

Publicato il 07/12/2017

N. 05772/2017REG.PROV.COLL.

N. 06120/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6120 del 2017, proposto da:

Castiglia s.r.l., nonché Raccolio s.r.l. ed Impresa del Fiume s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nelle rispettive qualità (la prima) di capogruppo mandataria del costituendo Rti e (la seconda e la terza) di mandanti del predetto raggruppamento, tutte rappresentate e difese dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avvocato Francesco Pappalepore in Roma, via Guglielmo Calderini n. 68;

contro

Comune di Presicce, Comune di Taurisano, Comune di Acquarica del Capo, ARO LE/10, Associazione dei Comuni di Bacino ARO LE/10, nonché Tekra Servizi s.r.l., in persona dei rispettivi Sindaci e legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

Comune di Ugento, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'avvocato Marco Lancieri, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III n. 01384/2017, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ugento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore e Notarnicola, in dichiarata delega di Lancieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, le imprese Castiglia s.r.l., Raccolio s.r.l. e Impresa Del Fiume s.p.a. – partecipanti, in forma di costituendo Rti, alla gara bandita dall'ARO LE/10 per l'affidamento del servizio di igiene urbana, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) – impugnavano la nota prot. n. 6113 del 22 marzo 2017, con la quale era stata comunicata l'esclusione dalla gara del raggruppamento, nonché il verbale di gara n. 4 della seduta del 21 marzo 2017 (e, per quanto potesse occorrere, i verbali di gara nn. 1, 2 e 3).

Veniva inoltre impugnata la nota prot. n. 6606 del 31 marzo 2017, recante formale rigetto della istanza di riesame proposta dalle ricorrenti.

Nel chiedere la propria riammissione alla gara e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario, le predette società articolavano un'unica censura, avente ad oggetto “*violazione ed erronea applicazione della lex specialis, violazione ed erronea applicazione dei principi in tema di gerarchia delle fonti, violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, violazione del principio di buona fede, violazione ed erronea applicazione degli artt. 48 e 83 del D.Lgs. n.50/2016, eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione, disparità di trattamento, sviamento*”.

Nel costituirsi in giudizio, sia il Comune di Ugento che l'ARO LE/10 eccepivano l'infondatezza del gravame, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 264 del 18 maggio 2017, il Tribunale adito respingeva l'istanza cautelare delle ricorrenti, per difetto dei presupposti di legge (in particolare, sotto il profilo del *fumus boni iuris*).

Con successiva ordinanza 8 giugno 2017, n. 2349, la V Sezione del Consiglio di Stato a sua volta respingeva l'appello cautelare proposto dalle ricorrenti, “*Ritenuto che dalle sopravvenienze procedurali evidenziate dalla difesa dell'appellante alla camera di consiglio non emergano elementi di pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile necessari per accedere alla tutela cautelare, in considerazione dell'imminente celebrazione del merito in primo grado (27 giugno 2017)*”.

Con sentenza 9 agosto 2017, n. 1384, **il Tribunale amministrativo della Puglia respingeva il ricorso, alla luce del fatto che, non essendo rinvenibile nella *lex specialis* di gara (anche complessivamente considerata) alcuna espressa suddivisione tra prestazioni “principali” e prestazioni “secondarie”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, non poteva che farsi luogo, nella suddetta gara d'appalto, a raggruppamenti di imprese di tipo “orizzontale”, “in cui tutte le imprese devono essere in possesso dei requisiti soggettivi di idoneità professionale richiesti e necessari**

per l'esecuzione delle prestazioni da appaltare, ivi inclusa l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali?

L'esclusione dalla gara era quindi da ritenersi giustificata, atteso che, nel caso di specie, da un lato, le ricorrenti avevano inammissibilmente inteso dar vita ad un Rti di tipo "verticale", dall'altro era emerso che una delle mandanti non risultava iscritta all'Albo nazionale dei gestori ambientali (ANGA) per la Categoria n. 5 - "Raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi", Classe "F".

Avverso tale decisione le ricorrenti interponevano appello, articolato nel seguente, complesso motivo di gravame: *"Errores in iudicando. Violazione ed erronea applicazione della lex specialis. Violazione ed erronea applicazione dei principi in tema di gerarchia delle fonti. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Violazione del principio di buona fede. Violazione ed erronea applicazione degli artt. 48 e 83, D. Lgs. n.50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione, disparità di trattamento. Sviamento"*.

Il Comune di Ugento e l'ARO LE/10 si costituivano in giudizio, rilevando l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con decreto monocratico 25 agosto 2017, n. 3409, emesso inaudita altera parte, veniva respinta l'istanza cautelare proposta dalle appellanti. Quindi, all'udienza del 7 settembre 2017, su accordo delle parti, veniva disposto l'abbinamento al merito dell'istanza cautelare, differendo la discussione della causa alla pubblica udienza del 16 novembre 2017.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie tesi difensive, e all'udienza del 16 novembre 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con unico motivo di appello, le imprese facenti parte del costituendo Rti si dolgono della decisione del giudice di rime cure, a loro avviso erronea sotto diversi profili.

1) In primo luogo, denunciano la discrasia tra bando e disciplinare di gara, con riguardo ai requisiti di partecipazione a quest'ultima, rilevando come secondo il primo sarebbe indifferente che i requisiti di capacità tecnica di cui al punto III.2.3), sub. 1, siano posseduti dalla sola capogruppo mandataria, ovvero dal raggruppamento nel suo complesso.

Viceversa, secondo il disciplinare di gara, l'impresa capogruppo mandataria “*deve essere iscritta alle classi e categorie coerenti con la parte di servizio base che eseguirà direttamente*” e “*le imprese mandanti devono essere iscritte alle classi e categorie coerenti con la parte di servizio base che eseguiranno direttamente*”.

In ragione di tale difformità, ad avviso delle appellanti dovrebbe trovare applicazione il principio giurisprudenziale per cui, in caso di palese contrasto tra bando e disciplinare, deve darsi attuazione al primo (*ex multis*, Cons. Stato, V, 11 luglio 2014, n. 3562).

2) In ogni caso, proseguono le appellanti, ricorrerebbero i presupposti per fare applicazione del generale principio del *favor participationis*, dovendosi tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede mediante un'interpretazione delle disposizioni di gara che favorisca la massima partecipazione. Dunque, a fronte di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, dovrà essere privilegiata, tra le diverse interpretazioni obiettivamente possibili, quella favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione del concorrente.

3) Comunque sia, quand'anche si dovesse ritenere – nel caso concreto – applicabili le disposizioni del disciplinare di gara, occorrerà purtuttavia dar atto che il requisito di idoneità professionale – di cui al punto 8.1, lett. c) – deve essere posseduto da ciascun componente del raggruppamento solamente “*in relazione alla parte del servizio base da eseguirsi direttamente*”.

In particolare, il disciplinare di gara, sempre al punto 8.1) stabilisce che “*per il requisito relativo alla iscrizione all'albo di cui al precedente punto c), l'impresa capogruppo mandataria (...)*

deve essere iscritta alle classi e categorie coerenti con la parte di servizio base che eseguirà direttamente". *"Le imprese mandanti devono essere iscritte alle classi e categorie coerenti con la parte di servizio base che eseguiranno direttamente"*.

Sempre in argomento, le appellanti ribadiscono quanto già dedotto nel precedente grado di giudizio circa l'applicabilità, al caso di specie, dei principi in tema di Ati "sovrrabbondante", *"vale a dire il raggruppamento di più soggetti individualmente già in possesso dei requisiti per partecipare alla selezione"*.

4) La sentenza appellata viene inoltre censurata nella parte in cui riconduce l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali nei requisiti ordine generale e/o soggettivo, anziché tra quelli di carattere tecnico (ipotesi, quest'ultima, che troverebbe conforto nella previsione di cui al punto III.2.3 del bando).

5) A rigore, inoltre, lo stesso disciplinare di gara farebbe riferimento esclusivamente al "servizio base" e non anche a quelli "opzionali", di talché i requisiti di partecipazione dovrebbero più correttamente essere rapportati, per le imprese mandanti, esclusivamente alla parte dei servizi base che sono chiamate ad espletare.

6) Se poi se la finalità della richiesta iscrizione nella categoria 5, classe F, fosse quella di provvedere alla raccolta e trasporto di rifiuti speciali, quali le "pile e batterie", tale servizio ben potrebbe essere espletato anche dalla mandante Impresa Del Fiume (quella per la quale il primo giudice aveva rilevato la carenza su cui si verte), *"posto che nella classificazione dei rifiuti le 'pile e batterie' rientrano tra quelli (assimilati) urbani e, come tali, effettuabili sulla scorta delle categorie e classi possedute dall'operatore economico"*.

7) In ulteriore subordine, le appellanti deducono infine che dal tenore testuale dell'art. 212, comma 5, del d.lgs. n. 152 del 2006 emergerebbe che *"l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto"* e non anche di partecipazione alla gara.

8) In ogni caso, sostengono le appellanti, la questione se il raggruppamento temporaneo avesse o meno natura verticale sarebbe puramente nominalistica,

essendo del tutto apodittica la valutazione del giudice di prime cure circa la natura “verticale” di quello dalle stesse adottato.

9) Infine, collegato alla precedente censura, il rilievo che in ogni caso l'amministrazione avrebbe dovuto esercitare il soccorso istruttorio, al fine di consentire alle ditte interessate di fornire chiarimenti sul punto.

Ad un complessivo esame degli atti di causa, il gravame non appare fondato.

Come ben evidenziato nella sentenza appellata, l'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 (*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti*) prevede che “*Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale 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*”.

Dopo avere indicato la tipologia del raggruppamento orizzontale come “*quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione*”, la stessa disposizione precisa che “*le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie*”.

Contrariamente a quanto dedotto dalle appellanti, con l'ultimo profilo di censura, la distinzione tra raggruppamenti verticali ed orizzontali non è puramente nominalistica, ma discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle imprese associate: trova infatti applicazione, al riguardo, **il principio enunciato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza 13 giugno 2012, n. 22, a mente del quale** “*La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali [...] poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa,*

ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili”.

Ne consegue che la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie”. Ciò in quanto trova applicazione il precedente – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – di Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689, per cui *è precluso al partecipante alla gara “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.

Correttamente la sentenza impugnata rileva come tale divieto si giustifichi altresì in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell’art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, posto che “per i raggruppamenti verticali, [...] la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all’esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l’individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l’indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara”.

Emerge dagli atti che né il bando, né il disciplinare contenevano una suddivisione e/o qualificazione delle prestazioni oggetto di gara tra “principali” e “secondarie”, limitandosi ad indicare i servizi oggetto di affidamento con riferimento alle categorie di appartenenza: CPV: - 90511100-3 (servizi di raccolta rifiuti solidi urbani) - 90511200-4 (servizi di raccolta rifiuti domestici) - 90512000-9 (servizi di trasporto rifiuti) - 90612000-6 (spazzamento strade).

Né poteva valere in tal senso la previsione di alcuni “servizi opzionali”, per eseguire i quali era precisato non occorressero requisiti ulteriori in capo ai partecipanti.

Al riguardo, va ricordato che i predetti “*servizi opzionali*” non erano servizi “secondari”, bensì quelli che l'ARO si riservava di affidare in un successivo momento, ma che erano pur sempre parte integrante dell'oggetto dell'appalto, tanto è vero che venivano integralmente computati, unitamente ai “servizi base”, al fine di determinarne il valore complessivo della base d'asta (come chiarito da nota prot. n. 6606 del 31 marzo 2017 del responsabile unico del procedimento, nel respingere la richiesta di autotutela del RTI appellante).

Per contro, l'art. 8.1 del disciplinare di gara prevedeva espressamente che “*Negli atti di gara [...] a dimostrazione del requisito di “ordine generale e di idoneità professionale”, necessario per eseguire tutti i servizi oggetto di affidamento, è richiesta l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (ANGA) per le seguenti categorie: - 1 classe D o superiore; - 4 classe F o superiore; - 5 classe F o superiore*”, laddove è pacifico che una delle imprese mandanti del raggruppamento appellante (precisamente, l'Impresa Del Fiume s.p.a.) era priva di un requisito di qualificazione necessario per poter eseguire la prestazione oggetto dell'appalto, ossia dell'iscrizione all'ANGA nella Categoria 5 Classe “F”.

Per l'effetto, essendo possibile solo la costituzione di raggruppamenti di tipo “orizzontale” (e non anche “verticali” o “misti”), correttamente la stazione appaltante procedeva all'esclusione poi impugnata, dal momento che tutte le imprese avrebbero dovuto essere in possesso dei requisiti soggettivi di idoneità professionale (nel caso in esame, le richieste iscrizioni all'ANGA) necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Non può trovare innanzitutto accoglimento il primo profilo di censura denunciato dalle appellanti, atteso che nel caso di specie non si ravvisa una contraddizione tra il bando di gara e le disposizioni del disciplinare, ma semplicemente la mancata individuazione – rientrando nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione il procedere o meno ad operare una tale distinzione – di prestazioni “secondarie” tra quelle oggetto dell'appalto, con la conseguenza che tutte dovevano considerarsi di

pari importanza per la stazione appaltante, in ragione degli obiettivi di pubblico interesse dalla stessa perseguiti.

Invero, il servizio oggetto di appalto viene descritto dalla *lex specialis* in modo unitario.

Poiché nessuna disposizione della *lex specialis* distingueva le prestazioni oggetto di gara in principali e secondarie, non ha pregio il tentativo delle appellanti di voler leggere nella richiamata disposizione del bando di gara un'implicita presupposizione di tale distinzione.

Tale disposizione, del resto, non legittima neppure gli offerenti ad individuare in autonomia la natura primaria o secondaria di determinate prestazioni, tra quelle oggetto di affidamento, ma semplicemente conferma la regola generale secondo cui le imprese associate devono essere iscritte alle classi e categorie coerenti con i servizi dalle stesse svolte.

Collegato al precedente – e del pari infondato – è il secondo profilo di gravame, con cui le appellanti deducono che – in presenza di clausole ambigue della *lex specialis* di gara – dovrebbe comunque farsi applicazione del principio del *favor participationis*, a tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede mediante un'interpretazione delle disposizioni di gara che favorisca la massima partecipazione.

Invero, poiché non si ravvisano, come già visto, profili di ambiguità o contraddizioni nella formulazione delle disposizioni della *lex specialis* di gara, non sussistono gli stessi presupposti della doglianza in esame.

Del pari infondato è il terzo profilo di impugnazione, atteso che la disposizione del disciplinare di gara ivi invocata certo non contraddice il principio affermato in sentenza, per cui – essendo nel caso di specie tutte le imprese facenti parte del raggruppamento tenute ad eseguire pro quota le prestazioni oggetto dell'appalto – le stesse dovevano conseguentemente essere in possesso dei requisiti soggettivi di idoneità professionale richiesti e necessari a tal fine.

Né possono trovare applicazione, per difetto di presupposti, i principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione al cd. “raggruppamento sovrabbondante”: quest’ultimo, infatti, è costituito da “*imprese in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti economici e tecnici di partecipazione*” (*ex multis*, Cons. Stato, V, 8 febbraio 2017, n. 560), laddove una appellanti non era invece in possesso del requisito “*soggettivo di idoneità professionale*” di iscrizione all’ANGA per le tutte le classi necessarie, in relazione ai servizi appaltati.

Sotto quest’ultimo profilo (quarto argomento di doglianza), le appellanti eccepiscono inoltre che erroneamente il primo giudice avrebbe qualificato l’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali quale requisito di ordine generale e/o soggettivo, anziché ricondurlo tra quelli di carattere tecnico (ipotesi, quest’ultima, che a loro avviso troverebbe conforto nella previsione di cui al punto III.2.3 del bando).

Neppure tale rilievo ha fondamento. Va infatti confermato il precedente di Cons Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825, che conferma l’assunto per cui “*i bandi di gara aventi ad oggetto lavori di bonifica ambientale implicano l’esistenza dell’iscrizione all’Albo dei gestori ambientali per adeguata categoria e classe quale requisito di partecipazione*”, sul presupposto che “*è solo l’ordinamento delle pubbliche commesse a specificare di suo quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara*”.

A tale orientamento si è recentemente conformata la stessa ANAC, che nell’adunanza del 27 luglio 2017 “*ha deliberato di modificare la propria posizione interpretativa e ritenere, pertanto, che il requisito di iscrizione all’albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici sia un requisito di partecipazione e non di esecuzione*”, con ciò superando quanto in precedenza argomentato nelle deliberazioni richiamate dalle appellanti.

Del pari inconferente ed infondato è il rilievo (quinto profilo di appello) per cui il disciplinare di gara farebbe riferimento esclusivamente al “servizio base” e non

anche a quelli “opzionali”, con la conseguenza che i requisiti di partecipazione dovrebbero più correttamente essere rapportati, per le imprese mandanti, esclusivamente alla parte dei servizi base che sono chiamate ad espletare: per quanti già detto in precedenza, infatti, non solo i servizi cd. “opzionali” erano a tutti gli effetti parte integrante dell’oggetto dell’appalto (essendo integralmente computati, unitamente ai “servizi base”, al fine di determinarne il valore complessivo della base d’asta), ma l’argomento (invero, piuttosto generico e non sviluppato) di per sé nulla aggiunge a confutazione del ragionamento svolto dal primo giudice.

Sotto un sesto profilo di gravame, le appellanti deducono che *“se la finalità [...] della richiesta iscrizione nella categoria 5, classe F, fosse quella di provvedere alla raccolta e trasporto di rifiuti (asseritamente) speciali, quali le “pile e batterie”, è agevole osservare che tale servizio ben potrebbe essere espletato anche dalla mandante Impresa Del Fiume, posto che nella classificazione dei rifiuti le “pile e batterie” rientrano tra quelli (assimilati) urbani e, come tali, effettuabili sulla scorta delle categorie e classi possedute dall’operatore economico”*.

L’argomento di parte appellante non è fondato, alla luce degli atti di causa, essendo fondato sulla impropria estrapolazione di un passaggio della nota del RUP 22 marzo 2017, prot. n. 6113, avente nell’originale mera natura esemplificativa: *“L’iscrizione all’ANGA nella categoria 5 classe F “raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi” (ad es. pile e batterie), infatti, caratterizza un’attività che deve essere svolta all’interno del normale ed ordinario servizio di raccolta e gestione dei Centri Comunali di raccolta (CCR)”*.

Per l’effetto, del tutto scorrettamente le appellanti limitano i “rifiuti speciali” alle sole due categorie citate in via esemplificativa dalla Stazione appaltante: risulta per contro condivisibile il rilievo dell’appellato Comune di Ugento, per cui *“è noto che per espletare il servizio di “raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi” è necessaria l’iscrizione alla “Categoria 5” dell’ANGA, appunto così rubricata; mentre nella Categoria 1 (“raccolta e trasporto di rifiuti urbani”) v’è soltanto un cenno a “batterie e accumulatori” nella Sottocategoria D2 (cfr. Allegato D della Delibera n. 5 del 03/11/2016)”*.

A ciò comunque aggiungasi – e l'argomento pare decisivo – che la Categoria 1 posseduta dalla mandante Impresa Del Fiume, non consentirebbe comunque di espletare il servizio di raccolta e trasporto di tutti i rifiuti speciali pericolosi urbani, come invece richiesto ai fini dell'appalto in questione.

Quindi, quale settimo profilo di doglianza, le appellanti deducono che ad ogni buon fine *“dal tenore testuale dell'art. 212, comma 5, del D.lgs. 152/2006 emerge che “l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto” e non di partecipazione alla gara”*. A sostegno di tale assunto, vengono richiamati i pareri dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 13 del 14 febbraio 2013 dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 221 del 22 dicembre 2015, nonché la più recente delibera ANAC n. 498 del 10 maggio 2017, dai quali dovrebbe desumersi che, ove la *lex specialis* contenga una specifica classe di iscrizione all'ANGA, i singoli operatori economici componenti un'Ati potrebbero – al fine di raggiungere il requisito prescritto – procedere al cumulo delle rispettive classi di iscrizione all'Albo, principio del resto coerente con un quadro normativo orientato a favorire la partecipazione alle gare pubbliche da parte delle piccole e medie imprese.

Anche tale profilo di censura non può trovare accoglimento, alla luce del già richiamato precedente della Sezione, n. 1825 del 2017, per cui l'iscrizione di cui trattasi integra *“un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 163 del 2006; e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità”*.

Inoltre, come evidenziato dal medesimo precedente, è sì vero che l'art. 212, comma 5, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Codice dell'ambiente*) recita che *“L'iscrizione all'Albo [nazionale gestori ambientali] è requisito per lo svolgimento delle attività, ecc”*, ma *“si tratta*

di previsione di un settore che disciplina la materia sostanziale della protezione ambientale e che, se integrata dalle previsioni dello specifico settore dei contratti pubblici, risulta minus dicere quam velle”: è infatti solo l’ordinamento delle pubbliche commesse, come già ricordato, a specificare di suo quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara.

Rilievi, questi ultimi, che valgono a smentire l’erroneo presupposto secondo cui l’iscrizione all’Albo sarebbe un mero requisito di esecuzione e non già di partecipazione.

Quale ottavo profilo di censura, le appellanti considerano l’intera questione della qualificazione del Rti (come verticale, orizzontale o misto) puramente nominalistica, essendo state a suo tempo compiutamente indicate le caratteristiche e le obbligazioni assunte dal costituendo raggruppamento, con la conseguenza che, al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle dichiaranti, l’amministrazione era perfettamente in grado di comprendere l’esatta natura dello stesso; invero, *“l’indicazione anche qualitativa (oltre che quantitativa) delle parti del servizio da svolgersi a cura delle imprese partecipanti, più che manifestare la volontà di partecipare alla gara in forma di raggruppamento verticale, è finalizzata alla mera specificazione delle singole parti del servizio ripartite tra le imprese raggruppate”*.

Le appellanti censurano quindi come “apodittica” la valutazione del giudice di prime cure circa il loro intendimento (non solo formale, ma pure sostanziale) di dar vita ad un Rti verticale, tenuto altresì conto che *“la questione relativa alla tipologia del raggruppamento non ha rilevanza autonoma, venendo in rilievo solo in ragione della tesi di fondo sostenuta dalla Stazione appaltante, cioè che «... uno dei componenti non sia in possesso di tutti i requisiti prescritti per l’esecuzione dei servizi oggetto di affidamento»”*.

Assunto, questo, che sarebbe però smentito documentalmente, essendosi la mandante Impresa Del Fiume impegnata ad eseguire solamente le prestazioni per le quali era abilitata, ossia *“limitatamente alle categorie e classi possedute”*.

Gli argomenti delle appellanti, il larga parte ripetitivi dei precedenti, sono comunque destituiti di fondamento, alla luce dei principi in precedenza esaminati: come già evidenziato, infatti, in relazione all'appalto di cui trattasi non era possibile la costituzione di raggruppamenti cd. "verticali" o "misti", dovendo tutte le imprese partecipanti essere in grado di fornire – senza eccezioni di sorta – le prestazioni costituenti oggetto di gara.

Per l'effetto, poiché in capo alla mandante Impresa Del Fiume faceva difetto di uno dei requisiti di qualificazione richiesti – carenza del resto confermata nell'atto di appello – la stessa non avrebbe potuto fornire (seppure limitatamente alla quota di pertinenza, in base a quanto pattuito fra le associate) parte dei servizi appaltandi, con la conseguenza che il Rti doveva necessariamente essere escluso dalla procedura. In questi termini, la suddetta impresa non era in possesso "*di tutti i requisiti prescritti per l'esecuzione dei servizi oggetto di affidamento*", questi ultimi essendo determinati dalla *lex specialis* di gara e non certo dalle ditte offerenti, secondo i riparti interni di competenze a loro più funzionali.

Infine, le appellanti contestano comunque la mancata attivazione, da parte della stazione appaltante, del cd. "soccorso istruttorio", al fine di "*consentire alla ricorrente di chiarire ... la natura del raggruppamento costituito*".

Ora, anche a prescindere dal fatto che lo stesso atto di appello presenta, sul punto, una costante ambiguità, non chiarendosi mai se la dichiarazione di costituire un'Ati "mista" – resa dalle appellanti in sede di domanda di partecipazione – fosse corretta oppure erronea, va detto che l'istituto in esame consente l'eventuale sanatoria delle sole irregolarità formali (il comma 9 dell'art. 83 parla infatti di "*qualsiasi elemento formale della domanda*"), non potendovisi per contro fare ricorso per mutare il contenuto dell'offerta.

Più nello specifico, il soccorso istruttorio da un lato deve poter produrre un risultato utile (ossia, consentire la regolarizzazione di elementi formali dell'offerta), dall'altro

non può certo essere utilizzato (come correttamente rilevato dal primo giudice) per eventualmente alterare le condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Nel caso di specie si verteva invece su una questione di ordine sostanziale, ossia sulla carenza di un requisito di partecipazione alla gara al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, aspetto sul quale non si poteva certo disporre – pena il sacrificio della *par condicio* con gli altri partecipanti alla gara – l’acquisizione di ipotetiche integrazioni “sananti”.

Né appare persuasiva l’eccezione delle appellanti secondo cui il predetto “soccorso” avrebbe avuto un contenuto meramente esplicativo, volto cioè a chiarire l’esatta natura del raggruppamento (ad offerta invariata), se solo si pone mente al fatto che le odierne appellanti non risultano aver validamente fornito tale spiegazione neppure al giudice amministrativo, in sede di gravame.

Conclusivamente, l’appello va respinto. Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento, in favore del Comune di Urgento, delle spese di lite del presente grado di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) complessivi, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO