

N. 01524/2012REG.PROV.COLL.
N. 03571/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3571 del 2011, proposto da:

Graded S p a , Sieme Srl unipersonale, Mosanghini Snc di Pietro Nicola e Massimo Mosanghini, Ascensori Bonavolonta' Srl, ciascuno dei quali in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avv. Alfonso Erra, Andrea Napolitano, Domenico Sica, con domicilio eletto presso Roberta Niccoli in Roma, via E.Glori N.30/40;

contro

Azienda Ospedaliera Monaldi di Napoli;

nei confronti di

Siram Spa, in proprio e quale capogruppo Ati, rappresentata e difesa dall'avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto presso Gherardo Marone in Roma, via G.B. De Rossi 30;

Manutencoop Facility Management Spa in proprio e quale Componente Ati, Enertk Srl in proprio e quale Componente Ati, Del Bo Servizi Spa in proprio e quale Componente Ati, Sof Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Info Sistemi per le Infrastrutture Sociali Spa in proprio e

quale Componente Ati, Adiramef Srl in proprio e quale Componente Ati, Mit Srl in proprio e quale Componente Ati;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00597/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI GESTIONE CONDUZIONE MANUTENZIONE E RIQUALIFICAZIONE DEL PATRIMONIO TECNOLOGICO DELL'AZIENDA OSPEDALIERA MONALDI DI NAPOLI disposta con delibera del Direttore Gen.9 giugno 2010 n. 414.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio nonché l'appello incidentale di Siram S p a, in proprio e quale capogruppo mandataria Ati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p. a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Soprano su delega di Sica, e Marone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione 9 giugno 2010,n. 414, il direttore generale dell'Az. Ospedaliera Monaldi di Napoli aggiudicò a SIRAM S.p.a. (in ATI con le imprese in epigrafe) la gara indetta per l'affidamento per cinque anni (con procedura aperta) dei servizi di gestione, conduzione, manutenzione e riqualificazione del patrimonio tecnologico dell'Azienda Ospedaliera Monaldi per l'importo di €. 7.638.697,75, oltre gli oneri di sicurezza, con decorrenza del servizio dal 1° luglio 2010.

Alle spalle dell'aggiudicataria,che aveva ottenuto punti 858,76, al 2° posto della graduatoria si collocava la ATI SOF S.p.a. (con punti 818) ed al 3°

posto la ATI GRADED S.p.a. (con punti 770,69).

L'ATI di cui era capogruppo la Graded S.p.a., dopo aver impugnato innanzi al TAR Campania (RG. 1338/2010) la propria esclusione dalla gara (a cui era stata riammessa con misura cautelare disposta con decreto presidenziale n. 534/2010), con motivi aggiunti chiedeva l'annullamento anche dell'aggiudicazione definitiva e la dichiarazione di inefficacia del contratto, nonché, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente.

Tra l'altro la ricorrente (terza in graduatoria dopo la riammissione), al fine di ottenere l'aggiudicazione del servizio, deduceva l'illegittima ammissione alla gara sia della aggiudicataria sia della seconda classificata.

La aggiudicataria proponeva ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della ricorrente principale.

Il Tar Campania, Sezione Prima, con sentenza n. 597/2011 ha respinto il ricorso principale in toto, dichiarando inammissibile il ricorso incidentale per carenza di interesse, spese compensate.

1.1. Avverso la sentenza, la Graded S.p.a., unitamente alle altre imprese associate meglio indicate in epigrafe, ha proposto appello notificato il 26 aprile 2011, chiedendone la riforma con il conseguente accoglimento dell'atto introduttivo e dei successivi motivi aggiunti proposti in primo grado.

1.2. L'aggiudicataria ha proposto appello incidentale (notificato il 19 maggio 2011), riproducendo i motivi del ricorso incidentale dichiarato inammissibile per carenza di interesse in primo grado.

In particolare, con unico articolato motivo, ha dedotto che la ATI Graded non aveva corredato l'offerta con la copia del bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari, la cui esibizione era richiesta a pena di esclusione dall'art. 7.1 lett. m) del disciplinare di gara; inoltre le due mandanti non avrebbero esibito altri documenti sempre richiesti dalla *lex specialis*, mentre la stessa offerta tecnica e quella economica sarebbero state difformi dalle

prescrizioni nonché incomplete.

Per le suddette doglianze, quindi, l'aggiudicataria, appellante incidentale, ha chiesto il rigetto dell'appello principale e, in subordine, l'accoglimento di quello incidentale.

Inoltre l'aggiudicataria, con memoria depositata nel maggio 2011, ha puntualmente controdedotto ai motivi dell'appello principale, eccependo (altresi) l'inammissibilità della censura relativa alla asserita insufficienza delle dichiarazioni ex art. 38 Codice Contratti rilasciate dai procuratori dell'ATI aggiudicataria, in quanto (a suo dire) dedotta soltanto in memoria non notificata, e non nel ricorso introduttivo di primo grado.

3.1. Con memoria del 21 giugno 2011 l'appellante principale ha replicato ai motivi dell'appello incidentale, chiedendo che sia disposta apposita verifica per dimostrare che la documentazione allegata all'offerta dell'ATI Graded era conforme alle prescrizioni di gara.

Con ordinanza cautelare 24 giugno 2011, n. 2711, questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza appellata con riferimento sia alla circostanza che l'appellante principale era collocata al 3° posto in graduatoria sia ai profili di plausibile fondatezza dell'appello incidentale.

Con memoria dell'ottobre 2011 l'appellante principale, nel confermare la richiesta della verifica, ha insistito per l'accoglimento dell'appello principale con la conseguente riforma della sentenza TAR e per il rigetto dell'appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2011, uditi i difensori presenti per la parti, la causa è passata in decisione.

2. In diritto la controversia concerne l'aggiudicazione da parte dell'Azienda Ospedaliera Monaldi della gara (con procedura aperta) per l'affidamento della gestione, conduzione, manutenzione e proposte ed interventi di riqualificazione ed ammodernamento degli impianti tecnologici, degli impianti elettrici e degli impianti elevatori dell'Ospedale in questione,

disposta con determinazione del Dir. Generale 09/06/2010 n. 414 a favore dell'ATI, di cui SIRAM S.p.a. è mandataria, per la durata di anni cinque e per l'importo di €. 7.638.697,75 (oltre gli oneri di sicurezza).

Con sentenza n. 597/2011 il TAR Campania ha respinto in toto il ricorso principale proposto dalla ATI Graded S.p.a. ed ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto da SIRAM S.p.a. (in proprio e quale mandataria dell'ATI aggiudicataria) avverso la mancata esclusione dell'ATI Graded dalla gara; spese di lite compensate.

Con l'appello principale all'esame la Graded S.p.a. ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado, mentre la società appellata (aggiudicataria del servizio) ha proposto anche appello incidentale, riproducendo il ricorso incidentale presentato in primo grado (e dichiarato inammissibile per carenza di interesse).

2.1. Ciò premesso, il Collegio (aderendo all'indirizzo interpretativo formulato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, 7 aprile 2011 n. 4) ritiene che le questioni prospettate con il ricorso incidentale debbano essere decise prioritariamente, poiché il ricorso incidentale ha per oggetto il possesso, da parte del ricorrente principale dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, la decisione del medesimo incide sulla stessa permanenza dell'interesse (e della stessa legittimazione) a ricorrere avverso l'aggiudicazione in controversia.

Pertanto, in riforma dell'ordine con il quale il giudice di primo grado ha esaminato il ricorso principale e quello incidentale, il collegio procede ad esaminare prioritariamente l'appello incidentale.

2.2. L'appello incidentale è fondato per i profili di seguito illustrati.

In primo luogo la Graded (appellante principale) ha inserito nel plico dell'offerta tecnica, precisamente nella busta "Progetto Piano d'impatto", i computi metrico-estimativi anziché i "computi metrici", indicati dal disciplinare di gara come documentazione da presentare a corredo del

“Progetto Piano d’impatto” (vedi punto 7.2, lett. b. 1.4.).

In tal guisa, quindi, l’appellante principale ha reso manifesti, con riguardo al progetto di ogni impianto, una serie di elementi conoscitivi idonei a palesare (almeno sotto alcuni profili) la portata economica degli interventi descritti dal capitolato speciale d’appalto, art. 51; in conseguenza, poiché in tal guisa risulta compromessa la segretezza dell’offerta economica, ad avviso del collegio la Commissione avrebbe dovuto disporre l’esclusione dell’offerta medesima.

Né giova all’appellante Graded eccepire che, da un lato, la normativa di gara non sanzionava tale difformità dal disciplinare con l’esclusione, mentre, dall’altro, l’inserimento dei computi metrici estimativi non avrebbe comportato il rischio di conoscibilità dell’offerta economica Graded.

Invero, premesso che il disciplinare di gara al punto 7.2 (Progetto offerta tecnica, pag. 14) a pena di esclusione prescrive che il plico dell’offerta tecnica, busta B, deve contenere i documenti indicati da B.1.1. a B.1.4. (cioè, tra l’altro, i computi metrici, e non metrico-estimativi), appare evidente che la lesione del principio di segretezza dell’offerta economica – principio fondamentale per tale genere di procedura – è di per se stessa sufficiente a giustificare l’esclusione della impresa dalla gara senza che sia necessaria la presenza nella *lex specialis* di espressa clausola in tali sensi.

Né tanto meno (come si è detto sopra) la identificabilità di alcuni elementi dell’offerta economica, attraverso i computi metrici estimativi, può essere esclusa oltre ogni ragionevole dubbio “in considerazione della complessiva articolazione dei criteri di valutazione dell’offerta”(come, invece, controdeduce l’appellante principale nella memoria del giugno 2011).

2.3 Peraltro l’appello incidentale appare fondato anche con riguardo alla dedotta difformità dell’offerta Graded rispetto all’obbligo di esibire sia i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi finanziari (in violazione del disciplinare, art. 7.1, lett. *m*) sia le dichiarazioni degli amministratori cessati

dalla carica nell'ultimo triennio (in violazione delle previsioni di cui all'art. 38, lett. c, d.lgs. n. 163/2006, con riguardo alle mandanti Mosanghini e Ascensori Bonavolontà) sia la copia del documento di riconoscimento (in violazione del DPR 28.12.2000 n. 445, con riguardo ad Ascensori Bonavolontà).

Infatti per i suddetti profili l'appellante principale non formula controdeduzioni specifiche negli atti difensivi, limitandosi a far riferimento alle risultanze dei verbali (nei quali la commissione non contesta carenze documentai alla Graded) ed a chiedere "ad ogni buon conto" che il Collegio disponga apposita verifica.

Sul punto il Collegio osserva, innanzitutto, che le censure dedotte con l'appello incidentale all'evidenza pongono in discussione anche le valutazioni della commissione, che non ha rilevato le suddette carenze documentali; di poi non ritiene necessario espletare il mezzo istruttorio della verifica, in quanto agli atti dei giudizi di primo e secondo grado sono state, comunque, depositate le dichiarazioni, inserite nel plico 1 della offerta Graded, la cui corrispondenza agli originali presentati in gara non è stata contestata in giudizio dalla controparte.

Quindi, esaminati gli atti di causa, il Collegio ha sufficienti elementi per constatare che le Società Mosanghini e Ascensori Bonavolontà non hanno presentato le dichiarazioni ex art. 38 Codice Contratti P.A., relative agli amministratori cessati dalla carica nell'ultimo triennio; documentazione richiesta "a pena di esclusione" anche dal disciplinare art. 7.1. .

2.4 Inoltre dagli atti si rileva che le varie dichiarazioni sostitutive (relative ai requisiti di partecipazione) rese dalla mandante Ascensori Bonavolontà, nella persona dell'amministratore e del direttore tecnico, non sono corredate dalla copia del documento di riconoscimento, mentre al riguardo il disciplinare impone apposita dichiarazione da rendersi nelle forme di cui al DPR n. 445/2000 "con firma leggibile e per esteso, non autenticata,

corredata da fotocopia di un documento in corso di validità”(art. 3).

Né tale carenza sarebbe stata superabile con successiva integrazione dei documenti ai sensi dell’art. 46 D.lgs. n. 163/2006, poiché – per giurisprudenza consolidata – le dichiarazioni sostitutive di certificazione richiedono l’allegazione della copia del documento di identità, quale elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima, consentendo di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante (vedi ex multis C.d.S. n. 478/2011 e n. 3690/2009).

2.5 Infine, quanto alla dedotta mancata presentazione da parte dell’ATI appellante principale) dei bilanci relativi agli ultimi 3 esercizi finanziari, il Collegio ritiene fondata la relativa censura, anche se l’intera offerta tecnica non è stata acquisita agli atti del giudizio né innanzi al TAR Campania né innanzi a questo Giudice di appello.

Infatti sul punto, applicando il principio del prudente apprezzamento della prove di cui all’art. 64 c.p.a., il Collegio rileva che la circostanza della mancata esibizione in gara della documentazione contabile in questione non è stata contestata con specifiche controdeduzioni dalla ATI interessata, che, da un lato, si è limitata a rinviare alle risultanze dei verbali di gara in via generica e globale e, dall’altro, non ha fornito alcun ulteriore principio di prova circa il preteso avvenuto adempimento.

Inoltre il rinvio alle valutazioni della commissione prova troppo e, quindi, si trasforma in argomento a sfavore dell’appellante principale, in quanto la commissione aveva ritenuto completa e regolare anche la documentazione dell’offerta della ATI aggiudicataria, che, invece, per la sua incompletezza è stata censurata dalla stessa Graded sotto più profili .

2.6 Per economia di mezzi non si procede all’esame degli altri mezzi di impugnazione formulati con l’appello incidentale proposto dalla mandataria dell’ATI che si è aggiudicata la gara.

3. Concludendo l'appello incidentale va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado meglio in epigrafe indicata, va accolto il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria avverso la partecipazione alla gara della ATI Graded, mentre va dichiarato improcedibile il ricorso principale proposto dalla stessa ATI Graded; infine l'appello principale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

Gli oneri di lite seguono la soccombenza e pertanto, secondo una valutazione virtuale anche alla luce delle statuizioni della sentenza TAR, per questo grado di giudizio sono liquidati in €. 4.000,00, oltre gli oneri accessori, e sono posti a carico dell'appellante principale, che li verserà alla SIRAM S.p.a., mentre restano compensati tra le parti per il giudizio di primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado meglio in epigrafe indicata, accoglie il ricorso incidentale proposto da Siram S p a avverso la partecipazione alla gara della ATI Graded, dichiarando improcedibile il ricorso principale proposto da ATI Graded ; specularmente dichiara improcedibile l'appello principale per sopravvenuta carenza di interesse.

Pone le spese di lite per questo grado di giudizio, liquidate in euro 4000,00, oltre gli accessori di legge, a carico dell'appellante principale che le verserà alla Siram S p a, mentre le compensa per il primo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2012

IL SEGRETARIO

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