

Rapporti tra il codice dell'ambiente e il codice dei contratti pubblici.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 23-6-2016

A differenza di quanto prevede l'art. 49 del codice dei contratti pubblici, nella gara all'esame è il trasportatore, ossia il titolare dei requisiti prescritti dalla legge e iscritto nell'apposita categoria dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali, che esegue le prestazioni di trasporto oggetto dell'appalto e non il concorrente/intermediario che non ha quei requisiti di legge né li acquisisce in prestito. Correlatamente, non è prevista la dichiarazione sottoscritta dal trasportatore con cui quest'ultimo si obbliga verso il concorrente e verso la Stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente/intermediario.

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna in materia di bonifica dei siti inquinati, i Giudici del Tar Trento si soffermano sui rapporti tra Stazione appaltante, intermediari e trasportatori di rifiuti, anche con riguardo alla disciplina dell'avvalimento.

Il settore delle bonifiche dei siti contaminati ha ormai acquisito rilevanza strategica non solo per gli evidenti profili di tutela e risanamento ambientale, ma anche sotto il profilo economico-produttivo.

Sono almeno tre le Parti del Codice dell'Ambiente che hanno un diretto impatto sulla materia dei contratti pubblici regolata dal D.Lgs. n. 163/2006: la Parte II dedicata alle procedure di VIA, VAS, IPPC; la Parte III per quanto riguarda la gestione del servizio idrico integrato; la Parte IV, relativa alla gestione dei rifiuti e bonifiche.

A sua volta il Codice Appalti fa specifico riferimento alla normativa ambientale in primo luogo per gli aspetti relativi alle procedure di VIA, VAS e IPPC per quanto riguarda sia la progettazione "ordinaria" sia quella relativa alle infrastrutture strategiche ed alle grandi opere.

Nonostante una parte significativa delle risorse finanziarie utilizzate per le bonifiche vengano attribuite attraverso gare di appalto, sino ad oggi la normativa relativa agli appalti pubblici non ha tenuto quasi mai conto di questa specificità.

L'applicabilità del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, pensato specificamente per gli appalti "ordinari", risulta di estrema complessità per appalti aventi ad oggetto la realizzazione di interventi ambientali da realizzare spesso in situazioni di criticità ed emergenza.

Disomogeneità nell'applicazione spesso determinate dalle diverse esigenze a cui si ispirano i due Codici, come nel caso della valutazione di impatto ambientale: mentre per il Codice dei contratti pubblici le priorità sono la **semplificazione** e la **accelerazione del procedimento**, nel caso del Codice dell'ambiente prevale l'esigenza della **maggiore partecipazione e coinvolgimento dei soggetti interessati**, nonché di un più ampio controllo delle amministrazioni competenti in ordine all'impatto ambientale degli interventi.

Anche recenti interventi legislativi non sembrano invertire la tendenza alla "*incomunicabilità*" tra le due normative, come, per esempio, è avvenuto con l'istituto dell'**avvalimento**, di cui il terzo decreto correttivo del Codice degli appalti ha ulteriormente esteso l'ambito di applicabilità?

Introdotta formalmente nell'ordinamento italiano con l'art. 49, D.Lgs. n. 163/2006, l'avvalimento consente a un soggetto giuridico di fruire degli altrui requisiti di capacità ai fini della partecipazione a una gara di appalto

L'istituto può avere a oggetto, pertanto, requisiti di ordine economico, finanziario, organizzativo e tecnico. Proprio quest'ultimo profilo ha una notevole incidenza rispetto al settore delle bonifiche ambientali e, in particolare, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 212, commi 5 e 6, D.Lgs. n. 152/2006.

Questa norma conferma, infatti, quanto già previsto dall'art. 30, D.Lgs. n. 22/1997, che impone l'obbligo di iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per "*lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto*".

L'iscrizione all'Albo è, pertanto, propedeutica alla realizzazione delle attività di bonifica. Come si può ben comprendere, il ricorso all'istituto dell'avvalimento, previsto dal Codice degli appalti, per il soddisfacimento del requisito dell'iscrizione all'Albo gestori ambientali per i soggetti che realizzano le attività di bonifica, previsto dal Codice dell'Ambiente, è un esempio ulteriore della "incomunicabilità" tra le due normative: ammissibile, se circoscritto nell'ambito di un rapporto di holding societaria e per requisiti tecnici generici; fonte di complicazioni, se collegato a una specifica tipologia di attività come la gestione dei rifiuti.

