

SENTENZA T. A. R. CAMPANIA
27 febbraio 2024, n. 1306

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

Sentenza

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del Provvedimento del Direttore Generale della Reggia di Caserta dell'8 maggio 2023 con il quale è stata aggiudicata definitivamente la procedura per l'affidamento dell'appalto dei lavori per il "Piano Triennale" di Gestione e Conservazione del Parco Reale" finalizzato alla conclusione di un Accordo Quadro della durata di tre anni con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.;
- dei verbali di gara e segnatamente del verbale n. 1; del verbale n. 2; del verbale n. 3; del verbale n. 4; del verbale n. 5; del verbale n. 6; del verbale del 18 aprile 2023 relativo alla verifica di congruità; di tutti i verbali attinenti la fase di manifestazione di interesse in cui l'Amministrazione ha ritenuto che la controinteressata fosse in possesso dei requisiti per essere invitata alla procedura di gara e segnatamente del verbale del 20.07.2022;
- di tutti gli atti della procedura e segnatamente dell'avviso di indagine di mercato, della lettera di invito, del disciplinare e dei chiarimenti forniti agli operatori economici nella misura in cui risultano pregiudizievoli per l'odierna ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito; per la declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato, e per il risarcimento danni ed infine per l'accesso

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Società YYY il 24/7/2023:

- dell'art. 3.2) dell'Avviso di indagine di mercato, nella misura in cui possa interpretarsi nel senso di ritenere l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali nelle categorie 1 e 2bis un "requisito di qualificazione" alla gara, previsto a pena di esclusione;
- delle FAQ 3 e 7, nella misura in cui hanno illegittimamente integrato l'Avviso di indagine di mercato, affermando che tutti componenti del RTI dovessero essere in possesso dell'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dal RTI ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati dal Consorzio XXX" il 25/7/2023:

- del Provvedimento del Direttore Generale della Reggia di Caserta dell'8 maggio 2023 con il quale è stata aggiudicata definitivamente la procedura per l'affidamento dell'appalto dei lavori per il "Piano Triennale" di Gestione e Conservazione del Parco Reale" finalizzato alla conclusione di un Accordo Quadro della durata di tre anni con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.;
- dei verbali di gara e segnatamente del verbale n. 1; del verbale n. 2; del verbale n. 3; del verbale n. 4; del verbale n. 5; del verbale n. 6; del verbale del 18 aprile 2023 relativo alla verifica di congruità; di tutti i verbali attinenti la fase di manifestazione di interesse in cui l'Amministrazione ha ritenuto che la controinteressata fosse in possesso dei requisiti per essere invitata alla procedura di gara e segnatamente del verbale del 20.07.2022;
- di tutti gli atti della procedura e segnatamente dell'avviso di indagine di mercato, della lettera di invito, del disciplinare e dei chiarimenti forniti agli operatori economici nella misura in cui risultano pregiudizievoli per l'odierna ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato, e per il risarcimento danni ed infine per l'accesso.

Per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti presentati da Consorzio XXX" il 27/9/2023:

- del Provvedimento del Direttore Generale della Reggia di Caserta dell'8 maggio 2023 con il quale è stata aggiudicata definitivamente la procedura per l'affidamento dell'appalto dei lavori per il "Piano Triennale" di Gestione e Conservazione del Parco Reale" finalizzato alla conclusione di un Accordo Quadro della durata di tre anni con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.;

-dei verbali di gara e segnatamente del verbale n. 1; del verbale n. 2; del verbale n. 3; del verbale n. 4; del verbale n. 5; del verbale n. 6; del verbale del 18 aprile 2023 relativo alla verifica di congruità; di tutti i verbali attinenti la fase di manifestazione di interesse in cui l'Amministrazione ha ritenuto che la controinteressata fosse in possesso dei requisiti per essere invitata alla procedura di gara e segnatamente del verbale del 20.07.2022;

-di tutti gli atti della procedura e segnatamente dell'avviso di indagine di mercato, della lettera di invito, del disciplinare e dei chiarimenti forniti agli operatori economici nella misura in cui risultano pregiudizievoli per l'odierna ricorrente;

-della richiesta di soccorso istruttorio con cui l'Amministrazione in sede di fase di prequalifica ha consentito al controinteressato di poter far ricorso all'istituto del subappalto necessario (doc. 31 - richiesta soccorso istruttorio);

-di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato, e per il risarcimento danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e della Società YYY;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto e diritto

Con ricorso notificato in data 6 luglio 2023 e depositato il successivo 14 luglio, il Consorzio XXX" (di seguito Consorzio XXX) ha premesso che il Ministero della Cultura - Reggio di Caserta ha indetto una procedura di gara ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. n. 50 del 2016 volta all'affidamento dell'appalto dei lavori per il "Piano Triennale di gestione e conservazione del Parco Reale - fondi ordinari" mediante la conclusione di un Accordo Quadro della durata di tre anni con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.

Il valore complessivo dell'appalto è stato quantificato in misura pari a € 5.039.949, 60, iva esclusa. La gara è suddivisa in due fasi: la prima volta a selezionare gli operatori economici da invitare e la seconda in cui, a seguito della ricezione delle lettere di invito, i concorrenti selezionati avrebbero dovuto presentare le rispettive offerte.

L'avviso di indagine di mercato, che dava il via alla fase volta a selezionare i soggetti partecipanti, prescriveva, in particolare, il possesso da parte degli operatori dei seguenti requisiti di idoneità professionale:

-iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 2 bis, codice CER 200/201 e 200/203;

-iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (anche detta ANGA), categoria 1, inerente, come minimo, le categorie riguardanti la raccolta dei rifiuti nel corso degli sfalci, diserbo e pulizia meccanica marciapiedi, taglio e pulizia aree incolte, spazzamento strade, etc.;

Secondo quanto prospettato da parte ricorrente, tale iscrizione necessitava della previa abilitazione alla gestione di due tipologie di rifiuti:

-quella contraddistinta dal codice CER 200/201 che concerne i rifiuti biodegradabili;

-quella contraddistinta dal codice CER 200/203 che concerne i rifiuti non biodegradabili.

Parte ricorrente precisa altresì che in base alla *lex specialis* di gara nel caso di partecipazione in Raggruppamento Temporaneo di Imprese orizzontali l'avviso di indagine di mercato prevedeva che la capogruppo mandataria dovesse possedere i requisiti in misura maggioritaria e comunque almeno per il 40% e le mandanti nella misura minima del 10%. In caso di RTI orizzontale i partecipanti avevano l'onere di "indicare in sede di offerta le quote di partecipazione e di esecuzione dei singoli soggetti". Infine, gli atti di gara hanno previsto una soglia di sbarramento per le offerte; quelle che non avessero totalizzato almeno 70 punti tecnici sarebbero state escluse.

Parte ricorrente prosegue illustrando lo svolgimento della procedura all'esito della quale il consorzio, superata la soglia di sbarramento insieme al RTI Società XXX/Royal Garden, si è collocato alle spalle di tale RTI con il punteggio di 96, 65 contro quello di 98, 70 assegnato al RTI controinteressato a cui l'appalto è stato aggiudicato con provvedimento dell'8 maggio 2023.

Avverso l'aggiudicazione parte ricorrente, ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti; il Consorzio XXX ha altresì proposto un'istanza di accesso agli atti, riservandosi la proposizione di motivi aggiunti all'esito dell'ostensione.

A supporto della dispiegata impugnazione, parte ricorrente ha proposto le seguenti censure.

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. n. 50 del 2016.

Violazione del D.lgs. n. 152 del 2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

L'aggiudicazione sarebbe illegittima in quanto la mandante del RTI aggiudicatario sarebbe priva dell'autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti non biodegradabili identificato dalla sigla CER 20.02.03 che era invece un requisito di partecipazione prescritto, prosegue parte ricorrente, in capo a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento orizzontale, secondo quanto chiarito dalla stessa stazione appaltante in risposta ad un'espressa richiesta di chiarimento.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. n. 50 del 2016.

Violazione del D.lgs. n. 152 del 2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

Ulteriore deficit dei requisiti di partecipazione sarebbe ravvisabile sempre in capo alla mandante Royal Garden che al 17 ottobre 2022, successivamente quindi alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (29 maggio 2022), sarebbe stata priva dell'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (anche detta ANGA), categoria 1. Tale difetto persisterebbe anche qualora si tenesse conto della data (20 luglio 2022) in cui l'Amministrazione ha disposto l'ammissione dei concorrenti. Parte ricorrente afferma poi che i requisiti dovevano essere posseduti, secondo quanto specificato nella lettera di invito e nel disciplinare, già dal momento della manifestazione di interesse.

Il Consorzio XXX ha poi domandato, in via subordinata al mancato subentro nel contratto, il risarcimento del danno per equivalente, riservandosi di quantificarlo in corso di causa.

Si sono costituiti il Ministero della Cultura e la Società YYY in qualità di mandataria del RTI controinteressato,

Quest'ultima società ha poi notificato e depositato in data 24 luglio 2023, ricorso incidentale denunciando le clausole della *lex specialis* di gara, qualora interpretate nel senso proposto dalla parte ricorrente principale. A supporto del gravame incidentale propone le seguenti censure.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 84 del D.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 212 del D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 - contraddittorietà tra i documenti di gara - sviamento - eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e sproporzionalità.

Secondo la prospettazione della ricorrente incidentale, l'unico requisito che le stazioni appaltanti possono imporre nelle gare per l'aggiudicazione degli appalti di lavori sono le qualificazioni SOA, come dimostrerebbe il capitolato di gara che non indicano come attività richieste la gestione e la raccolta di rifiuti.

Secondo la ricorrente incidentale, pertanto, "l'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 2bis, codice CER 200/201 e 200/203 e nella categoria 1 indicata al punto 3.2) dell'avviso di indagine di mercato, non può ritenersi, dunque, requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione; acclarato che l'unico requisito richiesto ai fini della qualificazione fosse la categoria SOA OS24".

Pertanto, conclude la controinteressata, "le prestazioni di raccolta e trasporto rifiuti assumono carattere solo secondario e accessorio rispetto ai lavori, l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali non potrebbe che essere considerato requisito di mera esecuzione (e non di qualificazione)".

In particolare, secondo la Società XXX, non è legittima un'interpretazione che prescriva il possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per tutti gli operatori economici componenti del raggruppamento e lo configuri come requisito di partecipazione e non, più correttamente a suo dire, come requisito di esecuzione.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 84 del D.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8 del D.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 63 e 70 della Direttiva 2014/24/EU - Violazione del principio di c.d. "tassatività delle cause di esclusione" e dei principi di *favor participationis* e *par condicio competitorum* - contraddittorietà tra i documenti di gara - sviamento - eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e sproporzionalità.

Una diversa interpretazione che tendesse ad estendere la portata della previsione, rendendo l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali un requisito di partecipazione, sarebbe illegittima comportando nullità della clausola, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Con ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale, depositato in data 25 luglio 2023, il Consorzio XXX ha articolato i due seguenti ulteriori motivi di censura avverso la gravata aggiudicazione.

I. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del dell'art. 87 del D.P.R. n. 207 del 2010. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

In base alla lettera di invito, rileva parte ricorrente, era prescritto che il Direttore tecnico fosse iscritto all'albo professionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori o fosse in possesso di laurea magistrale in conservazione dei beni culturali.

Senonché il RTI aggiudicatario ha indicato l'Architetto Carmine Maisto a tal fine, ma tale professionista non sarebbe il direttore tecnico né della mandante né della mandataria, avendo direttori tecnici non in possesso del cennato requisito, sicché il RTI avrebbe dovuto essere escluso anche per tale motivo.

II. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione dell'art. 87 del D.P.R. n. 207 del 2010. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

Qualora il requisito della qualifica del direttore tecnico fosse inteso come esclusivamente premiale, poiché i direttori tecnici della mandante e della mandataria non erano in possesso dei requisiti di formazione appena illustrati, sarebbe illegittima anche l'attribuzione del punteggio massimo previsto per la figura del direttore tecnico (5 punti) laddove, in ragione dell'assenza di qualifiche specifiche nei direttori tecnici effettivi delle imprese componenti il raggruppamento, il punteggio per tale criterio avrebbe dovuto essere pari a zero.

Con motivi aggiunti al ricorso incidentale, depositati in data 2 settembre 2023 il RTI controinteressato ha eccepito preliminarmente la tardività del ricorso introduttivo, in quanto l'aggiudicazione sarebbe dell'8 maggio 2023, mentre la notifica del ricorso introduttivo risale al 6 luglio 2023 a distanza di quasi 2 mesi.

Dopo aver articolato difese di merito sui motivi di ricorso e quelli aggiunti, la ricorrente incidentale ha articolato ulteriori censure rivolte avverso la legge di gara ove interpretata nel modo inteso dal Consorzio XXX.

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 95 del D.lgs. 50/2016 - violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - contraddittorietà tra i documenti di gara - sviamento - eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e sproporzionalità.

L'iscrizione del direttore tecnico alla Sezione A dell'albo professionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori prescritto dall'art. 3.2 dell'avviso di indagine di mercato non era da interpretarsi come requisito di ammissione alla gara previsto a pena di esclusione, tenuto peraltro conto che l'unico requisito richiedibile era l'attestazione SOA, altrimenti realizzandosi una violazione degli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016 sul principio di tassatività delle cause di esclusione.

IV) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. 50/2016 - Violazione dei documenti di gara - Violazione dell'art. 87 del D.lgs. 207/2010.

Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria - sviamento - irragionevolezza e sproporzionalità.

Quand'anche poi dovesse essere interpretato l'art. 3.2 dell'avviso come prescrivente un requisito di partecipazione, allora anche l'offerta del Consorzio XXX avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto i direttori tecnici effettivi delle società partecipanti al consorzio non risulterebbero dotati dei titoli sopra menzionati, mentre lo sarebbe il professionista designato quale direttore tecnico, che però non farebbe parte dell'organigramma consortile.

V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del D.lgs. 50/2016 - Violazione dei documenti di gara - Violazione dell'art. 87 del D.lgs. 207/2010.

Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria - sviamento - irragionevolezza e sproporzionalità.

Quand'anche poi si accedesse alla ricostruzione proposta in via subordinata da parte ricorrente per cui il criterio sarebbe solo premiale, andrebbero sottratti, per i motivi appena visti nel motivo che precede, i punti riconosciuti a tale titolo ad entrambi gli operatori economici, lasciando comunque primo graduato il RTI controinteressato.

L'operatore economico controinteressato ha poi evidenziato l'inammissibilità della domanda di accesso in quanto esplorativa e priva di un correlato interesse sostanziale e in quanto lesiva del proprio know-how che verrebbe disvelato per effetto dell'integrale ostensione dell'offerta tecnica.

Con ordinanza 7 settembre 2023, n. 5009 questa Sezione ha accolto l'istanza di accesso proposta da parte ricorrente ai sensi degli artt. 65 e 116 c.p.a. all'offerta economica e alle giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria.

A seguito dell'ostensione degli atti oggetto dell'istanza, il Consorzio XXX ha proposto un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 27 settembre 2023, lamentando ulteriori profili di illegittimità dell'aggiudicazione in favore del RTI Società XXX.

I. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83, 95 e 105 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

Sulla base della documentazione depositata, parte ricorrente principale ha appreso che la Società YYY in sede di soccorso istruttorio ha espresso l'intendimento di ricorrere al sub appalto qualificante per: "Raccolta e trasporto a rifiuto di cui ai codici CER 20.02.01, 20.02.03 e Categoria 1, ad impresa qualificata e certificata iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali con i codici CER 20.02.01, 20.02.03 e Categoria 1".

La dichiarazione resa dalla Società YYY avrebbe carattere confessorio in ordine al deficit dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali contestato con il ricorso introduttivo.

Peraltro, il ricorso al sub appalto qualificante non sarebbe ammissibile, in quanto avrebbe dovuto essere attivato entro il termine per la presentazione della domanda di partecipazione, trattandosi di requisito di partecipazione che andava posseduto fin dall'avvio dell'indagine di mercato.

II. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83, 95 e 105 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

L'iscrizione della mandante Royal Garden all'Albo dei Gestori Ambientali, oltre ad essere tardiva in quanto intervenuta dopo la manifestazione di interesse, sarebbe comunque insufficiente in quanto non includerebbe il Codice CER 20.02.03 nella categoria 2bis.

III. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83, 95 e 105 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione.

Dalla lettura degli atti di gara emergerebbe che in prima battuta la Società YYYavesse inteso ricorrere al sub appalto qualificante per poi abbandonare tale strada e fondarsi sui requisiti della Royal Garden che però, secondo quanto evidenziato nelle precedenti censure, ne sarebbe sprovvista.

Le parti hanno prodotto documenti e depositato le memorie ex art. 73 c.p.a. e alla pubblica udienza del 14 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

Può prescindersi dall'eccezione di tardività sollevata sia dal ministero della Cultura nella relazione prodotta dalla Difesa Erariale sia dal RTI controinteressato, perché il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati nel merito.

È opportuno preliminarmente precisare in punto di fatto che con determina dirigenziale del 20.12.2022, prot. n. 10834 veniva indetta la gara mediante procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e art. 36 comma 2 lett. b) come modificato dal decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, modificato all'art. 1 comma 2 lett. b) e dal Decreto-Legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito in legge 108/2021, per l'affidamento dell'appalto dei lavori per il "PIANO TRIENNALE DI CONSERVAZIONE E GESTIONE PROGRAMMATA DEL PARCO REALE" mediante la conclusione di un Accordo Quadro della durata di tre anni con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., previo invito rivolto a operatori economici precedentemente selezionati (mediante manifestazione di interesse) qualificati OS24 - classifica V o superiore.

L'avviso pubblico relativo alla manifestazione di interesse all'art. 3.2. disponeva che per poter presentare manifestazione di interesse, a pena di esclusione, bisognava possedere "l'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 2 bis, codice CER 200/201 e 200/203 e l'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, categoria 1, inerente, come minimo, le categorie riguardanti la raccolta dei rifiuti nel corso degli sfalci, diserbo e pulizia meccanica marciapiedi, taglio e pulizia aree incolte, spazzamento strade, etc."

In relazione a tutte le offerte pervenute, a seguito di manifestazione di interesse, la PA aveva accertato che per tutti le "certificazioni di qualità scadute e assenza dell'attestazione di rinnovo o iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali categorie 1 e 2bis, come da visura camerale" (cfr. verbale del 20.07.2022) per cui, stante tutte le mancanze/incompletezze accertate, si rendeva necessario attivare la procedura di soccorso istruttorio, al fine di consentire la massima partecipazione alla gara, chiedendo conseguentemente a tutte le imprese, compreso il Consorzio XXX e la costituenda RTI Società YYY- Royal, di trasmettere la documentazione integrativa necessaria.

In particolare relativamente all'offerta della parte ricorrente incidentale, l'amministrazione richiedeva in data 17.06.2022, prot. n. 5350, alla Società YYYla produzione "dell'attestazione di rinnovo e/o iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali categorie 1 e 2bis che risultino allo stato attuale assenti e/o scadute, come da visura camerale", il RTI controinteressato trasmetteva in data 24.06.2022 dichiarazione di sub appalto qualificato in relazione alle richiamate categorie.

La gara, pertanto, a seguito di manifestazione di interesse, veniva pubblicata in data 21 dicembre 2022, sempre sulla piattaforma telematica Tuttogare, con invito alle imprese che avevano manifestato il proprio interesse e che erano risultate, anche a seguito di soccorso istruttorio, in possesso dei prescritti requisiti.

Si tratta quindi di una procedura negoziata articolata in due fasi: quella della manifestazione di interesse avviata con l'Avviso di indagine di mercato del 6 maggio 2022 e quella della selezione vera e propria avviata con la lettera di invito del 20 dicembre 2022.

Ricorso introduttivo.

Ciò posto con il primo motivo del ricorso introduttivo, parte ricorrente ritiene che l'aggiudicazione sarebbe illegittima in quanto la mandante del RTI aggiudicatario sarebbe priva dell'autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti non biodegradabili identificato dalla sigla CER 200/201 e 203 che era invece un requisito di partecipazione prescritto, prosegue parte ricorrente, in capo a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento orizzontale, secondo quanto chiarito dalla stessa stazione appaltante in risposta ad un'espressa richiesta di chiarimento.

Il rilievo è smentito *per tabulas* se si ha riguardo alla iscrizione della Royal Garden nell'Albo Nazionale Gestori Ambientali del Ministero dell'Ambiente dalla quale risulta l'iscrizione anche per la raccolta dei rifiuti inclusi nell'ambito della categoria 2bis dei rifiuti CER sia 20.02.01 che 20.02.03 (cfr. allegato 7 della produzione del Ministero intimato).

In sede di partecipazione, allorché cioè in esito all'indagine di mercato gli operatori economici hanno poi formulato la propria offerta, la mandante del RTI aggiudicatario, Royal Garden, ha prodotto l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali per la categoria 1, classe F per i codici 20.02.02 e 20.02.03 con validità dal 22 ottobre 2022 (precedente alla proposizione della domanda di partecipazione).

Per altro verso, in sede di risposta al soccorso istruttorio del 23 giugno 2023, quando ancora si era nella fase di prequalifica, la mandataria Società YYYaveva dichiarato che, per ciò che riguardava la propria posizione, avrebbe fatto ricorso al subappalto (qualificante) per la raccolta e trasporto dei rifiuti rientranti nelle categorie di cui sopra.

Il ricorso a tale possibilità deve ritenersi legittimo, atteso che secondo quanto precisato dalla giurisprudenza è ammissibile il sub appalto qualificante allorché venga specificato espressamente dal concorrente il requisito per il quale

CONTO TERZI intenda ricorrere a tale modalità di partecipazione. Ciò è avvenuto nel caso di specie prima di proporre la formale domanda di partecipazione alla gara nel corso dell'interlocuzione che ha seguito la pubblicazione dell'indagine di mercato e ha preceduto il formale avvio della procedura di selezione.

Al riguardo val la pena di rammentare, e la considerazione determina la reiezione anche del secondo motivo del ricorso introduttivo, che l'avviso di indagine di mercato prevedeva che "per presentare istanza di partecipazione i soggetti indicati all'articolo 45 del d.lgs. n. 50/2016 dovranno essere in possesso" dei requisiti prescritti in via generale dal codice e dalla legge di gara". Il Collegio ritiene che tale prescrizione della legge di gara abilitasse gli operatori economici interessati ad esprimere interesse per poi formulare espressa domanda di partecipazione una volta indetta la selezione secondo quanto chiarito dalla stessa legge di gara che all'art. 5 dell'avviso di indagine di mercato distingue anche terminologicamente il momento della manifestazione di interesse (che fornisce riscontro all'avviso stesso) e quello della partecipazione, nel quale dovranno essere concretamente posseduti i requisiti di partecipazione.

Tale interpretazione è confermata anche dal successivo punto 8 dell'avviso in cui si precisa che l'indagine di mercato è finalizzata alla sola individuazione dei concorrenti, ferma restando la successiva apertura della procedura negoziata. Rileva il Collegio che il potere/dovere dell'Amministrazione di esclusione dei concorrenti dalla procedura e l'applicabilità del principio di continuità nel possesso dei requisiti debba essere riferita alla fase di invio della domanda di partecipazione alla procedura negoziata, nonostante le eventuali ambiguità sul punto dell'Avviso di indagine di mercato.

La lettura proposta è in linea con la natura semplificata della procedura negoziata indetta nella fattispecie ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett b) del d.l. 76/2020 convertito nella l. n. 120/2020 modificato dal d.l. n. 77/2021 che ha inteso fornire alle stazioni appaltanti uno strumento più elastico e duttile; l'interpretazione è anche in linea con gli orientamenti della giurisprudenza che saranno menzionati con riguardo alla confutazione delle censure articolate con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Primo ricorso per motivi aggiunti.

Venendo all'esame del primo ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente contesta ulteriormente la mancanza da parte del RTI controinteressato del requisito, anche sotto il profilo premiale, del Direttore tecnico, in quanto il professionista indicato, arch. Carmine Maisto, non ricoprirebbe la qualifica in questione nell'ambito dell'organigramma riferito tanto alla mandataria del RTI controinteressato quanto alla mandante, le cui rispettive figure tecniche sono ricoperte da altri professionisti sprovvisti degli specifici requisiti indicati dalla *lex specialis* di gara (iscrizione all'albo professionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori ovvero possesso di laurea magistrale in conservazione dei beni culturali).

Anche tale rilievo non merita positiva considerazione.

Deve precisarsi che nel caso di specie le abilitazioni professionali del Direttore tecnico erano utili ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale e non ai fini della partecipazione. Sul punto il Disciplinare al punto A.1.1 contiene infatti la descrizione della struttura tecnica necessaria a conseguire il punteggio premiale, facendo espresso rinvio al Capitolato speciale (art. 24).

La natura stessa del Capitolato che è il documento contrattuale specificamente riferito alla gara, recante le modalità e i termini delle prestazioni delle parti, dimostra che la figura del Direttore tecnico non dovesse essere necessariamente incardinata nell'organigramma societario, ma fosse sufficiente l'individuazione del professionista in possesso dei requisiti prescritti, anche se specificamente si trattasse del conferimento di un incarico limitato all'inserimento nella "struttura direttiva"

(cfr. art. 24 C.S.) deputata all'esecuzione dei soli lavori oggetto di appalto.

Ne consegue che, anche a prescindere dalle considerazioni svolte dal RTI controinteressato sulla circostanza che anche la ricorrente principale si avvarrebbe di un Direttore tecnico esterno, l'attribuzione del massimo punteggio al RTI Società XXX, a reiezione anche della seconda censura dei motivi aggiunti, costituisce una valutazione discrezionale della commissione esente da censure, non presentando profili di evidente illogicità o irragionevolezza.

Può dunque passarsi allo scrutinio delle ulteriori censure proposte con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

I)

Con il primo di essi parte ricorrente si duole che la stazione appaltante abbia ammesso il RTI aggiudicatario al soccorso istruttorio mediante riferimento al sub appalto "qualificante", sul presupposto che i requisiti di partecipazione devono essere posseduti nel continuo e il sub appalto qualificante o necessario deve essere indicato già nella domanda di partecipazione, non potendo essere oggetto di soccorso istruttorio, come invece avvenuto nella specie.

Anche tale censura è infondata, atteso che, come già evidenziato, la fase della prequalifica non costituisce l'avvio della procedura, ma un segmento interlocutorio in cui l'Amministrazione manifesta l'intendimento di indire una procedura di gara, preannunciandone l'oggetto e i requisiti di partecipazione, mentre gli operatori economici manifestano il proprio eventuale interesse a prendere parte alla selezione vera e propria. Per questo motivo solo impropriamente può affermarsi che la stazione appaltante abbia, prima dell'avvio formale della procedura, posto in essere un soccorso istruttorio nei confronti del RTI aggiudicatario, trattandosi piuttosto di un dialogo tra le parti per chiarire gli aspetti operativi della istituenda procedura selettiva. Non sono quindi esportabili in tale ambito gli orientamenti della giurisprudenza, richiamati dalla ricorrente principale, che riguardano la vera e propria partecipazione alle procedure selettive.

Del resto, come rilevato anche dal RTI controinteressato, secondo la giurisprudenza *"la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare potenziali soggetti da invitare come concorrenti, mentre la fase di presentazione delle offerte ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, sicché la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, e conseguentemente la manifestazione di interesse non costituisce partecipazione alla gara e non impegna, in alcun modo, chi la presenta"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2022 n. 8687; parere Cons. Stato, 14 febbraio 2019 n. 446 sulle Linee Guida A.N.A.C. "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"; Linee guida A.N.A.C. cit. punto 2.3).

II)

Con l'ulteriore censura la ricorrente principale, oltre a ribadire le doglianze già confutate nel numero precedente, ha contestato la carenza da parte della Royal Garden dell'iscrizione nell'ANGA relativa al codice CER 20.02.03. La ricorrente sostiene che nella documentazione prodotta dall'Amministrazione nel giudizio per cui è causa si evince che sebbene l'impresa sia dotata del Codice CER 20.02.03 lo stesso è relativo a "CER trasportati dalla ditta in regime ordinario"(o conto terzi) e che la relativa categoria regime ordinario "corrisponde l'autorizzazione per la Categoria 1"; mentre solo per chi possiede la categoria in conto proprio corrisponde l'autorizzazione per la categoria 2 bis; per cui ancora ad oggi la Royal sarebbe priva di quest'ultima categoria (2 bis).

La censura è infondata in quanto, come evidenziato dal Ministero convenuto, la Cassazione (Cass. Civ., Sez. II, n. 13725 del 30 maggio 2012, depositata il 31 luglio 2012) ha ormai da tempo chiarito che l'autorizzazione al trasporto conto terzi ricomprende anche la possibilità di trasportare in conto proprio. Il medesimo Albo Gestori Ambientali si è, difatti, uniformato a quanto stabilito dalla Cassazione, con circolare n. 1463/Albo/Pres. del 30.11.2012, nella quale ha precisato che *"Per l'esercizio dei due tipi di attività (in conto proprio e per conto terzi n.d.r.) sono effettivamente previsti, dagli articoli 31 ss, della legge 6 giugno 1974, n. 298, provvedimenti abilitativi distinti. Tuttavia, ...omissis ...quello relativo al trasporto per conto di terzi ha contenuto più ampio ed è subordinato a condizioni e requisiti più rigorosi. Può quindi essere considerato senz'altro comprensivo anche del trasporto per conto proprio, che rappresenta un minus, sicché risulta ultroneo pretendere che chi ha già ottenuto il titolo 'maggiore' si debba munire anche dell'altro, per poter svolgere un'attività che l'articolo 31 lett. b) della legge citata, definisce come 'complementare o accessoria nel quadro dell'attività principale'".*

Dall'infondatezza dei due motivi del secondo ricorso per motivi aggiunti discende anche la reiezione della terza censura con la quale parte ricorrente si duole dell'insussistenza dei requisiti della Royal Garden sui quali avrebbe confidato anche la mandataria Società XXX.

In definitiva tutti i motivi del ricorso introduttivo e dei ricorsi per motivi aggiunti si appalesano infondati con conseguente reiezione degli stessi e declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti allo stesso.

La particolare complessità della vicenda e la novità di talune delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato versato da parte ricorrente incidentale da porre a carico della ricorrente principale.

Per questi motivi

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando così provvede:

- respinge il ricorso introduttivo e i relativi motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti;

Compensa tra le parti le spese del giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato per la proposizione del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti ad esso.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2023.

Il Presidente: SALAMONE
Il Consigliere estensore: DE FALCO

Depositato in Segreteria il 27 febbraio 2024.

Il Segretario