



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 numero di registro generale 8685 del 2011 proposto dalla srl Ecosistem, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Marone, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50;

***contro***

ASIA Napoli -Azienda Servizi Igiene Ambientale Napoli spa; Di Gennaro spa, rappresentata e difesa dall'avv. Gian Luca Lemmo, con domicilio eletto presso Giovan Battista Santangelo in Roma, via Giovanni Battista De Rossi, 30;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - SEZIONE I, n. 4973/2011, resa tra le parti, concernente PROCEDURA DI GARA PER RITIRO TRASPORTO E TRATTAMENTO RIFIUTI INGOMBRANTI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio della spa Di Gennaro;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del 27 marzo 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Marone e Gian Luca Lemmo;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- Le società Di Gennaro ed Ecosistem hanno partecipato alla gara, indetta da ASIA –Napoli con delibera del CDA n. 579/10, per il ritiro, la selezione, il trasporto e il trattamento di rifiuti urbani ingombranti.

La società Di Gennaro era stata in un primo momento esclusa dalla procedura, poiché non in possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 per la categoria oggetto dell'appalto, vale a dire per il trattamento dei rifiuti ingombranti, identificati con il codice CER 20.03.07. L'esclusione era disposta sul rilievo che la certificazione di qualità prodotta dalla società Di Gennaro riguardava la diversa categoria di “raccolta, trasporto, stoccaggio e trattamento di rifiuti speciali non pericolosi”, laddove la gara aveva a oggetto solo il “ritiro, selezione e trattamento degli ingombranti”.

A seguito di ricorso al TAR Campania –Napoli, deciso con sentenza di accoglimento n. 2672/11, appellata da Ecosistem con il ricorso n.

R. G. 7844/11, la società Di Gennaro è stata riammessa alla procedura.

Al termine delle operazioni di gara i lotti 2 e 3 sono stati aggiudicati a Ecosistem.

La società Di Gennaro si è classificata seconda.

2.- Dopo avere verificato la sussistenza di motivi di esclusione relativi all'aggiudicataria Ecosistem, la società Di Gennaro ha impugnato, davanti al TAR Campania –Napoli:

-la nota ASIA –Napoli prot. n. 10194/ACU/FC/gg del 30 giugno 2011, recante la comunicazione di aggiudicazione definitiva, in favore di Ecosistem, della gara per l'affidamento del servizio, relativamente ai lotti 2 e 3; e

-i precedenti verbali di gara, chiedendo inoltre la condanna di ASIA, previa dichiarazione della inefficacia del contratto eventualmente stipulato, al risarcimento dei danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

La società Di Gennaro ha rilevato in particolare che Ecosistem avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, non avendo prodotto la dichiarazione sui requisiti di moralità professionale anche per il direttore tecnico, in violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

ASIA ed Ecosistem hanno controdedotto evidenziando che Ecosistem non è dotata della figura del direttore tecnico, possedendo esclusivamente la diversa figura del responsabile tecnico, necessaria

per l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, in relazione alla quale ultima figura il citato art. 38 non prevede il rilascio della dichiarazione sui requisiti di moralità professionale.

3.- Con la sentenza in epigrafe il TAR ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato la disposta aggiudicazione ad Ecosistem osservando che:

-nell'organigramma di Ecosistem, effettivamente, risulta esistere la sola figura del responsabile tecnico: ciò tuttavia non priva di forza persuasiva la tesi attorea;

-merita adesione il diffuso orientamento del Consiglio di Stato secondo cui sono pienamente equiparabili le posizioni del direttore tecnico e del responsabile tecnico in ordine all'assolvimento dell'obbligo di dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale;

-l'esclusione di Ecosistem dalla procedura era doverosa, e sancita dalla "lex specialis", non potendosi così dare credito alla tesi, anche giurisprudenziale, del cosiddetto "falso innocuo".

4.- Con atto di appello ritualmente proposto Ecosistem ha rilevato, in primo luogo, la illogicità della sentenza impugnata, atteso che il TAR, con la decisione n. 2672/11, nell'accogliere il ricorso proposto dalla Di Gennaro e nel riammettere la stessa alla gara, ritenendo che nella certificazione di qualità che riguarda la categoria dei rifiuti speciali non pericolosi non potesse non essere ricompresa anche la categoria dei rifiuti ingombranti, avrebbe assunto un atteggiamento

sostanzialistico mentre, quando si è trattato di giudicare in merito alla legittimità dell'aggiudicazione dei lotti 2 e 3 a Ecosistem, in rapporto alla mancata esclusione dell'appellante dalla procedura, il TAR, con la sentenza n. 4973/11, ha assunto un atteggiamento formalistico. L'appellante ha quindi criticato la sentenza laddove il TAR non ha dato credito alla tesi del cosiddetto "falso innocuo" e ha considerato equiparabili, ai fini della dichiarazione di cui all'art. 38/b) del codice dei contratti pubblici, le posizioni del direttore tecnico e del responsabile tecnico nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti.

5.- La società Di Gennaro si è costituita depositando una "memoria di costituzione con contestuale appello incidentale". Nella memoria si legge che il TAR ha correttamente giudicato fondata la censura proposta dall'appellata sulla mancata produzione della dichiarazione ex art. 38 da parte del "direttore-responsabile tecnico", avendo condiviso l'assunto sulla indispensabilità, nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, della figura del responsabile tecnico al pari della figura del direttore tecnico nelle imprese di lavori pubblici, in ragione della assenza di significative differenze tra le due figure; "in conseguenza di ciò –osserva la società Di Gennaro- (il TAR) non ha valutato che il dott. Tommaso Antonio Lanza, nei documenti depositati in gara e in giudizio, e precisamente nel decreto dirigenziale n. 27 del 10.4.2008 di autorizzazione unica per l'impianto di stoccaggio e trattamento rifiuti non pericolosi, ubicato in Nusco

(AV) ...rilasciato alla Ecosistem, è indicato come direttore tecnico... pertanto, nella sola ipotesi in cui le conclusioni del TAR siano tali da escludere l'esistenza nell'organigramma di Ecosistem della figura del direttore tecnico la decisione del primo giudice va annullata "in parte qua" : di qui l'appello incidentale proposto sull'assunto che la indicazione del Lanza come responsabile tecnico non è idonea a escludere che lo stesso rivesta anche la qualifica di direttore tecnico, "con la conseguenza che la mancata dichiarazione ex art. 38 del codice degli appalti comporta la sicura esclusione della società".

L'appellata ha quindi confutato i motivi d'appello di Ecosistem riproponendo due censure che, formulate in primo grado e non vagliate dal TAR, "sono idonee a determinare, comunque, l'esclusione di Ecosistem" dalla procedura.

6.- All'udienza del 27 marzo 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7.- Appello principale e appello incidentale riguardano entrambi, sotto diverse angolazioni, la (il)legittimità della mancata esclusione di Ecosistem dalla procedura. L'esame del contenuto concreto dell'appello incidentale, da un lato, e la pacifica infondatezza dell'appello principale di Ecosistem, dall'altro, inducono il Collegio a dare priorità al vaglio dei motivi dell'appello principale, da respingere, con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'appello incidentale, non sembrando perciò risolutivo verificare se, come afferma la società Di Gennaro nella

parte in FATTO della memoria e nell'appello incidentale (v. pagine 4 e 5 dell'atto 21.11.2011), dagli atti si ricavi che il Lanza era stato indicato come direttore tecnico , con conseguente sicura esclusione di Ecosistem a causa della mancata dichiarazione ex art. 38 cit., ovvero se, coerentemente con quanto ritenuto dal TAR, Ecosistem non era dotata di direttore tecnico risultando nell'organico la sola figura del responsabile tecnico, necessaria per l'iscrizione nell'Albo nazionale dei gestori ambientali.

7.1.- L'appello principale, si diceva, è infondato e va respinto in primo luogo perché la difesa di Ecosistem non ha addotto, in merito alle questioni che riguardano la rilevanza della omessa dichiarazione ex art. 38/b) del codice dei contratti pubblici, da parte del responsabile tecnico, e il cosiddetto “falso innocuo”, significativi elementi nuovi, idonei a sovvertire la decisione resa dal Giudice di primo grado.

Per confutare la tesi dell'appellante sulla affermata non necessità della dichiarazione ex art. 38/b) del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte del responsabile tecnico della impresa che effettua la gestione dei rifiuti, tesi che prende le mosse da una asserita “ontologica differenza” tra la figura del direttore tecnico e quella del responsabile tecnico, il Collegio non ha che da richiamare, in modo conciso, ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) c. p. a. , numerosi precedenti di questa Sezione sull'argomento (si vedano le decisioni nn. 1154 e 83 del 2012, 1790 del 2011 e 3364 del 2010). Per quanto

qui più rileva, il raffronto tra la norma (art. 26 del d.P.R. n. 34 del 2000) che individua i compiti del direttore tecnico in materia di lavori pubblici e la disposizione (art. 10, comma 4, del d. m. 28 aprile 1998, n. 406) che disciplina la figura e i requisiti del responsabile tecnico delle imprese che fanno richiesta di iscrizione all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è stato eseguito in modo compiuto dalla sezione con la sentenza n. 1790 del 2011, con la quale si è statuito, in conclusione:

-che la figura del responsabile tecnico della impresa di gestione di rifiuti di cui al d. m. n. 406/98 non presenta differenze significative rispetto al direttore tecnico; e

-che gli obblighi di dichiarazione che l'art. 38 del codice dei contratti pubblici correla alla posizione del direttore tecnico sono riferibili anche al responsabile tecnico ex d. m. n. 406/98 cit. . “Quando la norma di cui all'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e quindi anche la “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 Cons. St. , sez. V, n. 83/12, che questo Collegio condivide) .

Di qui la conclusione che nella specie anche il responsabile tecnico avrebbe dovuto rendere la dichiarazione in questione.

La teoria del cosiddetto “falso innocuo” non può, poi, trovare

accoglimento.

La teoria stessa riguarda infatti i casi in cui la “lex specialis” non prevede espressamente la conseguenza dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza di puntuali prescrizioni su modalità e oggetto delle dichiarazioni da fornire.

Nel caso in esame, viceversa, il carattere cogente della sanzione espulsiva prevista dal bando di gara (pag. 3) per l'ipotesi di omessa dichiarazione ai sensi dell'art. 38 precludeva l'applicazione della teoria del falso innocuo (a questo proposito v. , di recente, Cons. St. , sez. V, n. 334/12; in disparte il rilievo secondo cui l'obbligo di rendere la dichiarazione di moralità professionale promana direttamente da una norma di legge, con conseguente superfluità della mediazione della “lex specialis” di gara).

La nettezza delle conclusioni sopra riportate fa sì che perdano peso i rilievi introduttivi dell'appellante sulla illogicità della sentenza, non potendosi ravvisare, nella decisione resa dal TAR, “atteggiamenti formalistici”.

In conclusione, l'appello principale va respinto. L'appello incidentale, dichiarato improcedibile.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

-rigetta l'appello principale;  
-dichiara improcedibile l'appello incidentale;  
-condanna l'appellante principale a rimborsare, a favore della società Di Gennaro, le spese, i diritti e gli onorari del presente grado di giudizio, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), comprensivi del rimborso delle spese generali, oltre a IVA e a CPA.  
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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