In generale, una società di costruzioni totalmente estranea alla logica e al modus operandi degli appalti ambientali, può, avvalendosi dell'iscrizione all'Albo di un'altra società, partecipare a una gara per la bonifica di un sito inquinato con gestione dei relativi rifiuti.

Ciò risulta evidentemente in contrasto con la normativa di settore che, in ragione della peculiarità delle attività, tutela il settore con particolari garanzie.

Tuttavia, venendo al caso alla gara in esame, che ha per oggetto anche il servizio di recupero

e di smaltimento di rifiuti speciali e pericolosi, il concorrente/intermediario partecipa come mero mandatario senza rappresentanza impegnandosi a reperire, a stipulare i contratti e a gestire i soggetti terzi, ossia i trasportatori idonei ai sensi del codice dell'ambiente a eseguire quella prestazione contrattuale. In altri termini, l'intermediario non esegue direttamente il servizio posto in gara perché non utilizza i requisiti di cui è privo (mezzi e strutture) e che sono invece posseduti dai trasportatori, i quali, di conseguenza, non sono chiamati a mettere quei requisiti a disposizione del concorrente, bensì a utilizzarli in proprio per eseguire l'attività di trasporto, oggetto del servizio, commissionata loro dal mandatario dell'Amministrazione.

Ne consegue che l'applicazione in via analogica a tale peculiare rapporto della causa di esclusione prevista dal comma 10 dell'art. 49 per l'istituto dell'avvalimento si rivela illegittima, stante la tipicità e la tassatività delle cause di esclusione (che devono essere previste dalla legge sui contratti pubblici, dal suo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti). Detto principio contrassegna ogni procedura di appalto pubblico, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e la sua applicazione esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (C.d.S., sez. V, 16.3.2016, n. 1039; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 31.3.2016, n. 628; C.d.S. Ad.Pl., 2.11.2015, n. 9). E per garantire la cogenza del principio, il citato comma 1 bis ha previsto la sanzione della nullità delle clausole espulsive atipiche della *lex specialis*, introdotte in spregio del principio di tassatività.

Giova precisare sul punto che il nuovo Codice degli Appalti (D.Lgs. 50/2016) disciplina l'istituto dell'avvalimento all'art. 89 prevedendo testualmente, al comma 10, che *"l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152"*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 129 del 2016, proposto da:

Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in persona del legale rappresentante, Sea S.p.a., in persona del legale rappresentante, e Misconel S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità, rispettivamente, di capogruppo mandataria e di mandanti di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, rappresentate e difese dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini, con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Viviana Biasetti ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 1615, del 4 maggio 2016, relativo alla prima seduta di gara del 13-14.4.2016, con il quale è stata disposta l'esclusione del raggruppamento capeggiato da Oberosler dalla gara indetta dalla Provincia autonoma di Trento, Agenzia provinciale per gli appalti e contratti (APAC), per l'affidamento della "bonifica, con misure di sicurezza, delle rogge demaniali facenti parte del sito inquinato di interesse nazionale <Trento Nord> relativamente agli strati insaturi del terreno - lotto 1";
- della nota di APAC del 4 maggio 2016 di comunicazione dell'esclusione dalla procedura e di trasmissione del verbale relativo alla prima seduta di gara;
- della nota di APAC dell'11 maggio 2016 recante diniego di autotutela e conferma dell'esclusione;
- in parte qua, del bando di gara datato 28 ottobre 2015, così come risultante dalla rettifica operata con nota del 26 febbraio 2016, e relativi allegati;
- ove occorra, del bando di gara europeo spedito in data 23 ottobre 2015, di tutte le note di chiarimenti, nonché della nota del 26 febbraio 2016 recante avviso di rettifica e di proroga del bando di gara;
- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso;

con conseguente riammissione alla gara del raggruppamento ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara europeo datato 23 ottobre 2015, e bando integrale di gara dato 28 ottobre 2015, la Provincia autonoma di Trento ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto misto di lavori e servizi per la "bonifica, con misure di sicurezza, delle rogge demaniali facenti parte del sito inquinato di interesse nazionale Trento Nord, relativamente agli strati insaturi del terreno - lotto 1", con importo complessivo a base di gara pari a euro 11.902.081,76, al lordo degli oneri per la sicurezza.

2. Hanno presentato domanda di partecipazione alla gara le imprese ricorrenti, rispettivamente capogruppo mandataria e mandanti del costituendo raggruppamento Oberosler S.r.l., Sea S.p.a. e Misconel S.r.l., che in questa sede impugnano il provvedimento di esclusione assunto dalla Stazione appaltante nella prima seduta pubblica, tenutasi il 13 e il 14 aprile 2016 (nonché la pertinente clausola del bando), dopo che è stato accertato che la mandante Sea, nella sua qualità di soggetto intermediario ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152, ha indicato il nominativo di un trasportatore (Keitel Italia S.r.l.) che, tuttavia, è risultato essere stato indicato anche da un altro raggruppamento concorrente.

3. Il ricorso è affidato ai seguenti censure:

I - "violazione degli artt. 46, comma 1 bis, 49 e 118 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163; degli artt. 35 bis, 42 e 58.27, comma 9, della l.p. 10.9.1993, n. 26; nullità ex art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed ex art. 35 bis della l.p. n. 26 del 1993; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità e ingiustizia manifeste; violazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis";

si deduce la nullità della clausola del bando di gara che sanziona con l'esclusione dei concorrenti il caso di individuazione di uno stesso "trasportatore" da parte di più "intermediari", perché farebbe applicazione, in via analogica, della causa di esclusione prevista dall'art. 49, comma 8, del codice dei contratti pubblici e circoscritta al solo istituto dell'avvalimento; si denuncia, quindi, l'ingiustificata estensione della disciplina normativa prevista per l'avvalimento alla fattispecie in questione, dove è invece prescritta la mera

individuazione da parte degli intermediari di soggetti adibiti allo svolgimento dell'attività di trasporto dei rifiuti, alla stregua di un sub-appalto;

II - "mancata e/o erronea applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia manifeste; violazione del principio del favor participationis";

si rileva che il fac-simile modello allegato 'E', mentre imponeva che i "centri di recupero/smaltimento" individuati dichiarassero "di non partecipare alla gara in qualità di soggetto individuato da parte di più di n. 3 (tre) intermediari tra loro concorrenti", non conteneva invece alcun riferimento all'esclusività del rapporto di collaborazione con il "trasportatore"; si denuncia, di conseguenza, la non completa formulazione del modello in questione, predisposto dalla Stazione appaltante;

III - "violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifeste";

si denuncia l'illegittimità del diniego opposto dall'Amministrazione in sede di riscontro alle osservazioni procedurali presentate dalle Società ricorrenti, che avevano proposto di rinunciare all'utilizzo del trasportatore Keitel a fronte della riammissione alla procedura di gara.

4. Si è costituita in giudizio l'intimata Amministrazione provinciale, sostenendo che il divieto di partecipazione plurima è un principio generale dell'ordinamento dei contratti pubblici e che la clausola di esclusione all'esame è stata prevista perché il rapporto instaurando tra intermediario e trasportatore si avvicina a quello che intercorre tra impresa ausiliata e impresa ausiliaria e, quindi, in definitiva, sarebbe analogo all'istituto dell'avvalimento. Per altro profilo, la Provincia afferma che non vi è alcuna contraddizione nei documenti di gara, poiché il modello 'E' allegato al bando si limita a ricordare la clausola eccezionale prevista per i centri di recupero/smaltimento i quali, pertanto, sono stati chiamati a dichiarare di non partecipare in qualità di soggetto individuato da parte di più di tre intermediari, tra loro concorrenti, nonché di impegnarsi ad effettuare il servizio di recupero dei rifiuti alle medesime condizioni.

5. Alla camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016, sentiti i procuratori delle parti, è stata verificata la sussistenza dei presupposti per la definizione immediata del giudizio con sentenza resa in forma semplificata, ai sensi degli artt. 120, comma 6, e 60 del cod. proc. amm., accertata l'integrità del contraddittorio e l'eshaustività della trattazione della tematica oggetto di giudizio.

6. Il ricorso è fondato nei sensi che seguono per quanto, in via assorbente, dedotto con il primo e con il terzo motivo.

7. Principalmente, occorre rilevare che le prestazioni oggetto del lotto posto in gara sono così riassumibili: realizzazione di una struttura in micropali per il contenimento delle sponde delle rogge Primaria di Campotrentino e Lavisotto, escavazione del terreno e dei rifiuti ivi presenti, trasporto in sito autorizzato del materiale asportato da parte di ditte autorizzate al trasporto di

rifiuti speciali non pericolosi e di rifiuti speciali pericolosi.

Al riguardo, il bando prevede che l'impresa esecutrice dei lavori (di bonifica e di protezione ambientale) deve essere in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 9 (bonifica di siti), e che l'impresa che assume la prestazione dei servizi (di trasporto, smaltimento e recupero di rifiuti) deve essere iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per le categorie 4 e 5, nonché 6 (in base alla tipologia di rifiuto trattato e della destinazione dello stesso).

Il bando stabilisce anche che per la prestazione di servizi possono partecipare imprese con la qualifica di "intermediari", ossia soggetti che dispongono il recupero e lo smaltimento di rifiuti per conto terzi (ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. I), del d.lgs. 3.4.2006, n. 152), e che questi devono essere iscritti all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 8 (intermediazione e commercio di rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi). Gli intermediari, ancora in sede di partecipazione, sono chiamati a indicare;

- gli impianti utilizzati per il recupero e lo smaltimento dei rifiuti; in proposito, il bando stabilisce che "dato il ristretto numero di centri di recupero/smaltimento presenti sul mercato si dispone che il medesimo centro può essere individuato da più intermediari tra loro concorrenti fino ad un massimo di n. 3 (tre) distinti intermediari", e che, in tal caso, "il centro dovrà impegnarsi a effettuare il servizio agli intermediari che lo hanno individuato alle medesime condizioni";

- i soggetti individuati per il trasporto dei rifiuti, in possesso delle adeguate iscrizioni all'Albo, con la specificazione che "per i trasportatori non è ammessa la 'plurima individuazione' pertanto il medesimo trasportatore non potrà essere individuato da più intermediari".

Le disposizioni di interesse del bando in esame si chiudono con la clausola - qui impugnata - che "si procederà ad escludere tutti i concorrenti per i quali venga accertata la violazione anche di una sola delle suindicate prescrizioni".

8.1. Ora, la concorrente Sea ha dichiarato di essere iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 8 (intermediazione e commercio di rifiuti), classe C, e ha indicato i centri di recupero che è sua intenzione utilizzare e tre trasportatori, ciascuno dei quali ha compilato e sottoscritto una dichiarazione sostitutiva di certificazione, dichiarando la tipologia dell'iscrizione all'Albo Nazionale di cui all'art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006 e di "impegnarsi ad accettare e trasportare i rifiuti oggetto dell'appalto presso gli impianti indicati dal concorrente". Nondimeno, uno dei trasportatori - Keitel Italia S.r.l. - è risultato indicato anche da altro concorrente.

Da ciò il provvedimento di esclusione del quale qui si discute.

8.2. Ciò premesso, il Collegio deve prendere preliminarmente atto che le parti in causa contestano non la legittimità dell'obbligo per ogni concorrente/intermediario di individuare trasportatori non designati da altri concorrenti, ma, piuttosto, la legittimità della sanzione di esclusione dalla gara stabilita in caso di accertata violazione di detto obbligo.

Sul punto, la Provincia afferma che l'intermediario di rifiuti è un soggetto che, "al pari di un broker, si occupa dell'allocazione dei rifiuti per conto del produttore degli stessi attivandosi a individuare i trasportatori e i centri di smaltimento/recupero". Il concorrente/intermediario assume, pertanto, le funzioni del "mandatario senza rappresentanza", perché si impegna a concludere contratti con soggetti terzi per lo svolgimento di operazioni di trasporto e di smaltimento "per le quali non possiede i requisiti né li ha acquisiti".

L'Amministrazione conclude sostenendo che il rapporto che intercorre tra intermediario e trasportatore "si avvicina a quello intercorrente tra impresa ausiliata ed ausiliaria", posto che la sola qualifica di "intermediario" non è condizione sufficiente per poter svolgere il servizio posto in gara. Pertanto, risulterebbe evidente l'analogia con l'istituto dell'avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, e, di conseguenza, si giustificerebbe l'applicazione della sanzione dell'esclusione prevista dal comma 8 dello stesso art. 49.

9.1. Il Collegio condivide l'inquadramento giuridico della figura dell'intermediario di rifiuti quale mandatario senza rappresentanza, ma non la conclusione cui è giunta l'Amministrazione.

9.2. Invero, nel peculiare sistema costruito dalle disposizioni della speciale disciplina di gara in esame, figurano istituti disciplinati dal codice in materia ambientale (qual è il soggetto "intermediario" tra il "proprietario, possessore, detentore" dei rifiuti e il "centro di smaltimento", all'uopo chiamato a individuare e gestire le imprese autorizzate al "trasporto") che si interfacciano con quelli del codice dei contratti pubblici.

Occorre, dunque, analizzare il rapporto, come delineato nel bando provinciale, tra Stazione appaltante, concorrente/intermediario e trasportatore.

9.3. Ebbene, ancora in sede di partecipazione, il concorrente/intermediario era chiamato a individuare sia i centri di smaltimento sia le imprese di trasporto che intendeva utilizzare per l'esecuzione del servizio posto a base di gara.

Quanto agli oneri imposti alle imprese di trasporto designate dal concorrente, esse sono state chiamate a presentare solo una dichiarazione contenente l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38 del codice, l'impegno a non partecipare alla gara in qualità di concorrenti nonché "l'impegno ad accettare e trasportare i rifiuti oggetto dell'appalto presso gli impianti che saranno indicati dal concorrente" (cfr. pag. 15 del bando).

9.4. Risulta ora evidente che l'intermediario è un mediatore di rifiuti che svolge un servizio di assistenza e di consulenza al possessore degli stessi (in questo caso, la Provincia) per la ricerca sia dei centri di recupero e di smaltimento idonei a seconda della tipologia dei rifiuti da trattare, sia dei soggetti autorizzati al trasporto di rifiuti speciali e pericolosi. Egli è dunque un "soggetto deputato al reperimento del personale, degli impianti e delle attrezzature" (T.A.R. Veneto, sez. I, 27.1.2011, n. 119), con i quali stipula direttamente i contratti di trasporto, di recupero e di smaltimento.

Consegue a ciò che il rapporto intercorrente tra l'Amministrazione e l'intermediario va

inquadrate nella categoria del mandato senza rappresentanza. Il concorrente/intermediario compie, con riguardo ai rifiuti speciali e pericolosi da smaltire, atti di disposizione in nome proprio ma con il consenso dell'Ente Provincia, possessore-detentore di quei rifiuti, che ha previamente verificato che il mandatario operi con soggetti in regola con le iscrizioni prescritte in materia. È il consenso del mandante rispetto agli atti che è chiamato a compiere il mandatario, la fonte del suo potere di disposizione, da esercitare in conformità al mandato ricevuto e nel rispetto delle istruzioni impartite dal mandante.

Ne deriva che la verifica effettuata dalla Stazione appaltante all'inizio del procedimento di gara sulla pre-indicazione da parte del concorrente/intermediario dei nominativi dei soggetti terzi cui si sarebbe rivolto (trasportatori e centri di recupero), sta unicamente a significare l'interesse pubblico, in capo all'Amministrazione provinciale, all'accertamento che tutte le operazioni di smaltimento, sebbene a cura e in nome dell'intermediario, siano eseguite da soggetti in possesso dei requisiti stabiliti dal codice dell'ambiente.

Tuttavia, rimane fermo che, nei confronti di detti soggetti terzi, che pure hanno conoscenza dell'esistenza del mandato, l'intermediario agisce in nome proprio (difatti, i centri di recupero dovevano impegnarsi ad effettuare le medesime condizioni a ogni intermediario), mentre nei confronti della Stazione appaltante l'intermediario assume tutti i diritti e gli obblighi derivanti dagli atti compiuti dai trasportatori, ai sensi dell'art. 1705 c.c. In base a tale disposizione, come ha più volte affermato la Suprema Corte, "il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, che non hanno alcun rapporto con il mandante, mentre costituiscono eccezioni le disposizioni che prevedono l'immediata reclamabilità del diritto da parte del mandante, con conseguente necessità di stretta interpretazione di queste ultime e dell'esclusione di qualunque integrazione di tipo analogico o estensivo, nell'ottica della tutela della posizione del terzo contraente. Ne deriva che l'espressione 'diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato' (art. 1705, secondo comma, c.c.), che accorda al mandante pretese dirette nei confronti del terzo contraente, va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento del danno)" (Cass.Civ. SS.UU., 8.10.2008, n. 24772).

9. A sua volta, l'istituto dell'avvalimento consiste nella facoltà per un'impresa partecipante ad una gara (c.d. ausiliata) di poter esibire, mediante un "prestito", i requisiti di capacità (in questo caso) tecnica di un'altra impresa non partecipante (c.d. ausiliaria), la quale alla prima può esser legata da un vincolo negoziale di svariato contenuto. È noto che nei rapporti interni fra le due imprese l'istituto dell'avvalimento può assumere tratti diversi (subappalto nei limiti dei requisiti prestati, affitto di azienda o di ramo di azienda, cessione di diritti di know how, ...) che rimangono irrilevanti per la Stazione appaltante purché siano rispettati i puntuali confini dettati dal codice dei contratti pubblici, fra cui: - l'obbligo a carico dell'ausiliaria di assumere l'impegno formale verso il concorrente e l'Amministrazione di mettere a disposizione le risorse necessarie (art. 49, comma 2, lett. d); - l'onere di produrre il contratto di avvalimento (art. 49, comma 2, lett. f); - l'obbligo per il concorrente e l'impresa ausiliaria di essere responsabili in solido nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4); - la precisazione che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione

(art. 49, comma 10).

10.1. A differenza di quanto prevede l'art. 49 del codice dei contratti pubblici, nella gara all'esame è il trasportatore, ossia il titolare dei requisiti prescritti dalla legge e iscritto nell'apposita categoria dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali, che esegue le prestazioni di trasporto oggetto dell'appalto e non il concorrente/intermediario che non ha quei requisiti di legge né li acquisisce in prestito. Correlatamente, non è prevista la dichiarazione sottoscritta dal trasportatore con cui quest'ultimo si obbliga verso il concorrente e verso la Stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente/intermediario. Non è stato stabilito che sia allegato il contratto che lega il concorrente/intermediario con il trasportatore; ancora, non è stato nemmeno previsto che il trasportatore e l'intermediario siano responsabili in solido nei confronti della Stazione appaltante con riguardo alle prestazioni di trasporto da eseguire.

10.2. Orbene, le caratteristiche e la struttura del rapporto contrattuale all'esame sono incompatibili con l'istituto dell'avvalimento, dato che il mandato senza rappresentanza presuppone:

- la stipulazione di negozi giuridici e non l'esecuzione di un servizio operativo,
- la reciproca estraneità tra il primo contraente (in questo caso la Stazione appaltante) e il terzo contraente (il trasportatore), atteso che quest'ultimo può e deve rivolgersi solo all'intermediario, con il solo correttivo della previa verifica dell'Amministrazione, in capo al trasportatore, dei requisiti prescritti dalla legge per operare nel delicato settore del trattamento dei rifiuti speciali e pericolosi.

10.3. In sintesi, alla gara in esame, che ha per oggetto anche il servizio di recupero e di smaltimento di rifiuti speciali e pericolosi, il concorrente/intermediario partecipa come mero mandatario senza rappresentanza impegnandosi a reperire, a stipulare i contratti e a gestire i soggetti terzi, ossia i trasportatori idonei ai sensi del codice dell'ambiente a eseguire quella prestazione contrattuale. In altri termini, l'intermediario non esegue direttamente il servizio posto in gara perché non utilizza i requisiti di cui è privo (mezzi e strutture) e che sono invece posseduti dai trasportatori, i quali, di conseguenza, non sono chiamati a mettere quei requisiti a disposizione del concorrente, bensì a utilizzarli in proprio per eseguire l'attività di trasporto, oggetto del servizio, commissionata loro dal mandatario dell'Amministrazione.

