

N. 00541/2013REG.PROV.COLL.
N. 02517/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di [registro](#) generale 2517 del 2012, proposto dalla soc. CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc.Coop. in proprio ed in qualità di mandataria di un RTI con la Saccir – Società per azioni Commercio Combustibili Industria Riscaldamento, con la Centralpol S.r.l., con la Esperia S.p.A., con la Impresa Isolabella, con la soc. Kuadra S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Stefano Gattamelata e Enrico Minnei, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

contro

INAIL, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Pone e Bettino Torre, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale dell'INAIL, in Roma, via IV Novembre, n. 144;

Cofely Italia S.p.A. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di un RTI con le società Sagad Società Autotrasporti Gestione Appalti Diversi S.r.l., con la Union Delta S.r.l., con la Digital Color di Lanchi Giorgio & C. S.n.c., rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Annoni, Andrea Segato e

Fabio Francario, con domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via [Udine](#). n. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione III-quater, n. 28 del 2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'INAIL e della società Cofely Italia s.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di un RTI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Minnei, Torre e Segato, nonché l'avvocato Piva, per delega dell'avvocato Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società CNS – Consorzio Nazionale Servizi soc.coop. riferisce di aver partecipato in qualità di capogruppo mandataria di un costituendo R.T.I. (d'ora innanzi: 'il R.T.I. CNS') alla gara d'appalto indetta dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro – INAIL nell'aprile del 2010 per l'affidamento del servizio integrato di gestione e manutenzione dell'edificio INAIL ad uso ufficio sito in Roma, p.le Pastore, n. 6 (si tratta della gara n. 1/2010, con importo a base d'asta pari ad euro 32.400.000,00 oltre I.V.A. per sei anni).

Ai fini della presente decisione giova osservare che, ai sensi della *lex specialis* di gara:

- le imprese partecipanti (in modo singolo o in R.T.I.) dovessero essere in possesso di un fatturato globale, realizzato nel triennio 2007-2009, non inferiore a 45 milioni di euro (in tal senso: il punto III.2.2 del bando di gara);

- le imprese partecipanti (in modo singolo o in R.T.I.) dovessero essere in possesso di un fatturato specifico realizzato nel triennio 2007-2009 nel settore dei servizi di pulizia, non inferiore a quanto previsto al fine di ottenere la fascia di classificazione g) di cui all'articolo 3 del D.M. 274 del 1997 - ossia, un fatturato specifico pari ad almeno 2.089.800,80 milioni di euro – (in tal senso: il punto III.2.2 del bando di gara, in relazione al paragrafo 1.A.2 del relativo disciplinare).

Risulta agli atti che, all'esito della seduta pubblica del 20 dicembre 2010, la Commissione di gara aggiudicava in via provvisoria l'appalto per cui è causa al costituendo R.T.I. la cui capogruppo mandataria era la soc. Cofely Italia s.p.a. (d'ora innanzi: 'il R.T.I. Cofely-SAGAD' o 'il R.T.I. appellato'), attribuendo alla sua offerta punti 779,77, mentre il R.T.I. CNS si classificava al secondo posto conseguendo punti 714,31.

Con determinazione n. 3/2011, l'INAIL, compiute le previste verifiche di legge, disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. appellato.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 2302/2011, la soc. CNS impugnava le risultanze di gara, esponendo le ragioni per cui il raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale adito ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata gravata in appello dalla soc. CNS, la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Error in iudicando – Errore di motivazione nella valutazione dei presupposti in fatto e in diritto – Omessa pronuncia - Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 39, 42 e 45, d.lgs. n. 163/2006) – Violazione della lex specialis (bando di gara, par. III.2.3 e del disciplinare di gara, artt. 1.A.2 e 4, n. 8; allegato 1/D del disciplinare sub n. 5 – “Dichiarazione di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa”) – Violazione dell'art. 112, c.p.c. - Mancato possesso del requisito

della fascia di classificazione indicata dalla lettera g) per le attività di pulizia – Violazione di legge (art. 4, d.m. 274/1997) – Omessa comunicazione della variazione in negativo della fascia di classificazione – Falsa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa (art. 75, d.P.R. 445/2000; art. 48, d.lgs. n. 163/2006; n. 12, allegato 1/A del disciplinare) – Illegittimità per omessa considerazione dei profili di illegittimità (art. 55, comma 9, d.lgs. n. 104/2010) – Contraddittorietà, illogicità e carenza della motivazione.

Il Tribunale avrebbe erroneamente dichiarato infondato il motivo di ricorso con cui si era osservato che la soc. Sagad (mandante del R.T.I. aggiudicatario) non possedesse – contrariamente a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara e a quanto dichiarato in sede di domanda di partecipazione – il necessario requisito della fascia di qualificazione ‘g’ per le attività di pulizia di cui al D.M. 274 del 1997 (il cui importo minimo è pari ad euro 2.089.800,80).

Ed infatti, l’odierna appellante avrebbe dimostrato che, mentre la *lex specialis* richiedeva in modo indefettibile una fascia di qualificazione per un importo fino ad euro 4.131.655,00, la soc. Sagad (che, pure, aveva dichiarato di possedere per intero tale requisito) era stata in grado di dimostrare un volume di affari specifico pari soltanto ad euro 1.524.014,55. Infatti, dalle lavorazioni allegate (e auto-dichiarate – ai fini di partecipazione alla gara *de qua*) si sarebbero dovuti scomputare gli importi riferibili ad attività diverse da quelle di pulizia, espressamente richieste dal bando (si tratta, in particolare, delle ulteriori e diverse attività di facchinaggio, trasloco, giardinaggio e manutenzione delle aree verdi).

Inoltre, il T.A.R. avrebbe erroneamente attribuito valore determinante ai fini del decidere al certificato della Camera di commercio in data 10 febbraio 2010, il quale (fondandosi sulla situazione di fatturato specifico dichiarata nel corso del 1997) attestava la sussistenza del richiamato requisito di fatturato.

Erroneamente, infatti, il Tribunale avrebbe affermato che le risultanze di una certificazione di fonte pubblica (quale quella proveniente dalla C.C.I.A.A.) farebbero fede del relativo contenuto fino a querela di falso (nel caso di specie, non proposta).

Ed infatti, nel corso del primo grado di giudizio, l'odierna appellante avrebbe addotto numerosi elementi ed argomenti atti a dimostrare la complessiva inattendibilità del contenuto della richiamata certificazione (oltretutto, basata su una dichiarazione di parte risalente ad oltre dieci anni addietro).

Ed ancora, il Tribunale avrebbe erroneamente affermato che la soc. Sagad fosse in possesso di un requisito di fatturato specifico per i servizi di pulizie pari a 2.089.800,80 (in quanto tale, superiore a quello minimo richiesto per il riconoscimento della fascia di classificazione g), pari ad euro 2.065.827,60).

Sotto tale aspetto, il T.A.R. si sarebbe limitato a ribadire in sentenza il contenuto di una indimostrata dichiarazione di parte, senza tenere in considerazione le osservazioni e le deduzioni dell'odierna appellante, la quale aveva fornito argomenti e documenti idonei a dimostrare il mancato possesso del ridetto requisito di fatturato specifico per l'importo richiesto dalla *lex specialis* di gara.

In definitiva, nel rendere la sentenza in epigrafe il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- a) che il R.T.I. appellato avrebbe omesso di dimostrare in modo corretto e completo il possesso del richiamato requisito (tale dimostrazione si sarebbe dovuta fornire: *i*) attraverso i certificati di corretta esecuzione rilasciati dalle amministrazioni interessate, in caso di servizi resi nei confronti di amministrazioni pubbliche; *ii*) attraverso idonee dichiarazioni, in caso di servizi resi nei confronti di soggetti privati);
- b) che i bilanci della soc. Sagad depositati in atti sarebbero di difficile

lettura in relazione al punto controverso e non fornirebbero alcun elemento dirimente nel senso del possesso del più volte richiamato requisito;

c) che il R.T.I. appellato avrebbe fornito, nel corso dell'intera vicenda, dati incerti e contraddittori in relazione alla questione del possesso del requisito di fatturato specifico, fornendo importi via via diversi (e infatti: in sede di domanda di partecipazione sarebbero stati forniti alcuni dati, in seguito smentiti in sede di dichiarazioni rese in corso di giudizio e ulteriormente smentiti in sede di deposito delle circa mille fatture volte a dimostrare il possesso del ridetto requisito).

A questo punto, il R.T.I. appellante si sofferma su un esame puntuale del contenuto delle circa mille fatture di cui sopra (depositate in atti in primo grado dal R.T.I. appellato in data 20 aprile 2011) e, all'esito di tale esame, conclude nel senso della conferma del mancato possesso del requisito di fatturato riconducibile alla fascia di classificazione g) di cui all'articolo 3 del D.M. 274 del 1997.

In particolare, l'appellante lamenta:

a) che in alcuni casi sarebbero rinvenibili fatture doppie (ma ugualmente computate) e fatture emesse per servizi del tutto estranei a quelli di pulizia;

b) che in alcuni casi sarebbero rinvenibili fatture con oggetto promiscuo, nell'ambito delle quali sarebbe estremamente difficile 'scorporare' la componente riferibile ai servizi di pulizia, con la conseguenza di rendere inutilizzabili le stesse ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di fatturato specifico;

c) che in altri casi ancora sarebbero rinvenibili fatture rese a fronte di servizi resi prima del triennio di riferimento (2007-2009) e quindi inutilizzabili al fine della dimostrazione del requisito di fatturato specifico nel triennio. Sotto tale aspetto, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare che i servizi materialmente erogati nel corso di un determinato anno, ma fatturati solo in un anno successivo (nel caso in esame: nel corso del 2007)

competono unicamente al bilancio dell'anno in cui sono stati effettivamente resi.

Nella tesi dell'appellante, quindi, anche a voler prendere in considerazione il fatturato specifico per servizi di pulizia dichiarato dal R.T.I. appellato in relazione alla mandante Sagad, tale fatturato dovrebbe essere considerato insufficiente ai fini della partecipazione alla gara. Ed infatti, per le ragioni richiamate dinanzi sub a), b) e c), dall'importo complessivo dichiarato in corso di causa dalla soc. Sagad (pari ad euro 2.089.800,80 - quindi già di per sé prossimo al valore minimo di euro 2.065.827,60 -), dovrebbero essere scomputati gli importi dinanzi richiamati *sub* a), b) e c).

L'effetto sarebbe inevitabilmente nel senso di palesare un importo finale inferiore alla soglia minima necessaria per vedersi riconoscere la fascia di classificazione g) di cui all'articolo 3 del D.M. 274 del 1997.

Ancora con il primo motivo di appello, il R.T.I. CNS chiede la riforma della sentenza di primo grado per la parte in cui non ha accolto il motivo di ricorso con il quale si era affermata la non computabilità, in favore della società mandante Sagad, dei requisiti di fatturato specifico acquisiti a seguito di cessione di ramo d'azienda della soc. Impresan (*rectius*: a seguito della fusione per incorporazione di Impresan in Sagad).

Sotto tale aspetto, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- che, ai fini del riconoscimento in favore della società che acquisisce il ramo di azienda di altra società degli specifici requisiti di fatturato propri di tale società, si deve operare secondo un principio di stretta pertinenza, ammettendo la sommatoria dei requisiti delle due società solo nel caso in cui i servizi di cui si tratta siano stati resi nel medesimo, specifico settore di attività;
- che, comunque, i requisiti di fatturato specifico riferibili alla soc. Impresan (la quale aveva ceduto il ramo d'azienda alla soc. Sagad -*rectius*: si era fusa per incorporazione in essa -) non potevano comunque essere

computati in quanto la società incorporata avrebbe operato dal 2005 al 2008 (ossia, nel corso di un periodo certamente rilevante ai fini della presente vicenda) senza il preposto alla gestione tecnica;

- che, in ogni caso, anche nel caso della soc. Impresan, non potrebbero tenersi in alcuna considerazione le fatture per servizi non resi nel triennio di riferimento (2007-2009).

2) Error in iudicando – Errore di motivazione nella valutazione dei presupposti in fatto e in diritto – Omessa pronuncia – Illegittimità per omessa considerazione dei profili di illegittimità (art. 55, comma 9, d.lgs. n. 104/2010) – Falsa dichiarazione in ordine all'inesistenza di soggetti cessati dalla carica – Omessa dichiarazione del possesso dei requisiti di moralità professionale da parte di soggetti cessati dalla carica – Violazione di legge (art. 38, lettera c), d.lgs. 163/2006) – Violazione della lex specialis (disciplinare di gara, art. 4, n. 3; allegato 1/B del disciplinare, sub n. 2)) – Falsa dichiarazione in autocertificazione ex dPR 445/2000 (art. 75, dPR 445/2000; n. 12 allegato 1/A del disciplinare).

Il Tribunale avrebbe omesso di tenere in adeguata considerazione ai fini del decidere il fatto che la soc. Sagad (mandante del R.T.I. appellato) avesse dichiarato in sede di partecipazione alla gara l'assenza di amministratori o direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio anteriore alla data di pubblicazione del bando, omettendo di riferire tale dichiarazione anche alla società Impresan, che le aveva ceduto un ramo di azienda (*rectius*: che si era fusa per incorporazione in essa) e dei cui requisiti di qualificazione la società Sagad aveva fruito.

In tal modo decidendo, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- che, in base a un orientamento giurisprudenziale, la dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (relativa all'assenza di condanne nei confronti del legale rappresentante e del direttore tecnico della società partecipante a gara) deve essere resa anche con riferimento alla società di cui la partecipante alla gara abbia

acquisito il ramo di azienda;

- che tale omessa dichiarazione (in contrasto con l'art. 38 del 'codice dei contratti') deve necessariamente comportare l'esclusione dalla gara della società che abbia omesso tale dichiarazione.

Ad ogni modo, anche a voler ammettere che l'unico soggetto in relazione al quale era stata omessa la dichiarazione in relazione alla società Impresan fosse il sig. Luca Bisenti (dimessosi dalla carica di preposto alla gestione tecnica nel gennaio del 2005 e quindi oltre un triennio prima della pubblicazione del bando), il T.A.R. avrebbe comunque erroneamente ritenuto l'irrilevanza della circostanza ai fini del decidere.

Ed infatti, stante il fatto che a seguito delle dimissioni del sig. Bisenti non era chiaro chi in concreto avesse svolto le necessarie funzioni di preposto alla gestione tecnica della società Impresan, al Tribunale restava un'alternativa secca:

- o ritenere che dopo le dimissioni del sig. Bisenti (gennaio 2005) la società Impresan avesse agito in assenza della figura del preposto alla gestione tecnica (e in questo caso, il R.T.I. appellato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché i requisiti di qualificazione maturati da Impresan e allegati dalla mandante Sagad – cessionaria del ramo d'azienda – non potevano essere computati in quanto maturati *contra legem*);

- oppure ritenere che, a seguito delle dimissioni del sig. Bisenti, altro soggetto fosse stato nominato nella carica di preposto alla gestione tecnica (e in questo caso, la mandante Sagad – cessionaria del ramo d'azienda – avrebbe violato le disposizioni di legge in tema di puntuale indicazione dei soggetti preposti all'amministrazione e alla gestione tecnica della società).

3) Error in iudicando – Errore di motivazione nella valutazione dei presupposti in fatto e in diritto – Omessa pronuncia – Illegittimità per omessa considerazione dei profili di illegittimità (art. 55, co. 9, d.lgs. 104/2010) – Violazione di legge (art. 38, lett. g) e i) e art. 48, d.lgs. n. 163/2006) – Dichiarazione mendace con

referimento al possesso dei requisiti de quibus – Violazione della par condicio – Eccesso di potere per disparità di trattamento – Difetto di istruttoria)

Il T.A.R. avrebbe erroneamente escluso che in capo a una delle società mandanti nell'ambito del R.T.I. appellato (la 'Union Delta' s.r.l.) sussistesse il motivo di esclusione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera g) del d.lgs. 163 del 2006 (relativa "[all'aver] commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti").

Al riguardo, il T.A.R., pur avendo dato atto dell'esistenza a carico della soc. Union Delta di una cartella esattoriale per violazioni tributarie relative all'anno 2005 di importo pari ad euro 58.839,06, avrebbe ritenuto che ciò non rilevasse ai fini dell'esclusione dalla gara in considerazione dell'avvenuta rateizzazione del debito in parola in 24 rate mensili.

Sotto tale aspetto, i primi Giudici avrebbero omesso di considerare che, alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di requisiti di ordine generale, la possibilità di ammettere alla gara la società Union Delta era subordinata alla condizione (nel caso di specie, non soddisfatta) di dimostrare già in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara che l'istanza di rateizzazione per il proprio debito tributario era stata ritualmente accolta dall'Amministrazione finanziaria.

L'appellante ha, altresì articolato domanda risarcitoria per l'integrale ristoro dei danni a vario titolo patiti nel corso della complessiva vicenda.

Si è costituita in giudizio la soc. Cofely Italia s.p.a. (capogruppo mandataria del R.T.I. aggiudicatario, vittorioso in primo grado), la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

La società in questione ha, altresì, proposto ricorso incidentale con il quale ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui non ha accolto (e, invero, non ha neppure esaminato, non ritenendo ciò necessario ai fini della definizione del ricorso) i motivi del ricorso incidentale proposti

in primo grado (attraverso tali motivi, la società Cofely aveva chiesto di dichiarare l'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di un interesse all'impugnativa, atteso che il R.T.I. appellante avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per sei distinte ragioni).

Alla pubblica udienza del giorno 12 ottobre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore delle gestioni immobiliari avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato respinto il ricorso proposto avverso gli atti con cui l'INAIL ha aggiudicato al controinteressato R.T.I. Cofely una gara di appalto per la gestione e la manutenzione di un edificio dell'Istituto sito in Roma.

Nell'ambito del ricorso in questione, la società capogruppo del R.T.I. aggiudicatario – vittorioso in primo grado – ha altresì proposto appello incidentale chiedendo la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui non ha accolto (e invero, neppure esaminato) i motivi di ricorso principale proposti in primo grado con i quali si era chiesto di dichiarare il ricorso inammissibile dal momento che il R.T.I. odierno appellante avrebbe dovuto in radice essere escluso dalla gara.

2. Il primo motivo di appello (meglio descritto in premessa), con cui il R.T.I. appellante ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha dichiarato infondato il motivo di ricorso relativo alla carenza in capo alla società mandante Sagad della fascia di classificazione di cui alla lettera g) dell'articolo 3 del D.M. 274 del 1997, è infondato.

2.1. Come si è detto in premessa, il T.A.R. ha ritenuto determinante ai fini del decidere la certificazione rilasciata dalla competente C.C.I.A.A., la quale ha attestato che la Sagad ha realizzato un volume di affari fino ad euro 4.131.665,00, con la conseguenza che, ai sensi dell'articolo 3 del D.M. 274,

cit., essa debba essere classificata nella lettera g) (relativa a fatturati specifici superiori ad euro 2.065.827,60).

Il T.A.R. ha, altresì, ritenuto determinante ai fini del decidere la circostanza per cui *“la predetta certificazione costituisce atto pubblico, facente piena fede fino a querela di falso, ed è volta a garantire la Stazione appaltante circa il possesso, da parte del concorrente, della capacità tecnica necessaria per l’oggetto dell’appalto”*.

2.1.1. Ora, può convenirsi – almeno in via di principio - con l’appellante sul fatto che la fede privilegiata riconosciuta agli atti pubblici ai sensi dell’articolo 2700, cod. civ. non possa spingersi fino ad ammettere un incondizionato valore fedefacente al relativo contenuto.

Si è condivisibilmente osservato al riguardo che l’efficacia probatoria privilegiata di un atto pubblico, a norma dell’art. 2700, cod. civ., concerne la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato e i fatti che egli attesti essere avvenuti in sua presenza, ma non anche la veridicità e l’esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti (nonché – più in generale - la correttezza intrinseca del contenuto degli atti e dei fatti che l’atto pubblico è volto ad attestare), i quali – pertanto – possono essere contrastati ed accertati con tutti i mezzi di prova consentiti dalla legge, senza che all’uopo occorra o possa proporsi querela di falso (arg. *ex* Cass. Civ., II, 20 maggio 2005, n. 10702).

La giurisprudenza ha chiarito, del resto, che la fede privilegiata dell’atto pubblico di cui all’art. 2700, cit., riguarda le attestazioni del pubblico ufficiale circa i fatti compiuti o avvenuti in sua presenza, ovvero le dichiarazioni ricevute, quando le attestazioni stesse siano rese nell’esercizio del potere di documentazione e, quindi, non può estendersi a fatti che vengano enunciati come compiuti o conosciuti non nella contestualità della formazione dell’atto, ma – come nel caso di specie - in un momento anteriore (con la consequenziale possibilità di contestare la veridicità delle relative risultanze con qualsiasi mezzo di prova – in tal senso: Cass., 17

dicembre 1990, n. 11964).

2.1.2. Tuttavia, anche impostando nel modo appena delineato i termini della questione (ovvero, non annettendo valore dirimente al fatto in se dell'esistenza di un atto pubblico attestante il possesso da parte della Sagad della fascia di classificazione g)), non mutano le conclusioni cui sono pervenuti i primi Giudici.

Infatti, nel corso del giudizio il R.T.I. appellante non ha fornito adeguata prova in contrario in ordine al possesso da parte della Sagad della richiamata fascia di classificazione.

Al riguardo va osservato che, secondo un condiviso orientamento giurisprudenziale, l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697, cod. civ. su chi intenda far valere in giudizio un diritto (ovvero su chi – come nel caso di specie – eccepisce la modifica, l'estinzione o l'insussistenza del diritto da altri vantato) non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto 'fatti negativi' (nel caso di specie: l'insussistenza della fascia di classificazione per un determinato importo). Ciò, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude, né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto su cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo (in tal senso: Cass., civ., 3 dicembre 2003, n. 18487; *id.*, 14 luglio 2000, n. 9385).

A conclusioni non dissimili da quelle appena rassegnate si giungerebbe laddove non si intendesse qualificare la prova che nel caso di specie veniva richiesta non tanto quale 'prova del fatto negativo' (ossia, dell'insussistenza della fascia di classificazione dichiarata in sede di gara), quanto – piuttosto – quale 'prova di un fatto positivo' (ossia: della fascia di classificazione realmente spettante alla società Sagad).

E' evidente, infatti, che, qualunque sia l'angolo visuale attraverso il quale si riguardi la questione, non mutano le conclusioni in termini di distribuzione dell'onere della prova: in entrambi i casi spettava alla società ricorrente in

primo grado (e odierna appellante) fornire la prova piena vuoi del fatto negativo, vuoi del fatto positivo (e ciò, in coerente applicazione degli ordinari canoni in tema di distribuzione dell'onere della prova di cui all'articolo 2697, cod. civ.).

2.2. Ebbene, alla luce di quanto osservato si ritiene che il R.T.I. appellato abbia allegato elementi sufficientemente univoci e probanti in ordine all'effettivo possesso della più volte richiamata fascia di classificazione, mentre la società appellata (sulla quale, lo si ripete, gravava in pieno l'*onus probandi* in ordine all'insussistenza della medesima fascia di classificazione) non sia stata in grado di fornire argomenti di prova adeguati a supporto delle proprie tesi.

2.2.1. Quanto al primo aspetto, si osserva che il R.T.I. appellato ha fornito i seguenti elementi in ordine al possesso del ridetto requisito:

- a) copia dei bilanci della società Sagad relativi agli anni 2007, 2008 e 2009, dai quali si ricava(va) il fatturato complessivo della medesima società;
- b) copia delle fatture della società Sagad relative al triennio in questione, per un importo complessivo medio riferibile ai servizi di pulizia pari ad euro 2.089.800,80 (pertanto, superiore all'importo il quale, alla luce della previsione dell'articolo 3 del D.M. 274 del 1997, avrebbe consentito di ottenere l'iscrizione nella fascia di classificazione g) – tale importo è pari ad euro 2.065.827,60);
- c) copia delle fatture della stessa società Sagad relative ai servizi di derattizzazione e disinfestazione (non estranei all'oggetto della gara) svolti nel triennio 2007-2009, per un importo complessivo nel triennio pari ad euro 39.105,26;
- d) copia delle fatture della società Impresan (di cui la società Sagad aveva acquisito il ramo d'azienda, *rectius*: che si era fusa per incorporazione in essa) relative ai servizi di pulizia svolti nel triennio in considerazione, per un importo complessivo pari a euro 39.927,65;

e) copia delle certificazioni allegate alla dichiarazione rese dal legale rappresentante della società Sagad ai fini della partecipazione alla gara ai sensi dell'allegato 1/D al disciplinare.

Dai documenti e dagli atti appena richiamati emerge quindi che la società Sagad (mandante del R.T.I. appellato) abbia fornito allegazioni sufficientemente probanti in ordine al possesso di un requisito di fatturato specifico riferibile ai servizi di pulizia pari ad euro 2.089.800,80 (a), b), e)) oltre ad euro 39.105,26 (c)) e ad euro 39.927,65 (d)), per un totale evidentemente superiore a quello minimo necessario per ottenere la fascia di classificazione g) ai sensi dell'articolo 3 del D.M. 274 del 1997.

2.3. Dal canto suo, il Consorzio appellante (sul quale, lo si ripete, gravava in pieno l'onere della prova in ordine alla insussistenza o all'insufficienza del requisito di fatturato specifico in capo alla società Sagad) non ha fornito una prova piena in tal senso, ma si è limitato ad allegare elementi di fatto dubitativi e induttivi, di per sé inidonei a fornire prova piena del *thema probandum*.

2.3.1. A questo punto, occorre esaminare la parte probabilmente centrale del ricorso in appello, che è quella con cui il Consorzio appellante ha dedotto, sulla base di dati di fatto, la complessiva inattendibilità del gran numero di fatture versate in atti dalla società Sagad (rectius: la loro inidoneità a dimostrare il possesso di un requisito di fatturato specifico medio nel corso del triennio in contestazione superiore ad euro 2.065.827,60).

Come si è anticipato in narrativa, l'appellante ha affidato tale deduzione a tre argomenti: a) in primo luogo, non potrebbe tenersi conto delle 'fatture doppie' e/o relative a servizi estranei alle attività di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione; b) in secondo luogo, non potrebbe tenersi conto delle fatture 'a contenuto promiscuo' (laddove non sia identificabile il *quantum* dell'importo fatturato riferibile ai servizi di

pulizia); c) in terzo luogo, non potrebbe tenersi conto delle fatture relative ad attività svolte nel 2005-2006 e contabilizzate solo nel 2007.

2.3.1.1. Quanto al primo aspetto (ossia, quanto alla questione delle c.d. 'fatture doppie'), si osserva che in questo caso risulta con evidenza l'infondatezza della pretesa dell'appellante di ribaltare nella sostanza il principio dell'onere della prova su di essa gravante in ordine al ridetto *thema probandum* (insussistenza di un importo medio di fatturato atto a giustificare la fascia di classificazione g), ovvero sussistenza di un importo medio di fatturato inferiore a quello necessario per ottenere la fascia g)).

Ed infatti, gli argomenti addotti dal Consorzio appellante sembrano piuttosto rivolti a dimostrare l'inattendibilità delle allegazioni documentali versate in atti da un soggetto (il R.T.I. appellato) in via di principio sollevato dall'*onus probandi* diretto, che non a fornire la prova diretta delle circostanze oggetto di prova.

Già sotto tale aspetto, il ricorso in appello (al pari di quello di primo grado) dovrebbe essere dichiarato in parte qua inammissibile.

Ma anche a voler esaminare nel merito i richiamati argomenti di doglianza (peraltro, reiterativi di analoghi argomenti già spesi in primo grado e disattesi dal T.A.R.), non si ritiene che l'appellante abbia fornito elementi idonei a revocare in dubbio la complessiva congruità di quanto allegato da controparte.

Si osserva al riguardo:

- che, per quanto concerne le fatture c.d. 'doppie' di cui al documento n. 10 prodotto dall'appellante (fatture Lottomatica), l'esame dei documenti di causa dimostra che si tratta di fatture diverse riferite a lavorazioni diverse (delle quali, pertanto, si è correttamente tenuto conto al fine della determinazione del requisito di fatturato specifico complessivo);
- che, per quanto riguarda la presenza in atti di fatture relative anche alla "*fornitura di materiali di consumo*", non appare corretto 'scorporarne'

l'importo da quello riferibile al servizio di pulizia in quanto tale, atteso che l'utilizzo dei materiali di consumo (es.: detersivi) è immediatamente e direttamente riferibile all'oggetto dell'appalto avente ad oggetto i servizi di pulizie, ragione per cui l'indicazione (o la mancata indicazione) degli importi riferibili ai materiali di consumo attiene le modalità – per così dire – ‘redazionali’ della fattura, ma non incide sulla riferibilità e inerenza degli importi in questione a quelli dell'appalto di servizi nel suo complesso;

- che, per quanto riguarda le fatture aventi ad oggetto le attività di “*manutenzione delle aree verdi*” (prestate in favore delle società ENI Servizi s.p.a. e SIECO s.p.a.), di esse non si è tenuto conto ai fini della determinazione del ridetto fatturato specifico complessivo (*rectius*: si è scisso il contenuto delle relative fatture, ‘scorporando’ il valore riferito alle lavorazioni non pertinenti). Un discorso analogo vale per le fatture aventi ad oggetto –*inter alia*– i “*servizi di pulizia e manutenzione delle aree verdi*” svolti in favore della società ITALGAS s.p.a.

- che, per quanto riguarda la fattura avente ad oggetto i servizi di pulizia nelle aree di ospitalità e nei servizi dello stadio Flaminio di Roma in favore della Federazione Italiana Rugby, se per un verso è vero che tale fattura aveva ad oggetto anche il servizio di guardaroba, è altresì vero che l'attività assolutamente prevalente era rappresentata dal servizio di pulizia in quanto tale. Ne consegue che non sarebbe ipotizzabile concludere per l'integrale scorporo della fattura in parola. Piuttosto, per ottenere l'integrale scorporo (e in base al più volte richiamato onere distributivo di cui all'articolo 2697, cod. civ.), l'appellante avrebbe dovuto dimostrare che i servizi di cui è menzione nell'ambito della fattura in questione non fossero – di fatto – in alcun modo riferibili ad attività di pulizia;

- che, per quanto riguarda la fattura relativa al servizio di pulizia degli alloggi della base NATO di Latina, un ridottissimo importo (pari ad euro 90,00) era stato corrisposto dal Comandante della base, il quale aveva

chiesto di provvedere al lavaggio e alla stiratura di suoi capi personali. Al riguardo è di tutta evidenza che il carattere ‘promiscuo’ di tale fattura non solo non dimostri in alcun modo che l’importo principale non sia riferibile a servizi di pulizia (circostanza che l’appellante avrebbe dovuto dimostrare), ma per di più si riferisce a una circostanza del tutto marginale nell’ambito della complessiva vicenda;

- che, per quanto riguarda la fattura relativa al servizio di pulizia delle tende svolto nei confronti del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio, non emerge alcuna ragione in fatto o in diritto per negare che tale fattura fosse riferibile a servizi di pulizia in senso lato e, quindi, computabile ai fini della determinazione della soglia di fatturato specifico.

2.3.1.2. Quanto al secondo aspetto (ossia, quanto alla questione delle c.d. ‘fatture ad oggetto promiscuo’), si osserva che anche in questo caso l’appellante abbia mancato di fornire la prova piena circa la non riferibilità delle fatture in parola ai servizi di pulizia che costituivano oggetto della gara.

Anche in questo caso, quindi, gli argomenti a tal fine profusi dovrebbero essere dichiarati in radice inammissibili.

Ma anche a voler esaminare nel merito tali argomenti di doglianza (ancora una volta peraltro, reiterativi di analoghi argomenti già spesi in primo grado e disattesi dal T.A.R.), non si ritiene che l’appellante abbia fornito elementi idonei a revocare in dubbio la complessiva congruità di quanto allegato da controparte.

Si osserva al riguardo:

- che le fatture relative alle attività di “*pulizia e manutenzione ordinaria*” delle fontane monumentali e artistiche di Roma non possono essere scorporate per intero sia perché l’appellante non ha fornito la prova piena in ordine al *quantum* degli importi che non risulterebbero pertinenti, sia perché l’appellata ha persuasivamente eccepito che l’attività di “*manutenzione*” non

consiste in altro, che nella disostruzione delle bocchette di scarico, in tal modo concretandosi in un'attività in toto assimilabile a quella di pulizia in senso proprio;

- che le fatture relative al servizio di *“monitoraggio, pulizia, manutenzione e riparazione delle cabine protettive in uso alla Polizia municipale”* di Roma non possono essere scorporate per intero sia perché l'appellante non ha fornito la prova piena in ordine al quantum degli importi che dovrebbero essere defalcati, sia perché l'appellata ha persuasivamente eccepito che le attività di pulizia ulteriori rispetto a quelle di pulizia in senso proprio consistono nella maggior parte dei casi in attività c.d. di 'de-graffitaggio' e di pulizia dei filtri degli impianti di condizionamento (attività – queste – comunque riferibili a quelle di pulizia in senso ampio).

2.3.1.3. Quanto al terzo aspetto (ossia, quanto alla questione delle c.d. 'fatture temporalmente differite'), si osserva che anche in questo caso l'appellante abbia mancato di fornire la prova piena circa il mancato raggiungimento del fatturato specifico necessario per conseguire la fascia di classificazione g) di cui all'articolo 3 del D.M. 274 del 1997.

Ed infatti, al fine di conseguire la prova di quanto affermato, l'appellante

- non avrebbe dovuto limitarsi a defalcare dall'importo complessivo dei servizi di pulizia riferiti al triennio 2007-2009 quelli relativi a servizi erogati prima del 2007 (pur se fatturati nel corso del triennio in questione),

- ma avrebbe dovuto anche aggiungere all'importo complessivo in questione quello relativo ai servizi erogati nel corso del triennio e fatturati solo successivamente (ad es.: nel corso del 2010), eventualmente chiedendo di defalcare dall'importo complessivo la sola eventuale differenza (in negativo) fra le somme da sottrarre e quelle da aggiungere. Non avendo operato nel modo indicato (che era, a ben vedere, l'unico idoneo ad applicare in modo coerente e credibile il principio dell'annualità invocato dalla stessa appellante), deve ritenersi che, anche sotto questo aspetto, non

sia stata raggiunta la prova piena in ordine alla non attendibilità del complessivo fatturato specifico allegato ai fini della partecipazione alla gara.

2.3.2. In base a quanto dinanzi osservato sub 2.3.1., deve concludersi nel senso che l'appellante non abbia fornito la prova in ordine alla non attendibilità del possesso da parte della società Sagad di un fatturato specifico per servizi di pulizia pari alla soglia minima richiesta dal D.M. 274 del 1997 ai fini del riconoscimento della fascia di classificazione g) (pari, come si è detto in precedenza , ad euro 2.065.827,60).

Pertanto, è irrilevante ai fini del decidere l'esame dell'ulteriore motivo di appello con cui il R.T.I. CNS chiede, altresì, lo scorporo dei requisiti di fatturato specifico riferibili alla società Impresan (fusa per incorporazione nella società Sagad).

E infatti, a prescindere dall'esito dell'esame di tale motivo di appello, resterebbe fermo che la Sagad possedesse di suo il requisito di fatturato specifico medio nell'arco del triennio di riferimento superiore ad euro 2.065.827,60 (ossia, un requisito di fatturato comunque superiore a quello minimo necessario per vedersi riconoscere la fascia g)).

Ad ogni modo, ai limitati fini che qui rilevano si osserva che non emergono ragioni in fatto o in diritto per negare la computabilità in favore dell'incorporante Sagad dei requisiti di fatturato specifico riferibili alla incorporata Impresan per servizi di pulizia svolti nel corso del 2007 e del 2008.

Ed infatti, si tratta di requisiti di fatturato pertinenti rispetto a quanto rilevante ai fini della partecipazione alla gara, conseguiti nel corso del triennio rilevante e correttamente computabili in favore della società incorporante.

3. E' infondato anche il secondo motivo di appello (con il quale il R.T.I. CNS lamenta sotto diversi angoli visuali la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. appellato per essere stata omessa la dichiarazione *ex art.* 38,

comma 1, lettera c), in relazione alla persona del signor Luca Bisenti, già preposto alla gestione tecnica della società Impresan – fusa per incorporazione nella società mandante Sagad nel gennaio del 2008).

3.1. Al riguardo, non appare determinante ai fini del decidere indulgere sulla questione relativa al se l'onere dichiarativo di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), del codice dei contratti si estenda anche ad amministratori, ai direttori tecnici e ai preposti delle società fuse per incorporazione (si tratta di una questione di cui si è occupata, tra l'altro, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 4 maggio 2012, n. 10).

Ed infatti, la *quaestio iuris* appena richiamata risulta non rilevante ai fini del decidere per almeno due ragioni:

- in primo luogo, perché è incontestato in atti che nei confronti del signor Bisenti non sussistessero le ragioni ostative (condanne penali) di cui è menzione alla lettera c) del richiamato articolo 38. A tutto concedere, quindi, l'eventuale omissione in relazione ad una menzione soggettiva *aliunde* obbligatoria per legge non rileverebbe ai fini dell'esclusione dalla gara, dovendo trovare applicazione la giurisprudenza di questo Consiglio formatasi sulla questione del c.d. 'falso innocuo' o dell' 'omissione innocua' (sul punto, *ex plurimis*: VI, 29 maggio 2012, n. 3200; *id.*, V, 24 novembre 2011, n. 6240; *id.*, VI, 15 giugno 2011, n. 3655);

- in secondo luogo, perché la mancata indicazione del signor Bisenti quale soggetto cessato dalla carica non avrebbe comunque potuto rilevare ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera c), cit., atteso che le dimissioni del preposto alla gestione tecnica in questione (con conseguente cessazione dalla carica) erano state presentate nel gennaio del 2005, ossia ben prima del triennio anteriore alla pubblicazione del bando.

Né può essere condiviso l'ulteriore argomento con cui il R.T.I. appellante lamenta la mancata applicazione da parte del T.A.R. delle conseguenze connesse alla mancata dichiarazione relativa al signor Bisenti.

Come si è esposto in narrativa, l'appellante ha osservato che dopo le dimissioni del sig. Bisenti (gennaio 2005) la società Impresan avrebbe agito in assenza della figura del preposto alla gestione tecnica (e in questo caso, il R.T.I. appellato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché i requisiti di qualificazione maturati da Impresan e allegati dalla mandante Sagad – cessionaria del ramo d'azienda – non potevano essere computati in quanto maturati *contra legem*).

Al riguardo il Collegio osserva che l'argomento in questione è comunque irrilevante ai fini del decidere in quanto (per le ragioni già esaminate *retro*, *sub* 2.3.1. e 2.3.2.) la società Sagad era in grado di conseguire di suo i requisiti di fatturato specifico idonei a vedersi riconoscere la fascia di classificazione g) ai sensi dell'articolo 3 del D.M. 274 del 1997, anche a prescindere dal concorso dei requisiti di fatturato riferibili alla società incorporata Impresan.

4. Risulta infondato anche il terzo motivo di appello (con il quale il R.T.I. CNS lamenta la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. appellato per non essere stata dichiarata in sede di gara l'esistenza di un rilevante debito fiscale a carico della società mandante Unione Delta per il quale era stata concessa la rateizzazione in data anteriore a quella in cui la domanda di partecipazione alla gara era stata presentata).

4.1. Si osserva al riguardo che, secondo un condiviso orientamento (il quale trae origine da quanto stabilito dalla Corte di giustizia delle CE con la sentenza 9 febbraio 2006, in causa C-226/04), la richiesta di rateizzazione di un debito fiscale e l'adozione dell'atto che consente tale rateizzazione in epoca anteriore alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non determinano la complessiva 'irregolarità' della posizione dell'operatore economico interessato e consentono quindi la sua partecipazione alla procedura a condizione che il beneficio della rateizzazione sia conseguito conformemente alla normativa e alle prassi

amministrative nazionali e in modo tempestivo rispetto alla tempistica della gara.

Impostati in tal modo i termini della questione, ne consegue che non poteva disporsi l'esclusione dalla gara del R.T.I. appellato, atteso che:

- l'ammissione della società Unione Delta al pagamento dilazionato era stata disposta con provvedimento dell'Amministrazione finanziaria già in data 15 ottobre 2009 (ossia, ben prima della presentazione dell'offerta);
- non sussisteva un obbligo specifico di dichiarare l'esistenza del debito per il quale era stata ammessa la rateizzazione, atteso che non sussisteva in radice l'oggetto stesso dell'obbligo comunicativo (relativo all'esistenza di *“violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse”*).

5. Per le ragioni fin qui esposte, il ricorso principale deve essere respinto

Per le medesime ragioni, neppure domanda risarcitoria proposta dal R.T.I. appellante può trovare accoglimento, non sussistendo in radice l'elemento oggettivo della fattispecie di illecito foriero di danno.

6. Per le medesime ragioni dinanzi esposte, la sentenza deve essere confermata per la parte in cui ha ritenuto irrilevante ai fini del decidere l'esame del ricorso incidentale, con il quale si era concluso nel senso dell'inammissibilità del primo ricorso per l'esistenza di plurime ragioni le quali avrebbero deposto nel senso dell'esistenza di ragioni ostative alla partecipazione alla gara da parte del R.T.I. appellante.

7. Per le ragioni sin qui esposte, l'appello principale deve essere respinto, mentre l'appello incidentale deve essere dichiarato inammissibile.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 2517 del 2012, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello principale e dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante alla rifusione in favore dell'appellato delle spese del secondo grado di lite, che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), di cui euro 2.500 in favore dell'Inail ed euro 2.500 per le società appellate, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2013

IL SEGRETARIO

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