

N. 04704/2015REG.PROV.COLL.

N. 04952/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4952 del 2015, proposto da:
Tapeiner Konrad impresa individuale, in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Menestrina, Giandomenico Pittelli e Francesco Saverio Mussari, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

contro

Sager s.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Reggio D'Aci, con domicilio eletto presso il suo domicilio, in Roma, via F. Confalonieri, 5;
Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture della Provincia autonoma di Bolzano, Comunità Comprensoriale Burgraviato, Provincia autonoma di Bolzano, non costituite in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma della Provincia di Bolzano, n. 00142/2015, resa tra le parti e concernente: gara d'appalto del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani e organici nei comuni del Comprensorio del Burgraviato;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Sager s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, commi 11, 10 e 6 Cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2015, il Consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Menestrina e Reggio D'Aci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. PREMESSO che al presente giudizio di appello trova applicazione *ratione temporis* la disciplina processuale di cui all'art. 120 Cod. proc. amm., come novellato dall'art. 40 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, entrata in vigore il 25 giugno 2014, sicché la sentenza, a norma dei commi 11, 10 e 6 del citato art. 120, va redatta in forma semplificata;

2. CONSIDERATO, in linea di fatto, che la presente controversia inerisce alla gara di appalto, indetta dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture della Provincia autonoma di Bolzano, su incarico della Comunità Comprensoriale Burgraviato, con bando pubblicato il 2 aprile 2014, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti organici e verdi, nonché la fornitura di cassoni-rifiuti con accessori, in venticinque comuni della Comunità comprensoriale Burgraviato, per la durata di nove anni, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed al prezzo base d'asta di euro 12.743.187,00 (al netto dell'IVA), al cui esito prima classificata ed aggiudicataria è risultata l'impresa individuale Tappeiner (con 98,45 punti), seguita dalla seconda classificata Sager s.r.l. (con 96,63 punti);

3. RILEVATO che, con la sentenza in epigrafe, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, ha accolto il ricorso n. 385 del 2014 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla seconda classificata avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore dell'impresa Tappeiner, segnatamente ritenendo fondati i primi tre motivi di ricorso, di natura assorbente – con cui era stata dedotta l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara per l'omessa indicazione del responsabile tecnico e per l'omessa dichiarazione, in violazione delle previsioni della *lex specialis* e dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, dei relativi requisiti di moralità professionale, sebbene tale ruolo, nelle imprese operanti nel settore della gestione dei rifiuti, fosse assimilabile a quello del direttore tecnico nel settore dei lavori pubblici –, di conseguenza annullando l'aggiudicazione e disponendone il subentro in favore della Sager s.r.l.;

4. RITENUTA l'infondatezza dei motivi d'appello, proposti avverso detta statuizione di accoglimento – incentrati sulla violazione del disciplinare di gara, di asserito tenore equivoco, sull'omessa motivazione in ordine alle difese ed eccezioni sollevate dalla controinteressata, sul travisamento di fatto, sulla violazione del principio comunitario di trasparenza e del principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché sull'erronea assimilazione della figura del responsabile tecnico a quella di direttore tecnico –, in quanto:

- l'aggiudicataria, nella domanda di partecipazione compilata telematicamente con il modulo di cui all'allegato A del disciplinare – costituente parte integrante del disciplinare (v. il relativo art. 7) –, al punto 2.03, che prevedeva l'indicazione di «*Altri soggetti (titolari, direttori tecnici, soci, soci unici, soci di maggioranza ed ulteriori soggetti muniti del potere di rappresentanza)*», aveva apposto la dicitura «*keine*» (ossia, «*nessuno*»), ribadita nel successivo punto 4.15-*bis* [il testo tedesco, compilato dal titolare dell'odierna appellante, recitava testualmente: «*Andere Subjekte (Inhaber, technische Direktoren, Gesellschafter, einzige Gesellschafter, Mehrheitsgesellschafter und weitere Personen mit Vertretungsvollmacht)* »];

- l'indicazione dei soggetti di cui al punto 2.03 era rilevante ai fini delle dichiarazioni di assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) ed c), d.lgs. n. 163 del 2006 (v. punti 4.02-*bis* e 4.03-*bis* del menzionato allegato);

- l'allegato A1 del disciplinare (pure costituente relativa parte integrante), alle lettere B)b) e B)c) imponeva l'indicazione delle generalità e delle qualifiche, all'interno dell'impresa, di tutti i soggetti contemplati dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, ai fini delle dichiarazioni di cui al comma 1, lett. b) e c), dello stesso articolo di legge;

- la sopra citata previsione del punto 2.03 dell'allegato A del disciplinare di gara, nella parte contemplante il potere di rappresentanza, sia alla luce di un'interpretazione letterale, sia alla luce di un'interpretazione sistematica (tenuto conto del ripetuto rinvio, nel disciplinare e nei relativi allegati, all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006), non poteva che essere riferito, in modo chiaro ed univoco, alla categoria, residuale, degli «*ulteriori soggetti*», diversi da quelli rientranti nelle categorie in precedenza specificamente elencate, i quali, per la loro posizione all'interno dell'impresa, soggiacciono, in quanto tali, all'obbligo dichiarativo a prescindere dal conferimento di una formale procura (ad es., i soci di maggioranza nelle società con meno di quattro soci o nelle società in nome collettivo, oppure, appunto, i direttori tecnici);

- nel caso di specie, risulta documentalmente comprovato che nell'Albo nazionale dei gestori ambientali, in cui l'impresa Tappeiner era iscritta *sub* n. BZ0009 (a far tempo dal 21 novembre 2011), quale responsabile tecnico era indicato tale signor Rosanelli Rupert;

- nelle imprese, che effettuano la gestione dei rifiuti, è obbligatoria (ai sensi dell'art. 10, comma 4, d.m. 28 aprile 1998) la figura del responsabile tecnico, che costituisce elemento indispensabile per la qualifica dell'impresa;

- peraltro, il punto 2.4, lett. b), del disciplinare, prescriveva espressamente, quale requisito di partecipazione, che «*l'impresa ai sensi del D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, e dell'art. 10 Decreto Ministeriale del 1998, n. 406, deve essere iscritta all'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti (albo smaltitori) almeno nella categoria 1/C*»;

- secondo ormai consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato, per le imprese operanti nell'ambito dell'igiene ambientale e della gestione dei rifiuti la figura del responsabile tecnico di settore è equiparabile a quella del direttore tecnico nelle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, in quanto investita, con riguardo al complesso dei servizi da affidare, dei medesimi adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per l'esecuzione dei lavori (v. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2015, n. 2715, con ampi richiami giurisprudenziali), sicché, per tali imprese, l'obbligo dichiarativo previsto, in via generale, per il direttore tecnico, è riferibile alla menzionata figura, e ciò a prescindere dalla circostanza che il soggetto, il quale rivesta la qualifica di responsabile tecnico, compaia, o meno, nelle visure camerali o sia titolare, o meno, di particolari poteri rappresentativi (v., su tale ultimo punto, il sopra citato precedente, cui *adde* Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2013, n. 4328, secondo cui il direttore tecnico – e, dunque, anche il responsabile tecnico – può essere anche un soggetto esterno), con conseguente inconferenza delle deduzioni al riguardo svolte dall'odierna appellante;

- da quanto sopra emerge la natura non veritiera resa dal titolare dell'impresa Tappeiner ai punti 2.03 e 4.15-*bis* della domanda di partecipazione (secondo il modulo dell'allegato A), ed, in ogni caso, vi risulta *de plano* l'omessa indicazione della figura del responsabile tecnico, ricoperta nell'ambito dell'impresa dalla persona del signor Rosanelli, con conseguente mancanza, *in radice*, della correlativa dichiarazione dei requisiti di moralità professionale (con la precisazione, che tutti i relativi profili di censura sono stati dedotti specificamente nei primi tre motivi del ricorso di primo grado, integralmente devoluti in appello);

- nel caso di specie, la *lex specialis* sanzionava espressamente l'eventuale dichiarazione non veritiera con l'esclusione dalla gara (v. p. 20 del disciplinare e punto 4.27 dell'allegato A, nonché la prima pagina dell'allegato A, richiamante gli artt. 46, 47 e 76 d.P.R. n. 445 del 2000 e la conseguenza amministrativa dell'esclusione dalla gara in caso di relativa violazione), mentre l'omessa dichiarazione dei requisiti generali con riguardo ai soggetti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 [ripetutamente richiamato dalla *lex specialis*; v., per tutte, il punto 2.4., lett. a), del disciplinare] costituisce violazione di una prescrizione imposta direttamente dal Codice degli appalti, sanzionata con l'esclusione dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, né la sua radicale mancanza è suscettibile di sanatoria attraverso il ricorso allo strumento del soccorso istruttorio, pena la violazione del principio della *par condicio* delle imprese concorrenti (v. sul punto, per tutte, Ad. Plen. n. 16/2014, con la precisazione che la fattispecie sostanziale *sub iudice* si sottrae *ratione temporis* all'ambito di applicazione della novella apportata agli artt. 38 e 46 del Codice degli appalti dall'art. 39, comma 1, d.-l. n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014);

5. RITENUTA, pertanto, l'infondatezza delle censure mosse dall'appellante avverso la statuizione di accoglimento dei primi tre motivi del ricorso di primo grado, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza ed assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii;

6. RITENUTO che, in applicazione del criterio della soccombenza, l'appellante debba essere condannata a rifondere, in favore della Sager s.r.l. (l'unica parte appellata costituita in giudizio), le spese del presente grado di giudizio, come liquidate nella parte dispositiva,

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 4952 del 2015), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; condanna l'appellante a rifondere alla società appellata costituita in giudizio le spese del presente grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 13/10/2015

IL SEGRETARIO

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