

N. 01817/2016REG.PROV.COLL.

N. 05329/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5329 del 2012, proposto dalla società Agecos S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26

**contro**

Comune di Brindisi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Trane, con domicilio eletto presso Nathalie Lusi in Roma, Via Flaminia, n. 362;  
Nubile S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Baldassarre e Giovanni Pesce, con domicilio eletto presso Francesco Baldassarre in Roma, Via della Scrofa, n. 64;  
Cogeam S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;  
Unieco Soc. Coop., non costituita in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce, Sezione III, n. 1472/2012;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brindisi, della Nubile Srl e della Cogeam S.c.a.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Pasquale Trane su delega dell'avvocato Francesco Trane, l'avvocato Pietro Quinto e l'avvocato Francesco Baldassarre;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di affidamento del servizio di gestione del sistema impiantistico per i rifiuti urbani, indetta dal Comune di Brindisi con bando pubblicato il 17 ottobre 2011, che veniva aggiudicata all'associazione temporanea di imprese (A.T.I.) con capofila Nubile s.r.l. (d'ora in poi: 'la Nubile'), classificatasi al primo posto con 79,61 punti, contro i 78,80 della seconda classificata A.T.I. composta da Agecos s.p.a. e ditta individuale Pantaleone Dentice (d'ora in poi: 'la Agecos') ed i 68,20 della terza ed ultima graduata A.T.I. composta dal Cogeam s.c.a.r.l. e Unieco s.c.a.r.l. (d'ora in poi: 'la Cogeam').

Le due concorrenti non utilmente classificate proponevano separate impugnative davanti al T.A.R. Puglia – Sezione staccata di Lecce (rispettivamente iscritte ai nn. 58 e 485 del 2012), a fronte delle quali erano svolti ricorsi incidentali dalle controparti rispettivamente interessate.

La Agecos contestava con ricorso principale la propria esclusione, disposta per mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale della propria partecipante al 100 per cento del capitale sociale Effebe Holding s.p.a. (poi cautelatamente sospesa dal T.A.R.), nonché l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Nubile con motivi aggiunti. Con questi ultimi sosteneva che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per non avere comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dell'ausiliaria Daneco s.r.l.

A questo riguardo assumeva che la documentazione esibita in sede di verifica ai sensi dell'articolo 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 doveva ritenersi inidonea, essendo stati prodotti certificati di esecuzione privi degli importi dei lavori, ed inoltre perché la cauzione provvisoria presentata non era rispettosa delle prescrizioni di cui all'articolo 75 del decreto legislativo n. 163, cit., e della legge di gara con riguardo all'assenza di condizioni ed alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

La Nubile, a sua volta, con ricorso incidentale deduceva che la Agecos avrebbe dovuto essere esclusa:

- per omessa dichiarazione dell'assenza di cause ostative alla partecipazione da parte del responsabile tecnico e dei procuratori generali della ditta individuale ausiliaria Pantaleone Dentice;
- per mancata allegazione, pur richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione, delle planimetrie per il progetto di adeguamento del sistema impiantistico, da redigersi secondo la tecnica della stereorestituzione analitica di riprese aereo-fotogrammetriche, e validate da tecnico abilitato;
- per plurime difformità della polizza fideiussoria prodotta in gara a causa della mancata estensione alla predetta impresa ausiliaria;
- per invalidità della cauzione.

La stessa Nubile, nel ricorso incidentale proposto in relazione al ricorso principale dell'A.T.I. con capofila Cogeam, enucleava una causa di esclusione di quest'ultima, consistente nella circostanza che responsabile tecnico della Cisa s.p.a., società ausiliaria nonché partecipante al 48 per cento del capitale sociale della Cogeam, è l'ing. Carmine Carella, contemporaneamente progettista del Comune di Brindisi per i lavori rientranti nel servizio oggetto di gara, e dunque per violazione dell'art. 90, comma 8, del decreto legislativo n. n. 163 del 2006.

Quest'ultima aveva dal canto suo enucleato nel proprio ricorso plurimi profili di illegittimità nell'ammissione e nell'aggiudicazione in favore della Nubile, con riguardo alle dichiarazioni ai sensi dell'articolo art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, alla prova dei requisiti tecnico-professionali, alla polizza fideiussoria, al contratto di avvalimento, all'offerta. Parimenti, nel proprio ricorso incidentale si era lamentata della mancata esclusione della Agecos a causa dell'omesso impiego della tecnica della stereorestituzione analitica nella redazione del proprio progetto tecnico e per avere reso una dichiarazione di impegno di assunzione delle maestranze in numero inferiore a quello fissato dalla legge di gara.

2. Il T.A.R. adito, riuniti i ricorsi:

- respingeva il ricorso incidentale di Nubile s.r.l. tendente all'esclusione della Agecos;
- accoglieva il ricorso di Agecos dalla stessa proposto avverso l'esclusione disposta in proprio danno dalla stazione appaltante, ma respingeva i motivi aggiunti indirizzati all'aggiudicazione a favore della Nubile;
- accoglieva inoltre il ricorso incidentale di quest'ultima nei confronti della Cogeam, ravvisando la dedotta violazione del divieto di partecipazione alle gare dei progettisti dell'amministrazione aggiudicatrice, con le conseguenti statuizioni di inammissibilità delle impugnative, principale (di Cogeam) ed incidentale, (di Nubile).

La Agecos ha impugnato in via principale il capo della sentenza che ha respinto i motivi aggiunti avverso l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Nubile, riproponendoli integralmente. Quest'ultima, dal canto suo, con appello incidentale ha riproposto i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti dell'Agecos; censura inoltre il capo della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso principale concernente l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei

confronti della medesima Agecos; ripropone infine i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti della terza graduata Cogeam (con Unieco).

Anche quest'ultima propone appello incidentale, nel quale censura l'accoglimento del ricorso incidentale escludente della Nubile in suo danno; quindi ripropone i motivi del proprio ricorso principale (r.g. n. 485/2012), indirizzato contro quest'ultima, ed incidentale (nel giudizio r.g. n. 58/2012), tendente all'esclusione dell'appellante principale.

Con sentenza n. 815 del 2013 questo Consiglio, applicando i principi enunciati dall'A.P. n. 4 del 2011, ha così statuito:

- ha accolto l'appello incidentale della Nubile s.r.l.;
- ha dichiarato conseguentemente inammissibile l'appello principale della Agecos s.p.a. ed in parte infondato ed in parte inammissibile l'appello incidentale della Cogeam s.c.a.r.l.;
- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha accolto il ricorso incidentale della Nubile s.r.l., e ha dichiarato conseguentemente inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Agecos s.r.l.;

La sentenza in questione è stata impugnata in Cassazione (articolo 111, ultimo comma, Cost.; articolo 362 cod. proc. civ.) dalla Cogeam la quale ha lamentato che la stessa fosse viziata, sotto diversi profili, per mancato esercizio della funzione giurisdizionale.

Con sentenza n. 2242 del 2015 le Sezioni Unite della Cassazione hanno cassato la richiamata sentenza n. 815 del 2013, enunciando il seguente principio di diritto: "In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111 Cost. , u.c. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia. L'assoluta novità del caso e la sua particolarità consiglia l'intera compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione".

A seguito della sentenza della Corte di cassazione da ultimo richiamata, la Cogeam ha proposto ricorso in riassunzione con il quale:

- i) ha riproposto, nel perseguimento dell'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, i motivi di ricorso già articolati con l'appello incidentale e finalizzati ad ottenere l'esclusione dalla procedura della Nubile (si tratta di motivi che questo Consiglio ha ritenuto assorbiti in ragione della ravvisata carenza di legittimazione in capo alla Cogeam);
- ii) ha riproposto i motivi (già articolati in via subordinata con l'appello incidentale) volti ad evidenziare errores in procedendo che comporterebbero l'integrale ripetizione della procedura di gara;
- iii) ha riproposto ("per tuziorismo") i motivi già articolati in primo e in secondo grado con i quali si era lamentata la mancata esclusione della seconda classificata Agecos.

In questa fase del giudizio si è costituita la prima classificata Nubile la quale ha concluso nel senso della reiezione dei ricorso in riassunzione proposto dalla Cogeam e dell'appello principale proposto dalla Agecos.

Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

1. Giunge alla decisione della Sezione il ricorso in riassunzione (successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che ha annullato la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 815/2013) proposto da una società attiva nel settore dei rifiuti (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Brindisi per l'affidamento del servizio di gestione del sistema

impiantistico per i rifiuti urbani e si era collocata in seconda posizione) al fine della definizione del giudizio di appello avverso la sentenza del T.A.R. di Lecce con cui sono stati di fatto confermati gli esiti della gara.

2. A seguito della sentenza della Corte di cassazione n. 2242/2015 è emerso che la complessiva res controversa non possa essere esaminata riconoscendo rilievo preliminare ai ricorsi incidentali di contenuto escludente (ri-)proposti dalla prima classificata Nubile, dovendosi al contrario – e nel rispetto del principio della ‘parità delle armi’ in senso processuale - riconoscere la piena equiordinazione ai motivi caratterizzati da ‘simmetria escludente’ nell’ambito di fasi della gara strutturalmente omogenee (in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9)..

3. Prendendo le mosse dai motivi escludenti reciprocamente articolati dalla prima classificata Nubile e dalla terza classificata Cogeam, siccome essi attengono alla medesima fase procedimentale (si tratta di quella nel cui ambito viene in rilievo il possesso dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell’impresa, ivi compresi quelli economici, finanziari, tecnici ed organizzativi), ne consegue che essi dovranno essere compiutamente esaminati senza alcun vincolo di pregiudizialità.

3. Ebbene, impostati in tal modo i termini generali della questione si osserva che i motivi articolati dalla prima classificata Nubile avverso la mancata esclusione della terza classificata Cogeam sono fondati, mentre sono infondati i motivi articolati dalla Cogeam avverso la mancata esclusione dalla gara della Nubile.

4. Per quanto riguarda i motivi articolati dalla Nubile si osserva che è in particolare fondato il motivo con cui si è sottolineato l’obbligo di esclusione dalla gara della terza classificata per violazione dell’articolo 90, comma 8 del ‘Codice dei contratti’.

Secondo l’appellante incidentale Nubile (la quale chiede in parte qua la conferma della sentenza di primo grado) l’esclusione dalla gara della Cogeam avrebbe dovuto essere disposta in relazione alla posizione soggettiva dell’Ing. Carmine Carella, responsabile tecnico della società Cisa s.p.a., partecipante al 48 per cento del capitale del consorzio Cogeam, nonché ausiliaria per i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale, e contemporaneamente progettista del Comune di Brindisi in relazione ad “attività di progettazione propedeutica che, pur affidata con autonome gare, è strettamente connessa all’oggetto dell’appalto”.

A ciò obietta l’appellante incidentale che:

- l’ing. Carella non riveste alcun ruolo nella Cogeam, essendo responsabile tecnico ai sensi della legge n. 46 del 1990 della partecipante di minoranza Cisa (la maggioranza assoluta del capitale della società consortile essendo detenuta da Marcegaglia s.p.a.);
- il responsabile tecnico ai sensi della citata legge non è in ogni caso tenuto a rendere la dichiarazione ai sensi dell’articolo 38 del ‘Codice dei contratti’, come del resto stabilito dal T.A.R., nella sentenza oggetto del presente giudizio, con riguardo all’ausiliaria ditta Pantaleone Dentice dell’Agecos, sul ricorso incidentale proposto dalla Nubile contro quest’ultima;
- il divieto di cui all’articolo 90, comma 8 del decreto legislativo n. 163 del 2006 citato non è estensibile alle società ausiliarie, le quali non offrono il proprio apporto alla concorrente in sede di predisposizione dell’offerta, bensì nella fase esecutiva del contratto posto a gara;
- l’attività di progettazione svolta dall’ing. Carella riguarda precedenti interventi di ampliamento della discarica oggetto di autonome procedure di affidamento, come attestato dalla commissione di gara nella seduta del 10 gennaio 2012;
- il medesimo professionista ha in passato ricevuto incarichi di progettazione anche dalla Daneco, ausiliaria della Nubile;
- in ogni caso, non è conforme ai principi comunitari in materia di procedure di affidamento, l’esclusione automatica in assenza della prova concreta che la presenza del progettista abbia avuto l’effetto di falsare lo svolgimento della procedura di gara (Corte di Giustizia dell’UE, sentenza 3 marzo 2005, in proc. C-21/03 e 34/03; in termini: C.d.S., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2647); prova nel caso di specie non fornita dalla ricorrente incidentale e comunque da escludere, visto che l’offerta tecnica della Cogeam ha riportato il punteggio più basso.

5. Tanto precisato, l'appellante in questione non contesta quanto rilevato dal T.A.R. a sostegno della decisione di accoglimento del ricorso incidentale della Nubile e cioè che il predetto professionista ha partecipato al sopralluogo effettuato dall'A.T.I. Cogeam in qualità di consulente del Comune di Brindisi presso l'impianto e la discarica, prodromico allo svolgimento della gara oggetto del presente giudizio.

Ciò costituisce la prova incontestabile che l'attività di progettazione dallo stesso svolta, vale a dire quella dettagliatamente elencata e descritta dal Giudice di primo grado, è effettivamente riferibile alle opere oggetto della gara in contestazione. Conseguentemente, non può non ritenersi corretto il ragionamento probatorio effettuato sul punto nella sentenza di primo grado, sia per gli elementi di prova valorizzati a tali fine, sia con riguardo alla conclusione sulla cui base si è pervenuti.

In diritto va poi evidenziato che il divieto contenuto nella disposizione normativa in esame concerne sic et simpliciter la partecipazione alle procedure di affidamento di tali opere, per cui dalla relativa formulazione letterale e dallo scopo con esso perseguito è indiscutibile che la commistione di ruoli che essa mira a prevenire è comunque ravvisabile laddove colui che ha svolto incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante sia comunque presente, non importa a che titolo, nell'organigramma aziendale dell'impresa concorrente, o in sue società controllanti, partecipanti o di cui si avvale nell'esecuzione dei lavori. Ciò in quanto è proprio la mera presenza a fornire l'indizio, sufficientemente grave e preciso, che nella formulazione dell'offerta la ridetta concorrente abbia potuto beneficiare del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione.

Va poi dato atto che l'appellante giustamente pone in risalto il principio ricavabile dalla citata pronuncia della Corte di Giustizia Ue, a mente della quale la lesione della par condicio tra concorrenti che la disposizione normativa ridetta intende scongiurare deve essere accertata in concreto, evitando rigorosi automatismi nell'applicazione del divieto.

Nondimeno, ancorché la Cogeam neghi che tale lesione possa nel caso di specie essersi verificata, sul rilievo che la propria offerta tecnica è risultata inferiore alle altre due, va osservato in contrario, come puntualizzato dalla Nubile, che la stessa risulta avere conseguito quello più alto per l'offerta temporale per la realizzazione dei lavori di adeguamento impiantistico e dunque nel segmento nel quale lo svolgimento della pregressa attività di progettazione si rivela maggiormente in grado di orientare la formulazione dell'offerta.

Va ancora sottolineato che, in ogni caso, con la previsione dell'offerta temporale l'amministrazione aggiudicatrice ha enucleato un profilo di valutazione autonomo e che il conseguimento, da parte del concorrente sospettato di violazione del divieto in questione, del punteggio massimo per esso previsto è prova indiziaria di per sé sufficiente per ritenere che vi sia stata un'influenza derivante dalla presenza del progettista nella compagine aziendale del R.T.I. con capofila Cogeam, non potendo evidentemente pretendere una dimostrazione ulteriore, che assumerebbe i caratteri della probatio diabolica, circa il fatto che la competizione è stata falsata.

D'altronde, se fosse decisivo il punteggio riportato si porrebbe a svilire la finalità preventiva del divieto, venendo la relativa applicazione rimessa all'esito della gara.

Né si rivela decisivo invocare la sentenza di questa Sezione 15 gennaio 2008, n. 36, che della citata pronuncia del Giudice europolitano ha fatto diretta applicazione, giacché nel caso deciso si è escluso che l'attività prestata in favore della stazione appaltante fosse riconducibile a quella di progettazione.

6. La Cogeam avrebbe quindi dovuto essere esclusa dalla gara.

7. I motivi (ri-)proposti dalla Cogeam al fine di ottenere l'esclusione dalla gara della Nubile sono nel complesso infondati.

7.1. Con il primo motivo la Cogeam osserva che la Nubile avrebbe dovuto essere esclusa per aver prodotto ai fini della partecipazione alla gara un contratto di avvalimento (con la società Daneco Impianti s.r.l.) di contenuto inidoneo stante la genericità del rapporto obbligatorio fra l'ausiliaria e la concorrente.

In particolare la Cogeam lamenta la mancata esclusione della Nubile (che si era avvalsa di ben quattro dei sei requisiti di ordine oggettivo richiesti dall'articolo 5 del disciplinare di gara), stante la violazione dell'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, secondo cui il contratto di avvalimento deve indicare, in particolare: "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico".

7.1.1. Il motivo è infondato.

Pur dandosi atto del prevalere, negli anni più recenti, di un orientamento giurisprudenziale di grande rigore per ciò che riguarda il contenuto del contratto di avvalimento in relazione alle prescrizioni di cui al comma 2 dell'articolo 49 del 'Codice dei contratti', è tuttavia innegabile che, al momento in cui la procedura in questione fu indetta (2011) era diffuso un orientamento parimenti plausibile il quale riteneva sostanzialmente corretta la presentazione di un contratto di avvalimento il quale si limitasse a contemplare un obbligo di contenuto generico, sostanzialmente riproduttivo della lettera del comma 2 dell'articolo 49, cit.

In base all'orientamento in questione si era plausibilmente affermato che l'istituto di cui all'articolo 49 del 'Codice' non è imperativamente disciplinato dalla legge nei suoi aspetti formali e nel suo contenuto sostanziale. L'articolo 49, cit., infatti, si limita a disporre che il concorrente, in tale ipotesi, deve semplicemente allegare "una dichiarazione (...) attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria", nonché "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".

Ne deriva che – in base all'orientamento in parola - per l'esistenza e l'operatività del contratto di avvalimento non sono necessari, in linea di principio, contenuti particolari e/o predeterminati, né specifiche tassative formalità, oltre a quelle specificate dalla norma (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, V, 9 settembre 2012, n. 4970).

Ora, siccome l'onere di diligenza esigibile in capo al concorrente non può ordinariamente eccedere quanto generalmente conosciuto e imposto in un determinato periodo storico e siccome il mancato rispetto dei richiamati oneri dichiarativi assume un effetto de facto escludente, non può ammettersi che un tale effetto possa derivare – in modo, per così dire, 'occulto' – in danno di un operatore il quale abbia comunque agito in senso conforme alla lettera legis e a un orientamento giurisprudenziale diffuso e pertinente.

Il motivo in questione non può quindi trovare accoglimento.

7.2. Con il secondo motivo la Cogeam osserva che la Nubile avrebbe dovuto essere esclusa per aver violato le previsioni di cui all'articolo 42 del 'Codice dei contratti' in relazione alle modalità con cui, nell'ambito degli appalti di servizi e di forniture, deve essere dimostrato il possesso delle capacità tecniche richieste ai fini della partecipazione alla gara.

In particolare, la Nubile avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver dimostrato (rectius: tentato di dimostrare) il possesso del requisito di fatturato specifico di cui al punto 5.5. del disciplinare di gara in capo all'ausiliaria Daneco Impianti (non già producendo certificati rilasciati dalle amministrazioni in cui favore erano stati svolti i servizi, bensì) limitandosi ad allegare le risultanze desumibili dai propri bilanci di esercizio.

Al riguardo la Commissione di gara (che, pure, aveva sottoposto dal Nubile alla verifica di cui all'articolo 48 del 'Codice') avrebbe illegittimamente ammesso la concorrente al prosieguo della procedura, pur avendo accertato la non conformità della documentazione presentata in relazione alla previsione di cui al punto 5.5. del disciplinare di gara.

7.2.1. Il motivo qui riproposto è infondato.

Va in primo luogo osservato che la doglianza in parola è stata tardivamente proposta in primo grado in quanto due delegati della Cogeam risultavano presenti ai lavori della Commissione in data 6 febbraio 2012 (i.e.: nella seduta all'esito della quale fu deciso di superare i rilievi inizialmente mossi alla Nubile in punto di conformità con le prescrizioni di cui al punto 5.5. del disciplinare di gara).

I delegati in questione disponevano quindi sin da quella data di tutti gli elementi necessari e sufficienti per apprezzare l'eventuale illegittimità dell'operato della Commissione, il che onerava la Cogeam alla tempestiva proposizione di un eventuale ricorso (il che non è stato, dal momento che le richiamate doglianze sono state proposte con il ricorso di primo grado ben dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla piena conoscenza della determinazione di non esclusione della Nubile).

La giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito al riguardo che in relazione all'affidamento di un appalto di lavori, nel caso in cui sia presente un rappresentante (munito di mandato ad hoc o che ricopra una carica sociale che consenta di ritenere che la conoscenza da parte dello stesso possa essere riferito alla concorrente) alla riunione nella quale vengono adottate determinazioni per la impresa negative, il termine di impugnazione dell'esclusione dalla gara deve essere computato con decorrenza dalla data della seduta, essendosi concretizzata in tale data la piena conoscenza della determinazione negativa della commissione giudicatrice della gara (in tal senso: Cons. Stato, IV, 30 gennaio 2006, n. 341).

Si osserva in secondo luogo che il motivo è altresì infondato nel merito in quanto:

- il punto 7 del disciplinare di gara prescrive(va) che la verifica del possesso dei requisiti ai sensi dell'articolo 48 del 'Codice dei contratti' avrebbe comportato semplicemente la produzione di "idonea documentazione comprovante la tipologie del servizio o dei servizi eseguiti", mentre soltanto la regolare esecuzione dei pregressi contratti di contenuto similare avrebbe dovuto essere comprovata con certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni e dagli enti conferenti;
- a fronte di più possibili opzioni ermeneutiche relative al contenuto di una clausola della lex specialis l'interprete deve preferire quelle ispirate dal principio del favor participationis rispetto a quelle idonee a sortire effetti di fatto escludenti;
- la lex specialis di gara, quindi; i) non imponeva che il possesso dei requisiti di partecipazione andasse dimostrato con formalità particolari; ii) non imponeva, in particolare, la modalità unica delle certificazioni da parte delle amministrazioni conferenti; iii) non vietava che il concorrente potesse legittimamente dimostrare il possesso dei richiamati requisiti producendo dati desumibili dalle scritture contabili (purché –scil. – essi presentassero carattere univoco e probante);
- la Nubile ha effettivamente prodotto attestati di regolare esecuzione di alcuni contratti in precedenza eseguiti, in tal modo soddisfacendo l'unica prescrittiva prescrizione che il bando recava in parte qua;
- riguardando la questione sotto il profilo sostanziale, Cogeam non ha allegato elementi puntuali atti a revocare in dubbio il carattere significativo e probante delle risultanze contabili al fine di attestare l'effettivo possesso del richiamato requisito di fatturato specifico.

Il motivo in questione deve quindi essere respinto.

7.3. Con il terzo motivo la Cogeam osserva che la Nubile avrebbe dovuto essere esclusa per aver dichiarato in modo palese la sussistenza nei propri confronti del motivo di esclusione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) del decreto legislativo n. 163 del 2006 (si tratta della disposizione secondo cui deve essere escluso dalle pubbliche gare il concorrente che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689).

7.3.1. l'infondatezza in punto di fatto del motivo di doglianza in questione risulta con evidenza dall'esame della dichiarazione resa ai fini della partecipazione dal legale rappresentante della ditta Nubile il quale – contrariamente a quanto affermato dalla Cogeam – ha bensì dichiarato (e in modo espresso) l'insussistenza delle ragioni ostative di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) del 'Codice dei contratti'.

7.4. Con il quarto motivo la Cogeam lamenta la mancata esclusione della Nubile dalla gara nonostante le numerose violazioni delle previsioni di cui all'articolo 75 del 'Codice dei contratti' in

tema di presentazione della cauzione provvisoria (e ciò, nonostante il punto 7.B del disciplinare di gara imponesse il rispetto dell'articolo in questione a pena di esclusione).

In particolare, la polizza presentata dalla Nubile ai fini della partecipazione risulterebbe inidonea in quanto:

- risultava priva delle indicazioni formali di cui al comma 4 dell'articolo 75, cit.;
- non risultava attivata in quanto priva della firma per quietanza dell'agente;
- non risultava prodotta su supporto informatico, ma solo in copia cartacea, e ciò in violazione delle previsioni di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 (il cui articolo 23 ammette la produzione di copie analogiche di documenti informatici, ma solo a condizione che sia prodotta l'attestazione di conformità da parte di un pubblico ufficiale).

7.4.1. Il motivo è infondato.

Si osserva in primo luogo che, dall'esame della polizza fideiussoria prodotta dalla Nubile emerge che (contrariamente a quanto lamentato dalla Cogeam) essa presentasse tutti i requisiti di forma e di sostanza di cui si è lamentata l'omissione e in particolare: i) l'obbligo di pagamento a prima richiesta da parte dell'amministrazione garantita; ii) l'esclusione del beneficio di preventiva escussione; iii) la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma del codice civile

Quanto al secondo rilievo si osserva che il documento depositato in atti reca per esteso la sottoscrizione del "collaboratore autorizzato alla quietanza e alla raccolta delle firme".

Per quanto riguarda, infine, il terzo rilievo si osserva che, anche ad ammettere l'irregolarità della mancata produzione (in una con la copia cartacea della polizza, anche) dell'attestazione di conformità, tale circostanza non avrebbe potuto comunque determinare all'esclusione della Nubile dalla gara.

Tanto, alla luce del ben noto principio della tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1-bis dell'articolo 46 del 'Codice dei contratti', secondo cui "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

7.5. Con il quinto motivo la Cogeam lamenta la mancata esclusione della Nubile dalla gara nonostante quest'ultima (in violazione di clausole della lex specialis assistite peraltro da sanzione escludente – punti 6.13 e 8 del disciplinare -) abbia confezionato e presentato la propria offerta secondo modalità tali da impedire alla Commissione di visionare l'elaborato contenente l'elenco dei prezzi unitari in sede di esame dell'offerta tecnica..

7.5.1. Il motivo è infondato.

Al riguardo la Nubile ha persuasivamente obiettato che la lex specialis di gara recava due disposizioni in evidente antinomia e, in particolare:

- il punto 6.13 (in relazione al punto 8) stabiliva che, nel predisporre la busta 'B' (offerta tecnica) il concorrente avrebbe dovuto – e a pena di esclusione – omettere "qualsivoglia indicazione (diretta o indiretta) in ordine al carattere economico";
- lo stesso punto 6.13 (in relazione al punto 8) stabiliva invece – e in apparente distonia con quanto appena in precedenza statuito – che i concorrenti avrebbero dovuto necessariamente inserire nella busta dell'offerta tecnica –inter alia – l'elenco dei prezzi unitari, nonché il computo metrico estimativo di cui all'articolo 32 del d.P.R. 207 del 2010.

Le clausole in questione, nel loro combinato operare, ponevano il concorrente in una comprensibile difficoltà operativa in quanto:

- per un verso sanzionavano l'esclusione dalla gara per il caso di inserimento nella busta 'B' di documenti indicativi di grandezze economiche, mentre



- per altro verso imponevano in modo espresso l'inserimento nella busta 'B' di documenti chiaramente idonei a rappresentare il contenuto economico dell'offerta (in particolare, l'elenco dei prezzi unitari e il computo metrico estimativo).

Ne consegue che del tutto ragionevolmente la Nubile (evidentemente animata dall'intento di ricondurre a ragionevolezza clausole chiaramente antinomiche) ha deciso di inserire nella busta 'B' i richiamati documenti, ma curandosi di inserirli in una busta chiusa e sigillata.

Né può affermarsi che tale scelta meritasse la sanzione espulsiva per ciò che riguarda l'elenco dei prezzi unitari, atteso che anche tale documento risultava coinvolto nella richiamata 'clausola ambigua' in tal modo giustificando l'operato del concorrente che avesse tentato di individuare una soluzione pragmatica al possibile effetto escludente determinato da una disposizione malamente redatta.

7.6. Con il sesto motivo la Cogeam lamenta la mancata esclusione della Nubile dalla gara nonostante quest'ultima avesse proposto un'offerta tecnica in contrasto con gli indirizzi di pianificazione per la gestione dei rifiuti elaborati dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Puglia.

In particolare:

- in sede di offerta la Nubile aveva previsto una quota di rifiuti urbani in ingresso da conferire in discarica pari al 42 per cento (a fronte di un obiettivo fissato dal Commissario delegato pari al 35 per cento). In tal modo la Nubile aveva oltretutto ottenuto una consistente riduzione dei costi operativi;

- in sede di offerta la Nubile aveva previsto che la frazione secca proveniente dal bacino BR/2, invece di essere avviata preferibilmente alla produzione di CDR (con percentuali pari a circa il 60 per cento), sarebbe stata destinata al conferimento in discarica in una percentuale pari al 42 per cento.

7.6.1. Il motivo è infondato.

Ed infatti, dall'esame delle Linee di indirizzo della pianificazione per la gestione dei rifiuti in Puglia (decreto del Commissario delegato n. 296/CD/2002) emerge che l'obiettivo di organizzare, per i rifiuti urbani, un sistema integrato di gestione, che limitasse lo smaltimento ad una quota non superiore al 35 per cento dei rifiuti urbani, avesse carattere dichiaratamente "tendenziale" (e non cogente o immediatamente prescrittivo).

Ne consegue che l'aver proposto una percentuale di smaltimento in discarica nella superiore misura del 42 per cento circa non determinasse di per sé l'obbligo di escludere la Nubile dalla gara.

Considerazioni del tutto analoghe valgono per il motivo con cui si è contestato che la Nubile avesse previsto il conferimento in discarica della frazione secca proveniente dal bacino BR/2 in una percentuale pari al 42 per cento.

Anche in questo caso non risulta che l'offerta formulata dalla Nubile si ponesse in contrasto con disposizioni cogenti della lex specialis di gara ovvero con puntuali prescrizioni imposte dal competente Commissario delegato.

Si tratta di notazioni del tutto dirimenti ai fini del decidere, le quali esimono al Sezione dall'esame dell'argomento (peraltro, non implausibile) con cui la Nubile ha altresì osservato che il proprio progetto comportasse comunque una quota di smaltimento in discarica non superiore al 35 per cento.

7.7. Anche per questa ragione i motivi di appello incidentale proposti dalla Cogeam (e puntualmente riproposti in sede di ricorso in riassunzione) non possono trovare accoglimento.

8. Devono a questo punto essere esaminati i motivi con cui la Cogeam (al dichiarato fine di ottenere la ripetizione dell'intera procedura) ha lamentato che lo svolgimento della gara sia stato caratterizzato da numerosi errori ed irregolarità.

8.1. Con un primo motivo la Cogeam osserva che la gara si sia svolta secondo modalità incongrue, non essendo state verbalizzate dalla Commissione le modalità di conservazione e custodia dei plichi e le cautele adottate al fine di evitare manomissioni e/o sostituzioni della documentazione in atti.

Inoltre, sussisterebbero dimostrazioni concrete circa il fatto che la mancata adeguata custodia dei plichi avesse consentito accessi indebiti alla documentazione di gara.

In particolare risulterebbe in atti:

- che, in occasione della seduta della Commissione del 6 febbraio 2012 gli incaricati della Cogeam avevano potuto verificare che i plichi delle offerte giacevano incustoditi presso un locale del Comune al quale era comunque possibile accedere;
- che all'esito della procedura di gara, avendo la Cogeam richiesto l'accesso agli atti, aveva potuto constatare che gli atti in questione erano stati trasmessi a una copisteria privata senza l'adozione di alcuna tutela concreta;
- che non vi è alcuna prova in atti circa il momento in cui la Commissione ha preso visione del contenuto della busta sigillata al cui interno la prima classificata aveva inserito il computo metrico estimativo e l'elenco dei prezzi unitari;
- che la polizza fideiussoria prodotta ai fini della partecipazione dalla Nubile non sembra conforme a quella che la stessa Nubile ha in seguito prodotto agli atti del giudizio in allegato al proprio controricorso di primo grado;
- che, pur avendo la Cogeam richiesto copia integrale della documentazione prodotta dalla Agecos ai fini della partecipazione, non aveva ottenuto copia di un documento (si tratta della dichiarazione di accettazione del progetto a base di gara) che, invece, la stessa Agecos aveva in seguito prodotto agli atti del giudizio;
- che i documenti afferenti l'offerta tecnica non risultano siglati neppure sul frontespizio dai membri della Commissione, in tal modo palesando un modus procedendi che avrebbe potuto consentire la manomissione e/o la sostituzione dei documenti di gara.

8.1.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

Per quanto riguarda la mancata verbalizzazione delle modalità di conservazione dei plichi, la Sezione ritiene di prestare adesione all'orientamento secondo cui nelle gare pubbliche la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi contenenti l'offerta non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte; ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, V, 17 giugno 2015, n. 3065).

Pertanto, non è il dato in sé della mancata verbalizzazione a poter determinare l'annullamento della procedura di gara, quanto – piuttosto – l'eventuale concreta dimostrazione di circostanze effettivamente probanti in ordine alla negligente conservazione della documentazione da cui sia derivato (o potesse derivare) un'alterazione del contenuto.

Ebbene, gli argomenti al riguardo offerti dalla Cogeam non consentono comunque di pervenire all'invocato annullamento dell'intera procedura in quanto:

- la circostanza per cui in data 6 febbraio 2012 alcuni delegati della Cogeam si siano (indebitamente) introdotti nel locale presso cui erano posizionati i plichi contenenti le offerte non depone ex se nel senso dell'irregolarità delle operazioni di gara. Né la stessa Cogeam nega che i plichi in questione fossero ancora chiusi. Si osserva al riguardo che all'amministrazione si può - e si deve - richiedere l'adozione di misure adeguate e ragionevoli per garantire il non accesso alla documentazione di gara, ma non si può ragionevolmente pretendere che tali misure comportino una custodia 'manu militari' attraverso la presenza stabile di addetti alla custodia e alla vigilanza dei plichi;
- il fatto che all'esito della procedura di gara (i.e.: quando le operazioni di apertura e valutazione delle offerte si erano interamente svolte) la documentazione sia stata trasmessa a un centro di copiatura esterno può forse risultare inopportuno, ma non offre alcun argomento per dimostrare che, durante le operazioni di gara i plichi siano stati accessibili da parte di soggetti diversi dai membri della Commissione;

- l'appellante articola l'argomento relativo al momento in cui è stata aperta la busta della Nubile contenente il computo metrico estimativo e l'elenco dei prezzi unitari in modo sostanzialmente dubitativo, senza addurre alcun argomento concreto idoneo a dimostrare che tale busta non sia stata aperta in una con la documentazione relativa all'offerta economica;
- la lamentata discrasia circa le versioni della copia della polizza prodotta dalla Nubile non adduce a sua volta alcun argomento al fine di ritenere nel caso di specie violato il principio di segretezza delle offerte. Tale circostanza avrebbe potuto, se del caso, supportare l'articolazione di un (diverso) motivo di ricorso inerente l'attendibilità in quanto tale dell'offerta della Nubile. Il che, tuttavia, non è stato;
- il fatto che, in occasione dell'accesso agli atti, alla Cogeam non sia stata consegnata copia della dichiarazione, con cui Agecos accettava integralmente il progetto a base di gara, non fornisce a sua volta alcun argomento dirimente nel senso che la procedura non si sia svolta secondo modalità congrue e, in particolare, nel rispetto del principio di segretezza delle offerte;
- la circostanza secondo cui i membri della Commissione non abbiano siglato i documenti costituenti l'offerta tecnica non fornisce a sua volta alcuna dimostrazione circa il fatto che tali documenti non siano genuini, in assenza di una puntuale allegazione (o, quanto meno, di un principio di prova) in tal senso.

8.2. E' parimenti infondato il motivo con cui la Cogeam lamenta la violazione del principio secondo cui l'apertura delle offerte tecniche debba avvenire in seduta pubblica (l'argomento in questione è stato articolato in relazione al momento nel quale era avvenuta l'apertura della busta chiusa inserita dalla Nubile nell'ambito della busta 'B' e contenente il computo metrico estimativo e l'elenco dei prezzi unitari).

Si è già osservato in precedenza (punto 7.5 e 7.5.1) che la *lex specialis* di gara presentasse un contenuto obiettivamente perplesso per ciò che riguarda la predisposizione della busta contenente l'offerta tecnica e che l'operato della Nubile fosse ragionevolmente volto ad evitare ogni possibile errore, anche in considerazione della clausola escludente che sanzionava le violazioni dei punti 6.13 e 8 del disciplinare.

A maggior ragione non può ritenersi che la pedissequa applicazione di una clausola di contenuto perplesso possa risolversi (secondo un approccio di estremo e ingiustificato rigore formalistico) in danno del concorrente aggiudicatario il quale abbia operato in piena conformità alla *lex specialis* e, anzi, tentando di ricondurne a ragionevolezza le prescrizioni.

8.3. Da ultimo, si osserva che è infondato il motivo con cui si è lamentata l'illegittima composizione della Commissione.

Si osserva in primo luogo che la circostanza secondo cui il Presidente non avesse una specifica competenza in materia non depone *ex se* nel senso del lamentato vizio di composizione.

Al riguardo deve essere richiamato il consolidato (e qui condiviso) orientamento secondo cui nelle gare pubbliche la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (in tal senso: Cons. Stato, VI, 2 luglio 2015, n. 3295).

Né può condividersi l'argomento secondo cui i due membri della Commissione aventi il titolo di Ingegnere (ma non di Ingegnere ambientale) fossero privi di un'adeguata qualificazione professionale.

Da ultimo, non può trovare accoglimento l'argomento secondo cui la Commissione fosse illegittimamente composta per il solo fatto che l'amministrazione avesse deciso di avvalersi di professionisti esterni senza dare puntualmente atto della carenza di adeguate professionalità interne. Si osserva al riguardo che l'articolo 84 del 'Codice dei contratti' non limita il ricorso alle professionalità esterne al solo caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, ma lo ammette anche in altri casi in cui ricorrano "esigenze oggettive e comprovate" connesse alla natura dell'appalto (e appare innegabile che l'appalto in questione, per la sua rilevante peculiarità e complessità, rientrasse fra la ipotesi in cui è ammesso il ricorso a professionalità esterne ai fini della composizione della Commissione).

9. La rilevata infondatezza delle ragioni esposte dalla Cogeam esime la Sezione dall'esaminare l'argomento della Nubile secondo cui l'appello incidentale della Cogeam sarebbe da dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, stante la risoluzione del contratto di appalto disposta dal Comune di Brindisi in data 9 novembre 2015.

10. Devono a questo punto essere esaminati i motivi escludenti reciprocamente articolati dalla prima classificata Nubile e dalla seconda classificata – appellante principale – Agecos.

Anche in questo caso tali motivi attengono alla medesima fase procedimentale (si tratta di quella nel cui ambito viene in rilievo il possesso dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa, ivi compresi quelli economici, finanziari, tecnici ed organizzativi), ragione per cui essi dovranno essere compiutamente esaminati senza alcun vincolo di pregiudizialità.

11. Si osserva al riguardo che i motivi articolati dalla prima classificata Nubile avverso la mancata esclusione della seconda classificata Agecos sono fondati, mentre sono infondati i motivi articolati con l'appello principale della Agecos avverso la mancata esclusione dalla gara della Nubile.

12. In particolare, si osserva che è fondato il motivo del ricorso incidentale della Nubile con cui si è lamentata la mancata esclusione dalla gara della Agecos stante l'omessa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità da parte del responsabile tecnico della ditta individuale Pantaleone Dentice, ausiliaria della stessa Agecos.

Al riguardo giova innanzitutto evidenziare che questa Sezione ha ripetutamente espresso il principio dell'equiparazione, quanto ai requisiti di affidabilità morale, tra operatori economici partecipanti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici in veste di concorrenti e quelli invece partecipanti in veste di ausiliari (da ultimo: sentenza 15 novembre 2012 n. 5780; in precedenza sentenze 23 maggio 2011, n. 3077 e 16 novembre 2010, n. 8059).

Tale equiparazione si pone in correlazione con l'esigenza di ordine imperativo, del pari costantemente affermata in giurisprudenza amministrativa, che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, siano in possesso dei requisiti di moralità (cfr. Sez. V, sentenze 3 dicembre 2012, n. 6164, id, 17 maggio 2012 n. 2825; id, Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374, id, 28 settembre 2012 n. 5150, id, 28 marzo 2012 n. 1843).

Ciò, per l'evidente ragione che gli istituti normativi ispirati all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici non possono essere strumentalizzati per eludere i vincoli imposti dal possesso dei requisiti generali di idoneità morale.

Degna di menzione è poi la circostanza che la regola ora affermata è stata ricavata in via di diretta interpretazione dell'art. 49, comma 2, lettera c), del 'Codice dei contratti pubblici', disposizione che è pedissequamente richiamata dal disciplinare di gara, come del resto riconosce la stessa Agecos.

Da ciò consegue, da un lato, che il ragionamento svolto sul punto dal T.A.R., in quanto fondato sull'inesistibilità della citata clausola del disciplinare al caso in esame, non è decisivo.

Dall'altro lato, non può convenirsi con le argomentazioni difensive della Agecos, tendenti ad invocare un supposto affidamento indotto dall'art. 12.2 del citato disciplinare, giacché esse tendono a svalutare la capacità eterointegrativa del precetto di legge primaria, come interpretato da questo Consesso. L'affidamento presuppone infatti un contegno di carattere positivo della stazione appaltante (ad esempio in caso di clausole della legge di gara oscure, ambigue o contraddittorie o modularistica incompleta), che abbia avuto l'effetto di fuorviare i concorrenti circa il comportamento da tenere e gli adempimenti da compiere nell'ambito della procedura di gara, giacché esso solo è idoneo a fondare il ragionevole convincimento che nell'esercizio della propria discrezionalità l'amministrazione aggiudicatrice abbia inteso conformare la legge di gara a proprie specifiche esigenze, all'uopo avvalendosi dei margini di autonomia consentiti dalla normativa primaria e secondaria sovraordinata.

Al di fuori di tale evenienza non è invocabile alcuna buona fede, perché essa si risolverebbe in definitiva nello scusare fenomeni di ignorantia legis, non ammissibili nel settore degli appalti pubblici, nel quale è esigibile un adeguato livello di competenza professionale anche in capo ai soggetti privati che concorrano ai relativi affidamenti, se del caso attraverso la richiesta di chiarimenti interpretativi sulla portata delle clausole della lex specialis.

Non ha pregio poi l'assunto della medesima Agecos secondo cui la dichiarazione in questione sarebbe ricavabile da quella, asseritamente onnicomprensiva, resa dal titolare della ditta ausiliaria con riguardo a quest'ultima, in combinato con la visura camerale della stessa; che in tal modo la stazione appaltante sarebbe stata messa in condizioni di potere verificare il possesso dei requisiti, così risultando soddisfatta la finalità di verifica a tale dichiarazione sottesa; che in ogni caso ciò che rileva è il possesso effettivo dei requisiti e non già la mancanza del documento attestante tale possesso, dovendo la stazione appaltante attivare il c.d. soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

In contrario deve osservarsi, in primo luogo, che la dichiarazione presentata in sede di gara è riferita all'impresa e non può, in mancanza di espressa indicazione, estendersi ai singoli esponenti aziendali, in assenza di una specifica indicazione nominativa degli stessi. Difetta in tal caso una sicura assunzione di responsabilità del dichiarante, la quale, viste anche le conseguenze di carattere penale in caso di falsità, non può inferirsi in via di interpretazione logica in assenza di sicuri elementi di carattere letterale.

Inoltre, con le sentenze 8 novembre 2012, n. 5693 e 31 marzo 2012, n. 1896, questa Sezione ha statuito che l'omessa dichiarazione richiesta dalla legge di gara, e dunque a fortiori, direttamente dalla norma primaria ad essa applicabile, costituisce legittima causa di esclusione, a prescindere dal possesso effettivo dei requisiti che avrebbero dovuto essere dichiarati.

Più di recente, la VI Sezione (sentenza 10 dicembre 2012 n. 6291) ha affermato – in ciò pienamente condivisa dalla Sezione - che la completezza delle dichiarazioni è un valore imprescindibile nelle procedure ad evidenza pubblica, in quanto strettamente preordinata al suo celere svolgimento, ed in particolare all'esigenza di evitare, in primo luogo, che in sede di ammissione alle suddette procedure insorgano necessità di approfondimenti, dovendo la stazione appaltante confidare sulla immediata verificabilità del possesso dei requisiti di ordine generale sulla base di quanto dichiarato dai soggetti partecipanti alla gara; ed in secondo luogo di prevenire l'insorgere di contenziosi, come appunto quello presente (su posizioni non dissimili si attesta la giurisprudenza della III Sezione: cfr. le sentenze 16 marzo 2012, n. 1471 e 3 marzo 2011, n. 1371).

Conseguentemente, tanto meno può essere invocata la teoria del c.d. 'falso innocuo', senza contare che la più recente e condivisibile giurisprudenza di questo Consesso la ha ripudiata in caso di comminatorie di esclusione, la quale è nel caso di specie rinvenibile nell'art. 12.4 del disciplinare di gara, per la specifica ipotesi di "dichiarazioni non conformi alle prescrizioni dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006" (cfr., solo tra le ultime decisioni riconducibili a tale orientamento: Sez. III, 20 novembre 2012, n. 5870; Sez. V, 26 gennaio 2012 n. 334).

E' ancora il caso di soggiungere che in contrario non può essere invocato l'indirizzo sostanzialistico espresso dall'Adunanza plenaria nella sentenza 7 giugno 2012, n. 21, secondo cui ciò che rileva è l'effettivo possesso dei requisiti di affidabilità morale, giacché esso è stato affermato con riguardo a obblighi dichiarativi di cui era controversa la sussistenza a causa di oscillazioni giurisprudenziali (par. 5.2).

Questa pronuncia dell'organo di nomofilachia, nonché quelle delle Sezioni semplici poc' anzi menzionate, hanno anche univocamente escluso la possibilità che l'omissione possa essere sanata dalla stazione appaltante attraverso il potere di soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

E non vi è dubbio che a questo avviso debba essere data continuità, pena altrimenti la violazione della par condicio tra le imprese concorrenti.

Venendo poi alla questione concernente la sussistenza dell'obbligo dichiarativo anche nei riguardi del responsabile tecnico, si registra anche con riguardo ad essa un non contrastato indirizzo giurisprudenziale in senso favorevole. A tale specifico riguardo, questa Sezione ha sottolineato che nel settore dei servizi ambientali il responsabile tecnico, figura aziendale la cui nomina è imposta ai fini dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori di cui al d.m. 28 aprile 1998, n. 406, "è elemento indispensabile per la qualificazione dell'impresa" (sentenza 28 febbraio 2012, n. 1154), in quanto necessariamente deputata allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche

all'esecuzione del servizio ed all'assunzione delle connesse responsabilità (in senso conforme si registrano altre pronunce della Sezione: 17 maggio 2012, n. 2820; 11 gennaio 2012, n. 83; 26 maggio 2010, n. 3364).

12.1 Pertanto, il motivo è fondato sotto questo profilo con la conseguenza che la Agecos avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per cui è causa..

12.2. Restano conseguentemente assorbiti gli argomenti con cui, in sede di ricorso incidentale, anche la Cogeam ha lamentato la mancata esclusione dalla gara della Agecos.

13. Sono invece infondati i motivi nella presente sede di appello riproposti dalla Agecos al fine di ottenere l'esclusione dalla gara dalla prima classificata Nubile.

13.1. E' in primo luogo infondato il motivo con cui la Agecos ha lamentato la violazione degli articoli 42 e 48 del 'Codice dei contratti' in quanto l'impresa Daneco (ausiliaria dell'aggiudicataria) non avrebbe fornito la prova della propria capacità tecnica e, in particolare, del requisito di cui al punto 5.5. del disciplinare.

13.1.1. Al riguardo il Collegio si limita ad osservare: i) che un motivo di ricorso di contenuto del tutto analogo è stato articolato anche dalla Cogeam; ii) che tale motivo è stato esaminato retro, sub 7.2. e 7.2.1.; iii) che le medesime ragioni già in precedenza esposte possono qui essere richiamate al fine di dichiarare in parte qua infondato l'appello della Agecos.

13.2. In secondo luogo, è infondato il motivo con cui si è lamentata la violazione dell'articolo 75, comma 4 del 'Codice dei contratti' stante la presunta incompletezza e irregolarità della polizza fideiussoria rilasciata in favore della prima classificata Nubile.

13.2.1. Al riguardo il Collegio si limita ad osservare i) che il motivo di ricorso in questione presenta un contenuto del tutto analogo a quello proposto dalla Cogeam e che è stato in precedenza esaminato sub 7.4. e 7.4.1.; ii) che le medesime ragioni già in precedenza esposte possono qui essere richiamate al fine di dichiarare in parte qua infondato l'appello principale della Agecos.

14. In base a quanto esposto deve essere accolto l'appello incidentale proposto dalla società Nubile e per l'effetto deve essere dichiarato inammissibile l'appello proposto dalla società Agecos, che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

L'appello della Cogeam (che avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara) deve essere respinto in quanto infondato.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale della Nubile e, per l'effetto, dichiara inammissibile l'appello principale della Agecos.

Respinge l'appello incidentale della Cogeam.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2016

IL SEGRETARIO

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