

N. 02289/2014REG.PROV.COLL.
N. 09480/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9480 del 2013, proposto da:
Ditta Impes Service s.p.a., in proprio e quale Capogruppo
Mandataria Costituenda A.T.I. e Gievve Impianti s.n.c.,
rappresentate e difese dagli avv. Raffaele e Rocco De Bonis, con
domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Giambattista Martini
n. 2;

contro

Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza, rappresentata e difesa
dagli avv. Aristide Police e Domenico Carlomagno, con domicilio
eletto presso il primo in Roma, via di Villa Sacchetti n. 11;

nei confronti di

ATI Consorzio Cooperative Costruzioni e Ditta Geraldini Impianti
Sud Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA – POTENZA - SEZIONE I n. 00501/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di esercizio e manutenzione degli impianti elettrici e speciali dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati R. De Bonis e G. Gruner;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata – Potenza - Sezione I, con sentenza breve n. 501 del 5 dicembre 2012 depositata il 14 agosto 2013, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso proposto dall'A.T.I. Impes Service s.p.a., con sede in Bernalda (MT), e Gievve Impianti s.n.c., con sede in Pignola (PZ), avverso la deliberazione n. 412 del 19 ottobre 2012 – e atti collegati – dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza, recante

l'esclusione dalla gara e la revoca dell'aggiudicazione definitiva del servizio di esercizio e manutenzione degli impianti elettrici e speciali dell'Azienda.

Il giudice di primo grado ha ritenuto legittima l'esclusione della Società ricorrente in quanto a carico della Gievve, a seguito di verifica con il casellario informatico delle imprese, è risultata la risoluzione contrattuale di appalto disposta dal Comune di Monza per gravi inadempimenti contrattuali e la circostanza non era stata oggetto di espressa dichiarazione, come prescritto dall'art. 38, c. 1, lett. f), del D.Lgs.n. 163/2006, così non consentendo le valutazioni spettanti all'Amministrazione.

Con una puntuale disanima della fattispecie sono state disattese le censure volte a sostenere la tassatività delle cause di esclusione in mancanza di espressa previsione, la sussistenza dell'affidamento e dell'errore scusabile, l'insussistenza dell'errore grave e della grave negligenza, come prevede lo stesso art. 38, sia perché le prestazioni contestate erano state effettuate per altra stazione appaltante, sia perché l'azienda ha eseguito appalti di valore rilevante ed aveva in atto lavori con la stessa Azienda.

Il T.A.R. quindi ribadisce che nella fattispecie si verte in via preliminare in tema di mancata dichiarazione, che viene sanzionata dagli artt. 46 c. 1, 38 c. 2, e 49 c. 3, del ridetto D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 45, c. 2, lett. d) della direttiva CE n. 18/2004, e a tal riguardo spetta unicamente alla stazione appaltante ogni accertamento

probatorio e conseguente valutazione.

Si richiama l'analogo precedente di cui alla sentenza n. 518/2012 resa fra le stesse A.T.I. e per lo stesso motivo.

2. Le citate ditte Impes e Gievve, con atto notificato il 13 dicembre 2013 e depositato il 27 dicembre 2013, hanno interposto appello, con domanda di sospensiva, ribadendo le doglianze di primo grado; insistono in particolare sulla circostanza che la previsione dell'art. 38 si riferisce a lavori da eseguire per la stessa stazione appaltante, sulla tassatività delle cause di esclusione non prevedendo il bando l'esclusione per tale mancata dichiarazione, sull'errore scusabile e sulla buona fede, sulla insussistenza del grave errore o negligenza o malafede, sul difetto di istruttoria e di motivazione, richiamando anche giurisprudenza anche comunitaria.

Con memorie depositate il 21 gennaio e 18 febbraio 2014 sono stati sinteticamente replicati i motivi dell'appello.

3. Con memoria depositata il 2 gennaio 2014 si è costituita l'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza a sostegno dell'operato dell'Amministrazione e della sentenza impugnata.

4. Con ordinanza n. 337 del 23 gennaio 2014 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

5. La causa, all'udienza pubblica del 15 aprile 2014, è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma, condividendosi le argomentazioni già svolte dal T.A.R. che si

richiamano anche per esigenze di economia processuale.

Ai fini del decidere il *thema decidendum* va circoscritto alla questione che è stata oggetto della sentenza appellata e cioè se l'art. 38, c. 1, lett. f) del D.Lgs. n. 136/2006 imponga, a pena di esclusione, la dichiarazione di pregresse risoluzioni contrattuali anche da parte di stazioni appaltanti diverse da quella che bandisce l'appalto all'esame.

Orbene, si tratta di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante, la stessa o altra, perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'Amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova.

La circostanza pertanto assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, anche se proveniente da altra Amministrazione, e che può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante.

Il bando in questione faceva comunque riferimento all'art. 38 e alla dichiarazione dell' "errore grave" e d'altra parte il T.A.R., limitandosi per l'appunto alla mancata dichiarazione e prescindendo da altri profili di merito dedotti, ha indicato chiaramente il disposto delle norme che hanno supportato l'esclusione della Impes-Gievve dalla gara in epigrafe.

Né, ad avviso della Sezione, poteva farsi ricorso al cd. soccorso

istruttorio, che è volto a chiarire e completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ma non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda (cfr. anche Ad. Plen. N. 9/2014), e nel caso di specie la dichiarazione era stata del tutto omessa e non poteva quindi essere sanata o regolarizzata o integrata successivamente, rientrando fra i cd. “adempimenti doverosi” imposti comunque dalla norma, a prescindere anche dalla previsione della disciplina di gara e da ogni visione “sostanzialistica” di tali adempimenti.

Le procedure concorsuali, infatti, perseguono il rispetto rigoroso delle regole poste ad assicurare l'imparzialità e la parità di trattamento in tutte le loro fasi, per cui spetta al concorrente il dovere della diligenza nella osservanza delle disposizioni concorsuali proprio ai fini della tutela dell'interesse al concorso; né tale onere può essere posto a carico dell'Amministrazione, che altrimenti verrebbe a violare proprio quella *par condicio*, che invece nella fattispecie prevale sul diverso principio del *favor participationis*, dovendosi assicurare certezza agli elementi dell'offerta.

Le valutazioni che incidono sulla moralità professionale spettano alla stazione appaltante e non di certo al concorrente, che non può quindi operare alcun proprio “filtro” in sede di domanda di partecipazione e quindi di dichiarazione in proposito.

D'altra parte, come richiamato dal giudice di prime cure, lo stesso T.A.R. si era già espresso nei sensi suesposti con sentenza n.

518/2012 e sempre relativamente all'omissione di tale dichiarazione da parte della stessa A.T.I., per cui non rilevano le argomentazioni circa il giudizio sulla rilevanza o meno delle pregresse condotte contrattuali.

Anche il riferimento ad altre pronunce e alla stessa A.V.C.P. non attiene specificatamente al caso di specie riguardando invece la valutazione della stazione appaltante circa pregresse risoluzioni contrattuali, quindi a un momento successivo alla prestazione della dichiarazione in parola; la stessa citata sentenza di questo Collegio n. 2403/2011 non riguarda il caso della mancata dichiarazione bensì per l'appunto la fase successiva della valutazione della stazione appaltante circa progressi rapporti contrattuali anche con diverse Amministrazioni e sottolinea la legittimità della ammissione alla gara nel caso in cui l'Amministrazione non abbia inteso previamente escludere un concorrente con motivato esame dei precedenti rapporti contrattuali.

In conclusione, il provvedimento impugnato, ampiamente motivato, contiene gli elementi indispensabili, in fatto e in diritto, per configurare la fattispecie all'esame.

7. Ne consegue che l'appello va respinto e la sentenza va confermata. Le spese di giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo.

P.Q.M.

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

proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore della controparte costituita (Azienda ospedaliera S. Carlo di Potenza) liquidate in € 3000,00 (tremila), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2014

IL SEGRETARIO

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

