



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10760 del 2012, proposto da:

Romeo Gestioni Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. con Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010, rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio eletto presso di loro in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

- Consip Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, p.zza Borghese, 3;
- Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

- Manutencoop Facility Management Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Franco Mastragostino e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via F. Confalonieri, 5;
- Gemmo Spa, Intini Angelo Srl, Siram Spa, PVB Solutions Spa;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della aggiudicazione definitiva della gara indetta da Consip per l'affidamento del Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di Energia per gli immobili adibiti ad uso sanitario e della nota di comunicazione del 31.10.2012, nonché della aggiudicazione provvisoria;
- di tutti i verbali di gara;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il contratto se stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Manutencoop Facility Management Spa, con la relativa documentazione;

Visto il ricorso incidentale della Manutencoop Facility Management Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del 17 luglio 2013 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Premesso che, ai sensi dell'art. 120, comma 10, c.p.a., in materia di appalti la sentenza è redatta ordinariamente nelle forme di cui all'art. 74 c.p.a.;

Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale notificato il 30 novembre 2012 e depositato il successivo 12 dicembre, la Romeo Gestioni Spa, chiedeva l'annullamento, prelie misure cautelari, dei provvedimenti indicati in epigrafe che avevano portato all'aggiudicazione della gara pure in epigrafe evidenziata (suddivisa in 8 lotti), limitatamente al lotto 7, ove la stessa era risultata quarta in graduatoria, preceduta dal RTI Gemmo spa/Intini Angelo srl (terzo classificato), dal RTI Siram spa/PVB Solutions srl (secondo classificato) e dalla Manutencoop Facility Management spa (aggiudicataria);

Rilevato che la ricorrente proponeva censure avverso tutte le concorrenti che la precedevano in graduatoria, così che l'integrale accoglimento del gravame le avrebbe consentito di pervenire all'aggiudicazione;

Rilevato che la ricorrente lamentava avverso il RTI Gemmo: "*I. Violazione degli artt. 40 d.lgs. 163/06 e 60, co. 2, d.p.r. 207/10. Violazione del principio di continuità dell'attestazione di qualificazione*", in quanto la mandante Intini Angelo srl, che aveva dichiarato di eseguire le prestazioni nella percentuale del 30%, aveva in corso di gara, in data 19.9.12, affittato l'azienda alla DEP Costruzioni srl, in violazione del principio di continuità del possesso dell'attestazione di qualificazione perchè era ricompresa nel ramo ceduto anche quella relativa alla cat. OG11 richiesta da parte della legge di gara; "*II. Violazione dell'art. 38, co 1, lett. a) d.lgs. 163/06 e dell'art. 2279 cod. civ. Violazione di principi generali in ordine alla capacità economica finanziaria dei concorrenti*", in quanto la mandante Intini Angelo srl aveva anche perso la capacità economico-finanziaria, in virtù di domanda di concordato preventivo il 20.9.2012 e di delibera assembleare straordinaria di messa in liquidazione dell'8.10.2012, e la società stessa risultava "svuotata" con l'affitto di ramo di azienda di cui al motivo precedente senza possibilità, per la gestione liquidatoria, di intraprendere la nuova operazione economica costituita dall'esecuzione dell'appalto posto in gara;

Considerato che la ricorrente lamentava avverso il RTI Siram: "*III. Violazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) d.lgs. 163/2006. Violazione del bando, punto III.2.1, del disciplinare di gara, par. 2 lettera a) e dell'Allegato 1. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e falsa presuppoto, sviamento*", in quanto non risultavano rispettate la normativa di settore e la legge di gara, dato che l'Amministratore Delegato della Siram Sì, società incorporata da Siram spa in data 28.11.2011, pur risultando cessato dalla carica in data 1.6.2011, non era stato ricompreso nelle dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/06;

Considerato che la ricorrente lamentava avverso l'aggiudicataria: "*IV. Violazione degli artt. 75 e 113 d.lgs. 163/2006. Violazione del disciplinare di gara, par. 4.2 e par. 6. Violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle pubbliche gare. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e falso presuppoto. Sviamento*", in quanto nonostante fosse prevista dalla legge di gara a pena d'esclusione l'autentica notarile in calce a tutti gli allegati della polizza fideiussoria, tale autentica, per quel che riguardava la documentazione della Manutencoop, risultava apposta non in calce all'ultimo allegato ma di seguito alla sola pagina contenente i dati di riferimento dell'agenzia di assicurazione, restando così scoperti l'impegno a garantire la rinuncia al beneficio della preventiva escussione e le altre condizioni richieste, ai sensi dell'art. 75 d.lgs. n. 163/06; "*V. Violazione dell'art. 38, comma 1 lettera m-quater d.lgs. 163/2006. Violazione del bando, punto III.2 e punto VI.3 Violazione del disciplinare di*

gara, par. 2 e dell'allegato 1, lettera r). Violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle pubbliche gare. Violazione dell'art. 38, comma 1 lettera m-ter d.lgs. 163/2006 e del disciplinare, par. 6. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e falso presupposto. Sviamento", in quanto risultava, da numerosi indizi, il collegamento sostanziale con altro concorrente, CNS (partecipante alla gara per i lotti 1,5 e 8, lotti a cui pure aveva partecipato, oltre al lotto 7, Manutencoop), in ragione: a) delle identiche modalità di presentazione della cauzione provvisoria, b) della circostanza per la quale un procuratore speciale di quest'ultima era anche componente del consiglio di sorveglianza di CNS, c) del coincidente ambito territoriale di operatività delle due società aventi medesimo scopo (inserimento nel mercato dei lavoratori attraverso cooperative), d) della presenza di Manutencoop nell'elenco delle associate CNS; *"VI. Violazione dell'art. 88 d.lgs. 163/06. Violazione del giusto procedimento e della par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per contraddittorietà*", in quanto la Commissione giudicatrice aveva autonomamente prorogato, senza esplicita richiesta da parte dell'interessata, il termine assegnato per produrre precisazioni in ordine alla valutazione di anomalia in atto, pur in presenza di un termine congruo già assegnato; *"VII. Violazione degli artt. 86 ss. d.lgs. 163/06. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, travisamento dei fatti. Violazione del divieto di modificazione dell'offerta in sede di giustificazioni. Difetto assoluto di motivazione*", in quanto, in relazione alle giustificazioni addotte in sede di verifica di anomalia, non risultavano soddisfacenti quantomeno le precisazioni relative ai punti 2, 6 e 7 del verbale del 17.7.2012, riguardanti le Analisi dei costi complessivi, le Verifiche ispettive e il Costo totale della sicurezza e in quanto risultava una non consentita modifica dell'offerta in sede di giustificazioni;

Rilevato che si costituivano in giudizio la Consip spa, il Ministero dell'Economia e Finanze e la Manutencoop Facility Management spa evidenziando l'infondatezza del ricorso, quest'ultima in relazione ai soli motivi che la riguardavano;

Rilevato che la controinteressata proponeva ritualmente anche ricorso incidentale, ove lamentava: *"1. Violazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, nella formulazione antecedente, applicabile ratione temporis, alla modifica apportata dall'art. 1, comma 2 bis, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, come integrato dalla Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135. Violazione del punto III.1.3 del bando di gara. Violazione dei punti 3 e 4 del Disciplinare di gara. Difetto assoluto di istruttoria. Carenza di motivazione*", in quanto il RTI facente capo alla ricorrente non aveva dichiarato le quote di partecipazione al raggruppamento delle singole imprese ma solo le percentuali di esecuzione; *"2. Violazione dell'art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010. Violazione del punto III.1.3 del bando di gara e dei punti 3 e 4 del Disciplinare di gara, sotto altro profilo. Difetto assoluto di istruttoria e carenza di motivazione*", in quanto la mandataria deve possedere in ogni caso i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, laddove, nel caso di specie, risultava che la mandante, Consorzio Stabile Romeo, avrebbe eseguito il 70% delle prestazioni e la mandataria, Romeo Gestioni spa, il 30%; *"3. Violazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, nella formulazione antecedente, applicabile ratione temporis, alla modifica apportata dall'art. 1, comma 2 bis, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, come integrato dalla Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135. Violazione dell'art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010. Violazione del principio di corrispondenza tra i requisiti di qualificazione e quote di esecuzione. Violazione del punto III.1.3 del bando di gara. Violazione dei punti 3 e 4 del Disciplinare di gara. Difetto assoluto di istruttoria. Carenza di motivazione*", in quanto la mandante aveva dichiarato, ai fini della dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria, importi che corrispondevano a circa 1/3 di quelli dichiarati dalla mandataria, pur risultando attribuita alla prima una quota di esecuzione del 70% e alla seconda del 30%, ed aveva anche dichiarato "Euro 0" sul fatturato specifico relativo alla gestione, conduzione e manutenzione degli impianti di climatizzazione invernale, evidenziando l'utilizzo ai soli astratti fini della qualificazione dei requisiti della

capogruppo mandataria;

Rilevato che la ricorrente depositava memoria in data 4 febbraio 2013 a confutazione delle argomentazioni del ricorso incidentale;

Rilevato che, alla camera di consiglio per la trattazione cautelare, su istanza di parte, era disposto rinvio al merito e che, in prossimità della pubblica udienza, le parti costituite depositavano ulteriori memorie a sostegno delle rispettive tesi difensive, evidenziando dal canto suo la Romeo Gestioni spa, con distinta memoria, l'impugnativa anche della convenzione stipulata in data 27 febbraio 2013 tra la Consip spa e l'aggiudicataria, ritenendola viziata da illegittimità derivata;

Rilevato che, alla pubblica udienza del 17 luglio 2013, la causa era trattenuta in decisione e che, in data 26 luglio 2013, era pubblicato il dispositivo della presente sentenza;

DIRITTO

Considerato che, alla luce della recente pronuncia della Corte di Giustizia U.E. in argomento (Sez. X, 4.7.2013, in causa C-100/12), il Collegio, pur in presenza di un ricorso incidentale tendente ad evidenziare cause di esclusione della Romeo Gestioni spa - e anche per ragioni di economia processuale - ritiene di esaminare dapprima il ricorso principale;

Considerato, infatti, che la Romeo Gestioni risulta quarta classificata nel Lotto 7, per cui solo l'accoglimento integrale di tutte le sue censure avverso le prime tre classificate apporterebbe a lei un beneficio tale da qualificare l'interesse al ricorso come diretto, concreto e attuale;

Considerato che, di conseguenza, il rigetto anche di una sola delle distinte censure avverso le concorrenti che la precedono in graduatoria farebbe venire meno l'interesse alla coltivazione delle censure residue nonchè del ricorso incidentale da parte della Manutencoop Facility Management spa;

Considerato, quindi, che rientra nel potere del giudice amministrativo, connesso al particolare oggetto del giudizio impugnatorio, il decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, anche al fine del rispetto di ragioni di economia processuale (Cons. Stato, Sez. IV, 11.9.12, n. 4827 e Sez. V, 7.6.12, n. 3351; TAR Em-Rom., Sez. I, 19.11.12, n. 692);

Considerato che il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente a tale scopo la censura di cui al terzo motivo del ricorso principale - unica con la quale la ricorrente contesta la mancata esclusione del RTI Siram, secondo classificato - rilevandone l'infondatezza;

Considerato che tale censura si incentra sulla deduzione per la quale non era stata resa la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 163/06 in relazione all'Amministratore Delegato (cessato dalla carica il 1 giugno 2011) di Siram Sì, società fusa per incorporazione in Siram spa in data 28 novembre 2011, sia al momento di presentazione della domanda sia in occasione dell'aggiornamento delle dichiarazioni originariamente rese sotto tale profilo in relazione alle variazioni sociali, in data 13 gennaio 2012 e 20 giugno 2012, ai sensi della legge di gara (punto 6.2 del disciplinare);

Considerato, in primo luogo, che il bando e il disciplinare di gara non richiedevano la dichiarazione in questione riferita anche ai soggetti "cessati" facenti capo a società fuse o incorporate;

Considerato che questa Sezione ha già avuto modo di ricordare che la necessità di clausola espressa nella legge di gara è desumibile dalla recente conclusione in argomento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 7.6.2012, n. 21), secondo la quale, pur individuandosi il principio generale per cui l'obbligo di rendere le richieste dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 sussiste anche nei confronti di amministratori e direttori tecnici che hanno operato presso società incorporate o fuse nell'ultimo triennio o anche cessati (per questi ultimi

già Ad Plen. 4.5.2012, n. 10) dalla relativa carica in detto termine (divenuto annuale dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70/11), salva facoltà di comprova di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, nel contesto di oscillazioni e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti fino a tali Plenarie n. 10/12 e 21/12, può disporsi legittimamente l'esclusione dalla gara per omissioni riferite a tali soggetti solo ove risulti reso esplicito dal bando e dalla legge di gara tale onere di dichiarazione e conseguente causa di esclusione e, in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali risulta omessa la dichiarazione hanno effettivamente pregiudizi penali (Tar Lazio, Sez. III, 23.11.12, n. 9686);

Considerato, quindi, che nel caso di specie, in assenza di esplicita disposizione del bando e della legge di gara tutta – si ricorda, anteriore alle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 10 e 21 del 2012 - che richiedeva di rendere la dichiarazione in questione a pena di esclusione per gli amministratori dotati di rappresentanza di società incorporate o fuse, non può essere ritenuto condivisibile quanto prospettato in senso contrario dalla ricorrente, tenuto anche conto che non risultano emersi durante le fasi di gara e portati a conoscenza della stazione appaltante, da parte di chiunque avesse avuto interesse, eventuali pregiudizi penali nei confronti del soggetto in questione;

Considerato che, analogamente a quanto osservato in caso simile dall'Adunanza Plenaria n. 21/12 cit., la vicenda societaria non appare in alcun modo posta in essere in funzione di elusione delle regole di partecipazione alle gare per l'affidamento di pubblici appalti se l'amministratore cessato di cui si discute risulta già cessato presso la società incorporata (nel caso di specie in data 1 giugno 2011) prima ancora che la fusione avesse luogo (nel caso di specie in data 28 novembre 2011) e risulta privo di pregiudizi penali;

Considerato, quindi, che la contestata dichiarazione risulta del tutto innocua perché non volta a nascondere circostanze rilevanti;

Considerato che non appare condivisibile l'ulteriore deduzione della ricorrente secondo cui quantomeno la dichiarazione integrativa resa da Siram spa in corso di causa in data 20 giugno 2012, ai sensi del punto 6.2 del disciplinare, doveva tenere conto della statuizione dell'Adunanza Plenaria 7 giugno 2012 n. 21 e quindi doveva contenere la dichiarazione anche per l'Amministratore Delegato dell'incorporata Siram Sà cessato il 1 giugno 2011 secondo il principio generale ivi evidenziato;

Considerato, infatti, che la suddetta statuizione dell'Adunanza Plenaria fotografava con precisione il momento di riferimento, da intendersi legato al rapporto tra legge di gara e dichiarazione resa, nel senso che solo la prima poteva vincolare alla dichiarazione in questione, potendosi pretendere l'applicazione dell'obbligo di dichiarazione anche per le società incorporate o fuse solo per i bandi che lo prevedessero (o quindi per gare future);

Considerato che non può ritenersi sullo specifico argomento che una pronuncia giurisdizionale, per quanto autorevole, possa essere considerata integrativa a posteriori della legge di gara stessa, non essendo tenute le singole concorrenti, sia pure operatrici professionali del settore, a verificare giorno per giorno lo stato della giurisprudenza al fine di ritenere integrata la "lex specialis" di una gara in costanza di partecipazione alla medesima e in assenza di alcuna indicazione sul punto da parte della stazione appaltante;

Considerato, quindi, che l'obbligo di includere anche gli amministratori delle società incorporate o fuse può riguardare solo leggi di gara bandite dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 21/12 cit. ovvero leggi di gara che già prevedevano esplicitamente tale obbligo ma non procedimenti di gara ancora in essere al momento di pubblicazione della suddetta sentenza ove la relativa "lex specialis" originariamente non ne faceva richiamo;

Considerato, inoltre, che la norma di cui al punto 6.2 del disciplinare non prevedeva termini perentori idonei a configurare una causa di esclusione per dare luogo all'aggiornamento delle dichiarazioni, potendosi le stesse farsi "tempestivamente", e la vicinanza temporale tra la data di pronuncia dell'Adunanza Plenaria (7 giugno 2012) e

l'integrazione resa il 20 giugno 2012 non può assumere alcun rilievo, nei sensi anzidetti, dato che legittimamente la dichiarante ha continuato a riferirsi alla legge di gara in atto che non prevedeva alcun obbligo di dichiarazione in relazione ai soggetti "cessati" di società incorporate o fuse;

Considerato, quindi, che alla luce di quanto dedotto il terzo motivo di ricorso risulta infondato, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse della ricorrente principale in ordine all'accoglimento degli altri motivi di ricorso, dato che comunque il RTI Siram risulta collocato in posto di graduatoria antecedente a quello della Romeo Gestioni spa;

Considerato che, come ulteriore conseguenza, si rileva l'improcedibilità del ricorso incidentale, ugualmente per sopravvenuta carenza di interesse;

Considerato che le spese di lite possono eccezionalmente compensarsi, attesa la peculiarità della fattispecie;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) in parte rigetta il ricorso e in parte lo dichiara improcedibile, nei sensi di cui in motivazione;
- 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Francesco Brandileone, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/09/2013

IL SEGRETARIO

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