazioni via mare :ora, se così è, richiedere che detta Società sia in possesso dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali è prescrizione logica e giustificata, in virtù della natura del servizio a farsi.

Infatti viene in rilievo non un semplice e generico trasporto di manufatti, bensì lo spostamento via mare di relitti contaminati da oli, carburanti ed altre sostanze inquinanti, situazione che ben esige l'approntamento di garanzie di tipo ambientale anche nella sede dell' espletamento delle operazioni di imbarco e trasporto via mare di tali materiali.

Il discorso di una sorta di frazionamento dei servizi fra le due Società partecipanti al RTI non può quindi valere , così come non può valere invocare il principio collaborativo che anima la formula dei raggruppamenti temporanei di imprese, giacchè, come sopra evidenziato, la particolarità del servizio a svolgersi e soprattutto la delicatezza

delle operazioni di cui va ad occuparsi la Ador. Mare impone che anche tale Società, quale componente singola del raggruppamento sia in possesso del requisito per cui è causa.

Si dice : l'interpretazione della *lex specialis* nei sensi voluti dall'Amministrazione finisce con l'introdurre una clausola, ulteriore, che di fatto reca una ipotesi di esclusione non contemplata dalla normativa vigente.

Ora, premesso che l'inserimento di disposizioni ulteriori rispetto al contenuto " minimo" costituisce esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione appaltante (Cons. Stato Sez. IV 29 ottobre 2002 n.5942; idem 9 maggio 2006 n.2567; Cons. stato Sez. V 5 ottobre 2005 n. 5318), la fissazione del requisito de quo si rivela pertinente e congrua e pienamente compatibile con la fattispecie all'esame e tanto giustifica legittimamente il carattere per così dire "restrittivo" della prescrizione.

E d'altra parte anche in questo caso, l'introduzione di un requisito più severo è dettato dall'esigenza di ancorare l'affidabilità astratta di un'impresa al contestuale possesso dei requisiti richiesti dal bando anche al fine di tutelare meglio l'interesse pubblico (Cons. Stato Sez. IV 22 ottobre 2004 n. 6972; Cons. Sez. V 13 ottobre 2005 n.5668; idem 5 ottobre 2006 n. 5318).

Neppure può giovare all'appellante la previsione recata dall'art.3 del disciplinare tecnico prestazionale secondo cui il requisito dell'essere in possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali "è scorporabile e subappaltabile" (e nella specie la Ador. Mare avrebbe dichiarato in sede di gara di volersi avvalere eventualmente della facoltà di subappalto del servizio in questione

In realtà la previsione de qua non può ritenersi applicabile in via automatica e meccanicistica, dovendo essere letta in stretta correlazione con quanto in precedenza la stessa norma di bando prevede, nel senso che il servizio o la quota di servizio che la concorrente ha dichiarato di svolgere può essere subappaltato se ed in quanto l'impresa che partecipi alla gara (e che intende subappaltare) sia in possesso del requisito che l'abiliti allo svolgimento del servizio oggetto della procedura selettiva, condizione, quest'ultima, che nel caso de quo non ricorre.

Quello prescritto dal bando è un requisito tecnico speciale volto ad assicurare l'esistenza (e la persistenza) dell'intuitus personae, quale elemento che connota l'intero sistema dei contratti pubblici , ma se così è la specialità della tipologia tale da imporre il possesso del requisito in capo a tutti i partecipanti alla gara per il trasporto via mare dei relitti delle imbarcazioni induce ragionevolmente a ritenere l'applicazione dell'istituto di cui all'art.118 del codice dei contratti subordinata alla condicio iuris sopra indicata.

Al di là di tali assorbenti rilievi, vale osservare come la previsione invocata dalla parte appellante operi precipuamente nella fase "a valle" della procedura selettiva e precisamente in sede di esecuzione del contratto, il che lascia inalterato il potere- dovere della stazione appaltante di verificare in via preventiva, al momento dell'ammissione alla gara, la sussistenza dei requisiti richiesti alle singole imprese partecipanti, con conseguente comminatoria dell'esclusione dalla gara stessa dei soggetti privi del prefato requisiti(come esattamente avvenuto per il caso del RTI ricorrente).

Passando poi all'esame delle censure dedotte con i tre restanti mezzi d'impugnazione, anche questi da trattarsi congiuntamente, ineccepibili si rivelano le osservazioni e prese conclusioni del primo giudice circa la inammissibilità in parte qua del gravame di prime cure.

Parte ricorrente lamenta la illegittimità della mancata esclusione dalla gara da parte della stazione appaltante di tutte le altre imprese concorrenti per non avere le medesime operato nelle rispettive offerte, in violazione dell'art.81 comma 3 bis del dlgs n.163/05, lo scorporo del costo del lavoro in relazione all'importo a base d'asta

Ebbene, ritiene il Collegio che il RTI concorrente non può vantare una specifica legittimazione, sia sotto l'aspetto sostanziale che processuale a far valere il vizio in questione come variamente articolato con i dedotti motivi di ricorso qui riproposti.

Parte appellante rivendica, come espressamente ammesso in gravame (pag. 33 dell'appello) la sussistenza di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara in ragione di una contestazione giudiziale a suo avviso idonea a travolgere in radice la procedura, ma una siffatta posizione come precisato da un consolidato orientamento giurisprudenziale , pienamente condiviso dalla Sezione, non assurge alla dignità di titolo legittimante, tenuto conto il RTI ricorrente è stato legittimamente escluso dalla gara (Cons. Stato Sez. V 13/9/2005 n.4692; idem 21 novembre 2007 n. 5925; 29 dicembre 2009 n.8969):

Sul punto, illuminanti sono le statuizioni assunte dall'Adunanza Plenaria con la decisione n.4 del 7 aprile 2011 con cui è stato sancito la regola per cui l'interesse del soggetto escluso dalla gara rimane unicamente un interesse di fatto alla caducazione dell'intera procedura, inidoneo come tale a contestare gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali.

Né il fatto di aver impugnato, sia pure in via subordinata il bando nella parte in cui non avrebbe previsto lo scorporo degli oneri relativi al costo del lavoro dalla determinazione della base d'asta è circostanza che vale a fornire un titolo legittimante all'annullamento dell'intera gara, atteso che la doglianza attiene ad una pretesa omissione di una previsione di per sé non escludente e che va a riguardare requisiti di qualificazione e/o partecipazione all'appalto (Cons. Stato Sez. Sez. V 20 febbraio 2012 n.852).

Le considerazioni sin qui esposte conducono al rigetto del proposto appello sia come impugnativa che come domanda di accertamento, rendendo altresì infondata se non improponibile la pretesa risarcitoria pure avanzata, non potendosi configurare a carico della P.A. procedente una condotta antigiuridica causativa di danno risarcibile.

Quanto alle spese e competenze di causa, attesa la peculiarità della vicenda all'esame, le stesse possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo Rigetta.

Compensa tra le parti le spese e competenze del presente grado del giudizio..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Raffaele Potenza, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 30/09/2013

IL SEGRETARIO

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