

Publicato il 02/05/2024

N. 03985/2024REG.PROV.COLL.
N. 06477/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6477 del 2023, proposto da Gentile Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 923752679A, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ecosistem S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Consoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania - Ufficio Speciale Grandi Opere, Struttura di Missione per l'attuazione del Programma Straordinario per la Rimozione dei Rifiuti Stoccati in Balle, Ufficio Speciale Centrale Acquisti Procedure di Finanziamento di Progetti Relativi ad Infrastrutture e Progettazione, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 04008/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ecosistem S.r.l. e della Regione Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Luca Monteferrante e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale;

Con ricorso al T.a.r. per la Campania sede di Napoli, la Ecosistem s.r.l. ha contestato, quale seconda classificata, l'aggiudicazione in favore della Gentile Ambiente s.p.a., disposta dalla Regione Campania, della gara avente ad oggetto il “*servizio di caratterizzazione, smassamento e trasporto dei rifiuti stoccati in balle nel sito di Lo Spesso, nel Comune di Villa Literno, presso l'impianto di trattamento ubicato nello STIR di Caivano*”, deducendo asseriti profili di non idoneità delle referenze dichiarate a comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal disciplinare di gara.

La Regione Campania, con nota del 13 febbraio 2023, dava impulso ad un procedimento di riesame diretto alla verifica, in contraddittorio, delle referenze dichiarate dalla Società Gentile Ambiente s.p.a..

Nel corso del procedimento di riesame l'aggiudicataria, con memoria, documentazione contabile e negoziale, sosteneva di aver svolto per il Consorzio NACAV (per i quattro contratti dichiarati in fase di gara) servizi per un importo complessivo di € 13.377.894,35 (superiore ai 5 milioni di euro richiesti), per attività riconducibili a carico, trasporto ed intermediazione rifiuti (servizi da ritenersi equipollenti secondo la *lex specialis*) in conformità con le referenze prescritte dall'art. 13, comma 1, lett. a) del Disciplinare di Gara.

La Regione Campania, nominava una Commissione Tecnica per la verifica di tale documentazione, e, ritenuta la stessa idonea a comprovare i predetti

requisiti, confermava la aggiudicazione nei confronti di Gentile Ambiente s.p.a. con decreto dirigenziale dell'Ufficio Speciale Grandi Opere n. 256 del 17 aprile 2023, che la Ecosistem s.r.l., tuttavia, impugnava con motivi aggiunti prospettando:

- la modifica soggettiva (da trasportatore ad intermediario) ed oggettiva (da servizi di trasporto a servizi di intermediazione) dei requisiti di qualificazione della Società Gentile Ambiente;
- la falsità (art. 80, comma V, lett. f-*bis*) della dichiarazione di possesso dei prescritti requisiti di capacità tecnico – finanziaria, per non aver confermato, in sede di comprova, il fatturato dei servizi di carico e trasporto rifiuti dichiarato nell'ambito dell'Elenco dei quattro contratti NACAV, utilizzati come referenze.

La Gentile Ambiente s.p.a. contestava le avverse doglianze deducendo:

- che la comprova del requisito di capacità tecnica professionale era intervenuta utilizzando solo i quattro contratti NACAV tempestivamente menzionati in sede di gara, come confermato dalla dichiarazione resa ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. a) del disciplinare di gara;
- che, in conseguenza, non fosse astrattamente configurabile alcuna falsa dichiarazione (ex art. 80, comma V, lett. f-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016), stante il possesso del prescritto requisito sostanziale, non potendosi configurare una “*immutatio veri*” bensì una mera rimodulazione interna dei requisiti di fatturato tempestivamente dichiarati.

Il T.a.r. per la Campania, con sentenza n. 4008 del 2023:

- dichiarava il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse;
- accoglieva i secondi motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento di conferma ed annullava l'aggiudicazione assumendo:
 - che Gentile Ambiente s.p.a., in sede di comprova, avrebbe modificato le referenze oggetto del requisito di capacità tecnico – professionale (da servizi di carico e trasporto a servizi di intermediazione);

- che la mancata comprova dell'importo di fatturato per servizi di carico e trasporto dichiarato in sede di partecipazione, pertanto, integrerebbe falsa dichiarazione escludente, ai sensi dell'art. 80, comma V, lett. f-*bis*) del d. lgs. n. 50 del 2016.

Avverso la predetta sentenza la Gentile Ambiente s.p.a. ha interposto appello per chiederne la integrale riforma in quanto errata in diritto.

Si è costituita in giudizio e la Ecosistem s.r.l. per resistere all'appello, concludendo per la sua reiezione in quanto infondato, con conferma della sentenza appellata.

La Ecosistem s.r.l., con la memoria del 16 agosto 2023, ha anche riproposto i motivi di ricorso assorbiti e non esaminati dal T.a.r..

Si è costituita anche la Regione Campania, rappresentando l'urgenza di definire il giudizio per consentire l'affidamento del servizio di trasporto rifiuti al legittimo affidatario.

Alla udienza pubblica del 16 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie difensive con le quali le parti hanno nuovamente illustrato le rispettive tesi difensive.

L'appello è infondato.

Con un primo motivo l'appellante deduce: *“error in iudicando – violazione e falsa applicazione del punto 13 lett. a) del disciplinare sui requisiti di capacità tecnico - professionale”*.

Lamenta che il T.a.r. avrebbe travisato due rilevanti dati di fatto:

a) avrebbe erroneamente riferito la dichiarazione concernente l'elenco dei contratti indicati con esclusivo riferimento all'art. 13 lett. a) del Disciplinare per comprovare il requisito di capacità tecnico – professionale (art. 13 lett. a) al distinto requisito di fatturato globale (art. 12);

b) contesta l'ulteriore affermazione secondo cui la Commissione avrebbe integrato, d'ufficio, la propria dichiarazione, con riferimento alle Referenze dei contratti NACAV (da trasporto ad intermediazione); siffatta affermazione sarebbe frutto di una lettura superficiale degli atti (di gara e di giudizio).

Gentile Ambiente, infatti, dopo aver dichiarato, in sede di gara, referenze con riferimento sempre e solo ai quattro contratti Nacav, in sede di comprova, si sarebbe limitata a fornire una attestazione del Committente (Nacav) che confermava le quattro referenze, rimodulando solo il riparto interno di fatturato tra servizi che, a termini della *lex specialis* (art. 13 lett. a) sono omogenei ed equivalenti e precisamente:

- servizi di trasporto e carico rifiuti;
- servizi di intermediazione rifiuti.

Dunque, non sussisterebbe alcun apporto correttivo esterno, bensì una mera rimodulazione fisiologica degli stessi unici titoli contrattuali, in fase di successiva comprova, che l'appellante correttamente aveva speso, in fase di gara.

Il motivo è destituito di fondamento.

Quanto alla lettera a) il richiamo operato dal T.a.r. (cfr. p. 6) alla dichiarazione resa ex art. 13 lett. a) del Disciplinare, ai fini della dimostrazione anche del requisito del fatturato globale anziché del solo requisito di capacità tecnico-professionale, è circostanza irrilevante poiché il presunto errore sul punto non ha in alcun modo influito sull'esito della decisione la cui *ratio decidendi* si fonda, piuttosto, sulla inidoneità della dichiarazione resa in relazione al requisito della capacità tecnico professionale e non a quello del fatturato globale.

È comunque, quanto meno, dubbio che il T.a.r. sia incorso in un errore poiché è vero che la dichiarazione è stata formalmente resa ai sensi dell'art. 13 lett. a) del Disciplinare ma nella successiva tabella in cui si riportano i dati oggetto della autocertificazione, nella parte di sinistra, si specifica che la tabella è riferita al "Requisito Fatturato" e comunque il T.a.r. precisa, in motivazione, che la dichiarazione in questione è stata resa "*al precipuo scopo di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al citato art. 13, comma 1, lett. a), del disciplinare*" e cioè per la finalità indicata dalla appellante.

Quanto alla lettera b) il Collegio è dell'avviso che il T.a.r. abbia correttamente rilevato una non consentita modifica, da parte della Commissione incaricata

del riesame, della dichiarazione resa dalla Gentile Ambiente s.p.a., ai sensi dell'art. 13 lett. a) del Disciplinare, che ha successivamente inficiato la determina confermativa della aggiudicazione.

La Gentile Ambiente, infatti, nel rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 13 lett. a) del Disciplinare includeva, tra la documentazione amministrativa, una “Dichiarazione requisito art. 13 a) – elenco dei servizi”, nella quale elencava quattro contratti stipulati con la NACAV (Napoli Cancelli Alta Velocità) S.c.a.r.l. aventi ad oggetto “*carico, trasporto, smaltimento materiali da scavo e rifiuti, nonché bonifica ambientale*”, e riportava, per il triennio di riferimento (2019, 2020 e 2021) gli importi maturati con i predetti contratti con riguardo ai servizi “*di carico e trasporto rifiuti*”, ammontanti complessivamente ad € 10.273.343,44, cioè ad una cifra quasi doppia rispetto all'importo minimo richiesto di € 5.000.000,00.

È accaduto, tuttavia, che il certificato di servizio della NACAV del 10 febbraio 2023, acquisito dalla commissione istruttoria in sede di riesame dell'aggiudicazione, attestava invece, con riferimento ai suddetti quattro contratti, che i corrispettivi maturati dalla Gentile Ambiente per i suddetti “*servizi di carico e trasporto rifiuti*” erano pari, nel triennio 2019/2021, ad appena € 1.488.571,76, mentre nello stesso certificato si dava conto della corresponsione del complessivo importo di € 11.889.322,59 per lo svolgimento del distinto “*servizio di intermediazione rifiuti*” non menzionato nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 13 lett. a) del Disciplinare.

Poiché il disciplinare considera i “*servizi di carico e trasporto rifiuti*” equivalenti a quelli di “*intermediazione rifiuti*” la Commissione ha ritenuto di poter valorizzare, ai fini del raggiungimento della soglia minima di euro 5.000.000,00, richiesta dal Disciplinare, accanto ai servizi di “*carico e trasporto rifiuti*”, ritualmente e tempestivamente dichiarati, anche quelli di “*intermediazione rifiuti*”, sebbene non dichiarati all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, poiché entrambi svolti a favore della NACAV per

un importo complessivo di € 13.310.907,37, come confermato dal certificato del 10 febbraio 2023.

Così facendo, tuttavia, la Commissione ha effettivamente integrato la dichiarazione resa dalla appellante, computando servizi mai dichiarati (quelli di “intermediazione rifiuti”), sebbene effettivamente svolti, e comunque necessari per dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnico professionale nell’importo minimo richiesto per la partecipazione.

È dunque corretta, sulla scorta di tali premesse, la conclusione cui è pervenuto il T.a.r. secondo cui: *“alla luce dell’operata ricostruzione dei fatti controversi, si palesa fondata la censura, articolata nel primo motivo del gravame in esame, con cui parte ricorrente lamenta la mancata comprova, da parte dell’aggiudicataria, del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale dichiarato in sede di gara, circoscritto ai soli servizi di carico e trasporto rifiuti e poi rivelatosi insussistente in virtù dell’insufficiente importo attestato dalla NACAV nel certificato del 10 febbraio 2023: nello specifico la società ricorrente sostiene, condivisibilmente, che la stazione appaltante avrebbe “di fatto “sostituito” la dichiarazione del possesso del requisito riferito agli importi fatturati per il “solo carico e trasporto” di rifiuti con una diversa dichiarazione avente ad oggetto un altro servizio (intermediazione rifiuti) non dichiarato e speso in gara”;*

- il Collegio osserva che è incontestabile, proprio in base al certificato NACAV del 10 febbraio 2023, che la Gentile Ambiente non fosse in possesso del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale dichiarato in sede di gara per l’importo complessivo di € 10.273.343,44, in relazione ai servizi di carico e trasporto rifiuti, risultando da tale certificato il ben più esiguo importo di € 1.488.571,76, inferiore alla soglia minima prescritta dal disciplinare di € 5.000.000,00;

- né era consentito alla stazione appaltante di sopperire d’ufficio a tale insufficienza valoriale, conteggiando la maggiore somma attestata in capo alla Gentile Ambiente per l’espletamento del servizio di intermediazione rifiuti, in quanto tale servizio, pur potendo essere astrattamente ricompreso nell’ambito dei servizi utili ai sensi dell’art. 13, comma 1, lett. a), del disciplinare perché nominativamente individuato, doveva, per poter essere in concreto valorizzato, essere previamente dichiarato ed evidenziato dalla diretta interessata

nell'ambito dell'elenco dei servizi richiesto dall'art. 21, lett. b), del disciplinare, circostanza che, come visto, nello specifico non si è verificata;

- in altri termini, la comprova da fornire in sede di verifica del possesso del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale doveva attenersi solo ai servizi di carico e trasporto dichiarati e spesi dall'aggiudicataria all'interno dell'elenco dei servizi prescritto dal disciplinare ai fini della partecipazione, ma giammai a servizi diversi sconosciuti a tale elenco e poi emersi casualmente nella

certificazione di servizio prodotta in occasione del riesame, per quanto tali servizi fossero astrattamente valorizzabili in termini di esperienza utile in forza delle stesse disposizioni del disciplinare, come nel caso dell'attività di intermediazione;”.

Se, infatti, il partecipante dichiara il possesso del requisito tecnico professionale in relazione ad una determinata attività (nella specie quella di carico e trasporto di rifiuti), ed il fatturato in sede di verifica si rivela insufficiente rispetto a quello prescritto dal disciplinare, la commissione non può computare anche una diversa attività (nella specie quella di intermediazione di rifiuti), sebbene effettivamente svolta e per quanto ritenuta equivalente dal disciplinare a quella dichiarata, al fine di ritenere dimostrato il predetto requisito, poiché così facendo opera una surrettizia modifica della dichiarazione del partecipante circa il possesso dei requisiti di partecipazione.

Non si tratta solo di rimodulare il riparto interno di fatturato tra servizi che, a termini della *lex specialis* (art. 13 lett. a), sono omogenei ed equivalenti ma di una modifica sostanziale della dichiarazione laddove viene valorizzata una tipologia di attività (nella specie quella di intermediazione di rifiuti) che il partecipante non ha ritenuto, nella sua autonomia, di menzionare.

Il requisito tecnico professionale di partecipazione va infatti verificato rispetto ad una determinata attività e non rispetto ad un contratto – come sostiene l'appellante - che rileva invece sul piano probatorio.

Non vi è stata dunque alcuna lettura superficiale degli atti di causa da parte del T.a.r., come infondatamente eccepito dalla appellante, né il rigoroso sviluppo argomentativo del giudice di prime cure può essere tacciato di esasperato

formalismo, in contrasto con i principi di efficienza e di risultato, essendosi invero egli attenuto ad una piana applicazione del principio della *par condicio* che una riqualificazione della domanda *ex post*, sulla base dei contratti indicati, – pur sollecitata dall'appellante - avrebbe invece sovvertito.

In particolare i principi del risultato e della efficienza predicati dall'art. 1 del d. lgs. 36/2023, sebbene non applicabili al caso di specie *ratione temporis* essendo il bando stato pubblicato in data anteriore, non possono comunque sovvertire le regole di svolgimento della gara ed i concorrenti principi di *par condicio* e di autoresponsabilità nella presentazione delle dichiarazioni richieste dal disciplinare di gara, come chiarito anche dalla Corte di giustizia UE in materia di soccorso istruttorio (si veda *infra*).

Inoltre i titoli contrattuali, in quanto prove documentali, non rilevano in sé ma nella misura e per le finalità indicate dal partecipante nella domanda di partecipazione; se costui li menziona per dimostrare la propria perizia professionale come trasportatore di rifiuti non può successivamente spendere anche la qualifica di intermediario solo perché i predetti titoli comprovano anche questo tipo di attività, rivelatasi successivamente necessaria per integrare un requisito minimo di partecipazione: ciò che rileva è il contenuto della dichiarazione del partecipante che delimita la rilevanza probatoria dei documenti indicati a comprova e non viceversa, come assume l'appellante.

Da quanto precede discende anche la infondatezza della ulteriore censura mossa dalla Gentile Ambiente s.p.a. la quale assume, sotto diversa angolazione, che il T.a.r. avrebbe errato nel configurare un presunto *jus variandi* delle referenze (nel corso della procedura di gara) da parte del concorrente.

Ed infatti sebbene i contratti con NACAV non siano stati modificati o integrati, altro è richiamarli per dimostrare la capacità tecnico professionale come trasportatore di rifiuti – come accaduto nel caso di specie - altro è valorizzarli *ex post* per dimostrare la diversa qualifica di intermediario, mai spesa in sede di gara, sebbene ritenuta equivalente alla prima dal disciplinare.

Il disciplinare, ritenendole equivalenti, rimetteva alle parti la scelta dell'attività da dichiarare al momento della presentazione della domanda di partecipazione: una volta indicata una delle attività consentite, non è dato, in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, invocarne un'altra al fine di colmare il *deficit* di fatturato emerso, poiché un tale *modus procedendi* appare elusivo della *par condicio* in relazione ai tempi ed alle regole di partecipazione.

Per tentare di superare la rilevanza giuridica della dichiarazione l'appellante incentra la propria tesi difensiva sulla invarianza della documentazione probatoria e sostiene che: *“La Società appellante ha espressamente dichiarato, in sede di gara, ai fini dell'art. 13 co. 1 lett. a) del Disciplinare, di aver svolto (nel triennio), n. 4 contratti con il Consorzio Nacav. Queste referenze sono state tempestivamente dichiarate e spese nel corso della gara. Le stesse referenze e non altre (il punto è decisivo) sono state utilizzate, in sede di comprova, del possesso del requisito di capacità tecnico – professionale, richiesto dal Disciplinare di Gara.”*

La tesi non può essere condivisa perché le predette referenze sono state espressamente indicate per comprovare una specifica attività, quella di raccolta e trasporto di rifiuti, mentre è emerso che per tale attività il requisito di qualificazione non era stato raggiunto e quindi l'interessata ha pensato di poter valorizzare le medesime referenze per un'altra diversa attività, quella di intermediazione, tuttavia mai dichiarata e come tale insuscettibile di poter integrare *ex post* l'originaria dichiarazione, pena una non consentita modifica sostanziale della domanda di partecipazione.

È dunque corretto quanto osservato sul punto da T.a.r. secondo cui: *“soccorre, al riguardo, il diffuso e condiviso orientamento secondo il quale, qualora l'operatore economico abbia inequivocabilmente rappresentato, con dichiarazione resa (come nella specie) unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di capacità attraverso l'indicazione di determinati servizi svolti, non possa poi, in corso di procedura e meno che mai all'esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l'intenzione di avvalersi di altri servizi mai*

dichiarati prima perché maggiormente rispondenti ai fini della dimostrazione del possesso di un dato requisito: invero, tale pratica confliggerebbe con i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di par condicio dei concorrenti (la possibilità di utilizzo degli ulteriori servizi potrebbe essere maturata successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle istanze partecipative), nonché con il fondamentale principio regolatore dell'evidenza pubblica in base al quale non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione della domanda (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 1° giugno 2021 n. 4208 e 13 agosto 2020 n. 5030)''.

Con un'ultima censura, articolata sempre nell'ambito del primo motivo di appello, la Gentile Ambiente s.p.a. lamenta che il T.a.r. avrebbe ommesso di trattare una ulteriore e decisiva questione di diritto idonea a sovvertire l'esito del giudizio. In particolare, poiché l'art. 13 lett. a) del Disciplinare consente di comprovare il requisito di capacità tecnica anche attraverso servizi analoghi a quelli oggetto di appalto, se anche la quota di servizi per carico e trasporto non fosse idonea, in sede di comprova, ad integrare il servizio identico (€ 5 milioni), in ogni caso, l'importo residuo di referenze contrattuali dichiarate sarebbe utilizzabile quale servizio analogo, a quello di appalto e, dunque, dovrebbe ritenersi idoneo a comprovare la capacità tecnico professionale del concorrente.

Il motivo è infondato poiché, come già diffusamente evidenziato, il servizio analogo avrebbe dovuto essere dichiarato per poter concorrere alla dimostrazione del possesso della capacità tecnico professionale, laddove, nel caso di specie, l'attività di intermediazione di rifiuti non è mai stata dichiarata e, solo dopo che la certificazione inviata dal NACAV ne evidenziava l'entità in termini di fatturato, si è posto il tema della sua possibile valorizzazione ai fini della partecipazione alla gara.

Aggiunge ancora l'appellante che, secondo un orientamento giurisprudenziale, dovrebbe ritenersi consentito ricorrere al c.d. soccorso istruttorio, per comprovare il possesso sostanziale dei requisiti di

partecipazione, mediante altri e diversi servizi, benché non dichiarati in sede di gara.

In senso contrario reputa il Collegio che non sia ammesso il soccorso istruttorio, trattandosi, nel caso di specie, di vera e propria integrazione sostanziale della domanda di partecipazione, preclusa dal principio della *par condicio*.

Al riguardo, va confermato l'orientamento espresso, da ultimo, da Cons. Stato, V, 8 marzo 2022, n. 1663 e 27 marzo 2020, n. 2146, che ricordano come: “*sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si sia pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, causa C-131/16 Archus) enunciando le seguenti regole: a) consentire all'amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onere, chiarimenti, violerebbe il principio della par condicio (poiché sembrerebbe che, ove il privato risponda positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.*”

Deve pertanto concludersi, in linea con quanto statuito dal T.a.r., che l'appellante doveva essere esclusa dalla gara per difetto del requisito di capacità tecnico-professionale nella misura minima richiesta dal Disciplinare.

Quanto precede consente di assorbire le deduzioni difensive della Ecosistem s.r.l. con le quali è stata sostenuta la tesi della impossibilità giuridica di avvalersi delle attività svolte come intermediario avendo la appellante dichiarato di partecipare come trasportatore di rifiuti, peraltro omettendo di

assolvere agli obblighi dichiarativi previsti specificamente per i soli intermediari.

Con il secondo motivo l'appellante deduce: “*error in iudicando – violazione e falsa applicazione dell’art. 80 co. v lett. f bis) del d.lgs. 50/2016*”.

Lamenta la erroneità della statuizione del T.a.r. in tema di asserita mendacità della dichiarazione della Società appellante, con riferimento all’importo dei servizi per carico e trasporto rifiuti, per violazione dell’art. 80, comma V, lett. f-*bis*) del Codice dei contratti pubblici, anche alla luce di quanto chiarito da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16 del 2020.

Sostiene che l’includibile possesso del requisito sostanziale, da parte del concorrente, degraderebbe la asserita discrasia (tra dichiarato e comprovato) a semplice irregolarità formale (o errore), non ascrivibile a cosciente volontà di immutare la verità dei fatti.

Aggiunge che la fattispecie sanzionatoria dell’art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del d. lgs. 50/2016, a seguito della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020 troverebbe applicazione residuale solo per ipotesi di c.d. *immutatio veri* e, cioè, qualora un concorrente dichiarasse scientemente un “fatto” che non risponde al vero e sia rilevante sulla ammissione o sul confronto concorrenziale.

Il motivo è infondato per le seguenti ragioni.

L’appellante prende le mosse dal rilievo centrale che rivestirebbero i contratti stipulati con il NACAV i quali, comprovando in modo certo il possesso sostanziale del requisito di capacità tecnico-professionale, escluderebbero la possibilità di configurare un’ipotesi di falso.

L’affermazione, nella sua assolutezza, non può essere condivisa poiché il falso deve essere riferito alla portata della dichiarazione che, nella specie, aveva ad oggetto il solo svolgimento del servizio di raccolta e trasporto, rispetto al quale il certificato trasmesso dal NACAV ha inconfutabilmente evidenziato che per tale attività l’importo dichiarato non era corrispondente a quello effettivo.

Ricorre dunque l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lettera f-bis), del d. lgs. n. 50 del 2016 atteso che, come precisato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (paragrafo 18), con sentenza n. 16 del 2020 *“l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verifica - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità”*.

La giurisprudenza successiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491) ha ribadito *“..... sul piano interpretativo, la differenza tra dichiarazioni omesse e false, riconducendo le due ipotesi rispettivamente nell'ambito dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), ovvero lett. f-bis), del sopravvenuto d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16 ha precisato che le fattispecie riconducibili nella prima previsione non consentono l'esclusione automatica dalla procedura di gara, ma impongono alla stazione appaltante di svolgere la valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente. Al contrario, la falsità dichiarativa ha attitudine espulsiva automatica ed è predicabile rispetto ad un “dato di realtà”, ovvero ad una situazione fattuale per la quale possa porsi l'alternativa logica “vero/falso” rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore (Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2020, n. 8532).”*.

Nel caso di specie, la dichiarazione resa dalla appellante è oggettivamente falsa in quanto predicabile *“rispetto ad un dato di realtà, ovvero ad una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico”*: ciò emerge dal raffronto tra l'importo dichiarato dall'appellante e quanto successivamente palesato dal certificato trasmesso dal NACAV.

Al riguardo, onde escludere che si sia trattato di un errore nella dichiarazione, il Collegio non può esimersi dall'evidenziare che la Gentile Ambiente S.p.A., non solo ha dichiarato in gara l'esecuzione di servizi di “solo carico e trasporto” di rifiuti per un importo non veritiero, ma nel corso del giudizio di primo grado ha ribadito di aver partecipato alla gara in qualità di “trasportatore”, depositando una perizia tecnica asseverata proprio al fine di confermare quanto dichiarato in gara, ovvero il presunto svolgimento di

servizi di “solo carico e trasporto” rifiuti per € 10.273.343,44, circostanza poi definitivamente smentita a seguito dell’acquisizione dell’attestazione di Nacav (cfr. allegato 7 deposito del 4 febbraio 2023 nel giudizio di primo grado).

Merita dunque conferma quanto affermato dal T.a.r. secondo cui: *“come incontrovertibilmente emerge dalla superiore esposizione, l’importo complessivo emarginato per tali servizi nella “Dichiarazione requisito art. 13 a) – elenco dei servizi” resa dall’aggiudicataria, pari a € 10.273.343,44, è stato sconfessato dalla certificazione di servizio della NACAV, che ha quantificato il corrispettivo reale nella ben più modesta cifra di € 1.488.571,76, peraltro, come visto, insufficiente a comprovare il possesso del requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale, ancorato alla soglia minima di € 5.000.000,00. Ne discende l’evidente non veridicità della dichiarazione/elenco dei servizi in parola, che avrebbe imposto, in applicazione dell’invocata disposizione normativa, l’estromissione della Gentile Ambiente dalla procedura, atteso che, in sede di gara pubblica, la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica, oltreché potenzialmente e temporaneamente ultrattiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2022 n. 8336; Consiglio di Stato, Sez. III, 9 marzo 2022 n. 1698 e 1° giugno 2021 n. 4201; TAR Lombardia Milano, Sez. I, 2 agosto 2021 n. 1870)”*.

Ed ancora, quanto alla eccezione di parte che la dedotta falsità dichiarativa non troverebbe sostrato nella realtà materiale, ma piuttosto nell’opinabile interpretazione di norme giuridiche, con conseguente inconfigurabilità di un *‘immutatio veri*, il Collegio – in aggiunta a quanto già rilevato al riguardo - osserva come il T.a.r. abbia correttamente evidenziato che: *“nella specie l’accertata non veridicità della dichiarazione rinviene il suo sostrato proprio nella realtà materiale, e non nell’opinabile giuridico, essendo di immediata percezione, per gli operatori professionali del settore rifiuti come l’aggiudicataria, che la causa concreta di un contratto di trasporto si atteggia in maniera ben diversa da quella di un contratto di intermediazione, che richiede il coinvolgimento di soggetti terzi, quali subcontraenti, nell’attività di trattamento dei rifiuti stessi;”*.

In definitiva, la non veridicità sussiste certamente rispetto alla dichiarazione resa mentre non rileva il fatto che rispetto ai servizi complessivamente svolti,

anche se in parte non dichiarati, l'appellante fosse in possesso del requisito richiesto dal Disciplinare.

L'appellante, in quanto operatore professionale, allorquando ha reso la dichiarazione limitandola alle attività di raccolta e trasporto, non poteva che essere consapevole della conseguenza di escludere quelle di intermediazione ed aveva pertanto l'onere di verificare con cura gli importi da indicare, in conseguenza di siffatta limitazione, soprattutto in relazione ad eventuali appalti a corpo.

L'appellante avrebbe pertanto dovuto essere esclusa anche per tale concorrente ragione, avendo reso una dichiarazione non veritiera perché in contrasto con un dato di realtà, in una situazione che non consente – per le ragioni esposte - di ritenere sussistente un mero errore.

Alla luce delle motivazioni che precedono l'appello deve, in conclusione, essere respinto, con conferma integrale della sentenza appellata e conseguente assorbimento dei motivi di ricorso riproposti dalla Ecosistem s.r.l. con la memoria del 16 agosto 2023 e non esaminati dal T.a.r., dalla cui disamina la appellata non può trarre alcuna ulteriore giuridica utilità.

La particolarità della vicenda induce tuttavia il Collegio a ritenere sussistenti gravi motivi per disporre la compensazione integrale delle spese della presente fase tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO