



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 394 del 2012, proposto da:

Coopservice Società Cooperativa per azioni in proprio e Mandataria Rti, Istituto di Vigilanza Vigilpol Società Cooperativa, rappresentati e difesi dagli avv. Paolo Coli, Gianfranco Meazza, con domicilio eletto presso Carlo Castelli in Cagliari, via Farina 44;

contro

Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Ida Rinaldi, Marco Russo, Simonetta Pagliazzo, con domicilio eletto presso Raffaele Di Tucci in Cagliari, via Tuveri n. 47; Comune di Sassari Commissione Gara;

nei confronti di

Sgs Sardinia General Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Valeria Lai, Roberto Uzzau, con domicilio eletto presso il primo avvocato in Cagliari, via Palomba n. 22; Istituto di Vigilanza Europol Service S.r.l.; Rti Sardinia General Service - Istituto Vigilanza Europol Service S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Uzzau, Valeria Lai, con domicilio eletto presso Valeria Lai in Cagliari, via Palomba n. 22;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 52026 dell'8.5.2012, emessa dal comune di Sassari, avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto per il servizio di vigilanza armata degli uffici giudiziari a favore della controinteressata;
- del provvedimento n. 1283 dell'8.5.2012 di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;
- dei provvedimenti assunti dalla commissione in merito alla controinteressata Rti – Sgs - Europol, dei verbali e del contratto eventualmente stipulato;
- di tutti gli atti da essi presupposti, successivi, comunque inerenti, all'illegittima aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sassari e di Sgs Sardinia General Service S.r.l. e di Rti Sardinia General Service-Istituto Vigilanza Europol Service S.r.l.;

visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Sgs - Sardinia General Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Uzzau, Valeria Lai, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Palomba n. 22;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2012 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori

l'avv. Gianfranco Meazza per la parte ricorrente, l'avv. Marco Russo per il Comune di Sassari, gli avv.ti Valeria Lai e Roberto Uzzau per la SGS controinteressata - ricorrente incidentale nonché per la RTI Sardinia General Service – Istituto Vigilanza E.S.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta bandita dal Comune di Sassari per l'affidamento del servizio di vigilanza armata degli uffici giudiziari (durata dell'affidamento prevista in anni tre e importo a base di gara pari ad € 2.309.767,98).

Esperita la procedura di gara, in data 13 febbraio 2012, la Commissione compilava la seguente graduatoria:

- 1) RTI SIPRO, ribasso percentuale 31,150700%;
- 2) RTI SGS, ribasso percentuale 16,351200 %
- 3) RTI Coopservice ribasso percentuale 14,837000 %.

A seguito della verifica di anomalia il RTI Sipro veniva escluso dalla gara che veniva, quindi, aggiudicata al concorrente secondo classificato.

Il raggruppamento Coopservice ritenendo illegittima l'aggiudicazione disposta nei confronti del RTI SGS ha proposto ricorso deducendo avverso gli atti in epigrafe indicati articolate censure di seguito sintetizzabili:

- 1) violazione di legge, violazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'errore sui presupposti di fatto, del difetto di motivazione, della omessa, carente e insufficiente attività istruttoria, assenza della dichiarazione del direttore tecnico della mandataria SGS s.r.l.;
- 2) violazione di legge, violazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'errore sui presupposti di fatto, del difetto di motivazione, della omessa, carente e insufficiente attività istruttoria, assenza delle dichiarazioni di direttore tecnico della società ausiliaria Union Delta s.r.l. cessato dalla carica nell'ultimo anno precedente la pubblicazione del bando di gara;
- 3) violazione di legge, violazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'errore sui presupposti di fatto, del difetto di motivazione, della omessa, carente e insufficiente attività istruttoria, assenza delle dichiarazioni degli amministratori muniti di rappresentanza e dei direttori tecnici di Detector, società a responsabilità limitata, cedente d'azienda in favore di Union Delta società a responsabilità limitata;
- 4) violazione di legge, violazione dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dell'art. 275 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, violazione della lex specialis di gara, violazione dei punti 3) e 4) del disciplinare di gara, eccesso di potere nella figura sintomatica dell'errore sui presupposti di fatto, violazione dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163;
- 5) ulteriori profili di illegittimità afferenti l'avvalimento, violazione di legge, violazione dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione della lex specialis di gara in relazione all'articolo inerente i requisiti di idoneità professionale, violazione degli artt. 257 bis e ter del R.D. 635 del 1940 e 134 e 134 bis R.D. 18.6.1931 n. 773, illegittimità per eccesso di potere nelle figure sintomatiche della violazione del buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'Amministrazione intimata contestando puntualmente le argomentazioni della ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 giugno 2012 il Collegio adottava ordinanza ai sensi dell'art. 119 comma 3 del codice del processo amministrativo.

Il 27 luglio la controinteressata depositava ricorso incidentale debitamente notificato, contestando l'ammissione alla gara del raggruppamento ricorrente e deducendo articolate censure di seguito sintetizzabili:

- 1) violazione ed errata interpretazione della disciplina del bando e dell'art. 38 d.lgs. 163 del 2006;
- 2) violazione ed errata interpretazione della disciplina del bando e dell'art. 37 d.lgs. 163 del 2006;
- 3) eccesso di potere per errore sul fatto;
- 4) violazione degli artt. 63 e 70 d.lgs. 163 del 2006, in ogni caso, eccesso di potere per la concessione di termini insufficienti;
- 5) violazione dell'art. 66 d.lgs. 163 del 2006, violazione dei principi comunitari in materia di trasparenza, violazione direttiva 2009/81/CE;
- 6) violazione dell'art. 38 e dell'art. 46 d.lgs. 163 del 2006.

In data 6 agosto 2012 la ricorrente depositava memoria difensiva.

Il 17 settembre 2012 la difesa del Comune depositava memoria.

Il 24 settembre depositava memoria la difesa della ricorrente.

Nella stessa data depositava memoria la difesa della controinteressata.

Alla udienza pubblica del 3 ottobre 2012 la causa veniva trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente essere esaminato il ricorso incidentale proposto da SGS Sardinia General Service.

Con il primo motivo la ricorrente incidentale contesta l'ammissione alla gara di Coopservice, che avrebbe invece dovuto essere esclusa per mancata allegazione di tutti gli elementi comprovanti il possesso dei requisiti formali e sostanziali per la partecipazione alla gara.

Anzitutto la ricorrente incidentale afferma che Coopservice ha dichiarato di avere acquistato un ramo d'azienda della società fallita La Ronda Emilia s.n.c. di Netforma s.r.l. e C. senza indicare il nominativo del curatore e dei soci della società medesima e i dati anagrafici, al fine di consentire alla stazione appaltante gli opportuni controlli.

Altra contestazione riguarda la mancata indicazione, fra i soggetti amministratori titolari della legale rappresentanza della società Coopservice, dei componenti in carica del Consiglio di Amministrazione.

La medesima contestazione vale anche per la Società Vigilpol, componente il raggruppamento secondo classificato. Del Consiglio di Amministrazione faceva parte, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il sig. Ghisu Elia, del quale non sono stati indicati i dati anagrafici.

Altra contestazione riguarda la mancata indicazione, fra i soggetti cessati dal ruolo di amministratore munito di legale rappresentanza, del signor Del Don Marco, che era procuratore dell'Azienda fino al 22 marzo 2011, data in cui cessava dalla carica. Il medesimo soggetto non ha reso, come avrebbe dovuto a dire della ricorrente incidentale, le dichiarazioni di cui al Modello 2 (dichiarazione personale).

Il motivo non è fondato.

Quanto al primo profilo.

Coopservice ha effettivamente acquistato dal Fallimento La Ronda Emilia un ramo d'azienda avente ad oggetto attività nel settore della vigilanza.

All'uopo, ha reso una apposita dichiarazione in sede di gara. In particolare, dall'esame dei documenti agli atti si

può leggere:

a) dichiarazione (documento 25 produzioni della ricorrente) con la quale ha espressamente attestato l'acquisto del ramo d'azienda di La Ronda Emilia s.n.c. e, con riferimento a tale acquisizione, ha dato atto di "avere partecipato ad un'asta giudiziaria indetta dal Tribunale civile di Bologna, sezione Fallimentare, a seguito del fallimento della società di cui trattasi. Per tali ragioni, la scrivente dichiara, per quanto a propria conoscenza e sulla base degli atti giudiziari in proprio possesso che a carico della società La Ronda Emilia s.n.c. non sussistono le cause di esclusione di cui all'art. 38".

Ebbene, va precisato che in sede di gara d'appalto, laddove le necessarie dichiarazioni rese ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 siano presenti, la relativa rilevanza non può reputarsi incisa dalla mera presenza della precisazione «per quanto a sua conoscenza», in quanto se la dichiarazione assume tutti i connotati necessari ai sensi dell'art. 38 cit., l'inciso predetto, all'evidenza, non fa che ribadire, in termini tanto informali quanto comunque irrilevanti ai fini di contestazione giurisdizionale, ciò che è proprio di ogni dichiarazione resa da un soggetto, il quale riferisce ciò che è a propria conoscenza (T.A.R. Liguria, sez. II, 11 luglio 2012, n. 986).

In un caso di dichiarazione riguardante soggetti cessati dalle cariche (ma la fattispecie può essere assimilabile a quella qui scrutinata) il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare il principio in base al quale "la dichiarazione sostitutiva (autocertificazione) richiesta dall'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 al legale rappresentante delle imprese concorrenti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali, previste dal medesimo art. 38, nel triennio antecedente (e concemente l'assenza di atti o fatti impeditivi espressamente indicati dalla medesima disposizione) deve sicuramente indicare tutti tali soggetti, identificandoli compiutamente, e tuttavia, in quanto concemente stati, fatti e qualità riguardanti terzi, e non il medesimo dichiarante, non può che essere resa, ai sensi dell'art. 47, t.u. 28 dicembre 2000 n. 445 "per quanto a conoscenza" del dichiarante medesimo, senza che questi sia neppure tenuto (né l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) a indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre dichiarazioni dei diretti interessati, ben potendo, invece, l'amministrazione - a fronte di una compiuta identificazione di questi ultimi - procedere essa alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale e altri archivi pubblici ai quali la stessa, a differenza del dichiarante, ha accesso; inoltre gli obblighi gravanti sul legale rappresentante vanno valutati in termini di buona fede quando i fatti da attestare riguardano soggetti cessati dalla carica, e dunque ormai terzi rispetto alla società dichiarante" (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1646; in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3686).

Se si ricorda poi che in materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (Consiglio di Stato Sez. V - sentenza 15 novembre 2010, n. 8044) il Collegio ritiene la censura dedotta dalla ricorrente incidentale infondata.

Quanto al secondo profilo.

La censura è infondata poiché la dichiarazione concemente l'inesistenza delle situazioni indicate ai commi 1 lett. b), c) ed m ter) dell'art. 38 del Codice dei contratti doveva essere resa, tra l'altro, da soggetti muniti di legale rappresentanza e non dai soggetti indicati dalla ricorrente incidentale.

In ordine al sig. Elia Ghisu le osservazioni della difesa della ricorrente principale espone nella memoria depositata il 6 agosto 2012 sono condivisibili. Lo Statuto della società Vigilpol attribuisce la rappresentanza della stessa al Presidente del C.d.a. e, in caso di assenza o impedimento, al Vice Presidente. Il riferimento alla rappresentanza

legale attribuita ad un consigliere è solo eventuale e necessita di una esplicita designazione.

In ordine al terzo profilo va detto che l'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale, fa riferimento soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza, ossia ai soggetti titolari di ampi e generali poteri di amministrazione; ben diversa è, invece, la posizione di un procuratore speciale, che può rappresentare la società non in via generale, ma soltanto per taluni specifici negozi espressamente indicati nell'atto di conferimento della procura, con la conseguenza che l'obbligo di rendere la predetta dichiarazione può ricadere anche su un procuratore ad negotia, ma soltanto nel caso in cui egli abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (T.A.R. Piemonte, sez. I, 26 febbraio 2011, n. 214). Anche il Consiglio di Stato ha precisato che la dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali e professionali delle persone fisiche munite di potere di rappresentanza, prevista dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. 163/2006, va resa da tutti quei soggetti che, non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, hanno la rappresentanza della società verso l'esterno, con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia laddove, a dispetto del nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto (nella specie era stato ritenuto che la dichiarazione doveva essere resa dalla società risultata aggiudicataria anche con riguardo ad un suo procuratore, investito di ampi poteri gestori, incidenti sulla dimensione economico-finanziaria della società e sulla gestione amministrativa della stessa sul duplice versante dell'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale Consiglio di Stato Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578). Non è questo, come è del tutto evidente, il caso del signor Dal Don, procuratore speciale con limitati poteri, comunque inidonei a qualificarlo come amministratore di fatto della società.

La giurisprudenza, che questo Collegio condivide, valorizza il principio di tassatività delle cause di esclusione, che costituisce da un lato presidio della certezza del diritto e dall'altro di quanto statuito dalla lex specialis di gara. Pertanto, in un caso come quello qui scrutinato, in cui il disciplinare prescriveva che le dichiarazioni di cui all'art. 38 dovessero essere rese soltanto per gli "amministratori muniti di potere di rappresentanza e del direttore tecnico", del tutto correttamente l'Amministrazione ha operato a presidio del principio di tassatività sopra citato e soprattutto del principio di affidamento e di buona fede dei partecipanti.

Il secondo motivo del ricorso incidentale è anch'esso infondato.

La censura può essere di seguito descritta.

Secondo la ricorrente incidentale, Coopservice non specificava nell'offerta quale parte del servizio sarebbe stata eseguita dalla stessa Coopservice e quale dalla Vigilpol, limitandosi a contemplare, nell'ambito della dichiarazione di impegno a costituire l'associazione temporanea che l'impresa mandataria avrebbe eseguito tutto il servizio nella misura del 70% e la mandante nella misura del 30%. In definitiva, la dichiarazione resa dalla ricorrente non soddisferebbe l'esigenza di specificare le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori.

Il motivo è infondato tenuto conto dell'orientamento di recente espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 26/2012) che ha statuito che "l'obbligo per le r.t.i. di specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle rammentate finalità di riscontro della serietà e affidabilità

dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate".

Il terzo motivo del ricorso incidentale è incentrato sull'errore in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione nell'ammettere l'offerta del raggruppamento ricorrente in relazione all'effettiva prestazione da parte di Coopservice dei servizi di vigilanza degli impianti portuali dell'Autorità portuale di Olbia e Golfo Aranci per un importo di € 5.738.100 negli anni 2008 e 2009 e da parte di Vigilpol di servizi analoghi dal 2008 al 2010 per € 3.458.965,00.

Inoltre, a dire della ricorrente incidentale, la certificazione di qualità in possesso di Coopservice non sarebbe riferita alla vigilanza portuale e aeroportuale ed inoltre che non si vede come la stessa abbia potuto legittimamente espletare negli anni 2008/2009 un servizio identico a quello oggetto della gara (con metal detector) svolto presso i porti di Olbia e Golfo Aranci.

Il motivo è infondato.

Dall'esame dei documenti da n. 31 a n. 40 delle produzioni della ricorrente principale si evince che la doglianza è del tutto infondata in fatto.

La ricorrente incidentale deduce, poi, censure in via subordinata tese a travolgere l'intera procedura.

Quanto al quarto motivo, la ricorrente incidentale deduce la violazione degli artt. 63 e 70 del Codice dei contratti per avere, il Comune di Sassari, concesso un termine insufficiente alle imprese per la presentazione delle offerte.

Ebbene, su questo punto, occorre ricordare la giurisprudenza di questo Tribunale amministrativo regionale che si è già espressa nel senso che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente le clausole del bando che prevedevano le modalità e i tempi di presentazione delle offerte, facendo valere il proprio interesse a non partecipare ad una gara governata da regole ritenute illegittime e quindi tali da rendere l'aggiudicazione instabile poiché aperta a possibili impugnazioni. La ricorrente, inoltre, se impossibilitata a presentare l'offerta, doveva ugualmente impugnare in modo tempestivo la relativa clausola del bando che, in ragione dell'asserita illegittimità, avrebbe impedito la materiale partecipazione alla gara.

Avendo viceversa utilmente partecipato alla gara ed anzi puntualmente presentato l'offerta, dimostrando con ciò di poter osservare i termini previsti dal bando, la ricorrente non ha un interesse qualificato a censurare l'asserita insufficiente pubblicazione del relativo bando, giacché da tale omissione non ha ricevuto alcun danno né diretto né indiretto ma, semmai, il vantaggio di essersi confrontata con un minor numero di concorrenti eventualmente impossibilitati a partecipare proprio per l'asserito difetto di pubblicità (cfr. in questo senso:, T.a.r. Sardegna, Sez. I, 13 settembre 2012 n. 800, T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 25 maggio 2009, n. 805, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 25 ottobre 2007, n. 1843, T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 marzo 2005, n. 131).

Il motivo è, quindi, infondato.

Per gli stessi motivi è infondato il quinto motivo del ricorso incidentale.

Il sesto motivo del ricorso incidentale è ugualmente infondato.

Il bando di gara è perfettamente conforme alle disposizioni del Codice dei contratti e sulla base di quelle disposizioni si è celebrata la gara. Non vi è alcuna violazione dell'art. 38, peraltro semplicemente richiamato dagli atti di gara.

Deve, a questo punto, essere esaminato il ricorso principale.

Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

Il raggruppamento ricorrente afferma che SGS s.r.l. è un'impresa multiservizi. La disamina delle iscrizioni nel registro delle imprese consente di verificare che preposto alla gestione tecnica ai sensi del D.M. 247/97 di SGS s.r.l. è Erre Antonello Francesco Gio, preposto a far data dal 9.09.2004.

Secondo il raggruppamento ricorrente il soggetto citato non ha reso la dichiarazione di cui all'art. 38 comma 1

lettera b) e c) del d.lgs. 163 e non è stato indicato quale direttore tecnico di SGS s.r.l..

Va rilevato che, in un caso del tutto analogo, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che “pure nei confronti del preposto alla gestione tecnica dell'impresa di pulizia si applicano le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente obbligo di presentazione della dichiarazione di non sussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione ai pubblici appalti” (Consiglio di Stato sez. III, 23 maggio 2012, n. 3045).

Ciò che differisce rispetto al caso appena riferito è che, in quello qui all'esame del Collegio, oggetto dell'appalto non è il servizio di pulizia dei locali comunali bensì quello di vigilanza armata Uffici giudiziari.

La difesa della controinteressata, sul punto, è tutta incentrata proprio su questo aspetto. Non viene, quindi, contestato il difetto della dichiarazione in capo al preposto alla gestione tecnica, bensì il fatto che tale dichiarazione fosse da rendere essendo il signor Erre preposto a un settore non pertinente con l'oggetto dell'appalto.

Come è stato già osservato (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114), per le società e gli enti l'obbligo di dichiarare l'assenza del c.d. "pregiudizio penale" concerne tutti i soggetti, in atto muniti dei poteri di rappresentanza, anche institoria o vicaria, ovvero il direttore tecnico, nonché tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando (secondo la norma allora vigente), indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara. Del pari, l'uso della particella disgiuntiva "o" nel testo della norma, rende chiaro che il potere di rappresentanza non è condizione necessaria ad integrare l'applicabilità, che concerne invece, i soggetti muniti di tale potere e il direttore tecnico, quest'ultimo enucleato dall'ambito dei soggetti che rappresentano l'impresa.

La ratio della norma è, infatti, quella di tutelare il buon andamento dell'azione amministrativa per evitare che l'amministrazione entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale; pertanto, la disposizione va interpretata nel senso che impone di estendere l'accertamento del possesso del requisito della moralità professionale in capo a qualsiasi persona fisica che sia dotata di poteri così ampi da potersi considerare autonomi, nell'ambito del settore di competenza.

In altri termini, occorre avere riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata.

Tra il soggetto preposto alla gestione tecnica delle imprese di pulizia e il direttore tecnico della generalità delle imprese, ambedue individuati dalle norme sopra richiamate quali figure professionali esponenti dell'affidabilità del gruppo del quale rispettivamente fanno parte, esiste una sostanziale assimilabilità, e la rilevata carenza in capo al primo dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 cit. determina l'esclusione prevista da questo articolo (Consiglio di Stato sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1843).

In merito alla circostanza secondo cui Antonello Gio Erre sarebbe preposto ad un altro settore dell'impresa concorrente rispetto a quello oggetto dell'appalto il Collegio ritiene di condividere i principi espressi dal CGA, Sez. giurisdizionale con sentenza 30 gennaio 2012 n. 84 con la quale si è statuito che “Nel caso in cui il disciplinare di gara, richiamando l'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, richieda che le imprese debbono dichiarare, a pena di esclusione, i nominativi di tutti i direttori tecnici - senza distinguere, nell'ambito di tale vasta categoria, tra i direttori tecnici delle lavorazioni messe a gara (cioè i soggetti di cui agli artt. 124 e 125 del D.P.R. n. 554/1999) ed i responsabili delle lavorazioni specialistiche né tra i direttori della sede principale e quelli delle sedi secondarie - va esclusa dalla gara una impresa che abbia dichiarato solo l'esistenza di un direttore tecnico, e non anche un altro soggetto che, in base ai dati camerali, era preposto ad una sede secondaria”.

Il caso è del tutto analogo a quello qui scrutinato, pur se riferito a norme oggi abrogate e sostituite dal Codice dei

contratti e dal relativo regolamento di esecuzione, e la sentenza conclude, in modo del tutto condivisibile, che “una differente esegesi frustrerebbe le finalità perseguite dalla normativa di rango primario e secondario; dette finalità sono da individuarsi nella esigenza di consentire alla stazione appaltante di precludere, se del caso, la partecipazione alla gara di soggetti che non diano affidamento sotto il profilo della moralità e della serietà professionale. Orbene, non è controvertibile che un inquinamento dell’affidabilità morale o professionale di un’impresa potrebbe in astratto ricollegarsi anche alla presenza di un direttore di una sede secondaria”.

Il motivo è pertanto fondato e determina l’accoglimento del ricorso.

Ritiene il Collegio di non esimersi dallo scrutinare le ulteriori censure dedotte dalla ricorrente avverso gli atti impugnati.

L’esame del secondo motivo di ricorso è agevole.

Secondo l’esposizione della ricorrente, il raggruppamento SGS ha dichiarato di avvalersi, onde soddisfare i requisiti previsti dal bando, della ditta Union Delta.

Union Delta avrebbe elencato gli amministratori muniti di rappresentanza, il socio di maggioranza e il Direttore tecnico e procuratore cessato dalla carica nell’ultimo anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, Antonio Marrese, cessato dalla carica in data 15 luglio 2011. Secondo la ricorrente, Union Delta ha però omesso di rendere la dichiarazione inerente le cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell’art. 38 d.lgs. 163 del 2006 in riferimento a Antonio Marrese, Direttore tecnico cessato nell’anno antecedente la pubblicazione del bando.

Il motivo non è fondato.

L’ausiliaria Union Delta (documento 6 produzioni del Comune) ha presentato una dichiarazione sostitutiva elencando gli amministratori in carica e menzionando il soggetto cessato dalla carica (Marrese Antonio). Ezio Morettini, amministratore delegato di Union Delta, ha espressamente dichiarato che la società “è in possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall’art. 38 d.lgs. 163 del 2006 e successive modifiche e integrazioni”, perfettamente ottemperando agli obblighi previsti dall’art. 49 d.lgs. 163 del 2006.

Nella specie la *lex specialis* di gara non imponeva alle imprese ausiliarie di presentare la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. 163/2006.

Ciò posto, atteso che l’obbligo di presentare la predetta dichiarazione non è - ex se - estensibile a soggetti terzi (in assenza di esplicito rinvio), ne consegue che le imprese ausiliarie erano tenute a fornire le sole dichiarazioni espressamente richieste dall’art. 49, comma 2, lett. c) del medesimo d.lgs. 163/2006.

Infatti, nel regolamentare gli obblighi informativi che gravano sul concorrente che si avvalga di una impresa terza, il citato art. 49 prevede l’obbligo di fornire la sola “dichiarazione sottoscritta da parte dell’impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 38”, ricollegando la sanzione espulsiva al solo caso di dichiarazioni mendaci (di cui al comma 3 del citato art. 49).

Non v’è dubbio, pertanto, che la comminatoria di esclusione che la *lex specialis* di gara ricollega alla mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all’art. 38, nell’assenza di una formale e specifica estensione all’impresa ausiliaria, non può ritenersi applicabile a quest’ultima (Consiglio di Stato sez. V, 19 settembre 2012, n. 4970).

Il terzo motivo è tutto incentrato sulla posizione di Union Delta che ha acquistato in data 1 aprile 2011 con atto rep. 72505, un’ azienda da Detector s.r.l.. Amministratore unico di Detector s.r.l. è Marco Bernardini, socio di maggioranza in una società con due soci (l’altro è Riccarda Tatti).

Per nessuno dei due è stata resa la dichiarazione ai sensi dell’art. 38 comma 1 lettera b) e c) d.lgs. 163 del 2006. Questo, a dire della ricorrente, avrebbe dovuto comportare l’esclusione dalla gara dell’aggiudicataria.

L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo, di recente, di precisare che “la dichiarazione circa l’insussistenza di sentenze di condanna passate in giudicato (o di decreti penali di condanna irrevocabili, o di

sentenze di applicazione della pena su richiesta) per determinati reati nei confronti di amministratori e direttori tecnici, prevista dall'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti pubblici), va resa, a pena di esclusione, in caso di cessione d'azienda in favore del concorrente nel triennio anteriore al bando (un anno, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 12 luglio 2011, n. 106), anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la impresa cedente nell'ultimo triennio (nell'ultimo anno, a seguito delle suddette modifiche) (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10).

Stante il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, comma 1, lett. c), al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non è suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative.

L'Adunanza plenaria si è occupata di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente.

L'Adunanza ha, quindi, espresso l'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. *“Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale”.*

Afferma ancora il Consiglio di Stato che la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commoda, ibi incommoda: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

Nel caso scrutinato dalla Plenaria la Sezione remittente affermava che l'impresa cessionaria ben potrebbe senza colpa ignorare i precedenti penali dei vertici della cedente, sicché si troverebbe ad essere assoggettata a responsabilità per fatto altrui, in contrasto con i principi della personalità della responsabilità individuale e della tutela dell'affidamento, sulla base di un meccanismo attributivo di responsabilità oggettiva e senza potersi avvalere dello strumento di garanzia della dissociazione.

La Plenaria ha affermato sul punto che il segnalato inconveniente può essere agevolmente superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno).

Il passo più importante, ad avviso del Collegio, della motivazione della sentenza della Plenaria va ravvisato laddove si afferma che *“ad ogni modo, proprio nella logica del cennato fenomeno della dissociazione, al cessionario va riconosciuta la possibilità di comprovare che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, tale da escludere alcuna influenza dei comportamenti degli amministratori e direttori tecnici della cedente”.*

Deve, in definitiva, *“ritenersi la sussistenza in capo al cessionario dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in riferimento agli*

amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno).

Resta fermo, come innanzi accennato, che è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto.

Resta altresì fermo – tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario – che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”.

Il caso che qui occupa il Collegio appare del tutto differente rispetto a quello scrutinato dalla Plenaria.

E' poi dirimente il fatto che non vi fosse nel bando una clausola di esclusione specifica per l'ipotesi in questione. In assenza, quindi, di condizioni ostative a ritenere la sussistenza dei requisiti generali in capo anche all'amministratore unico dell'azienda ceduta, il motivo deve ritenersi infondato.

Il quarto motivo di ricorso è tutto incentrato sulla asserita violazione dell'art. 37 d.lgs. 163 del 2006.

Asserisce il raggruppamento ricorrente che SGS s.r.l. e Europol service si sono impegnate a costituire tra loro un raggruppamento ma non hanno indicato nell'atto di impegno le quote di partecipazione al raggruppamento medesimo.

Sarebbero poi state violate le norme in materia di avvalimento.

In ordine al primo profilo va anzitutto precisato che il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza del 5 marzo 2012 n. 1227 aveva rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'art. 11, comma 2, del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 (applicabile nella specie *ratione temporis*, secondo cui, negli appalti di servizi, in caso di a.t.i., "l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo"), nella parte in cui prescrive l'obbligo di specificare le parti di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa, sia applicabile non solo alle a.t.i. verticali, ma anche a quelle orizzontali.

Nella citata ordinanza si rileva che:

a) una parte della giurisprudenza ritiene che la disposizione in esame - riprodotta in maniera sostanzialmente identica dall'art. 37, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 (il quale, per i servizi, dispone che "nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti") - andrebbe applicata sia nel caso di a.t.i. verticali che nel caso di a.t.i. orizzontali (in tal senso si può citare Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2009 n. 5098);

b) secondo un contrario orientamento, invece, l'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157/1995, andrebbe riferito solo alle a.t.i. verticali e non anche a quelle orizzontali (v. Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2008 n. 5849 e Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2009 n. 2783).

Sulla questione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo recentissimamente di statuire quanto segue:

“La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali – oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 37, commi 1 e 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) – poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime

competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili. Sul piano del regime della responsabilità, nelle a.t.i. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle a.t.i. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie.

L'art. 37, comma 24, d.lgs. n. 163 del 2006 (v. in senso analogo in precedenza l'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995, come sostituito dall'art. 9 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65), nel disporre che «Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati», va interpretato nel senso che l'obbligo di specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati sia applicabile indistintamente a tutte le forme di a.t.i., orizzontali e verticali.

L'obbligo di specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati, va assolto a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta – mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza; tale obbligo è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie).

L'obbligo di specificare le «parti» del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione – oggi sancito dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, comma 2 lett. d) n. 2), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 – deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate”.

Nel caso qui esaminato in realtà, la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento stabiliva quali prestazioni (individuando i locali) sarebbero state eseguite da SGS e quali prestazioni (sempre indicando i locali) sarebbero state eseguite da Istituto di Vigilanza Europol e indicava che le percentuali di partecipazione all'ATI sono compatibili con i requisiti posseduti.

In ordine poi al secondo rilievo contenuto nel quarto motivo di ricorso, esso non coglie nel segno poiché l'impresa ausiliaria, in possesso dei requisiti, li ha messi a disposizione del concorrente ausiliato (il raggruppamento).

Relativamente all'ulteriore censura contenuta nel quinto motivo di ricorso, sempre riferita alla violazione delle norme sull'avvalimento, ne va parimenti rilevata l'infondatezza.

Secondo la ricorrente il raggruppamento S.G.S. – Europol avrebbe dovuto essere escluso in quanto non in possesso di personale abilitato all'utilizzo di apparecchiature radiogene di cui all'allegato A del D.M. 154/2009.

Senonché la censura è infondata in fatto poiché dall'esame degli atti di causa si evince che il raggruppamento ha dichiarato di avvalersi di proprio personale per l'utilizzo delle apparecchiature radiogene, personale regolarmente in possesso dei requisiti previsti dall'allegato A del regolamento 154/2009.

In definitiva, il ricorso incidentale proposto da S.G.S. Sardinia General services è infondato mentre è fondato e deve essere accolto il ricorso principale proposto da Coopservice.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- 1) respinge il ricorso incidentale proposto da S.G.S. Sardinia General services;
- 2) accoglie il ricorso principale.

Condanna l'Amministrazione e la controinteressata alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 6.000/00 così ripartiti:

- a) € 3.000/00 a carico del Comune di Sassari;
- b) € 3.000/00 a carico della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2013

IL SEGRETARIO

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