



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1106 del 2018, proposto da Zini Elio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Carissimi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Brusegan, Katia Maretto, Giuseppe Roberto Chiaia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura della Città Metropolitana di Venezia, in Mestre - Venezia, via Forte Marghera 191;

nei confronti

Flora Multiservice S.r.l., Pissta Group S.r.l., Sicurezza e Ambiente S.p.A, Ecolisia-Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l., Pronto Strade S.r.l. non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1151 del 2018, proposto da

Flora Multiservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Bond, con domicilio digitale come da PEC da Registri

di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Venezia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Roberto Chiaia, Katia Maretto, Roberta Brusegan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura della Città Metropolitana di Venezia, in Mestre - Venezia, via Forte Marghera 191;

nei confronti

Pissta Group S.p.A, Sicurezza e Ambiente S.p.A, Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l., Pronto Strade S.r.l. non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

Zini Elio S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Carissimi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare

quanto al ricorso n. 1106 del 2018:

- del provvedimento di esclusione dell'impresa Zini Elio s.r.l di cui al verbale di gara n. 2 del 3 settembre 2018, pubblicato in data 5 settembre 2018;
- della comunicazione di esclusione del 5 settembre 2018, dell'impresa Zini Elio s.r.l. dalla procedura di gara;
- del bando e del disciplinare di gara CIG 7465629FEE denominata "*Procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e di reintegra delle matrici ambientali compromesse da incidenti stradali lungo le strade di competenza della Città Metropolitana di Venezia*" limitatamente alla parte in cui prevede tra i requisiti di idoneità, al punto 7.1 lett. b), la comprova della seguente iscrizione: "*Iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla Cat. 4 "Raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi"*";
- del verbale di gara n. 1 del 2 agosto 2018 ove, veniva rilevata la mancanza del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla Cat. 4 in capo all'impresa Zini Elio s.r.l.;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara nelle more eventualmente pubblicato;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ex art. 29 D. Lgs. n. 104/2010;
- nonché, per la dichiarazione di inefficacia

del contratto di concessione nelle more eventualmente stipulato con l'aggiudicataria ai sensi degli artt. 121 e 122 del D.Lgs n. 104/2010;

nonché, per la condanna della Città Metropolitana di Venezia, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 D.Lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, ad ammettere a gara la ricorrente ex art. 30 D.lgs. n. 104/2010 ovvero, in subordine, a riformulare i criteri di partecipazione a gara conformemente ai principi indicati nel presente ricorso e/o a quelli che verranno enucleati dallo stesso Tribunale e, quindi, a procedere a nuova aggiudicazione della gara;

ovvero, in subordine

- qualora nelle more del presente giudizio si proceda ad aggiudicazione e venga stipulato il contratto di concessione e, tuttavia, l'illustrissimo Tribunale adito non reputi opportuno dichiarare il contratto stesso inefficace, per la condanna della Città Metropolitana di Venezia al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo ex art. 30 D.lgs. n. 104/2010 in favore della ricorrente;

- in ogni caso anche laddove non si dovesse ritenere che la Zini Elio s.r.l. sarebbe stata aggiudicataria del servizio oggi in discussione, per la condanna della Città Metropolitana di Venezia al risarcimento del danno derivante dalla perdita di chance ontologicamente intesa.

quanto al ricorso n. 1151 del 2018:

- della comunicazione priva di protocollo ricevuta in data 05.09.2019 a mezzo pec, con cui la Città metropolitana di Venezia ha escluso Flora Multiservice s.r.l. dalla procedura avente oggetto "*concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e di reintegra delle matrici ambientali compromesse da incidenti stradali lungo le strade di competenza della Città metropolitana di Venezia. CIG 7465629FEE*";

- dei verbali di seduta pubblica n. 1 del 02.08.2018, con cui è stata rilevata la carenza di un requisito di partecipazione, e n. 2 del 03.09.2018, con cui è stata esclusa dalla procedura Flora Multiservice s.r.l.;

- per quanto servir possa delle determinazioni n. 1364 e 1365 del 24/04/2018 del dirigente del Servizio manutenzione e sviluppo del sistema viabilistico, successivamente modificate con determinazioni n. 1628 del 18/05/2018 e n. 1665 del 22/05/2018, che hanno disposto di procedere all'affidamento della concessione in oggetto, nonché del bando, disciplinare di gara, capitolato di gara e tutti gli allegati ai suddetti atti;

- delle risposte ai quesiti con data 05.07.2018 (quesiti 1 e 2) e 24.07.2018 (quesiti 3 e 4);

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, compresi i verbali di gara della procedura esperita nelle more della notifica del ricorso e del conseguente giudizio instauratosi;

nonché, per la condanna

di inefficacia del contratto del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, con conseguente riammissione alla gara di Flora Multiservice s.r.l., anche gli effetti dell'art. 30 c.p.a. ovvero, in via subordinata, con riformulazione dei criteri di selezione rispettosi dell'art. 83, comma 2 del D.Lgs 50/2016, conformemente ai principi indicati nel presente ricorso e/o a quelli diversi che verranno enucleati dallo stesso Tribunale e, quindi, a procedere a nuova aggiudicazione della gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Venezia in entrambi i giudizi;

Visti tutti gli atti delle cause in epigrafe indicate;

Visto l'art. 70 cod. proc. Amm;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio **2019** la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Città Metropolitana, con determinazione n. 1364 del 24/04/2018, ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e di reintegra delle matrici ambientali compromesse da incidenti stradali lungo le strade di

competenza, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2-7 e 12 del Codice.

2. Il disciplinare di gara all'art. 7 e 7.1 prevedeva espressamente che i concorrenti dovevano possedere, a pena di esclusione, i seguenti requisiti di idoneità:

1) Iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla Cat. 4 "Raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi".

2) Iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla Cat. 5 "Raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi".

3) Iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alla Cat. 2 bis "produttori iniziali di rifiuti che effettuano operazioni di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi e non pericolosi".

3. Il successivo art. 7.4 precisava che *"Il requisito relativo (...) all'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali alle cat. 4, 5 e 2-bis di cui al punto 7.1 lett. b), devono essere posseduti da: a. ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande, consorziate/consorziate o GEIE; b. ciascuna delle imprese aderenti al contratto di rete indicate come esecutrici e dalla rete medesima nel caso in cui questa abbia soggettività giuridica"*.

4. In data 05.07.2018 veniva pubblicato sul sito dell'Amministrazione il seguente chiarimento *"si ritiene pertanto l'iscrizione nella categoria 5 possa essere ritenuta comprensiva della categoria 4, a condizione che:*

1. l'impresa abbia fatto istanza di iscrizione comunicando le tipologie di rifiuti pericolosi e non pericolosi che intende trasportare;

2. la quantità complessiva dei rifiuti trasportati non comporti la variazione della classe per la quale gli operatori economici sono iscritti.

Si ritiene pertanto che la sola iscrizione alla categoria 5, alle condizioni sopra indicate, sia requisito idoneo alla partecipazione della presente procedura".

5. Alla procedura partecipavano, tra le altre, le odierne ricorrenti, Zini Elio S.r.l. (di seguito solo Zini) e Flora Multiservice s.r.l. (di seguito solo Flora).

6. A seguito dell'accertamento della documentazione prodotta a comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica/professionale e dopo aver dato luogo al soccorso istruttorio, la Stazione appaltante disponeva l'esclusione di entrambi gli operatori,

poiché gli stessi non risultavano in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (di seguito solo ANGA) alla categoria 4 o, in alternativa, alla categoria 5 con espressa indicazione delle tipologie di rifiuti non pericolosi, come prescritto dalla *lex specialis* e precisato in sede di chiarimenti.

7. La Stazione appaltante evidenziava altresì che, trattandosi di un requisito di partecipazione, la mancanza dell'iscrizione nella categoria 4 dell'ANGA non poteva essere sopperita dalla sottoscrizione di un contratto continuativo di cooperazione, ex art. 105, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016, come fatto da Flora.

8. Avverso i rispettivi provvedimenti di esclusione e gli altri atti indicati in epigrafe proponevano ricorso le odierne ricorrenti.

9. Con il ricorso R.G. n. 1106/2018, proposto da Zini, veniva prospettato un unico motivo di censura così articolato *“Violazione e falsa applicazione del dlgs 50/2016, delle regole e dei principi in tema di qualificazione per l'ammissione e la partecipazione a gara - violazione dei principi di libera concorrenza e proporzionalità eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di motivazione – sviamento di potere”*.

Zini lamentava, in particolare, l'illegittimità della propria esclusione, sostenendo che l'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA poteva ritenersi del tutto legittimamente sostituita dall'iscrizione alla categoria 2 bis. A suo avviso, pertanto, la richiesta cumulativa delle tre iscrizioni alle categorie 4, 5 e 2 bis, quale requisito di partecipazione alla gara in questione, doveva ritenersi eccessiva, illogica, irragionevole e, comunque, discriminante. E la sua esclusione, dunque, comportava la violazione dei principi previsti per l'ammissione e la partecipazione alle gare pubbliche, nonché dei principi di libera concorrenza e proporzionalità, oltre a risultare, in ogni caso, carente di motivazione.

10. Con il ricorso R.G. n. 1151/2018, proposto da Flora, venivano prospettati due motivi di censura:

I) *“Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 della L241/90. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 183, comma 1, lettera f) del Dlgs 152/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 184 del Dlgs 152/2006. Violazione dell'art. 212, comma 8 del Dlgs 152/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 2 del Dlgs 50/2016. Violazione dei principi di massima partecipazione, non discriminazione e libera concorrenza. Eccesso di potere”*.

Come già evidenziato da Zini, anche Flora affermava che le categorie 2 bis e 5 dell'ANGA, cui la stessa risultava iscritta, dovevano ritenersi idonee a sostituire la categoria 4 nei servizi di ripristino post incidente, per espressa previsione normativa, e per tale ragione lamentava l'illegittimità della propria esclusione. Secondo Flora, la simultanea iscrizione alle categorie ANGA 2 bis, 4 e 5 - richiesta dagli atti di gara e posta alla base del provvedimento di esclusione - costituiva requisito di partecipazione eccessivo, ridondante ed illogico.

II) “*Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 2 della L241/90. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 105, comma 3, lettera c-bis) del Dlgs 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 183, comma 1, lettera f) del Dlgs 152/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83, comma 2 del Dlgs 50/2016. Violazione dei principi di massima partecipazione, non discriminazione e libera concorrenza. Eccesso di potere*”.

Flora riteneva – comunque – di poter soddisfare il requisito richiesto dell'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA attraverso il contratto continuativo di cooperazione previsto dall'art. 105, comma 3, lettera c-bis) del D.lgs 50/2016, stipulato con una Società terza. Sosteneva, a tal riguardo, che il contratto continuativo di cooperazione afferisce alla sfera produttiva di una azienda ed è volto a far fronte ad esigenze organizzative interne: per tali ragioni, i trasporti in categoria 4 ANGA, seppur intestati ad un soggetto diverso, dovevano ritenersi direttamente riconducibili anche a Flora.

11. Si costituiva in entrambi i giudizi la Città Metropolitana di Venezia, eccependo in via preliminare l'irricevibilità per tardività dei due ricorsi, nella parte in cui veniva impugnata l'esclusione dalla gara, disposta dalla Stazione appaltante a causa della mancanza del requisito di partecipazione costituito dall'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA. L'Amministrazione resistente evidenziava, in particolare, che tale requisito di idoneità era previsto espressamente e a pena di esclusione dalla *lex specialis* e che, per tale motivo, le clausole relative dovevano essere impuginate immediatamente.

L'Amministrazione resistente, in ogni caso, chiedeva il rigetto dei ricorsi siccome infondati nel merito.

12. Nell'ambito del ricorso R.G. n. 1151/2018 proposto da Flora si costituiva altresì Zini, proponendo intervento *ad adiuvandum*, attraverso il quale, in sostanza, venivano riproposte le censure già svolte in via diretta, a mezzo di ricorso principale, nell'ambito del giudizio di R.G. n. 1106/2018.

13. All'esito dell'udienza in Camera di consiglio del 7 novembre 2018, le istanze cautelari proposte dalle ricorrenti venivano respinte con autonome ordinanze.

14. In vista dell'udienza pubblica di discussione del ricorso nel merito le parti depositavano, nei rispettivi giudizi, memorie e repliche.

15. All'esito dell'udienza pubblica di discussione del giorno 6 febbraio **2019**, le cause venivano quindi trattenute in decisione.

16. In via preliminare, va disposta, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., la riunione dei giudizi promossi con i ricorsi indicati in epigrafe, attese le connessioni soggettive e oggettive tra essi esistenti.

17. Inoltre, nel caso di specie il Collegio ritiene di poter prescindere da ogni approfondimento circa la posizione sostanziale e processuale rivestita da Zini nell'ambito del ricorso R.G. n. 1151/2018 promosso da Flora e circa l'ammissibilità del suo intervento *ad adiuvandum*. Ciò in considerazione dell'evidente connessione oggettiva e soggettiva dei ricorsi - sulla base della quale si è appunto disposta la riunione - nonché della palese irricevibilità ed infondatezza che li connota.

18. Ciò premesso, occorre in primo luogo prendere in esame l'eccezione di irricevibilità per tardività sollevata dall'Amministrazione resistente in relazione ad entrambi i ricorsi, nella parte in cui gli stessi lamentano l'illegittimità dell'esclusione, disposta per carenza in capo alle ricorrenti del requisito dell'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA.

La Città Metropolitana ha evidenziato, a tal proposito, che il disciplinare di gara all'art. 7 prevedeva espressamente, a pena di esclusione, l'iscrizione cumulativa alle tre categorie ANGA 4, 5 e 2 bis quali requisiti di partecipazione.

L'eccezione merita di essere accolta.

Difatti, è fuor di dubbio che il disciplinare di gara prevedeva in modo esplicito il possesso dei suddetti requisiti di partecipazione, in modo cumulativo, senza indicare alcuna ipotesi di equivalenza tra categorie di iscrizione.

Il testo del richiamato art. 7 è lineare, chiaro e comprensibile.

Lo stesso, quindi, non poteva dar luogo a dubbi circa la sua corretta interpretazione.

A tal proposito, è utile evidenziare anche che l'Amministrazione ha pubblicato sul proprio sito la risposta ad uno specifico quesito, chiarendo in quali casi e a quali condizioni l'iscrizione alla categoria 5 poteva essere ritenuta comprensiva della categoria 4.

Ciò conferma che il tenore letterale dell'art. 7 del disciplinare era univoco: proprio per tale ragione, si è reso necessario fornire puntuali precisazioni in merito alla suddetta ipotesi (del tutto peculiare) di equivalenza tra categorie.

Al contrario, non vi è stato alcun chiarimento circa l'asserita equivalenza tra la categoria 2 bis e la categoria 4, oggi invocata dalle ricorrenti.

A quanto sopra si aggiunga che la presunta equivalenza della categoria 2 bis e della categoria 4 non trova affatto fondamento in un'espressa e univoca previsione di legge, ma è il frutto di una personale ed unilaterale interpretazione fornita dalle ricorrenti che, sulla base di essa, si sono liberamente assunte il rischio di partecipare alla gara, pur in assenza dell'iscrizione alla categoria 4.

Pertanto, nel momento in cui le ricorrenti hanno presentato la propria domanda di partecipazione alla gara certamente potevano (e dovevano) avere piena consapevolezza dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*, tra i quali era prevista proprio la simultanea iscrizione alle tre categorie dell'ANGA.

Ciò detto, la clausola in questione aveva efficacia immediatamente escludente, proprio perché individuava in modo chiaro e vincolante i requisiti soggettivi necessari per poter partecipare alla gara (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 08/06/2018, n. 3471).

La carenza dei requisiti indicati rappresentava, *ab origine*, preclusione alla possibilità di partecipare alla procedura.

