

N. 09686/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03425/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3425 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Manutencoop Facility Management Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con P.F.E. Spa, Euroambiente Srl e Impresa di Pulizie e Sanificazione Salus Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Franco Mastragostino e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

CONSIP Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

- Guerrato Spa, Ciclat Soc. coop., C.M. Service Srl, Copma S.c.a.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti prof. Stefano Vinti, Mauro Ciani, Giampiero Martini e Sergio

Lupinacci, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Emilia, 88;

- Cofely Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni e Andrea Segato, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Udine n. 6;

- Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi delle rete ferroviaria italiana Soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo De Caria, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via L. Boccherini n. 3;

- C.I.C.L.A.T. Soc. coop, C.M. Service Srl, Copma Soc. coop., Astrim Spa, Colser Soc. coop a r.l., Coopservice Soc. coop. p.a., Euro & Promos Group Soc. coop. p.a., CPL Concordia Soc. coop. p.a., Cristoforetti Servizi Energia Srl, Pulirapida Srl, Consorzio Cooperative Costruzioni –CCC Soc. coop., Simtek Spa, in persona dei rispettivi rappresentanti p.t.;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Prodes - Cielo Azzurro S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via Canina, 6;

per l'annullamento, previa sospensione,

1) quanto al ricorso:

- del/i verbale/i di gara, di data ed estremi non cognitivi, nella parte in cui, pur disponendo l'esclusione dell'ATI Guerrato dalla procedura indetta da CONSIP Spa per l'affidamento dei servizi di Facility Management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, non rilevano la non conformità sotto altro profilo della documentazione amministrativa dalla medesima prodotta alla disciplina di gara e, conseguentemente, non dispongono a tale titolo l'esclusione dell'ATI

controinteressata dalla procedura;

- del provvedimento, se ed in quanto assunto, ma comunque di estremi e data non cognitivi, con cui CONSIP Spa, in esecuzione dell'Ordinanza della Sez. III di codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale n. 1230/2012, ha riammesso alla gara l'ATI Guerrato relativamente al lotto n. 6;

- di ogni ulteriore provvedimento inerente alla procedura di gara in parola non cognito, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto assunto,

per la declaratoria

di inefficacia dei contratti d'appalto afferenti ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto stipulati;

nonché per il risarcimento

del danno subito dalla ricorrente nella misura che si quantificherà in corso di causa;

2) quanto ai motivi aggiunti:

- del/i provvedimento/i di aggiudicazione definitiva, di data ed estremi non conosciuti, della procedura indetta da CONSIP Spa per l'affidamento dei servizi di Facility Management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, relativamente ai lotti n. 3 e n. 6, comunicato/i con note in data 24 maggio 2012, nonché di tutti i presupposti verbali di gara nella parte in cui attengono all'ammissione alla procedura dell'ATI Guerrato, dell'ATI Cofely e dell'ATI Coopservice, nonché alla valutazione delle offerte economiche e all'attribuzione dei relativi punteggi avuto riguardo ai predetti raggruppamenti;

- di qualsivoglia ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo non cognito;

- del presupposto provvedimento, se ed in quanto assunto, ma comunque

di estremi e data non cogniti, con cui CONSIP Spa, in esecuzione dell'Ordinanza della Sez. III di codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale n. 1230/2012, ha riammesso alla gara l'ATI Guerrato relativamente al lotto n. 6;

per la declaratoria

di inefficacia dei contratti d'appalto afferenti ai lotti n. 3 e n. 6, se ed in quanto stipulati;

nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente in forma specifica, e/o per equivalente, nella misura che si quantificherà in corso di causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip spa e di Guerrato spa, Ciclat soc. coop., CM Service Srl, Copma scarl nonché di Cofely Italia spa e Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi soc. coop., con le relative documentazioni;

Visto l'atto di intervento di Prodes – Cielo Azzurro scarl, con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 2601/12 del 16.7.2012;

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 17 ottobre 2012 il Cons. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale, notificato il 2 maggio 2012 e ritualmente depositato nei termini di legge, la Manutencoop Facility Management spa, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria

dell'ATI con P.F.E. spa, Euroambiente srl e Impresa di Pulizie e Sanificazione Salus srl, chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti indicati in epigrafe – con conseguente declaratoria di inefficacia contrattuale e risarcimento del danno – con cui non era stata disposta l'esclusione dell'ATI tra Guerrato spa, Ciclat soc. coop., C.M. Service srl e Copma soc. coop., dalla procedura concorsuale pure indicata in epigrafe, per i lotti n. 3 e n. 6, per ragioni diverse da quelle già riscontrate dalla Consip spa in esplicito provvedimento di esclusione e solo parzialmente condivise da questo Tribunale in sede cautelare, cui si erano rivolte le (contro)interessate impugnando la suddetta esclusione;

Rilevato che la ricorrente ricordava che, nella procedura in questione, l'ATI Guerrato era stata esclusa dai lotti n. 3 e n. 6 perché il rappresentante legale di una delle imprese indicate come esecutrice di lavori per il lotto n. 3 aveva reso dichiarazione non veritiera ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/06 e che tale esclusione era stata contestata avanti a questo Tribunale, il quale in sede cautelare aveva accolto parzialmente le ragioni delle ricorrenti sospendendo l'esclusione per il solo lotto n. 6;

Rilevato che la Manutencoop Facility Management spa, lamentava nel ricorso, in sintesi, quanto segue: *“1. Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del punto III.2.1 del Bando di gara e del punto 2, lett. a) del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità. Difetto assoluto di motivazione”*, in quanto, relativamente al lotto n. 6, una mandante dell'ATI Guerrato aveva indicato come esecutrice delle prestazioni la Colas Pulizie Locali soc. coop. la quale non aveva dichiarato, a mente dell'art. 38 del “Codice dei Contratti”, il possesso dei requisiti di moralità professionale degli amministratori muniti del potere di rappresentanza de La Luminosa srl, società questa fusasi per incorporazione nella suddetta Colas a far tempo dal 23 dicembre 2008, così come accaduto, in questo caso anche per

il lotto n. 3, in relazione alla mancata dichiarazione di tali requisiti da parte della Cisagest soc. coop, pure indicata come esecutrice di lavori da parte della mandante Ciclat, in relazione all'acquisto nel maggio/giugno 2010 della Esina Servizi di Bossoletti G. & C. snc dei cui rappresentanti legali doveva essere resa la suddetta dichiarazione perché impresa ceduta; “2. *Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 nonché del punto III.2.1 del Bando di gara e del punto 2 del Disciplinare di gara sotto differente profilo. Violazione della legge n. 687/1999. Difetto assoluto di motivazione. Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità*”, in quanto, in relazione al lotto n. 3, l'impresa Prodes Cielo Azzurro soc. coop. a r.l., indicata quale esecutrice dei lavori da una mandante dell'ATI Guerrato, aveva omesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. afferente al vicepresidente, con poteri di legale rappresentanza, cessato a far tempo dal 31 gennaio 2008, ed aveva reso una dichiarazione non veritiera in relazione al numero di addetti all'impresa, ex l.n. 68/99, quantificati in zero dipendenti laddove ne risultavano, nel primo trimestre 2010, 280 e, nel secondo trimestre, 293;

Rilevato che si costituivano in giudizio la Consip spa e la Guerrato spa con le altre imprese in ATI, chiedendo la reiezione del ricorso, come dettagliatamente specificato in distinte memorie depositate in prossimità della camera di consiglio, in cui rappresentavano anche l'inammissibilità dello stesso per carenza di interesse in quanto l'ATI Guerrato spa risultava comunque esclusa dal lotto n. 3 e, in relazione al lotto n. 6, la ricorrente era classificata solo in terza posizione e perché in realtà l'ammissione dell'ATI Guerrato doveva essere contestata con ricorso incidentale nel giudizio da quest'ultima proposto e pendente avanti alla medesima Sezione di questo Tribunale;

Rilevato che, con atto d'intervento “ad opponendum”, ritualmente notificato e depositato, la Prodes-Cielo Azzurro scarl contestava le

specifiche doglianze proposte dalla ricorrente che la riguardavano;

Rilevato che alla camera di consiglio del 4 luglio 2012, la trattazione della domanda cautelare era rinviata al merito;

Rilevato che, con un primo atto contenente motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensione, degli altri provvedimenti indicati in epigrafe con cui, nelle more, era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei due lotti in questione,

Rilevato che, in particolare, la ricorrente deduceva, in sintesi, quanto segue:

“1. Illegittimità derivata del/i provvedimento/i di aggiudicazione dei lotti n. 3 e n. 6 in ragione della illegittima ammissione dell'ATI Guerrato Spa”, in quanto riportava le doglianze dedotte con il ricorso introduttivo, richiamando la circostanza per cui pendevano ancora avanti a questo Tribunale i ricorsi promossi dalle (contro)interessate avverso la loro esclusione disposta per altri motivi; “2. Violazione del Disciplinare di gara e, segnatamente, del punto n. 6, nella parte inerente ai criteri di attribuzione dei punteggi del parametro denominato “Punteggio economico”. Eccesso di potere per travisamento ed erroneità manifesta nell'applicazione della formula identificata dal Disciplinare di gara”, in quanto la commissione di gara, con riferimento al dato economico delle offerte, aveva attribuito punteggi del tutto erronei che avevano portato all'aggiudicazione del lotto n. 3 all'ATI Cofely Italia spa (ove la ricorrente risultava al secondo posto) e alla collocazione al terzo posto in luogo del secondo della ricorrente per il lotto n. 6, come risultava da una perizia tecnico-matematica redatta da un professore ordinario di analisi matematica, il quale aveva effettuato il ricalcolo dei punteggi in base all'algorithm in Mat Lab che portava alla ricollocazione in prima posizione della medesima ricorrente per il lotto n. 3 e al secondo per il lotto n. 6, quest'ultimo da aggiudicarsi comunque sempre alla ricorrente per la necessaria esclusione della prima classificata, ATI Guerrato, ai sensi di

quanto dedotto con i motivi di cui al ricorso introduttivo; “3.1 *Violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, comma 1, lett. b) e c) ad opera dell’ATI Cofely Italia spa. Violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2 del Disciplinare di gara. Violazione degli artt. 38 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità. Difetto assoluto di motivazione*”, in quanto – subordinatamente a quanto in precedenza dedotto – per il lotto n. 3 l’ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dato che la mandataria Cofely Italia spa non aveva reso la dichiarazione di cui all’art. 38 cit. in riferimento a cinque specifici procuratori (uno anche responsabile tecnico) della Cofely Residenziale srl, società fusa per incorporazione nella suddetta Cofely Italia spa il 21 settembre 2010, così come avvenuto anche in relazione al presidente del consiglio di amministrazione nonché responsabile tecnico di Euroservice soc. coop., società fusa per incorporazione il 18 marzo 2009 nella mandante Colser soc. coop., come verificabile mediante acquisizione d’ufficio agli atti dei relativi certificati del casellario giudiziale, ed in quanto il documento di identità allegato alla dichiarazione, sempre a tali fini, del vicepresidente di un’impresa esecutrice di prestazioni indicata dalla mandante Consorzio Nazionale delle Cooperative Pluriservizi, risultava scaduto; “3.2 *Violazione del punto III.2.3. lett. a) del bando di gara, nonché del punto 4.2.1) lett. d) del Disciplinare di gara ad opera della mandante ASTRIM Spa. Violazione del principio di par condicio. Carenza istruttoria e motivazionale*”, in quanto la mandante Astrim spa aveva dichiarato di essere in possesso della richiesta certificazione UNI EN ISO 9001:2000 per l’attività di esecuzione e/o progettazione di servizi integrati agli immobili e/o agli impianti laddove, invece, da quella depositata in atti si levava una dicitura estranea a quella richiesta dalla legge di gara; “4.1 *Violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, comma 1, lett. b) e c) ad opera dell’ATI Coopservice Soc. Coop. P.A. Violazione del punto III.2 del bando di gara e del punto 2, lett del Disciplinare di gara. Violazione dei principi di par condicio,*

trasparenza e concorrenzialità. Diretto saluto di motivazione”, in quanto – in riferimento al lotto n. 6 e subordinatamente al mancato accoglimento dei motivi dedotti in precedenza – l’ATI facente capo alla Coopservice soc. coop. p.a., classificatasi seconda, non aveva rispettato l’obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all’art. 38 cit, nei sensi sopra prospettati, in riferimento alle fusioni per incorporazione dell’Istituto Provinciale di Vigilanza Privata e di Coopservice Network srl, divenute esecutive dal 1 dicembre 2008, nonché agli acquisti di sei aziende che indicava specificamente, in relazione ai rappresentanti e procuratori che dettagliatamente evidenziava, ed in quanto la stessa Coopservice aveva ommesso la richiesta dichiarazione per un consigliere e procuratore speciale della società, cessato a far tempo dal 25 luglio 2007, secondo gli specifici poteri di rappresentanza che risultavano conferiti, così come in egual modo la mandante CPL Concordia soc. coop. aveva ommesso la dichiarazione del consigliere delegato e responsabile tecnico cessato in data 23 agosto 2007, secondo gli specifici poteri conferiti;

“d) Violazione del punto 2, lett. a) del Disciplinare di gara. Violazione del principio di par condicio. Carenza istruttoria”, in quanto una specifica dichiarazione richiesta dalla legge di gara era stata sottoscritta da un consigliere delegato che però risultava essere tale solo limitatamente ad un importo annuo ben inferiore a quello rilevabile dalla somma del valore di singoli lotti di gara a cui la Coopservice aveva partecipato;

“e) Violazione del punto III.2.2 del bando di gara ad opera della Capogruppo mandataria Coopservice soc. coop. p.a. Violazione del principio di par condicio. Carenza di istruttoria e di motivazione”, in quanto risultava presentata dalla Coopservice una sola referenza bancaria in luogo delle due prescritte dalla legge di gara;

“f) Violazione del punto 20 del bando di gara ad opera delle mandanti dell’ATI Coopservice Soc. Coop., con riferimento al Nulla Osta di Segretezza (NOS) aziendale rilasciato dalle competenti Autorità. Violazione del principio di par condicio. Carenza istruttoria e di motivazione.”, in quanto dell’ATI controinteressata solo due componenti avevano dichiarato

il possesso del requisito in questione mentre altre quattro imprese mandanti non lo avevano dichiarato né si erano avvalse della facoltà di subappaltare le relative prestazioni; “g) *Violazione del punto III.2.3, lett. a) del bando di gara, nonché del punto 4.2 1 lett. d) del Disciplinare di gara ad opera delle mandanti CPL Concordia, CCC e Cristoforetti. Violazione del principio di par condicio. Carenza istruttoria e motivazionale*”, in quanto, in relazione al lotto n. 6, le mandanti indicate avevano allegato certificazioni ISO non corrispondenti a quelle richieste dalla legge di gara perché non riferite ad attività di esecuzione e/o progettazione di servizi integrati agli immobili; “b) *Violazione del punto III.2.2. lett. a) del bando di gara ad opera della mandante Pulirapida srl. Violazione del principio di par condicio. Difetto di istruttoria e di motivazione*”, in quanto risultavano presentate referenze bancarie manifestamente generiche da cui non era dato desumere se la capacità economico-finanziaria delle imprese in questione corrispondeva all’effettivo valore della partecipazione all’esecuzione delle prestazioni;

Rilevato che si costituivano in giudizio la Cofely Italia spa e il Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, chiedendo la reiezione dei motivi aggiunti e, in particolare il Consorzio suddetto, anche la dichiarazione di inammissibilità dei medesimi perché, per il lotto 3, la ricorrente aveva perso interesse a coltivare il ricorso contro l’ammissione dell’ATI Guerrato, dato che quest’ultima risultava definitivamente esclusa, e perché non risultava notificato il ricorso principale alle stesse parti, evocate solo con i motivi aggiunti;

Rilevato che le parti costituite depositavano ulteriori memorie difensive in prossimità della camera di consiglio del 13 luglio 2012;

Rilevato che in tale occasione questa Sezione rigettava la domanda cautelare con l’ordinanza indicata in epigrafe;

Rilevato che con un secondo atto recante ulteriori motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente insisteva per chiedere

l'annullamento dei medesimi provvedimenti già impugnati in precedenza, rilevando, in base alla documentazione depositata in giudizio dalla Consip, quanto segue: “1. *Violazione della lex specialis della gara e, segnatamente, del punto 6 del Disciplinare di gara relativamente al criterio di attribuzione del punteggio afferente al punto C) dell’offerta economica, denominato “Rialzo del valore della franchigia relativa ai Servizi di Manutenzione”. Violazione dell’art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per travisamento*”, in quanto, dalle tabelle prodotte in giudizio, risultava alterato il denominatore “Foix” della formula evidenziata dal disciplinare di gara sul punto, trasformandolo in valore calcolato con l’inserimento della sommatoria fra valore di franchigia a base d’asta e rialzo offerto e conseguente attribuzione del punteggio ad un valore differente da quello considerabile da una corretta interpretazione della legge di gara, derivante dal rapporto tra valore di franchigia a base d’asta e la predetta sommatoria, con illegittima modificazione della medesima, come rilevabile anche mediante una specifica c.t.u. sul punto per la quale insisteva;

Rilevato che in prossimità della pubblica udienza tutte le parti costituite depositavano memorie ex art. 73, comma 1, c.p.a., ad ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive;

Rilevato che alla pubblica udienza del 17 ottobre 2012 la causa era trattenuta in decisione e che in data 24 ottobre 2010 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza;

DIRITTO

Considerato che, ai sensi dell’art. 120, comma 10, c.p.a. di cui alla presente fattispecie, la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all’art. 74 c.p.a.;

Considerato che i motivi di cui al ricorso introduttivo non sono fondati per cui può prescindersi dalle eccezioni preliminari sollevate dalle parti

intimate;

Considerato, infatti, in relazione al primo motivo, che le legge di gara non richiedeva espressamente di rendere le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/08 anche da parte dei rappresentanti delle imprese cedute, incorporate o fuse nel triennio precedente alla pubblicazione del bando, limitandosi a richiederle per le concorrenti e/o le imprese designate quali esecutrici di prestazioni (in disparte ogni considerazione sull'interpretazione di tale clausola in merito al soggetto da escludere in ipotesi di mancata osservanza o dichiarazione inveritiera, secondo quanto rilevato in altro e distinto contenzioso pendente, di cui il Collegio non può occuparsi in questa sede); Considerato che tale conclusione è avallata da quanto stabilito recentemente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 7.6.2012, n. 21), secondo la quale, pur individuandosi il principio generale per cui l'obbligo di rendere le richieste dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/06 sussiste anche nei confronti di amministratori e direttori tecnici che hanno operato presso società incorporate o fusesi nell'ultimo triennio o anche cessati (per questi ultimi già Ad Plen. 4.5.2012, n. 10) dalla relativa carica in detto termine (divenuto annuale dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70/11), salva facoltà di comprova di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, nel contesto di oscillazioni e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti fino a tali Plenarie n. 10/12 e 21/12, può disporsi legittimamente l'esclusione dalla gara per omissioni riferite a tali soggetti solo ove risulti reso esplicito dal bando e dalla legge di gara tale onere di dichiarazione e conseguente causa di esclusione e, in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali risulta omessa la dichiarazione hanno effettivamente pregiudizi penali;

Considerato, quindi, che nel caso di specie, in assenza di esplicita disposizione del bando e della legge di gara tutta – si ricorda, anteriore alle

sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 10 e 21 del 2012 - che richiedeva di rendere la dichiarazione in questione a pena di esclusione, non può essere ritenuto condivisibile quanto prospettato in senso contrario dalla ricorrente;

Considerato che in relazione al profilo sostanziale sulla effettiva presenza di precedenti penali a carico degli interessati, il Collegio ritiene che tale circostanza poteva essere utilizzata solo se emersa durante le fasi di gara e portata a conoscenza della stazione appaltante da parte di chiunque avesse avuto interesse;

Considerato, infatti, che l'onere di individuare specifici precedenti penali non poteva identificarsi a carico dell'Amministrazione appaltante, dato che la stessa aveva ritenuto di non inserire nella legge di gara alcuna clausola riguardante l'obbligo di dichiarazione suddetto per i soggetti riconducibili alle imprese cedute, fuse e incorporate nel triennio precedente e un'interpretazione logicamente orientata della statuizione dell'Adunanza Plenaria in questione porta a ritenere incongruente altrimenti l'operato di una stazione appaltante che, da un lato, non richiedeva l'obbligo di dichiarazione in esame ma, dall'altro, doveva attivarsi autonomamente per reperire la certificazione giudiziale di tutti gli esponenti di società incorporate o fuse o cessate nel termine di legge;

Considerato che se anche potesse individuarsi una causa di esclusione sostanzialmente "postuma" – perché emersa solo nel corso di un successivo giudizio mediante acquisizione in quella sede delle certificazioni penali degli interessati - nella presente sede comunque non risulta fornita la prova per la quale i richiamati soggetti delle imprese fuse e incorporate o cedute abbiano a loro carico effettivamente tali "precedenti", prova da ritenersi, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a carico di parte ricorrente che, anche sotto un mero profilo indiziario, poteva attivarsi ai sensi degli artt. 23 e ss. dpr. n. 313/2002 per acquisire la copia disponibile della relativa certificazione, con

la conseguenza che non può invocarsi l'attivazione di poteri istruttori del Collegio, il quale non può supplire sul punto a carenze probatorie delle parti;

Considerato che tale onere nemmeno poteva individuarsi a carico della stazione appaltante per quanto detto prima in ordine alla sua scelta di non prevedere la causa di esclusione in questione nella legge di gara;

Considerato, inoltre, che il contenuto della legge di gara richiamato nella memoria conclusiva della ricorrente, che fa riferimento ai soggetti "cessati" dalla carica, non rileva sul punto perché tali soggetti "cessati" devono essere logicamente riferibili ai partecipanti direttamente contemplati dalla medesima legge di gara, quali i concorrenti e le imprese dichiarate esecutrici, e non anche ad altri soggetti quali imprese terze, fuse, incorporate o cedute;

Considerato che infondato è anche il secondo motivo di ricorso – in disparte la riscontrabile carenza di interesse in ordine alla considerazione della omessa dichiarazione per un vice presidente cessato nel triennio della Prodes e Cielo Azzurro scarl, perché l'ATI Guerrato risulta esclusa dal lotto n. 3 per altro motivo inerente proprio la dichiarazione resa da un rappresentante legale della cooperativa in questione – dato che è rilevabile che quelli riconducibili alla Prodes e Cielo Azzurro scarl sono soci-lavoratori, esenti dalla quota d'obbligo ex art. 3 l. n. 68/99, per cui non risulta alcuna dichiarazione inveritiera sul punto da parte dell'interessata che non aveva lavoratori nei sensi in questione;

Considerato che anche i due atti contenenti motivi aggiunti sono infondati, per quanto sarà evidenziato in prosieguo, per cui, anche in questo caso, può prescindersi dalle eccezioni sollevate dalla parte costituita, in particolare dalla soc.coop. Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, fermo restando, in relazione alla relativa, specifica, eccezione, che i motivi aggiunti rivestono tutte le caratteristiche – in relazione a mandato difensivo,

notificazione e deposito – per configurarli alla stregua di ricorso autonomo relativamente alla parte che interessa la suddetta soc.coop., collegata alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione che la riguarda;

Considerato, quindi, che per quel che rileva in ordine al primo motivo aggiunto, il Collegio ne evidenzia l'infondatezza per quanto sopra evidenziato, consistendo lo stesso in ritenuta illegittimità derivata per quanto esposto con il ricorso introduttivo;

Considerato che, per quel che riguarda il secondo motivo aggiunto, il Collegio, per ragioni di semplificazione dell'esposizione, ritiene di posporre la trattazione unitamente alla doglianza di cui al secondo atto contenente motivi aggiunti;

Considerato che, in relazione all'articolata doglianza di cui al terzo motivo aggiunto, il Collegio ritiene quanto segue:

a) Sul punto 3.1, nuovamente deve richiamarsi quanto sopra evidenziato in relazione al primo motivo del ricorso introduttivo, in quanto la legge di gara non richiedeva la dichiarazione anche per i rappresentanti legali di imprese fuse per incorporazione nel triennio antecedente alla data di presentazione dell'offerta né risulta assolto l'onere della prova in ordine alla sussistenza di precedenti penali rilevanti dei soggetti indicati dalla ricorrente riconducibili alla Cofely Residenziale srl ed alla Euroservice soc. coop. nel senso sopra precisato; inoltre, in relazione alla dichiarazione resa dal vice presidente della Coop. Facchini e Portabagagli Stazione Centrale di Bologna soc. coop., indicata come esecutrice di prestazioni dal mandante (dell'ATI Cofely) Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, per giurisprudenza costante con cui il Collegio concorda, la circostanza che sia stata allegata copia fotostatica di un documento scaduto non importa l'inesistenza della dichiarazione, ma semplicemente la sua irregolarità, la quale, in forza dell'art. 71 dpr 445/2000, impone al funzionario competente a ricevere la documentazione di darne notizia all'interessato, al fine della

regolarizzazione o del completamento della dichiarazione, e ciò in quanto, in sede di gara pubblica, sono sempre sanabili le irregolarità diverse dalla falsità (Cons. Stato, Sez. V, 11.11.04, n. 7339; TAR Campania, Sa, Sez. II, 16.11.11, n. 1836);

b) sul punto 3.2, la certificazione UNI ISO allegata dalla Astrim spa (mandante dell'ATI Cofely) evidenziava la capacità del soggetto in questione di eseguire "servizi di facility management", corrispondente proprio alla denominazione della gara medesima cui la ricorrente ha partecipato e di cui contesta gli esiti, per i lotti n. 3 e n. 6, nelle presente sede, corrispondente quindi alla traduzione sostanziale in inglese della dizione di cui alla legge di gara: "attività di servizi integrati agli immobili e/o agli impianti", né la ricorrente fornisce elementi ulteriori, diversi dal mero dato formale, per dimostrare come la suddetta dizione "Erogazione servizi di facility management" sia invece del tutto avulsa dal requisito prescritto, tanto da rendere applicabile l'esclusione dalla gara dell'ATI Cofely;

c) sul punto 4.1, in riferimento all'ATI Coopservice, seconda classificata nella graduatoria finale per il lotto 6, nuovamente deve richiamarsi quanto in precedenza illustrato in ordine al contenuto della legge di gara ed alle conclusioni di cui all'Adunanza Plenaria n. 21/2012 del Consiglio di Stato in relazione all'assenza di dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/06 dei rappresentanti legali di società fuse per incorporazione nella Coopservice scpa o da essa acquistate, specificamente indicate, senza aver neanche assolto l'onere della prova ex art. 2697 c.c. nel senso sopra ricordato cui non può sopperire il Collegio con i suoi poteri istruttori su istanza della parte interessata, come già pure evidenziato;

c.1) per quanto riguarda la ritenuta omessa dichiarazione da parte di un consigliere e procuratore speciale della stessa Coopservice scpa (sig.ra Catia Strozzi), in virtù degli specifici poteri ad essa conferiti nei limiti del valore

di un milione di euro, il Collegio rileva che i poteri di rappresentanza in questione erano inerenti alle regioni Piemonte, Lombardia e Valle d'Aosta mentre il lotto 6 riguardava specificamente le regioni Abruzzo e Marche e riguardava servizi per un valore di 69 milioni e cinquecento euro, ben superiore al ricordato limite entro il quale la suddetta procuratrice poteva operare;

c.2) per quanto riguarda la mancata dichiarazione di un consigliere delegato della mandante CPL Concordia soc. coop. cessato a far data dal 23 agosto 2007, in virtù dei poteri a lui conferiti nei limiti del valore di 15 milioni di euro, deve pure richiamarsi quanto ora evidenziato in ordine al ben superiore valore del lotto n. 6, che portava a considerare il soggetto indicato non come procuratore ai fini dichiarativi richiamati dalla ricorrente;

c.3) per quanto riguarda la dichiarazione sottoscritta da un soggetto delegato da consigliere di Coopservice, come tale investito da specifica procura che limitava la possibilità di assumere obbligazioni solo fino a 30 milioni di euro – in riferimento ai valori dei singoli lotti in relazione alla percentuale di attività manutentiva assegnata alla Coopservice – il Collegio rileva che gli specifici poteri riconosciuti al delegante, quali quelli di rappresentare la Società in tutte le gare di appalto e licitazioni indette da varie amministrazioni aggiudicatrici, non comportavano limiti di importo;

c.4) per quanto riguarda la censura per cui Coopservice avrebbe rilasciato una sola referenza bancaria in luogo delle due richieste, risultano in atti invece due referenze, del 3.11.10 e del 4.11.10, che smentiscono, in punto fatto, tale doglianza;

c.5) per quanto riguarda la lamentata carenza in capo alle mandanti Euro & Promos Group, Pulirapida, Cristoforetti, CPL Concordia (che ha esplicitamente fatto riferimento a quello della capogruppo) e Simtek del Nulla Osta di Segretezza (NOS), in assenza anche di dichiarazione di

subappalto, il Collegio concorda con quanto prospettato dalla Consip sul punto, rilevando che la disposizione cui fa riferimento la ricorrente è inserita al punto VI.3) “Informazioni complementari” e non tra quelle, che la precedono, relative alle condizioni di partecipazioni a pena di esclusione; inoltre, il relativo n. 20 che la contiene, esplicitamente premette che “ai fini dell’esecuzione delle prestazioni oggetto dei menzionati Ordinativi” (Ordinativi Principali di Fornitura emessi dalle Amministrazioni che hanno diritto di richiedere il possesso del Nulla Osta di Segretezza) il “Fornitore” – e non quindi il “Concorrente e/o l’impresa indicata come esecutrice”, secondo termini invece adoperati ai fini della partecipazione, come visto in precedenza in relazione all’obbligo di dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163/06 – deve essere in possesso del N.O.S. o subappaltare ad un soggetto munito di N.O.S., con ciò evidenziando che tale disposizione si riferisce in senso eventuale alla fase esecutiva dei singoli rapporti e non individua una condizione di partecipazione; né vale in senso contrario quanto osservato dalla ricorrente nella sua memoria per l’udienza pubblica, secondo cui rileverebbe quanto indicato al n. 23) dell’Allegato 1 al Disciplinare di gara, dato che tale documento contiene solo il fac-simile della dichiarazione da allegare, da intendersi come mera esplicazione del contenuto della legge di gara e non come integrazione della stessa, fermo restando che la relativa dichiarazione, conformemente alla stessa legge di gara, non era inerente a requisito di partecipazione ma era attinente solo alla fase di esecuzione di specifiche prestazioni eventuali,

c.6) per quale che riguarda la certificazione UNI EN ISO 9001:2000 delle mandanti CPL Concordia, CCC e Cristoferetti, il Collegio rileva che ad un esame delle stesse risulta, per la CPL Concordia, la dicitura riferita alla “manutenzione di immobili” e dei relativi impianti, per la CCC, la dicitura relativa alla progettazione e realizzazione di opere civili, infrastrutturali, impiantistiche e alla erogazione di servizi, per la Cristoferetti, la dicitura

“Attività di global service”, tutte espressioni che ben possono ricomprendersi in quella di “esecuzione e/o progettazione di servizi integrati agli immobili e/o agli impianti” di cui alla legge di gara richiamata dalla ricorrente, non sussistendo formule sacramentali di raffronto, come già evidenziato in precedenza, anche in riferimento alla certificazione propria come richiamata dalla ricorrente medesima;

c.7) per quel che riguarda le referenze bancarie prodotte da Pulirapida srl, il Collegio ne evidenzia l'assenza di genericità nel senso prospettato da parte della ricorrente, ponendosi come sufficienti agli scopi di garanzia richiesta le affermazioni della Banca di Credito Cooperativo del 27.9.10, per la quale il soggetto era ritenuto idoneo, economicamente e finanziariamente, ad assumere l'appalto di cui al servizio in questione, disponendo di mezzi finanziari ed economici adeguati al bando di gara, nonché della Cassa di Risparmio di Fano del 24.9.10, secondo cui nulla di negativo emergeva a suo carico e l'impresa risultava diretta e amministrata con competenza, era introdotta nel settore e poteva considerarsi idonea economicamente e finanziariamente ad assumere l'appalto in questione, dato che entrambe le dichiarazioni facevano appunto riferimento allo specifico appalto ed alla situazione economica dell'impresa contestuale allo stesso;

Considerato che, per quel che riguarda il secondo dei primi motivi aggiunti nonché i secondi motivi aggiunti - relativi entrambi alle modalità di attribuzione del punteggio economico in relazione al punto 6 del Disciplinare di gara - il Collegio ne rileva ugualmente l'infondatezza per le ragioni che seguono;

Considerato, infatti, che il Disciplinare di gara (pag. 57 e ss.) non prevedeva l'utilizzo dell'algoritmo in “Mat Lab” su cui si basa invece la perizia tecnica di parte depositata in giudizio né quest'ultima - evidenziando solo i risultati finali cui perviene - provvede alla scomposizione delle tre voci che determinavano il punteggio economico, quali: a) ribasso percentuale da

applicare sui prezzi unitari e sulle percentuali dei servizi predefiniti indicati nell'Allegato 10 al Disciplinare (max 260 p.); b) ribasso percentuale da applicare sui listini e sui prezzi della manodopera di cui all'Allegato 10 cit. (max 100 p.); c) valori offerti in rialzo sui valori base minimi delle franchigie relative ai servizi manutentivi di cui al capitolo 7 del Capitolato Tecnico (max 40 p);

Considerato che invece tale scomposizione, con conseguente applicazione delle formule di cui allo stesso Disciplinare, risulta effettuata dalla Commissione di gara nel procedere ai relativi calcoli del punteggio economico, come evidenziato in uno specifico documento depositato in giudizio;

Considerato, quindi, che sotto il profilo di cui al secondo dei (primi) motivi aggiunti, non si rinvencono elementi idonei a disporre la richiesta c.t.u., in quanto non si evidenzia alcuna illogicità manifesta o contraddittorietà o erroneità dell'operato della Commissione di gara desumibile in relazione all'applicazione della legge di gara e alle conclusioni della perizia di parte presa a raffronto, fondata su un algoritmo non indicato dalla legge di gara stessa e in assenza di scomposizione delle voci sopra richiamate, come invece operato in sede di gara, dovendo dare luogo, altrimenti, ad una verifica di modalità di calcolo estranee a quelle di gara con la conseguenza di disporre una consulenza tecnica di tipo esplorativo che non è consentita dall'ordinamento (Cass. Civ., SSUU, 21.11.11, n. 24408);

Considerato che, per qual che riguarda i secondi motivi aggiunti, il Collegio richiama l'indicazione di cui al Disciplinare di gara, secondo cui il denominatore "Foix" della formula ivi indicata per il calcolo del punteggio, era inteso quale "Valore di franchigia offerto in rialzo del servizio 'i' relativo all'offerta 'x'";

Considerato che l'Allegato 3 al medesimo Disciplinare prevedeva anche che, per la formulazione dell'offerta in rialzo sulle franchigie a base di gara,

doveva essere indicato un valore a rialzo per ciascuna delle franchigie indicate nella Tabella C;

Considerato che nella Tabella in questione (“Franchigia relativa ai servizi di manutenzione”) comprendente 7 voci per franchigie diverse era prevista l’indicazione “Rialzo offerto valore assoluto”;

Considerato che la tesi della ricorrente - secondo cui l’indicazione “valore assoluto” in esame era relativa al valore della franchigia a base d’asta già incrementato del rialzo offerto, vale a dire che, a titolo di esempio, a fronte di una franchigia fissata a 200 euro per una specifica manutenzione e di un rialzo offerto dal ricorrente a 500 euro, il denominatore in questione quale “Valore della franchigia offerto in rialzo”, doveva essere solo quest’ultimo e non invece - come operato dalla Commissione di gara - la somma tra 200 e 500 - non può essere condivisa;

Considerato infatti che la legge di gara appare più logicamente da interpretare - proprio perché erano previste più franchigie diverse per i sette servizi di manutenzione evidenziati - nel senso che laddove nella Tabella C era richiesta l’indicazione del “valore assoluto” questo intendeva riferirsi soltanto ad un valore (del rialzo) da indicare non in percentuale, come invece previsto per gli altri prezzi a base d’asta, (vedi Tabella A era appunto usata l’espressione “Ribasso %”;

Considerato infatti, che se la legge di gara fosse stata interpretabile come sostiene la ricorrente sarebbe stata necessaria, nella tabella C, l’indicazione “Franchigia offerta” e non invece quella del “Rialzo offerto”;

Considerato che appare lineare l’applicazione del calcolo sull’offerta economica, come operata dalla Commissione di gara, in relazione alla considerazione ai fini del denominatore “Foix” di una serie di rialzi (in valore assoluto e non percentuale) quale importo da aggiungere a quello delle franchigie già poste a base di gara, in quanto la legge di gara si riferiva al “valore della franchigia offerto in rialzo”, quale valore della franchigia già

posto a base d'asta incrementato dal relativo rialzo offerto;

Considerato, quindi, che la logicità dell'interpretazione della legge di gara operata dalla stazione appaltante esclude l'esperibilità di alcuna c.t.u. sul punto, come invece richiesto dalla ricorrente;

Considerato, infine, che, per quanto dedotto, il ricorso ed i motivi aggiunti non possono trovare accoglimento e così pure la collegata (e conseguente solo all'eventuale accoglimento) domanda risarcitoria e di declaratoria di inefficacia contrattuale;

Considerato che sussistono eccezionali motivi per compensare integralmente tra tutte le parti costituite le spese di lite, attesa la peculiarità della fattispecie e la circostanza per cui sui punti di diritto più controversi si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anche in momento successivo a quello di notifica del ricorso;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso ed i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta, anche in relazione alla domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2012

IL SEGRETARIO

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