



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8510 del 2009, proposto da:
Fondazione IRCCS "Ospedale Maggiore Policlinico, Mangiagalli e
Regina Elena", rappresentato e difeso dall'avv. Mario Viviani, con
domicilio eletto presso Studio Grez & Associati S.R.L. in Roma,
corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Cispi Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Della Corte,
Maurizio Russo, con domicilio eletto presso Alessandra Balsamo in
Roma, via Fonteiana, 85;

nei confronti di

Provincia di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Angela
Bartolomeo, Piero D'Amelio, Marialuisa Ferrari, con domicilio eletto
presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO- SEZIONE I
n. 04500/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
SERVIZIO MEDICO DI SORVEGLIANZA SANITARIA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e di appello incidentale di
Cispi Srl e di Provincia di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2010 il Cons.
Adolfo Metro e uditi per le parti gli avvocati l'avv. Viviani e l'avv.ssa
Masini, su delega dell'avv. D'Amelio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUCE in data 25/2/08, la Provincia di
Milano ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento del
“Servizio medico di sorveglianza sanitaria per i dipendenti provinciali
per il triennio 2008/2011”.

L'aggiudicazione è stata disposta in favore della “Fondazione IRCCS
Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena”.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione è insorto il “CISPI srl”,
secondo classificato, che ha proposto dinanzi al Tar della Lombardia
vari motivi di censura volti a sindacare l'illegittimo operato della

stazione appaltante.

Il Tar ha accolto il gravame, avendo ritenuto fondato il terzo motivo del ricorso principale, con il quale era stata eccepita l'illegittimità dell'operato della commissione di gara, che non aveva proceduto all'esclusione della Fondazione per non avere la stessa prodotto la dichiarazione in ordine alla sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, co. 1 lett. b) e c) del Codice dei contratti relativamente al suo Presidente, quale legale rappresentante dell'ente, in base all'art. 15 dello Statuto.

Con l' appello in esame la Fondazione ha sostenuto che tale prescrizione non trovava fondamento nel cit. art. 38 e nel Disciplinare di gara, in quanto la gestione della Fondazione compete, per legge e per Statuto, esclusivamente al Direttore generale; ha inoltre rilevato che la natura pubblica delle Fondazioni incide sulla nomina del Presidente, che è disciplinata in modo tale da garantire, comunque, la sussistenza, in capo allo stesso, dei requisiti richiesti nello stesso art. 38.

La "CISPI srl", costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza dell'appello e, con appello incidentale, ha riproposto i seguenti motivi:

- violazione dell'art. 34 del D.Lgs n. 163/06 che, in mancanza di espressa previsione, non consentirebbe la partecipazione alle gare anche delle Fondazioni;
- illegittima ammissione alla gara della Fondazione perchè non

sarebbe stata preventivamente prodotta la certificazione che comprova i poteri del soggetto che agiva in nome e per conto del concorrente;

-illegittima ammissione alla gara della stessa, per non aver prodotto le due referenze bancarie ed il certificato di iscrizione alla Camera di Commercio richiesti, a pena di esclusione, dal disciplinare.

La Fondazione e la Provincia di Milano hanno controdedotto ai motivi di appello incidentale; la Provincia, inoltre, ha anche censurato con appello incidentale la sentenza impugnata, nel capo recante l'annullamento dell'aggiudicazione e in quello, relativo alla domanda di risarcimento del danno, con cui ha riconosciuto la colpa dell'amministrazione e stabilito criteri per il risarcimento, disponendo incumbenti istruttori.

DIRITTO

L'appello principale è infondato.

Vanno, infatti, condivise le motivazioni del giudice di primo grado in ordine all'accoglimento del terzo motivo di gravame.

Ciò comporta l'inammissibilità dei motivi proposti dalla "CISI srl" in via incidentale che, comunque devono ritenersi infondati atteso che, anche di recente la Corte di giustizia, con sentenza 23 dicembre 2009 (Proc C 305/08) ha ribadito che le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi ed in particolare quelle di

cui al suo art.1 n. 2 lett. a) e 8 primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di operatore economico, devono essere interpretate nel senso di consentire a soggetti che non perseguono preminente scopo di lucro, di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Ciò comporta, in relazione alla particolare natura di tali enti, che non possono essere applicate, agli stessi, le disposizioni relative alle referenze bancarie e alla iscrizione alla Camera di Commercio.

E' infondata anche la censura relativa alla mancata prova della legittimazione del Direttore generale, atteso che la stessa risulta dalla dichiarazione sostitutiva prodotta in atti.

La equiparazione richiamata dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dei soggetti che non perseguono scopo di lucro ai fini della partecipazione alla gara, implica, di converso, la puntuale applicazione delle disposizioni previste dal disciplinare, in quanto applicabili.

Con il terzo motivo del ricorso di primo grado la "CISPI srl" aveva contestato la mancata produzione, da parte della Fondazione, delle dichiarazioni relativa alla sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 primo comma lett. b) e c) del codice dei contratti, con riferimento al suo Presidente, in quanto legale rappresentante dell'ente.

La fondazione sostiene che tale affermazione non troverebbe conforto nel tenore letterale del citato art. 38, che farebbe

riferimento soltanto alla categoria degli imprenditori e non anche ai Presidenti degli istituti di ricovero e cura di carattere scientifico, nè sarebbe ammissibile una interpretazione analogica di tali disposizioni; si sostiene anche che la rappresentanza dell'ente sarebbe riservata, per statuto, al Direttore generale e che, per la natura pubblica dell'ente, è prevista la sottoposizione dei suoi rappresentanti legali ad incisive verifiche sulla loro moralità.

Tali considerazioni non appaiono sufficienti a superare la “ratio” del cit. art 38, la cui finalità è quella di trasferire al soggetto titolare del potere di rappresentanza gli effetti del proprio operare.

Nella fattispecie, come evidenziato dalla sentenza di primo grado, al Presidente della Fondazione, in base alle prescrizioni statutarie (art. 15), spetta la legale rappresentanza della fondazione e, pertanto, allo stesso va applicato il punto 6 delle disposizioni del Disciplinare, ove sono individuati i documenti da inserire nel plico di trasmissione (requisiti di ammissione).

In relazione a ciò, nessun rilievo assume l'argomentazione dell'appellante principale secondo cui la *lex specialis* non ha indicato formalmente la figura del Presidente, atteso l'espresso richiamo al “legale rappresentante”.

Nè rileva l'argomentazione della disciplina regionale afferente alla nomina del Presidente della Fondazione, che prevede il previo accertamento della sua affidabilità morale, il che indurrebbe a

prescindere da una specifica verifica, atteso che il requisito deve essere dimostrato e comprovato in sede di gara, non potendo ipotizzarsi situazioni differenziate tra i partecipanti.

Per le stesse ragioni va respinto il primo motivo dell'appello incidentale della Provincia di Milano, che ha un contenuto analogo a quello dell'appello principale.

Infondato è anche il secondo motivo dell'appello incidentale della Provincia di Milano, proposto avverso il capo, desumibile dalla motivazione, concernente il risarcimento del danno per equivalente in favore della ricorrente in primo grado per il periodo in cui il contratto stipulato con la Fondazione ha avuto esecuzione.

L'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado, qui accertata definitivamente, lascia presumere la colpa della stazione appaltante, che quest'ultima non è stata in grado di vincere dimostrando l'esistenza di un errore incolpevole.

Le regole sull'onere della prova sono state osservate dalla sentenza appellata, in quanto la ricorrente allegando l'offerta della Fondazione aveva fornito un principio di prova in ordine alla misura dell'utile conseguito dalla stessa.

Conseguentemente era giustificata la pronuncia istruttoria con cui le parti erano state invitate rispettivamente a dedurre e a controdedurre sulle allegazioni della ricorrente.

In relazione a quanto esposto, l'appello principale deve essere respinto, perché infondato.

Stessa sorte merita l'appello incidentale della Provincia di Milano.

Attesa la peculiarità della questione, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 8510/09, meglio specificato in epigrafe, lo respinge; compensa, tra le parti, le spese del giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2010, con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione