



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 numero di registro generale 3902 del 2018, proposto da Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carola Pagliarin e Luigi Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Ecoeridania S.P.A. e Coopservice Soc. Coop. P. A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

Regione Veneto, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ezio Zanon, Emanuele Mio e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

nei confronti

Saste Servizi Ecologici S.r.l. e 2001 S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Vincenzo Prisco e Francesca Bazoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Prisco in Roma, via Basento, 68;

Priority S.r.l., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 4206 del 2018, proposto da

Saste Servizi Ecologici S.R.L in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI e 2001 S.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo RTI, in persona dei legali rappresentanti

pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Vincenzo Prisco e Francesca Bazoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Veneto, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ezio Zanon, Emanuele Mio e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carola Pagliarin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carola Pagliarin in Padova, via degli Zabarella, 38;

Regione Veneto - Direzione Risorse Strumentali Srr – Crav, non costituita in giudizio;

nei confronti

RTI Priority S.r.l., non costituita in giudizio;

Eco Eridania S.p.A in proprio e quale mandataria capogruppo costituendo RTI e Coopservice Soc. Coop. p.a. in proprio e quale mandante costituendo RTI, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3902 del 2018 e al ricorso n. 4206 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (sezione Prima) n. 00411/2018, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

- della determinazione del 29 settembre 2017 con cui, all'esito della seduta di apertura della busta amministrativa, è stata disposta l'ammissione in gara del RTI Saste Servizi Ecologici e Ditta 2001 s.r.l., pubblicata in data 29 settembre sul sito e comunicata in pari data;
- del verbale della seduta pubblica del 27 marzo 2017;
- in parte qua ove ritenuto necessario, della lex specialis di gara, come infra.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ecoeridania S.P.A., di Coopservice Soc. Coop. p.a., di Regione Veneto, di Saste Servizi Ecologici S.r.l. e di 2001 S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Pagliarin, Brugnoletti, Manzi e Prisco.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 17 aprile 2018, n. 411, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Eco Eridania S.p.A. e Coopservice

Soc. Coop. P. A. e, per l'effetto, ha annullato l'ammissione in gara del RTI tra Saste Servizi Ecologici e Ditta 2001 S.r.l.

Secondo il TAR, sinteticamente:

- la possibilità di ammettere in gara raggruppamenti di tipo verticale sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni "principali" e quelle "secondarie", essendo precluso al partecipante alla gara di procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale;
- giustificandosi tale divieto in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, d.lgs. n. 50-2016;
- né il bando, né il disciplinare, né il capitolato speciale contenevano una distinzione delle prestazioni oggetto di gara tra "principali" e "secondarie", risultando invece, in particolare dall'art. 3 del Capitolato Speciale ("Descrizione del servizio"), che la fornitura dei contenitori, non era scorporata dal servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, ma era considerata anch'essa parte integrante del servizio insieme alle altre attività descritte nel Capitolato che tale servizio compongono;
- deve essere accolta la censura - prioritaria in ordine logico e dunque assorbente - della parte ricorrente rivolta alla mancanza del requisito di professionalità della mandante, dovendo tutte le partecipanti al raggruppamento, in quanto chiamate all'esecuzione di un'unitaria prestazione, non scorporata in distinte attività, essere in possesso del requisito tecnico professionale dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

La parte appellante Azienda Zero, con l'appello R.G. n. 3902-2018, contestava la sentenza del TAR deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, del punto III.2.1. del bando e dell'art. 2 del disciplinare. Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di par condicio oltre che dei principi di tutela della concorrenza e della partecipazione delle piccole e medie imprese;
- violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 50/2016. Erronea affermazione dell'ammissibilità del ricorso; violazione dell'art. 35 c.p.a.
- violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Con l'appello in esame chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Con appello R.G. n. 4206-2018 la società Saste Servizi Ecologici s.r.l. e la Società 2001 s.r.l. contestavano la sentenza del TAR deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48 d.lgs. n. 50-2016; violazione ed erronea interpretazione della lex specialis di gara;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 79 d.lgs. n. 50-2016; violazione ed erroneda interpretazione della lex specialis di gara; violazione del principio del legittimo affidamento;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50-2016; violazione ed erroneda interpretazione della lex specialis di gara; violazione del principio del legittimo affidamento; violazione dei principi di derivazione comunitaria della massima partecipazione alle gare di appalto; violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50-2016: violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

- violazione e falsa applicazione degli art. 48 e 83 d.lgs. n. 50-2016; violazione ed erroneda interpretazione della lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 19, comma 2, della Direttiva UE n. 24-2014; violazione del principio di gerarchia delle fonti; violazione dei principi di derivazione comunitaria della massima partecipazione alle gare di appalto; in subordine: richiesta di rinvio pregiudiziale.

Si costituiva la parte controinteressata chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., il secondo motivo del ricorso di primo grado.

All'udienza pubblica del 4 ottobre 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Previamente devono essere riuniti gli appelli in epigrafe indicati, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a., trattandosi di appello contro la medesima sentenza.

2. Con il primo motivo dell'appello di Azienda Zero si contesta l'assunto del TAR secondo cui alla gara si poteva concorrere solo in forma di RTI orizzontale e, conseguentemente, il requisito dell'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali doveva essere posseduto da entrambe le imprese raggruppate, mentre la mandante Ditta 2001 s.r.l. ne era priva.

Il Collegio osserva che l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50-2016 prevede espressamente che le prestazioni principali e secondarie devono essere previamente e specificatamente individuate dalla stazione appaltante nel bando di gara ed espressamente individuate con la dicitura prestazioni principali e secondarie.

In particolare, la predetta norma prescrive che "le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara le prestazioni principali e quelle secondarie".

Da tale menzione discende la distinzione tra RTI verticale ed orizzontale; infatti: "si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue la prestazione di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione".

Pertanto, la legge condiziona la partecipazione alla gara nella forma di RTI verticale alla circostanza che il bando suddivida le prestazioni in principali e secondarie e, in assenza di tale qualificazione, è possibile concorrere solo in RTI orizzontale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689), come è incontestabilmente avvenuto nella specie.

Infatti, la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie”, essendo precluso al partecipante alla gara di procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazione principali e secondarie, onde ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale”.

3. La possibilità di concorrere in RTI verticale non può nemmeno desumersi dall’art. 2 del disciplinare che prevede che i concorrenti, in caso di partecipazione in RTI debbano specificare le parti del servizio e le quote di partecipazione.

Infatti, come affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, l’onere di specificazione delle parti di servizio eseguite da ciascun componente del raggruppamento è teso “ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell’offerta ed a consentire l’individuazione dell’oggetto e dell’entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate” (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2018, n. 51).

Pertanto, è corretto ritenere che l’obbligo stabilito dall’art. 2 del disciplinare di gara di indicazione “della quota di partecipazione di ciascuna impresa alla costituenda associazione e le parti di fornitura che verranno eseguite dalle singole ditte”, non presuppone una separazione tra prestazioni principali e secondarie (peraltro non rintracciabile negli atti di gara), ammettendo solamente una ripartizione orizzontale, interna, dell’esecuzione prestazione, unitamente considerata, tra le singole ditte.

In assenza di una indicazione negli atti gara di un’attività principale ed una secondaria, e non essendo possibile concorrere alla gara in RTI verticale ma solo orizzontale, dovendosi concorrere esclusivamente in RTI orizzontale, tutte le componenti del RTI dovevano svolgere tutte le attività oggetto della commessa ed erano solidalmente responsabili, come stabilito dall’art. 48, comma 5, d.lgs. n. 50-2016) e tutte le componenti del RTI dovevano di conseguenza possedere il requisito dell’iscrizione all’albo gestori ambientali.

4. Inoltre, ai fini della partecipazione alla gara, il punto III.2.1) del bando chiedeva ai concorrenti il possesso del requisito professionale dell’iscrizione nell’albo Nazionale dei Gestori Ambientali per le categorie 4 e 5.

Il requisito dell’iscrizione all’Albo Gestori Ambientali, come è noto, è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell’art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50-2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l’esercizio dell’attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, oggetto della presente procedura di gara, come previsto espressamente dall’art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 che icasticamente prescrive che l’iscrizione all’Albo Nazionale dei Gestori Ambientali “è requisito per lo svolgimento dell’attività di raccolta e trasporto rifiuti”.

Il possesso di tale requisito determina quindi l’abilitazione soggettiva all’esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell’attività di gestione dei

rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione.

5. Nel caso in esame, il requisito dell'iscrizione nell'Albo Gestori Ambientali è posseduto esclusivamente dalla mandataria Saste e non dalla mandante Ditta 2001, società che non risulta iscritta nell'albo gestori ambientali, poiché essa non esercita l'attività di raccolta e trasporto rifiuti, bensì di produzione e commercio dei contenitori per i rifiuti.

Pertanto, si ripete, in assenza di una esatta indicazione negli atti di gara di una attività principale ed una secondaria ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50-2016, come nel caso di specie, a prescindere dalla ripartizione delle attività all'interno del RTI, entrambi i componenti assumono (a differenza dell'ATI verticale) la responsabilità solidale nell'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto della procedura: la responsabilità solidale di tutte le imprese componenti il RTI per l'esecuzione di tutte le prestazioni richieste dal capitolato (prescindendo dalla ripartizione interna) comporta che ogni componente del RTI (prescindendo dalla ripartizione interna dei servizi) possa essere chiamato dalla Stazione Appaltante a svolgere tutte le prestazioni oggetto della commessa. Dal regime di solidarietà imposto dall'art. 48, comma 5, in caso di ATI orizzontale discende che tutte le imprese componenti il servizio debbano essere necessariamente dotate dei requisiti autorizzatori richiesti dalla *lex specialis* per poter svolgere delle attività oggetto dell'appalto.

