

N. 05496/2011REG.PROV.COLL.

N. 10082/2010 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10082 del 2010, proposto da:
Pubblialifana S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Di Benedetto, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Cicerone, 28;

contro

Tre Esse Italia a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco A. Caputo, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Ugo Ogetti, 114;

nei confronti di

Comune di Ponza, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Della Corte, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandra Balsamo in Roma, via Fonteiana, 85;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE PRIMA n. 01865/2010, resa tra le parti, concernente "AGGIUDICAZIONE GARA PER AFFIDAMENTO SERVIZIO RISCOSSIONE ICI E TARSU"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tre Esse Italia S.r.l. e del Comune di Ponza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Consigliere Doris Durante e uditi per le parti gli avvocati Di Benedetto, Caputo e Della Corte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Ponza con delibera di giunta del 9 novembre 2009 indiceva asta pubblica da esperirsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento in concessione del servizio di riscossione ordinaria dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) e la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU).

La partecipazione alla gara, secondo quanto prescritto dalla *lex specialis* era riservata alle imprese iscritte all'Albo previsto dall'art. 53 del d. lgv. n. 446 del 1997, istituito con DM n. 289 del 2000.

Quanto ai requisiti economico – finanziari, il bando prescriveva che le imprese partecipanti avessero un capitale sociale di 10 milioni di euro.

Aggiungeva (art. 16, 2° cpv. del bando), che *“L'avvalimento è consentito nei termini di cui all'art. 49 del d. lgv. n. 163 del 2006 per tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla presente gara”*.

Partecipavano alla procedura concorsuale, tra le altre, Tre Esse Italia a r.l. e Pubblialifana s.r.l., alla quale veniva aggiudicato l'appalto (delibera di giunta municipale n. 6 del 23 febbraio 2010) e in tempi brevi veniva stipulato il contratto per evitare la prescrizione che stava per maturare per molte obbligazioni tributarie.

Avverso gli atti e i provvedimenti di gara, Tre Esse Italia propose ricorso al TAR Lazio, sezione staccata di Latina, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria per insussistenza degli specifici poteri procuratori in capo al firmatario sig. Umberto Riselli;

illegittimità del bando per disapplicazione del comma 7 *septies*, dell'art. 32 del d. lgv. n. 207 del 2008, in quanto l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché carente del capitale sociale minimo di 10 milioni di euro richiesto per l'iscrizione nell'albo dei soggetti privati abilitati a effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e perché non sarebbe utilizzabile l'istituto dell'avvalimento per tale requisito previsto da una norma primaria;

illegittima ammissione alla gara della Pubblialifana perché avrebbe versato euro 50,00 a titolo di contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici e non euro 70,00 come dovuto in base al valore dell'appalto;

violazione dell'art. 41 del d. lgv. n. 163 del 2006 perché l'aggiudicataria non avrebbe prodotto in gara le referenze bancarie;

violazione dell'art. 75, commi 1 e 8 e dell'art. 113, comma 1, del d. lgv. n. 163 del 2006 perché l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo versato un importo non corretto a titolo di cauzione provvisoria;

violazione dell'art. 11, comma 10 del d. lgv. n. 163 del 2006, in quanto non sarebbe stato rispettato il termine di 30 giorni tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto;

violazione dell'art. 84, commi 8 e 10 del d. lgv. n. 163 del 2006 perché la nomina della commissione di gara sarebbe intervenuta anteriormente al termine ultimo per la presentazione delle offerte.

Si costituivano in giudizio il comune di Ponza e Pubblialifana che contestavano puntualmente le censure precisando che:

quanto al requisito del capitale sociale di 10 milioni di euro, Pubblialifana aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento;

il versamento di euro 50,00 e non di euro 70,00 per Cig. era dovuto ad errore della stazione appaltante che aveva ammesso tutte le imprese partecipanti all'integrazione del versamento;

la dichiarazione degli istituti bancari non era richiesta dal bando, trattandosi di imprese iscritte ad apposito albo;

la nomina della commissione di gara era avvenuta dopo la presentazione delle offerte;

la cauzione provvisoria era determinata in maniera corretta.

In rito, le parti resistenti eccepivano l'inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando di gara, nella parte in cui prevedeva il ricorso senza limiti all'istituto dell'avvalimento.

2.- Il TAR Latina, con sentenza n. 1865 del 21 ottobre 2010, superata l'eccezione in rito, accoglieva il ricorso di Tre Esse Italia sul secondo motivo, ritenendo che *“l'affermata generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento (anche in giurisprudenza, cfr. C.d.S. 3762/2009) trova un limite – come nel caso di specie – laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante”*.

Accoglieva la domanda di risarcimento danni e dichiarava l'inefficacia del contratto con subentro della Tre Esse Italia nell'esecuzione oltre il danno per equivalente nella misura del 5% del valore del contratto limitatamente al periodo di mancata esecuzione della prestazione.

Compensava tra le parti le spese di giudizio.

3.- Pubblialifana s.r.l., con l'atto di appello qui in esame, ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d. lgv. n. 163 del 2006; errore su un punto decisivo della controversia. Omessa o carente motivazione; contraddittorietà e illogicità manifesta, in quanto l'istituto dell'avvalimento avrebbe applicazione generale e sarebbe consentito dalla *lex* di gara e perché il capitale sociale non costituirebbe requisito soggettivo personalissimo.

Si è costituito in giudizio il comune di Ponza che ha proposto appello incidentale adesivo, deducendo l'erroneità della sentenza appellata per gli stessi motivi dedotti dall'appellante principale e sostenendo la legittimità del proprio comportamento.

Tre Esse Italia, costituitasi in giudizio con memoria difensiva del 29 gennaio 2011, ha chiesto il rigetto dell'appello e ha riproposto tutte le censure non esaminate nella sentenza di primo grado.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 17 maggio 2011, il giudizio è stato assunto in decisione.

4.- La questione controversa, oggetto dell'appello principale e di quello incidentale adesivo del comune di Ponza, riguarda l'istituto dell'avvalimento ed i suoi limiti.

La sentenza appellata ha accolto, infatti, il ricorso di Tre Esse Italia s.r.l., avendo ritenuto che Pubblialifana andasse esclusa dalla gara, non avendo il capitale minimo richiesto dal bando di 10 milioni di euro e che non potesse avvalersi per tale requisito dell'avvalimento.

Il TAR non ha, invece, esaminato gli altri motivi di ricorso.

5.- La resistente Tre Esse, invero, con memoria ai sensi dell'art. 101 c.p.a., ha riproposto le censure non esaminate dal TAR.

Tuttavia, tale memoria risulta depositata oltre i termini processuali di cui al citato art. 101, con conseguente decadenza dell'appellata da tale potere.

Stabilisce, infatti, l'art. 101, comma 2, c.p.a. che *“si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza oltre il termine per la costituzione in giudizio”*.

Tale termine, secondo le disposizioni generali del libro secondo c.p.a. (art. 46 c.p.a.), è di 60 giorni dal perfezionamento della notificazione dell'appello, termine che va dimezzato ai sensi dell'art. 119, comma 2, vertendosi in materia di appalti.

Ciò posto in diritto, è incontestato che la notifica dell'atto d'appello è stata ricevuta dall'appellata il 18 novembre 2010, mentre la memoria ex art. 101 c.p.a. è del 29 gennaio 2011, allorché era decorso il suddetto termine di 30 giorni dalla notificazione della sentenza.

Quanto al beneficio dell'errore scusabile, non può essere concesso in quanto trattasi di disposizioni processuali sanzionate con la decadenza e non esistono difficoltà interpretative della norma.

L'art. 37 c.p.a., nella parte in cui stabilisce che la rimessione in termini per errore scusabile può essere disposta solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, è norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti richiamato dall'art. 2, comma 1, dello stesso Codice, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Consiglio Stato ad. plen., 2 dicembre 2010 , n. 3).

6.- Nel merito l'appello è fondato e va accolto.

Secondo il TAR, l'istituto dell'avvalimento trova un limite laddove ai fini della partecipazione a una gara sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo come quello del capitale sociale minimo, atteso che esso è preordinato a garantire l'affidabilità dell'impresa partecipante.

Tale impostazione non è condivisibile.

6.1- Innanzi tutto, va precisato che l'istituto dell'avvalimento – istituto di derivazione comunitaria - disciplinato dall'ordinamento italiano dall'art. 49 del d. lgv. n. 163 del 2006, ha portata generale.

Esso è finalizzato a consentire alle imprese singole, consorziate o riunite, che intendono partecipare ad una gara di poter soddisfare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto ed è applicabile, ai sensi del successivo articolo 50, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture.

Ne consegue, che in ogni caso, ed a prescindere da espressa disposizione del bando, alle imprese che intendono concorrere ad una gara di appalto e sono carenti dei requisiti, è consentito di soddisfare tali requisiti con l'ausilio dell'avvalimento.

Il carattere generale dell'istituto è evidente, ove si consideri che le limitazioni originariamente previste dall'art. 49 del d. lgv. n. 163 del 2006 sono state ritenute in contrasto con le direttive comunitarie in materia di appalti e sono state eliminate (era stata, infatti, avviata procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, perché tali limitazioni rimesse ai bandi di gara si ponevano in contrasto con le disposizioni delle direttive comunitarie che riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione).

La sola condizione è quella di permettere all'amministrazione di verificare che il candidato offerente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

La portata generale dell'istituto dell'avvalimento è, dunque, circostanza ormai acquisita nell'ordinamento italiano nel rispetto della normativa comunitaria.

La facoltà di avvalersi di tale istituto è stata riconosciuta ammissibile anche per integrare requisiti economico – finanziari o tecnici o organizzativi per l'iscrizione agli albi professionali (in tal senso si è espressa in fase precontenziosa l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici relativamente all'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali).

6.2- Ciò posto, deve ritenersi che ben sia possibile far ricorso all'istituto dell'avvalimento, ove il bando di gara richieda quale requisito di partecipazione un capitale sociale minimo di importo superiore a quello posseduto dalla società che intende partecipare alla gara.

Trattasi, infatti, di requisito economico – finanziario che ai sensi dell'art. 49 non incontra alcun limite e prevale su qualunque disposizione contraria, compresa la disposizione, al tempo vigente, che richiedeva il requisito del capitale sociale di 10 milioni di euro per l'iscrizione all'albo dei soggetti privati abilitati alle attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi (art. 32, comma 7, del d. l. n. 185 del 2008, convertito nella l. n. 2 del 2009).

Infatti, l'interesse sotteso alla norma, cioè quello della solvibilità del soggetto affidatario del servizio di riscossione viene assicurato attraverso l'impegno dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (cfr. per caso identico, Cons. Stato, V, n. 1624 del 2009).

D'altra parte l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso l'amministrazione procedente a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questo sia carente; in tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

6.3- Da quanto esposto consegue che Pubblialifana, avendo dichiarato di avvalersi "*relativamente al requisito finanziario del capitale sociale di 10 milioni di euro*" del requisito in possesso della DUOMO GPA s.r.l., società iscritta alla prima categoria dell'albo previsto dall'art. 53 del d. lgv. n. 446 del 1997, istituito con D.M. n. 289 dell'11 settembre 2000, ben poteva partecipare alla gara in questione.

Ciò, peraltro, nel pieno rispetto del bando di gara che aveva richiamato tra le regole della gara l'istituto dell'avvalimento come previsto dall'art. 49 del d. lgv. n. 163 del 2006.

Nessun dubbio sussiste, quindi, sulla piena legittimità della Pubblialifana a partecipare alla gara di cui è risultata aggiudicataria e sul comportamento tenuto dal comune di Ponza.

Per quanto sin qui esposto l'appello deve essere accolto con conseguente riforma della sentenza appellata.

7.- Le spese di giudizio, attesa la natura della questione e le incertezze giurisprudenziali, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale di Pubblialifana s.r.l. e l'appello incidentale adesivo del Comune di Ponza e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso in primo grado di Tre Esse Italia a r.l..

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore