

Procedere all'immediata impugnativa delle clausole escludenti del bando di gara è onere dell'interessato

(Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 20 ottobre 2020, n. 6355)

La sentenza in epigrafe statuisce che nelle procedure di gara è onere dell'interessato adire l'autorità giudiziaria per l'immediata impugnazione delle clausole del bando o della lettera di invito che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta; e non permettendo, dunque, in virtù di tale natura giuridica l'impugnazione dell'atto successivo.

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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5628 del 2020, proposto dalla Multiservizi Igiene Ambientale (M.I.A.) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Zicaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Il Comune di Celico, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Via, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Corrado Morrone in Roma, viale XXI Aprile, n. 11; L'A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

della Società Cooperativa Sociale Spezzano Pulita Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Oreste Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Oreste Morcavallo, in Roma, via Arno, n. 6; della Calabria Maceri e Servizi s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima), n. 361 del 13 aprile 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Celico, dell'A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione e della Società Cooperativa Sociale Spezzano Pulita Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 il consigliere Michele Conforti e udito per la Società Cooperativa Sociale Spezzano Pulita Onlus l'avvocato Oreste Morcavallo per sé e su delega dichiarata di Achille Morcavallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione di Giunta n. 111 del 30 ottobre 2018, il Comune di Celico ha approvato il piano del servizio di gestione dei rifiuti per la raccolta differenziata.

1.2. Con determina a contrarre n. 139 del 30 aprile 2019, l'ente ha disposto l'avvio del procedimento di individuazione del contraente dell'affidamento in appalto del servizio di gestione della raccolta differenziata dei rifiuti per un periodo di 5 anni, mediante procedura aperta con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.3. Il disciplinare di gara è stato pubblicato in data 15 maggio 2019.

1.4. All'esito della procedura di selezione del contraente, è stata individuata quale possibile aggiudicataria la Cooperativa sociale Spezzano Pulita (d'ora in avanti, Cooperativa sociale), alla quale però, nella fase di verifica dei requisiti, il Comune di Celico ha contestato la mancata iscrizione nell'Albo nazionale dei Gestori ambientali dei codici del catalogo europeo dei rifiuti (d'ora in avanti, "C.E.R.") nn. 20.01.21 e 20.01.35, invece richiesta dalla *lex specialis*.

1.5. La società ha dedotto di aver chiesto l'integrazione dei predetti codici, anteriormente alla domanda di partecipazione alla gara, presentazione in data 22 giugno 2019, ottenendola in data 29 luglio 2019.

Pertanto, la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva del contratto a suo favore, con determinazione n. 331 del 14 novembre 2019.

1.6. La concorrente Calabria Maceri e Servizi s.p.a. ha formulato istanza di parere precontenzioso all'A.N.A.C., ai sensi dell'art. 211, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, deducendo, in danno dell'aggiudicataria:

- a) la mancanza dei suindicati codici C.E.R. al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara;
- b) il superamento dei limiti di popolazione complessivamente servibile, in relazione alla categoria di appartenenza, in ragione di precedenti affidamenti di servizi analoghi;
- c) la produzione di una sola referenza bancaria;
- d) la commissione di gravi illeciti professionali.

1.7. Alla richiesta di parere ha aderito anche il Comune.

1.8. Con delibera n. 123 del 12 febbraio 2020, l'A.N.A.C. ha accolto la prima delle deduzioni esposte, rilevando che "il mancato possesso del requisito di partecipazione relativo ai codici CER prescritti dalla *lex*

specialis e non contestato nelle opportune sede giurisdizionali entro i termini decadenziali a tal uopo prescritti, avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara della Società Cooperativa Spezzano Pulita".

1.9. Ricevuto il parere reso da A.N.A.C., con il provvedimento n. 75 del 31 marzo 2020, il Comune, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione della gara in danno della società aggiudicataria, "in quanto priva del requisito di partecipazione relativo al possesso codici CER 20.01.2021 e 20.01.35 prescritti nel bando di gara".

2. Con ricorso notificato in data 24 aprile 2020 e depositato in data 4 maggio 2020, la società Cooperativa sociale ha proposto domanda di annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e del parere reso da A.N.A.C..

2.1. Con il primo motivo di censura, la società ha lamentato che l'iscrizione di taluni codici C.E.R. all'albo ambientale non costituisce un requisito di ammissione alla gara, bensì requisito di esecuzione del contratto, a differenza dell'iscrizione *tout court*.

Nel dubbio, andrebbe comunque data prevalenza a quella interpretazione che favorisce la massima partecipazione.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, la società ha lamentato l'erroneità della motivazione del parere dell'A.N.A.C., nella parte in cui esso evidenzia una tardività delle contestazioni sul disciplinare di gara. Si è rimarcato che la società non ha impugnato il bando di gara non avendo interesse a farlo, essendo risultata aggiudicataria del contratto, nonché la contraddittorietà della condotta della stazione appaltante che, dopo aver superato la contestazione circa la mancanza dei suddetti codici e aggiudicato l'appalto, ha aderito al parere dell'A.N.A.C..

2.3. Con il terzo motivo di ricorso, la società ha dedotto la violazione dei principi del *favor participationis* e della tassatività delle cause di esclusione.

Secondo la ricorrente, "il punto del disciplinare richiamato dalla stazione appaltante deve intendersi nel senso che esso prevede quale causa di esclusione solo la carenza dell'iscrizione all'albo per la categoria e classe di interesse e non anche l'asserita mancanza del requisito relativo al possesso dei Codici CER".

2.4. Con il quarto motivo di ricorso, la società ha impugnato, in subordine, l'art. 3 del disciplinare di gara, per l'eventualità che venisse accolta una sua interpretazione nel senso di includere i codici C.E.R. tra i requisiti di partecipazione, deducendo la violazione degli artt. 97 e 41 della Costituzione, dell'art. 30 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 212 del D. Lgs. n. 152 del 2006, nonché dei principi di *favor participationis*, di tassatività delle cause di esclusione e di proporzionalità.

2.5. Si sono costituite in giudizio, il Comune di Celico, la società M.I.A. s.r.l. e l'A.N.A.C., resistendo al ricorso.

3. Con la sentenza gravata, il T.a.r. ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, rilevando che:

- a) la società era iscritta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali per la categoria 1, classe F, per taluni codici C.E.R., ancorché non per quelli 20.01.21 e 20.01.35;
- b) quest'ultimi sono stati richiesti dall'interessata prima dell'invio della domanda di partecipazione (anche se sono stati ottenuti dopo la sua presentazione) e, dunque, prima dell'aggiudicazione;
- c) il loro possesso deve essere qualificato come requisito di esecuzione e non di partecipazione.

4. La sentenza di primo grado è stata impugnata dalla società M.I.A. s.r.l. e, con appello incidentale, dall'A.N.A.C..

4.1. Quanto all'appello principale, con il primo motivo, la società M.I.A. s.r.l. censura la sentenza impugnata per non aver dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

Secondo l'appellante l'inammissibilità deriverebbe dalla circostanza che non sarebbe stata tempestivamente impugnata la clausola della *lex specialis* che disponeva la necessaria iscrizione dei codici C.E.R. per poter presentare la domanda di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

4.2. Con il secondo motivo di appello, l'appellante impugna la sentenza di primo grado per aver statuito che il possesso dei codici C.E.R. costituisce un mero requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara, censurando l'errata interpretazione – a detta dell'appellante – degli artt. 184 e 212 del D. Lgs. 152 del 2006 e delle previsioni del D.M. n. 120 del 2014.

Secondo l'appellante, *“l'iscrizione all'Albo ed il possesso dei Codici CER sono requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e, come tali, debbano essere posseduti congiuntamente all'atto di presentazione dell'offerta, così come previsto dal disciplinare di gara nell'ormai noto art. 3, lett. e)”*.

4.3. Quanto all'appello incidentale, con un'articolata censura, l'A.N.A.C. ha messo in risalto la valenza dei codici C.E.R. nell'ambito del sistema di gestione dei rifiuti, evidenziando come il loro possesso sia soggetto ad un regime autorizzatorio caratterizzato da discrezionalità tecnica, *“dovendo l'Albo Gestori Ambientali valutare l'idoneità dei mezzi di cui l'impresa si è dotata al trasporto delle tipologie di rifiuto di cui è chiesta l'integrazione.”*.

In ragione del quadro di regole così ricostruito, si ritiene che la previsione dei codici C.E.R. quale requisito di partecipazione (e non soltanto di esecuzione) sia pienamente legittima e, dunque, parimenti legittima siano il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e il parere precontenzioso di A.N.A.C..

4.4. Con memoria del 14 luglio 2020 si è costituita la società ricorrente in primo grado, resistendo all'appello e, segnatamente, alla domanda cautelare.

4.5. Con un'ulteriore memoria del 24 agosto 2020, la medesima società ha ulteriormente esposto le sue difese, evidenziando, in particolare, che:

a) i codici C.E.R. costituiscono soltanto un requisito di esecuzione del contratto, *“attenendo alla specifica organizzazione necessaria per la corretta esecuzione dell'appalto”*;

b) essi, inoltre, sono stati richiesti il 21 giugno 2019, con richiesta antecedente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, inviata in data 22 giugno 2019, e ed ottenuti, poi, il 29 luglio 2019, e dunque prima dell'aggiudicazione, disposta nell'ottobre del medesimo anno;

c) per suffragare la tesi difensiva, viene menzionata la sentenza n. 1533 del 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, la quale avrebbe statuito che la *“variazione dei codici CER non comporta una modifica del requisito di qualificazione già posseduto, ma solo una specificazione dell'attività effettivamente svolta”*;

d) la mancanza dei codici C.E.R. non può costituire causa di esclusione dal procedimento di selezione del contraente per il *“ben noto principio di tassatività”* delle cause di esclusione;

e) in ragione dell'interpretazione della clausola della *lex specialis* di gara quale mero requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara, l'interesse ad impugnare la clausola è sorto soltanto con il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione;

f) vengono riproposti gli argomenti difensivi dichiarati assorbiti nella sentenza di primo grado:

f.1) si ribadisce che l'impresa non poteva impugnare la *lex specialis*, avendone "la stazione appaltante fatto una corretta applicazione giungendo all'aggiudicazione in favore della medesima;".

Si contesta la condotta contraddittoria della stazione appaltante che "dopo aver avviato sub procedimento di revoca basato sui codici CER citati, lo conclude con l'aggiudicazione in favore della ricorrente (dopo la verifica positiva del possesso dei codici CER da parte della ricorrente) e poi – sulla base di parere ANAC sui medesimi aspetti – la esclude e revoca l'aggiudicazione.";

f.2) si evidenzia che le cause di esclusione dalla gara sono di stretta interpretazione e non suscettibili di applicazione analogica: conseguentemente, "il punto del disciplinare richiamato dalla stazione appaltante deve intendersi nel senso che esso prevede quale causa di esclusione solo la carenza dell'iscrizione all'albo per la categoria e classe di interesse e non anche l'asserita mancanza del requisito relativo al possesso dei Codici CER...";

f.3) in subordine, per l'eventualità che il possesso di taluni codici C.E.R. previsto dall'art. 3 del Disciplinare di gara venga interpretato quale requisito di partecipazione, se ne deduce l'illegittimità per violazione del principio del *favor participationis* e dell'art. 212 del D. Lgs. n. 152 del 2006.

4.6. Con memoria del 25 agosto, l'appellante principale ha replicato agli scritti difensivi dell'appellata.

5. All'udienza del 27 agosto 2020, fissata per la decisione sulla domanda cautelare proposta dall'appellante, questo Consiglio ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, ravvisando la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

6. Con istanza del 31 agosto del 2020, la società Cooperativa sociale, ha proposto istanza di revoca o modifica dell'ordinanza cautelare, insistendo per il rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza gravata, proposta con l'appello dalla società M.I.A.

6.1. In data 16 settembre 2020, si è costituito in giudizio il Comune di Celico, domandando, in accoglimento dell'istanza presentata dalla società Cooperativa sociale, il rigetto dell'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza gravata e, al contempo, l'accoglimento dell'appello.

6.2. Sia la M.I.A. che la società Cooperativa sociale hanno depositato ulteriori scritti difensivi, in data 22 settembre 2020.

7. All'udienza del 24 settembre 2020, la causa è stata chiamata per la decisione sull'istanza di revoca o modifica dell'ordinanza cautelare.

7.1. Il Collegio ha avvisato le parti presenti della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

8. In via preliminare, si evidenzia che il presente giudizio di appello può essere definito con sentenza in forma semplificata in base alla norma di cui all'art. 120 comma 6 c.p.a. (come recentemente modificata dall'art. 4, comma 4, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120).

L'art. 120, comma 6, c.p.a. prevede infatti che "di norma" il giudizio è definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'art. 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60, ove ne ricorrano i presupposti.

Il riferimento "all'udienza cautelare" consente di ritenere che la sentenza in forma semplificata possa essere pronunciata, quale modalità di definizione della controversia, anche se nell'udienza in camera di consiglio non venga discussa, direttamente, la "domanda cautelare", bensì una qualsiasi altra questione da discutere ad un'udienza qualificabile come "cautelare".

Costituendo oggetto dell'udienza del 24 settembre 2020, la decisione sull'istanza di revoca o modifica dell'ordinanza cautelare n. 5124 del 2020 di questo Consiglio, sussiste il presupposto preso in esame.

9. Può dunque procedersi all'esame dell'appello principale.

10. Con la prima censura articolata, la M.I.A. s.r.l. deduce l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, poiché la società Cooperativa sociale non avrebbe tempestivamente impugnato la clausola del disciplinare che prescriveva, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione nell'Albo Nazionale, e dunque il possesso, di alcuni codici C.E.R..

10.1. Va richiamata, nei suoi punti salienti, la clausola del disciplinare di cui si controverte:

"Ai fini della partecipazione alla gara, le imprese... debbono possedere, a pena di esclusione:

...

e) Iscrizione all'Albo delle Imprese che effettuano la Gestione dei Rifiuti ex DM n. 120/2014, di cui all'art. 212 del D.Lgs. 152/06 (Testo Unico) o ad Albo analogo di Stato CE, in corso di validità, per le seguenti categorie:

- *categoria 1 classe F o superiore, riportanti almeno i seguenti codice CER afferenti ai servizi oggetto di gara:*
- *20 01 21 tubi fluorescenti ed altri rifiuti contenenti mercurio*
- *20 01 35 apparecchiature elettriche ed elettroniche fuori uso..."*.

10.2. Va richiamato, altresì, il principio autorevolmente statuito dall'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, confermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2018 e successivamente ribadito dalla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio:

"Il bando di gara o di concorso o la lettera d'invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia considerarsi immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione. In tale ipotesi, infatti, dette clausole, precludendo esse stesse la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale nella situazione soggettiva dell'interessato ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, dal momento che questo sorge al momento della lesione." (Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1 e, in termini, anche Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4);

Di recente, questo Consiglio ha avuto modo di fare applicazione del consolidato principio in esame, statuendo che *"Come ribadito autorevolmente da Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, nelle gare pubbliche è onere dell'interessato procedere all'immediata impugnazione delle clausole del bando o della lettera di invito che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta. Solo il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l'effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività e ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni"*. (Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2387);

10.3. In ragione del richiamato orientamento giurisprudenziale e in considerazione del suo chiaro tenore letterale, il Collegio ritiene che la clausola del disciplinare di gara presenti un'inequivocabile valenza escludente e andava pertanto immediatamente impugnata.

10.3.1. Il suo *incipit*, infatti, definisce i requisiti elencati come da possedersi *"ai fini della partecipazione"* e sanziona la loro mancanza *"a pena di esclusione"*.

10.3.2. Nell'individuarli, inoltre, la disposizione della *lex specialis* non si accontenta di fare riferimento alla sola iscrizione all'Albo, ma richiede che essa avvenga "per le seguenti categorie", indicando la categoria "1 classe F o superiore" e specificando altresì che le categorie in questione siano "riportanti almeno i seguenti codice CER", così esprimendo la volontà che sia considerato requisito indispensabile per la "partecipazione" (e non per la sola "esecuzione") il complesso degli elementi richiesti (iscrizione "all'Albo"; iscrizione all'Albo "per la categoria 1 lettera F o superiore"; iscrizione all'Albo per la categoria 1 lett. F o superiore per "i seguenti codice CER").

10.3.3. L'effetto escludente, dunque, pur concretatosi con il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, deve considerarsi collegato alla clausola del bando e immediatamente percepibile sin dalla lettura delle clausole del disciplinare di gara, senza che possano invocarsi profili di "ambiguità" che consentano di spostare in avanti il *dies a quo* dell'impugnazione o autorizzino diverse esegesi della prescrizioni di gara.

10.3.4. Relativamente a quest'ultimo profilo, sul quale insiste la difesa dell'appellata, giova ribadire l'orientamento di questo Consiglio che ha più volte statuito che in presenza di clausole della *lex specialis* che non presentano un'obiettiva incertezza del loro significato letterale assume carattere preminente l'esegesi collegata all'interpretazione del dato testuale, la quale salvaguarda simultaneamente la *par condicio* tra i partecipanti alla gara e le esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 04 giugno 2020, n. 3511; sez. III, 28 maggio 2020, n. 3374; sez. III, 19 maggio 2020, n. 3189; sez. V, 14 aprile 2020, n. 2400; sez. V, 26 marzo 2020, n. 2130; sez. V, 29 novembre 2019, n. 8167; 12 settembre 2017, n. 4307).

10.3.5. Conseguentemente, il provvedimento gravato va considerato "come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta" e, pertanto, andava immediatamente impugnata la *lex specialis* della gara, così come ritenuto dall'appellante e non rilevato dal Tribunale amministrativo regionale.

L'impugnazione proposta in primo grado andava dunque dichiarata inammissibile (e i motivi di ricorso in essa formulati non potevano, conseguentemente, essere scrutinati), poiché diretta a censurare, a termini di impugnazioni oramai decorsi, un effetto escludente derivante dal bando di gara e non dal provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

10.3.6. Il primo motivo di appello va pertanto accolto.

11. Va soggiunto che la clausola in questione non è neppure viziata da nullità così come diversamente affermato dall'appellata.

11.1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione è attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

La norma richiamata prescrive al penultimo e all'ultimo periodo del comma indicato che "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle."

Nondimeno, la disposizione in esame prevede, al comma 6, che "Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità." e nel primo periodo del richiamato comma 8 che "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste...".

11.2. Relativamente ai profili in esame, va ribadito l'orientamento consolidato di questo Consiglio, secondo il quale *"il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che "il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando poi la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter concorrere a gare aventi ad oggetto dette attività "conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità - in specie, quanto a necessarietà e adeguatezza" (Cons. di Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825)." (Cons. Stato, sez. V, 03 giugno 2019, n. 3727).*

11.2.1. In continuità con questo orientamento, va ribadito che l'iscrizione all'Albo nazionale costituisce un requisito di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, sicché non può ravvisarsi la nullità della clausola che la prescrive.

11.2.2. Si osserva, inoltre, che non risulta persuasiva la tesi della Società cooperativa sociale che postula una sorta di frazionamento di questo requisito, individuando una parte di iscrizione che sarebbe rilevante quale requisito di partecipazione e una parte di iscrizione che invece assumerebbe rilievo come requisito di esecuzione del contratto.

11.2.3. È proprio la società appellata, infatti, ad evidenziare che l'iscrizione, condizione per lo svolgimento dell'attività di gestione e trattamento dei rifiuti, viene materialmente effettuata anche mediante indicazione e annotazione dei codici C.E.R., ossia della tipologia di rifiuti in concreto gestita dall'impresa.

11.3. Ritiene inoltre il Collegio che la qualificazione espressa dall'orientamento sopra richiamato vada ulteriormente integrata, poiché l'iscrizione all'Albo dei Gestori, oltre a dare contezza dell'idoneità professionale di chi risulta iscritto, esprime anche una valutazione positiva circa la capacità tecnica e professionale di tale imprenditore (art. 83, comma 1, lett. c), D. Lgs. n. 50 del 2016).

11.3.1. Una simile conclusione si trae dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del D.M. n. 120 del 3 giugno 2014.

L'art. 10 richiede infatti, ai fini dell'iscrizione all'Albo, il *"possesso dei requisiti di idoneità tecnica... di cui al successivo articolo 11"* e quest'ultima norma prescrive, a sua volta, che i requisiti di idoneità tecnica consistono *"a) nella qualificazione professionale dei responsabili tecnici;*

b) nella disponibilità dell'attrezzatura tecnica necessaria, risultante, in particolare, dai mezzi d'opera, dagli attrezzi, dai materiali di cui l'impresa o l'ente dispone;

c) in un'adeguata dotazione di personale;

d) nell'eventuale esecuzione di opere o nello svolgimento di servizi nel settore per il quale è richiesta l'iscrizione o in ambiti affini."

Le due norme lasciano chiaramente intendere che intanto potrà ottenersi l'iscrizione per lo svolgimento di una determinata attività di gestione dei rifiuti in quanto si dia prova della disponibilità e dell'adeguatezza della dotazione tecnica e professionale per il suo svolgimento.

11.3.2. Il conseguimento dell'iscrizione nell'ambito dell'Albo Nazionale ha dunque una valenza antifibologica, poiché, da un lato, dimostra il possesso di un *"requisito di natura soggettiva relativo alla*

idoneità professionale”, ma, dall’altro, comprova la titolarità del requisito di capacità tecnica e professionale necessaria per il trattamento di determinate tipologie di rifiuti.

11.3.3. Ne consegue che, alla luce delle norme contenute nei commi poc’anzi richiamati (commi 6 e 8 dell’art. 83 cod. contr. pubbl.), legittimamente poteva essere previsto nella *lex specialis*, quale requisito di partecipazione, l’iscrizione nell’Albo per una determinata categoria, una determinata classe e per determinati codici C.E.R., trattandosi di elementi che concorrono ad individuare sinteticamente differenti profili di abilitazione e di capacità tecnico-professionale dell’impresa iscritta, così da calibrare esattamente i requisiti di partecipazione da possedere in relazione all’oggetto del contratto da aggiudicarsi (segnatamente, la “*categoria*”: il tipo di attività di gestione dei rifiuti esercitata; la “*classe*”: a seconda della categoria, alcune caratteristiche relative all’utenza servita, al quantitativi di rifiuto gestito o dei risvolti economici dell’attività di gestione; i “*codici C.E.R.*”: il tipo di rifiuto che si è autorizzati a trattare).

11.4. Risulta dunque conforme al principio di proporzionalità che, nel bandire una gara di appalto, sia per profili di economicità sia per ragioni di efficienza e buon andamento dell’amministrazione, la stazione appaltante si sinceri, sin dal momento di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, che il soggetto partecipante sia nel possesso delle autorizzazioni necessarie e dei requisiti tecnici per poter eseguire la prestazione cui si è obbligato e che soddisfa l’interesse pubblico, ove risulti aggiudicatario del servizio.

11.5. La previsione di una clausola della *lex specialis* che prescrive il possesso di determinati codici C.E.R., quale requisito di partecipazione alla gara, risulta dunque legittima ai sensi dell’art. 83, commi 6 e 8, D. Lgs. n. 50 del 2016 e, pertanto, non viola la regola della tipicità della cause di esclusione.

Non può dunque prospettarsi un profilo di nullità della clausola di cui all’art. 3 del Disciplinare di gara.

12. Alla luce delle suesposte motivazioni va dunque accolto il primo motivo di appello.

L’accoglimento del gravame determina la reviviscenza del provvedimento impugnato in primo grado e degli atti del procedimenti amministrativo ad esso connessi, con conseguente assorbimento di tutte le altre censure articolate dall’appellante principale.

13. In ragione dell’accoglimento dell’appello principale, va dichiarata la sopravvenuta carenza d’interesse all’esame dell’appello incidentale proposto dall’A.N.A.C., trattandosi, in definitiva, di impugnazione finalizzata, analogamente a quella principale, ad ottenere una pronuncia di riforma della sentenza di primo grado e la declaratoria di legittimità del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e degli altri atti del procedimento amministrativo ad esso connessi o collegati.

13.1. L’appello incidentale va dunque dichiarato improcedibile.

14. In ragione della novità della questione, si compensano le spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull’appello n.r.g. 5628 del 2020 lo accoglie e, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara inammissibile il ricorso.

Dichiara improcedibile l’appello incidentale proposto dall’A.N.A.C.

Compensa le spese del giudizio di appello tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore