



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 n. 6983/2010 RG, proposto dalla AIR LIQUIDE SANITÀ SERVICE s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele IZZO e Diego VAIANO, con domicilio eletto in Roma, lungotev. Marzio n. 3,

***contro***

l'Azienda sanitaria locale – ASL di Brindisi, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Ornella LATARTARA, con domicilio eletto in Roma, via Cicerone n. 44, presso lo studio dell'avv. CARLUCCIO e

***nei confronti di***

SAPIO LIFE s.r.l., corrente in Monza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la Medical Device Factory – MDF s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria AMBROSINI e Stefano VINTI, con domicilio eletto in Roma, via Emilia n. 88,

***per la riforma***

della sentenza del TAR Puglia – Lecce, sez. II n. 1648/2010, resa tra le parti e concernente l'affidamento quinquennale del servizio per la gestione, la distribuzione e la fornitura di gas medicinali e tecnici e per manutenzione di impianti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, cod. proc. amm.;

Relatore all'udienza pubblica del 18 febbraio 2011 il Cons. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti, gli avvocati IZZO, VAIANO, LATARTARA, BARBERIO (per delega dell'avv. VINTI) ed AMBROSINI;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. – Con bando spedito alla GUCE il 3 giugno 2008, l'ASL di Brindisi ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento quinquennale del servizio per la gestione, la distribuzione e la fornitura di gas medicinali e tecnici e per manutenzione di impianti e della rete di distribuzione, presso le proprie strutture aziendali.

A detta gara hanno proposto istanza di partecipazione l'AIR LIQUIDE SANITÀ SERVICE s.p.a., corrente in Milano e l'ATI di cui è capogruppo mandataria la SAPIO LIFE s.r.l.

Nella seduta del 1° ottobre 2008, il seggio di gara ha sorteggiato tale ATI per il controllo c.d. "a campione" ex art. 48, c. 1 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, per la verifica dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa e finanziaria dichiarati. Sicché, l'ASL di Brindisi, con nota prot. n. 50175 del 7 ottobre 2008, ha invitato tale ATI a fornirgli la documentazione colà indicata entro il successivo giorno 20.

Nella seduta riservata del 23 ottobre 2008, il seggio di gara ha riscontrato alcune carenze documentali, onde ne ha chiesto l' integrazione all'ATI, giusta nota dell'ASL prot. n. 54245 di pari data ed assegnandole un nuovo termine fino al successivo giorno 30, con particolar riguardo alla posizione del dante causa dell'impresa mandante.

Essendo poi tale ATI risultata aggiudicataria definitiva del servizio *de quo*, l'AIR LIQUIDE SANITÀ SERVICE s.p.a. ha allora adito il TAR Puglia – Lecce, deducendo varie censure.

2. – L'adito TAR, con sentenza n. 1648 del 5 luglio 2010, ha integralmente respinto il ricorso di detta Società, dal che il presente appello, limitato, però, ai due soli capi della sentenza stessa in ordine, per un verso, all'erroneità della procedura ex art. 48 del Dlg 163/2006 e, per altro verso, alla incompleta dichiarazione resa dalla controinteressata di cui al precedente art. 38, c. 1, lett. b) e c) relativamente alla posizione di tutti i soggetti colà contemplati.

Resiste in giudizio l'ASL intimata, che conclude per l'infondatezza dell'appello in esame. Anche la controinteressata ATI s'è costituita nel presente giudizio, concludendo per la correttezza della sentenza appellata e chiedendone l'integrale conferma. Tutte le parti hanno ritualmente depositato documenti e memorie.

Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2011, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

3. – L'appello è fondato ed è meritevole d'accoglimento, seppur nei limiti e per le considerazioni di cui appresso.

4. – In particolare, va accolta la censura con cui l'appellante si duole dell'illegittima gestione, da parte della stazione appaltante, del subprocedimento del controllo “ a campione” ex art. 48 del Dlg 163/2006.

Al riguardo, giova rammentare come entro il termine di dieci giorni, indicato dal citato art. 48, c. 1, I per. (che replica l'art. 10, c. 1-quater della l. 11 febbraio 1994 n.

109, estendendone la portata a tutti i contratti ad evidenza pubblica), l'impresa sorteggiata sia tenuta a «... *comprovare... il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito...*». Si tratta, come si vede, d'un termine certamente perentorio (*recte*, a pena d'esclusione *ex lege*), come ben evincesi dal tenore e dalla *ratio* della norma e, quindi, non è governabile a discrezione dalla stazione appaltante per quanto attiene alla durata in sé, né all'autonoma facoltà di valutazione circa la scusabilità di errori od omissioni da parte dell'impresa sorteggiata. Tale termine è certo suscettibile di proroga, ma solo con atto espresso e motivato della stazione appaltante, a fronte di un'altrettanto esplicita richiesta dell'impresa che dimostri un impedimento oggettivo e non ad essa imputabile ad adempiere e sempre che la relativa istanza sia prodotta *prima* della scadenza del termine stesso (cfr., per tutti, Cons. St., VI, 15 giugno 2009 n. 3804; id., 13 dicembre 2010 n. 8730). Da ciò discende un duplice onere, in capo all'impresa sorteggiata ed affinché non sia ritenuta inadempiente, ossia l'oggettiva impossibilità di rispettare detto essenziale termine e la necessità di far constare tal vicenda alla stazione appaltante prima che quest'ultimo si consumi inutilmente, non potendosi prorogare un termine scaduto.

Nella specie, in relazione alla richiesta dell'ASL con la nota del 7 ottobre 2008, la controinteressata ATI non ha prodotto la copia autentica dei bilanci del triennio 2005/2007 per tutte le imprese partecipanti e le attestazione delle forniture effettuate. Ma tal richiesta, per i bilanci, non è un *quid novi*—tale, quindi, da risultare una sorpresa non facilmente fronteggiabile per detta ATI —, essendo piuttosto stabilita dal § 10.1, n. 13) del disciplinare di gara e certamente non lo è per tali certificati, stante il richiamo all'art. 42, c. 1, lett. a) del Dlg 163/2006 per il quale essi devono esser rilasciati e visti dagli enti aggiudicatori che tali forniture hanno disposto.

Né vale obiettare, come fa l'ATI medesima, la presentazione anche dei bilanci del dante causa dell'impresa mandante —alla quale esso aveva ceduto un ramo d'azienda—, ch  tal produzione non   stata un non necessario «... *scrupolo di trasparenza e correttezza...*», ma un obbligo *ab origine* sussistente in risposta alla richiesta del 7 ottobre 2008. Infatti, l'impresa mandante ha dichiarato di possedere i requisiti tecnico-organizzativi e finanziari occorrenti appunto grazie all'acquisizione di detto ramo d'azienda cedutole dal suo dante causa, compresi i servizi espletati da quest'ultimo. Da ci  discende, proprio per la funzione del ripetuto art. 48 —preordinato a garantire che, al momento del controllo “a campione”, vi sia la piena corrispondenza tra i requisiti dichiarati e quelli in effetti posseduti—, la necessit  di esibire i relativi bilanci in copia autentica e le opportune certificazioni. Anzi,   ragionevole ritenere che le imprese partecipanti all'ATI medesima, a cagione proprio della peculiare conformazione delle rispettive realt  aziendali, avrebbero dovuto predisporre per tempo, nel caso in cui si fosse proceduto al sorteggio in parola, la documentazione atta a dar idonea contezza di siffatte peculiarit .

E discende altres  che il significato da attribuire alla richiesta della stazione appaltante in data 23 ottobre 2008   quello non gi  di mera integrazione d'una documentazione aggiuntiva e facoltativa, a fronte d'una richiesta reputata esorbitante (ma mai formalmente contestata), bens  di concessione autonoma d'un nuovo termine ex art. 48 del Dlg 163/2006 a fronte di un evidente e non oggettivamente scusabile inadempimento.

5. – Va invece disatteso il motivo d'impugnazione, con cui l'appellante ribadisce la doglianza, a suo tempo formulata con il primo motivo aggiunto nel giudizio di primo grado, sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c. 1, lett. b) e c) del Dlg 163/2006.

Il Giudice di prime cure ha giustamente affermato sia l'esatto adempimento, da parte dell'ATI controinteressata per sé e per la mandante, delle prescrizioni della *lex specialis* circa le dichiarazioni da rendere sui propri amministratori, sia l'assenza della pretesa "genericità" di queste ultime. Per vero, il § 10.1 del disciplinare commette al *concorrente* in sé (ossia, indipendentemente dalla forma organizzativa che assume nel partecipare alla gara) di dichiarare «... *che non ricorre... alcuna delle cause ostative di cui all'art. 38 comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), ed n) del D.Lgs. b. 163 del 2006 e s.m.i. ...* », senza distinguere in particolare quelle specifiche di cui alle citate lett. b) e c). Sfugge in che cosa mai una tal dichiarazione, così ampia ed esaustiva, si possa reputare generica (e, quindi, di fatto non verificabile) anche con riferimento alla posizione degli amministratori e dei soggetti muniti del potere di rappresentanza. Né appare conducente il richiamo ad una recente pronuncia di questo Consiglio, specificamente riferita non già ad una situazione simile a quella per cui è causa, ma all'omessa dichiarazione per un procuratore *ad negotia* invece operante nei rapporti dell'impresa con i terzi, compresa la stazione appaltante.

6. – Le spese del doppio grado di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e son liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna le parti intimare, in solido ed in misura uguale tra loro, al pagamento, a favore della Società appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 5.000,00 (Euro cinquemila/00), oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 18 febbraio 2011, con  
l'intervento dei sigg. Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2011

IL SEGRETARIO

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