

## Requisito della capacità tecnica e professionale e nullità delle clausole di esclusione

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 21-2-2022

E' legittima e non già nulla, né tanto meno eccessivamente restrittiva, la clausola del bando di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di smaltimento rifiuti pericolosi, che richiede, ai fini della partecipazione alla procedura concorrenziale, quale requisito di capacità tecnica e professionale, la prova, da parte dei concorrenti privi di un impianto per il trattamento dei rifiuti da gestire nell'esecuzione dell'appalto, del possesso di accordi di collaborazione già stipulati con soggetti terzi autorizzati allo smaltimento della peculiare tipologia e/o natura dei rifiuti da smaltire, in data antecedente alla pubblicazione del bando.

Antecedentemente all'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011), non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche.

Nondimeno, anche successivamente all'introduzione della regola della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, si è statuito che fossero legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione (in senso sostanziale, perché posti a tutela di interessi imperativi, c.d. tassatività attenuata), anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dalla norma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali. Conseguentemente, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere.

Sulla scorta dei principi enucleati, è legittima la clausola del bando che esclude chi non sia in grado di comprovare il possesso del requisito tecnico-operativo richiesto, in quanto riferita ai livelli minimi di capacità tecnica dell'impresa offerente ai sensi dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo d.lgs. n. 50/2016. Essa, infatti, è rivolta all'individuazione della platea dei potenziali partecipanti.

Inoltre, la clausola in questione si pone come "*immediatamente escludente*", ai fini del configurarsi dell'interesse a ricorrere e dell'individuazione del *dies a quo* a cui ancorare il termine di proposizione del ricorso e non può ritenersi inoppugnabile come atto

endoprocedimentale, né in contrasto con l'effetto utile della direttiva n. 2014/24/UE e in violazione della direttiva 89/665/CEE, come integrata e modificata dalla direttiva 2007/66/CE.

Invero, in base a giurisprudenza risalente e consolidata, la Corte di giustizia ha enunciato il concetto di "autonomia procedurale" degli Stati membri, in base al quale "*...in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta*" (Corte di giustizia CEE, sentenza 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*; Corte di giustizia CEE sentenza 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*).

Più volte il Consiglio di Stato, poi, ha avuto modo di pronunciarsi, in applicazione delle coordinate interpretative delineate dalla Corte di giustizia, sul rapporto fra preclusioni processuali e diritto comunitario, statuendo che l'applicazione del diritto comunitario ed euro-unitario deve comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro, poste a tutela del principio di certezza del diritto (Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2332; sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272; sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806; sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131), cosicché l'avvenuto decorso del termine di impugnazione della clausola escludente contenuta nel bando di gara preclude successive impugnazioni.

Parimenti, sempre il richiamo a consolidati indirizzi giurisprudenziali consente di respingere la tesi secondo la quale l'illegittimità di un atto amministrativo, sia che si tratti di nullità sia che si tratti di annullabilità, determinerebbe un obbligo di disapplicazione da parte del giudice nazionale, al di fuori dell'avvenuta impugnazione di questo atto.

In proposito, il provvedimento amministrativo emanato in violazione del diritto euro-unitario non va considerato nullo, ma affetto da vizio di legittimità (non diverso da quello che discende dal contrasto con il diritto interno). Esso diventa inoppugnabile se non impugnato nel termine di decadenza (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874; sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5630; Sez. III, 08 settembre 2014, n. 4538; sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750; sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; Cons. giust. amm. sic., 21 aprile 2010, n. 553; Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414).

**LEGGI LA SENTENZA**

Publicato il 15/02/2022

**N. 01107/2022REG.PROV.COLL.**

**N. 08995/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA****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 8995 del 2021, proposto dalla società Zanetti Arturo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bergamo, via Pignolo, n. 86;

***contro***

la società Trenitalia s.p.a. e la società Trenitalia Tper s.c.ar.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Edoardo Giardino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Adelaide Ristori, n. 42;

***nei confronti***

la società Italbonifiche s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Germano Margiotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (sezione seconda) n. 631 del 25 giugno 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Trenitalia s.p.a., della società Trenitalia Tper s.c.ar.l. e della società Italbonifiche s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il consigliere Michele Conforti e udito per la società Trenitalia s.p.a. e la società Trenitalia Tper s.c.ar.l. l'avvocato Edoardo Giardino;

Viste le istanze di passaggio in decisione depositate, in data 14 gennaio 2022, dall'avvocato Massimo Giavazzi e, in data 18 gennaio 2022, dall'avvocato Germano Margiotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Giunge all'esame del Consiglio di Stato l'appello proposto avverso la sentenza n. 631 del 25 giugno 2021 del T.a.r. per l'Emilia Romagna.

2. Il giudizio ha ad oggetto l'impugnazione:

a) del provvedimento del responsabile della struttura acquisti regionale della società Trenitalia s.p.a. n. 32 del 26 gennaio 2021, con il quale è stata revocata l'aggiudicazione della gara "CIG 8398804052", comunicata alla società "Zanetti Arturo & C." s.r.l. (in prosieguo Zanetti), mediante avviso sul "Portale acquisti" della società Trenitalia, pubblicato in data 27 gennaio 2021;

b) di quelle clausole del bando (paragrafi III.1.3. lett. d; III.1.4. punto 3), pubblicato in G.U. 2 settembre 2020, e del disciplinare di gara (Allegato 1 capitolato tecnico, art. VII.3), che prescrivono, ai fini della prova della capacità tecnica, il possesso di «accordi di cooperazione» - stipulati in data antecedente alla pubblicazione del bando di gara, con i soggetti terzi autorizzati allo smaltimento dei rifiuti oggetto del contratto d'appalto (nel caso in esame, si tratta del rifiuto CER 16.04.03 – Altri rifiuti esplosivi) - per quelle imprese che non dispongono di un impianto per il trattamento dei rifiuti da gestire nell'esecuzione dell'appalto.

3. Si espongono i fatti salienti del processo.

3.1. La società Trenitalia ha bandito la gara riguardante l'affidamento del *"Servizio di prelievo, imballo, carico, trasporto, recupero e/o smaltimento finale presso impianti autorizzati di rifiuti pericolosi e non pericolosi derivanti dalle lavorazioni industriali e commerciali svolte presso i siti produttivi di Trenitalia Tper e noleggio cisterne per lo stoccaggio dei reflui delle ritirate dei treni per gli anni 2021-2024"*.

3.2. Il bando in questione richiedeva, al paragrafo III.1.3.lett. d), tra i requisiti di partecipazione riferiti alla "capacità professionale e tecnica", che *"...in caso di operatore economico non titolare di impianto per le attività di cui sopra, che quindi ricorra ad uno o più soggetti terzi destinatari autorizzati [sussista]:*

*- [il] possesso di uno o più accordi di cooperazione - stipulati in data antecedente alla pubblicazione del presente Bando di gara - con uno o più soggetti destinatari autorizzati in cui quest'ultimo/questi ultimi si impegna/impegnano a ritirare i suddetti rifiuti specificandone i codici CER e i quantitativi;*

- [l']autorizzazione del/i soggetto/i destinatario/i autorizzato/i rilasciata ai sensi degli artt. 208 e 210 del D.lgs. 152/06 e s.m.i (procedura ordinaria) oppure AIA del/i soggetto/i destinatario/i autorizzato/i rilasciata ai sensi della parte 2<sup>a</sup> del D.lgs. 152/06 e s.m.i;

- [l']autorizzazione del/i soggetto/i destinatario/i autorizzato/i per le attività di recupero previste nel D.M. 5.2.1988 relativamente ai soli rifiuti che vengono avviati al recupero con procedura semplificata (art. 214 del D.lgs 152/2006 s.m.i.) dei rifiuti (CER) che si possono conferire all'impianto aggiornato al vigente catalogo europeo dei rifiuti. [...]

3.3. Va puntualizzato a tale riguardo che, fra i rifiuti da trattare, in esecuzione dell'appalto eventualmente aggiudicato, vi era quello denominato "Altri rifiuti esplosivi" (CER 16.04.03\*).

3.4. Risulta inoltre comprovato che la società odierna appellante non gestisce direttamente impianti per il trattamento di rifiuti esplosivi e la suddetta società non si è costituita in a.t.i., non ha utilizzato l'avvalimento, non ha stipulato contratti di sub appalto né prima l'emanazione del bando né al momento della presentazione dell'offerta inerenti al trattamento di questa tipologia di rifiuto.

3.5. Con la delibera n. 403 del 9 novembre 2020, la società Trenitalia comunicava alla società Zanetti l'aggiudicazione provvisoria della procedura.

3.6. Successivamente, la società Trenitalia revocava l'aggiudicazione, a fronte della mancata trasmissione da parte della società Zanetti dell'accordo di cooperazione tra la stessa ed un soggetto terzo autorizzato al trattamento della tipologia di rifiuto recante il CER 16.04.03\*.

3.7. In particolare, nel provvedimento di revoca si legge che:

a) l'impresa aggiudicataria ha inviato alla stazione appaltante "una dichiarazione sottoscritta dal proprio legale rappresentante, con cui si rappresenta che il codice CER 16.04.03\* Altri rifiuti esplosivi è "oggetto di subappalto necessario a ditta specializzata trattandosi di materiale esplosivo e pericoloso del tutto particolare", allegando documentazione relativa all'Impresa Primis S.r.l., individuata come proprio subappaltatore sulla base di quanto manifestato dalla stessa ZANETTI in fase di gara circa la volontà di ricorrere al subappalto per le sole attività di prelievo, imballo, carico e trasporto rifiuti ed espurghi";

b) la medesima impresa ha, inoltre, inviato "anche un contratto di mandato senza rappresentanza ex art. 1705 c.c. - datato 19/01/2017 - sottoscritto dall'Amministratore Unico di Primis S.r.l. e dal Presidente di Esplosivi Sabino S.r.l., titolare di impianto di smaltimento per il CER 16.04.03\*, con il quale Esplosivi Sabino conferisce a Primis l'incarico di svolgere l'attività di reperimento in via esclusiva del CER 16.04.03\*, non impegnandosi in alcun modo a ritirare il suddetto rifiuto e non indicandone i quantitativi";

c) "tale contratto di mandato non è idoneo ad integrare il possesso del requisito di partecipazione di cui al paragrafo III.1.3), lett. d) del bando in capo all'impresa ZANETTI ARTURO & C. S.r.l., dal momento che quest'ultima non è parte di tale contratto e che, oltretutto, il predetto contratto non si configura, come già detto, come accordo di cooperazione

*nei termini specificati dal bando, ma semplicemente come accordo con il quale la Esplodenti Sabino ha conferito mandato alla Primis per il reperimento di rifiuti per suo conto”;*

*d) “non si comprende come l’Impresa ZANETTI ARTURO & C. S.r.l. ai fini della dimostrazione del possesso di un requisito di partecipazione relativo all’attività di smaltimento di rifiuti, possa far riferimento ad un accordo intercorso tra un subappaltatore ed un soggetto terzo dal momento che, come già riferito, l’attività di smaltimento rifiuti non rientra tra le attività per le quali è stata manifestata la volontà di ricorrere al subappalto in fase di partecipazione alla presente procedura di gara”.*

3.8. In data 12 aprile 2021, la stazione appaltante comunicava alla seconda classificata – la società Italconifichè – l’aggiudicazione del contratto.

4. La società Zanetti ha pertanto impugnato il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e le clausole del bando e del disciplinare di gara, formulando due autonomi mezzi di impugnazione.

4.1. Con il ricorso notificato in data 25 febbraio 2021, la società ha proposto:

- a) la domanda di annullamento del provvedimento di ritiro;
- b) la domanda di declaratoria di nullità o di annullamento del bando di gara;
- c) la domanda di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e quella di subentro nell’esecuzione dell’appalto;
- d) la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario.

4.2. La società Trenitalia si è costituita in giudizio resistendo al ricorso ed eccependo, in via pregiudiziale, la sua irricevibilità o la sua inammissibilità, in quanto tardivamente proposto.

Secondo la resistente, la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente il bando di gara contenente clausole escludenti.

Inoltre, il ricorso sarebbe inammissibile perché non sarebbero state impugunate tutte le ragioni giustificatrici del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione.

4.3. Si è costituita in giudizio, anche la società contro interessata Italconifichè s.p.a., resistendo all’impugnazione e domandandone il rigetto.

4.4. La ricorrente ha insistito nelle sue deduzioni e contro dedotto sulle eccezioni preliminari di controparte.

5. Con la suindicata sentenza n. 631/2021, il T.a.r. ha respinto il ricorso, dichiarandolo inammissibile e comunque infondato, condannando la società ricorrente al pagamento di 4.000,00 euro di spese legali.

5.1. Segnatamente, il giudice di primo grado:

a) ha accolto l'eccezione di tardività del ricorso, in quanto il bando di gara richiedeva, espressamente, con clausola non equivoca, il possesso di uno o più accordi di cooperazione stipulati in data antecedente alla pubblicazione del bando di gara, per potervi prendere parte;

b) ha scrutinato il ricorso anche nel merito:

b.1) rilevando l'infondatezza del primo motivo di ricorso, in quanto *“i requisiti richiesti appaiono coerenti e proporzionati all'appalto in esame, afferendosi allo smaltimento di pericolosi rifiuti (esplosivi)”*;

b.2) statuendo l'infondatezza del secondo motivo di ricorso, in quanto *“l'impresa ricorrente non risultava in possesso del citato requisito richiesto neanche alla data di presentazione dell'offerta, non avendo la stessa prodotto nessun accordo di cooperazione con impianto autorizzato allo smaltimento del rifiuto contraddistinto dal codice CER 16.04.03”*.

6. La soccombente ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado (attraverso mezzi di gravame estesi da pagina 10 a pagina 33 del ricorso).

6.1. Con quello che può essere considerato un primo motivo di impugnazione, la società lamenta l'erroneità della sentenza del T.a.r. per aver dichiarato l'irricevibilità del ricorso, senza contemplare la disapplicazione delle clausole del bando di gara impuginate, in quanto contrarie al diritto euro-unitario.

Con riferimento alla doglianza prospettata, si formula, qualora questo Consiglio non condivida la tesi esposta, un'apposita istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., affinché quest'ultima si pronunci sul regime giuridico degli atti che violano la normativa euro-unitaria.

6.2. Con un secondo motivo di appello, la società lamenta l'erroneità del capo della sentenza che ha qualificato la clausola che ha determinato la revoca dell'aggiudicazione come “non equivoca”.

L'appellante sostiene che:

a) la clausola sarebbe ambigua perché farebbe riferimento alla categoria degli “accordi di collaborazione”, che sembrerebbe sottintendere una forma di gestione associativa del servizio, di cui la società ricorrente non si avvale, piuttosto che un contratto sinallagmatico, invece asseritamente prescelto dalla ricorrente quale modalità per soddisfare le previsioni del bando e partecipare perciò alla gara;

b) la clausola non può essere percepita come lesiva in quanto farebbe un erroneo riferimento al d.lgs. n. 152/2006 (t.u. ambiente), piuttosto che al r.d. 18 giugno 1931 n. 773 (t.u.l.p.s.) che disciplina, in luogo della prima fonte normativa indicata, i soggetti che gestiscono il materiale esplosivo;

c) la clausola sarebbe comunque nulla, in applicazione dei principi sanciti dalla sentenza n. 22/2020 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, in quanto, sostiene l'appellante, *“non è in discussione la richiesta (discrezionale) di un requisito per partecipare alla gara, bensì la prescrizione... di una particolare modalità di dimostrazione del possesso di quel requisito... sotto comminatoria di esclusione dalla gara”*.

6.3. Con un terzo motivo di appello, la società impugna il capo della sentenza che ha respinto la doglianza relativa alla violazione del principio di proporzionalità.

L'appellante rimarca la scarsa incidenza che presenta lo smaltimento del rifiuto in questione nell'economia generale dell'appalto ed evidenzia come, in una successiva gara d'appalto, una società del medesimo gruppo abbia modificato il bando, escludendo che per il rifiuto CER 16.04.03\* le imprese partecipanti debbano presentare un accordo di collaborazione con un'impresa autorizzata alla gestione di tale rifiuto, ai sensi del T.U. ambiente.

6.4. Con un quarto motivo di appello, la società impugna il capo della sentenza che ha respinto la censura di illegittimità degli atti impugnati perché contenenti delle previsioni retroattive rispetto al bando stesso.

Ci si duole che imporre la sottoscrizione di accordi di collaborazione ad un momento antecedente alla pubblicazione del bando *“non è certo necessario a «dimostrare la serietà dell'impegno e la reale possibilità di smaltire presso detti impianti i rifiuti ai quali il capitolato fa riferimento», come invece sostenuto dal giudice di prime cure (giacché, a tal fine, è sufficiente che il concorrente abbia la disponibilità degli impianti al momento in cui partecipa alla gara)”*.

6.5. Con un quinto motivo di appello, si rincara la precedente censura, rivolgendola avverso quell'affermazione della motivazione, nella quale si deduce che *“l'impresa ricorrente non risultava in possesso del citato requisito richiesto neanche alla data di presentazione dell'offerta”, poiché, secondo l'appellante, “non avrebbe avuto davvero senso alcuno che la società Zanetti Arturo & C si procurasse un (inservibile) accordo postumo”*.

Si rimarca che *“La società ricorrente aveva immaginato che la richiesta di un «accordo di cooperazione» con imprese autorizzate allo smaltimento dei rifiuti a norma del codice dell'ambiente non le fosse di pregiudizio della facoltà di organizzarsi per lo smaltimento degli «Altri rifiuti esplosivi» (codice CER 16403\*) affidandoli in subappalto ai trasportatori a tal fine autorizzati ai sensi del TULPS”, sicché “riesce incomprensibile la ragione per cui dovrebbe ora rilevare... se la Zanetti Arturo & C. avesse o no un valido «accordo di cooperazione» stipulato dopo la pubblicazione del bando di gara”*.

6.6. Con il sesto motivo, l'appellante si duole del capo della sentenza nel quale si afferma che *“la società Zanetti non poteva soddisfare i requisiti esposti al punto precedente in quanto l'impianto di cui è titolare la società risulta ubicato a Mapello (BG) e, quindi, si trova ad una distanza di 250 chilometri da Bologna e conseguentemente ad una distanza nettamente superiore al limite di 200 chilometri richiesto dal bando di gara per l'attribuzione del massimo punteggio previsto per la distanza”*.



Si evidenzia come questa affermazione, contenuta nella motivazione, attiene alla contestazione sull'attribuzione del punteggio complessivo da parte della stazione appaltante, operata in sede procedimentale nei suoi confronti dalla società contro interessata, che però non è stata poi oggetto di impugnazione mediante la proposizione del ricorso incidentale da parte di quest'ultima.

Si tratterebbe, dunque, di una statuizione avulsa dal *thema decidendum* e *ultra petita*.

6.7. Si è costituita in giudizio la società contro interessata, resistendo all'appello.

6.8. Nella memoria del 20 dicembre 2021, la società contro interessata ha formulato una duplice eccezione di inammissibilità sulla questione pregiudiziale posta dall'appellante, sia perché essa, ancorché dedotta tra i motivi di appello, non sarebbe stata poi esplicitata nelle conclusioni; sia perché atterrebbe a fatti non dedotti nel giudizio di primo grado.

6.9. Si sono costituite in giudizio le società Trenitalia s.p.a. e Tper s.c.a.r.l. le quali hanno esposto le proprie difese nella memoria del 3 gennaio 2022, resistendo nel merito alle deduzioni dell'appellante.

Sono state altresì formulate: *i)* una prima eccezione pregiudiziale di inammissibilità dell'appello per mancata impugnazione dell'aggiudicazione avvenuta in data 12 aprile 2021; *ii)* una seconda eccezione pregiudiziale di inammissibilità, per non aver la società Zanetti impugnato tutte le ragioni giustificatrici poste a sostegno della revoca dell'aggiudicazione.

6.10. Con la memoria del 7 gennaio 2022, la società appellante ha replicate alle difese delle sue controparti.

6.11. All'udienza pubblica del 20 gennaio 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. In applicazione del criterio della ragione più liquida, il Collegio ritiene che non sia necessario procedere alla disamina delle eccezioni pregiudiziali, formulate dalle parti resistenti, bensì che si possano esaminare direttamente i motivi di impugnazione, essendone palese la loro infondatezza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015, § 5.3.).

8. Giova muovere dal dato letterale dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, secondo cui *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. 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.”*.

8.1. Invero, antecedentemente all'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione (nell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011:), non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (così, Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.1).

8.2. Nondimeno, anche successivamente all'introduzione della regola della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, si è statuito che fossero legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione (in senso sostanziale, perché posti a tutela di interessi imperativi, c.d. tassatività attenuata), anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22).

8.2.1. Conseguentemente, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22, § 7.).

9. Sulla scorta dei principi enucleati, il Collegio rileva che, in ragione del suo tenore testuale, la clausola del bando innanzi riportata, in quanto riferita, ai sensi dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo d.lgs. n. 50/2016, ai livelli minimi di capacità tecnica dell'impresa offerente (cfr. la richiamata Ad. plen., n. 22 del 2020) risulta valida (cfr., nuovamente, Ad. plen. n. 9 del 2014 e n. 22 del 2020).

9.1. Risulta dunque infondata la deduzione di una sua nullità ad opera dell'appellante.

10. Al contempo, proprio perché rivolta all'individuazione della platea dei potenziali partecipanti, escludendo chi non fosse in grado di comprovare il possesso del requisito tecnico-operativo richiesto, la clausola in questione si pone come "*immediatamente escludente*", ai fini del configurarsi dell'interesse a ricorrere e dell'individuazione del *dies a quo* a cui ancorare il termine di proposizione del ricorso (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; 7 aprile 2011, n. 4; 29 gennaio 2003 n. 1).

10.1. Conseguentemente, la statuizione di irricevibilità della sentenza di primo grado, quanto all'impugnazione della clausola del bando di garo, si palesa corretta.

11. Non può neppure accogliersi la prospettazione di parte appellante secondo cui l'inoppugnabilità di un atto endo procedimentale si porrebbe in contrasto con l'effetto utile della direttiva n. 2014/24/UE e in violazione della direttiva 89/665/CEE, come integrata e modificata dalla direttiva 2007/66/CE.

11.1. In proposito, il Collegio rileva come, in alcune sentenze oramai risalenti nel tempo (ma sempre ribadite e costituenti giurisprudenza consolidata), la Corte di giustizia ha enunciato il concetto di “autonomia procedurale” degli Stati membri, in base al quale “...*in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta*” (Corte di giustizia CEE, sentenza 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*; Corte di giustizia CEE sentenza 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*).

11.2. Nel momento in cui - come nel caso delle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici - la competenza procedurale venga avocata a sé dall'Unione, allora, all'idea di “autonomia procedurale” si sostituisce quella di “*competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”: dato che, ai sensi dell'art. 288 c. 3 TFUE (ex art. 249 c. 3 CE), “*la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”.

11.3. Le modalità procedurali stabilite dai giudici nazionali, tuttavia, “*non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale*” (criterio dell'equivalenza) e che le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere “*in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare*” (criterio dell'effettività) (Corte di giustizia sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*).

11.4. Si tratta, dunque, di verificare se, nel caso in esame, a causa della previsione, ai sensi degli art. 31, comma 4, 119, comma 2, e 120, comma 3, di un termine di decadenza per la proposizione della domanda di declaratoria di nullità, decorrente dalla data di pubblicazione del bando, si verifichi una violazione dei richiamati principi di equivalenza e di effettività, nonché se in presenza di un atto asseritamente contrario alla disciplina euro-unitaria si imponga un obbligo di disapplicazione che trascende dalla rituale proposizione del mezzo di impugnazione predisposto dall'ordinamento.

11.5. In linea generale, con riferimento al duplice quesito formulato, si evidenzia che proprio la Corte di giustizia ha avuto modo di statuire, nella sua funzione di giudice nomofilattico della normativa euro-unitaria, che:

a) “*La direttiva 89/665/Cee del consiglio, 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del parlamento europeo e del consiglio, 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi art. 1 e 2 quater, letti alla luce dell'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di trenta giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o*

*potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata”;*

b) *“La direttiva 89/665/Cee, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, e in particolare i suoi art. 1 e 2 quater, letti alla luce dell'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di trenta giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata”* (Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18, Soc. coop. animaz. Valdocco; a conclusioni analoghe la Corte era giunta nella sentenza sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13, §§ 50 ss.).

11.6. Le massime richiamate depongono per l'infondatezza della tesi sostenuta: la previsione di un termine per l'impugnazione della clausola del bando di gara asseritamente illegittima e, dunque, per farne accertare e sentire dichiarare la nullità risulterebbe compatibile e conforme alla disciplina euro-unitaria nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia.

11.7. Più volte questo Consiglio ha avuto modo di pronunciarsi, in applicazione delle coordinate interpretative delineate dalla Corte di giustizia, sul rapporto fra preclusioni processuali e diritto comunitario, statuendo che l'applicazione del diritto comunitario ed euro-unitario deve comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro, poste a tutela del principio di certezza del diritto (Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2332; sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272; sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806; sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131), cosicché la tesi di parte appellante, volta a neutralizzare l'avvenuto decorso del termine di impugnazione della clausola escludente contenuta nel bando di gara, va senz'altro respinta.

12. Parimenti, sempre il richiamo a consolidati indirizzi giurisprudenziali consente di respingere la tesi secondo la quale l'illegittimità di un atto amministrativo, sia che si tratti di nullità sia che si tratti di annullabilità, determinerebbe un obbligo di disapplicazione da parte del giudice nazionale, al di fuori dell'avvenuta impugnazione di questo atto.

12.1. In proposito, si è statuito che *“il provvedimento amministrativo emanato in violazione del diritto eurounitario (nella specie, rinnovo di una concessione demaniale marittima) non va considerato nullo, ma è affetto da un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto con il diritto interno, esso diventa inoppugnabile se non impugnato nel termine di decadenza”* (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874; sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5630; Sez. III, 08 settembre 2014, n. 4538; sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750; sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; Cons. giust. amm. sic. 21 aprile 2010, n. 553; Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414).

12.2. Dunque, quand'anche la clausola risultasse nulla o annullabile, la mancata tempestiva

proposizione dell'impugnazione da parte dell'interessato non consentirebbe la disapplicazione ad opera del decidente.

12.3. In ragione di quanto sinora osservato, discende l'irrilevanza del chiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, circa la disapplicazione degli atti endoprocedimentali contrari al diritto euro-unitario.

12.3.1. Sul punto, giova rimarcare come *“L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi”* (Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*; 4 ottobre 2018, *Commissione c. Repubblica francese*, C-416/17, punto 110; 15 settembre 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, punto 33; 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, punto 29; 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, punto 21).

12.3.2. Alla luce del consolidato orientamento richiamato (applicato costantemente da parte della giurisprudenza di questo Consiglio v. da ultimo sez. IV, n. 146 del 2022), va evidenziato come il rinvio pregiudiziale risulti irrilevante, in ragione dell'insussistenza dell'asserita nullità della clausola escludente del bando di garo.

12.3.3. Parimenti, sui punti asseritamente controversi e rispetto ai quali si è domandato l'intervento interpretativo della Corte di giustizia, la suddetta Corte ha già avuto modo di pronunciarsi.

36.3.4. Infine, anche la Corte costituzionale ha escluso che, in materia di appalti, prevalga sempre e comunque, senza deroghe e bilanciamenti, il favor per la tutela giudiziaria domandata dal ricorrente (cfr. Corte cost. n. 271 del 2019).

12.4. Il primo motivo di appello e l'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia vanno pertanto respinti.

13. Allo stesso modo, il Collegio ritiene che sia infondato il secondo motivo di appello, con il quale si sostiene l'equivocità della clausola del bando, sempre al fine di poter superare la maturata preclusione e l'inoppugnabilità della previsione della legge di gara, a discapito della società odierna appellante.

13.1. Contrariamente a quanto rilevato dall'appellante, la clausola del bando risulta tutt'altro che equivoca, essendo il precetto in esso contenuto formulato in maniera chiara.

13.1.1. Invero, in base alla *lex specialis*, l'impresa che non sia titolare di un autonomo impianto di smaltimento rifiuti, per poter partecipare alla gara, deve provare di avere stipulato,

antecedentemente alla pubblicazione del bando di gara, degli “accordi di cooperazione”, ossia una qualsivoglia forma di partenariato – contrattuale e non -, con un soggetto terzo, debitamente qualificato come “destinatario” dei rifiuti in questione, che si impegni al ritiro dei rifiuti e sia autorizzato alla loro gestione.

13.2. In particolare, la locuzione “accordi di cooperazione” per la sua ampiezza rimanda a qualsiasi meccanismo di carattere contrattuale o associativo che permette di servirsi della struttura aziendale altrui per lo svolgimento dell’appalto e, in particolare, per la gestione di quei rifiuti dei quali l’operatore economico non è autorizzato al trattamento.

13.3. Stante la chiarezza del precetto in questione, risulta irrilevante, ai fini della chiarezza della clausola non impugnata e che si intende tardivamente contestare, l’erroneo rimando al t.u. ambiente in luogo del t.u.l.p.s..

13.3.1. Il Collegio rileva, infatti, che permane, in maniera evidente, la perspicuità del “nucleo fondamentale” della regola tecnica sancita dalla disposizione in questione e che richiede all’operatore economico che non possa trattare taluni rifiuti, in quanto non titolare di impianto idoneo o autorizzato a tale trattamento, di procurarsi la “collaborazione” di un soggetto terzo che sia autorizzato a questo trattamento.

13.4. Contrariamente a quanto dedotto, poi, non vi è alcuna restrizione del principio che demanda all’imprenditore l’organizzazione della sua impresa, essendo questi libero di scegliere la forma organizzativa più adatta al conseguimento di questo risultato.

13.5. Conseguentemente, la clausola III.1.3. lett. d) del bando di gara, oltre a non essere nulla, non risulta neppure equivoca ed andava perciò immediatamente impugnata ad opera dell’impresa priva del requisito di partecipazione, per dedurne l’illegittimità.

13.6. Il secondo motivo di appello va pertanto respinto.

14. Statuito che la clausola era immediatamente escludente e non risulta né nulla né equivoca, possono ora essere esaminati il terzo, il quarto e il quinto motivo di appello, tutti diretti a far valere diversi profili di illegittimità della clausola del bando di gara di cui si discorre.

14.1. I suindicati motivi di appello vanno dichiarati inammissibili, in quanto diretti a sindacare la clausola del bando di gara, che, per i motivi che si è detto, è oramai divenuta inoppugnabile.

14.2. Il terzo, il quarto e il quinto motivo di appello possono pertanto essere respinti.

15. Residua, infine, la disamina del sesto motivo di appello.

15.1. Circa il sesto e ultimo motivo di appello, il Collegio ne rileva l’inammissibilità per difetto di interesse.

15.2. Pur essendo condivisibile la censura di parte appellante - secondo cui l’affermazione recata dalla sentenza impugnata (e riportata *retro* al § 6.6.) costituisce una statuizione resa

*ultra petita* ed inconferente con il *thema decidendum* - va rilevato altresì come essa non abbia in alcun modo inciso sulla *ratio decidendi* che ha portato al rigetto del ricorso di primo grado, sicché difetta ogni interesse – in termini di soccombenza – alla sua impugnazione o ad una pronuncia nel merito sulla questione.

15.3. Il sesto motivo va pertanto respinto

16. In conclusione, dunque, a fronte della inoppugnabilità della clausola del bando, di cui al punto III.1.3. lett. d), il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione risulta vincolato.

16.1. Ne discende il rigetto della domanda di annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e della domanda finalizzata alla pronuncia di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

17. Parimenti, va, infine, respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

17.1. Per costante giurisprudenza, *“L'esclusione dell'illegittimità amministrativa degli atti asseritamente produttivi di danno, infatti, esclude l'ineludibile presupposto giuridico (appunto, l'illegittimità dell'azione amministrativa a monte) affinché sia configurabile, già in via teorica, un danno risarcibile”* (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. n. 7 del 2021; sez. IV, 10 agosto 2020, n. 4990).

18. In definitiva, dunque, l'appello va respinto.

19. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 8995 del 2021 lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna la società Zanetti Arturo & C. s.r.l. alla rifusione, in favore di ciascuna delle due parti appellate (le due società Trenitalia da un lato e la società Italbonifiche dall'altro), delle spese del giudizio che liquida in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere



Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore