

N. 05939/2011REG.PROV.COLL.

N. 04840/2010 REG.RIC.

N. 04842/2010 REG.RIC.

N. 05002/2010 REG.RIC.

N. 05201/2010 REG.RIC.

N. 05204/2010 REG.RIC.

N. 05206/2010 REG.RIC.

N. 05208/2010 REG.RIC.

N. 05210/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4840 del 2010, proposto da Azienda Ulss n.12 Veneziana in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio, Cofely Italia S.p.A.

(gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, rappresentate e difese dagli avv. Marco Annoni, Nicola Creuso, Michele Ottani e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

nei confronti di

- Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 13 di Mirano, Azienda Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Azienda Ulss n. 19 di Adria, Regione Veneto, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

- Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati –con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Federico Tedeschini e Francesca Busetto, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7

sul ricorso numero di registro generale 4842 del 2010, proposto da: Siram Spa in proprio e quale capogruppo mandataria Ati con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Francesca Busetto e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio, Cofely Italia S.p.A. (gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, rappresentate e difese

dagli avv. Marco Annoni, Nicola Creuso, Michele Ottani e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana, Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 13 di Mirano, Azienda Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Azienda Ulss n. 19 di Adria, Regione Veneto, in persona dei legale rappresentanti pro tempore non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5002 del 2010, proposto da: Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A. (gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, rappresentate e difese dagli avv. Marco Annoni, Nicola Creuso, Michele Ottani e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

contro

- Azienda Ulss n. 12 Veneziana in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14/A; - Azienda Ulss n. 10 Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 13 Mirano, Azienda Ulss n. 14 Chioggia, Azienda Ulss n. 18 Rovigo, Azienda Ulss n. 19 Adria, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

nei confronti di

- Siram S.p.A.(appellante incidentale) in proprio e quale capogruppo mandataria Ati –con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Federico Tedeschini e Francesca Busetto, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7; -; Regione Veneto, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5201 del 2010, proposto da: Azienda Ulss n. 18 di Rovigo in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A. (gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana, Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 13 di Mirano, Azienda Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 19 di Adria, Regione Veneto, - Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati – con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A., non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5204 del 2010, proposto da: Azienda Ulss n. 19 di Adria in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A. (gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana; Azienda Ulss n.10 Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 13 di Mirano, Azienda Ulss n.14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Regione Veneto, - Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati – con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A.;

sul ricorso numero di registro generale 5206 del 2010, proposto da: Azienda Ulss n. 13 di Mirano in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A.

(gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana, Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Azienda Ulss n. 19 di Adria, Regione Veneto, - Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati – con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A.;

sul ricorso numero di registro generale 5208 del 2010, proposto da: Azienda Ulss n. 10 "Veneto Orientale" in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio, Manuencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A. (gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana, Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Azienda Ulss n. 19 di Adria, Regione Veneto, - Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati – con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A.;

sul ricorso numero di registro generale 5210 del 2010, proposto da:
Azienda Ulss n. 14 di Chioggia in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv. Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con
domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

contro

Guerrato Spa to S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in
proprio e quale capogruppo mandataria Ati, con Gemmo S.p.A. anche in proprio,
Manutencoop Facility Management S.p.A. anche in proprio., Cofely Italia S.p.A.
(gia' Cofatech Servizi S.p.A.) anche in proprio, Intini Source S.p.A. (gia' Intini
Multiservizi Tecnologici S.p.A.) anche in proprio, Consorzio Cooperative
Costruzioni - Ccc Societa' Cooperativa anche in proprio, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Azienda Ulss n. 12 Veneziana, Azienda Ulss n. 10 del Veneto Orientale, Azienda
Ulss n. 14 di Chioggia, Azienda Ulss n. 18 di Rovigo, Azienda Ulss n. 19 di Adria,
Regione Veneto, - Siram S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria Ati –
con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A., Poliedra Sanita' S.p.A.;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 01838/2010, resa tra le
parti, concernente APPALTO SERVIZIO ENERGIA E CALORE - MCP.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e l'appello incidentale sopraccitati

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Bianchini, Pafundi, Segato, su delega dell' avv. Annoni, Tanzarella, Tedeschini e Busetto Tedeschini, Busetto, Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda ULSS n. 12 Veneziana, in qualità di Azienda Capofila dell'Area vasta di Venezia e Rovigo bandiva una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del servizio energia e calore per la conduzione e la gestione degli impianti delle Strutture Sanitarie e Socio Sanitarie delle Aziende ULSS n. 12 Veneziana, n.10 Veneto Orientale, n. 13 Mirano, n. 14 Chioggia, n. 18 Rovigo e n. 19 Adria, per un importo a base d'asta, per il periodo di 9 anni, di € 259.584.325,00 IVA esclusa, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano alla gara solo due raggruppamenti: quello costituito fra le società Siram S.p.A., Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A, Poliedra Sanità S.p.A. e quello costituito fra Guerrato S.p.A., Manutencoop Facility Management S.p.A., Cofatech Servizi S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, Gemmo S.p.A., Intini Multiservizi S.p.A..

All'esito della procedura di gara la stazione appaltante provvedeva ad approvare i verbali della commissione ed ad affidare definitivamente l'appalto al raggruppamento avente come mandataria la società Siram (deliberazione del Direttore generale dell'Azienda ULSS n. 12 Veneziana n. 624 del 2.7.2009, successivamente comunicata alla ricorrente con nota del 6.7.2009).

Con ricorso al TAR Veneto, avversava tale determinazione, congiuntamente a tutti gli atti di gara, la Guerrato s.p.a., sia in proprio che in qualità di mandataria del RTI costituito con Manutencoop Facility Management S.p.A., Cofatech Servizi S.p.A.,

Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, Gemmo S.p.A., Intini Multiservizi S.p.A., denunciandone l'illegittimità sotto vari profili.

In particolare, con i primi due motivi di ricorso, parte istante denunciava l'illegittima ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato (da ora ATI Siram), per mancanza dei requisiti di partecipazione, sia con riferimento alla insufficienza della qualifica SOA posseduta da una delle mandanti – Gefi Servizi Immobiliari – in rapporto all'entità dei servizi/lavori assunti a proprio carico, sia con riferimento alla mancata allegazione, da parte delle mandanti Poliedra ed Exitone, così come richiesto dal bando, della documentazione relativa al proprio fatturato (risultato pari a zero) per servizi analoghi e dell'elenco dei servizi analoghi svolti negli ultimi tre anni.

Con un terzo motivo di ricorso era infine censurata la valutazione del reale contenuto dell'offerta economica dell'Ati ricorrente (da ora ATI Guerrato) da parte della Commissione giudicatrice, che – non avendo adeguatamente tenuto conto delle componenti dell'offerta – avrebbe assegnato alla ricorrente un punteggio inferiore, così da collocarla al secondo posto della graduatoria finale.

Si costituiva in giudizio la Stazione Appaltante affermando l'infondatezza del ricorso, del quale, conseguentemente, chiedeva il rigetto.

Si costituiva in giudizio altresì la controinteressata ATI Siram, la cui difesa, oltre ad opporsi all'accoglimento del ricorso principale, in ragione della sua infondatezza, a sua volta proponeva ricorso incidentale per l'annullamento, in parte qua ed entro i limiti del proprio interesse, delle fasi della gara che hanno determinato l'ammissione dell'ATI Guerrato, che doveva essere esclusa per mancanza dei requisiti.

Invero, l'ATI controinteressata, in particolare, avrebbe omesso di presentare la dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. n. 163/06 con riferimento a tutti i soggetti

institori della mandante Gemmo, con ciò violando sia la normativa richiamata che la stessa *lex specialis*, che imponeva tale obbligo a pena di esclusione.

Richiamata la ratio della disposizione invocata, che impone tale dichiarazione con riferimento a tutti i soggetti che ricoprono un ruolo decisionale e gestionale, indipendentemente dalla qualifica attribuita, e che si trovano in una delle situazioni descritte dalla norma, la ricorrente incidentale evidenziava come detta omissione avesse riguardato ben otto degli institori della società Gemmo.

Con un primo gruppo di motivi aggiunti parte ricorrente, tenuto conto delle doglianze dedotte con il ricorso incidentale, dopo averne contestato la fondatezza in ragione del fatto che comunque la dichiarazione ex art. 38 era stata prestata con riferimento alla società Gemmo, denunciava l'illegittimità del bando di gara nell'ipotesi in cui quest'ultimo dovesse essere interpretato nel senso che la mancata indicazione di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza fosse fonte di immediata esclusione, quando invece risulterebbe applicabile nella fattispecie il disposto di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti, che consente l'integrazione di quella che in realtà si è rivelata una dichiarazione incompleta e non del tutto omessa.

La difesa ricorrente quindi deduceva ulteriori motivi a sostegno della mancata esclusione dell'ATI Siram dalla gara, in considerazione dall'assenza nel bando della possibilità di dare luogo ad un raggruppamento di tipo verticale (o misto), quale è quello controinteressato, non essendo state individuate da parte della Stazione Appaltante prestazioni di carattere principale e secondario.

A tali considerazioni erano quindi state aggiunte ulteriori doglianze (elaborate a seguito dell'accesso effettuato agli atti di gara) con riferimento al contenuto dell'offerta tecnica di ATI Siram, la quale, contrariamente a quanto prescritto dal bando, avrebbe presentato elementi riconducibili al contenuto economico dell'offerta.

Infine, sempre a seguito dell'accesso effettuato, parte ricorrente provvedeva a depositare un secondo ricorso per motivi aggiunti, con il quale denunciava l'irregolarità dell'offerta presentata dall'ATI Siram con riguardo al contenuto del cronoprogramma degli interventi, il quale avrebbe potuto subire delle variazioni e quindi un allungamento dei tempi, con ciò dando luogo ad un'offerta indeterminata ed in ogni caso condizionata da fattori non prevedibili.

Quanto poi al contenuto dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, così come valutata dalla commissione giudicatrice, parte ricorrente ha dedotto tutta una serie di doglianze volte a dimostrare la manifesta illogicità del giudizio espresso, nonché la sussistenza di numerosi errori di fatto che avrebbero condotto ad un'erronea attribuzione dei punteggi, in modo tale da penalizzare l'offerta dell'ATI Guerrato.

Con successiva memoria le difese resistenti controdeducevano alle argomentazioni difensive della ricorrente.

Infine, la difesa dell'amministrazione ricordava come nelle more del giudizio le Aziende dell'Area Vasta avessero proceduto alla stipulazione dei contratti con l'ATI Siram e dato avvio al servizio.

Il TAR, con la sentenza n.1838/2010:

A)- riteneva fondato il ricorso incidentale, stante l'omessa dichiarazione da parte della mandante Gemmo (dell'ATI Guerrato, ricorrente in via principale), delle eventuali condanne subite dai propri amministratori muniti di poteri di rappresentanza, in modo particolare per taluni dei soggetti che risultano avere all'interno dell'assetto societario il ruolo di institori (così come risultante dalle visure camerali depositate agli atti, almeno con riferimento al signor Giuseppe Pietro Tomarchio); il TAR sottolineava che la ratio legis della previsione contemplata dall'art. 38 d.lgs. n.163/2006 è quella di escludere dalla partecipazione alle gare di appalto le società in cui i soggetti che abbiano nella sostanza un

significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcuna delle situazioni descritte nella richiamata disposizione; in particolare il sig. Tomarchio "...era dotato di poteri di tale ampiezza da essere assimilabile ad un vero e proprio amministratore; una puntuale previsione contenuta nella lex specialis, imponeva il rispetto della prescrizioni di cui all'art. 38 a pena di esclusione; ne era possibile integrare l'omessa dichiarazione relativamente all'istitutore, facendo applicazione della previsione contemplata dall'art. 46 del Codice dei Contratti; la stessa previsione contenuta nel bando imponeva – in caso di mancata dichiarazione – l'esclusione dalla gara, senza alcuna possibilità di integrazione a sanatoria;

B)- attesa la fondatezza del ricorso incidentale e tenuto conto del fatto che alla gara de qua hanno partecipato solo due concorrenti, il Collegio esaminava anche le censure dedotte con il ricorso principale e lo accoglieva ritenendo fondato e assorbente il primo motivo.

Avverso la predetta sentenza sono state interposti i seguenti appelli:

A) (Appello n. 4840/2010) dall'Azienda ULSS n.12 Veneziana, che ne ha chiesto l'annullamento e la riforma:

- nella parte in cui ha accolto il ricorso principale di primo grado e annullato tutti gli atti di gara; l'appellante deduce nel merito la infondatezza delle tesi del TAR nonché la improcedibilità del ricorso stesso laddove il TAR pur negando l'attitudine della ATI Guerrato ad essere aggiudicataria della gara, ne ha affermato l'interesse all'annullamento della stessa;

- per quanto occorra nella parte in cui formula una declaratoria di inefficacia dei contratti stipulati dalle ULSS di competenza con l'ATI aggiudicataria anche sotto il profilo del difetto di giurisdizione;

B) (Appello n.4842/2010) della ATI Siram s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., Exitone S.p.A, Poliedra

Sanità S.p.A. , svolgendo considerazioni e conclusioni analoghe a quelle del ricorso sub A).

In relazione agli appelli sub A) e B) si è costituita l'ATI Guerrato, riproponendo tra l'altro i motivi di primo grado assorbiti dal TAR.

In relazione all'appello sub A) si è costituita con conclusioni adesive l'ATI Siram.

In memorie difensive le parti hanno replicato alle tesi avversarie, deducendone la infondatezza e/o la irritualità e insistendo nelle proprie conclusioni.

C) (Appello n.5002/2010) della Guerrato S.p.A. in proprio e quale mandataria del RTI con Manutencoop Facility Management S.p.A., Cofelity Italia s.p.a. (già Cofatech Servizi S.p.A.), Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, Gemmo S.p.A., Intini Source spa (già Intini Multiservizi S.p.A), appello nella sola parte in cui in accoglimento del ricorso incidentale della ATI Siram ha disposto l'esclusione della offerta dell' ATI Guerrato dalla gara, con obbligo della stazione appaltante di piena reintegrazione nel contratto e sotto comminatoria, in difetto, del risarcimento del danno nell'entità corrispondente al mancato guadagno per l'arco temporale di mancato svolgimento del servizio. A sostegno dell'appello sono state svolte argomentazioni:- a) circa la corretta ricostruzione ermeneutica dell'art. 46 in relazione all'art.38.1. lett.c) del d. lgs. n. 163/2006 quale prospettata da ATI Guerrato nelle proprie difese avanti al TAR, anche per il tramite del I motivo del primo ricorso per motivi aggiunti in data 2 ottobre 2009;

- b) di critica delle valutazioni espresse sul punto dal TAR.

In relazione all'appello sub C) si sono costituite l'Azienda e l'ATI Siram, chiedendone il rigetto. L'ATI Siram ha altresì eccepito la irritualità per mancata notifica dell'appello alla Regione ed ha prodotto appello incidentale, riproponendo anche le censure assorbite del proprio ricorso incidentale di primo grado. In

memorie difensive le parti hanno replicato alle tesi avversarie, deducendone la infondatezza e/o la irritualità e insistendo nelle proprie conclusioni.

D) (Appello n.5201/2010), E) (Appello n.5204/2010), F) (Appello n.5206/2010), G) (Appello n.5208/2010), H) (Appello n.5210/2010), rispettivamente della Azienda ULSS n.18 di Rovigo, della Azienda ULSS n.19 di Adria, della Azienda ULSS n.13 di Mirano, della Azienda ULSS n.10 Veneto Orientale e della Azienda ULSS n.14 di Chioggia, con considerazioni e conclusioni analoghe agli appelli sub A) e B).

Con ordinanza n. 167/2011, la Sezione ha riunito i ricorsi indicati in epigrafe ed ha disposto una specifica verifica, puntualmente eseguita con formale deposito della relativa relazione presso la segreteria della Sezione.

Alla pubblica udienza del 14.06.2011, la causa è stata quindi trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di dover esaminare prioritariamente gli appelli proposti dalla Azienda U.L.S.S. Veneziana, dalla Siram e dalle Aziende U.L.S.S. di Rovigo, di Adria, di Mirano, del Veneto Orientale e di Chioggia, atteso che gli stessi pongono la questione giuridica del rapporto sussistente tra ricorso incidentale e ricorso principale, la cui soluzione è pregiudiziale per la definizione della controversia.

2. Deducono i predetti appellanti, con un primo motivo sostanzialmente identico, che la gravata sentenza del TAR per il Veneto sarebbe errata laddove, dopo aver esaminato ed accolto il ricorso incidentale dell'ATI Siram (in ragione della mancata allegazione alla offerta di gara delle dichiarazioni ex. art 38 d.lgs. 163 del 2006 degli institori di Gemmo), ha ritenuto di dover "procedere ad esaminare anche la fondatezza delle censure dedotte col ricorso principale" pervenendo alla conclusione che anche quest'ultimo fosse fondato con. riguardo, in via del tutto assorbente, a quanto dedotto dall'ATI Guerrato con il primo motivo.

Assumono che, viceversa, il primo giudice non avrebbe dovuto neppure esaminare il ricorso principale, in applicazione della regola (che non patisce deroga nel caso in esame) secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale determina l'improcedibilità del ricorso principale.

E ciò, in diverso avviso rispetto all'orientamento assunto al riguardo dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione n. 11/2008, in quanto ritenuto non condivisibile e comunque non applicabile nel caso di specie.

3. La doglianza è fondata.

Ed invero il primo giudice, dopo aver accolto il ricorso incidentale di Siram, "tenuto conto del fatto che alla gara de qua hanno partecipato solo due concorrenti ... contrapposti nella controversia" in questione, ha esaminato altresì il ricorso principale proposto da Guerrato, accogliendolo.

E tanto, in chiara e pedissequa applicazione dalla decisione n. 11/2008 dell'Adunanza Plenaria, sopra richiamata.

Senonché l'Adunanza Plenaria, superando il precedente orientamento, con la recente decisione n. 4/2011 ha affermato il principio secondo cui "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente".

E l'accertata fondatezza del ricorso incidentale "preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente" principale.

Pertanto, secondo il principio di diritto testé enunciato, al quale il Collegio ritiene di doversi adeguare, erroneamente il primo giudice ha ritenuto di dover comunque

esaminare il gravame principale proposto dall'ATI Guerrato, sul presupposto della partecipazione alla gara di due soli concorrenti, anziché dichiararne l'improcedibilità

4. Ciò posto, va quindi esaminato l'appello proposto dall'ATI Guerrato volto a censurare la sentenza del TAR Veneto, laddove ha ritenuto fondato il ricorso incidentale proposto da Siram ed ha, di conseguenza, disposto l'esclusione dalla gara dell'ATI Guerrato stessa.

Assume l'appellante che la non corretta compilazione della dichiarazione concernente il possesso individuale (e cioè in capo ad ogni soggetto tenutovi) del requisito soggettivo, sarebbe dipesa non tanto dal mancato rispetto della norma primaria e secondaria, quanto piuttosto dal mancato rispetto di una specifica interpretazione del relativo disposto normativo per il che si renderebbe indispensabile ricostruire l'ordinamento di settore (e cioè il regime del disposto di cui all'art. 38.1 lett. c] in relazione all'art. 46 D. Lgs 163/06) in termini tali da riconoscere che la produzione della dichiarazione resa dal legale rappresentante nell'interesse della Società costituisce, ex se, assolvimento dell'obbligo, per cui eventuali deficienze relative alla mancata presentazione del certificato o dell'autodichiarazione individuale di uno o più dei soggetti tenuti, si qualifica giuridicamente come mera incompletezza documentale.

L'opinare diversamente renderebbe del tutto incerta la partecipazione alle gare, in quanto essa potrebbe dipendere dall'eccezione escludente di un concorrente e dalla condivisione della questione da parte del Giudice, piuttosto che non esclusivamente dalla legge come invece dovrebbe essere per garantire ad ogni cittadino la certezza del rapporto giuridico.

E ciò, nella fattispecie, sarebbe tanto più rilevante in quanto ognuno dei nominativi di cui Gemmo spa non aveva allegato la certificazione o l'autodichiarazione in sede di presentazione dei documenti di partecipazione si è

connotato, alla prova dei fatti, nel pieno possesso del requisito della moralità professionale, come comprovato dai certificati personali del casellario giudiziale che sono stati prodotti in primo grado.

Conseguentemente la questione posta con l'odierno appello, non è "se l'istitutore sia o meno da annoverare tra i soggetti cui si estende l'obbligo di dichiarazione "ma quella", ben diversa, di quale sia la qualificazione giuridica della situazione fattuale rappresentata dalla tempestiva produzione della dichiarazione dell'Amministratore relativa al possesso del requisito in capo all'Ente giuridico, senza la contestuale comprova della sua correttezza mediante l'immediata produzione dei certificati o delle autodichiarazioni relative a tutti i soggetti - persone fisiche - di cui debba essere sicura la moralità professionale".

5. La doglianza non ha pregio.

Osserva il Collegio, come sugli specifici profili dedotti dall'appellante la Sezione si sia di recente già pronunciata con la decisione n. 939 del 14 febbraio 2011, con argomentazioni da cui il non si ravvisano motivi per discostarsi.

La predetta decisione, che peraltro riguarda fattispecie totalmente sovrapponibile a quella in esame e vede coinvolta la stessa Guerrato (e in particolare un suo istitutore, ing. Tomarchio), ha invero precisato:

- che la preposizione institoria è in ogni caso caratterizzata dalla ampiezza dei poteri rappresentativi e di gestione che fanno dell'istitutore un alter ego dell'imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto, di guisa che lo stesso è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore munito di poteri di rappresentanza;

- che pertanto quando, come nella specie, l'obbligo della dichiarazione di cui trattasi è imposto a pena di esclusione dalla lex specialis (cfr. art. 1.05.02 del disciplinare di gara) in capo a tutti i legali rappresentanti, con nozione ampia, tra questi ultimi

vanno comunque compresi anche gli institori forniti come detto di ampi poteri rappresentativi;

-che tale circostanza implica la vincolata determinazione espulsiva da parte dell'amministrazione, alla stregua della *lex specialis* di gara

-che l'obbligo di allegazione delle plurime dichiarazioni a pena di esclusione, impedisce di invocare la regola del c.d. "falso innocuo";

- che la mancata presentazione delle dichiarazioni la cui allegazione è prescritta dalla *lex specialis* a pena di esclusione non è suscettibile di sanatoria ex art. 46 codice dei contratti ,non potendo essere considerata una mera irregolarità;

- che la mancanza delle plurime dichiarazioni la cui allegazione è richiesta dal disciplinare di gara a pena di esclusione, non può ritenersi ovviata dalla dichiarazione resa dalla società di essere in possesso di tutti i requisiti dell'art. 38 del codice dei contratti, sul presupposto che tale dichiarazione sarebbe riferibile e comunque ricomprenderebbe, tutti i soggetti titolari di poteri gestori dell'impresa.

Per quanto sopra, i profili di causa dedotti dall'appellante si appalesano inconducibili.

Né può assumere rilievo l'invocata circostanza della intervenuta impugnativa, nella specie, della clausola del bando e del disciplinare di gara, ove la prescrizione di corredare la relativa dichiarazione con quelle individualmente rese da tutti i legali rappresentanti dovesse essere interpretata come escludente l'applicabilità del disposto di cui all'art., 46 del D.lgs. 163 del 2006.

L'impossibilità di applicare alla fattispecie l'art. 46 del d. lgs 163 del 2006, infatti, non dipende dalla attribuzione al disciplinare ed al bando di gara di una interpretazione piuttosto che di un'altra, ma discende dalla oggettiva estraneità della fattispecie all'ambito operativo della norma (quale che sia l'interpretazione da attribuire al bando ed al disciplinare).

Come chiarito dalla giurisprudenza assolutamente pacifica della Sezione “l’omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di una irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l’integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali. Ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dalla ambiguità di clausole della legge di gara.

In presenza di una prescrizione chiara ... la regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti. Inoltre, ai sensi dell’art. 46 d.lgs. 263 del 2006 i criteri esposti ai fini dell’integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento quale la certificazione dei carichi pendenti o la dichiarazione sostitutiva” (Cons. Stato sez. V 22.2.2010 n. 1038).

6. Per le ragioni esposte, l’appello interposto dalla Guerrato si appalesa infondato e, di conseguenza, la gravata sentenza si appalesa corretta nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Siram, volto all’esclusione dalla gara della ricorrente società Guerrato.

7. Da tanto, assorbita ogni ulteriore questione, consegue l’improcedibilità del ricorso principale proposto in primo grado dalla predetta società Guerrato, così per come già precisato al precedente punto n. 3, nonché l’improcedibilità dell’appello incidentale proposto dalla Siram, nell’ambito dell’appello principale odiernamente interposto dalla Guerrato

8. Attesa la complessità della controversia, le spese dei due gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sui ricorsi di cui in epigrafe, così dispone:

a) respinge il ricorso in appello proposto dalla società Guerrato (R.G. 5002/2010);

b) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Siram nell'ambito dell'appello proposto dalla Guerrato (R G 5002/2010);

c) accoglie per quanto di interesse i ricorsi proposti dalle Aziende ULSS Veneziana (R.G. 4840/2010), di Rovigo (R.G. 5201/2010), di Andria (R.G. 5204/2010), di Mirano (R.G. 5206/2010), del Veneto Orientale (R.G. 5208/2010), di Chioggia (R.G. 5210/2010) e di Siram (R.G. 4842/2010), e per l'effetto, in riforma parziale della gravata sentenza n. 1838/2010 del TAR per il Veneto, accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado da Siram, e dichiara improcedibile il ricorso principale proposto in primo grado da Guerrato.

Spese compensate nei due gradi di giudizio..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2011

IL SEGRETARIO

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