



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 425 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Electric System S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Coli, con domicilio eletto presso Stefano Baccolini in Bologna, via San Gervasio 10;

contro

Universita' degli Studi di Modena e Reggio Emilia, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Canullo, con domicilio eletto presso Francesco Bragagni in Bologna, Strada Maggiore N. 31;

nei confronti di

Dab Sistemi Integrati S.r.l., La Patria S.r.l., Corpo Guardie Giurate S.p.A.; Rti Costituendo Tra Dab Sistemi Integrati Srl La Patria Srl e Corpo Guardie Giurate Spa Presso Dab Sistemi Integrati Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Lilli, Luciano Mastrovincenzo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti:

- del decreto direttoriale n. 41/DCL del 8/5/2013 di aggiudicazione definitiva della procedura di affidamento del servizio di global services;
- della comunicazione di aggiudicazione;
- dei provvedimenti e dei verbali di attribuzione del punteggio e di inserimento nella graduatoria finale della contro interessata;
- del contratto eventualmente stipulato;
- di ogni altro atto connesso o presupposto

e per l'accertamento

del diritto all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto della ricorrente;

quanto al ricorso incidentale:

- del verbale di riammissione in gara dell'impresa ricorrente;
- dei provvedimenti di mancata esclusione e di inserimento nella graduatoria finale della ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Universita' degli Studi di Modena e Reggio Emilia e di Rti Costituendo

Tra Dab Sistemi Integrati Srl La Patria Srl e Corpo Guardie Giurate Spa Presso Dab Sistemi Integrati Srl;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Impresa Dab Sistemi Integrati S.r.l., La Patria S.Rl., Corpo Guardie Giurate S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Lilli, Luciano Mastrovincenzo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2013 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'amministrazione intimata ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, in global service, di servizi relativi al patrimonio immobiliare dell'ente, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

L'odierno ricorrente ha partecipato alla procedura presentando la propria offerta per il lotto 1 unitamente ad altri due concorrenti, classificandosi al secondo posto.

Ha impugnato tutti gli atti della procedura in epigrafe indicati ed in particolare l'aggiudicazione ed il provvedimento di mancata esclusione della prima classificata, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata ed il contro interessato, vincitore della gara, controdeducendo alle avverse doglianze e concludendo per il rigetto del ricorso.

2. A seguito della produzione documentale in giudizio ad opera dell'amministrazione intimata la ricorrente deduceva ulteriori censure notificando motivi aggiunti.

3. La società contro interessata, aggiudicataria della procedura, ha a propria volta notificato un ricorso incidentale impugnando i provvedimenti dell'amministrazione con i quali la ricorrente, poi classificatasi al secondo posto, è stata riammessa dall'amministrazione alla procedura di gara, dopo averla in un primo momento esclusa, e l'ha, successivamente, inserita nella graduatoria finale.

4. Il Tar, con ordinanza n. 260/2013, ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente in applicazione dell'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10 e 21 del 2012), rilevando che il bando era stato trasmesso per la pubblicazione nella gazzetta ufficiale dell'Unione Europea in data 20 dicembre 2012.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare, con ordinanza n. 3015/2013 ritenendo non sussistente il periculum in mora essendo stato prorogato il servizio in essere fino al 1 gennaio 2014 e rilevato che l'udienza di merito innanzi al Tar era stata fissata per il 5 dicembre 2013.

5. Le parti hanno sviluppato le rispettive difese con memorie, repliche e nel corso della discussione orale e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

6. Appare opportuno esaminare prioritariamente il ricorso incidentale diretto ad escludere dalla procedura il ricorrente principale per valutare la sussistenza della legittimazione dello stesso ad impugnare gli atti di gara, trattandosi di una procedura con tre partecipanti utilmente collocati in graduatoria, nella quale non è in contestazione la posizione del terzo classificato. Infatti, ben possono trovare ancora applicazione, in questo caso, i principi delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011, che non sono stati superati dai nuovi principi delineati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con decisione del 4 luglio 2013, causa C – 100/12, si è occupata esclusivamente della diverse ipotesi di una gara con due partecipanti utilmente classificati in graduatoria (vedi altresì Cass. Sez. Unite, 21 giugno 2012, n. 10294), poiché in caso di fondatezza sia

del ricorso principale che del ricorso incidentale ne beneficerebbe, comunque, il terzo classificato la cui posizione non è in contestazione.

6. Il ricorso incidentale è, comunque, infondato.

Con il motivo di ricorso incidentale si contesta in primo luogo che tutte le dichiarazioni, ex articolo 38 del codice dei contratti, relative ai cosiddetti “carichi pendenti” rese dalla ricorrente principale e dagli operatori economici ad essa legati, ed in particolare da parte della società Coopservice, non risulterebbero conformi al contenuto del casellario giudiziale e, in alcuni casi sarebbero state omesse.

Vero è che il disciplinare di gara, in ordine requisiti soggettivi, segnatamente nell'allegato “B” richiedeva espressamente a pena di esclusione di rendere la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 del codice dei contratti, indicando anche eventuali carichi pendenti. Tuttavia, tale previsione della lex specialis della gara è in contrasto con quanto statuito dall'articolo 38 del codice dei contratti, che fa riferimento alle sentenze di condanna, poiché la stessa introduce una nuova e diversa causa di esclusione dalla gara in violazione dell'articolo 46, comma uno bis, del decreto legislativo 163 del 2006 ed è pertanto, nulla, ai sensi dell'articolo 31, comma quarto, del codice del processo amministrativo, senza necessità di una specifica impugnativa.

Del resto, la giurisprudenza ha già rilevato che l'assenza di tali procedimenti non condiziona l'ammissione alla procedura d'appalto (Consiglio di Stato, sez. III, 13/03/2013, n. 14949) essendo detti certificati inadeguati a provare i requisiti di moralità e affidabilità dei concorrenti alle gare pubbliche. (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd. 25/10/2012, n. 1014; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 19 marzo 2008, n. 501; Tar Palermo, sez. III, sentenza 17 giugno 2008, n. 817).

6.1. Quanto alla specifica posizione di M. S., l'amministratore delegato della società ricorrente, pur risultando dal certificato del casellario giudiziario la sussistenza di un carico pendente non dichiarato, ne è emersa l'erroneità avendo il ricorrente prodotto in giudizio la sentenza assolutoria “perché il fatto non sussiste” ad opera della Corte di Cassazione in data 1 febbraio/2 luglio 2012, antecedente alla dichiarazione resa in sede di gara, che ha provveduto ad annullare senza rinvio la decisione della corte d'appello di Bologna di condanna.

7. Quanto all'omessa dichiarazione delle condanne penali riportate da H. C., responsabile tecnico della CSS S.p.A., il cui ramo d'azienda è stato acquisito dalla Coopservice e rispetto al quale quest'ultima società avrebbe dichiarato “per quanto a conoscenza” la sussistenza di una sola condanna penale, rispetto alle cinque risultante dal certificato del casellario giudiziale, va osservato che il bando di gara di attivazione della procedura in contestazione è stato pubblicato in data 20 dicembre 2012 e che la cessazione dalla carica di responsabile tecnico di H.C. è stata comunicata al registro delle imprese già in data 15 dicembre 2011, ancorché iscritta in data 20 dicembre 2011 ed era, pertanto, già cessato da detta carica da oltre un anno rispetto la pubblicazione del bando, ancorché di pochi giorni.

Ciò che rileva, ai fini della cessazione dalla carica, è, infatti, la comunicazione di cessazione protocollata presso il registro delle imprese e non la successiva iscrizione che ne costituisce un mero recepimento.

Tale considerazione appare assorbente ai fini di valutare l'infondatezza della censura dedotta con il ricorso incidentale anche a prescindere dalla circostanza che H. C. sia un mero responsabile tecnico (così è definito nello stesso ricorso incidentale a pag. 11) e, quindi, non necessariamente equiparabile ad un direttore tecnico ai fini dell'obbligo di rilascio delle dichiarazioni prescritte dal citato articolo 38.

8. La reiezione del ricorso incidentale impone di valutare la fondatezza del ricorso principale.

8.1. In via preliminare va respinta l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo in quanto la lesività della mancata esclusione del candidato, risultato poi aggiudicatario, si è rivelata soltanto all'esito della procedura di cui atti sono stati tempestivamente impugnati.

L'onere di immediata impugnativa dell'esclusione sussiste, infatti, soltanto nel caso in cui la stessa sia stata disposta effettivamente ed il candidato escluso ne abbia avuto piena conoscenza antecedentemente alla conclusione della gara.

9. Nel merito appare opportuno delineare il quadro normativo di riferimento prima dell'esame delle specifiche censure dedotte ed in particolare quelle concernenti la mancata esclusione dalla procedura della società risultata poi aggiudicataria concernenti le omesse dichiarazioni prescritte dall'articolo 38 del codice dei contratti.

In proposito va osservato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisioni numero 10 e numero 21 del 2012, interpretando gli obblighi di dichiarazione previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 a pena di esclusione, hanno precisato che l'obbligo di dichiarazione concernente la sussistenza o meno delle sentenze penali di condanna o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p., sussiste anche in capo agli amministratori e direttori tecnici che hanno operato (nell'anno antecedente dopo il d. l. n. 70 del 2011) nelle società partecipanti ad un procedimento di fusione o incorporazione (Ad. Plen. n. 21 del 7 giugno 2012) nonché in ipotesi di cessione di azienda o del ramo di azienda (Ad. Plen. n. 10 del 4 maggio 2012).

8.1. Nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza le stazioni appaltanti, tuttavia, fino alla decisioni dell'Adunanza Plenaria numero 10 del 2012, ossia fino al 4 maggio 2012 (per gli amministratori e direttori tecnici nel caso di cessione d'azienda o del ramo di azienda) e fino al 7 giugno 2012 (per gli amministratori e direttori tecnici nel caso di fusione societaria), l'esclusione da parte della stazione appaltante può essere disposta solo ove non vi sia la prova che gli amministratori e direttori tecnici, per i quali è stata omessa la dichiarazione, abbiano effettivamente pregiudizi penali, ove naturalmente il bando non espliciti tale onere come nel caso in esame, come precisato dalle decisioni della stessa Adunanza Plenaria.

8.2. Invece, per le offerte presentate nelle procedure indette dopo la pubblicazione delle citate decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la omessa dichiarazione, da parte degli amministratori e direttori tecnici, indipendentemente dalla sussistenza o meno dei pregiudizi penali, ne comporta l'esclusione ai sensi del citato articolo 38 del codice dei contratti, e ciò indipendentemente dalla circostanza che la clausola del bando non preveda espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori e direttori tecnici delle società fuse o incorporate o cedute.

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale rigoroso che deve tuttavia trovare applicazione nel caso di specie stante l'autorevolezza delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sopra citate.

9. Ciò premesso il ricorso principale è fondato.

Il "corpo guardie giurate S.p.A." mandante del RTI DAB, aggiudicatario, risulta aver incorporato, fondendosi con esso, il "corpo vigili giurati s.r.l per la città di Mantova e provincia" e che, per quest'ultima, come risulta dalla visura storica del registro delle imprese della CCIAA di Mantova risulta cessato dalla carica, entro l'anno antecedente al bando di gara, Antonelli Stefano che rivestiva la qualifica di consigliere amministratore delegato con poteri relativi alla carica di amministratore delegato attribuiti con atto del 13 maggio 2010 (doc 12, 13 e 14 fascicolo ricorrente).

9.1. Conseguentemente anche per Antonelli Stefano, in applicazione dei principi delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sopra citata, doveva essere presentata da parte dell'aggiudicatario la dichiarazione sostitutiva concernente precedenti penali, indipendentemente dalla sussistenza o meno dei pregiudizi penali, a pena di esclusione.

9.2. A tal fine appare irrilevante la circostanza che i moduli predisposti della stazione appaltante non contenevano alcuna indicazione in ordine ai suddetti obblighi e ciò per le ragioni già indicate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale fa discendere l'obbligo della dichiarazione direttamente dall'articolo 38 del codice dei

contratti pubblici indipendentemente dalle previsioni del bando di gara.

10. È fondata, altresì, la seconda censura dedotta concernente l'omessa dichiarazione da parte degli amministratori con poteri di rappresentanza della cooperativa Emilpool.

Vero è che non vi è stata una cessione d'azienda o di un ramo di azienda con la società "corpo guardie giurate S.p.A." mandante del RTI DAB, aggiudicatario, bensì un contratto di affitto del ramo di azienda con contestuale cessazione dell'attività nel settore della vigilanza da parte della Emilpool stessa..

Tuttavia, come precisato nel contratto di affitto, la cooperativa Emilpool proseguirà la propria attività di investigazione per conto della società corpo guardie giurate S.p.A.

10.1. Certamente l'affitto del ramo di azienda è una situazione non esattamente coincidente, sul piano giuridico e negli effetti, con la cessione del ramo di azienda; tuttavia le medesime esigenze sostanziali che hanno indotto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le citate decisioni, a preferire un'interpretazione cosiddetta "antielusiva" diretta ad estendere l'obbligo di dichiarazione di quell'articolo 38 del codice dei contratti, ben può trovare applicazione anche nella presente fattispecie all'affitto del ramo d'azienda.

10.2. Diversamente opinando si finirebbe, infatti, col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento ed alla esecuzione delle prestazioni di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

Infatti, sia pur attraverso l'affitto del ramo di azienda, la cooperativa Emilpool opererebbe prestando la propria attività a favore della stazione appaltante.

11. Per tali ragioni il ricorso è fondato ed i provvedimenti impugnati vanno annullati, in parte qua, limitatamente all'ammissione alla procedura di gara e all'aggiudicazione della stessa al contro interessato, primo classificato.

12. Le ragioni di fondatezza del ricorso principale sopra evidenziate sono pienamente soddisfatorie rispetto all'interesse della ricorrente ed hanno carattere assorbente rispetto alle ulteriori censure dedotte.

13. Conseguentemente l'amministrazione dovrà, previa esclusione dalla procedura del vincitore, provvedere all'aggiudicazione al ricorrente, secondo classificato.

14. Va, invece, respinta ogni ulteriore pretesa risarcitoria perché la presente decisione reintegra pienamente la posizione del ricorrente, una volta eseguita da parte dell'Amministrazione, non avendo l'espletamento del servizio ancora avuto corso.

15. Sussistono giustificate ragioni per la compensazione tra le parti delle spese di causa attesa la novità delle questioni giuridiche dedotte, la complessità in fatto della vicenda e degli accertamenti comunque richiesti all'amministrazione dalla normativa che rendono incolpevole l'errore in cui è incorsa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carlo D'Alessandro, Presidente

Alberto Pasi, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2013

IL SEGRETARIO

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