6. Con il secondo motivo di appello di Azienda Zero si sostiene che il TAR avrebbe errato nel qualificare il chiarimento reso dalla Stazione Appaltante come innovativo della legge di gara e, pertanto, inammissibile.

Il chiarimento reso dalla stazione appaltante verteva sulla circostanza che il requisito della iscrizione all'Albo Gestori Ambientali potesse essere posseduto esclusivamente dalla società che svolge le attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

Alla luce di quanto appena argomentato, è evidente che si tratta dell'introduzione di una nuova regola di gara, non prevista dalla *lex specialis*, radicalmente incompatibile con essa, poiché presuppone una distinzione tra attività principale di raccolta e smaltimento e attività secondarie che, come detto, non sussiste, in modo inequivocabile, nella legge di gara

Pertanto, il chiarimento reso dalla stazione appaltante con il quale è stato affermato che il requisito della iscrizione all'Albo Gestori Ambientali deve essere posseduto esclusivamente dalla società che svolge il servizio, non può ritenersi meramente esplicativo del bando di gara, ma novativo della *lex specialis* e, pertanto, inammissibile, giungendo ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, assumendo carattere vincolante per la Commissione giudicatrice.

Dette fonti, dunque, devono essere interpretate ed applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279).

Né può avere alcuna rilevanza il richiamo da parte dell'appellante all'art. 79 d.lgs. n. 50-2016, non trattandosi di informazioni supplementari, integrative della *lex specialis*, il che avrebbe dovuto implicare, logicamente, mutando un elemento essenziale di partecipazione alla gara, il differimento del termine di presentazione delle offerte per consentire ai concorrenti di poter adeguare la propria offerta e la propria partecipazione alla gara.

7. L'appellante Azienda Zero deduce, in via subordinata, la tardività, inammissibilità e/o improcedibilità delle censure sui chiarimenti medesimi e l'irricevibilità, inammissibilità improcedibilità del ricorso, in quanto le censure formulate nel ricorso promosso dallo scrivente sono dirette, oltre che contro il bando e il disciplinare, anche nei confronti dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante e pubblicati il 4 maggio 2017.

In realtà, le censure formulate nel ricorso promosso in primo grado sono dirette contro l'ammissione alla gara del RTI Saste e Ditta 2001, poiché disposta dalla stazione appaltante proprio in violazione del bando e del disciplinare.

Peraltro, come è noto, non sussiste alcun obbligo di impugnazione immediata della *lex specialis* quando questa non contiene al suo interno clausole escludenti o immediatamente lesive, come nella specie.

8. Anche il motivo di appello di Azienda Zero connesso alla valorizzazione del principio del favor participationis e dell'esigenza di tutela degli operatori economici medio-piccoli è infondata, atteso che il regime dei concorrenti in RTI orizzontali, in quanto previsto dalla legge, non può in alcun modo essere derogato dall'applicazione dei suddetti principi.

Il principio del favor participationis si applica solo in presenza di clausole equivoche o di dubbio significato e non anche quando vi è, come nel caso di specie, un'inosservanza di specifiche clausole del bando, poste a pena di esclusione, in applicazione di norme del Codice dei contratti, come già indicato, di chiara ed indubbia interpretazione.

9. Passando all'appello della società Saste Servizi Ecologici s.r.l. e della Società 2001 s.r.l., oltre a richiamare quanto appena dedotto, si deve aggiungere che l'appellante chiede anche, in via principale, al giudice di disapplicare l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50-2016 e, in via subordinata, che la causa venga rimessa alla Corte di Giustizia Europea.

Ritiene il Collegio che, in effetti, l'art. 19, comma 2, Direttiva UE n. 24-2014 mira a garantire una ampia partecipazione alle gare prevedendo a tal fine un divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di imporre ai raggruppamenti di operatori economici ad avere una forma giuridica specifica per poter partecipare a procedura di appalto.

L'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 50-2016, applicato nella specie, non pone, tuttavia, alcun obbligo prescrittivo in capo agli operatori economici di doversi costituire unicamente nella forma di RTI orizzontale per concorrere alle gare di appalto, ma si limita a chiarire che per partecipare in RTI verticale la stazione appaltante deve indicare nel bando di gara le prestazioni principali e secondarie, peraltro in coerenza con quanto disposto dal paragrafo 2, dell'art. art. 19 Direttiva UE n. 24-2014 il quale espressamente dispone che "le amministrazioni aggiudicatrici possono

specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive...”

Pertanto, è manifestamente evidente che non sussiste, nel caso di specie, alcuna violazione dei principi comunitari denunciati dall'appellante.

10. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, gli appelli devono essere respinti in quanto infondati.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe indicati, li respinge.

Condanna entrambe le parti appellanti, in solido tra loro, al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore delle controparti appellate, costituite in giudizio, spese che liquida complessivamente in euro 10.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO