

N. 00038/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00188/2010 REG.RIC.



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 188 del 2010, proposto da:
Pulindustriale S.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo di costituendo raggruppamento temporaneo con Nekta Servizi S.r.l., e Nekta Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, quale mandante di costituendo raggruppamento temporaneo con Pulindustriale S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Gianluigi Florian e Stefano Trubian ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Antonio Tita in Trento, via Lunelli, n. 48

contro

Dolomiti Energia S.p.a., in persona del legale rappresentate *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Florenzano e Cristina Tosolini, con domicilio eletto presso lo studio del primo di

essi in Trento, Piazza Mostra, n. 15

nei confronti di

Emanuele Melandri, titolare dell'omonima ditta, rappresentato e difeso dagli avv.ti Florinda Melandri e Sandro Manica, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Trento, via Belenzani, n. 39

per l'annullamento

- della nota n. prot. 10254, del 5.8.2010, con la quale Dolomiti Energia S.p.a. ha comunicato alla ditta Emanuele Melandri l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per il "servizio di prelevamento e trasporto del percolato dalla discarica di Ischia Podetti in Trento a idonei impianti";
- dell'eventuale formale provvedimento di aggiudicazione e, per quanto di necessità, della comunicazione di intervenuta aggiudicazione inoltrata a Pulindustriale S.r.l. il 5.8.2010;
- del verbale di gara 13.7.2010 della Commissione per l'esame delle offerte pervenute, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria "del servizio di prelevamento e trasporto del percolato dalla discarica di Ischia Podetti in Trento ad adeguati impianti" alla ditta individuale Emanuele Melandri;
- della nota prot. n. 9367, del 14.7.2010, con la quale Dolomiti Energia ha ordinato alla ditta Melandri la sostituzione del documento di cui alla lett. g) dell'art. 4.1 della guida all'offerta entro il termine perentorio del 20.7.2010;

- della successiva nota prot. n. 9939, del 28.7.2010, con la quale Dolomiti Energia ha ordinato alla ditta Melandri l'integrazione - sostituzione del documento sostitutivo richiesto con la precedente nota n. 9367 del 14.7.2010;
 - del bando di gara 27.4.2010 per il "servizio di prelevamento e trasporto del percolato dalla discarica di Ischia Podetti in Trento ad adeguati impianti prot. n. 6808/2010" e dei relativi allegati e, in specie, della guida all'offerta e delle norme contrattuali;
 - dell'eventuale atto di nomina della Commissione giudicatrice;
 - di ogni altro atto a questi presupposto o conseguente;
- con dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e con condanna al risarcimento dei danni subiti e/o subendi in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto ed assegnazione dei lavori, e/o per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dolomiti Energia S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ditta controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 il cons.

Alma Chiettoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara datato 27.4.2010, ritualmente pubblicato anche sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, la Società Dolomiti Energia ha indetto una procedura aperta per l'appalto a terzi del *“servizio di prelevamento e trasporto del percolato dalla discarica di Ischia Podetti in Trento ad adeguati impianti”*.

L'importo complessivo dell'appalto, per un servizio della durata di 24 mesi, era stato determinato in € 1.200.000,00 e per l'aggiudicazione era stato adottato il criterio del prezzo più basso, da determinarsi mediante il sistema dell'offerta a prezzi unitari.

2. Entro il termine di scadenza hanno presentato la loro offerta quattro imprese. Le operazioni di gara si sono svolte il giorno 13 luglio 2010 e, al termine delle operazioni, il seggio di gara ha graduato le partecipanti: l'offerta economica più conveniente era stata presentata dalla ditta individuale Emanuele Melandri, mentre le ricorrenti Pulindustriale S.r.l. e Nekta Servizi S.r.l., in costituenda A.T.I., si sono classificate al secondo posto.

Nella stessa giornata, la società Pulindustriale ha formalmente segnalato alla Stazione appaltante alcune irregolarità riscontrate nella documentazione prodotta dalla ditta prima classificata. Il giorno successivo Dolomiti energia ha informato l'istante che era stata attivata la procedura di regolarizzazione.

Con nota del 21 luglio 2010 Pulindustriale S.r.l. ha inoltrato alla Stazione appaltante l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs.

12.4.2006, n. 163, come aggiunto dall'art. 6 del D.Lgs. 20.3.2010, n. 53, evidenziando nuovamente le irregolarità che aveva riscontrato nella procedura di gara.

Tuttavia, il Direttore generale della Società ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto del servizio all'impresa Melandri, provvedimento che è stato comunicato all'interessata e alle altre concorrenti con distinte note raccomandate datate 5.8.2010.

3. Le ricorrenti hanno pertanto impugnato il provvedimento di aggiudicazione, con ricorso notificato in data 12.8.2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 17, deducendo i seguenti articolati motivi di diritto:

I - “violazione e omessa applicazione della lex specialis di gara: art. 4.1, lett. g), e art. 4.1, ultimo comma, della guida all'offerta, art. 23 delle norme contrattuali; violazione dell'art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione della par condicio tra i concorrenti”;

II - “violazione del principio di autolimitazione della Pubblica amministrazione e della par condicio tra i concorrenti sotto altro profilo; eccesso di potere, contraddittorietà tra atti della Pubblica amministrazione; disparità di trattamento”, posto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto in luogo del richiesto performance bond rilasciato da un primario istituto bancario avrebbe presentato l'impegno a rilasciare la fideiussione definitiva da parte di un istituto assicurativo; inoltre, si denuncia che la Stazione appaltante avrebbe dapprima permesso la “*sostituzione*” del documento

e, successivamente, la rettifica di quello tardivamente depositato accettando un ulteriore nuovo documento;

III - “violazione degli artt. 38, 43 e 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; difetto di istruttoria”, atteso che la dichiarazione resa dal legale rappresentante sull’insussistenza di precedenti penali in capo ai soggetti tenuti a detta dimostrazione sarebbe carente dell’indicazione del direttore tecnico o della figura ad esso equiparata; inoltre, si contesta la genericità della dichiarazione resa circa il rispetto degli obblighi in materia di occupazione di lavoratori diversamente abili;

IV - “violazione degli artt. 89 e 90, commi 3 e 7, del D.P.R. 21.12.1999, n. 554; violazione e omessa applicazione dell’art. 3 della Guida all’offerta; violazione dei principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica amministrazione”, in quanto l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa sull’ulteriore rilievo che l’offerta economica depositata - che conteneva un errore materiale corretto dal Seggio di gara - non sarebbe stata siglata in ogni sua pagina;

V - “violazione degli artt. 82 e 84 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione dei principi di trasparenza, correttezza, imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione; eccesso di potere, incompetenza relativa, difetto di istruttoria e di motivazione”, in via subordinata, posto che al momento della ricezione delle offerte sarebbe già stata costituita la Commissione giudicatrice per la scelta della migliore di esse né sarebbero state esplicitate le modalità di

nomina di tale organismo.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto a favore delle istanti, previo annullamento di quella impugnata e, in caso di impossibilità, per equivalente, per l'utile d'impresa che non sarebbe stato possibile conseguire, per il pregiudizio indotto dalla mancata qualificazione sul piano professionale a seguito dell'espletamento della commessa in questione, oltre che per le spese sostenute per la presentazione dell'offerta.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Dolomiti Energia S.r.l. si è tempestivamente costituita in giudizio, motivatamente chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

6. Ritualmente si è costituita in giudizio la controinteressata ditta individuale Emanuele Melandri, anch'essa concludendo per la reiezione del ricorso.

7. Con ordinanza n. 120, adottata nella camera di consiglio del 9 settembre 2010, la domanda cautelare è stata respinta.

8. La citata ordinanza è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato il quale, con l'ordinanza n. 5071, adottata nella camera di consiglio del 5 novembre 2010, ha accolto l'appello nei limiti della fissazione di una tempestiva udienza di merito innanzi a questo Tribunale.

9. In vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato

ulteriore documentazione e memorie conclusionali.

10. Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2011, sentiti i procuratori presenti che hanno ribadito le rispettive posizioni, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame le imprese Pulindustriale S.r.l. e Nektà Servizi S.r.l. - che hanno partecipato in costituenda A.T.I. al confronto concorrenziale indetto dalla Società Dolomiti Energia per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, del servizio di prelevamento e di trasporto del percolato dalla discarica di Ischia Podetti in Trento ad altri idonei impianti, e che sono risultate seconde classificate nella graduatoria definitiva di gara - hanno impugnato gli atti della procedura denunciando sotto diversi profili di violazione di legge e di eccesso di potere la mancata esclusione della ditta classificatasi al primo posto e, in subordine, la costituzione e la composizione della Commissione di gara.

Il ricorso è fondato.

2a. Con il primo e il secondo mezzo di ricorso, che possono essere trattati unitariamente in considerazione della loro concatenazione e interdipendenza, le Società istanti denunciano la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Melandri in quanto, in luogo del richiesto performance bond rilasciato da un primario istituto bancario avrebbe presentato l'impegno ad emettere la fideiussione definitiva da parte di un istituto assicurativo. Le ricorrenti lamentano, inoltre, che la

Stazione appaltante avrebbe dapprima permesso la “*sostituzione*” di quel documento e, successivamente, la rettifica di quello tardivamente depositato.

2b. Per la compiuta comprensione dei fatti di causa e dei due motivi in esame, occorre rammentare che, per il combinato disposto delle lett. f) e g) dell’articolo 4.1 della guida all’offerta e dell’art. 23 delle norme contrattuali, ogni concorrente era tenuto a presentare, a corredo dell’offerta, sia la cauzione prevista dall’art. 75 del D.Lgs. n. 163 del 2006 per un importo pari al 2% del valore dell’appalto, sia “*una lettera d’impegno di un primario istituto di credito gradito al committente a rilasciare il contratto autonomo di garanzia nello strumento di un performance bond sino a concorrenza del 5% del corrispettivo d’aggiudicazione*”.

L’ultimo capoverso dello stesso art. 4 della guida all’offerta aveva poi stabilito che la mancanza di un documento avrebbe comportato l’esclusione dalla gara mentre “*l’irregolarità sarebbe stata oggetto di regolarizzazione con la precisazione delle richieste da parte della Società e l’assegnazione di un termine perentorio, comunque non inferiore a 3 giorni lavorativi, per effettuare detta regolarizzazione*”.

2c. La ditta Melandri, in allegato alla garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria emessa da Assimoco S.p.a., Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni del Movimento Cooperativo, ha presentato una nota proveniente dallo stessa Società assicurativa contenente “*l’impegno ad emettere fideiussione definitiva ai sensi dell’art. 113 del D.Lgs. n. 163 del 2006*”.

La Stazione appaltante ha quindi chiesto alla Melandri “*di regolarizzare il documento di cui alla lettera g) mediante la presentazione di una lettera d’impegno di un istituto di credito ... in sostituzione di quello presentato emesso da un compagnia assicurativa*” assegnando termine fino al 20 luglio 2010 per provvedervi. L’interessata ha corrisposto inviando copia dell’impegno, datato 19 luglio, proveniente della Banca del Credito Cooperativo Ravennate e Imolese, volto al rilascio di un performance bond fino alla concorrenza massima di € 30.000,00.

Il successivo 28 luglio la Stazione appaltante ha nuovamente interpellato l’impresa Melandri per puntualizzare che vi era un errore nella cifra indicata quale limite di garanzia, la quale doveva essere determinata con riferimento all’importo di aggiudicazione. Il successivo 2 agosto, tramite fax, la ditta Melandri ha inviato la copia di un novello impegno della stessa Banca, datato 29 luglio, per il rilascio di un performance bond pari a € 40.000,00.

3a. La difesa di Dolomiti Energia giustifica l’operato della Stazione appaltante sostenendo: da un lato che la documentazione allegata dalla ditta Melandri sarebbe stata formalmente e sostanzialmente corretta così che il seggio di gara avrebbe richiesto e consentito una mera “*regolarizzazione*” del documento concernente la cauzione definitiva tempestivamente presentato e, per altro profilo, che la normativa di gara volta a richiede che il performance bond provenisse solo da un istituto bancario e non anche da società assicurative o da un intermediatore finanziario (come è testualmente prescritto nell’art.

75, comma 3, del Codice dei contratti al quale l'art. 113, comma 2, fa rinvio) sarebbe illegittima.

3b. Entrambe le argomentazioni difensive non possono essere condivise.

Innanzitutto deve essere richiamata quella consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo che, in occasione dell'espletamento dei procedimenti di evidenza pubblica, ripetutamente ha affermato che *“la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella lex specialis in ordine ai motivi di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 23.3.2010, n. 1700; 21.4.2009, n. 2435 e 5.9.2007, n. 4644).

Una volta che l'Amministrazione si è vincolata con la normativa speciale a ritenere di carattere escludente talune circostanze, non è giuridicamente possibile che nello svolgimento delle operazioni di gara, vale a dire in sede applicativa di quella normativa, la Commissione ne depotenzi la rilevanza attraverso valutazioni discrezionali sulla correttezza e/o sulla validità dei presupposti di carattere oggettivo predeterminati nel bando, essendo quelli, e non altri, funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico che deve essere perseguito attraverso la procedura selettiva. Se ciò avviene è in violazione della regola della par condicio tra i partecipanti e quindi

affetto da illegittimità.

Di conseguenza, *“qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza della violazione di determinate prescrizioni, la Commissione di gara è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a quelle prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando”*, in questo caso rimasto incontestato (cfr., T.R.G.A. Trento, 22.12.2010, n. 250).

3c. Applicando ai fatti di causa i riportati principi, emerge con assoluta evidenza che la Stazione appaltante non poteva considerare meramente *“irregolare”*, e pertanto *“regolarizzabile”*, il documento consegnato dall'impresa Melandri nella busta 1 in adempimento della prescrizione di cui alla lett. g) dell'art. 4.1 della guida all'offerta.

Quell'atto (reperibile nel documento n. 5 in atti di Dolomiti Energia depositati in data 8.9.2010), è del tutto privo dei requisiti essenziali affinché potesse considerarsi integrabile: esso non è stato emesso da un *“primario istituto di credito”* bensì da una società assicurativa; non riporta l'importo da vincolare; non contiene l'impegno ad *“emettere un performance bond”* ma solo il generico impegno a trarre la fideiussione definitiva.

La clausola del bando richiamata dal seggio di gara di Dolomiti Energia che permetteva la regolarizzazione e che sanzionava con l'esclusione dalla gara solo la *“mancanza”* dei documenti prescritti (che

costituisce applicazione alla *lex specialis* dell'art. 46 del Codice dei contratti), poteva e doveva essere utilizzata per precisare il contenuto di un documento già in possesso della stazione appaltante prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte ma non per consentire, di fatto, la “*sostituzione*” di una dichiarazione con un chiaro contenuto prescrittivo totalmente omesso, come è accaduto nell'ipotesi di specie.

Nel caso *de quo*, pertanto, non si è rimediato ad un vizio puramente formale ma si è sostituito un documento con un altro, proveniente da un diverso soggetto e con un differente contenuto sostanziale, atteso che il performance bond si differenzia dalla mera fideiussione per la carenza dell'elemento dell'accessorietà che, necessariamente, deve essere esplicitata in contratto con l'impiego di specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (cfr., Cass. civ., sez. III, 7.1.2004, n. 52). Ne deriva che in presenza di una prescrizione chiara, quale quella della lettera g) del capitolo 4.1 della normativa di gara, la consentita sostituzione documentale ha costituito una palese violazione della par condicio fra i concorrenti (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 2.8.2010, n. 5084).

3d. Né giova alla difesa della Stazione appaltante argomentare sull'illegittimità della disposizione in esame che, menzionando solo una delle tre modalità per la costituzione della cauzione, sarebbe in

contrasto con la vigente normativa: da ciò essa sostiene che sarebbe stato diritto del concorrente costituire la garanzia a corredo dell'offerta a propria discrezione e, conseguentemente, pretendere di essere ammesso alla gara.

Anche l'impresa controinteressata afferma che sarebbe stato suo diritto declinare l'invito alla regolarizzazione e, richiamando il combinato disposto degli artt. 113 e 75 del D.Lgs. n. 163 del 2006, asserire che l'impegno concernente la garanzia definitiva era già validamente costituito con la nota della compagnia assicuratrice Assimoco.

In proposito il Collegio osserva che la legittimità della menzionata clausola è argomento estraneo al presente giudizio, così come risultano del tutto irrilevanti le ipotesi avanzate da Dolomiti Energia su eventuali, possibili accadimenti. Non sono poi ammissibili, per intervenuta acquiescenza, le argomentazioni della ditta Melandri che si è volontariamente ed espressamente conformata a quanto richiesto dalla Stazione appaltante.

Non può persuadere, infine, la tesi che il seggio di gara, avendo rilevato che la prescrizione contenuta nella citata lett. g) sarebbe stata illegittima, vi avrebbe dato *“un'interpretazione ex lege”*.

Come già accennato, non rientra nei compiti del seggio di gara, mero organo istruttorio, discostarsi da quanto previsto dal bando, atteso che esso costituisce per l'Amministrazione un *"autovincolo"* che non lascia spazio all'esercizio di attività discrezionale in relazione a

nessuna parte del suo contenuto. La valutazione della portata delle clausole non può dunque essere effettuata dal seggio durante lo svolgimento della gara sulla base di tardive e, comunque, non consentite valutazioni di legittimità, posto che detta operazione è compito riservato all'Amministrazione che indice la gara in fase di redazione del bando.

“E ciò, se in astratto è vero per la tutela della par condicio potenziale dei concorrenti, in concreto si manifesta tanto più necessario allorché, come nel caso di specie, la mancata applicazione di regole del bando prescritte a pena di esclusione, determina la non esclusione della impresa poi risultata aggiudicataria, la quale proprio quelle prescrizioni non aveva osservato” (cfr., T.A.R. Valle d'Aosta 19.1.2005, n. 7).

Da queste considerazioni consegue dunque che le operazioni di aggiudicazione del confronto concorrenziale in questione sono viziate e che i relativi atti impugnati sono illegittimi.

4a. Il Collegio non può peraltro esimersi dall'esaminare anche del terzo motivo di ricorso, con il quale le ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e difetto di istruttoria. Sul punto esse rilevano che il sig. Melandri ha reso la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale unicamente con riferimento a se stesso, quale rappresentante legale della ditta, omettendo ogni riferimento sull'assenza di pregiudizio penale in ordine al responsabile tecnico, tale sig. Maurizio Tirapani, che con tale qualifica è stato registrato con l'iscrizione dell'impresa Melandri

all'Albo nazionale gestori ambientali.

4b. L'invocato art. 38, comma 1, lett. c), stabilisce, in particolare, che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di lavori, forniture e servizi le imprese con amministratori muniti del potere di rappresentanza e direttore tecnico, sia in carica che cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

4c. Dolomiti Energia oppone, innanzitutto, che la figura del “*direttore tecnico*”, unica espressamente prevista dalla disposizione riportata, non potrebbe considerarsi fungibile con quella del “*responsabile tecnico*”, anche per la genesi dell'art. 38 che avrebbe trasposto la previgente disciplina in materia di appalti di lavori, né detta disposizione sarebbe passibile di interpretazione estensiva. Aggiunge poi che la disciplina di gara non aveva richiesto la sussistenza di tale figura, limitandosi genericamente a prescrivere che il concorrente dovesse presentare la dichiarazione di cui al menzionato art. 38. Infine, rievoca che la normativa di gara aveva prescritto che solo la mancanza di un documento era sanzionata con l'esclusione dalla gara e che, di conseguenza, la dichiarazione tempestivamente resa dal sig. Melandri era passibile di integrazione.

La difesa della ditta Melandri ha specificato che il sig. Tirapani non è un dipendente dell'impresa bensì un libero professionista, incaricato quale “*responsabile tecnico*” ai soli fini dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali. Responsabile tecnico dell'impresa e della commessa de quo sarebbe lo stesso sig. Melandri.

4d. Il mezzo è fondato e le argomentazioni delle parti resistenti non convincono il Collegio.

Non ignora il Tribunale il complesso dibattito sviluppatosi sulla portata del menzionato art. 38, tema sul quale la giurisprudenza amministrativa non ha ancora trovato soluzioni unanimi. È comunque pacifico che il requisito della moralità professionale, e dunque l'obbligo della dichiarazione, deve essere valutato nei confronti sia di coloro che hanno ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali, sia di coloro che, al di là della qualifica formale, rivestono funzioni sostanziali.

In tal senso, il Collegio condivide e fa propria la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha osservato come il comma 1 dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 riferisca “*espressamente i requisiti generali di partecipazione alla procedure di affidamento, ivi previsti, anche agli appalti di servizi?*” e che, pertanto, non vi è dubbio “*che quando la norma (lett. c) del comma 1) richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal "direttore tecnico", abbia 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" e quindi del "responsabile tecnico" (cfr., sez. V, 26.5.2010, n. 3364).

Né ha pregio giuridico la tesi che nell'appalto de quo non sarebbe stata espressamente richiesta la presenza di un responsabile tecnico e che, in ogni caso, la relativa attività sarebbe stata svolta dal sig. Melandri. Risulta infatti pacifico che:

- requisito sostanziale per la partecipazione alla gara di causa era l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali di cui all'art. 212 del D.Lgs. 3.4.2006, n. 152, per le categorie e le classi previste agli artt. 8 e 9 del D.M. 28.4.1998, n. 406 (cfr., lett. d) dell'art. 4.1 della guida all'offerta);
- per detta iscrizione il comma 4 dell'art. 10 del citato D.M. n. 406 del 1998 impone la nomina di un responsabile tecnico in possesso dei requisiti professionali stabiliti dal Comitato nazionale e dei requisiti di qualificazione professione, di ordine speciale e di ordine generale di cui al comma 2, lettere e), f), h) e l), dello stesso articolo;
- tra i requisiti di idoneità tecnica che devono essere posseduti da un'impresa per conseguire l'iscrizione non vi è solo l'adeguata disponibilità di attrezzature tecnica e di personale, in quanto viene anche valutata "la qualificazione professionale del responsabile tecnico, risultante da idoneo titolo di studio, dall'esperienza maturata in settori di attività per i quali è richiesta l'iscrizione o conseguita tramite la partecipazione ad appositi corsi di formazione" (cfr., art. 11 del D.M. n. 406 del 1998);
- il responsabile tecnico è dunque un elemento indispensabile non

solo per la mera iscrizione dell'impresa al citato Albo ma anche per dimostrare in concreto l' idoneità tecnica delle imprese che svolgono attività di gestione di rifiuti;

- egli è, *“evidentemente, deputato allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche all'esecuzione dei servizi da parte dell'impresa, di cui assume quindi, per stessa definizione, la responsabilità sotto tali aspetti”* (cfr., C.d.S., n. 3364 del 2010, cit.);

- da ciò consegue che, nella fattispecie all'esame, concernente il servizio di trasporto di rifiuti allo stato liquido non pericolosi (percolato di discarica) in appositi impianti di depurazione biologica, il responsabile tecnico dell'impresa avrebbe necessariamente assunto la responsabilità tecnica del corretto svolgimento del servizio per la parte di esso riguardante la *“gestione di rifiuti”*.

Non merita alcun apprezzamento nemmeno la tesi che il sig. Tirapani non è un dipendente della ditta Melandri ma che operi per la stessa in qualità di libero professionista. Tale specificazione - a meno che non voglia sottintendere una presenza solo formale del responsabile tecnico nella sensibile attività della gestione dei rifiuti - attiene solo a modalità organizzative liberamente scelte dall'imprenditore: non vi infatti alcuna differenza tra l'attività di responsabile tecnico, come prescritta dal citato D.M. n. 406 del 1998, prestata in regime di dipendenza da quella svolta come libero professionista esterno (cfr., sentenza C.d.S. n. 3364 del 2010, cit.).

Infine, è altresì infondata l'argomentazione della Stazione appaltante

volta a sostenere che la dichiarazione mancante sarebbe stata regolarizzabile, posto che il documento tempestivamente depositato dal sig. Melandri avrebbe potuto contenere plurime dichiarazioni e alla luce della già ricordata prescrizione della lex specialis che consentiva la regolarizzazione e l'esclusione dalla gara solo in caso di totale mancanza di un documento. In realtà, la lett. b) dell'art. 4.1 della guida all'offerta che consentiva che le molteplici dichiarazioni di cui al comma 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti potessero essere formalizzate in un unico documento permetteva solamente che una serie plurima di dichiarazioni potesse essere contenuta in un unico atto senza, per questo, togliere carattere di autonomia e di separatezza ad ogni dichiarazione. Da ciò la piena obbligatorietà della sussistenza di ogni singola dichiarazione sin dal momento della partecipazione alla gara, con il conseguente divieto di integrare / regolarizzare una dichiarazione che in realtà mancava del tutto.

5. Infondata si presenta invece la seconda parte del terzo motivo, con il quale le ricorrenti hanno denunciato, per un verso che la dichiarazione resa dall'aggiudicataria *“di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla l. 12.3.1999, n. 68”*, sarebbe stata carente e comunque non idonea allo scopo per cui era stata richiesta, avendo meramente soggiunto di non essere *“soggetta agli obblighi della predetta legge per i seguenti motivi: ditta di autotrasporto merci per conto terzi”* e, sotto diverso profilo, che la Stazione appaltante non avrebbe compiuto i necessari controlli circa la veridicità di quella

dichiarazione rese dalla concorrente in fase di gara.

Da un lato, infatti, la riportata dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, con l'espressa aggiunta delle clausole di consapevolezza della decadenza dai benefici stabilita dall'art. 75 e delle responsabilità penali scaturenti dall'art. 76 dello stesso testo unico, presenta il contenuto minimo sufficiente ai fini della partecipazione alla gara e dell'eventuale, successiva, aggiudicazione e, per altro profilo, i controlli di competenza della Stazione appaltante si dovevano eseguire solo successivamente all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto.

Con la memoria depositata in data 11 gennaio 2011 le ricorrenti deducono in fatto, analizzando la pianta organica dell'impresa Melandri (che è stata acquisita a seguito di un accesso agli atti eseguito in data 13 dicembre 2010) che, in capo a detta ditta, e a differenza di quanto dalla stessa affermato, sussistano gli obblighi di cui alla menzionata legge n. 68 del 1999.

Ma anche tale censura, a parte rimanendo l'eccezione di inammissibilità avanzata dalla difesa della Stazione appaltante, è infondata in fatto.

Premesso che il comma 2 dell'art. 5 della legge sull'integrazione lavorativa delle persone disabili dispone che i datori di lavoro sia pubblici che privati, che operano nel settore del trasporto, *“non sono tenuti, per quanto concerne il personale viaggiante e navigante, all'osservanza dell'obbligo di cui all'articolo 3”*, dall'esame dell'elenco del personale

dipendente dall'impresa Melandri prodotto dalle stesse ricorrenti (cfr., documento n. 55) risulta che il numero degli addetti a mansioni diverse da "autista" e da "apprendista autista" era, al momento della presentazione dell'offerta, inferiore alle 15 unità; segnatamente, era pari a 14 lavoratori, con mansioni così articolate: 6 impiegati (Billi, Leonardi, Maggi, Melandri, Niccolini e Sbarzaglia), 4 operai addetti a carico e scarico (Abdelillah, Karpachev, Mazzoni e Syvko) e 4 aiuto meccanico (Karay, Karay, Tabaku e e Tabaku).

6. Infine, anche il quarto mezzo è infondato in fatto, atteso che le disposizioni del bando di gara erano chiare nel prescrivere che la sola offerta tecnica dovesse essere "*firmata sull'ultima pagina e siglata in ogni sua pagina*" dal rappresentante legale del concorrente (cfr., secondo paragrafo del cap. 4.2 della guida all'offerta), mentre per l'offerta economica era stato semplicemente prescritto che la stessa dovesse "*essere redatta secondo il modello dell'allegato 2*" alla guida all'offerta e che fosse "*firmata*" dal rappresentante legale del concorrente. Da ciò la conformità a quanto prescritto dell'offerta economica versata dalla ditta Melandri, redatta sul modello predisposto dalla Stazione appaltante e sottoscritta per esteso sulla seconda pagina, ossia nel punto indicato dal modello.

7. In conclusione, sulla base delle argomentazione svolte, e con conseguente assorbimento delle censure non specificatamente esaminate, il ricorso deve essere dunque accolto.

Quanto all'esame dell'introdotta domanda risarcitoria, occorre sul

punto rilevare che la Stazione appaltante, nella memoria depositata in data 11 gennaio 2011, ha puntualizzato di aver completato, nelle more del giudizio, le sole verifiche prodromiche alla stipulazione del contratto ma che ne ha differito la sottoscrizione in attesa della decisione nel merito di questo Tribunale.

A ciò consegue che alle società ricorrenti, seconde classificate nella graduatoria di gara, deve essere riconosciuto il richiesto risarcimento in forma specifica. Ciò, in fatto, si traduce nell'obbligo in capo alla resistente Società di dare esecuzione alla presente pronuncia, disponendo dapprima l'aggiudicazione a favore delle istanti e quindi procedendo alla successiva istruttoria, volta alla verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara, dando corso soltanto in esito alla positiva verifica della stessa all'assegnazione del contratto a favore delle ricorrenti.

8. In dipendenza delle argomentazioni sopra svolte in motivazione, le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbono porsi a carico delle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica),

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 188 del 2010, lo accoglie.

Condanna Dolomiti Energia e la ditta Emanuele Melandri a corrispondere in solido la complessiva somma di € 8.800,00 (ottomilaottocento), (di cui € 8.000,00 per onorari ed € 800,00 per

diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore delle Società ricorrenti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2011

IL SEGRETARIO

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