



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 8646 del 2011, proposto da: Manutencoop Facility Management S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. ti Stefano Vinti e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88;

contro

Azienda Ulss n. 16 Padova, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Garofalo, con presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma, via Tacito, 41;

nei confronti di

Markas Service S.r.l. in proprio e nella Qualità di Capogruppo dell'Ati con Cooperativa Solidarietà Soc Coop Sociale, rappresentati e difesi dagli avv ti. Pietro Adami e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso Pietro Adami in Roma, corso D'Italia, 97;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO: sezione I n. 1512/2011, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara di appalto per il servizio di pulizie

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 16 Padova e di Markas Service S.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Markas Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Carpani su delega di Mastragostino, Fedeli su delega di Vinti, Garofalo e Adami;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 15 settembre 2009 l'ULSS 16 di Padova ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di pulizie e la fornitura e la gestione completa di prodotti per l'igiene, della durata di anni sei, da effettuarsi nell'ambito dell'Area Vasta di Padova, suddiviso in due lotti, per un importo complessivo di euro 89.000.000.

Relativamente al lotto n. 1, l'ATI guidata da Markas Service s.r.l. ha conseguito il punteggio di 89,84 punti, seconda è risultata Manutencoop Facility Management s.p.a., con uno scarto di appena 0,56 punti.

2. Quest'ultima ha proposto ricorso, integrato da motivi aggiunti, avverso l'aggiudicazione, contestando l'ammissione alla gara di Markas, per violazione dell'art. 38 co. 1 lett. c) e dell'art. 37 del Codice dei contratti, nonché l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche e le modalità di apertura delle buste contenenti le

stesse offerte tecniche. Di contro Markas ha presentato ricorso incidentale nel quale ha lamentato la mancata esclusione della Manutencoop, per violazione dell'art. 38 co. 1 lett. c) del Codice dei contratti.

Il Tar Veneto, con sentenza n. 1512/2011, dando per presupposta l'infondatezza dell'impugnazione incidentale, ha esaminato per prima quella principale respingendo tutti i motivi con essa dedotti.

3. Con il presente appello la Manutencoop ripropone i motivi dedotti in primo grado che vertono, più nel dettaglio:

3.1. sulla mancata dichiarazione da parte di Markas della dichiarazione ex art. 38 lett. c) relativamente a Bruno Carrato, suo consigliere di amministrazione, sul rilievo che lo statuto della società attribuisce la rappresentanza a tutti i componenti del c.d.a. in via disgiunta, citando la sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 3069/2011;

3.2. sulla violazione dell'art. 37 del Codice dei contratti, per quanto concerne, in materia di ATI, il principio della necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione, principio che troverebbe applicazione anche negli appalti di servizi (cita, in questo senso, Cons. St., III, n. 4323/2011), sul rilievo che la Cooperativa solidarietà, mandante dell'ATI aggiudicataria, vanterebbe una qualificazione non corrispondente alla quota di esecuzione ad essa assegnata;

3.3. sulla ingiustificata attribuzione dei punteggi di merito in ordine ai parametri n. 3 e n. 7, data anche l'esiguità dello scarto, di appena 0,56 punti, tra l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria;

3.4. sull'illegittima apertura della busta contenente le offerte tecniche in seduta riservata, in violazione di quanto (successivamente) affermato dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011.

3.5. Si è costituita la Stazione appaltante, con articolata memoria difensiva nella quale contesta, tra l'altro, la vigenza nel nostro ordinamento, anche per i servizi, di un principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione, citando precedenti difformi, anche recenti (Cons. St., V, n. 5073/2011), e richiedendo che della questione sia investita l'Adunanza Plenaria se non anche la Corte di Giustizia Europea.

3.6. Markas, già ricorrente incidentale nel giudizio di primo grado, ha proposto appello incidentale avverso la sentenza del Tar, nella parte in cui ha disatteso l'ordine di priorità che imponeva l'esame preliminare del proprio ricorso e laddove abbia, implicitamente, ritenuto infondate le censure.

Nel merito ha riproposto i tre motivi del ricorso incidentale vertenti, più nel dettaglio:

3.6.1. sulla violazione dell'art. 38 co. 1 lett. c) relativamente agli amministratori delle società oggetto di operazioni di fusione o acquisizione di azienda nel triennio precedente il bando, essendo state rese dichiarazioni non veritiere, in particolare omettendo di dichiarare alcune condanne penali;

3.6.2. sulla violazione sempre dell'art. 38 co. 1 lett. c), relativamente alla omesse dichiarazioni degli amministratori di quattro società incorporate mediante fusione nella Manutencoop;

3.6.3. sul mancato impiego, in violazione dell'art. 10 del capitolato, di mezzi a trazione elettrica, utilizzando invece controparte mezzi a benzina o a metano.

3.7. Rinvia al merito l'esame della domanda cautelare, sull'accordo delle parti, all'udienza pubblica del 1.6.2012, in vista della quale le difese hanno presentato nuove memorie, la causa è passata in decisione.

4. Osserva il Collegio preliminarmente come debba essere esaminato in via prioritaria l'appello incidentale di Markas, con il quale si ripongono anche in appello i motivi già dedotti dinanzi al Tar con l'originario ricorso incidentale.

Ciò sulla scorta dell'indirizzo accolto dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011 di questo Consiglio di Stato, sull'ordine di esame dell'impugnazione incidentale e di quella principale, tanto più che non è questo il caso di un ricorso (e di un appello) principale manifestamente infondato.

4.1. Ciò posto, sulla questione di principio dedotta con il primo motivo dell'appello incidentale – se l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 co. 1 lett. c) debba riferirsi (oltre che pacificamente agli amministratori delle società cessionarie) anche agli amministratori delle società cedenti l'azienda o rami di azienda in favore dell'impresa che partecipa alla gara – si è di recente pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10 del 2012, risolvendo il contrasto interpretativo sorto in giurisprudenza.

4.2. La Plenaria ha riconosciuto la sussistenza in capo al cessionario dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006) anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno), sul fondamentale rilievo che «la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente».

Né, ha osservato la Plenaria, l'impresa cessionaria potrebbe invocare quale esimente – come dedotto nel caso di specie dalla difesa di Manutencoop - il fatto di non conoscere i nominativi degli amministratori della società cedente e, tanto meno, i loro precedenti penali ove gli stessi non risultino dai certificati del casellario giudiziale, poiché - si legge nella citata sentenza – «il segnalato inconveniente può esser agevolmente superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda

acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno)».

4.3. Superata quindi l'obiezione di principio, si tratta di valutare cosa in concreto sia stato omesso nel caso di specie.

Ebbene le omissioni concernono, oltre ad alcune condanne per reati e contravvenzioni di minor rilievo e che difficilmente possono essere ricondotte alla nozione - peraltro incerta ed estranea al diritto penale - di «reato grave in danno dello Stato o della Comunità» (guida in stato d'ebbrezza, offesa a pubblico ufficiale), una condanna per il reato di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazioni o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità proprie o di altri) commesso nel 2007 da Antonella Di Chiara, procuratrice con poteri di rappresentanza della Servizi Energia Calore s.r.l., società cedente il ramo d'azienda in favore della Manutencoop.

Tale ultimo delitto può, invece, fondatamente essere definito come un reato grave, commesso in danno dello Stato, ove si consideri il bene giuridico leso (la fede pubblica), la pena astrattamente irrogabile e, non ultimo, la sua stretta attinenza con la materia delle gare pubbliche nelle quali è richiesta, ai responsabili delle imprese concorrenti, una condotta improntata a serietà e a correttezza nel rapporto con la pubblica amministrazione, requisito generale di cui è lecito dubitare in presenza proprio di un simile precedente penale.

Si è quindi al cospetto, non solo di una inosservanza ad un adempimento formale, ma di un'omissione che ha anche una rilevanza sostanziale, poiché pone in serio dubbio l'effettivo possesso del requisito di capacità generale.

Né, a fronte di tali risultanze e dei dubbi di affidabilità che possono generare, l'impresa cessionaria ha dimostrato, come sarebbe stato suo onere fare, l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra la vecchia e la nuova gestione dell'azienda, limitando le sue difese alla questione di principio se Manuntecoop fosse tenuta a rendere tali dichiarazioni e a quella, più di dettaglio, se e come il legale rappresentante dell'impresa che partecipa alla gara possa avere conoscenza dei precedenti penali di soggetti terzi, quali sono gli amministratori delle società cedenti. Questioni entrambe definite dall'Adunanza Plenaria, nei termini sopra chiariti.

4.4. Per tali ragioni il primo motivo dell'appello incidentale è fondato e va accolto, conseguendone l'illegittima ammissione dell'Ati capeggiata da Manuntecoop, senza che occorra esaminare anche i restanti motivi dell'appello incidentale dalla cui ipotetica fondatezza Markas non riceverebbe alcun vantaggio ulteriore.

5. Dalla fondatezza e dall'accoglimento dell'appello incidentale e, quindi, dell'originario ricorso incidentale paralizzante, discende, quale ulteriore e principale conseguenza, in uno con l'esclusione di Manuntecoop, il venir meno della sua legittimazione ad impugnare gli atti della gara, secondo i noti principi affermati con la decisione n. 4/2011 A.P., per la quale nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è correlata in via di principio ad una situazione differenziata, quale è determinata dalla valida partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

5.1. Poiché così non è (più) nel caso in esame, per effetto dell'accoglimento dell'appello incidentale, ne discende che Manuntecoop non è più legittimata a contestare gli esiti della procedura di gara e che ciò preclude l'esame nel merito del suo appello principale.

6. In conclusione, l'accoglimento dell'appello incidentale determina l'improcedibilità di quello principale e, in riforma della sentenza impugnata,

l'accoglimento dell'originario ricorso incidentale e l'improcedibilità di quello principale.

7. I contrasti giurisprudenziali, all'origine della remissione all'Adunanza Plenaria della questione sulla riferibilità dell'obbligo di cui all'art. 38 co. 1 lett c) anche agli amministratori delle società cedenti l'azienda, giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),definitivamente pronunciando sulla causa così provvede:

accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, dichiarato improcedibile l'appello principale, in riforma della sentenza impugnata accoglie l'originario ricorso incidentale con conseguente improcedibilità di quello principale presentato in primo grado;

compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2012

IL SEGRETARIO

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