

N. 05758/2012REG.PROV.COLL.
N. 00265/2012 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 265 del 2012, proposto da:

Manutencoop Facility Management s.p.a., in proprio e quale mandataria di costituenda a.t.i. con Sielv s.r.l. ed Energy Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Antonicelli e Rosalba Chiaradia, con domicilio eletto presso lo studio C.L.A. in Roma, via Simeto n. 12;

contro

Azienda ULSS 17 Monselice, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Leoni ed Emanuele Coglitore, con domicilio eletto presso l'avv. Emanuele Coglitore in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

nei confronti di

Gemmo s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Michela Reggio D'Acì, Stefania Lago, Alessandro Calegari e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso l'avv. Michela Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni n. 288;

Siram s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n.

01474/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto servizio energia per conduzione e gestione impianti strutture sanitarie e socio-sanitarie - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda ULSS 17 Monselice e di Gemmo s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Gemmo s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Vanzetta su delega di Coglitore, Antonicelli e Reggio d'Acì;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A seguito di gara, con deliberazione 14 dicembre 2010 n. 1187 l'AUSSL n. 17 di Monselice ha affidato per cinque anni all'a.t.i. Gemmo s.p.a./Siram s.p.a il "servizio energia per la conduzione e la gestione degli impianti delle strutture sanitarie e socio-sanitarie" di competenza.

Manutencoop Facility Management s.p.a., seconda classificata, ha proposto davanti al TAR per il Veneto ricorso per l'annullamento dell'anzidetta deliberazione e di ogni altro atto connesso, per la declaratoria di inefficacia del contratto e per la condanna dell'Azienda al risarcimento in forma specifica mediante subentro o, in subordine, per equivalente. La controinteressata ha proposto ricorso incidentale.

Con sentenza 6 ottobre 2011 n. 1474 della sezione prima il ricorso principale è stato respinto e quello incidentale è stato dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

Con atto inoltrato per la notifica il 4 gennaio 2012 e depositato il 13

seguinte Manutencoop ha appellato detta sentenza, non risultante notificata.

Premesso di aver sostenuto in primo grado, con due motivi, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver Gemmo dichiarato la posizione degli altri soggetti tenuti a farlo in ordine al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. m-ter, del codice dei contratti, nonché non aver prodotto le prescritte dichiarazioni di Siram per i tre soggetti muniti di ampi poteri institori in carica o cessati nel triennio, a sostegno dell'appello ha rispettivamente dedotto:

1.- Violazione ed erronea applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter del d.lgs. n. 163/2006. Contraddittorietà.

Error in iudicando per erronea interpretazione della *lex specialis* di gara, segnatamente dell'art. 1.05.02 ("Busta A – Documentazione amministrativa"), punto n. 3, lett. g), del disciplinare di gara.

Error in iudicando sotto i profili della mancata considerazione dell'eccesso di potere per carenza dei presupposti, del difetto di istruttoria e della disparità di trattamento.

2.- Violazione ed erronea applicazione dell'art. 38, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006. Contraddittorietà.

Error in iudicando per erronea interpretazione della *lex specialis* di gara, segnatamente dell'art. 1.05.02 ("Busta A – Documentazione amministrativa"), punto n. 3, lett. h), del disciplinare di gara.

Error in iudicando sotto i profili della mancata considerazione dell'eccesso di potere per carenza dei presupposti, del difetto di istruttoria e della disparità di trattamento.

L'AUSSL e Gemmo, in proprio e quale capogruppo della costituita a.t.i., si sono costituite in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni; la seconda ha altresì riproposto i seguenti motivi formulati nel proprio ricorso incidentale e non esaminati dal TAR:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di presupposto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Manutencoop avrebbe dovuto essere esclusa per non aver prodotto le dichiarazioni ex art. 38 lett c) degli amministratori delle Altair IFM spa, Gestin Facility spa e Teckal spa, incorporate per fusione verso la fine dell'anno 2009.

2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006. Contraddittorietà. Violazione di legge per violazione dell'art. 1.05.02 ("Busta A – Documentazione amministrativa"), punto n. 3, lett. h), del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, del difetto di istruttoria e della disparità di trattamento.

Anche Manutencoop ha omesso di produrre le dichiarazioni dei suoi numerosi procuratori.

Con atto inoltrato per la notifica il 7 febbraio 2012 e depositato il 9 seguente Gemmo ha anche proposto appello incidentale, col quale, lamentato il mancato esame prioritario del proprio gravame da parte del TAR, ha reiterato i predetti motivi.

Con memoria dell'8 marzo 2012 Manutencoop ha eccepito la tardività dell'appello incidentale e la sua irricevibilità (*rectius*: inammissibilità) per inesistenza della notifica nei suoi confronti, effettuata ad uno solo dei procuratori ed in domicilio diverso da quello eletto. Nel merito, ha svolto controdeduzioni.

Con memoria del 17 marzo 2012 l'Azienda ha ribadito le difese già svolte. Con memoria del 28 seguente Gemmo ha replicato alle eccezioni e difese avversarie.

Con ulteriori memorie e rispettive repliche Manutencoop e Gemmo hanno riassunto ed insistito nelle rispettive argomentazioni, nonché confutato le

argomentazioni di controparte.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato introitato in decisione.

Ciò posto, la Sezione ritiene, per evidenti ragioni di economia processuale, di esaminare prioritariamente l'appello principale in quanto agevolmente superabile (cfr., sull'ordine di esame dei ricorsi principali ed incidentali in tal caso, Cons. St., Ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4, punto 54).

Va preliminarmente ricordato che il primo motivo di detto appello principale concerne la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria Gemmo/Siram per aver il legale rappresentante di Gemmo omissso, tra le dichiarazioni da rendere nell'istanza di partecipazione alla gara, quella di cui all'art. 38, co. 1, lett. *m-ter*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (omessa denuncia dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 cod. pen. aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con modificazioni dalla l. 12 luglio 1991 n. 203) relativamente agli altri soggetti tenuti a pena di esclusione alle dichiarazioni di rito (compresa quella in questione), diversamente da quanto fatto dal legale rappresentante della stessa Gemmo per le dichiarazioni di cui alle lett. b) e c) dello stesso art. 38, co. 1, per le quali ha fatto rinvio alle singole dichiarazioni di quei soggetti, allegate all'istanza, nonché diversamente da quanto fatto dalla mandante Siram, da Manutencoop e dalle sue mandanti.

Senonché, come rilevato dal primo giudice, Gemmo si è puntualmente attenuta al "Modulo Istanza e connesse Dichiarazioni ex D.P.R. 445/2000" elaborato e fornito dalla stessa Azienda appaltante, il quale, contrariamente che per le dichiarazioni di cui al cit. art. 38, co. 1, lett. b) e c), per la dichiarazione di cui trattasi non suddivide la stessa in quella riguardante i "propri confronti" (del legale rappresentante) e quella riguardante "gli altri soggetti" e tanto meno per quest'ultima contempla l'opzione tra la dichiarazione ai sensi dell'art. 47, co. 2, del d.P.R. n. 445 del 2000 da parte del legale rappresentante ed il rinvio alle singole dichiarazioni dei predetti

soggetti.

Al riguardo, la Sezione condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in applicazione dei principi del *favor participationis* e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione (Cons. St., sez. V, 5 luglio 2011 n. 4029 e sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7278, ivi richiamata).

E' ben vero, infatti, che il ricorso al principio del *favor participationis*, volto a consentire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della par condicio tra i concorrenti; tuttavia, sussiste il c.d. "dovere di soccorso" dell'amministrazione nella peculiare ipotesi in cui l'omissione riguardi dichiarazioni pur richieste dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione, ove l'errore, a prescindere dalla sua riconoscibilità, sia stato in qualche modo ingenerato dalla stazione appaltante come accade nel caso di modulistica non conforme al disciplinare, giacché l'incompletezza della modulistica e la mancata richiesta di integrazione documentale sono comportamenti addebitabili all'operato della stazione appaltante, dal quale non possono ricavarsi conseguenze sfavorevoli per i soggetti partecipanti alla procedura in forza della prevista comminatoria di esclusione (cfr., sul punto, la cit. n. 4029 del 2011).

Né milita in senso contrario la circostanza che l'utilizzo del modulo fosse consigliato ("preferibilmente") e non reso obbligatorio, dal momento che è pur sempre proveniente dalla stessa amministrazione, onde si giustifica pienamente l'affidamento del concorrente che ne abbia fatto uso.

Ciò è quanto basta per far ritenere infondato il motivo in esame.

Per completezza d'indagine, si osserva peraltro che, come anche a tal proposito rilevato dal primo giudice, nella specie la *lex specialis* di gara non

era affatto univoca. Difatti l'art. 1.05.02 del disciplinare di gara, nell'elencare al punto 3) le prescritte dichiarazioni, inserisce la comminatoria di esclusione riferita pure alla mancata dichiarazione relativa agli "altri" soggetti al termine dell'elencazione delle dichiarazioni di cui alle lett. e), f) e g), mentre per quella - diversa ed ulteriore - di cui si controverte, pur richiamando il punto g), non reitera tale comminatoria, onde anche per questo aspetto non può non farsi ricorso al menzionato principio del *favor participationis*. Tanto a maggior ragione ove si consideri, sul piano sostanziale, per un verso, che non si contesta il mancato possesso del requisito in questione da parte dei soggetti "altri" della Gemmo; e, per altro verso, che lo stesso principio, con conseguente affermazione della sussistenza del "dovere di soccorso" della stazione appaltante, è stato ritenuto valido, fino all'intervento delle pronunzie nn. 10 e 21 del 2012 dell'Adunanza plenaria, nel più significativo caso di omessa dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del cit. d.lgs. n. 163 del 2006 relative agli amministratori delle società fuse od incorporate nel triennio precedente, se - com'è nella specie - non v'è prova che tali amministratori abbiano pregiudizi penali ed il bando non espliciti (*id est* non espliciti univocamente) tale onere (cfr. Cons. St, Ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21).

Il secondo motivo concerne la mancata dichiarazione dalla parte di Siram della inesistenza delle cause di esclusione previste dal cit. art. 38, co. 1, lett. c), anche degli "altri soggetti con poteri di rappresentanza" ancorché cessati dalla carica nel pregresso triennio, in particolare dei signori Massimo Gragnano, Mauro Zampieri e Giancarlo Sommacampagna, che sarebbero a ciò tenuti in quanto procuratori muniti di "ampi poteri institori", i primi due, e direttore dell'Area Veneto Occidentale munito di "ampi poteri di rappresentanza", il terzo.

In realtà, tali soggetti, pur investiti con le rispettive procure (speciali) di ampi poteri, non possono essere definiti institori, atteso che tali poteri non

sono generali ma puntualmente specificati, mentre ai sensi degli artt. 2203 e 2204 cod. civ. i poteri dell'istitutore, il quale "è colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale" o di una sede secondaria o di un ramo, si estendono a tutti gli "atti pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è proposto, salve le limitazioni contenute nella procura".

Invero, anche al signor Sommacampagna erano affidati, proprio in qualità di direttore di area, compiti pure di rappresentanza concernenti la gestione degli affari dell'area, i quali, però, non assommano all'intero esercizio di quel settore d'impresa, mancando, ad esempio, ogni e qualsiasi potere inerente la gestione del personale dipendente assegnato a quell'area.

In altri termini, i sunnominati non sono rappresentanti generali dell'imprenditore quali preposti all'esercizio dell'impresa o di un suo ramo, salvo eventuali limitazioni. Essi, invece, sono investiti unicamente dei precisati, singoli poteri conferiti a ciascuno, ossia si tratta di procuratori *ad negotia*, per i quali non era richiesta la dichiarazione predetta poiché, pur muniti di rappresentanza (per gli atti di competenza), non sono qualificabili come amministratori (cfr. Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513).

D'altro canto, per un verso neanche l'appellante principale afferma trattarsi propriamente di institori.

Infine, va in ogni caso ricordato il principio, ulteriore ma analogo a quello di cui innanzi, secondo cui quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti (come non si dubita nei tre casi in esame) e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni di cui all'art. 38 (come nella specie con riguardo ai procuratori speciali ed institori), l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma e non è idonea a consentire l'esclusione dalla gara. (cfr. Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2011 n. 6777 e sez. V, 24 marzo 2011, n. 1795, ivi richiamata).

In conclusione, l'appello principale deve essere respinto, con conseguente

conferma della sentenza appellata e, di qui, l'improcedibilità dell'appello incidentale per difetto di interesse.

Tuttavia, può disporsi la compensazione tra le parti delle spese del grado, tenuto conto dell'emersione solo recente dei seguiti orientamenti giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/11/2012

IL SEGRETARIO

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