



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 10327 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

COOPSERVICE SOC. COOP. P.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. ed Esperia S.p.A.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini e Massimo Colarizi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Panama, 12,

contro

- COPMA Soc. Coop a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituenda con le imprese Dussmann Service s.r.l. e Markas Service s.r.l.;

- DUSSMANN SERVICE s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

in proprio e quale mandante dell'ATI costituenda con le imprese Markas Service s.r.l. e COPMA Soc. Coop a r.l.;

- Markas Service s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

in proprio e quale mandante dell'ATI costituenda con le imprese Dussmann Service s.r.l. e COPMA Soc. Coop a r.l., costitutesi in giudizio, rappresentate e difese dagli avv.ti Fabio Dani ed Andrea Manzi ed elettivamente domiciliate presso lo studio del secondo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5

nei confronti di

- AZIENDA ULSS n. 9 di Treviso,

in persona del legale rappresentante p.t.;

- AZIENDA ULSS n. 1 di Belluno,

in persona del legale rappresentante p.t.;

- AZIENDA ULSS n. 2 di Feltre,

in persona del legale rappresentante p.t.;

- AZIENDA ULSS n. 7 di Pieve di Soligo,

in persona del legale rappresentante p.t.;

- Esperia S.p.A.,

in persona del legale rappresentante,

non costituitesi in giudizio;

- Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a.,

in persona del legale rappresentante,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Piazza e Raffaella Arcangeli ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, via L. Robecchi Bricchetti, 10,

per la riforma

del dispositivo di sentenza n. 1793/2011 e della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima n. 412/2012, resa tra le parti, concemente aggiudicazione definitiva affidamento servizio di pulizia - ris danni.

Visto il ricorso principale avverso il dispositivo di sentenza, con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti successivamente proposti avverso la motivazione della sentenza;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di COPMA Soc. Coop a r.l., Dussmann Service s.r.l., Markas Service s.r.l. e Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a.;

Visto che non si sono costituite in giudizio AZIENDA ULSS n. 9 di Treviso, AZIENDA ULSS n. 1 di Belluno, AZIENDA ULSS n. 2 di Feltre, AZIENDA ULSS n. 7 di Pieve di Soligo ed Esperia S.p.A.;

Visto l'appello incidentale improprio proposto da Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 30 novembre 2012, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Ermes Coffini per l'appellante principale, l'avv. Angelo Piazza per l'appellante incidentale e l'avv. Fabio Dani per le controinteressate;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. in data 9 maggio 2009 n. 2009/S89-128765, l'Azienda ULSS n. 9 di Treviso ha indetto, quale Azienda capofila, una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizie per le Aziende ULSS n. 1 di Belluno, n. 2 di Feltre (BL), n. 7 di Pieve di Soligo (TV) e n. 9 di Treviso per il periodo di 9 anni e per l'importo complessivo a base d'asta pari ad Euro 129.826.442,67 (IVA 20% esclusa), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006.

Alla gara, da aggiudicarsi come s'è detto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano, tra gli altri, il R.T.I. tra Coopservice Soc. Coop. P.a. di Cavriago (RE) capogruppo mandataria, Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. (mandante) ed Esperia S.p.A. (mandante); nonché il R.T.I. tra Copma Soc. Coop. a r.l. (capogruppo mandataria), Dussmann Service s.r.l. e Markas Service s.r.l., che si collocavano rispettivamente al primo ed al secondo posto della graduatoria di gara.

Con verbale n. 2 del 30 novembre 2010, il seggio di gara formulava una proposta di aggiudicazione provvisoria al R.T.I. tra Coopservice Soc. Coop. P.a. di Cavriago (RE) capogruppo mandataria, Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. (mandante) ed Esperia S.p.A. (mandante).

A detto atto facevano séguito la valutazione di non anomalia della relativa offerta (verbale n. 3 del 22 dicembre 2010) e l'aggiudicazione definitiva (determina del Direttore Generale n. 249 in data 14 marzo 2011), quest'ultima

preceduta dalla determina dello stesso Direttore Generale n. 247 in data 11 marzo 2011, di non luogo a provvedere, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006, sull'istanza in data 1° dicembre 2010 della Copma Soc. Coop. a r.l. (nella sua qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con Dussmann Service s.r.l. e Markas Service s.r.l.), diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'Impresa Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a., in R.T.I. con Coopservice Soc. Coop. P.a. di Cavriago (RE) capogruppo mandataria ed Esperia S.p.A. (mandante) per l'effetto del R.T.I. di cui la medesima fa parte (risultato aggiudicatario provvisorio della gara), per l'assoluto difetto dei requisiti soggettivi di partecipazione, con ogni conseguente effetto, quanto a sanzioni e segnalazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

2. – Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, l'a.t.i. seconda classificata (capogruppo Copma Soc. Coop. a r.l.) impugnava sotto diversi profili gli atti di gara, nella parte in cui ammettevano la partecipazione alla procedura del raggruppamento risultato aggiudicatario.

3. – Con due distinti ricorsi incidentali, quest'ultimo impugnava i medesimi atti gravati con il ricorso principale, nella parte in cui gli stessi non avevano disposto l'esclusione immediata del raggruppamento ricorrente.

4. – Il giudice adito, con la sentenza indicata in epigrafe:

- ha esaminato preliminarmente, respingendoli, i ricorsi incidentali, con il primo dei quali veniva contestata la legittimità della clausola (di cui al paragrafo III 2.1 B4 del bando di gara), la cui mancata applicazione nei confronti del controinteressato aggiudicatario il ricorrente principale lamentava con il primo mezzo di impugnazione; mentre con il secondo ricorso incidentale venivano mosse censure aventi carattere paralizzante del ricorso principale;

- ha accolto quest'ultimo, sulla base della ritenuta fondatezza del citato primo mezzo di impugnazione, "risultando per tabulas la mancata dichiarazione dell'insussistenza di inadempimenti pregressi, secondo quanto richiesto espressamente dal bando di gara al punto B4, a pena di esclusione" (pag. 9 sent.).

5. – La sentenza è stata gravata con gli appelli all'esame (principale ed incidentale improprio) da Coopservice Soc. Coop. P.a. di Cavriago (RE) (in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le imprese Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. mandante) ed Esperia S.p.A. mandante), nonché dalla mandante Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a., che, sub specie di appello incidentale, aderisce integralmente all'iniziativa proposta dalla mandataria.

Non si sono costituite in giudizio, benché ritualmente intimare, l'AZIENDA ULSS n. 9 di Treviso, l'AZIENDA ULSS n. 1 di Belluno, l'AZIENDA ULSS n. 2 di Feltre, l'AZIENDA ULSS n. 7 di Pieve di Soligo ed Esperia S.p.A. (mandante nel costituendo raggruppamento Coopservice).

Si sono invece costituite le controinteressate, controdeducendo prima all'appello proposto avverso il dispositivo di sentenza e poi ai successivi motivi aggiunti rivolti avverso la sentenza e riproponendo altresì i motivi assorbiti dalla stessa.

Con memoria in data 5 ottobre 2012 l'appellante principale ha confermato le già rassegnate conclusioni, richiamando in particolare l'attenzione del Collegio sulla successiva evoluzione giurisprudenziale in ordine ai punti controversi.

Con memorie rispettivamente in data 11 e 12 novembre 2012 sia l'appellante incidentale che le contro interessate hanno ulteriormente focalizzato l'attenzione sugli elementi di fatto e di diritto caratterizzanti la fattispecie.

Tutte le parti costituite hanno infine depositato memoria di replica in data 19 novembre 2012.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 30 novembre 2012.

6. – Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di improcedibilità del ricorso incidentale di primo grado per sopravvenuto difetto di interesse, sollevata dall'appellante incidentale autonomo.

Si invoca che il raggruppamento originario ricorrente “non potrà mai risultare aggiudicatario della gara di cui trattasi e neppure ambire a una pronuncia del Giudice a soli fini risarcitori” essendo, ad avviso di detta appellante, Dussmann Service s.r.l. (mandante nel R.T.I. Copma Soc. Coop. a r.l.) incorsa, nell’ambito di un rapporto contrattuale instaurato con il Comune di Pisa, nella violazione del divieto di subappalto non autorizzato; il che, essa deduce, oltre a configurare inadempimento contrattuale, rientra nella fattispecie di esclusione, di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), del D. Lgs. n. 163/2006.

7. – L’eccezione è infondata.

Invero, con la deduzione della veduta circostanza sopravvenuta (la conoscenza di quella che a suo dire configurerebbe una violazione del divieto di subappalto nel rapporto contrattuale intercorso tra Dussmann Service s.r.l. e Comune di Pisa, violazione che peraltro detta amministrazione aggiudicatrice nemmeno risulta dagli atti di causa aver formalmente accertato, constando anzi dagli atti stessi l’insussistenza della medesima secondo l’istruttoria svolta dal Comune) l’odierna ricorrente incidentale mira con tutta evidenza alla esclusione del ricorrente principale di primo grado dalla gara, al fine di privarlo della relativa legittimazione a ricorrere.

Orbene, se, come è noto, sulla sussistenza di un interesse all’impugnativa possono sicuramente esercitare effetti quelle modifiche della situazione di fatto o di diritto, intervenute in corso di causa, che impediscano di riconoscere in capo al ricorrente un qualche interesse, anche meramente strumentale, alla decisione nel mérito (Cons. St., VI, 27 luglio 2007, n. 4174), la sopravvenuta conoscenza, da parte dell’odierna ricorrente incidentale, di una circostanza che a suo dire avrebbe dovuto portare alla esclusione dalla gara di cui si tratta delle ricorrenti principali di primo grado (odierne appellate) non può certo portare, come essa pretende, a quello che verrebbe a configurarsi come un accertamento giudiziale incidentale della sussistenza di una siffatta causa di esclusione a fini di verifica della persistenza dell’interesse a ricorrere, dal momento che così si perverrebbe alla sostanziale eliminazione del provvedimento impugnato (nella parte in cui ha disposto l’ammissione alla gara di detta ricorrente principale di primo grado) al di fuori delle ipotesi di un nuovo esercizio del potere, che solo è idoneo a rendere l’originaria impugnazione priva del proprio oggetto e/o dell’interesse a ricorrere.

In realtà, è chiaro l’intento di sostanziale elusione, da parte dell’odierna appellante incidentale, con la proposizione della veduta eccezione di improcedibilità dell’originario ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, dei modi e termini previsti dal codice del processo amministrativo per la proposizione del ricorso incidentale ad efficacia potenzialmente paralizzante, del quale costituiscono oggetto tipico proprio le censure (quale quella qui appunto fatta valere sotto le mentite spoglie della sopravvenienza di fatto idonea ad impedire il risultato vantaggioso che il ricorrente principale si era ripromesso di conseguire con l’eventuale accoglimento del ricorso), che mirano ad incidere sulla fase di ammissione dei concorrenti.

Né è possibile convertire l’eccezione stessa nei motivi aggiunti proponibili in appello ai sensi dell’art. 104, comma 3, c.p.a., dal momento che l’ammissibilità degli stessi è subordinata alla “conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado” con tutta evidenza sopravvenuta alla definizione dello stesso, laddove, invece, nel caso di specie, essa risale per lo meno al 7 ottobre 2011 (v. doc. 17 allegato all’appello incidentale), ad una data, cioè, in cui la causa di primo grado, che sarebbe passata in decisione alla udienza pubblica del 1° dicembre 2011, era ancora pendente; il che onerava l’odierna appellante incidentale, che volesse in qualche modo (ed in particolare in relazione alla qui dedotta causa di esclusione posta a fondamento dell’eccezione in considerazione) contestare la fase di ammissione del concorrente ricorrente principale in prime cure, a proporre in quella sede ricorso incidentale, della cui tempestività si sarebbe ivi poi discusso.

E ciò, nel caso di specie, non è avvenuto.

Del resto, e per finire sul punto, risulta dagli atti del giudizio che nel corso di esso l’odierna appellante incidentale

ha presentato all'Amministrazione una istanza di esclusione dalla gara dell'A.T.I. odierna appellata proprio fondandola sulla anzidetta, presunta, causa di esclusione e che la stessa, con Deliberazione del Direttore Generale n. 563 in data 7 giugno 2012, ha disposto il non luogo a provvedere sulla istanza stessa, con conseguente inammissibilità, in questa sede, di qualsivoglia giudizio incidentale su tale autonoma determinazione amministrativa.

8. – Va parimenti respinta l'eccezione di improcedibilità dei proposti appelli, sollevata dalle contro interessate sul rilievo che "l'Azienda ULSS n. 9 ha ... preso atto della sentenza del TAR per il Veneto n. 412/2012, dando esecuzione all'esclusione dalla procedura dell'ATI Coopservice, quale obbligo derivante dalla esecutività della citata pronuncia" (pagg. 4-5 mem. 12 novembre 2012).

Ed infatti, è pacifico che la spontanea esecuzione della pronuncia di primo grado non si configura come comportamento idoneo ad escludere l'ammissibilità della relativa impugnazione (Cons. St., III, 21 giugno 2012, n. 3679), giacché l'eventuale accoglimento di questa è idoneo a travolgere i nuovi atti adottati dall'Amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado, che verrebbero comunque meno con effetto retroattivo, perdendo ab initio il loro fondamento giuridico, ex art. 336 c.p.c. (Cons. St., III, 18 giugno 2012, n. 3550).

9. – Venendo ai proposti, convergenti, appelli (principale ed incidentale improprio), va data la precedenza all'esame del secondo ricorso incidentale di primo grado e, per l'effetto, all'appello principale di Coopservice, nella parte in cui attacca i capi della sentenza che hanno respinto detto ricorso incidentale.

10. – Con il primo motivo del secondo ricorso incidentale di primo grado, come riproposto in appello, si deduceva violazione delle prescrizioni dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così come espressamente recepite dal bando, per non avere reso la dichiarazione singola di assenza di condanne da dette norme prevista:

- il sig. Luca Agnelli, indicato da Copma come direttore tecnico;
- i procuratori speciali con poteri di rappresentanza della società medesima, come risultanti dal certificato camerale;
- il consigliere delegato di Dussmann Service (impresa associata nel raggruppamento ricorrente principale in primo grado) sig. Greiner Thomas Wolfgang.

10.1 – Parte appellante principale critica il capo di sentenza recettivo di tale censura, osservando che:

- "non è contestato dalla sentenza l'assenza della autodichiarazione resa singolarmente dal sig. Luca Agnelli, indicato quale direttore tecnico di Copma" (pag. 9 app. princ.);
- "i procuratori di questa società sono investiti di incarichi, seppur settoriali, in ogni caso della stessa rappresentativi all'esterno, con la conseguente possibilità di esprimere la sua volontà nonché di vincolarla nei rapporti con altri soggetti" (ibidem);
- è necessario "equiparare, anche per la problematica che ne occupa ... la figura del consigliere delegato a quella dell'amministratore" (pag. 33 app. avverso disposit.).

10.2 – Il motivo d'appello è infondato.

In base al punto III.2.1 B1) del bando di gara, al fine di fornire le "informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti", la domanda di partecipazione alla gara doveva essere corredata da:

"B1) dichiarazione, resa nelle forme di cui al DPR 445/2000, con la quale la Ditta attesti:

B1.1) cognome, nome, luogo di nascita, data di nascita, residenza e carica sociale dei seguenti soggetti:

- del titolare e del/i direttore/i tecnico/i, se si tratta di impresa individuale;o :
- di tutti i soci e del/i direttore/i tecnico/i, se si tratta di società in nome collettivo;
- dei soci accomandatari e del/i direttore/i tecnico/i, se si tratta di società in accomandita semplice;
- degli amministratori dotati di potere di rappresentanza e del/i direttore/i tecnico/i, se si tratta di altri tipi di società

o consorzi;

B1.2) che non ricorre, sia nei confronti del concorrente che delle persone fisiche sopra indicate, alcuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi di cui alle lettere a), b), c), d) e), f), g), h), i); m) dell'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e che non vi sono sentenze di condanna con il beneficio della non menzione (art. 38, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. , oppure in caso affermativo la presenza di ----- ”.

Ciò posto, nel caso di specie, tenuto conto della portata da riconoscersi alla lex specialis di gara, non sussiste, ad avviso del Collegio, alcuna omessa dichiarazione da parte dei soggetti a ciò tenuti ai sensi della lex medesima, atteso che:

- la dichiarazione è stata correttamente resa dal Direttore Tecnico della società Copma (v. doc. n. 34 depositato dalle controinteressate);

- non possono essere considerati titolari di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore munito di poteri di rappresentanza e dunque astretti dall'obbligo di dichiarazione di cui trattasi, imposto a pena di esclusione dalla stessa lex specialis, i menzionati procuratori speciali della Copma, dotati, come correttamente rilevato dal T.A.R., di procure “meramente settoriali”, che non valgono certo a conferire agli stessi quegli ampi poteri rappresentativi, che soli possono valere a dimostrare l'influenza del soggetto che ne è investito sulle scelte della società (Cons. St., V, 10 novembre 2011, n. 5939);

- del pari, l'obbligo delle vedute, plurime, dichiarazioni previste a pena di esclusione non può considerarsi sussistente in capo al consigliere delegato della Dussmann Service sig. Greiner Thomas Wolfgang, che, come risulta dalla relativa visura camerale, esercita deleghe, nell'ambito delle quali “non viene conferita rappresentanza legale”.

11. – Pure infondata si appalesa l'ulteriore censura del secondo ricorso incidentale di primo grado, come riproposta con l'appello principale, con la quale si afferma l'inadempimento, da parte del R.T.I. Copma, della prescrizione di cui al punto III.2.2 del bando di gara, presidiata con la sanzione dell'esclusione, che, a proposito della dichiarazione bancaria attestante la disponibilità ad aprire a favore della concorrente una linea di credito dedicata all'appalto (richiesta per valutare la conformità ai requisiti di capacità economica e finanziaria), prescriveva che tale dichiarazione dovesse essere prodotta, in caso di Raggruppamento/Consorzio, “da ciascuna Ditta con riferimento alle quote di fatturato previsto nel Raggruppamento/Consorzio”.

Ebbene, lamenta in proposito l'appellante principale, “la capogruppo COPMA non ha indicato le quote di fatturato, assunte da ciascuna impresa associata, limitandosi a dichiarare che tali quote non sarebbero state superiori alla linea di credito, indicata nelle referenze presentate da ciascuna azienda” (pag. 10 app.); il che, a suo avviso, non risponde a quanto richiesto sia dal bando, che vuole sia effettuata una specifica individuazione delle parti del servizio assegnate a ciascuna impresa associata; sia dall'art. 37 4° comma decr. lgs. 163/2006” (pag. 11 app.).

Rileva invero sul punto il Collegio che trattasi nella fattispecie di accertamento condotto sulla sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti per essere ammessi alla procedura di gara, relativo alla fase della prequalificazione, nella quale, a differenza di quanto ritiene l'appellante principale, non sussisteva l'obbligo per l'ATI controinteressata di specificare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori riuniti; obbligo, questo, che attiene alla fase dell'offerta (Cons. St., VI; 11 maggio 2007, n. 2310; C.G.A.R.S., 31 marzo 2006, n. 116).

Se, pertanto, solo nella fase dell'offerta occorre sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, correttamente l'ATI controinteressata, nella fase di prequalificazione della medesima gara, ha soddisfatto la richiesta del bando del cui assolvimento qui si discute (allegazione di “dichiarazione bancaria ... con riferimento alle quote di

fatturato previsto nel Raggruppamento/Consorzio”) mediante la produzione di tante dichiarazioni quanti erano i membri del raggruppamento, ciascuna indicante un certo valore della linea di credito messa a disposizione del singolo membro, corredate di dichiarazione di impegno alla costituzione dell'ATI, dalla quale specificamente risulta che “le quote di fatturato previsto per ciascuna impresa facente parte del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, non sarà superiore al corrispondente importo delle linee di credito, dichiarate dagli Istituti Bancari ed allegate alla documentazione di gara” (v. docc. nn. 39, 40, 41 e 42, depositati dalle controinteressate). Né siffatta corrispondenza risulta poi smentita dalla suddivisione dei servizi realizzata da tale raggruppamento in sede di offerta, dalla quale si evince, per ciascuno degli operatori riuniti, che l'importo della linea di credito dedicata è superiore alla quota di fatturato attribuitagli, così come specificata in sede di offerta.

12. – Con il terzo motivo di censura del secondo ricorso incidentale di primo grado, come riproposto in sede di appello, vengono sollevati profili di illegittimità attinenti all'offerta economica e tecnica delle controinteressate imprese riunite in ATI.

Si eccipisce anzitutto l'indeterminatezza dell'offerta economica, non risultando certa, ad avviso dell'appellante principale, la somma in essa esposta pari ad Euro 1.034.402,72 mensili, dal momento ch'essa non corrisponde alla sommatoria degli importi indicati in sede di successiva scomposizione dell'offerta stessa, dalla quale risulta un valore pari ad Euro 1.016.371,22 mensili; si lamenta, inoltre, come la scomposizione non consideri né le spese generali, né l'utile.

La doglianza è infondata.

L'ATI controinteressata ha infatti, dopo aver determinato il prezzo nella misura di cui sopra attenendosi a quanto previsto dai primi tre commi dell'art. 4 del Capitolato speciale per l'appalto de quo, correttamente poi esplicitato le voci espressamente richieste al quarto comma dello stesso art. 4 in sede di descrizione analitica della composizione della sua offerta, prevista a fini di fornire gli elementi giustificativi dell'offerta medesima; e tra dette voci non risultano né le spese generali, né l'utile.

Il che da un lato vale ad escludere che la mancata indicazione delle spese generali e dell'utile nell'elaborato contenente gli elementi giustificativi richiesti a corredo dell'offerta economica configuri una qualche violazione della *lex specialis* e della normativa di rango superiore da essa richiamata; dall'altro rende con tutta evidenza plausibile uno scarto pari a quello descritto, che è da ritenersi ammissibile alla luce della lettera del capitolato speciale di gara, che non risulta, pertanto, violato, così come non risulta inficiato il principio di certezza della spesa, atteso che la stessa è stata indicata nella sua precisa entità in sede di offerta economica e non risulta poi smentita dal documento giustificativo, nel quale non tutte le voci che hanno concorso alla determinazione del prezzo offerto dovevano essere indicate.

Infondato, pure, si rivela il profilo di tale motivo, con il quale l'appellante principale lamenta la sottoesposizione dei costi per il controllo qualità; donde deriverebbe, a suo avviso, l'inattendibilità dell'offerta.

Ed invero l'ATI controinteressata ha efficacemente dimostrato che l'impegno offerto per l'attività di controllo, come indicato a pag. 98 della relazione tecnica, è da leggersi in termini di ore/anno e che il relativo costo esula dalla già esposta voce complessiva del “costo del personale” solo per quanto riguarda le prime due figure ad essa preposte (“Responsabile qualità appalto” e “Delegato qualità territoriale”), per una spesa complessiva annua, ulteriore rispetto a quella riportata alla detta voce del “costo del personale”, pari ad Euro 15.757,50, che è ricompresa nella voce “spese generali”, determinata congruamente in Euro 79.378,00.

Inammissibili, infine, si rivelano, nell'ambito del motivo in esame:

- l'ulteriore deduzione, secondo cui il valore aziendale della sicurezza sarebbe carente di Euro 53.340,84/anno, per assoluta indeterminatezza della doglianza a fronte della mancata, pedissequa, riproposizione in grado di appello

della specifica ed analitica censura dedotta in primo grado;

- l'altra censura incidentale concernente la pretesa attribuzione, nell'offerta dell'ATI controinteressata, di un orario settimanale inferiore a quanto prescritto dal CCNL alle 21 unità lavorative di 4° livello aventi la mansione di caposquadra, riproposta in questa sede negli stessi termini di cui al secondo ricorso incidentale di primo grado, senza le necessarie, specifiche critiche alla decisione impugnata, laddove sul punto afferma che "il numero esatto delle caposquadra è di 14 e non 21, sicché i sette sostituti non devono essere conteggiati nelle ore complessive del mese, poiché questi sostituti effettueranno ore di lavoro non effettuate dalle caposquadra" (pag. 9 sent.).

13. – Si può passare, ora, all'esame dell'appello principale e di quello incidentale improprio laddove insorgono avverso la sentenza di primo grado, nella parte in cui, previa reiezione del primo ricorso incidentale di prime cure volto a contestare la legittimità della previsione del bando (quella sub III.2.1 B4), di cui la ricorrente principale ivi deduceva la violazione da parte del raggruppamento aggiudicatario Coopservice, ha ritenuto, in accoglimento appunto del ricorso principale, che il raggruppamento stesso avesse falsamente dichiarato, in violazione di detta clausola e con conseguente illegittimità della disposta aggiudicazione, di non aver subito risoluzioni contrattuali anticipate negli ultimi tre anni.

Entrambi gli appelli sono sul punto infondati.

Occorre anzitutto premettere che, secondo la clausola del bando di gara di cui si discute, la Ditta partecipante doveva attestare, mediante dichiarazione, resa nelle forme di cui al DPR 445/2000, di non aver "subito risoluzione anticipata di contratti da parte di committenti pubblici negli ultimi tre anni ... né subito revoche di aggiudicazioni per inadempimento contrattuale".

Trattasi di dichiarazione, prevista a pena di esclusione ai sensi del successivo punto VI.3 del Bando, rientrante tra le "condizioni di partecipazione" relative alla "situazione personale degli operatori".

La contestata falsa dichiarazione sarebbe stata in particolare resa da Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. (in A.T.I. con Coopservice Soc. Coop. P.a. di Cavriago (RE ed Esperia S.p.A.), non avendo essa dichiarato la risoluzione contrattuale per inadempimento, di cui al decreto n. 441 in data 24 ottobre 2006 della Guardia di Finanza del Veneto, subita a suo tempo da Soc. Coop. Eurocoop, fusa per incorporazione in Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. a far tempo dal 2 gennaio 2007.

Le appellanti contestano anzitutto la sussistenza in capo alla detta società incorporante, partecipante come s'è detto in RTI alla gara in questione, dell'obbligo di effettuare le dichiarazioni di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 anche con riferimento ai trascorsi delle società incorporate.

La tesi è infondata.

Si deve, infatti, osservare, che, a seguito della riforma del diritto societario (v. d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), la fusione per incorporazione, ai sensi del nuovo art. 2505bis, c.c., non comporta l'estinzione della società incorporata né crea un nuovo soggetto di diritto, nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (cfr. Cass. civ., sez. un., sent. n. 2637/2006 e, da ultimo, Cons. St., VI, 10 aprile 2012, n. 2064).

Onde, anche in assenza di espresse disposizioni della *lex specialis* (come appunto accade nel caso di specie), risulta già evincibile dal contenuto del cit. art. 38 (posto che la trasformazione non comporta soluzioni, neppure parziali, di continuità nei rapporti giuridici dell'ente trasformato) che finiscono col gravare sulla società incorporante obblighi dichiarativi relativi anche ai rapporti della società incorporata antecedenti alla fusione.

Infatti, la società incorporante o risultante dalla fusione è un soggetto composito, in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria; per l'effetto, non si possono considerare "altrui" gli

amministratori che sono amministratori di un soggetto che è parte del tutto e che conserva la sua identità originaria sotto una diversa forma giuridica (Cons. St., ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21).

Come, tuttavia, chiarito dalla stessa decisione dell'Adunanza plenaria, in una situazione di oscillazione della giurisprudenza (quantomeno precedente all'adunanza plenaria n. 10/2012) e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione od incorporate, i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale; nel senso, nel caso di specie, che alla Eurocoop - che ha dato vita insieme alla Promos San Giacomo alla odierna Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. – sia effettivamente imputabile un inadempimento contrattuale nei termini indicati dalla legge di gara.

Ritiene il Collegio di sottolineare come il principio di diritto enunciato dalla citata, ultima, decisione della plenaria non sia perfettamente aderente al caso di specie, stante la non perfetta sovrapponibilità della fattispecie, in quella sede risolta, del rilievo della fusione in ordine alla dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 163/2006, rispetto a quella all'esame, concernente il possesso dei requisiti generali di affidabilità dell'impresa concorrente risultante dalla fusione, in cui, come già detto, proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria, con conseguente rilevanza dei pregressi rapporti ai fini di cui si tratta e pedissequo obbligo di dichiarazione.

In ogni caso, l'inadempimento di cui sopra sicuramente sussiste nel caso di specie.

In effetti, come già sottolineato, Eurocoop ha subito una risoluzione contrattuale per inadempimento, di cui al decreto n. 441 in data 24 ottobre 2006 della Guardia di Finanza del Veneto, con la quale aveva stipulato dei contratti per la pulizia di locali.

Né, a fronte di tali risultanze, possono rilevare in senso contrario:

- il sopravvenuto provvedimento in data 29 giugno 2011 (e dunque successivo allo svolgimento della gara di cui si tratta), con cui la Guardia di Finanza ha annullato il Decreto di risoluzione contrattuale n. 441/2006 per originari vizi di forma nella contestazione degli inadempimenti, che non vale certo ad escludere che il provvedimento di risoluzione fosse pienamente valido ed efficace al tempo della effettuazione della procedura di gara e della presentazione in essa delle dichiarazioni richieste per l'accertamento della situazione personale degli operatori;
- lo svincolo della polizza prestata a fronte del contratto oggetto dell'anzidetta risoluzione (svincolo accompagnato dalla formula "in quanto codesta società ha adempiuto a tutti gli obblighi contrattuali"), che potrebbe considerarsi idoneo ad escludere l'inadempimento che aveva portato alla risoluzione del contratto e dunque a manifestare una volontà uguale e contraria a quella risultante dal precedente decreto di risoluzione, solo se ed in quanto proveniente dalla stessa autorità, che, avendo approvato il contratto, era, a norma dell'art. 18 del contratto medesimo, la sola detentrica del potere di disporre la risoluzione, così come di adottare qualsiasi contrarius actus successivo all'esercizio di tale potere; ma un siffatto contrarius actus non può certo ravvisarsi nell'invocato provvedimento di trasmissione delle polizze, che risulta sottoscritto dall'Ufficiale rogante del Reparto, ch'è autorità ben diversa da quella di cui al predetto art. 18 e che dunque non è in grado di manifestare alcuna volontà dell'Amministrazione diversa da quella posta in essere nell'esercizio dell'anzidetto potere di risoluzione, se non quella di svincolo delle polizze, che tuttavia, lungi dal porsi in contraddizione con l'inadempimento già accertato, consente solo di dedurre, alla luce della lettera del ridetto art. 18, che nessun danno è derivato all'Amministrazione dalla risoluzione e che pertanto la stessa non si trovava nelle condizioni previste dallo stesso art. 18 per procedere all'incameramento della cauzione;
- il presunto requisito della buona fede nella dichiarazione di Euro&Promos Group Soc. Coop. p.a. (sul quale insistono entrambi gli appelli), giacché, da un lato, l'integrazione reciproca delle società partecipanti ad una

operazione di fusione per incorporazione consente di escludere qualsiasi ignoranza incolpevole, da parte del nuovo soggetto risultante dall'operazione, dei rapporti contrattuali intrattenuti in un recente passato (nel caso di specie cessati per risoluzione poco più di due mesi prima del realizzarsi della fusione) dalle società partecipanti alla fusione od incorporate; dall'altro, la perizia e la diligenza medie richieste ad un operatore commerciale attivo nel campo dei contratti pubblici non potevano in alcun modo consentire di attribuire al citato provvedimento di svincolo della cauzione successivo alla risoluzione l'invocato valore di "riconoscimento espresso dell'insussistenza di un precedente inadempimento", che sarebbe potuto risultare, come già sopra evidenziato, solo da un atto uguale e contrario, quanto ad autorità emanante e ad oggetto dell'esercizio del potere, a quello precedente di risoluzione.

A ciò aggiungasi che nel caso di specie, a differenza che nel caso concreto su cui ha deciso la plenaria n. 21/2012, la delineata vicenda societaria pare esser stata posta in essere, nel vigore del veduto provvedimento di risoluzione contrattuale, proprio in funzione di elusione delle regole di partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici; ciò, invero, alla luce: del brevissimo arco di tempo (poco più di un mese) che separa il provvedimento di risoluzione che aveva colpito Eurocoop dall'evoluzione societaria di cui si discute; dell'identità della nuova sede societaria con quella già di Eurocoop; della composizione degli organi della nuova società ed in particolare del suo Consiglio di Amministrazione, che annovera gli stessi Presidente e Vice Presidente, nonché buona parte dei Consiglieri, di Eurocoop.

Quanto, infine, alla contestata legittimità della causa di esclusione recata dalla clausola del bando della cui violazione qui si tratta, da una valutazione sostanzialistica della stessa si deduce come essa, lungi dal potersi considerare causa autonoma di esclusione, si configura come autolimitazione dell'Amministrazione del potere di definizione della fattispecie "escludente", a struttura elastica, di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del D. Lgs. n. 163/2006, dell'errore professionale grave, che comporta, ai sensi della norma richiamata, il divieto di stipula di un contratto pubblico.

L'obbligo di presentazione della dichiarazione in esame non introduce dunque un nuovo requisito di partecipazione, ma mira soltanto a fornire all'Amministrazione gli elementi necessari per le valutazioni di sua competenza circa l'esistenza e la gravità di pregressi errori professionali; valutazione appunto nel caso di specie impedita alla stazione appaltante, nell'appropriata sede del procedimento di gara, dalla omissione di cui si tratta.

Tale obbligo non è illogico, non restringe immotivatamente la rosa dei possibili affidatari dell'appalto, non lede il principio della massima partecipazione alle gare, né quello della par condicio tra le imprese; nemmeno, poi, risulta in contrasto col principio di proporzionalità di genesi comunitaria, che interdice che il soddisfacimento di fini di pubblico interesse possa avvenire per il tramite di misure eccedenti l'obiettivo da perseguire, stante la sua stretta strumentalità rispetto al fine di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa, rifiuto rispetto al cui uso chiara è la scelta dell'ordinamento di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento.

A fronte, in definitiva, della intervenuta risoluzione per inadempimento di contratto stipulato da società poi incorporata in uno dei soggetti partecipanti al raggruppamento risultato aggiudicatario (e ciò che rileva è il dato storico costituito dalla perdurante efficacia del provvedimento di risoluzione alla data di svolgimento della gara de qua), che può venire in evidenza, oltre che per il proprio contenuto intrinseco (che mette in dubbio l'affidabilità del concorrente), anche sotto un profilo formale, ossia per il fatto che l'errore non è stato dichiarato dal concorrente al momento della presentazione della domanda di partecipazione (sì che, in questa seconda ipotesi, l'esclusione dalla gara deriva dall'applicazione degli art. 47 e 75 del DPR 28 dicembre 2000 n. 445 come sanzione per dichiarazioni sostitutive non veritiere e omissive), non può che concludersi per l'illegittimità dell'ammissione alla

gara della costituenda ATI, risultata aggiudicataria della stessa.

14. – Per tali motivi gli appelli principale ed incidentale improprio devono ritenersi infondati, con conseguente loro reiezione e conferma, nei sensi di cui sopra, della sentenza di prime cure.

Le spese del presente grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti delle controinteressate, tenendo peraltro conto, ai sensi del comma 1 dell'art. 26 c.p.a., della violazione, da parte di queste ultime, della violazione del principio di sinteticità, di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a. (v., in particolare, mem. del 12 novembre 2012).

Nulla è da statuirsi per le spese riguardo alle parti non costituite.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, respinge l'appello principale e l'appello incidentale improprio e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna le appellanti alla rifusione di spese ed onorarii del presente grado nei confronti delle controinteressate costituite, nella misura complessiva di Euro 5.000,00=, oltre I.V.A. e C.P.A.

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

Così deciso in Roma, addì 30 novembre 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

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