



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1258 del 2018, proposto da

Consorzio Chierese per i Servizi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Sarzotti e Gianluca Contaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, n. 63;

contro

Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Casamassima, via Pietro Mascagni, n. 7;

nei confronti

San Germano S.r.l., non costituita in giudizio;

Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sez. I, n. 1/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Teknoservice S.r.l. e di Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, che ha spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Bruno Sarzotti, Angelo Giuseppe Orofino e Angelo Clarizia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza 2 gennaio 2018, n. 1, ha accolto il ricorso proposto da Teknoservice s.r.l., annullando, nella parte e nei sensi di cui in motivazione, il disciplinare di gara relativo alla 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 ivi elencati.

Secondo il TAR, in sintesi:

- le direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE consentono 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 a quest'ultima sia fornita

dimostrazione 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;

- non vi rientrano comunque i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione peraltro di una precisa scelta, se si pensi che non sono state riprodotte, nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza;

- l'art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, che per la sua formulazione letterale pone una regola *self-executing* direttamente rivolta alle amministrazioni aggiudicatrici, non consente 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'impresе; detta norma, secondo l'interpretazione già emersa nella giurisprudenza comunitaria, si riferisce alla fase esecutiva dell'appalto;

- è 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 suo frazionamento all'interno di un raggruppamento d'impresе e tale 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 vieppiù confermata, nei fatti, dalla partecipazione di un concorrente, gestore uscente del servizio, rispetto al quale il requisito di qualificazione è stato evidentemente ritagliato.

2. Il Consorzio Chierese per i Servizi ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di un solo articolato motivo

di appello, con cui è stata lamentata la violazione dell'art. 89, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, e dell'art. 63, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, nonché dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di avvalimento.

3. Si è costituita in giudizio la Teknoservice s.r.l., che ha chiesto il rigetto dell'appello, riproponendo le doglianze sollevate in primo grado, ma non esaminate per assorbimento.

Si è costituita anche la Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, che ha spiegato appello incidentale autonomo ex art. 333 c.p.c., affidato sostanzialmente alle stesse censure dell'appello principale.

4. All'udienza pubblica del 21 giugno 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è la legittimità delle clausole della *lexspecialis* della procedura di gara indetta dal Consorzio Chierese per i Servizi per l'affidamento per otto anni del servizio di igiene urbana nei 19 Comuni che compongono il predetto Consorzio, nella parte in cui (paragrafi 7.VI.e), 7.VIII.1) e 11.I) del disciplinare di gara) è previsto 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.

2. La sentenza del TAR, che ha ricostruito il quadro giuridico di riferimento posto poi a fondamento della decisione, non merita le critiche che le sono state mosse.

2.1. In primo luogo, l'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che viene in evidenza in prima battuta nel caso in esame e che riproduce l'art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, stabilisce, nell'ipotesi 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 possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”.

Detta disposizione stabilisce pertanto che i bandi di gara possono richiedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall’offerente: da un lato essa fa riferimento testuale alla sola fase esecutiva (“compiti essenziali direttamente svolti”), dall’altro la sua collocazione sistematica, inserita nell’ambito dell’avvalimento, può far propendere per una lettura limitativa di tale istituto ancorché riferito a compiti essenziali, ponendo in tal modo alcune questioni problematiche e alcune tensioni applicative rispetto al *favor*, che emerge sia dalla legislazione che dalla giurisprudenza comunitaria, per la sua generale applicabilità.

Infatti l’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l’art. 49 del previgente codice, garantisce la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all’orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell’A.P. 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale “*in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE*”, al fine di consentire “*l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile*”, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE (da ultimo: Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz), anche con riferimento all’impossibilità di fissare *a priori* limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, punto 33).

2.2. In realtà, il caso di specie non pone al centro dell’attenzione tale questione, poiché come si è detto, nella fattispecie in esame l’avvalimento riguarda un ordinario criterio di qualificazione relativo ad un requisito speciale di carattere esperienziale (esecuzione di identico contratto

nell'ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) nel quale trova piena applicazione quanto previsto dall'art. 89, comma 1, del Codice che sancisce, infatti, che *“l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*.

La facoltà di ricorrere all'avvalimento, sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le Amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto (cfr. Corte Giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, punto 35).

Pertanto, l'art. 89, comma 4, del Codice, che consente che la *lex specialis* disponga che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente, non può venire in rilievo nel caso di specie, poiché non viene vietato l'avvalimento in relazione ad attività e a compiti specifici (ancorché essenziali), riferendosi in generale ad un requisito esperienziale ricadente in pieno nella regola generale dell'avvalimento.

2.3. Peraltro, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse che la fattispecie ricada nell'ambito normativo di cui all'art. 89, comma 4, cit., si deve condividere la tesi secondo la quale la motivazione (o giustificazione), da parte della stazione appaltante, circa l'essenzialità del compito non risulta ragionevole. La limitazione in esame, infatti, non può giustificarsi in relazione all'ipotizzata elevata competenza tecnica e specializzazione necessaria nell'esecuzione delle operazioni di lettura dei dati, atteso che risulta *ictu oculi* evidente che il servizio oggetto dell'appalto di cui discute è svolto da operatori ecologici privi di competenze professionali specifiche e gli operai preposti allo svolgimento di tali compiti non hanno alcuna peculiare qualificazione.

E' da aggiungere che in concreto in nessun punto degli atti di gara si giustifica l'avvalimento facendo riferimento alle peculiari competenze tecniche che l'aggiudicataria dovrebbe possedere, rendendo privo di consistenza l'argomento difensivo formulato, in specifico, dalla parte appellante e dall'appellante incidentale.

3. Alla luce delle predette argomentazioni l'appello principale e quello incidentale devono essere respinti, in quanto infondati, restando assorbite le censure riproposte in appello dalla parte appellata, vittoriosa in primo grado.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe indicati, li respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO