

N. 01079/2015REG.PROV.COLL.

N. 08877/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8877 del 2014, proposto da:

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Televita s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avv. Andrea Manzi, dall'Avv. Stefano Baccolini e dall'Avv. Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

Azienda Sanitaria Locale 2 Lanciano - Vasto - Chieti, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Diego De Carolis, con domicilio eletto presso l'Avv. Salvatore Dettori in Roma, Piazza SS. Apostoli, n. 66;

G.P.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i., rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Vinti, dall'Avv. Corinna Fedeli, dall'Avv. Dario Capotorto e dall'Avv. Rosella Ferrara, con domicilio eletto presso l'Avv. Stefano Vinti in Roma, Via Emilia, n. 88;

Consorzio Coop. Sociali S.G.S., appellata non costituita;

Consorzio Sinergie Soc. Consortile a r.l., appellata non costituita;

Exprivia s.p.a., appellata non costituita;

Consorzio Target Sinergie Società Consortile, appellata non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00415/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi riconducibili alle attività CUP presso le AA.SS.LL. della Regione Abruzzo - mcp

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale 2 Lanciano - Vasto - Chieti e di G.P.I. s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2015 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Manzi, l'Avv. De Carolis e l'Avv. Fedeli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Locale n. 2 Lanciano-Vasto-Chieti – qui di seguito, per brevità, l'Azienda – ha indetto, con bando pubblicato nella GUCE del 19.10.2012, la procedura aperta per l'affidamento dei servizi riconducibili alle attività CUP (Centro Unico di Prenotazione) presso le AA.SS.LL. della Regione Abruzzo.
2. Il criterio di aggiudicazione è stato fissato nell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata con il metodo aggregativo-compensatore, di cui all'allegato P del d.P.R. 207/2010, con l'utilizzo di un "*confronto a coppie*" di matrice triangolare.
3. La gara è stata aggiudicata inizialmente, con deliberazione n. 1261 del 2013, all'a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l., che tuttavia è stata poi esclusa dalla stazione appaltante con successiva deliberazione n. 1475 del 2013 per la riscontrata esistenza di condanne penali, riportate dai legali di Nike s.r.l. e di Gesan s.r.l., e non dichiarate in violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006.
4. L'iniziale esito della gara, favorevole all'a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l., è stato impugnato avanti al T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, dall'odierna appellante, CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, mentre le predette due società, con separato ricorso, hanno impugnato la loro successiva esclusione disposta dall'Azienda.
5. Il T.A.R. pescarese, con sentenza n. 126 del 19.3.2014, ha respinto il ricorso proposto dalle due società facenti parte dell'a.t.i. esclusa, mentre ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse al proprio ricorso da parte di CNS, una volta rigettato il ricorso dell'a.t.i. contro la sua esclusione, con definitiva conferma di quest'ultima.
6. L'Azienda ha quindi chiesto all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici se, in seguito all'esclusione dell'a.t.i., dovesse procedere direttamente all'affidamento del servizio in favore di CNS, seconda classificata nella graduatoria originaria, oppure se dovesse riassegnare i punteggi relativi alle offerte tecniche, mediante la rinnovazione del "*confronto a coppie*", ovviamente con l'esclusione di tutti i confronti dei punteggi in precedenza attribuiti all'a.t.i. Nike, originaria vincitrice.
7. L'Autorità di Vigilanza, con parere precontenzioso n. 141 del 20.6.2014, si è espressa per la seconda soluzione.
8. Questo Consiglio, con la sentenza n. 4543 dell'8.9.2014, ha respinto infine gli appelli proposti da Nike s.r.l. e da Gesan s.r.l. avverso la sentenza del T.A.R., confermando la loro esclusione dalla gara, e ha dichiarato improcedibile, per carenza di interesse, l'appello incidentale di CNS, disponendo la rinnovazione della gara con il metodo del confronto a coppie tra CNS e G.P.I. s.p.a.
9. L'Azienda, a seguito della riconvocazione della Commissione giudicatrice e della rassegnazione dei punteggi alle offerte tecniche in gara, ha aggiudicato quindi l'appalto, in via provvisoria, alla costituenda a.t.i. tra GPI s.p.a., Consorzio Coop. Sociali S.G.S., Consorzio Target Sinergia Consortile a r.l. ed Exprivia s.p.a. (di seguito, per brevità, a.t.i. G.P.I.), risultando l'attuale appellante CNS seconda classificata.
10. CNS, assumendo che l'offerta dell'aggiudicataria non fosse conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, ha quindi impugnato avanti al T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore dell'a.t.i. G.P.I., di cui alla determinazione n. 1066 del 12.8.2014.
11. Il T.A.R., con sentenza n. 415 del 15.10.2014, ha dichiarato il ricorso proposto contro la mancata esclusione di G.P.I. s.p.a. irricevibile per tardività e, comunque, inammissibile per carenza di prova dell'interesse ad agire, compensando le spese di lite.
12. Avverso tale sentenza ha proposto appello CNS, chiedendone la riforma e riproponendo, in questa sede, il primo e il terzo motivo di ricorso, non esaminati nel merito dal primo giudice, al fine di ottenere

l'annullamento dei provvedimenti impugnati e il risarcimento del danno in forma specifica, con conseguente aggiudicazione dell'appalto e declaratoria di inefficacia dei contratti di appalto.

13. Si sono costituite l'Azienda e G.P.I., chiedendo entrambi di respingere l'appello.

14. Nella camera di consiglio del 27.11.2014, fissata per l'esame della domanda cautelare, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 29.1.2015 per il sollecito esame del merito.

15. Nella pubblica udienza del 29.1.2015 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

16. L'appello è solo parzialmente fondato, in relazione all'erronea declaratoria di irricevibilità e/o inammissibilità dell'originario ricorso che, tuttavia, deve essere respinto nel merito per le ragioni che di seguito si esporranno.

17. Il T.A.R. pescarese, nel dichiarare tardivo il ricorso di CNS, ha ritenuto che nel presente giudizio apparirebbe ormai dimostrato e, quindi, rilevabile d'ufficio che, da un lato, l'interesse dell'odierna appellante è solo quello di ottenere l'aggiudicazione attraverso il nuovo confronto delle offerte e che, dall'altro, tale confronto non può mai portare all'aggiudicazione in suo favore, così come dimostrato dalle operazioni compiute dall'Amministrazione resistente e non oggetto di censura.

17.1. Secondo il primo giudice, più precisamente, *“la circostanza che quello al riconteggio fosse l'unico interesse tutelabile dalla ricorrente e la circostanza che in relazione a ciò vi fosse una situazione di carenza di chance di aggiudicazione, in difetto dell'esclusione dell'odierna controinteressata, sono entrambe preesistenti sin dal momento dell'introduzione del primo giudizio (quello da cui è scaturita la sentenza n. 456 del 2013 di questo Tribunale amministrativo) avverso la mancata esclusione di Nike s.r.l., sicché quantomeno da quella data deve ritenersi decorrere il termine di impugnazione anche della mancata esclusione dell'odierna controinteressata GPI s.p.a., con la conseguente manifesta tardività dell'odierna impugnazione (ciò in quanto il riconteggio è operazione meramente matematica e non discrezionale)”* (pp. 3-4 della sentenza impugnata).

17.2. In altri termini, seguendo il ragionamento del primo giudice, CNS avrebbe dovuto, già nel giudizio promosso contro la – almeno inizialmente – mancata esclusione dell'originaria prima classificata Nike s.r.l., contestare la mancata esclusione anche di GPI s.p.a., dato che, senza anche tale esclusione, essa non avrebbe potuto aggiudicarsi la gara in seguito al riconteggio condotto alla stregua del confronto a coppie e del metodo aggregativo-compensatore.

17.3. Ma questa conclusione è erronea, posto che, se così fosse, il T.A.R. medesimo avrebbe dovuto dichiarare, anche d'ufficio, inammissibile il ricorso proposto da CNS contro la sola mancata esclusione dell'a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l., per il radicale e originario difetto di interesse e per il mancato superamento della prova di resistenza, anziché limitarsi a dichiararne la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, dato che l'esclusione di detta a.t.i. non avrebbe avuto alcuna concreta utilità per CNS, la quale non si sarebbe potuta aggiudicare la gara, ostandovi la miglior offerta di G.P.I. s.p.a., né ottenere qualsivoglia risultato concretamente apprezzabile quanto alle sorti della gara.

17.4. Questo stesso Consiglio al contrario, nella sentenza n. 4543 dell'8.9.2014 (p. 14), ha chiarito che la eventuale definitiva esclusione dell'a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l. *“non comporta, come sostenuto, a seguito della rivalutazione e del ricalcolo delle offerte restanti, la conseguente aggiudicazione alla terza, la GPI; in effetti sia in caso di “scorrimento” sia in caso di rinnovazione dell'esame delle offerte il C.N.S. è titolare di un interesse diretto, concreto e attuale”*.

17.5. Il giudicato formatosi sul punto non può essere posto nel nulla dal rilievo secondo cui esso non vincolerebbe la decisione nel presente giudizio circa l'attuale legittimazione dell'odierna appellante a censurare qui, per la prima volta, la mancata esclusione di GPI s.p.a. perché, una volta ammesso da questo stesso Consiglio – condivisibilmente o meno, qui non rileva, poiché trattasi di statuizione avente ormai autorità di giudicato – che CNS potesse impugnare la mancata esclusione dell'a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l. senza dover anche impugnare quella di GPI s.p.a., non può ora negarsi tale premessa, rendendo *inutiliter datum* quel giudicato, e affermarsi invece contraddittoriamente che essa sin da quel primo giudizio dovesse, invece, impugnare tale mancata esclusione e, quindi, dichiarare irricevibile il ricorso ora proposto.

17.6. Il principio della celerità e della concentrazione dei giudizi, invocato dal T.A.R. a conforto di tale contraddittoria motivazione, doveva essere coerentemente salvaguardato, al più, con la declaratoria di inammissibilità, per mancato superamento della prova di resistenza, del primo ricorso, non già con la declaratoria di irricevibilità del secondo, peraltro in violazione del giudicato che, diversamente da quanto sembra adombrare il primo giudice, è vincolante anche quanto alla sussistenza delle condizioni dell'azione che questo stesso Consiglio, evidentemente, ha ritenuto tutte sussistenti, all'atto della propria pronuncia, disponendo espressamente, nel dispositivo della sentenza n. 4543/2014, la prosecuzione della gara con il metodo del confronto a coppie tra CNS, odierna appellante, e G.P.I. s.p.a.

17.7. Di qui la necessità di riformare, perché viziata sul punto da *error in procedendo*, la sentenza impugnata, che avrebbe dovuto esaminare nel merito le censure sollevate dall'odierna appellante anziché dichiararle irricevibili.

18. La sentenza merita riforma anche nella parte in cui ha altresì ritenuto inammissibile, per carenza di prova circa l'interesse ad agire, il ricorso di CNS poiché essa non avrebbe dato concreta dimostrazione che, in caso di esclusione anche di GPI s.p.a. e a seguito del successivo confronto tra le concorrenti rimaste in gara, l'aggiudicazione spetterebbe proprio alla ricorrente.

18.1. Di tale questione officiosa, attinente alla sussistenza di una fondamentale condizione dell'azione come l'interesse ad agire, il primo giudice non ha dato rituale avviso alle parti, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., poiché di tale rilievo non si rinviene traccia nel verbale della camera di consiglio del 2.10.2014, prodotto dall'odierna appellante e facente fede, sino a querela di falso, di quanto dichiarato dalle parti e statuito dal Collegio giudicante in quella sede.

18.2. Ove avvisata, infatti, CNS avrebbe potuto dare prova di tale interesse, come ha fatto nel presente grado di giudizio, producendo la documentazione comprovante la sussistenza dell'interesse ad agire e, in particolare, il conteggio del ricalcolo conseguente all'auspicata esclusione di G.P.I. s.p.a. (doc. 18 fasc. parte appellante).

18.3. Ne segue che, in presenza di tale prova, che l'appellante è legittimata a fornire in questa sede a fronte della violazione dell'art. 73 c.p.a. da parte del primo giudice, il ricorso originario è pienamente ammissibile e deve essere esaminato nel merito.

19. Due sono le censure, di tenore analogo, che l'appellante ha inteso qui riproporre.

19.1. Con il primo (pp. 16-23 del ricorso) CNS ha nuovamente censurato l'omessa dichiarazione – da parte dei legali rappresentanti di talune delle società costituenti l'a.t.i. aggiudicataria nonché da parte di taluni rappresentanti legali delle imprese ausiliarie che hanno fornito i requisiti partecipativi alla medesima a.t.i. – del possesso dei requisiti di moralità professionale indicati dall'art. 38 del d. lgs. 163/2006.

19.2. CNS ha più in particolare lamentato la mancanza della dichiarazione del sig. Domenico Pirozzi, Vicepresidente del Consorzio Target, nonché e ancora la mancanza della dichiarazione del medesimo Vicepresidente della In Opera Soc. Coop. Sociale Onlus, sig. Domenico Pirozzi, e di un terzo consigliere, sig. Giovanni Pirozzi, della In Opera Soc. Coop. Sociale Onlus.

19.3. Con il secondo motivo (pp. 23-31 del ricorso) l'appellante ha evidenziato la presenza, sia nella mandante Exprivia s.p.a. che nella ausiliaria Exprivia Healthcare It s.r.l., di alcuni procuratori muniti della rappresentanza della società che, data l'ampiezza dei poteri loro assegnati, avrebbero dovuto rendere le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di moralità professionale.

20. Entrambe le censure, qui sinteticamente riportate, sono infondate in diritto e vanno disattese.

20.1. La prima – non diversamente, del resto, dalla seconda – muove da una lettura formalistica dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, che è stata definitivamente superata dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 16 del 31.7.2014 e, ora, anche dalla nuova previsione del comma 2-bis, introdotto dall'art. 39 del d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014, per quanto inapplicabile *ratione temporis* alla presente controversia.

20.2. Nel caso di specie il sig. Davide Zamagni, nella sua qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante del Consorzio Target, ha dichiarato al punto 3) della dichiarazione che gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza erano unicamente il sig. Davide Zamagni medesimo ed ha quindi redatto e depositato le dichiarazioni di cui all'art. 38, lett. b), c) e m-ter).

20.3. Analogamente il sig. Simone Vezzali, in qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione nonché legale rappresentante di In Opera Soc. Coop. Sociale Onlus, ha dichiarato, con il modello di dichiarazione unico allegato in gara, che “*in capo alla succitata impresa non sussistono le cause di esclusione di cui all’art. 38 comma 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) ed m-quater) del d. lgs. 163/06*” e successivamente, al punto 3, che l’unico amministratore munito di poteri di rappresentanza era il medesimo Simone Vezzali, che poi ha reso le ulteriori dichiarazioni richieste dal disciplinare di gara.

21. Ora l’appellata G.P.I. s.p.a. ha convincentemente dimostrato, sia mediante la disamina dello statuto (art. 26) che del certificato camerale del Consorzio che con la produzione dello statuto della Cooperativa (art. 30), che gli unici amministratori muniti di poteri rappresentativi, tanto nel Consorzio Target quanto In Opera Soc. Coop. Sociale Onlus, fossero rispettivamente i soli Presidenti, sig. Davide Zamagni e sig. Simone Vezzali, non competendo ai Vicepresidenti alcun potere di rappresentanza legale capace di impegnare gli enti all’esterno se non in caso di assenza o di impedimento del Presidente stesso.

21.1. Ma, anche volendo ammettere con l’appellante – e in conformità, del resto, con l’interpretazione prevalente nella giurisprudenza di questo Consiglio (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 13.3.2013, n. 1494) – che i vicepresidenti avessero, invece, ampi poteri rappresentativi e che il loro nominativo, proprio per tale ragione, dovesse essere indicato nella dichiarazione, non per ciò ne discenderebbe la conseguenza espulsiva invocata dall’appellante.

21.2. Ha chiarito l’Adunanza Plenaria di questo Consiglio, nella già menzionata sentenza n. 16 del 31.7.2014, che la dichiarazione sostitutiva relativa all’insussistenza delle condizioni ostative previste dall’art. 38 d. lgs. 163/2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell’impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati, come nel caso di specie, mediante l’accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici.

21.3. Una dichiarazione sostitutiva confezionata in tal modo, ha aggiunto l’Adunanza, è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l’uso dei poteri di soccorso istruttorio.

21.4. Non è dunque corretto trarre la conclusione che l’odierna appellata dovesse essere esclusa dalla gara per violazione dell’art. 38 del d. lgs. 163/2006, ben potendo, del resto ed anzi dovendo la stazione appaltante procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti in capo ai predetti soggetti ed escludere l’odierna a.t.i., laddove questi abbiano effettivamente precedenti penali, come, peraltro, già è avvenuto per l’a.t.i. Nike s.r.l. – Gesan s.r.l.

21.5. Analoghe considerazioni devono svolgersi, quanto alla seconda censura, anche per le dichiarazioni che, ai sensi dell’art. 38 del d. lgs. 163/2006, avrebbero dovuto rendere i procuratori speciali, asseritamente muniti della rappresentanza delle società, e in particolare il sig. Antonio Lucio Gadaleta, per quanto concerne Exprivia s.p.a., e i sigg. Enrico Annese, Nicola Piccininni e Mariacecilia Guglielmi, per quanto riguarda, invece, l’ausiliaria Exprivia Healthcare It s.r.l.

21.6. Alle considerazioni svolte dall’Adunanza Plenaria nella sentenza n. 16/2014, valevoli anche per i procuratori speciali muniti di ampi poteri rappresentativi, si devono peraltro aggiungere anche quelle svolte ancora dall’Adunanza nella precedente sentenza n. 23 del 2013, secondo cui, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest’ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione di cui art. 38, ma “*soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l’assenza del requisito della moralità professionale*”.

21.7. Ne segue che, anche ammettendo che i procuratori *ad negotia* di cui si controverte fossero muniti di ampi poteri rappresentativi, come assume l’appellante, tali da renderne assimilabile, per l’incidenza e la rilevanza del ruolo gestorio, il ruolo a quello degli amministratori, l’effetto espulsivo non potrebbe discendere, sul piano formale, dalla sola mancata dichiarazione di cui all’art. 38, ma solo e sostanzialmente dalla riscontrata ed effettiva sussistenza di precedenti penali in capo ad essi, sussistenza nemmeno asserita, prima ancor che provata, da parte dell’appellante.

21.8. Di qui, per le ragioni esposte, l’infondatezza anche del secondo motivo di appello.

22. In conclusione il ricorso di CNS, tempestivo e ammissibile, deve essere respinto nel merito, essendosi rivelate infondate le censure proposte nell’originario ricorso e riproposte dall’appellante in questa sede.

23. La complessità delle ragioni, sopra esposte, induce a compensare interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge nel merito il ricorso proposto in primo grado da CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2015

IL SEGRETARIO