

Publicato il 23/11/2022

N. 10325/2022REG.PROV.COLL.
N. 00988/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 988 del 2022,
proposto da

Altair Funeral s.r.l. in proprio e nella sua qualità di capogruppo mandataria di
costituendo R.T.I. con I.C.I. s.c.a.r.l., ITS s.r.l., Altair Green Energy s.r.l., Eco
Fly s.r.l. e Pederetti Cimiteriale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Paolo Botasso
e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma,
corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Comune di Udine, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avvocati Giangiacomo Martinuzzi, Claudia Micelli e Nicolo' Paoletti, con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Barnaba
Tortolini, 34;

nei confronti

Tea s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Massimo Colarizi, Ermes Coffrini e Marcello Coffrini,

con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

Società Italiana Lampade Votive Elettriche - S.I.L.V.E. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 73/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Udine e di Tea s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Botasso, Martinez e Colarizi, nonché Natalia Paoletti in dichiarata delega dell'avvocato Nicolò Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia la società Altair Funeral s.r.l., in qualità di mandataria di costituendo R.T.I., chiedeva fosse annullata la determinazione con cui il Comune di Udine ne aveva disposta l'esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento in “*Concessione, mediante Project Financing, ai sensi dell'art. 183, commi da 1 a 14 del D. Lgs. 50/2016, della costruzione e gestione del nuovo Tempio crematorio nel cimitero di Paderno in Udine*” e dei verbali di gara individuanti le ragioni poste a base dell'esclusione, riferibili a diversi soggetti del raggruppamento.

Deduceva, a sostegno delle proprie ragioni, i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di istruttoria.*
- 2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, co. 4, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per irrazionalità manifesta. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione delle circostanze*

in fatto e in diritto.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Udine eccepiva in primo luogo che la ricorrente aveva strutturato il proprio R.T.I. articolandolo in un raggruppamento verticale (1° livello) ed in un sub-raggruppamento orizzontale (2° livello) per l'esecuzione della prestazione principale del "Servizio di gestione del Tempio crematorio": per l'effetto, ciascuno dei partecipanti al detto raggruppamento (ossia la mandataria Altair Funeral e le mandanti Eco Fly, Porfido Fratelli Pedretti ed Altair Green Energy) doveva essere in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale relativi alla gestione. Concludeva pertanto per l'infondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Con sentenza 2 febbraio 2022, n. 73, il giudice adito respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione Altair Funeral s.r.l. – unitamente alle mandanti Altair Green Energy s.r.l., Eco Fly s.r.l. e Pedretti Cimiteriale s.r.l. – interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando in relazione alla posizione di AGE, deputata alla sola manutenzione impianti.*

Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, co. 4, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per irrazionalità manifesta. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione delle circostanze in fatto e in diritto, e della lex specialis.

2) *Omessa pronuncia in merito alla Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di istruttoria.*

Costituitosi in giudizio, il Comune di Udine concludeva per l'infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.

Anche Tea s.p.a. si costituiva, parimenti insistendo sulla reiezione del gravame. Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 29 settembre 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene censurata la valutazione operata in sentenza in ordine alla posizione della mandante Adltair Green Energy s.r.l., relativamente alla quale erano state evidenziate le seguenti carenze, ritenute idonee a determinare l'esclusione del R.T.I. dalla gara:

- *“mancato possesso del requisito di idoneità professionale richiesto dal punto 11.1 del Disciplinare di gara consistente nell'iscrizione nel registro delle imprese della CCLAA per “attività inerente all'oggetto della prestazione contrattuale che verrà assunta dall'operatore economico”, ossia la gestione e conduzione dell'impianto di cremazione salme”*;
- *“mancato possesso del requisito di cui al punto 11.3 - lett. a) del Disciplinare di gara, ovvero l'aver eseguito cremazioni salme negli ultimi 24 mesi antecedenti la data di pubblicazione del bando in GURP”*;
- *“mancato possesso” dei requisiti di cui ai punti 11.3 - lett. b) e lett. c) del Disciplinare di gara, ossia, rispettivamente, “certificazione ISO 9001:2015 per il servizio di cremazione salme” e “registrazione EMAS o certificazione ISO 14001:2015 per il servizio di cremazione salme”.*

Il primo giudice, secondo l'appellante, non avrebbe però correttamente applicato le disposizioni della legge di gara, in particolare laddove si distingueva tra prestazione principale (il *“Servizio di gestione del Tempio Crematorio”*) e secondaria (concernente la progettazione e la costruzione dello suddetto tempio).

Ora, sebbene il raggruppamento facente capo ad Altair Funeral s.r.l. avesse preso parte alla gara essendo strutturato in forma verticale, al suo interno lo stesso avrebbe però previsto due *sub*-raggruppamenti orizzontali, il primo dei quali deputato alla prestazione principale e l'altro alla progettazione e costruzione del tempio crematorio; nel caso in esame, quindi, diversamente da quanto ritenuto in sentenza avrebbe dovuto tenersi conto del solo *sub*-raggruppamento orizzontale dedicato alla prestazione principale, formato dalla mandataria Altair Funeral (con una quota dell'83,84%) e dalle mandanti Eco Fly (3,11%), Pedretti Cimiteriale (già Porfido F.lli Pedretti - 1,04%) ed Altair Green Energy.

Quest'ultima si sarebbe dovuta occupare esclusivamente della manutenzione degli impianti elettrici e meccanici.

Ciò premesso, l'art. 11.6 del disciplinare di gara chiariva che, nell'ambito delle attività ricomprese nella prestazione principale, il concorrente ben potesse strutturarsi in un *sub*-raggruppamento orizzontale, fermo che in tal caso i requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis* avrebbero dovuto essere posseduti da ciascuna impresa in proporzione alle attività per le quali si obbligava:

“III. i requisiti di qualificazione devono essere posseduti almeno pari alla % di esecuzione dei servizi e/o lavori cui l'O.E. si impegna, fermo restando quanto previsto dall'art. 83, comma 8. Si precisa che la % di esecuzione del Servizio di gestione del Tempio crematorio non può essere superiore alla % del requisito di cui al punto 11.3 lett. a) posseduto”;

- *“VI) il requisito di cui al punto 11.3.a) (n. di cremazioni) deve essere posseduto dalla mandataria nell'ipotesi di RTI orizzontale. Nell'ipotesi di sub raggruppamento orizzontale per il servizio di cremazione, il requisito deve essere posseduto ed eseguito in misura maggioritaria dalla mandataria, [...]”.*

- *“VII) i requisiti di cui al punto 11.3.b e 11.3.c (certificazioni ISO 9001 ed Emas 0 14:001) devono essere posseduti dalla mandataria in caso di RTI verticale. Nell'ipotesi di sub raggruppamento orizzontale per il servizio di cremazione, il requisito deve essere posseduto sia dalla mandataria sia dalle mandanti”.*

In ragione di tali premesse non sarebbe stato necessario il possesso di requisiti non connessi alle attività per le quali la singola impresa non si era obbligata: invero, se da un lato – per espressa previsione della legge di gara – la mandataria avrebbe dovuto eseguire e possedere *tutti* i requisiti in misura maggioritaria, non era invece previsto che la stessa cosa valesse per ciascuna delle imprese del *sub*-raggruppamento orizzontale, salvo due certificazioni (relative comunque al solo servizio di cremazione e non anche quello – puramente accessorio – di manutenzione).

Erroneamente dunque la sentenza appellata avrebbe concluso che la ripartizione delle attività e dei relativi requisiti concretamente operata in seno

al *sub*-raggruppamento orizzontale fosse indice di una trasformazione di tale porzione del R.T.I. in forma verticale, così come erronea e priva di riscontro sarebbe la considerazione secondo cui l'attività di manutenzione impianti elettrici e meccanici sarebbe stata connotata da "*rilevanza del tutto secondaria*" e priva di autonomia.

Il motivo non può trovare favorevole accoglimento.

Risulta dagli atti che il raggruppamento facente capo all'odierna appellante aveva dichiarato, nella domanda di partecipazione alla gara, di strutturare al 1° livello un raggruppamento verticale ed al 2°

livello un *sub*-raggruppamento orizzontale per l'esecuzione della prestazione principale del "*Servizio di gestione del Tempio crematorio*", *sub*-raggruppamento composto, oltre che dalla società mandataria, da Eco Fly s.r.l., Porfido Fratelli Pedretti s.r.l. ed Altair Green Energy s.r.l., in qualità di mandanti.

Sempre nella predetta domanda di partecipazione ciascun membro del *sub*-raggruppamento orizzontale si impegnava ad eseguire, pro-quota, la prestazione (principale) consistente nel "*Servizio di gestione del Tempio crematorio*" con la percentuale indicata dell'83,84% per Altair Funeral s.r.l., del 3,11% per Ecofly s.r.l., dell'1,04% per Porfido Fratelli Pedretti sr.l. e del 2,72% per Altair Green Energy s.r.l., percentuali che consentivano al raggruppamento di coprire la percentuale del 90,71%, corrispondente al 100% della prestazione principale come indicato nella medesima domanda.

L'assunzione formale di tale impegno presupponeva di necessità che i dichiaranti fossero in possesso perlomeno dei requisiti di capacità tecnica e professionale riferiti in generale alla gestione, così come individuati dall'art. 11.3 del disciplinare di gara.

Ciò detto in termini generali, va nello specifico smentito il presupposto da cui muove l'appellante, ossia che la prestazione principale oggetto di contratto (il "*servizio di gestione del tempio crematorio*") fosse a sua volta scomponibile in attività "principali" ed in altre (in particolare, la manutenzione degli impianti) meramente accessorie, sì che l'operatore economico che in ipotesi fosse stato

addetto solamente a queste ultime non sarebbe stato a rigore obbligato a possedere i requisiti di capacità sopra ricordati.

A contraddire la scomponibilità di cui si è detto vi è infatti la circostanza che il servizio di gestione del tempio crematorio viene considerato in modo unitario dal disciplinare di gara, il cui art. 6 (*“Oggetto della concessione”*) individua infatti quale oggetto del contratto due sole tipologie di prestazioni, ossia la *“gestione del Servizio Pubblico Locale di cremazione”* (qualificata come *“principale”*), sulla quale – come bene evidenziato dal primo giudice – erano stati modellati i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti agli operatori interessati, ai sensi dell’art. 11.3 del disciplinare, nonché quelle *“secondarie”* consistenti nella *“realizzazione di un impianto crematorio (inclusa progettazione esecutiva e collaudo) e delle necessarie strutture pertinenziali, comprensiva della progettazione esecutiva”*.

Sulla base di tale presupposto vanno quindi lette le ulteriori prescrizioni di cui all’art. 11.6 del disciplinare, circa i raggruppamenti temporanei di imprese: invero, se per i raggruppamenti verticali (quale era quello facente capo ad Altair Funeral s.r.l.) valeva la regola generale per cui *“la mandataria deve eseguire le prestazioni indicate come principali, le mandanti quelle secondarie”*, nell’ipotesi di creazione di un *sub*-raggruppamento orizzontale per la prestazione dei servizi nei quali si articolavano le prime (nella specie, la gestione del tempio crematorio) determinava l’estensione anche alle imprese mandanti dell’obbligo di possesso dei relativi requisiti di capacità tecnico-professionale (*ex art. 11.3*) in misura pari perlomeno alla percentuale di esecuzione del servizio (in virtù di quanto prescritto dall’art. 11.6, punto III disciplinare).

In estrema sintesi, nel prevedere la possibilità di ricorrere a *sub*-raggruppamenti per la gestione del servizio, la legge di gara non ostava a che venisse ripartita orizzontalmente tra diversi operatori la (prestazione di) *“gestione del tempio crematorio”*, a condizione però che ciascuno di essi fosse in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 11.3) in

misura almeno pari alla percentuale di esecuzione del servizio (cfr. art. 11.6, punto III).

Non trova dunque fondamento (né testuale né logico) nella legge di gara l'idea di considerare la prestazione di “manutenzione” degli impianti – ancorché imprescindibile componente della gestione professionale del servizio di cremazione – in modo separato ed autonomo, così da ritenere che il soggetto formalmente incaricato svolgerla sia “esonerato” dal possesso dei requisiti *de quibus*; né, ancor prima, può condividersi la scelta di parte appellante di considerare il predetto servizio di manutenzione degli impianti come una prestazione “secondaria” rispetto alle altre nelle quali parimenti si sostanzia la gestione del servizio oggetto di gara, in assenza di un'espressa previsione in tal senso della *lex specialis* (*ex multis* Cons. Stato, V, 24 febbraio 2020, n. 1381), dovendosi ritenere precluso al partecipante alla gara “*procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie*”.

Con il secondo motivo di appello viene invece riproposta la censura esposta da Altair Funeral s.r.l. nel primo motivo del ricorso al TAR – da questo dichiarata assorbita per carenza di interesse – con la quale viene contestata l'esclusione disposta dalla stazione appaltante in ragione della mancata dichiarazione, da parte delle mandanti Eco Fly e Porfido F.lli Pedretti, con riguardo ad uno dei requisiti di idoneità e partecipazione richiesti dal disciplinare (in ispecie, i requisiti di cui al punto 11.3 – lett. “a” del Disciplinare di gara, ossia il numero di cremazioni eseguite negli ultimi ventiquattro mesi antecedenti la data di pubblicazione del bando in GURI).

L'appellante contesta, in particolare, la decisione dell'amministrazione di non applicare il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016 in applicazione del principio di autoresponsabilità, che però non rileverebbe nel caso di specie: la stazione appaltante, infatti, avrebbe avuto l'obbligo giuridico di fare applicazione del soccorso istruttorio, con l'unico limite delle

irregolarità “essenziali” – come tali non sanabili – “*che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile*” della dichiarazione.

Neppure questo motivo è fondato.

Premesso che la reiezione del precedente motivo di gravame di per sé già consente di giustificare l’esclusione dalla gara del R.T.I. facente capo ad Altair Funeral s.r.l., va detto che le carenze riscontrate dal Seggio di gara relativamente alla diversa posizione delle mandanti Eco Fly e Porfido F.lli Pedretti non ricadevano tra quelle astrattamente “sanabili” tramite il ricorso all’istituto di cui all’art. 83, comma 9 del vigente *Codice dei contratti pubblici*, non afferendo a meri profili di irregolarità formale – suscettibili per tali di integrazione o regolarizzazione documentale – quanto piuttosto allo stesso assetto strutturale scelto dal raggruppamento, una parte dei cui componenti non possedeva o comunque non era in grado di attestare il possesso dei requisiti di ammissione.

In questi termini, va dunque confermata la correttezza dell’operato della stazione appaltante, atteso che “*il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell’autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell’inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso) l’invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando*” (*ex multis*, Cons. Stato, III, 28 novembre 2018, n. 6752; III, 4 gennaio 2019, n. 96; V, 22 novembre 2019, n. 7975).

In altri termini, il soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce

automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”.

In questo caso, evidentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un *vulnus* del principio di parità di trattamento.

Alla luce dei rilevi che precedono, l'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento, in favore del Comune di Udine e di Tea s.p.a., delle spese di lite dell'attuale grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) ciascuno, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO