

N. 00168/2012 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 384 del 2011, proposto da:  
Anthesys Servizi Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Nicola De Zan e Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso il terzo, in Trieste, via Donota 3;

### **contro**

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentata e difesa dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donota 3;

### **nei confronti di**

C.O.S.M. Consorzio Operativo Salute Mentale - Società Cooperativa Sociale, rappresentati e difesi dagli avv. Guido Barzani e Giovanni Borgna, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via S.Nicolo' 21; Confini Impresa Sociale - Società Cooperativa Sociale;

### **per l'annullamento**

- della determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi n. 863/2011 del 24.6.2011, avente ad oggetto "gara a procedura aperta per la fornitura di servizi diversi, CUP, accettazione cassa, A.S.S.2 - ID11SER008 - approvazione verbali di gara, individuazione del miglior offerente della procedura aperta ai sensi del decreto legislativo n. 163/2006";
- di tutti i verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;
- e per l'accertamento del diritto di Anthesys Servizi coop. sociale al conseguimento dell'aggiudicazione e dal subentro nel contratto eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo;
- nonché, in subordinata alternativa, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e di C.O.S.M. Consorzio Operativo Salute Mentale - Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. - La ricorrente rappresenta, in fatto, di aver partecipato ad una gara a procedura aperta (ove si è classificata al secondo posto) per la "fornitura di servizi diversi, CUP, accettazione e cassa", bandita dal D.S.C. dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, aggiudicata al R.T.I. tra COSM Consorzio Operativo Salute Mentale e Confini Impresa Sociale; il quale, invece, secondo la sua prospettazione, avrebbe dovuto essere escluso per violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06.

Oltre all'annullamento dell'aggiudicazione chiede l'accertamento del proprio diritto a risultare vincitrice della gara ed alla sottoscrizione del contratto (previa dichiarazione di inefficacia di quello

eventualmente stipulato con il R.T.I.), ovvero, in via subordinata e alternativa, il risarcimento del danno per equivalente.

1.1. - Questi i motivi di ricorso: violazione dell'art. 3 della lex specialis; violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06.

2. - L'Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, di cui chiede la reiezione.

3. - E' presente in giudizio, con ampie memorie difensive, anche il R.T.I. controinteressato, che parimenti chiede che il ricorso sia respinto, siccome infondato.

4. - La ricorrente espone che l'art. 3, n. 1) del Disciplinare di gara impone - a pena di esclusione - che ciascun concorrente indichi (tra l'altro) i nomi degli Amministratori muniti di potere di rappresentanza e dei Direttori Tecnici in carica e cessati nel triennio precedente la pubblicazione del Bando, con allegata dichiarazione della sussistenza dei requisiti di moralità direttamente proveniente da ciascuno di tali soggetti. In esito all'accesso l'istante ha riscontrato che il Consorzio COSM ha indicato, quali esecutrici dell'appalto, due consorziate, ed esattamente la Cooperativa Noncello e il Consorzio Hand, il quale, a sua volta, ha designato, quale esecutrice, la Cooperativa La Collina. Si avvedeva altresì della mancanza di alcune indicazioni e dichiarazioni. In particolare, dalla comparazione dei soggetti dichiarati con quelli risultanti dalle visura camerali delle Cooperative Confini e Noncello, emergeva che la Cooperativa Confini è beneficiaria di un contratto di affitto di azienda da parte del Consorzio Ausonia - coop sociale, ma non ha dichiarato né l'attuale vice presidente del Consorzio Ausonia (Dario Parisini) né il vice presidente e Amministratore delegato precedente (Marco Braida), cessato il 2.7.09; mentre la Cooperativa Noncello non ha dichiarato due Amministratori Delegati (Silvia Scialpi e Daniela Maizeni) cessati dalla carica il 31.12.10; nè un Direttore Tecnico (Hans Chiomento) cessato dalla carica il 13.6.08.

La ricorrente richiama, in proposito, le recenti decisioni della sez. III del C.S. nn. 3580/11 e 4354/11, che hanno ritenuto l'obbligo di dichiarare anche gli Amministratori e i Direttori Tecnici delle imprese che hanno ceduto o affittato l'azienda.

5. - Il Collegio - non condividendo, sul punto, tale impostazione, bensì quella, di segno opposto, sostenuta dalla Sezione V - ha rigettato la richiesta di sospensione degli effetti dell'atto con ord. n. 175/11, motivando che "ad un sommario esame proprio della fase cautelare, il ricorso non (pare) sia assistito dal prescritto fumus, non ritenendo il Collegio di poter aderire, in assenza di un'espressa previsione del bando di gara, a quanto di recente affermato dalla III sezione del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 3580/11 e 4354/11"; tale decisione è stata tuttavia riformata dalla medesima III Sezione, in sede di appello, che ha invece "ritenuto che, in relazione ai precedenti della Sezione, richiamati peraltro nella stessa ordinanza cautelare del TAR, l'appello non appare privo di fumus boni juris".

6. - Va segnalato che, medio tempore, la questione dell'obbligatorietà o meno di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 da parte dei soggetti che hanno ceduto o affittato l'Azienda è stata deferita (con ord. n. 711/12 della V Sezione) all'Adunanza Plenaria, che non si è ancora pronunciata. Proprio in relazione a questo fatto, la ricorrente ha rilevato l'opportunità di attendere tale decisione, ma il D.S.C. si è opposto ad ogni rinvio, per la dichiarata necessità di dar corso all'appalto nel più breve tempo possibile.

7. - Il Collegio, ritenendo di poter decidere la controversia anche prescindendo dalla risoluzione di tale questione (sulla quale, comunque, ha già espresso in sede cautelare il proprio convincimento), ha introitato la causa per la decisione.

7.1. - Dapprima, va delibata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notificazione dello stesso all'A.S.S. n. 2 Isontina, in nome e per conto della quale, e nel cui interesse, la gara è stata espletata.

L'eccezione, alla stregua di consolidata giurisprudenza (anche di questo Tribunale) va respinta. Infatti Stazione Appaltante (e, quindi, Amministrazione resistente) è solo il D.S.C. - che svolge, nella Regione, funzione di centro unico di committenza per gli appalti del settore sanitario - il quale ha bandito la gara ed emesso tutto gli atti qui opposti.

7.2. - Nel merito, il Collegio - re melius perpensa - ritiene che il ricorso sia fondato, nei termini che verranno appresso precisati.

L'art. 38, per quanto qui rileva, stabilisce che “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 abbiano riportato determinate condanne; con la precisazione che “l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: .... degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente [nel triennio, alla stregua della formulazione in precedenza vigente] la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”.

Onde consentire alla P.A. di svolgere le proprie valutazioni, il secondo comma stabilisce che “il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva”.

Nel caso all'esame, l'art. 3 delle Norme di Partecipazione (che riprende puntualmente le indicazioni dell'art. 38) stabilisce che ogni partecipante deve inserire (a pena di esclusione) entro la Busta n. 1 una serie di dichiarazioni sostitutive con cui (per quanto qui rileva) si attesta (cfr.: lett. o) che “sono cessati dalle cariche societarie di cui alla lettera m) nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara i seguenti soggetti” (soggetti di cui devono essere indicati i nominativi, la data di nascita e la cittadinanza), e che nei loro confronti non sono state pronunciate le sentenze di condanna ivi indicate e/o che la Ditta ha posto in essere idonee misure di dissociazione.

I soggetti cessati dalla carica per i quali devono essere rese le dichiarazioni sono, testualmente, quelli di cui alla lett. m); quindi: “Direttore Tecnico, Socio di s.n.c., Soci accomandatari di s.a.s., Amministratori muniti di rappresentanza o figura dell'Institore”.

Il triennio cui fare riferimento, posto che il bando di gara risulta pubblicato il 28.3.11, parte, quindi, dal 28.3.08. In tale periodo (la circostanza non è controversa) sono cessati dalla carica gli Amministratori delegati Scialpi Silvia e Maizeni Daniela ed il Direttore Tecnico Hanis Chiomento, per i quali, quindi, andava resa la prescritta dichiarazione.

7.2.1. - Oppongono le parti resistenti, che tali soggetti “non disponevano di quegli ampi poteri rappresentativi che un consolidato orientamento giurisprudenziale richiede ai fini del sorgere di un obbligo di dichiarazione”.

Il Collegio non condivide tali argomentazioni; infatti, come stabilito dalla giurisprudenza (si veda sul punto: C.S. n. 513/11), in questa materia (ove le decisioni sono, per vero, oltremodo variegate) si ravvisa “la necessità di ancorare l'applicazione della norma di cui si tratta su basi di oggettivo rigore formale, sottolineando che occorre avere riguardo alla posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che dedicarsi a problematiche quanto malcerte indagini sostanzialistiche” sulla ampiezza dei poteri. Questa soluzione, che fa corrispondere l'obbligo di dichiarazione alla formale carica rivestita “oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti” (in termini, C.S. n. 513/11 e 3069/11).

7.2.1. - Il controinteressato R.T.I. afferma anche che l'omessa dichiarazione non sarebbe prescritta dalla lex specialis a pena di nullità. Così non è; infatti l'art. 3 impone, a pena di esclusione, di dimettere una dichiarazione sostitutiva contenente anche i nominativi dei soggetti cessati dalle ricordate cariche nel triennio, con la precisazione che nei loro confronti non vi sono condanne della tipologia ivi indicata ovvero che vi è stata dissociazione.

In definitiva, per le ragioni esposte, il ricorso va accolto.

Conseguentemente, la S.A. procederà all'esclusione del controinteressato R.T.I. e, in scorrimento della graduatoria, aggiudicherà l'appalto (ove nulla vi osti) alla ricorrente.

8. - Sussistono giuste ragioni, in specie per la diversità di opinioni presente in giurisprudenza, per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa. Contributo unificato rifiuto dal soccombente D.S.C..

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti. Contributo unificato rifiuto

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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