

N. 00412/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00734/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 734 del 2011, proposto da:

Copma Soc. Coop A.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Dani, Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Dussmann Service Srl, Markas Service Srl;

contro

Azienda Ulss N. 9 Treviso, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Malvestio, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR; Azienda Ulss N. 1 Belluno, Azienda Ulss N. 7 Pieve di Soligo, Azienda Ulss N. 2 Feltre (Bl);

nei confronti di

Euro & Promos Group Soc. Coop. P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Garofalo, Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Luigi Garofalo in Venezia, Piazzale Roma, 468/B; Esperia Spa;

per l'annullamento

della nota raccomandata a.r. a firma del dirigente del Servizio Provveditorato f.f. prot.n.29777 in data 14.03.2011; della deliberazione

D.G. n.247 dell'11.03.2011 e degli atti alla stessa allegati e presupposti; della nota raccomandata a.r. a firma del Dirigente del Servizio Provveditorato f.f. prot.n.31854 in data 18.03.2011, inerente l'intervenuta aggiudicazione della gara in favore dell'ATI controinteressata; della deliberazione D:G. n.249 del 14.03.2011 di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione del servizio; della nota a firma del Dirigente del Servizio Provveditorato f.f., dott. Segio Andres, prot. n.37618 in data 30.03.2011, di reiezione dell'istanza di autotutela di cui preavviso di ricorso ex art.243 bis del d.Lgs. n. 163/2003; nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 9 Treviso e di Euro & Promos Group Soc. Coop. P.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Coopservice Soc. Coop. P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Ermes Coffrini, Franco Zambelli, Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

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 giorno 1 dicembre 2011 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il collegio ritiene preliminare la disamina del primo ricorso incidentale, con il quale si contesta l'interpretazione data alla clausola di lex specialis che il ricorrente ritiene essere stata violata, con conseguente illegittimità della disposta aggiudicazione.

La clausola prevede che le imprese partecipanti dichiarino di non aver

subito risoluzione anticipata di contratti da parte di committenti pubblici negli ultimi tre anni né subito revoche di aggiudicazione per inadempimento contrattuale.

Va ricordato infatti che parte ricorrente rimprovera al raggruppamento aggiudicatario di avere dichiarato falsamente di non aver subito risoluzione anticipata negli ultimi tre anni.

In effetti Eurocoop è stata fusa per incorporazione in Euro-promos a far tempo dal 2 gennaio 2007 e ha subito una risoluzione contrattuale per inadempimento, di cui al decreto numero 441 del 24 ottobre 2006 della Guardia di Finanza del Veneto, con la quale aveva stipulato dei contratti per la pulizia dei locali occupati, ma dopo la risoluzione ha ottenuto lo svincolo della polizza contenente la cauzione contrattuale in quanto "codesta società ha adempiuto a tutti gli obblighi contrattuali", sicché in una interpretazione che colleghi l'art.38, comma 1 lett. f) alla disposizione di bando succitata non sarebbe ammissibile una sorta di esclusione automatica, come postulata dalla *lex specialis*, dovendosi invece salvaguardare l'elemento fiduciario e per tal modo motivarsi a seguito di un accertamento obiettivo, basato su elementi concreti oggettivi e ragionevoli. Il rilievo non può essere condiviso.

Invero, in virtù dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del D. Lgs. n. 163 del 2006 "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Tale disposizione, nel precludere la partecipazione alle gare d'appalto alle

imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti (denotando ciò un'inidoneità "tecnico-morale" a contrarre con la P.A.), fissa il duplice principio che la sussistenza di tali situazioni ostative può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova e che il provvedimento di esclusione deve essere motivato congruamente (Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 2010 n. 296).

Per procedere alla esclusione in questione è necessario quindi che sia fornita un'adeguata prova dell'inadempimento e che lo stesso rilevi sul piano del venir meno dell'affidabilità dell'impresa nei confronti della Amministrazione e, ai fini della sussunzione nell'ipotesi prevista dall'articolo 38 comma 1 lettera f) del codice dei contratti pubblici, occorre ricordare ulteriormente che quest'ultima postula, alternativamente, una grave negligenza o malafede nell'esecuzione di uno specifico contratto con la medesima stazione appaltante oppure un grave errore nell'esercizio della attività professionale.

La gravità deve essere peraltro idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'Amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata; non a liberarsi dal precedente rapporto, come nel caso della risoluzione (così, in termini, Cons.St, sez.V, n.409/2011).

Ciò premesso, l'equivoco nel quale cade il controinteressato, sull'interpretazione della clausola di *lex specialis* è stato colto perfettamente nell'ordinanza con cui il Consiglio di Stato ha confermato il diniego di sospensiva deciso dal TAR: " ...la violazione dell'obbligo di rendere le prescritte dichiarazionisussiste anche qualora tali atti ...abbiano formato oggetto di determinazioni in autotutela..."; in altri termini la clausola non escludeva chi fosse incorso in precedenti inadempimenti contrattuali, ma, proprio al fine di operare il previsto bilanciamento valutativo, chiedeva che si attestasse di non aver subito risoluzioni anticipate o revoche, escludendo, dunque, chi non avesse presentato tale

prescritta dichiarazione.

Assume la ricorrente incidentale che, in ogni caso, la clausola non le sarebbe applicabile, posto che la stessa non sarebbe incorsa in alcun inadempimento, dovendosi lo stesso riferire, semmai, alla società fusa per incorporazione.

Sul punto deve ricordarsi che pur esistendo ancora in giurisprudenza difformi interpretazioni, sezione hanno tempo aderito a quella linea secondo la quale incorporazione per fusione di una società in un'altra non comporta l'estinzione del soggetto giuridico incorporato e l'insorgenza di uno nuovo e distinto che succede al primo articolo universale, costituendo unicamente una vicenda meramente evolutivo modificativa del medesimo soggetto giuridico (cfr. Consiglio di Stato, sezione quarta, numero 18 del 2011).

Quanto alla esistenza dell'inadempimento, avuto riguardo al documento allegato sub 7, consta che la Guardia di finanza, al punto nove, ha affermato esplicitamente “ nel confermare il citato contratto numero 185 del repertorio è stato risolto per inadempienze”, sicché lo svincolo del deposito cauzionale, che il ricorrente incidentale ritiene essere prova la dimostrazione di aver adempiuto agli obblighi contrattuali, secondo quanto affermato dal provvedimento, non vale, per quanto detto dalla stessa amministrazione, a escludere l'avvenuta inadempienza, da dichiararsi secondo quanto previsto espressamente dal bando.

Prima di esaminare il ricorso principale, atteso il carattere paralizzante del mezzo, deve essere esaminato il secondo ricorso incidentale, con il quale, in sintesi si contesta la mancanza della dichiarazione di assenza di condanne da parte del signor Luca Agnelli, indicato come direttore tecnico, dei procuratori speciali con poteri di rappresentanza Alessio Marrani, Marco Merighi e Paolo Villani, e, per quanto attiene alla Dussman Service dell'autodichiarazione riferita al consigliere delegato Thomas Wolfgang

Greiner.

Tutti i rilievi non sono fondati, posto che risulta dalla dichiarazione del direttore tecnico, i procuratori indicati hanno solo procure settoriali:” funzioni relative alla prevenzione degli infortuni...”, il secondo, “ tentativi obbligatori di conciliazione avanti la commissione provinciale del lavoro”, il primo, mentre il signor Villani è titolare di una procura speciale per effettuare sopralluoghi, prendere visione e acquisire progetti documentazioni necessarie alla formulazione delle offerte economiche...”, sicché non sussisteva alcun obbligo dichiarativo.

Parimenti il signor Greiner è solo consigliere, al quale tra l'altro” nell'ambito delle deleghe concesse... non viene conferita rappresentanza legale”.

Da ultimo devono essere riguardati gli ulteriori rilievi afferenti l'offerta presentata dalla ricorrente.

Tutte le doglianze non colgono nel segno.

La prima contesta la violazione della normativa di gara di cui al punto III 2.2 da dove richiede che la dichiarazione bancaria attestante la disponibilità ad aprire a favore della concorrente una linea di credito dedicata all'appalto per l'ipotesi di raggruppamento dovrà essere prodotta da ciascuna ditta con riferimento alle quote di fatturato previste nel raggruppamento.

in realtà il bando non chiedeva indicare la quota di fatturato assunte da ciascuna impresa associata quanto quote di fatturato previsto nel raggruppamento, sicché trattasi di dichiarazione da rendere in fase di prequalifica.

Anche il terzo motivo proposto con il ricorso incidentale non risulta fondato, posto che l'offerta della ricorrente non può essere definita indeterminata, non potendosi mettere a confronto da un lato l'offerta economica dall'altro l'elaborato contenente gli elementi giustificativi a corredo della stessa.

Inoltre il ricorrente incidentale assume del corto operatore per la sicurezza indicato dalla ricorrente principale sarebbe inferiore a quello minimo previsto dalla tabella ministeriale.

Ora, a prescindere dal fatto che Deroghe alle tabelle ministeriali sono possibili se congruamente motivate, risulta come l'imputazione dei singoli importi dipende dalla natura delle mansioni dei singoli operatori e dalla quantità di operatori adibiti alle mansioni stesse, sicché le giustificazioni addotte dall'impresa ricorrente risultano a tal fine pienamente soddisfattive.

Infine anche l'ultimo rilievo addotto con il ricorso incidentale deve essere respinto risultando dal progetto della ricorrente che il numero degli addetti riportato in tabella tiene conto anche degli addetti adibiti alle sostituzioni per ferie, malattie e assenze impreviste, sicché non sussistono le lamentate violazioni incidenti sul costo del personale, posto 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.

Passando all'esame del ricorso principale, per quanto fin qui detto, lo stesso si rivela fondato, 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.

Del resto con decisione numero 5674 del 21 ottobre 2011 la quinta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito come "nel caso in cui il bando di gara non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza in ordine alle cause di esclusione di cui all'articolo 38, ma specifichi l'obbligo di menzionare tutte le eventuali condanne penali riportate, causa di esclusione è se quella, formale, di aver violato un precetto del bando, mediante autocertificazione contraria al vero".

Il principio pare esattamente trasponibile al caso in esame, posto che si ribadisce, ciò che viene contestato non è la sussistenza attuale del valore

della revoca per inadempimento, ma unicamente la mancanza della prescritta dichiarazione, in un caso in cui invece tale dichiarazione sarebbe dovuta essere rilasciata.

Il ricorso deve dunque essere accolto, previa reiezione dei ricorsi incidentali proposti, e conseguentemente annullati gli atti in epigrafe.

Attesa la complessità della vicenda le spese del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

no

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge i ricorsi incidentali e accoglie quello principale, e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

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