

Publicato il 27/06/2023

N. 00910/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00292/2023 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 292 del 2023, proposto da Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela Piras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Contarina s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rizzardo del Giudice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fedele di Donato s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mirco Di Bonaventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota prot. 2414/CN del 10 febbraio 2023, trasmessa via pec in pari data, con il quale il Direttore Generale della Contarina s.p.a., nonché RUP della “Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori

di messa in sicurezza delle ex discariche per rifiuti urbani di Via Claudia Augusta a Roncate (TV) - CIG 9600459564 - CUP G59J21015540002” ha comunicato alla ricorrente che “...in applicazione di quanto stabilito dall’art. 4 del disciplinare di gara circa la partecipazione in RTI - la vostra offerta è stata esclusa in quanto la mandante I.C.E.S. Impresa Costruzioni Edili Stradali s.r.l. è risultata priva dell’attestazione SOA in OG12 e dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali in categoria 9 e quindi impossibilitata a svolgere il 20% dei relativi lavori (cfr. ex aliis delibera A.N.A.C. N. 865 del 02/10/2018 e Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 13 giugno 2018, n. 3623)”;

- della successiva nota prot. 3431 in data 23 febbraio 2023, con la quale il medesimo Direttore Generale - RUP, nel respingere le controdeduzioni di cui alla diffida inoltrata dalla Mascia s.r.l. in data 17 febbraio 2023, ritenendo che *“emerge un uso contraddittorio ed errato di termini e concetti che però, alla luce della documentazione in atti, non possono che ricondurre il ruolo della I.C.E.S. Im presa Costruzioni Edili Stradali S.r.l. (il cui legale rappresentante ha sotto scritto l’offerta di gara, ivi compreso il PASSOE), quale mandante di un costituendo RTI ai sensi dell’art. 48, d.lgs. 50/2016”* ha confermato l’esclusione in quanto la mandante (cooptata) sarebbe *“priva dei requisiti di partecipazione richiesti per eseguire il 20% dei lavori in OG12, ivi compresa l’iscrizione all’ANGA”;*

- di tutti gli atti e verbali ad essi connessi nella parte in cui dispongono l’esclusione del raggruppamento in cooptazione tra la Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. e la I.C.E.S. s.r.l. ed in particolare dei verbali in data 6 febbraio 2023, 13 febbraio 2023, 14 febbraio 2023 e 22 febbraio 2023 nella parte in cui propongono, recano e presuppongono l’esclusione del raggruppamento in cooptazione capeggiato dalla Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. e quindi, a seguito della determinazione della soglia di anomalia, la proposta di aggiudicare la procedura alla Fedele di Donato s.r.l.;

- della determinazione n. 335/CN in data 23 febbraio 2023, comunicata via pec il successivo giorno 24, non conosciuta se non negli estremi, con la quale il Direttore Generale RUP di Contarina s.p.a. ha approvato i 4 (quattro)

verbali sopra citati e, per l'effetto, disposto di aggiudicare l'appalto in favore della Fedele di Donato s.r.l., stabilendo che il relativo contratto sarà sottoscritto nei tempi e nei modi stabiliti dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm.ii. una volta effettuati i controlli di legge, ferma restando la possibilità di consegnare i lavori nelle more della stipula, e della nota con la quale è stata trasmessa;

- nonché, per quanto occorra e nelle parti infra precisate, della clausola del disciplinare di gara di cui all'art. 4 nella parte in cui dispone che *“gli operatori economici esecutori dei lavori in OG12 devono, altresì, possedere valida e regolare iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali nella categoria 9, classe B o superiore”*; degli atti presupposti con i quali è stata approvata *la lex specialis* richiedendo l'iscrizione all'ANGA agli esecutori delle opere in OG12, e, per quanto occorra, delle risposte alle domande di chiarimento n. 1 e 4 rese dalla stazione appaltante;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dalla Contarina s.p.a. e per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto a titolo di risarcimento in forma specifica, con subentro nel relativo contratto, ovvero in subordine per il risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Contarina s.p.a. e di Fedele di Donato s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2023 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel mese di gennaio 2023, Contarina s.p.a (in seguito, Contarina) indiceva la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), della legge 11 settembre 2020 n. 120, recante la conversione in legge con modificazioni del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, così come modificati dal d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021 n. 108, per l'affidamento mediante il criterio del minor prezzo dei lavori “*di messa in sicurezza delle ex discariche per rifiuti urbani di Via Claudia Augusta a Roncate (TV) - CIG 9600459564 - CUP G59J21015540002*”, dell'importo di Euro 3.719.478,51.

1.1. In base al disciplinare di gara gli interventi oggetto di affidamento erano ascritti alle seguenti categorie:

- OG12 classifica IV *bis*, relativa alle “*Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale*”, prevalente, per l'importo di Euro 3.463.591,09;
- OG6 classifica I, relativa a “*Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione*”, scorporabile e subappaltabile, per l'importo di Euro 236.843,91.

Ai sensi dell'art. 4 del Disciplinare - “*Soggetti ammessi alla procedura di gara e requisiti di partecipazione*” – per validamente partecipare alla procedura era richiesto il possesso di attestazione SOA per le seguenti categorie e classi:

- OG12 classifica IV-*bis* o superiore (prevalente);
- OG6 classifica I o superiore (scorporabile e subappaltabile).

Al medesimo articolo il disciplinare aggiungeva che “*Si applica l'art. 61, c. 2, D.P.R. 207/2010. Gli operatori economici esecutori dei lavori in OG12 devono, altresì, possedere valida e regolare iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali nella categoria 9, classe B o superiore*”.

1.2. Tra gli operatori economici invitati, partecipavano alla procedura l'impresa Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. (in seguito, Mascia) e l'impresa Fedele di Donato s.r.l. (in seguito, Fedele di Donato).

In particolare Mascia nel Modello di partecipazione alla procedura dichiarava di voler partecipare come “*Raggruppamento temporaneo di imprese di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016*” – “*costituendo*” - e precisava altresì nel riquadro “*Dichiarazioni da rendere nel caso di soggetto plurimo di cui all'art. 45, comma*

2, lett. d), e), f) e g) del d.lgs. n. 50 del 2016” che “il presente R.T.I. è composto dai seguenti operatori economici, che eseguiranno ciascuno le prestazioni di seguito indicate:

- Mascia, prestazioni OG12, 80%; OG6, 80%;

- I.C.E.S. Impresa Costruzioni Edili stradali s.r.l. (in seguito, ICES), prestazioni OG12, 20%; OG6 20%.

Tale modulo veniva sottoscritto dai legali rappresentanti di entrambe le società Mascia e ICES.

Nella “Dichiarazione d’impegno irrevocabile alla costituzione di raggruppamento temporaneo di imprese” – sempre sottoscritta da entrambi i legali rappresentanti delle società Mascia e ICES – veniva indicato nelle premesse “che, per quanto sopra, le parti intendono partecipare all’appalto in oggetto congiuntamente, impegnandosi, in caso di aggiudicazione dei lavori predetti, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall’art.92 comma 5 del D.P.R. 207/2010 e dall’art. 48 del d.lgs. 50/2016 e smi, alla costituzione di associazione temporanea di imprese, di tipo ORIZZONTALE IN COOPTAZIONE” e le parti dichiaravano:

“1. di impegnarsi irrevocabilmente, in caso di aggiudicazione della gara in oggetto, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza, alla società MASCLA DANILO GIUSEPPE S.R.L.

UNIPERSONALE; qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e della mandante-cooptata I.C.E.S. IMPRESA COSTRUZIONI EDILI STRADALI S.R.L.

impegnandosi a non modificare la composizione del raggruppamento temporaneo da costituirsi sulla base del presente impegno ed a perfezionare in tempo utile il relativo mandato, ai sensi delle vigenti disposizioni;

2. [di] uniformarsi, in caso di aggiudicazione, alla disciplina vigente in materia di lavori pubblici con riguardo ai raggruppamenti temporanei;

3. che il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di tipo ORIZZONTALE IN COOPTAZIONE viene così rappresentato:

- la capogruppo mandataria MASCLA DANILO GIUSEPPE S.R.L. UNIPERSONALE eseguirà le

opere ricadenti nella categoria prevalente OG12 e le opere ricadenti nella categoria scorporabile OG6

- per una quota pari al 80,00%, corrispondente al 80,00% dell'importo complessivo dell'appalto; la mandante cooptata I.C.E.S. IMPRESA COSTRUZIONI EDILI STRADALI S.R.L. eseguirà le

opere ricadenti nella categoria prevalente OG12 e le opere ricadenti nella categoria scorporabile OG6 per una quota pari al 20,00%, corrispondente al 20,00% dell'importo complessivo dell'appalto;

4. ai sensi dell'art. art.48 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., di non partecipare alla gara in più di un'associazione temporanea o consorzio ordinario di concorrenti o GEIE, di non partecipare alla gara neanche in forma individuale qualora abbia partecipato alla stessa gara in associazione o consorzio ordinario di concorrenti o GEIE.

5. che la società I.C.E.S. IMPRESA COSTRUZIONI EDILI STRADALI S.R.L. partecipa al

raggruppamento temporaneo di imprese di tipo ORIZZONTALE IN COOPTAZIONE, ai sensi

dell'Art.92 comma 5 del D.P.R. 207/2010 e s.m.i. e che la stessa s'impegna, in caso di aggiudicazione dell'appalto, ad eseguire lavori fino ad un massimo del 20% dell'importo complessivo dell'appalto".

L'impresa ICES compilava altresì un documento - "Scheda cooptazione" – in cui dichiarava:

- "che l'impresa, società, consorzio o altro soggetto è stato associato dal concorrente Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. unipersonale, ai sensi dell'art.92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010, ai fini del presente appalto";

- "che l'impresa, società, consorzio o altro soggetto eseguirà un importo lavori pari a Euro 743.895,702, corrispondenti a una percentuale del 20 % dell'importo complessivo dei lavori".

1.3. Nella seduta del 6 febbraio 2023 il Presidente del Seggio di gara riteneva l'offerta presentata dal costituendo RTI Mascia non conforme alla *lex specialis* in quanto "L'impresa mandante [...] non possiede i sufficienti requisiti per eseguire i

lavori in OG12 di sua competenza (infatti è priva sia della SOA in OG12 sia dell'iscrizione all'ANGA in categoria 9), rilevando che in relazione a questa circostanza il seggio di gara aveva proposto l'esclusione della relativa offerta (con richiamo, tra l'altro, alla delibera ANAC n. 865 del 2 ottobre 2018 e alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, del 13 giugno 2018 n. 3623).

Sulla base di tali motivazioni, con pec del 10 febbraio 2023 la Stazione appaltante comunicava a Mascia l'esclusione dalla procedura.

1.4. Con successiva nota del 24 febbraio 2023 la Stazione appaltante comunicava altresì l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto in favore dell'impresa Fedele di Donato.

2. Con ricorso, notificato in data 10 marzo 2023 e depositato in data 13 marzo 2023, Mascia ha impugnato gli atti della procedura sulla base del seguente unico motivo articolato in quattro censure.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 2, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 e ss.mm.ii.; violazione e falsa applicazione degli articoli 3, comma 1, lett. u), 45, comma 2, lett. d), 48, comma 8, e 84 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.; violazione dei principi eurounitari in materia di raggruppamenti e di massima partecipazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 e dell'allegato A; violazione del principio del giusto procedimento e di conservazione degli atti; violazione e falsa applicazione degli artt. 212 e 240 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e ss.mm.ii.; violazione del disciplinare di gara al punto 4; difetto di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà manifesta.

a) Mascia sarebbe in possesso dei requisiti di partecipazione ed esecuzione dell'appalto (OG12 classifica V, OG6 classifica IV *bis*, iscrizione all'ANGA nella categoria 9 classe b) e avrebbe precisato in gara di partecipare “*raggruppando in cooptazione*” ai sensi dell'art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 – non ai sensi delle disposizioni sui raggruppamenti temporanei di impresa - l'impresa ICES che invece sarebbe priva dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

L'istituto del raggruppamento in cooptazione, tuttora vigente in quanto non abrogato dall'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016, consentirebbe ad un operatore economico di cooptare un'ulteriore impresa priva dei requisiti – ma che non parteciperebbe alla procedura e non sottoscriverebbe alcuna offerta – in presenza di tre condizioni e segnatamente:

- che l'operatore economico cooptante sia in possesso di tutti i requisiti di partecipazione e di esecuzione richiesti dalla *lex specialis*;
- che la cooptata sia in possesso di attestazioni SOA in classifiche adeguate a quelle necessarie a coprire l'importo delle prestazioni ad essa affidate;
- che alla cooptata sia stata demandata l'esecuzione di prestazioni entro il 20% dell'importo contrattuale.

Nella fattispecie in esame tali condizioni sarebbero rispettate: in particolare l'offerta economica sarebbe stata sottoscritta dalla sola Mascia, pertanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente escluso la ricorrente dalla procedura.

Il fatto che ICES, pur priva dei requisiti richiesti dalla legge di gara, dovesse eseguire il 20% dell'appalto non sarebbe rilevante in quanto Mascia avrebbe inteso affidare alla cooptata l'esecuzione delle forniture che costituirebbe ampia parte delle prestazioni contrattuali.

In applicazione dei principi di conservazione degli atti e di massima partecipazione alla procedura, la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare sussistenti i presupposti della cooptazione e quindi valida l'offerta della ricorrente.

In ogni caso, in presenza di un operatore economico in possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione, l'asserita ambiguità della documentazione di gara avrebbe dovuto portare la stazione appaltante ad attivare il soccorso istruttorio anziché procedere direttamente all'esclusione.

b) Per le particolari caratteristiche della cooptazione il fatto che la cooptata sia priva del requisito dell'iscrizione all'ANGA, espressamente richiesto dall'art. 4 del disciplinare, sarebbe irrilevante.

Infatti, la cooptata non assumerebbe la qualità di concorrente ed eseguirebbe parte della prestazione sotto la “*vigilanza*” di Mascia e in base all’art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 non sarebbe tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, bensì solo di quelli concernenti le prestazioni che deve eseguire.

Nella fattispecie, osserva la ricorrente, il requisito dell’iscrizione all’ANGA sarebbe richiesto solo per eseguire le opere ascritte alla categoria OG12, mentre ICES si limiterebbe a provvedere alle forniture.

c) Sarebbe altresì illegittimo l’art. 4 del disciplinare nella parte in cui richiede l’iscrizione all’ANGA come requisito per l’esecuzione dei lavori ascrivibili alla categoria OG12.

L’iscrizione all’ANGA non sarebbe infatti necessaria per eseguire tutte le prestazioni che rientrano nella categoria OG12 e in particolare per eseguire le forniture affidate alla cooptata.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che l’attestazione SOA OG12, al contrario dell’ANGA, sarebbe suscettibile di avvalimento.

d) Inoltre la richiesta dell’iscrizione all’ANGA sarebbe illegittima per violazione dell’art. 212, comma 5, del d.lgs. n. 152 del 2006 che richiede tale requisito esclusivamente per le attività di bonifica dei siti inquinati. Invece l’appalto in esame avrebbe ad oggetto l’attività di messa in sicurezza che sarebbe diversa da quella di bonifica. Inoltre l’ANGA costituirebbe un requisito di esecuzione e non di partecipazione alla procedura.

3. La stazione appaltante e la controinteressata Fedele di Donato si sono costituite in giudizio rilevando in particolare, nel merito, l’equivocità delle modalità di partecipazione di Mascia e di ICES alla procedura ed evidenziando che, anche qualora la fattispecie venisse qualificata come raggruppamento in cooptazione, la ricorrente avrebbe comunque dovuto essere esclusa in quanto in base agli atti presentati in gara la cooptata non doveva eseguire solo forniture, ma il 20% dei lavori rientranti nella categoria OG12 - senza alcuna ulteriore specificazione – lavori per i quali la legge di

gara richiedeva espressamente l'iscrizione all'ANGA. In rito le resistenti hanno eccepito la tardività delle censure concernenti la richiesta nella legge di gara del requisito dell'iscrizione all'ANGA.

4. Alla camera di consiglio del 22 marzo 2023, fissata per l'esame della domanda cautelare, su richiesta delle parti il Presidente fissava l'udienza del 24 maggio 2023 per la trattazione del merito della causa. In relazione alla ravvicinata fissazione dell'udienza Contarina rappresentava che il contratto non sarebbe stato stipulato fino alla pubblicazione della sentenza e la ricorrente rinunciava, allo stato, all'istanza cautelare.

5. In vista della discussione del ricorso le parti depositavano memorie e repliche in cui sviluppavano le loro difese e la controinteressata eccepiva l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto l'offerta della ricorrente risulterebbe inferiore alla soglia di anomalia e in base all'art. 3 del disciplinare e all'art. 1, comma 3, della legge n. 120 del 2020 avrebbe dovuto in ogni caso essere esclusa in via automatica.

6. All'udienza pubblica del 24 maggio 2023 la causa è stata trattata nel merito. In esito alla discussione – nel corso della quale il relatore chiedeva alla ricorrente in quale atto prodotto in gara fossero state individuate le prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite dalla cooptata - la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In applicazione dei principi di economia processuale e della ragione più liquida (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, capo 5.3), si può prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare, proposta dalla controinteressata, di difetto di interesse a ricorrere, stante l'infondatezza nel merito dell'impugnazione proposta.

2. L'esame delle censure proposte da parte ricorrente richiede un sintetico inquadramento dell'istituto dei raggruppamenti in cooptazione.

La base normativa di tale istituto è rinvenibile nell'art. 92, comma 5, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ai sensi del quale *“Se il singolo concorrente o i concorrenti che*

intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati”.

In relazione alla cooptazione la giurisprudenza amministrativa ha chiarito:

- che la legittimità del ricorso a tale istituto non è venuta meno a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, come si ricava dall'art. 216, comma 14, del medesimo decreto (T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 marzo 2023, n. 146);
- che tale istituto costituisce una forma di cooperazione nell'esecuzione dell'appalto di carattere eccezionale e derogatorio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5287; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3036) ovvero “speciale” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3036), la cui finalità è quella di consentire ad imprese, già qualificate nel settore dei lavori pubblici, di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle per le quali le stesse siano già iscritte (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 8 febbraio 2017, n. 37);
- che *“il soggetto cooptato: non può acquistare lo status di concorrente; non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto; non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi; non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente; non può, in alcun modo, subappaltare o affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire. Pertanto, in positivo, è richiesto che il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, scaturisca da una dichiarazione espressa e inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio della stessa consenta l'elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (Cons. Stato, n. 3036/2017 cit.). In negativo, è richiesto che la società asseritamente cooptata non abbia tenuto un comportamento tale da manifestare ‘la volontà, oltre che di eseguire lavori, anche di impegnarsi direttamente nei confronti della*

Amministrazione appaltante al pari di una sostanziale associata' (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344)" (Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636);

- che il legittimo ricorso all'istituto è condizionato al fatto che i lavori eseguiti dalle imprese cooptande *"non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati"*;

- che l'impresa cooptata può non essere in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giur., 8 febbraio 2017, n. 37);

- che tuttavia *"Il diverso ruolo assunto nell'ambito dell'associazione per cooptazione non esonera [...] la mandante cooptata dall'obbligo di qualificarsi per la parte di lavori assunta in proprio, in conformità al principio di carattere generale di buon andamento dell'attività amministrativa e di par condicio tra operatori economici, secondo quanto previsto dalla citata disposizione regolamentare (laddove si pone la condizione che «l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati» (in questi termini: Cons. Stato, V, 17 marzo 2014, n. 1327, 10 settembre 2012, n. 4772, sopra richiamate)"* (Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328. Conformi *ex multis*: Cons. giust. amm. Reg. Sic., Sez. giur, 28 marzo 2017, n. 152; TAR Umbria, Sez. I, 13 marzo 2023, n. 146).

In sintesi l'impresa cooptata può non essere in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, ma deve comunque avere i requisiti necessari ad eseguire le prestazioni che le vengono affidate.

3. Alla luce di tali acquisizioni giurisprudenziali non sono fondate la prima e la seconda censura con cui parte ricorrente sostiene che si tratterebbe di un raggruppamento in cooptazione e che di conseguenza la cooptata non doveva essere in possesso dell'attestazione SOA OG12 e dell'iscrizione ANGA.

3.1. Invero, per quanto nella documentazione di gara l'impresa Mascia abbia fatto riferimento anche all'istituto dei raggruppamenti temporanei di impresa e tali atti siano stati sottoscritti anche da ICES, la volontà della ricorrente di fare ricorso al diverso istituto della cooptazione pare sufficientemente chiara.

In particolare l'offerta economica è stata sottoscritta dalla sola impresa Mascia e nella "*Scheda cooptazione*" vi è un inequivoco riferimento all'art.92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Nella fattispecie si tratta quindi di un raggruppamento in cooptazione, non di un raggruppamento temporaneo.

In questo senso si è d'altra parte espresso il Consiglio di Stato in una fattispecie simile (Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636).

3.2. Tuttavia, da un lato, è incontestato che la cooptata non sia in possesso dell'attestazione SOA OG12 né dell'iscrizione all'ANGA.

Dall'altro lato, nel Modello di partecipazione alla procedura – sottoscritto sia da Mascia sia dalla cooptata - nel riquadro "*Dichiarazioni da rendere nel caso di soggetto plurimo di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f) e g) del d.lgs. n. 50 del 2016*", parte ricorrente ha espressamente dichiarato – senza ulteriori precisazioni - che ICES avrebbe eseguito il 20% delle prestazioni OG12 per le quali l'art. 4 del Disciplinare richiedeva l'iscrizione all'ANGA.

In definitiva, in violazione con i principi giurisprudenziali sopra esposti, la cooptata non aveva i requisiti richiesti per svolgere la prestazione che doveva eseguire.

Pertanto il provvedimento di esclusione non presenta i lamentati vizi di illegittimità.

3.3. L'assunto di parte ricorrente secondo cui la cooptata si sarebbe limitata ad eseguire esclusivamente forniture nell'ambito delle prestazioni OG12 non trova alcun riscontro negli atti di gara e pare altresì in contrasto con la visura camerale, prodotta in giudizio, da cui emerge che ICES svolge essenzialmente attività di costruzione.

3.4. Sotto altro profilo va rimarcato:

- che l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali costituisce un requisito di partecipazione e non di esecuzione, il cui difetto determina l'esclusione dalla procedura (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032);

- che tale requisito ha natura strettamente soggettiva – personale - e riguarda l'idoneità professionale degli operatori economici allo svolgimento delle attività “*sensibili*” di raccolta e di trasporto di rifiuti (Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6355; Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1825);
- che ai sensi dell'art. 89, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 “*L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*”;
- che qualora siano richiesti requisiti professionali la prestazione deve essere eseguita direttamente dal soggetto effettivamente in possesso dell'abilitazione richiesta (art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

Pertanto il requisito dell'iscrizione ANGA ha natura strettamente soggettiva – e dunque deve essere posseduto personalmente dall'impresa che esegue i lavori – e non può essere sostituito dall'iscrizione dell'impresa cooptante.

3.5. Va inoltre esclusa la possibilità di applicare alla fattispecie gli istituti della sostituzione del subappaltatore e della modificazione soggettiva in riduzione dei raggruppamenti temporanei di impresa.

Da un lato, parte ricorrente non ha mai manifestato né in gara né nel corso del giudizio la propria disponibilità ad eseguire l'appalto senza il coinvolgimento dell'impresa ICES.

Dall'altro lato, la mancata attivazione di tali rimedi non è stata oggetto di specifica censura in sede di ricorso.

4. Inammissibili e infondate sono infine la terza e la quarta censura con cui parte ricorrente sostiene che sarebbe illegittima la legge di gara nella parte in cui ha richiesto il requisito dell'iscrizione ANGA per eseguire le prestazioni OG12.

4.1. Come eccepito dalle parti resistenti, tali censure riguardano infatti una prescrizione immediatamente lesiva della legge di gara e pertanto dovevano essere proposte tempestivamente entro 30 giorni dalla comunicazione della lettera di invito.

La richiesta di tale requisito impediva direttamente agli operatori economici di cooptare un'impresa priva dell'iscrizione ANGA.

4.2. Sotto altro profilo parte ricorrente non ha nemmeno interesse alla proposizione della censura in quanto la cooptata, oltre a non essere iscritta all'ANGA, non dispone dell'attestazione SOA OG12.

4.3. Le censure sono altresì infondate in quanto come evidenziato in particolare dalla controinteressata ed emerge dalla Relazione tecnica generale, l'appalto – “*messa in sicurezza permanente*” di discariche - aveva chiaramente ad oggetto prestazioni sensibili la cui esecuzione richiedeva, ai sensi degli artt. 212 e 240 del d.lgs. n. 152 del 2006, il possesso dell'iscrizione ANGA.

In questo senso si è peraltro pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa in relazione ad una fattispecie del tutto simile (Cons. giust. amm. Reg. Sic., Sez. giurisd., 14 ottobre 2021, n. 831).

5. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

7. In ragione della peculiarità della fattispecie e della novità delle questioni affrontate, sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Filippo Dallari

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO