

N. 03133/2023 REG.PROV.COLL.

N. 04993/2022 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4993 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da WM Magenta S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Mascolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata Sede di Napoli, ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

Comune di Melito di Napoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

Velia Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, di esclusione della società WM Magenta S.r.l. dalla gara indetta per l'affidamento del servizio “di gestione integrata dei rifiuti urbani ed assimilati e di gestione di n. 2 centri di raccolta comunale nel Comune di Melito di Napoli (Na)”, disposta nella seduta di gara del 13.9.2022 e co-municata con nota prot. n. 0016415-14/09/2022 del 14.9.2022 (doc. 1);
- della nota del 23.9.2022 recante diniego di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione della Società ricorrente dalla gara (doc. 2);
- di tutti i verbali di gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da WM Magenta S.r.l. il 7/2/2023:

- del Decreto n. 0000765.21-12-2022, pubblicato sulla piattaforma telematica di gara in data 27.12.2022 e non comunicato alla WM Magenta, con cui la SUA ha disposto l'aggiudicazione della commessa controversa a favore della Velia Ambiente S.r.l. (doc. 15);
- della nota prot.U.0024506.22-12-2022, trasmessa alla WM Magenta in data 27.12.2022, con cui la SUA ha respinto l'istanza di WM Magenta del 17.10.2022 recante richiesta di esclusione di Velia Ambiente dalla gara (doc.13);

- della nota prot. U.0000703.13.1.2023 del 13.1.2023 con cui la SUA ha espresso il proprio diniego alla richiesta di intervento in autotutela avanzata da Magenta in data 5.1.2023 (doc. 17);
- di tutti i verbali di gara, ivi compresi quelle delle sedute di gara, compreso il verbale della seduta di gara del 21.7.2022 (doc. 19.1), del 13.9.2022 (doc. 19.2).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata Sede di Napoli, nonché della Velia Ambiente S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2023 la dott.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la società ricorrente ha impugnato il provvedimento del Ministero resistente di esclusione della società WM Magenta S.r.l. dalla gara indetta per l'affidamento del servizio “di gestione integrata dei rifiuti urbani ed assimilati e di gestione di n. 2 centri di raccolta comunale nel Comune di Melito di Napoli”, disposta nella seduta di gara del 13.9.2022, oltre atti presupposti. Con un unico motivo di gravame si deduce che il requisito inerente al possesso dell'attestazione ANGA nella sottocategoria “Gestione dei Centri di raccolta”, trattandosi di una prestazione di carattere secondario rispetto a quella principale (ed integralmente scorporabile), poteva essere comprovato dal concorrente anche

mediante ricorso al cd. subappalto “necessario”, giusto il disposto dell’art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016.

In particolare, non rilevarebbe che il concorrente non abbia espressamente fatto menzione della sottocategoria “Gestione dei Centri di Raccolta”, in quanto la ricorrente si era riservata, comunque, di subappaltare il 30% del servizio, con inclusione, quindi, anche del servizio secondario inerente alla gestione dei centri di raccolta.

Si è costituito in giudizio il Ministero resistente, chiedendo la reiezione del gravame. Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata, associandosi alla richiesta di rigetto del ricorso.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha, inoltre, impugnato il provvedimento di aggiudicazione della commessa controversa a favore della Velia Ambiente S.r.l, deducendo quanto segue:

- 1) in primo luogo, si osserva che gli atti impugnati sarebbero viziati per illegittimità derivata;
- 2) in secondo luogo, si assume che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara *ex* art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, in ragione dei carichi penali pendenti in capo al legale rappresentante della Velia e dell’amministratore di fatto della società Buttol: si osserva sul punto che, la SUA - nell’affermare l’irrilevanza dei carichi penali pendenti a carico del legale rappresentante della Velia Ambiente e dell’amministratore di fatto della Buttol – avrebbe confuso il comma 1 dell’art. 80 del Codice (il quale attribuisce automatica rilevanza escludente alla sussistenza di una sentenza definitiva di condanna per uno dei reati tipizzati dalla norma) con il comma 5 del medesimo art. 80 cit. (il quale attribuisce, invece, potenziale rilevanza escludente a tutti gli episodi,

indipendentemente dal relativo accertamento penale, suscettibili di incidere sull'affidabilità professionale del concorrente).

Parte resistente e la controinteressata si sono opposte, altresì, all'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti.

All'udienza pubblica del 18 maggio 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il gravame introduttivo del giudizio è infondato, ed è pertanto da respingere.

Con il provvedimento oggetto dell'odierno gravame, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della WM Magenta dalla gara pubblica in disamina adducendo a motivazione il mancato possesso in capo alla ricorrente dell'iscrizione ANGA relativamente alla sottocategoria "Gestione dei centri di raccolta": la ricorrente afferma sul punto che, trattandosi di una prestazione di carattere secondario rispetto a quella principale oggetto dell'appalto, il requisito inerente al possesso dell'attestazione ANGA nella sottocategoria "Gestione dei centri di raccolta" poteva essere comprovato dal concorrente anche mediante ricorso al cd. subappalto "necessario", giusto il disposto art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016.

Deve, in proposito, rilevarsi che la *lex specialis* di gara richiedeva, ai fini della partecipazione, quale requisito di ordine speciale, il possesso di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali *ex art.* 212 del D. Lgs.vo 152/2006.

In particolare, il disciplinare di gara, al par. 6.3, prevedeva il possesso di tale requisito in riferimento alla "... Categoria 1 – Classe D o superiore (raccolta e trasporto di rifiuti urbani e assimilati in comune con abitanti inferiori a 50.000 e superiori a 20.000), integrata con la sottocategoria relativa alla Gestione dei Centri di Raccolta": ciò in conformità all'oggetto della procedura di gara, riguardante l'affidamento del

“servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ed assimilati e di gestione di n. 2 centri di raccolta”.

Le controparti processuali assumono che, nel caso di specie, sarebbe mancata una dichiarazione da parte della ricorrente, in sede di D.G.U.E., relativa alla volontà di far ricorso al subappalto necessario e, al contempo, una dichiarazione relativa a evidenziare la volontà di subappaltare proprio la sottocategoria relativa alla gestione del centro di raccolta: ed infatti, secondo quanto risultante dal D.G.U.E., la ricorrente avrebbe dichiarato di avvalersi dell'istituto del subappalto relativamente al solo “servizio di raccolta e trasporto nei limiti del 30%”.

Tali osservazioni colgono nel segno.

L'esame della documentazione versata in atti non consente di ritenere comprovato che la ricorrente abbia, effettivamente, manifestato in maniera espressa e inequivoca la volontà di integrare il possesso del requisito in disamina mediante subappalto necessario: in particolare, dall'esame del D.G.U.E. (cfr. doc. 3 della produzione allegata al ricorso) emerge, esclusivamente, la generica volontà di “subappaltare parte del contratto a terzi” con riferimento alle seguenti prestazioni: “servizio raccolta e trasporto rifiuti (30%)”.

Dunque, non solo la volontà di ricorrere al subappalto non è stata manifestata in riferimento alla sottocategoria “Gestione dei centri di raccolta”, ma, ciò che più rileva, è stata rappresentata solo una generica volontà di far ricorso al subappalto, e non lo specifico intento di ricorrere al subappalto necessario al fine di integrare il possesso del requisito non sussistente in capo alla ricorrente.

In termini: *“La giurisprudenza amministrativa ha precisato che il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta (non rientrando tra gli adempimenti previsti dall'art. 107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, né dall'art. 118, d.lgs. n. 163*

del 2006, cfr. Adunanza plenaria, 2 novembre 2015, n. 9, ma nella vigenza dell'attuale quadro normativo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308); nondimeno, è tenuto a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, ossia la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (così, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308 che ne fornisce anche una spiegazione: "L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che indice sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione"; conferma il ragionamento sebbene in fattispecie differente, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308)" (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 25/03/2022, (ud. 03/03/2022, dep. 25/03/2022), n.2217); ed ancora: "In caso di subappalto c.d. "necessario" di lavori, la dichiarazione deve contenere un riferimento nominativo al subappaltatore, unitamente alla prova del possesso, in capo a costui, dei prescritti requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara" (cfr. T.A.R. Lecce, (Puglia) sez. II, 15/01/2015, n.216).

In ragione di quanto precede, non sussiste la ravvisata illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara, con conseguente reiezione del ricorso introduttivo del giudizio.

2. In forza di quanto osservato il ricorso per motivi aggiunti, con il quale si contesta l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, non risulta sostenuto da alcun concreto interesse alla relativa disamina.

Parte ricorrente, infatti, nel presupposto dell'avvenuta partecipazione alla gara di due soli operatori, deduce che l'interesse a sostegno del ricorso per motivi aggiunti dovrebbe essere ravvisato in quello ad ottenere la riedizione della gara.

Il Collegio ritiene, sul punto, di non doversi discostare dagli orientamenti espressi dalla giurisprudenza prevalente, fondati su ragioni meritevoli di condivisione, che non ravvisano nell'interesse "strumentale" alla ripetizione della selezione pubblica una posizione giuridica meritevole di tutela.

Si è, infatti, osservato che l'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, per effetto dell'esclusione o della mancata presentazione della domanda rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara (*ex multis* Cons. St. sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; Tar Lazio Sez. III bis n. 8102/2019), orientamento da intendersi conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (in particolare, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, secondo cui "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva

sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto").

Siffatte conclusioni risultano, da ultimo, ribadite da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (n. 440 del 16.3.2021) che di seguito si riporta: "*Se infatti ai fini del riconoscimento di una posizione differenziata e qualificata in capo all'operatore economico che ha preso parte ad una procedura di gara è, di regola, sufficiente l'interesse strumentale ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve tuttavia ritenersi che tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dalla gara, perché tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti, dovendosi qualificare il suo interesse come un mero interesse di fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, per non avere partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti della relativa procedura, anche se c'è un interesse alla caducazione dell'intera selezione al fine di conseguire la possibilità di partecipazione alla nuova procedura competitiva che si svolgerebbe in caso di riedizione della gara (Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 570). Deve conseguentemente affermarsi che il consolidamento dell'esclusione dalla procedura rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura, come bene ha ritenuto la sentenza appellata*".

3. Conclusivamente, il ricorso introduttivo del giudizio deve essere respinto, e il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato improcedibile.

Il regolamento delle spese di lite segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso introduttivo del giudizio;
- dichiara improcedibile il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, che si liquidano nella misura di euro 3.000,00 in favore della parte resistente e di euro 3.000,00 in favore della controinteressata, oltre accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daria Valletta

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO