



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3738 del 2012, proposto da:

COSM Consorzio Operativo Salute Mentale società cooperativa sociale in proprio e quale Capogruppo Mandatario del R.T.I. con Confini Impresa Sociale - società cooperativa sociale, rappresentati e difesi dagli avv.ti Guido Barzazi, Giovanni Borgna e Bruna D'Amario Pallottino, con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, via Varrone n. 9;

contro

Anthesys Servizi soc. cooperativa sociale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi e Stefania Lago, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dip. Servizi Condivisi, non costituita nel presente giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA, sezione I n. 168/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di centro unico prenotazioni, accettazione prestazioni, cassa ed altri servizi amministrativi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anthesys Servizi Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 2126/2012 con la quale è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati D'Amario Pallottino e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 307 del 14.11.2011 l'Azienda ospedaliera universitaria di Udine ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di centro unico prenotazioni, accettazione prestazioni, cassa ed altri servizi amministrativi.

La procedura è stata aggiudicata in favore del RTI composto tra COSM Consorzio Operativo Salute Mentale e Confini Impresa Sociale, seconda classificata è risultata Anthesys Servizi Cooperativa Sociale, con uno scarto di circa dieci punti.

2. Sul ricorso proposto da Anthesys, lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria per avere omesso di rendere alcune delle dichiarazioni prescritte dall'art. 3 del disciplinare di gara e dall'art. 38 d.lgs. 163/2006 sui requisiti di capacità generale (con particolare riferimento sia agli amministratori cessati dalla carica nel triennio che agli amministratori dell'impresa dante causa dell'affitto di azienda), il Tar, respinta l'eccezione di inammissibilità, ha ritenuto che non fossero state presentate, relativamente alla Cooperativa Noncello, una delle consorziate di COSM, le dichiarazioni degli amministratori delegati Silvia Scialpi e Daniela Maizeni e del direttore tecnico Hanis Chiomento.

Ha quindi accolto il ricorso affermando che "la S.A. procederà all'esclusione del controinteressato R.T.I. e, in scorrimento della graduatoria, aggiudicherà l'appalto (ove nulla vi osti) alla ricorrente".

3. Con il presente appello, proposto dal Consorzio COSM, è nuovamente dedotta l'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso, per omessa notifica alla A.S.S. n. 2 Isontina, sul rilievo che, in base all'art. 1 del capitolato speciale, all'esito della gara l'appalto sarà stipulato da tale soggetto.

Nel merito ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, assumendo che Silvia Scialpi, Daniela Maizeni e Hanis Chiomento, tutti cessati nel corso del triennio antecedente la pubblicazione del bando, non fossero titolari di un vero e proprio potere rappresentativo idoneo ad impegnare la volontà dell'ente e che, pertanto, non fossero tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38.

Con riferimento all'altro motivo dedotto nell'originario ricorso in primo grado ed assorbito dal Tar - vertente sull'omessa dichiarazione dei rappresentanti della cooperativa Ausonia, cedente del ramo di azienda acquistato dalla cooperativa Confini - ha richiamato l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 secondo cui, in assenza di espressa clausola contenuta nel bando, la stazione appaltante deve verificare in concreto la sussistenza o meno del requisito e non può procedere ad esclusioni automatiche.

Si è costituita in questa sede Anthesys, replicando all'appello e riproponendo, anche con impugnazione incidentale, il motivo concernente la cessione di azienda.

Nella camera di consiglio del 1.6.2012 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza.

All'udienza pubblica del 23.11.2012, in vista della quale le parti costituite hanno depositato ulteriori memorie difensiva, la causa è passata in decisione.

4. Osserva preliminarmente il Collegio come debba essere esaminato, prima di tutto, il motivo dell'appello principale mediante il quale è riproposta l'eccezione relativa alla mancata notificazione dell'originario ricorso di primo grado all'azienda sanitaria n. 2 Isontina che dovrà sottoscrivere il contratto di appalto, sull'assunto che detta omissione comporterebbe la radicale inammissibilità dell'intero ricorso accolto dal Tar.

L'eccezione è infondata.

Infatti, anche condividendo l'opzione interpretativa di parte appellante - secondo cui, alla luce dell'art. 11 del Codice degli appalti (e, si potrebbe aggiungere, degli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo), la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica si esaurisce oramai solamente al momento della sottoscrizione del

contratto e non più, come un tempo si riteneva, con l'adozione dell'aggiudicazione definitiva – resta incontrovertibile il fatto che, alla data del ricorso introduttivo dinanzi al Tar, non si fosse pervenuti ancora alla stipulazione del contratto di appalto, né, peraltro, tale atto risulta essere stato sottoscritto in epoca successiva.

Non essendovi quindi atti direttamente riconducibili alla A.S.S. n. 2 Isontina, ovvero imputabili alla sua “volontà procedimentale”, tale soggetto non poteva certamente essere considerato come parte resistente dell'impugnazione proposta avverso l'aggiudicazione della procedura di gara.

Né la stessa Azienda poteva considerarsi come un controinteressato, non essendo portatrice di un interesse speculare rispetto a quello del ricorrente, con esso incompatibile.

Si è semmai al cospetto di una parte non necessaria che, in virtù della sua relazione giuridica con la stazione appaltante, sarebbe potuta intervenire in giudizio a tutela di un interesse “dipendente”, senza che, quindi, il ricorso dovesse esserle notificato, tanto meno a pena di inammissibilità.

5. Nel merito delle questioni sollevate con l'appello principale, è necessario sottolineare come l'art. 3 (delle Norme di partecipazione alla gara) imponesse espressamente alla lett. o) di indicare all'interno della busta 1, a pena di esclusione, tra gli altri, anche i soggetti cessati dalla carica di amministratori muniti del potere di rappresentanza nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e di dichiarare che nei loro confronti non fossero state pronunciate sentenze o decreti di condanna per reati gravi ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. c) o che l'impresa avesse adottato atti o misure di completa dissociazione.

5.1. Ebbene, a fronte di tale inequivoca clausola della *lex specialis*, prescritta a pena di esclusione e non oggetto di impugnazione né di contestazione, non è in discussione la circostanza che relativamente alla Cooperativa Noncello, una delle consorziate di COSM, non siano state rese le dichiarazioni relative a due amministratori delegati (Silvia Scialpi e Daniela Maizeni) e al direttore tecnico (Hanis Chiomento) cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

5.2. La difesa di parte appellante contesta, piuttosto, che, al di là del dato formale risultante dalle visure camerali, i predetti soggetti fossero titolari effettivi di poteri di rappresentanza, in grado quindi di impegnare verso l'esterno la volontà della persona giuridica e, in ultima analisi, di trasmettere alla stessa l'eventuale riprovazione derivante da condotte penalmente rilevanti in ipotesi da essi commesse.

La tesi della difesa di parte appellante, confortata da opinioni dottrinali e talune applicazioni giurisprudenziali, è che la titolarità dei poteri rappresentativi andrebbe accertata in concreto, al di là delle qualifiche formali rivestite, e che quindi bisognerebbe considerare, in concreto, il tipo di funzioni effettivamente esercitate in nome e per conto della società.

5.3. Questa tesi è avversata dalla difesa di Anthesys richiamando la giurisprudenza, anche di questa Sezione del Consiglio di Stato (v. la sent. n. 1471/2012), che riconosce la preminenza del dato formale, sul rilievo che ai sensi dell'art. 2384 c.c., il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori ha carattere generale e che le eventuali limitazioni non sono opponibili ai terzi anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società.

5.4. Così riassunte in sintesi le contrapposte deduzioni di parte, reputa il Collegio come, anche aderendo alla ricostruzione proposta dall'odierna appellante, nel caso in esame è dirimente sottolineare i poteri in concreto attribuiti alla Maizeni, cessata dalla carica di amministratore delegato della cooperativa Noncello nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

Come si ricava dalla visura storica, tali poteri comprendevano infatti, tra l'altro, l'attività di pianificazione strategica del commerciale, il potenziamento di alleanze con altre realtà sociali e imprenditoriali, la presentazione di offerte e la stipulazione di contratti di fornitura, la sottoscrizione di atti di impegno a costituire associazioni

temporanee di imprese.

Di conseguenza, anche a non voler considerare da solo sufficiente il potere derivante in generale ed in astratto dalla nomina di amministratore delegato, nel concreto le deleghe assegnate alla Maizeni, almeno in determinati periodi, erano più che rilevanti e tali da investirla di un potere rappresentativo effettivo e sostanziale.

5.5. Sicché l'omissione della dichiarazione relativamente a tale soggetto, quantunque si risolva in una violazione dal carattere indubbiamente formale, comporta l'esclusione dalla procedura, così come previsto dalla ricordata clausola della *lex specialis* (sulla cui validità l'odierna appellante non ha dedotto censure e neppure mai avanzato dubbi di sorta).

5.6. Tale esito, che conferma la decisione del Giudice di primo grado, dispensa il Collegio dall'esaminare l'appello incidentale, con il quale è riproposto in questa sede il motivo concernente le dichiarazioni relative agli amministratori delle società cedenti il ramo di azienda, questione sulla quale, come noto, si è pronunciata di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2012.

6. In conclusione, per le ragioni sin qui esposte, l'appello principale è infondato e va respinto, quello incidentale va dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

7. Le spese seguono il principio della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando così provvede:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese processuali in favore della controparte costituita che liquida nell'importo di euro 5.000 (cinquemila/00) oltre al 12,5% per spese forfetariamente calcolate, ad IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2012

IL SEGRETARIO

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