10.4. Ne consegue che l'applicazione in via analogica a tale peculiare rapporto della causa di esclusione prevista dal comma 10 dell'art. 49 per l'istituto dell'avvalimento si rivela illegittima, stante la tipicità e la tassatività delle cause di esclusione (che devono essere previste dalla legge sui contratti pubblici, dal suo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti). Detto principio contrassegna ogni procedura di appalto pubblico, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e la sua applicazione esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (C.d.S., sez. V, 16.3.2016, n. 1039; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 31.3.2016, n. 628; C.d.S. Ad.Pl., 2.11.2015, n. 9). E per garantire la cogenza del principio, il citato comma 1 bis ha previsto la sanzione della nullità delle clausole espulsive atipiche della *lex specialis*, introdotte in spregio del principio di

tassatività.

Il primo motivo introdotto è, pertanto, meritevole di accoglimento.

11.1. Ha pregio anche il terzo motivo, con cui si afferma (e ribadito in pubblica udienza) che l'indicazione della nominata impresa di trasporto non risulta essenziale al fine della partecipazione alla gara del raggruppamento ricorrente, poiché esso possiede comunque i requisiti necessari per eseguire il servizio di trasporto; si denuncia, pertanto, che l'Amministrazione non abbia consentito al raggruppamento, come è stato espressamente proposto con la nota del 28.4.2016, di rinunciare a utilizzare il trasportatore Keitel per poter essere riammesso alla procedura di gara.

Parte ricorrente sostiene al riguardo che "l'indicazione dell'impresa trasportatrice non risulta essenziale al fine della partecipazione alla gara, poiché il raggruppamento possiede già i requisiti necessari alla partecipazione, avendo l'intermediario Sea previamente indicato altri soggetti adibiti al servizio di trasporto". Si tratterebbe non di introdurre nuovi soggetti, ma solo di consentire il recesso di un soggetto indicato come esecutore di una prestazione, in quanto possono essere "utilizzati requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti".

11.2. L'Amministrazione contrasta tale tesi sostenendo che il trasportatore Keitel ha contribuito a definire, per il raggruppamento ricorrente, sia l'offerta tecnica (per il sub-elemento 1.6 "Programma di esecuzione dei lavori", ove è oggetto di valutazione la dotazione di mezzi e di operai) che quella economica (le voci della lista della categoria aventi la dicitura "Trasporto e smaltimento" non possono che essere costituite anche dal costo del servizio offerto dal trasportatore Keitel).

11.3. Rilevato che non si tratta di un'eccezione al divieto generale di modificazione soggettiva della compagine dei concorrenti, posto che non rientra in tale qualifica il trasportatore individuato dall'intermediario, il Collegio deve convenire con parte ricorrente: l'assunto dell'Amministrazione - fondato su di un principio corretto, quello dell'immodificabilità dell'offerta - è però del tutto indimostrato.

Allo stato, non essendo state aperte ed esaminate le offerte tecniche, non può essere affermato con certezza che la presenza, o meno, del trasportatore Keitel incide, con i suoi mezzi e maestranze, sull'offerta tecnica delle ricorrenti (e, in particolare, sul programma di esecuzione dei lavori di cui al sub-elemento 1.6) così come sull'offerta economica. Tale asserzione, come replicano correttamente le stesse deducenti, "potrà essere riscontrata dal seggio di gara solo all'esito dell'apertura dell'offerta tecnica e/o di quella economica".

12. Alle complessive considerazioni sopra svolte consegue, in conclusione, che il ricorso è fondato e che, dal suo accoglimento, deriva la dichiarazione di nullità della clausola escludente contenuta a pag. 11 del bando, limitatamente al caso di plurima individuazione di trasportatori, e l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione. Ne consegue la possibilità per il raggruppamento deducente di proseguire la gara previa formale rinuncia all'utilizzo del trasportatore Keitel.

13. Le spese di giudizio sono compensate fra le parti, stante la peculiarità e la novità, in punto di fatto e di diritto, della vicenda di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 129 del 2016,

lo accoglie e, per l'effetto, dichiara la nullità della clausola escludente contenuta a pag. 11 del bando, limitatamente al caso di plurima individuazione di trasportatori, annulla il provvedimento di esclusione in epigrafe, dispone la riammissione alla gara del raggruppamento ricorrente nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Polidori, Presidente FF

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore