



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 485 del 2013, proposto da

Manutencoop facility management s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI con P.F.E. s.p.a., Euroambiente s.r.l. e Impresa di pulizie e sanificazione Salus s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mastragostino e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Confalonieri n. 5, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

nei confronti di

Guerrato s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con C.I.C.L.A.T. soc. coop., C.M. Service s.r.l. e COPMA soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Ciani, Elia Barbieri e Stefano Vinti, ed elettivamente domiciliata, unitamente ai difensori, presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

Cofely Italia s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Astrim, CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop. e Colser, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo De Caria, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Boccherini n. 3, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

Coopservice soc.coop.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Euro & Promos group soc.coop.p.a., CPL Concordia soc.coop., Cristoforetti servizi energia s.r.l., Pulirapida s.r.l., CCC soc.coop. e Simtek s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini e Massimo Colarizi, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Panama n. 12, come da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

e con l'intervento di

Prodes Cielo Azzurro soc.coop.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 9686 del 23 novembre 2012, redatta in forma semplificata;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a.; Guerrato s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con C.I.C.L.A.T. soc. coop., C.M. Service s.r.l. e COPMA soc. coop.; CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop., nonché Coopservice soc.coop.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Euro & Promos group soc.coop.p.a., CPL Concordia soc.coop., Cristoforetti servizi energia s.r.l., Pulirapida s.r.l., CCC soc.coop. e Simtek s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Luigi Manzi, Cristiana Carpani su delega dell'avvocato Franco Mastragostino, Angelo Clarizia, Corinna Fedeli su delega dell'avvocato Stefano Vinti, Aldo De Caria e Massimo Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 485 del 2013, Manutencoop facility management s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI con P.F.E. s.p.a., Euroambiente s.r.l. e Impresa di pulizie e sanificazione Salus s.r.l. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 9686 del 23 novembre 2012 con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro: Consip s.p.a.; Guerrato s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con C.I.C.L.A.T. soc. coop., C.M. Service s.r.l. e COPMA soc. coop.; Cofely Italia s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Astrim, CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop. e Colser; Coopservice soc.coop.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Euro & Promos group soc.coop.p.a., CPL Concordia soc.coop., Cristoforetti servizi energia s.r.l., Pulirapida s.r.l., CCC soc.coop. e Simtek s.p.a.; e Prodes Cielo Azzurro soc.coop.r.l..

In dettaglio, il ricorso mirava all'annullamento:

- del/i verbale/i di gara, di data ed estremi non cognitivi, nella parte in cui, pur disponendo l'esclusione dell'ATI Guerrato dalla procedura indetta da CONSIP Spa per l'affidamento dei servizi di Facility Management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, non rilevano la non conformità sotto altro profilo della documentazione amministrativa dalla medesima prodotta alla disciplina di gara e, conseguentemente, non dispongono a tale titolo l'esclusione dell'ATI controinteressata dalla procedura;

- del provvedimento, se ed in quanto assunto, ma comunque di estremi e data non cognitivi, con cui CONSIP Spa, in esecuzione dell'ordinanza della Sez. III del medesimo TAR Lazio n. 1230/2012, ha riammesso alla gara l'ATI Guerrato relativamente al lotto n. 6;

- di ogni ulteriore provvedimento inerente alla procedura di gara in parola non cognitivo, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto assunto, per la declaratoria di inefficacia dei contratti d'appalto afferenti ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto stipulati;

nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente nella misura che si quantificherà in corso di causa.

Con ricorso per motivi aggiunti, veniva richiesto altresì l'annullamento:

- del/i provvedimento/i di aggiudicazione definitiva, di data ed estremi non conosciuti, della procedura indetta da CONSIP Spa per l'affidamento dei servizi di Facility Management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, comunicato/i con note in data 24 maggio 2012, nonché di tutti i presupposti verbali di gara nella parte in cui attengono all'ammissione alla procedura dell'ATI Guerrato, dell'ATI Cofely e dell'ATI Coopservice, nonché alla valutazione delle offerte economiche e all'attribuzione dei relativi punteggi avuto riguardo ai predetti raggruppamenti;

- di qualsivoglia ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo non cognito;

- del presupposto provvedimento, se ed in quanto assunto, ma comunque di estremi e data non cogniti, con cui CONSIP Spa, in esecuzione dell'ordinanza della Sez. III del TAR Lazio n. 1230/2012, ha riammesso alla gara l'ATI Guerrato relativamente al lotto n. 6;

per la declaratoria di inefficacia dei contratti d'appalto afferenti ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto stipulati;

nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente in forma specifica, e/o per equivalente, nella misura che si quantificherà in corso di causa.

Il giudice di prime cure ricostruiva la vicenda in fatto così:

“Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale, notificato il 2 maggio 2012 e ritualmente depositato nei termini di legge, la Manutencoop Facility Management spa, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con P.F.E. spa, Euroambiente srl e Impresa di Pulizie e Sanificazione Salus srl, chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti indicati in epigrafe – con conseguente declaratoria di inefficacia contrattuale e risarcimento del danno – con cui non era stata disposta l'esclusione dell'ATI tra Guerrato spa, Ciclat soc. coop., C.M. Service srl e Copma soc. coop., dalla procedura concorsuale pure indicata in epigrafe, per i lotti n. 3 e n. 6, per ragioni diverse da quelle già riscontrate dalla Consip spa in esplicito provvedimento di esclusione e solo parzialmente condivise da questo Tribunale in sede cautelare, cui si erano rivolte le (contro)interessate impugnando la suddetta esclusione;

Rilevato che la ricorrente ricordava che, nella procedura in questione, l'ATI Guerrato era stata esclusa dai lotti n. 3 e n. 6 perché il rappresentante legale di una delle imprese indicate come esecutrice di lavori per il lotto n. 3 aveva reso dichiarazione non veritiera ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/06 e che tale esclusione era stata contestata avanti a questo Tribunale, il quale in sede cautelare aveva accolto parzialmente le ragioni delle ricorrenti sospendendo l'esclusione per il solo lotto n. 6;

Rilevato che la Manutencoop Facility Management spa, lamentava nel ricorso, in sintesi, quanto segue:

“1. Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del punto III.2.1 del Bando di gara e del punto 2, lett. a) del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità. Difetto assoluto di motivazione”, in quanto, relativamente al lotto n. 6, una mandante dell'ATI Guerrato aveva indicato come esecutrice delle prestazioni la Colas Pulizie Locali soc. coop. la quale non aveva dichiarato, a mente dell'art. 38 del “Codice dei Contratti”, il possesso dei requisiti di moralità professionale degli amministratori muniti del potere di rappresentanza de La Luminosa srl, società questa fusasi per incorporazione nella suddetta Colas a far tempo dal 23 dicembre 2008, così come accaduto, in questo caso anche per il lotto n. 3, in relazione alla mancata dichiarazione di tali requisiti da parte della Cisagest soc. coop, pure indicata come esecutrice di lavori da parte della mandante Ciclat, in relazione all'acquisto nel maggio/giugno 2010 della Esina Servizi di Bossoletti G. & C. snc dei cui rappresentanti legali doveva essere resa la suddetta dichiarazione perché impresa ceduta; “2. Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 nonchè del punto III.2.1 del Bando di gara e del punto 2 del Disciplinare di gara sotto differente profilo. Violazione della legge n. 68/1999. Difetto assoluto di motivazione. Violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità”, in quanto,

in relazione al lotto n. 3, l'impresa Prodes Cielo Azzurro soc. coop. a r.l., indicata quale esecutrice dei lavori da una mandante dell'ATI Guerrato, aveva omesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. afferente al vicepresidente, con poteri di legale rappresentanza, cessato a far tempo dal 31 gennaio 2008, ed aveva reso una dichiarazione non veritiera in relazione al numero di addetti all'impresa, ex l.n. 68/99, quantificati in zero dipendenti laddove ne risultavano, nel primo trimestre 2010, 280 e, nel secondo trimestre, 293;

Rilevato che si costituivano in giudizio la Consip spa e la Guerrato spa con le altre imprese in ATI, chiedendo la reiezione del ricorso, come dettagliatamente specificato in distinte memorie depositate in prossimità della camera di consiglio, in cui rappresentavano anche l'inammissibilità dello stesso per carenza di interesse in quanto l'ATI Guerrato spa risultava comunque esclusa dal lotto n. 3 e, in relazione al lotto n. 6, la ricorrente era classificata solo in terza posizione e perché in realtà l'ammissione dell'ATI Guerrato doveva essere contestata con ricorso incidentale nel giudizio da quest'ultima proposto e pendente avanti alla medesima Sezione di questo Tribunale;

Rilevato che, con atto d'intervento "ad opponendum", ritualmente notificato e depositato, la Prodes-Cielo Azzurro scarl contestava le specifiche doglianze proposte dalla ricorrente che la riguardavano;

Rilevato che alla camera di consiglio del 4 luglio 2012, la trattazione della domanda cautelare era rinviata al merito;

Rilevato che, con un primo atto contenente motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensione, degli altri provvedimenti indicati in epigrafe con cui, nelle more, era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei due lotti in questione,

Rilevato che, in particolare, la ricorrente deduceva, in sintesi, quanto segue: "1. Illegittimità derivata del/i provvedimento/i di aggiudicazione dei lotti n. 3 e n. 6 in ragione della illegittima ammissione dell'ATI Guerrato Spa", in quanto riportava le doglianze dedotte con il ricorso introduttivo, richiamando la circostanza per cui pendevano ancora avanti a questo Tribunale i ricorsi promossi dalle (contro)interessate avverso la loro esclusione disposta per altri motivi; "2. Violazione del Disciplinare di gara e, segnatamente, del punto n. 6, nella parte inerente ai criteri di attribuzione dei punteggi del parametro denominato "Punteggio economico". Eccesso di potere per travisamento ed erroneità manifesta nell'applicazione della formula identificata dal Disciplinare di gara", in quanto la commissione di gara, con riferimento al dato economico delle offerte, aveva attribuito punteggi del tutto erronei che avevano portato all'aggiudicazione del lotto n. 3 all'ATI Cofely Italia spa (ove la ricorrente risultava al secondo posto) e alla collocazione al terzo posto in luogo del secondo della ricorrente per il lotto n. 6, come risultava da una perizia tecnico-matematica redatta da un professore ordinario di analisi matematica, il quale aveva effettuato il ricalcolo dei punteggi in base all'algoritmo in Mat Lab che portava alla ricollocazione in prima posizione della medesima ricorrente per il lotto n. 3 e al secondo per il lotto n. 6, quest'ultimo da aggiudicarsi comunque sempre alla ricorrente per la necessaria esclusione della prima classificata, ATI Guerrato, ai sensi di quanto dedotto con i motivi di cui al ricorso introduttivo; "3.1 Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, comma 1, lett. b) e c) ad opera dell'ATI Cofely Italia spa. Violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2 del Disciplinare di gara. Violazione degli artt. 38 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità. Difetto assoluto di motivazione", in quanto – subordinatamente a quanto in precedenza dedotto – per il lotto n. 3 l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dato che la mandataria Cofely Italia spa non aveva reso la dichiarazione di cui all'art. 38 cit. in riferimento a cinque specifici procuratori (uno anche responsabile tecnico) della Cofely Residenziale srl, società fusa per incorporazione nella suddetta Cofely Italia spa il 21 settembre 2010, così come avvenuto anche in relazione al presidente del consiglio di amministrazione nonché responsabile tecnico di Euroservice soc. coop., società fusa per incorporazione il 18 marzo 2009 nella mandante Colser soc. coop., come verificabile mediante acquisizione d'ufficio agli atti dei relativi

certificati del casellario giudiziale, ed in quanto il documento di identità allegato alla dichiarazione, sempre a tali fini, del vicepresidente di un'impresa esecutrice di prestazioni indicata dalla mandante Consorzio Nazionale delle Cooperative Pluriservizi, risultava scaduto; “3.2 Violazione del punto III.2.3. lett. a) del bando di gara, nonché del punto 4.2.1) lett. d) del Disciplinare di gara ad opera della mandante ASTRIM Spa. Violazione del principio di *par condicio*. Carenza istruttoria e motivazionale”, in quanto la mandante Astrim spa aveva dichiarato di essere in possesso della richiesta certificazione UNI EN ISO 9001:2000 per l'attività di esecuzione e/o progettazione di servizi integrati agli immobili e/o agli impianti laddove, invece, da quella depositata in atti si rilevava una dicitura estranea a quella richiesta dalla legge di gara; “4.1 Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, comma 1, lett. b) e c) ad opera dell'ATI Coopservice Soc. Coop. P.A. Violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2, lett del Disciplinare di gara. Violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità. Difetto assoluto di motivazione”, in quanto – in riferimento al lotto n. 6 e subordinatamente al mancato accoglimento dei motivi dedotti in precedenza – l'ATI facente capo alla Coopservice soc. coop. p.a., classificatasi seconda, non aveva rispettato l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 cit, nei sensi sopra prospettati, in riferimento alle fusioni per incorporazione dell'Istituto Provinciale di Vigilanza Privata e di Coopservice Network srl, divenute esecutive dal 1 dicembre 2008, nonché agli acquisti di sei aziende che indicava specificamente, in relazione ai rappresentanti e procuratori che dettagliatamente evidenziava, ed in quanto la stessa Coopservice aveva omesso la richiesta dichiarazione per un consigliere e procuratore speciale della società, cessato a far tempo dal 25 luglio 2007, secondo gli specifici poteri di rappresentanza che risultavano conferiti, così come in egual modo la mandante CPL Concordia soc. coop. aveva omesso la dichiarazione del consigliere delegato e responsabile tecnico cessato in data 23 agosto 2007, secondo gli specifici poteri conferiti; “d) Violazione del punto 2, lett. a) del Disciplinare di gara. Violazione del principio di *par condicio*. Carenza istruttoria”, in quanto una specifica dichiarazione richiesta dalla legge di gara era stata sottoscritta da un consigliere delegato che però risultava essere tale solo limitatamente ad un importo annuo ben inferiore a quello rilevabile dalla somma del valore di singoli lotti di gara a cui la Coopservice aveva partecipato; “e) Violazione del punto III.2.2 del bando di gara ad opera della Capogruppo mandataria Coopservice soc. coop. p.a. Violazione del principio di *par condicio*. Carenza di istruttoria e di motivazione”, in quanto risultava presentata dalla Coopservice una sola referenza bancaria in luogo delle due prescritte dalla legge di gara; “f) Violazione del punto 20 del bando di gara ad opera delle mandanti dell'ATI Coopservice Soc. Coop., con riferimento al Nulla Osta di Segretezza (NOS) aziendale rilasciato dalle competenti Autorità. Violazione del principio di *par condicio*. Carenza istruttoria e di motivazione.”, in quanto dell'ATI controinteressata solo due componenti avevano dichiarato il possesso del requisito in questione mentre altre quattro imprese mandanti non lo avevano dichiarato né si erano avvalse della facoltà di subappaltare le relative prestazioni; “g) Violazione del punto III.2.3, lett. a) del bando di gara, nonché del punto 4.2 1 lett. d) del Disciplinare di gara ad opera delle mandanti CPL Concordia, CCC e Cristoforetti. Violazione del principio di *par condicio*. Carenza istruttoria e motivazionale”, in quanto, in relazione al lotto n. 6, le mandanti indicate avevano allegato certificazioni ISO non corrispondenti a quelle richieste dalla legge di gara perché non riferite ad attività di esecuzione e/o progettazione di servizi integrati agli immobili; “h) Violazione del punto III.2.2. lett. a) del bando di gara ad opera della mandante Pulirapida srl. Violazione del principio di *par condicio*. Difetto di istruttoria e di motivazione”, in quanto risultavano presentate referenze bancarie manifestamente generiche da cui non era dato desumere se la capacità economico-finanziaria delle imprese in questione corrispondeva all'effettivo valore della partecipazione all'esecuzione delle prestazioni;

Rilevato che si costituivano in giudizio la Cofely Italia spa e il Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, chiedendo la reiezione dei motivi aggiunti e, in particolare il Consorzio suddetto, anche la dichiarazione di

inammissibilità dei medesimi perché, per il lotto 3, la ricorrente aveva perso interesse a coltivare il ricorso contro l'ammissione dell'ATI Guerrato, dato che quest'ultima risultava definitivamente esclusa, e perché non risultava notificato il ricorso principale alle stesse parti, evocate solo con i motivi aggiunti;

Rilevato che le parti costituite depositavano ulteriori memorie difensive in prossimità della camera di consiglio del 13 luglio 2012;

Rilevato che in tale occasione questa Sezione rigettava la domanda cautelare con l'ordinanza indicata in epigrafe;

Rilevato che con un secondo atto recante ulteriori motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente insisteva per chiedere l'annullamento dei medesimi provvedimenti già impugnati in precedenza, rilevando, in base alla documentazione depositata in giudizio dalla Consip, quanto segue: "1. Violazione della *lex specialis* della gara e, segnatamente, del punto 6 del Disciplinare di gara relativamente al criterio di attribuzione del punteggio afferente al punto C) dell'offerta economica, denominato "Rialzo del valore della franchigia relativa ai Servizi di Manutenzione". Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per travisamento", in quanto, dalle tabelle prodotte in giudizio, risultava alterato il denominatore "Foix" della formula evidenziata dal disciplinare di gara sul punto, trasformandolo in valore calcolato con l'inserimento della sommatoria fra valore di franchigia a base d'asta e rialzo offerto e conseguente attribuzione del punteggio ad un valore differente da quello considerabile da una corretta interpretazione della legge di gara, derivante dal rapporto tra valore di franchigia a base d'asta e la predetta sommatoria, con illegittima modificazione della medesima, come rilevabile anche mediante una specifica c.t.u. sul punto per la quale insisteva;

Rilevato che in prossimità della pubblica udienza tutte le parti costituite depositavano memorie *ex art. 73*, comma 1, c.p.a., ad ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive"

e, assunta la causa in decisione all'udienza del 17 ottobre 2012, lo decideva con la sentenza appellata, redatta in forma semplificata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione in relazione all'ammissione alla procedura delle ATI contro interessate e superando le eccezioni proposte.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie doglianze.

Nel giudizio di appello, si sono costituite Consip s.p.a.; Guerrato s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con C.I.C.L.A.T. soc. coop., C.M. Service s.r.l. e COPMA soc. coop.; CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop., nonché Coopservice soc.coop.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Euro & Promos group soc.coop.p.a., CPL Concordia soc.coop., Cristoforetti servizi energia s.r.l., Pulirapida s.r.l., CCC soc.coop. e Simtek s.p.a., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Dopo un primo rinvio dato all'udienza del 19 febbraio 2013, all'udienza del 12 marzo 2013, l'esame dell'istanza cautelare veniva rinviato al merito.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2013, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.

2. - In via preliminare, va rimarcato come la questione oggi sottoposta a giudizio sia stata in parte vagliata dalla Sezione in relazione al diverso, ma connesso, ricorso iscritto al n. 971 del 2013, proposto dalla Guerrato s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con CICLAT soc. coop., C.M. service s.r.l. e COPMA soc. coop. a r.l., contro la CONSIP s.p.a. e le controinteressate Manutencoop facility management s.p.a., in proprio e nella qualità di

mandataria dell'ATI con P.F.E. s.p.a. e Impresa di pulizia e sanificazione Salus s.r.l., nonché Cofely Italia s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con ASTRIM s.p.a., Co.L.Ser. soc. coop. a r.l., C.N.C.P. soc. coop. e, infine, contro Prodes – Cielo azzurro soc. coop. a r.l.. In tale giudizio si verteva su un segmento della stessa vicenda, ossia sulla mancata ammissione della ATI rappresentata dalla Guerrato s.p.a. alla procedura per l'aggiudicazione dei lotti n. 3 e n. 6 della stessa gara qui in esame. Il T.A.R. aveva accolto in parte il ricorso introduttivo, annullando per l'effetto i provvedimenti impugnati nella parte in cui escludevano i ricorrenti dalla gara relativa al lotto n. 6, rigettandolo per il resto.

Questa Sezione, decidendo il ricorso con sentenza n. 2176 del 18 aprile 2013, ha rigettato l'appello, confermando la scelta del giudice di prime cure, per cui deve ritenersi che correttamente l'ATI Guerrato sia stata esclusa dalla partecipazione alla procedura per il lotto n. 3, ferma rimanendo la valutazione delle ulteriori questioni, ora esaminate a seguito dell'appello proposto dalla controinteressata, non prescelta in sede di aggiudicazione.

3. - Osserva la Sezione come la questione principale, e in fondo esaustiva, della vicenda sottoposte a scrutinio, attenga ai limiti soggettivi e oggettivi delle dichiarazioni da fornirsi ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163 del 2006, nel caso in cui queste riguardino il possesso dei requisiti generali in capo ai soggetti cessati dalle cariche societarie delle imprese confluite, per fusione o incorporazione, nell'impresa partecipante alla procedura.

La vicenda si colloca quindi in una linea interpretativa, tesa a individuare le ragioni di fondo della necessità di estendere l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti generali, il cui attuale punto di approdo è la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 7 giugno 2012, n. 21, più volte evocata in atti. Tale decisione fa emergere l'esistenza di un principio generale che impone di rendere le richieste dichiarazioni *ex art. 38, comma 1, lett. c)*, d.lgs. n. 163 del 2006 anche relativamente agli amministratori e direttori tecnici che hanno operato presso società incorporate o fuse nell'ultimo triennio o anche cessati (per questi ultimi già, tale ricostruzione risaliva alla precedente decisione dell'Adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n. 10) dalla relativa carica in detto termine (divenuto annuale dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011), salva la facoltà di comprova di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione.

Il giudice di prime cure ha letto le doglianze proposte proprio alla luce della citata sentenza, valorizzando particolarmente il momento di applicazione intertemporale di tale obbligo contenuto nel terzo principio di diritto ivi enunciato, dove si afferma: "nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".

Sulla base di tale prospettazione, il T.A.R. ha quindi ritenuto non fondate le doglianze proposte, ritenendo applicabile alle censure in esame proprio la clausola di efficacia condizionata introdotta nel citato terzo principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria.

Va peraltro ricordato come nella stessa decisione dell'Adunanza plenaria, posta a fondamento della decisione del primo giudice, proprio in merito alla situazione di mancata ostensione della completa dichiarazione, venga precisato: "In una situazione siffatta, di oscillazione della giurisprudenza e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione o incorporate, le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei

concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante”.

Pertanto, la posizione dell'Adunanza plenaria, come condivisa da questa Sezione, non mirava a dar vita ad una sanatoria giurisprudenziale per i casi di omessa dichiarazione (affermazione che sarebbe stata in contrasto con l'aver ribadito l'esistenza di un principio fondante l'onere di dimostrazione in via generale del possesso dei requisiti), ma tendeva semplicemente a dare carico all'amministrazione, che aveva mancato di indicare nel bando di tale onere, di procedere all'integrazione della documentazione, al fine di raggiungere comunque tale finalità ordinamentale.

È peraltro ovvio, stante i diversi poteri attribuiti, che tale integrazione debba essere data dall'amministrazione, che ha la facoltà di accedere ai dati del casellario giudiziale, e non certamente possa gravare sul controinteressato, che in quanto soggetto privato non gode delle stesse prerogative.

4. - Sulla scorta della ricostruzione dell'esatto portato della giurisprudenza in tema, come desumibile dalla lettura delle citate sentenze dell'Adunanza plenaria n. 21 del 2012 e n. 10 del 2012, è ora possibile esaminare le questioni sottoposte a questo giudice, partendo proprio dall'assorbente riscontro della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Stante la complessità della vicenda, attinente, da un lato, alla partecipazione a gare relative a diversi lotti e, dall'altro, alla dimostrazione del possesso dei requisiti generali in capo ai soggetti collocati in posizione peggiore rispetto all'appellante in entrambe le procedure, la Sezione scrutinerà la vicenda separatamente, esaminando dapprima le doglianze avverso l'aggiudicazione del lotto 3 alla ATI Cofely e, successivamente, le doglianze avverso l'aggiudicazione del lotto 6 alla ATI Guerrato e alla collocazione in seconda posizione in graduatoria della ATICoopservice.

5. - In relazione al lotto 3, e quindi alla posizione della ATI Cofely Italia s.r.l., viene in rilievo la doglianza espressa al punto 4.1. dell'atto di appello con cui si lamenta l'illegittimità della sentenza appellata per violazione dell'art. 38, comma 1 lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163 del 2006; violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2 del disciplinare di gara; violazione degli art. 38 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000; violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e concorrenzialità; difetto assoluto di motivazione. Nel dettaglio, la censura esamina la circostanza per cui, intervenuta in data 21 settembre 2010 (e quindi nel triennio rilevante antecedente alla gara) l'incorporazione per fusione di Cofely Residenziale s.r.l., la Cofely Italia s.r.l. non aveva reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 per cinque diversi soggetti, tutti con funzioni di procuratori nonché alcuni di loro con poteri di amministrazione e rappresentanza della stessa società.

5.1. - La censura va accolta.

Come sopra rimarcato, si è oramai consolidato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessaria la dichiarazione nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara, e ciò sulla base della constatazione che in tali casi la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale. Non vi è pertanto dubbio che, nel caso in esame, trattandosi di una vicenda di incorporazione per fusione, le dichiarazioni inerenti i soggetti cessati dalla carica dovessero essere fornite.

La questione rilevante attiene invece al soggetto in capo al quale dovesse ricadere il detto onere e se, stante la situazione verificatasi, la vicenda potesse ricadere nella moratoria di cui al terzo principio dato dalla decisione

dell'Adunanza plenaria n. 21 del 2012.

Osserva la Sezione, peraltro a completamento di quanto sopra affermato, come la decisione ultimo citata non comporti sic et simpliciter un rinvio applicativo della disciplina, vicenda che non sarebbe praticabile in un sistema giuridico che non riconosce al giudice un potere di innovare l'ordinamento, ma va letta in combinazione con l'affermazione dell'attribuzione all'amministrazione di un particolare onere di soccorso, tale da consentire di raggiungere il fine della concreta conoscenza della presenza dei requisiti, spostando tuttavia l'onere della supplenza probatoria in capo alla stazione appaltante.

Sulla scorta di tale ricostruzione, appare perplessa l'affermazione del giudice di prime cure che, di fronte alla espressa censura dell'originaria ricorrente, qui appellante, sulla mancata acquisizione, in ogni modo, della certezza sul possesso dei requisiti generali, ha affermato che "l'onere di individuare specifici precedenti penali non poteva identificarsi a carico dell'Amministrazione appaltante, dato che la stessa aveva ritenuto di non inserire nella legge di gara alcuna clausola riguardante l'obbligo di dichiarazione suddetto per i soggetti riconducibili alle imprese cedute, fuse e incorporate nel triennio precedente e un'interpretazione logicamente orientata della statuizione dell'Adunanza Plenaria in questione porta a ritenere incongruente altrimenti l'operato di una stazione appaltante che, da un lato, non richiedeva l'obbligo di dichiarazione in esame ma, dall'altro, doveva attivarsi autonomamente per reperire la certificazione giudiziale di tutti gli esponenti di società incorporate o fuse o cessate nel termine di legge.

Considerato che se anche potesse individuarsi una causa di esclusione sostanzialmente "postuma" – perché emersa solo nel corso di un successivo giudizio mediante acquisizione in quella sede delle certificazioni penali degli interessati - nella presente sede comunque non risulta fornita la prova per la quale i richiamati soggetti delle imprese fuse e incorporate o cedute abbiano a loro carico effettivamente tali "precedenti", prova da ritenersi, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a carico di parte ricorrente che, anche sotto un mero profilo indiziario, poteva attivarsi ai sensi degli artt. 23 e ss. dpr. n. 313/2002 per acquisire la copia disponibile della relativa certificazione, con la conseguenza che non può invocarsi l'attivazione di poteri istruttori del Collegio, il quale non può supplire sul punto a carenze probatorie delle parti".

Interpretata in tal modo la disciplina di gara, si giunge alla paradossale situazione che, in un contesto generale di irrilevanza della prova del possesso dei requisiti generali (dato non da una valutazione normativa, ma conseguente alla circostanza che la stessa amministrazione non aveva previsto tale onere in sede di bando di gara), l'onere probatorio del fatto esclusivo non verrebbe più a gravare sull'amministrazione, come espressamente richiesto dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 21 del 2012 e come emerge dal rapporto tra gli interessi in gioco e i doveri pubblicistici, ma sulla parte ricorrente, ossia su un soggetto terzo, non dotato dei poteri istruttori della stazione appaltante, che avrebbe potuto al più fornire un dato indiziario (peraltro, la sentenza fa riferimento agli artt. 23 e seguenti che riguardano la richiesta di certificazione al casellario giudiziario da parte dell'interessato, e quindi invoca una fattispecie qui non applicabile). In concreto, il T.A.R. impone al privato di svolgere un'attività istruttoria, ossia richiede un'attività che questi non potrebbe fare, e contemporaneamente esclude che tale onere spetti all'amministrazione, che invece ha il potere e il dovere di accertare il possesso dei requisiti generali.

Sulla scorta di tale ricostruzione, appare palese la fondatezza del motivo di ricorso, atteso che in questo si contesta che non sia stato svolto alcun accertamento sul possesso dei requisiti generali in capo ai soggetti titolari di cariche gestorie nelle società incorporate per fusione e che tale circostanza risulta oggettivamente fondata e rilevante, atteso che era onere della stazione appaltante, ove fosse mancata la produzione della parte interessata, procedere a tale riscontro.

L'accoglimento della censura determina quindi l'annullamento dei provvedimenti gravati nella parte in cui hanno

disposto l'ammissione alla procedura di gara, in relazione al lotto 3, dell'ATI costituita da Cofely Italia s.p.a., Astrim, CNCP Consorzio nazionale cooperative pluriservizi della rete ferroviaria soc.coop. e Colser e, conseguentemente, dell'intervenuta aggiudicazione in favore di questa della procedura di gara.

6. - In relazione alla seconda parte della domanda, relativa alla mancata aggiudicazione in favore dell'appellante dei servizi relativi al lotto 6, ritiene la Sezione che parimenti possano essere esaminati prioritariamente le questioni relative all'ammissione delle imprese poste in situazione potiore, ossia l'aggiudicataria ATI Guerrato e, successivamente, l'ATI Coopservice, collocata in seconda posizione di graduatoria.

7. - In relazione alla posizione dell'ATI Guerrato, e ribadito come la stessa fosse stata legittimamente esclusa dalla procedura in relazione al lotto n. 3, come confermato dalla sentenza di questa Sezione n. 2176 del 18 aprile 2013, ritiene questo Collegio di dare rilievo alla doglianza di cui al punto 1.2 dell'atto di appello, dove si lamenta la mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti generali in capo alla Cisagest soc.coop., ossia l'impresa indicata dalla CICLAT, mandante nell'ATI Guerrato, come consorziata esecutrice delle prestazioni relative ai lotti in questione (qui rilevante in relazione al lotto n. 6).

7.1. - La censura è fondata e va accolta.

La Cisagest soc. coop. risulta aver acquisito a metà dell'anno 2010 la Esina servizi di Bossoletti G & C. s.n.c.. Trattandosi di cessione d'azienda, la stessa Cisagest avrebbe dovuto rendere la dichiarazione e, si noti, in questa fattispecie non vale nemmeno la clausola di cui al terzo principio di diritto indicato dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 21 del 2012, atteso che la considerazione dell'obbligo ricadente in capo al cessionario era stata già assodata, e senza ulteriori limiti, dalla precedente decisione della stessa Adunanza n. 10 del 2012.

Peraltro, non ha pregio la difesa per cui, essendo la CICLAT un consorzio di cooperative di produzione e lavoro, esso rappresenterebbe un mero intermediario tra la stazione appaltante e i consorziati (punto 14 della memoria difensiva della Guerrato del 12 febbraio 2013), dovendosi ritenere spettante l'obbligo informativo anche in capo a tali soggetti (per le ragioni di tale orientamento, del tutto condiviso, da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4969).

L'accoglimento della censura determina quindi l'annullamento dei provvedimenti gravati nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla procedura di gara, in relazione al lotto 6, dell'ATI composta da Guerrato s.p.a., C.I.C.L.A.T. soc. coop., C.M. Service s.r.l. e COPMA soc. coop., e, conseguentemente, dell'intervenuta aggiudicazione in favore di questa della procedura di gara.

8. - In merito alla posizione dell'ATI Coopservice, ritiene la Sezione di dover prioritariamente scrutinare il motivo di doglianza di cui al punto 5 dell'atto di appello, dove la Manutencoop facility management s.p.a. censura una pluralità di omissioni in merito alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali e relative agli acquisti di sei diverse aziende, confluite nella Coopservice soc.coop. p.a..

8.1. - La doglianza è fondata e va accolta.

In analogia al caso esaminato al punto che precede, va evidenziato come qui si verta in una fattispecie di acquisto di azienda, e quindi non di fusione o incorporazione, per cui sono applicabili i principi di diritto enunciati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2012, interpretativi e chiarificatori della disposizione normativa in merito alla prova del possesso dei requisiti di carattere generale.

Nel caso in esame, nonostante le affermazioni rese in difesa dalla stessa Coopservice, non è dato capire come il mero acquisto possa rappresentare la cesura gestionale (fatto peraltro da provare e non provato) su cui si fonda la possibilità di ritenere irrilevanti le vicende relative alla precedente gestione della società acquisita. Vero è, invece, che tale elemento, rilevante una volta acquisito agli atti, è oggetto di espressa considerazione da parte della stazione appaltante, una volta acquisito agli atti del procedimento.

Pertanto, non essendovi stata tale acquisizione documentale, deve considerarsi fondata la doglianza proposta dall'appellante, che evidenzia la mancata prova del possesso dei requisiti in capo alla detta Coopservice.

L'accoglimento della censura determina quindi l'annullamento dei provvedimenti gravati nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla procedura di gara, in relazione al lotto 6, dell'ATI composta da Coopservice soc.coop.p.a., Euro & Promos group soc.coop.p.a., CPL Concordia soc.coop., Cristoforetti servizi energia s.r.l., Pulirapida s.r.l., CCC soc.coop. e Simtek s.p.a. e, conseguentemente, dell'intervenuto collocamento al secondo posto della graduatoria per questa procedura di gara.

9. - L'accoglimento delle censure relative alla fase preliminare dell'ammissione alla procedura di gara e quindi l'integrale condivisione dei motivi di appello in rapporto alla mancata esclusione delle concorrenti dell'appellante Manutecoop facility management s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI con P.F.E. s.p.a., Euroambiente s.r.l. e Impresa di pulizie e sanificazione Salus s.r.l., determina l'irrelevanza delle ulteriori questioni di diritto proposte, che possono non essere esaminate.

10. - L'appello va quindi accolto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla parziale novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 485 del 2013 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 9686 del 23 novembre 2012, accoglie il ricorso di primo grado;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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