I provvedimenti di esclusione adottati nei confronti delle ricorrenti costituivano, quindi, conseguenza inevitabile di quanto previsto dagli atti di gara.

Per tale ragione, le censure che le ricorrenti hanno prospettato avverso il provvedimento di esclusione dovevano, in realtà, essere proposte avverso la clausola immediatamente escludente della *lex specialis*, da impugnare immediatamente, nel rispetto dei termini perentori previsti dall'art. 120 c.p.a..

Fondata, perciò, è l'eccezione di irricevibilità del ricorso relativamente alla domanda di annullamento dei provvedimenti di esclusione delle due ricorrenti, nella parte in cui si censura l'illegittimità della simultanea previsione dell'iscrizione alle tre categorie dell'ANGA, quale requisito di partecipazione alla gara.

Da ciò deriva l'irricevibilità del ricorso R.G. n. 1106, proposto da Zini, in quanto fondato su un solo motivo di censura, riconducibile alle previsioni della *lex specialis* in materia di requisiti di partecipazione e iscrizione alle categorie dell'ANGA.

Da ciò deriva, inoltre, l'irricevibilità del primo motivo proposto con il ricorso R.G. n. 1151/2018 da Flora, anch'esso afferente alla illegittimità della clausola escludente relativa ai requisiti di partecipazione.

19. Resta a questo punto da esaminare il secondo motivo di ricorso proposto da Flora, con il quale essa lamenta l'illegittimità della propria esclusione perché – a suo dire – l'intervenuta sottoscrizione di un contratto continuativo di cooperazione ex art. 105, comma 3, lettera c-bis) del D.Lgs. n. 50/2016 con una Società terza iscritta alla categoria 4 dell'ANGA, consentirebbe in ogni caso di ritenere pienamente soddisfatto il requisito di partecipazione richiesto dagli atti di gara a pena di esclusione.

Il motivo deve ritenersi infondato.

Innanzitutto, occorre precisare che il contratto continuativo di cooperazione, pur non essendo configurabile come **subappalto**, è un particolare strumento contrattuale attraverso il quale i soggetti affidatari della gara possono porre in essere le prestazioni che costituiscono oggetto dell'appalto.

Si tratta dunque di un istituto che viene in rilievo nella fase di esecuzione del contratto, come il **subappalto**.

E' possibile affermare che *“le prestazioni oggetto di **contratti continuativi** di cooperazione, servizio e/o fornitura (ora, come detto, espressamente così definite dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del codice) sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non, invece, direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del **subappalto** (che, non a caso è definito dall'art. 105, comma 2, come "Il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto")”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27.12.2018, n.7256).

Il principale elemento che differenzia il **subappalto** dal contratto di cooperazione è quindi la “direzione” delle prestazioni, rivolte alla Stazione appaltante oppure al soggetto affidatario dell'appalto.

Ciò premesso, si deve escludere che il contratto di cooperazione – così come il **subappalto** – possa essere utilizzato per sopperire alla carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara.

Il **subappalto** e il contratto di cooperazione – seppur diversi – comportano entrambi l'affidamento a terzi di una prestazione oggetto del contratto di appalto.

Ciò detto, il contratto di cooperazione prodotto dalla ricorrente riguarda l'erogazione a suo favore - ad opera di una Società terza, iscritta alla categoria 4 dell'ANGA - di una prestazione di raccolta e trasporto rifiuti non pericolosi.

Tale contratto, quindi, incidendo sulla sola fase esecutiva dell'appalto, non è idoneo a sopperire alla carenza del requisito soggettivo di partecipazione, richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, consistente nell'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA.

Tale requisito, di natura soggettiva, inerisce infatti alla idoneità professionale degli operatori, a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi.

E' possibile in conclusione aderire ai seguenti principi *“1. L'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per le categorie richieste è requisito di tipo soggettivo, intrinsecamente legato al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione e che, pertanto, deve essere posseduto direttamente dalle imprese che partecipano alla gara, senza possibilità di mediazione attraverso il ricorso a rapporti negoziali di avvalimento né a **contratti** di consorzio.*

*2. L'eventuale carenza di tale requisito non può essere colmata attraverso l'utilizzo del **subappalto**, che rappresenta una mera modalità di esecuzione (indiretta) dei lavori da parte di un soggetto che deve essere pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla legge e dalla disciplina di gara per l'ammissione alla procedura.*

*3. Il **subappalto** è altra cosa rispetto all'avvalimento, in quanto rappresenta un fatto solo precedentemente previsto, al fine esclusivo della esecuzione dei lavori, e che avrà eventualmente compimento dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione in capo all'aggiudicatario, munito di tutti i requisiti, il quale diverrà, dopo la stipulazione del contratto appaltatore, potendo, solo a partire da quel momento procedere ad attivare la procedura per dare corso al **subappalto**.*

4. Tutto quanto attiene alla fase esecutiva dell'appalto presuppone già individuato un appaltatore munito dei prescritti requisiti” (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. III, 16.02.2017, n. 133).

Peraltro, per sopperire alla carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara il vigente ordinamento prevede il diverso istituto dell'avvalimento, che permette al

concorrente di spendere, nei confronti della Stazione appaltante, il requisito posseduto da un soggetto terzo (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 31.05.2016, n. 6271).

Tuttavia, si deve a tal proposito osservare che per il requisito dell'iscrizione all'ANGA la vigente normativa esclude espressamente anche la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Recita infatti l'art. 89, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016 “*L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 121 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*”.

Ora, ammettendo la possibilità di integrare la carenza dei requisiti di partecipazione attraverso il **subappalto** o il contratto di cooperazione, si finirebbe per aggirare il divieto di avvalimento espressamente previsto per l'iscrizione all'ANGA e ne sarebbe frustrata la *ratio* sottostante, volta ad assicurare un efficace controllo sul possesso dei requisiti professionali di idoneità degli operatori economici e sul corretto svolgimento di un'attività caratterizzata da importanti risvolti anche sul piano della sicurezza, della tutela della salute e dell'ambiente.

Occorre infine precisare che la sentenza del Tar Puglia, Lecce, sez. I, del 13.12.2016, n. 1859, richiamata dalla ricorrente Flora per dimostrare la possibilità di utilizzare il contratto di cooperazione ex art. 105, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 per sopperire alla carenza del requisito dell'iscrizione alla categoria 4 dell'ANGA, in realtà non è conferente.

La stessa, infatti, si limita a riconoscere la legittimità del contratto di cooperazione come modalità operativa, da utilizzare in fase di esecuzione dell'appalto, senza tuttavia affermare che attraverso lo stesso si possa sopperire alla eventuale carenza dei requisiti soggettivi di iscrizione alle varie categorie ANGA richieste dalla *lex specialis*.

20. Pertanto, il secondo motivo di ricorso proposto da Flora è infondato e deve essere respinto.

21. Fermo restando quanto statuito in sede cautelare, le spese di giudizio relative alla fase di trattazione nel merito dei ricorsi principali devono essere poste a carico delle ricorrenti, secondo il criterio della soccombenza, e sono liquidate secondo il dispositivo. Considerate le peculiarità del caso di specie, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese relative all'intervento svolto da Zini nell'ambito del ricorso R.G. n. 1151/2018 proposto da Flora.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi RR.GG. n. 1106/2018 e n. 1151/2018, come in epigrafe proposti, dispotane previamente la riunione ex art. 70 c.p.a.:

- dichiara il ricorso R.G. n. 1106/2018 irricevibile;
- dichiara il ricorso R.G. n. 1151/2018 in parte irricevibile e per il resto lo respinge;
- fermo restando quanto stabilito per la fase cautelare del giudizio, condanna le ricorrenti al pagamento delle spese della presente fase di merito a favore della Città Metropolitana, liquidandole in complessivi euro 3.000,00, oltre oneri accessori (euro 1.500,00 oltre oneri accessori a carico di ciascuna ricorrente);
- compensa le spese del giudizio tra le parti, con riferimento all'intervento svolto da Zini nel ricorso R.G. n. 1151/2018, promosso da Flora.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio **2019** con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia De Felice

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO