

Publicato il 21/10/2020

N. 01972/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00255/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 255 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in proprio e quale mandataria dell'-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino, Anna Floriana Resta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Adavastro, Paolo Re, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio Francesco Adavastro in Milano, via Donizetti 47;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Invernizzi, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e in Milano, via Vincenzo Monti n. 41;

e con l'intervento di

ad opponendum:

-OMISSIS-, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Enrico Dagna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari,

- di tutti gli atti e provvedimenti adottati nel corso della gara per l'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene ambientale sul territorio dei comuni di - OMISSIS-- -OMISSIS-, e in particolare:

a. la determinazione del Rup del -OMISSIS-prot. -OMISSIS-del 24.12.2019, la determinazione della -OMISSIS--OMISSIS-del 24.12.2019, la nota prot. - OMISSIS-del 24.12.2019 di comunicazione delle due determine innanzi richiamate (doc. 4);

b. nonché, ove mai occorra:

1. la nota prot. -OMISSIS- del 20.12.2019 e la determina -OMISSIS-del 20.12.2019 (doc. 3);

2. tutti i verbali di gara;

3. il bando, il disciplinare di gara, il capitolato speciale d'appalto e tutti gli atti costituenti la lex specialis, nelle parti in cui lesivi per l'-OMISSIS-;

nonché per l'annullamento degli stessi atti con i motivi aggiunti presentati da - OMISSIS- il 13\2\2020;

e per l'annullamento con il ricorso incidentale presentato da -OMISSIS- il 28\2\2020 dell'atto di ammissione del r.t.i. -OMISSIS- alla gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del -OMISSIS-e dell'-OMISSIS- e della - OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2020 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. La ricorrente principale in proprio e quale mandataria del RTI -OMISSIS- (d'ora in poi anche RTT), ha impugnato l'esclusione del RTI dalla gara per l'affidamento dell'appalto dei servizi di igiene ambientale sul territorio dei comuni di -OMISSIS-disposto assieme all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta dal Rup della procedura con la determina n. -OMISSIS-, e l'aggiudicazione a favore della seconda classificata-OMISSIS-disposta dalla -OMISSIS-.

Secondo la stazione appaltante la mancata suddivisione, da parte della lex specialis, tra prestazioni principali e secondarie renderebbe illegittima la partecipazione del -OMISSIS-, che avrebbe potuto partecipare solo in RTI orizzontale, con conseguente svolgimento da parte di ogni raggruppata di tutte le prestazioni previste dal disciplinare; inoltre, poiché -OMISSIS-non è in possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per le categorie 4 e 5, la mandante non può effettuare le prestazioni collegate al possesso di tale iscrizione e, dunque, non è in grado di effettuare alcune delle attività disciplinate dal Capitolato Speciale d'Appalto.

Contro il suddetto atto ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

1) Violazione art. 48 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere (errore di fatto, ingiustizia grave e manifesta, sviamento).

Secondo la ricorrente poiché i rifiuti speciali per la cui raccolta è necessaria l'iscrizione alle categorie 4 e 5 sono del tutto residuali rispetto alle quantità e qualità dei rifiuti ordinari prodotti negli anni precedenti quelli affidati in gara, è evidente che tali servizi possono essere qualificati come secondari, anche a

prescindere da una esplicita qualificazione in tal senso operata dagli atti di gara: la secondarietà è, infatti, in re ipsa e si evincerebbe dagli atti di gara medesimi.

Non sarebbe del resto necessario che la suddivisione tra prestazioni principali e secondarie sia esplicitata, con formule solenni, dalla stazione appaltante. Sarebbe, invece, sufficiente che sia chiaramente evincibile dagli atti di gara, e potrebbe essere dedotta anche dal valore economico delle varie attività ad espletarsi.

2) Violazione art. 48 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere (errore di fatto, ingiustizia grave e manifesta, sviamento).

Il raggruppamento formato tra le imprese odierne ricorrenti deve essere qualificato, secondo la ricorrente, come RTI orizzontale in quanto dalla dichiarazione prodotta in gara si evince che al suo interno è stata prevista una ripartizione di servizi privi di reale autonomia, ed aventi natura sostanzialmente identica, così come sono identici i requisiti per l'effettuazione del 99% di essi, cioè l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per la categoria 1. A ciò si aggiungerebbe che non vi sarebbe alcun servizio scorporabile, giacché tutti i servizi sono riferiti alla stessa categoria o, se si preferisce, alla stessa tipologia: la gestione della nettezza urbana.

B. Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 13/02/20 a seguito dell'asserita conoscenza di circostanze fattuali prima incolpevolmente ignorate, la ricorrente ha proposto i seguenti ulteriori motivi di ricorso.

3. Violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 77, commi 6 e 9, del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 e dell'art. 6 bis della l. n. 241/1990.

La ricorrente denuncia il mancato rispetto del principio di rotazione dei commissari di gara giacché gli stessi commissari hanno partecipato a più gare alle quali ha concorso -OMISSIS- che, peraltro, in dette occasioni, sarebbe quasi sempre risultata vittoriosa.

Sarebbe stata inoltre doverosa l'astensione dei RUP dei -OMISSIS-, dove il gestore è la società -OMISSIS-, mentre uno dei Commissari di gara è stato

commissario nelle gare indette per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel -OMISSIS- e in quello di -OMISSIS- nei quali ha vinto la -OMISSIS-.

L'impresa -OMISSIS- si è costituita in data 12/02/20, mentre il -OMISSIS- e la -OMISSIS- si sono costituiti in data 14/02/20.

Con memoria depositata in data 17/02/20 il -OMISSIS- ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica ad alcuno dei Comuni nel cui interesse è stata indetta, espletata e aggiudicata la procedura di gara. Nel merito ha chiesto la reiezione del ricorso in quanto il bando non permetterebbe neanche implicitamente la partecipazione di RTI verticali, non avendo mai distinto "prestazioni principali" e "secondarie". In merito al secondo motivo sostiene che il RTI ricorrente non potrebbe essere orizzontale perché gli operatori costituenti il raggruppamento escluso si sono espressamente qualificati come membri di un RTI di tipo verticale.

C. Con ricorso incidentale depositato in data 28/02/20 l'aggiudicataria -OMISSIS- ha impugnato l'ammissione del -OMISSIS- per i seguenti motivi.

1) Violazione degli artt. 30, 80 c. 5 lett. c) e c-bis) dlgs 50/2016, 57 dir. 24/2014/ue, degli artt. 46 e 47 dpr 445/2000, dell'art. 4 del disciplinare di gara; degli artt. 1, 3, 6 e 10 l. 241/1990; difetto di motivazione e istruttoria; sviamento.

Il RTI avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto dichiarazioni approssimative e poco perspicue sul recentissimo rinvio a giudizio del proprio legale rappresentante.

2) Violazione degli artt. 30, 83 e 94 dlgs 50/2016, del § III.1.3 del bando di gara e dell'art. 8 del disciplinare; violazione degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; difetto di motivazione e istruttoria, disparità di trattamento; sviamento.

Secondo l'aggiudicataria, anche se il RTI ricorrente fosse orizzontale avrebbe dovuto essere escluso perché la mandante -OMISSIS- manca del requisito di aver gestito nell'ultimo triennio un servizio con bacino di utenze oltre ai 10.000 abitanti e con percentuale di raccolta differenziata pari al 65%.

In data 30/07/20 si sono costituiti ad opponendum i -OMISSIS-, eccependo l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica dello stesso ai Comuni destinatari del servizio di igiene ambientale ed in subordine chiedendone la reiezione. Eccepiscono poi la tardività del ricorso per motivi aggiunti in quanto l'esistenza di precedenti contratti per lo svolgimento dei servizi di nettezza urbana era facilmente desumibile dagli atti anteriori al bando e comunque l'obbligo di astensione non è stato eccepito in sede di gara. Nel merito chiedono la reiezione dei ricorsi proposti dal ricorrente principale.

Con memoria depositata in data 14/09/20 la controinteressata -OMISSIS- ha ribadito le sue richieste ed argomentazioni relative al ricorso introduttivo. Ha poi sostenuto che il ricorso per motivi aggiunti sarebbe tardivo in quanto almeno dalla data dell'esclusione (24.12.2019) il RTI era a conoscenza di tutti gli elementi su cui poggia la censura, e cioè identità e curricula di R.u.p. e Commissari, nonché della condotta e delle valutazioni effettuate nella gara. In ogni caso il motivo di violazione del dovere di astensione sarebbe infondato per genericità.

Il -OMISSIS-con memoria depositata in data 14/09/20 ha eccepito la tardività del ricorso per motivi aggiunti in quanto il nominativo del RUP era conosciuto dalla ricorrente sin dalla pubblicazione del bando di gara, spedito in pubblicazione in data 30.10.2019, mentre i nominativi dei Commissari di gara erano conosciuti dalla ricorrente dalla data della pubblicazione della Determinazione -OMISSIS-con la quale la C.U.C. ha provveduto alla loro nomina.

In secondo luogo il motivo sarebbe inammissibile per difetto di interesse perché i commissari hanno proposto l'aggiudicazione al costituendo RTI, mentre l'annullamento è stato disposto dal RUP della Centrale Unica di Committenza. A ciò si aggiungerebbe l'inammissibilità della doglianza per genericità delle circostanze fattuali addotte. In subordine il -OMISSIS-chiede la reiezione.

Con memoria depositata in data 14/09/20 la ricorrente ha contestato l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi e ha chiesto l'accoglimento di questi.

Con le memorie di replica le parti hanno ribadito le proprie posizioni.

All'udienza del 30 settembre 2020 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo è infondata.

La giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen., 18.5.2018, n. 8; da ultimo TAR Trento, 29/09/2020 n. 166) ha chiarito che ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato.

Ne consegue che il ricorso non è inammissibile per omessa notifica ai Comuni che si sono rivolti per lo svolgimento della gara alla -OMISSIS-.

2. Venendo al merito, occorre in primo luogo disporre l'inversione parziale dell'esame dei motivi del ricorso introduttivo, in quanto la qualificazione in via di fatto del RTI ricorrente quale raggruppamento verticale od orizzontale, sollevata con il secondo motivo di ricorso, è una questione che ha carattere logicamente antecedente al problema dell'ammissibilità del RTI verticale in gara.

3. Il secondo motivo è, sotto tale profilo, infondato.

Per quanto riguarda la qualificazione del RTI, la giurisprudenza (Cons. Stato, V, 05/04/2019 n. 2243) ha precisato che la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali non è puramente nominalistica, ma discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle imprese associate, secondo il principio enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 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”.

Nel caso di specie risulta che le ricorrenti hanno dichiarato, nelle rispettive domande di partecipazione, di concorrere in A.T.I. verticale (docc. 16 - 17 del -OMISSIS-).

A ciò si aggiunge che è pacifico che la mandante -OMISSIS- è in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in Categoria 1 – Classe C, ma non nelle Categorie 4 e 5, come prescritto dal bando di gara, a differenza della mandataria -OMISSIS- Srl, che è in possesso dell'iscrizione in tutte le categorie. Ne consegue che sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo la ricorrente è un RTI verticale.

4. Anche il primo motivo è infondato.

L'art. 48 comma 2 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che “2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie”.

Secondo la giurisprudenza prevalente (Consiglio di Stato, 04.05.2020 n. 2785), alla quale il Collegio si conforma, «in termini generali, la partecipazione alle gare

pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale non può ritenersi libera e rimessa all'esclusiva volontà dei concorrenti: secondo la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, in tanto il R.t.i. di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione fra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell'art. 48, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243, citata anche dall'appellante; 22 ottobre 2018, n. 6032; 14 maggio 2018, n. 2855; VI, 15 ottobre 2018, n. 5919; III, 24 aprile 2019, n. 2641; riguardo alle categorie di opere c.d. "superspecialistiche", su cui v. infra, sub § 2.1.4, la generale scorporabilità è prevista dall'art. 1, comma 3, d.m. 10 novembre, n. 248, contenente "Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"»).

Ne deriva che nel caso di specie non era possibile la costituzione di un RTI verticale, perché la stazione appaltante non ha previsto la distinzione tra le prestazioni di servizi principali e quelle secondarie.

5. Il secondo motivo di ricorso è infondato anche laddove contesta l'esistenza di "alcun servizio scorporabile". Infatti i servizi non sono soggetti ad un giudizio di scorporabilità, legato ad un dato normativo previsto solo per i lavori, bensì ad un giudizio di accessorietà o meno. Anche sotto tale ultimo profilo però il motivo è infondato in quanto la raccolta dei rifiuti speciali, sia pericolosi che non pericolosi, alla quale si riferiscono le categorie 4 e 5 previste dall'art. 8, del D.M. Ambiente 3.6.2014, n. 120, è sicuramente una prestazione che richiedeva una diversa capacità e quindi aveva carattere di autonomia. Tuttavia la stazione appaltante non avendo indicato la raccolta dei rifiuti speciali quale prestazione

secondaria, ai sensi dell'art. 48 c. 2 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ha richiesto a tutti i concorrenti e non solo ai mandanti, come nel RTI verticale, di possedere i requisiti per la raccolta dei rifiuti speciali. Ne consegue che, non possedendo -OMISSIS-la certificazione relativa alle categorie 4 e 5 previste dall'art. 8, del D.M. Ambiente 3.6.2014, n. 120, il RTI doveva essere escluso.

6. In definitiva quindi il ricorso introduttivo va respinto.

7. L'infondatezza delle censure prospettate, per le argomentazioni sopra riportate, fa venir meno ogni interesse circa l'esame del ricorso per motivi aggiunti, che paventa l'illegittima costituzione della Commissione di gara, atteso che, qualsiasi fosse stata la sua composizione, la stessa non avrebbe potuto che fare altro che escludere la parte ricorrente dalla gara, stante la mancanza dei requisiti di partecipazione alla procedura; i motivi aggiunti devono quindi essere dichiarati improcedibili.

8. La reiezione del ricorso introduttivo rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere il ricorso incidentale in quanto priva l'aggiudicataria dell'interesse al suo esame.

9. Il comportamento altalenante della stazione appaltante, che prima ha aggiudicato la gara alla ricorrente principale e poi ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e la sua esclusione, giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso introduttivo e dichiara improcedibili il ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE

Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.