



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4631 del 2011, proposto da:
DI GENNARO S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Gian Luca Lemmo, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via del Parco Margherita n. 31;

contro

ASIA – AZIENDA SERVIZI IGIENE AMBIENTALE NAPOLI S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alfonso Erra ed Andrea Napolitano, presso il cui studio in Napoli alla Via F. Del Carretto n. 26 è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

ECOSISTEM S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Riccardo Marone, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli alla

Via Cesario Console n. 3;

per l'annullamento

a) della nota dell'ASIA Napoli S.p.A. (d'ora in seguito anche "ASIA") prot. n. 10194/ACU/FC/gg del 30 giugno 2011, recante la comunicazione di aggiudicazione definitiva in favore della Ecosistem S.r.l. dei lotti 2 e 3 della gara per l'affidamento del servizio di ritiro, selezione e trattamento di rifiuti ingombranti;

b) di ogni altro atto collegato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi, per quanto di ragione, il verbale di gara del 16 giugno 2011, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dei lotti 2 e 3 in favore della Ecosistem S.r.l., il verbale di gara relativo alla valutazione dell'offerta di quest'ultima, nonché il verbale del C.d.A. dell'ASIA del 28 giugno 2011, recante l'aggiudicazione definitiva dei lotti 2 e 3 in favore della predetta società;

e per la condanna

dell'ASIA, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, al risarcimento dei danni in forma specifica e/o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società resistente e di quella controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2011 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che il presente gravame si presta ad essere definito con sentenza in forma semplificata, sussistendone le condizioni di legge;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. Nell'impugnare gli atti in epigrafe emarginati, parte ricorrente, che si è collocata seconda in graduatoria, si duole essenzialmente dell'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva dei lotti 2 e 3 della gara per l'affidamento del servizio di ritiro, selezione e trattamento di rifiuti ingombranti disposta in favore della Ecosistem S.r.l., adducendo censure attinenti agli aspetti della violazione del codice dei contratti pubblici e del disciplinare di gara, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

La medesima formula anche domanda risarcitoria nei termini in epigrafe descritti.

Resistono l'ASIA e la controinteressata Ecosistem, eccependo l'infondatezza del gravame.

2. Con una prima censura, parte ricorrente deduce che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto la dichiarazione sui requisiti di moralità professionale anche per il direttore tecnico, in violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

A fronte di tale doglianza, le difese delle controparti formulano nel complesso le seguenti obiezioni: a) la Ecosistem non è dotata della figura del direttore tecnico, ma possiede esclusivamente la diversa figura del responsabile tecnico, necessaria per l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, in relazione alla quale l'art. 38 cit. non contempla il rilascio della dichiarazione sui requisiti di moralità professionale; b) la *lex specialis* di gara non introduce alcuna equivalenza tra le due figure quanto ad obbligo dichiarativo, che viene esteso solo ai procuratori che hanno avuto un ruolo nel confezionamento dell'offerta; c) ad ogni modo, nell'inconcessa ipotesi dell'equiparazione tra direttore e responsabile tecnico, l'omissione della dichiarazione, essendo carente una clausola escludente della legge di gara, si tradurrebbe in un "falso innocuo" insuscettibile di pregiudicare gli interessi presidiati dall'art. 38, che ricollega piuttosto "l'esclusione dalla gara al dato oggettivo del mancato possesso di uno dei requisiti indicati al comma 1 e non anche al caso della incompleta o omessa dichiarazione del possesso di quei requisiti".

2.1 La censura merita condivisione, mentre devono essere disattese le eccezioni *ex adverso* articolate.

Si premette che le emergenze processuali (certificato camerale e provvedimento di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali) danno conto dell'esistenza nell'organigramma della Ecosistem della sola figura del responsabile tecnico; tuttavia, tale dato non sposta i

termini della questione in modo da rendere priva di forza persuasiva la prospettazione attorea.

Il Collegio, pur prendendo atto di qualche precedente non conforme della Sezione e di altri Tribunali Amministrativi (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 18 marzo 2011 n. 1498; TAR Sicilia Catania, Sez. I, 10 febbraio 2011 n. 296), ritiene di aderire al più diffuso orientamento espresso dal massimo giudice amministrativo, che, con convincenti argomentazioni, ha reputato perfettamente equiparabili le posizioni del direttore tecnico e del responsabile tecnico in ordine all'assolvimento dell'obbligo dichiarativo sul possesso dei requisiti di moralità professionale.

Giova, al riguardo, richiamare il seguente passaggio: “1) nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è obbligatoria (ex art. 10, comma 4, del D.M. 28 aprile 1998) la figura del responsabile tecnico, il quale è elemento indispensabile per la qualifica dell'impresa, evidentemente deputato allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume, per stessa definizione, la responsabilità sotto altri aspetti, non diversamente dal direttore tecnico previsto dall'art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in materia di imprese di lavori pubblici (cui competono, notoriamente, gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo per l'esecuzione dei lavori); 2) non sono pertanto ravvisabili significative differenze tra il responsabile tecnico dell'impresa di gestione dei rifiuti ed il direttore tecnico, anche

quest'ultimo potendo (ex art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34) essere un soggetto esterno; 3) quando la norma (all'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e quindi anche della lex specialis di gara) richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal direttore tecnico ha riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse ma a quella sostanzialmente analoghe perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto;" (così Consiglio di Stato, Sez. V, 24 marzo 2011 n. 1790; in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 26 maggio 2010 n. 3364; TAR Trentino Alto Adige Trento, Sez. I, 10 febbraio 2011 n. 38).

Ne discende, in applicazione del superiore insegnamento, che anche il responsabile tecnico della società aggiudicataria avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di moralità professionale, promanando tale obbligo direttamente dalla legge e rivelandosi perciò superfluo l'intervento della lex specialis di gara per sancire l'equiparazione con la figura del direttore tecnico.

Non essendosi verificato il suddetto adempimento dichiarativo, era doverosa l'esclusione della Ecosistem dalla procedura selettiva.

2.2 Né può darsi credito alla tesi, pur recepita in qualche orientamento giurisprudenziale, del "falso innocuo" e della non indispensabilità della dichiarazione di moralità professionale per l'ammissione alle gare, giacché è insita nella stessa ratio dell'art. 38, comma 2, del codice dei contratti l'indefettibilità, ai fini della

partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, della dichiarazione sull'insussistenza di pregiudizi di ordine morale, con conseguente necessità dell'esclusione del concorrente che non abbia adempiuto o abbia adempiuto in maniera incompleta in tal senso.

In disparte, nel caso di specie, l'espressa sanzione espulsiva prevista dal bando di gara (pag. 3) in caso di omessa dichiarazione ex art. 38, vale altresì osservare che la dichiarazione in parola è, in realtà, richiesta per una finalità che non si traduce solo nella garanzia sull'assenza di ostacoli di natura etica all'aggiudicazione, ma anche nella predisposizione dello strumento atto a consentire l'ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti. Invero, la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che involgono la professionalità degli amministratori nonché dei direttori e dei responsabili tecnici di una società. Tanto meno si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione se quest'ultimo non fosse connesso all'obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 3 marzo 2011 n. 1371; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3742; TAR Campania Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010 n. 9649).

Ad ogni modo, l'esposta esegesi sembra trovare suggello anche nel nuovo testo dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, come introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. d), del decreto legge n. 70/2011,

convertito nella legge n. 106/2011, il cui comma 1 bis – pur non essendo applicabile alla fattispecie *ratione temporis* – statuisce che “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice (tra cui ben potrebbe essere ricompreso l’obbligo dichiarativo di cui all’art. 38, comma 2, ndr.) e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti (...)”.

3. Pertanto, deve qualificarsi illegittima l’aggiudicazione definitiva dei lotti 2 e 3 intervenuta in favore della Ecosistem, meritando quest’ultima di essere esclusa per omessa dichiarazione di moralità professionale attinente alla figura del responsabile tecnico. Ne consegue l’annullamento della predetta aggiudicazione, restando assorbite le ulteriori censure quivi non esaminate.

3.1 Viceversa, non può trovare accoglimento l’istanza risarcitoria avanzata dalla ricorrente, in quanto il suo interesse al conseguimento dell’appalto può ritenersi integralmente soddisfatto, nell’attuale mancanza della stipula del contratto, dall’utile riformulazione della graduatoria di merito mediante la collocazione in prima posizione per entrambi i lotti.

4. In conclusione, ribadite le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere accolto nei limiti sopra precisati.

L’oscillazione degli orientamenti giurisprudenziali in materia costituisce particolare e giusto motivo per disporre la compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, ad eccezione del

contributo unificato, il cui importo dovrà essere rifuso dall'ASIA in favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Ecosistem S.r.l.

Condanna la resistente ASIA a rifondere alla ricorrente l'importo del contributo unificato. Spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Michele Buonauro, Primo Referendario

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)