

N. 03544/2013REG.PROV.COLL.

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 8153 del 2012, proposto da:

SERVITECH S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo R.T.I. con JOHNSON & JOHNSON Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani e Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, Via Bocca di Leone n. 78 (Studio BDL);

**contro**

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto in Roma, via Silla n. 91;

**nei confronti di**

- NGC Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Luca Griselli ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

- SERVISAN S.a.s. di Giuseppe De Martino & C., non costituita;

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, Sezione II, n. 1134 del 23 giugno 2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione in service, previo adeguamento funzionale, di un laboratorio di emodinamica ed elettrofisiologia per procedure di coronografia, angioplastica ed elettrofisiologia dell'U.O. di Cardiologia del Presidio Ospedaliero "SS. Annunziata" di Taranto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Taranto e di NGC Medical S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2013 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Gabriele Pafundi, per delega degli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Luigi Nilo, l'avv. Francesco Caricato e l'avv. Michela Reggio D'Acì, per delega dell'avv. Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1.- L'Azienda Sanitaria Locale Taranto ha indetto una procedura aperta (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento della gestione in service, previo adeguamento funzionale, (progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento funzionale dei locali) compresa la fornitura delle attrezzature e degli arredi, di un laboratorio di emodinamica ed elettrofisiologia, con fornitura di materiali di consumo, per procedure di coronografia, angioplastica ed elettrofisiologia dell'U.O. di Cardiologia del Presidio Ospedaliero "SS. Annunziata" di Taranto, con una spesa complessiva annua € 1.599.600,00 oltre IVA.

Con deliberazione n. 2230 del 27 luglio 2011, il Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto ha provveduto all'aggiudicazione definitiva della procedura aperta in favore di NGC Medical S.p.A. (classificatasi al primo posto della graduatoria finale con complessivi punti 96,80), davanti a SERVISAN S.a.s. (collocatasi al secondo posto con complessivi punti 91,68) e alla SERVITECH S.r.l., in costituendo R.T.I. con Johnson & Johnson Medical S.p.A. (classificatasi al terzo posto della graduatoria finale con complessivi punti 89,20).

2.- SERVITECH S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo R.T.I. con Johnson & Johnson Medical S.p.A., di seguito SERVITECH, ha impugnato davanti al T.A.R. di Lecce la suddetta deliberazione (n. 2230 del 2011) con la quale il Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto ha provveduto all'aggiudicazione definitiva della procedura, la successiva nota (n. 4174 del 1 Agosto 2011) con la quale l'Azienda Sanitaria ha dato comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, nonché gli atti della procedura di gara con cui è stata disposta l'ammissione alla stessa delle due controinteressate NGC Medical S.p.A. e SERVISAN S.a.s. (classificatesi, rispettivamente, al primo ed al secondo posto della graduatoria finale). Con successivi motivi aggiunti ha poi impugnato anche il diniego tacito di autotutela opposto dall'Azienda Sanitaria al preavviso di ricorso inviato in data 30 settembre 2011.

3.- Il T.A.R. per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, con sentenza della Sezione II, n. 1134 del 23 giugno 2012, ha ritenuto fondato il ricorso incidentale che era stato proposto dalla aggiudicataria NGC Medical, diretto a contestare l'ammissione alla procedura della ricorrente principale; in conseguenza il T.A.R. ha dichiarato improcedibile il ricorso principale le cui doglianze ha, peraltro, succintamente ritenuto non condivisibili nel merito.

4.- Nel frattempo, dopo l'ordinanza cautelare del T.A.R. di Lecce n. 834 del 21 dicembre 2011 (poi confermata da questa Sezione con ordinanza n. 990 del 9 marzo 2012), in data 30 dicembre 2011 è stato sottoscritto il contratto fra l'Azienda Sanitaria e l'aggiudicataria NGC Medical S.p.A.

5.- SERVITECH ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Con il primo motivo l'appellante ha sostenuto che la prima censura del suo ricorso principale, con la quale aveva contestato l'ammissione alla gara di NGC Medical per aver disatteso la prescrizione della *lex specialis*, che imponeva di inserire la documentazione integrante l'offerta in un'unica busta, riguarda un momento logico e procedimentale sicuramente antecedente rispetto all'esame delle censure contenute nel ricorso incidentale la cui delibazione «richiede che si sia superata la fase preliminare di verifica che le offerte, pervenute nei termini, siano state inoltrate e confezionate secondo le modalità imposte dalla legge di gara».

Erroneamente quindi, secondo l'appellante, il T.A.R. ha ritenuto di dover prima esaminare, accogliendolo, il ricorso incidentale proposto da NGC Medical.

6.- Al riguardo, si deve ricordare che l'esame del ricorso incidentale.

7.2.- Il T.A.R. ha ritenuto fondato il motivo del ricorso incidentale considerato che «la dichiarazione sostitutiva rilasciata dal rappresentante della impresa concorrente, resa in relazione agli altri soggetti (già) muniti del potere di legale rappresentanza della società in modo generico e indifferenziato, in relazione alla carica rivestita nella società ma senza la chiara e inequivoca indicazione dell'identità dei soggetti coinvolti dalla dichiarazione medesima, in quanto formulata in "incertam personam", si manifesta in palese contrasto con la funzione di certezza assegnatale dalla legge precludendo il controllo sulla veridicità di quanto attestato. Pertanto tale dichiarazione non concreta una valida dichiarazione ai sensi dell'art. 38, primo comma lett. c), del Decreto Legislativo n. 163/2006, dovendosi ritenere "tamquam non esset" per carenza degli elementi minimi essenziali, vale a dire (almeno) dell'identità dei soggetti nei confronti dei quali essa veniva resa».

7.3.- L'appellante SERVITECH sostiene che la pronuncia gravata non ha tuttavia considerato che, per quanto riguarda il sig. Deznack Milos, la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 «non è stata resa personalmente in quanto cessato dalla carica a far data dall'1.06.2009 e a partire da quella data irreperibile», mentre nella dichiarazione resa dalla procuratrice speciale della Johnson & Johnson Medical, Elena Magnani, è stato espressamente affermato che «nei confronti del legale rappresentante della Società, degli altri componenti l'organo di amministrazione e dei procuratori speciali muniti di rappresentanza, ivi compresi quelli cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara» non è stata pronunciata sentenza di condanna che incide sulla moralità professionale.

Quindi «la mandante Johnson & Johnson, in persona della procuratrice speciale Elena Magnani, la quale ha sottoscritto l'offerta e l'istanza di partecipazione, ha reso la dichiarazione anche per gli amministratori cessati» e «benché tali dichiarazioni non menzionassero espressamente l'ex Amministratore Deznack Milos, è incontestabile, come risulta dalla visura camerale depositata agli atti e che la stessa Amministrazione aveva la possibilità di esaminare, che il sig. Deznack Milos era l'unico amministratore cessato nel triennio di riferimento».

8.- Osserva, al riguardo, la Sezione che la disposizione dettata dall'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ha la chiara finalità di attuare un controllo effettivo sull'idoneità morale degli operatori economici con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza. Tale dichiarazione, all'epoca della gara in questione, doveva essere resa anche dagli amministratori cessati nei tre anni antecedenti (mentre oggi deve essere rilasciata anche dagli amministratori cessati nell'anno antecedente).

8.1.- Si è, in proposito, ritenuto anche possibile che, come nella fattispecie, la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 sia resa da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato. Ma a condizione che dalla stessa dichiarazione sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa dei predetti altri soggetti, non solo per consentire alla Stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche ma anche per l'assunzione di responsabilità del dichiarante per il caso di non veridicità di quanto attestato.

Infatti la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante riguardo ai quali si attesta l'insussistenza di cause ostative sul piano della moralità implica anche la mancata assunzione di responsabilità per il caso di non veridicità della dichiarazione che rappresenta il "proprium" del meccanismo dell'autocertificazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1516 del 16 marzo 2012; n. 6053 del 16 novembre 2011; Sez. V, n. 7578 del 20 ottobre 2010).

Anche di recente si è affermato che la dichiarazione presentata in sede di gara ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti non può, in mancanza di espressa indicazione, estendersi ai singoli esponenti aziendali, in assenza di una specifica indicazione nominativa degli stessi, difettando in tal caso una sicura assunzione di responsabilità del dichiarante, rilevante anche per le conseguenze di carattere penale in caso di falsità (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 815 del 12 febbraio 2013; Consiglio di Stato, Sez. III n. 5872 del 20 novembre 2012).

9.- Sulla base delle esposte considerazioni il motivo di appello risulta infondato e non può assumere alcun rilievo la circostanza che il nominativo dell'ex amministratore della mandante Johnson & Johnson, Deznack Milos, fosse comunque rilevabile da altri documenti presentati per la partecipazione alla gara.

10.- Correttamente il T.A.R. ha ritenuto quindi di dover accogliere il ricorso incidentale dell'aggiudicataria NGC Medical.

L'appello deve essere, in conseguenza, respinto, diventando inutile l'esame degli altri motivi sollevati.

11.- Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento di € 3.000,00 in favore delle parti resistenti, per un totale di € 6.000,00, per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2013

IL SEGRETARIO