N. 07967/2010 REG.SEN.
N. 01538/2010 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1538 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Sodexo Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II,349;

contro

Estav Nord Ovest, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto M. Bruni, Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso Giuseppe Morbidelli in Roma, via Carducci, 4; Cns - Consorzio Nazionale Servizi Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Baccolini, Mario P. Chiti, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Studio Legale Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; Gruppo Gorla S.p.A., Copra Ristorazione e Servizi Soc. Coop.; Coopservice S. Coop. P.A.,

rappresentato e difeso dagli avv. Ermes Coffrini, Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12;

per la riforma

della dispositivo di sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00014/2010, nonché della sentenza del T.A.R. Toscana, Sez. I n.451/2010 resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE SERVIZIO DI PULIZIA – RISARCIMENTO DANNI.

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estav Nord Ovest;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cns - Consorzio Nazionale Servizi Scarl;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Coopservice S. Coop. P.A.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Bruni, Iaria, Chiti, Andrea Manzi, per delega dell'Avv. Luigi Manzi, Invernizzi, Sandulli e Colarizi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara del 29.8.2007 l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana (ESTAV) ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione e servizi connessi, per la durata di sei anni, presso le strutture ospedaliere, territoriali ed amministrative dell'Area , diviso in tre lotti.

I tre lotti sono stati aggiudicati al primo concorrente classificato CNS Consorzio Nazionale Servizi, mentre Sodexo si è collocata al secondo posto in graduatoria relativamente al lotto n. 2.

Per l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 2 e degli atti presupposti nonché per il risarcimento del danno patito ha proposto ricorso dinanzi al Tar Toscana l'impresa Sodexo i) per violazione degli artt. 34 e 37 del D.Lgs. n. 163 ,attesa la sussistenza della causa di esclusione di CNS consistente nella comunanza tra l'amministratore di CNS sig. Mauro Tarana e della soc. Copra, partecipante alla medesima gara come mandante dell'ATI con capogruppo mandataria la Gruppo Gorla s.p.a; ii) perché la concorrente risultata vincitrice avrebbe dovuto essere ulteriormente esclusa dalla gara per mancanza in capo ad una delle imprese esecutrici del servizio (Coopservice) del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett.c) D.Lgs. n. 163 del 2006, avendo riportato l'amministratore cessato dalla carica nel triennio (Luca Discardi) varie condanne per reati gravemente incidenti sulla moralità professionale e per mancata dimostrazione di avere effettivamente adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata; iii) per illegittimità della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta di CNS; iv)per illegittima determinazione di subcriteri ed attribuzione dei punteggi.

Ha proposto ricorso incidentale CNS , sostenendo la necessità di esclusione di Sodexo per i) omesso deposito di dichiarazione di moralità per tutti i soggetti indicati dall'art. 38 lett. c) D.Lgs. n. 163 del 2006 ed, in particolare, per Bruschi Franco, cessato nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando e per Angelo Petillo, preposto alla gestione tecnica, entrambi non indicati nella scheda di prequalifica; ii)per mancata indicazione dei soggetti preposti, compresi quelli cessati, e delle relative dichiarazioni di moralità relativamente alla ausiliaria Sodexho France; iii) per incongruità dell'offerta a causa dell'incompatibilità tra monte-orario e costi medi tabellari indicati nonchè mancato computo di ore per

servizi connessi. Con successivi motivi aggiunti al ricorso incidentale ha sostenuto l'inammissibilità di integrazione postuma della dichiarazione.

Il Tar, con l'impugnata sentenza, pur dando atto della circostanza che la disciplina di gara non sanziona con l'esclusione eventuali carenze delle dichiarazioni ex art. 38 e che, in ogni caso, le carenze sono state superate attraverso la successiva integrazione documentale, ha accolto il ricorso incidentale per la mancata indicazione e presentazione della dichiarazione di moralità relativamente al soggetto cessato nel triennio (Bruschi Franco) e al preposto alla gestione tecnica (Petillo Angelo), da equiparare a direttore tecnico, ritenendo irrilevante, relativamente a quest'ultimo, il deposito di dichiarazione seguita alla richiesta di chiarimenti della stazione appaltante. Ha poi in parte respinto, in parte considerato assorbiti gli altri motivi di ricorso incidentale pervenendo alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale.

Ha proposto appello Sodexo dapprima avverso il dispositivo e, con motivi aggiunti, avverso la sentenza per i seguenti motivi:

- relativamente all'accoglimento da parte del Tar del ricorso incidentale : inammissibilità ed infondatezza del ricorso incidentale e tardività dei motivi aggiunti. La lex specialis non prescriveva il deposito delle dichiarazioni e comunque queste sarebbero state integrate nel corso della procedura; il Bruschi comunque non sarebbe nel novero dei soggetti di cui alla lett. c) dell'art. 38, in quanto procuratore speciale; non avrebbero potuto essere prodotte dichiarazioni relativamente all'ausiliaria, in quanto non contraente con la p.a. e comunque tale obbligo non era previsto dalla legge di gara; ogni supposta insufficienza dell'offerta tecnica non avrebbe potuto condurre all'esclusione, ma al procedimento di verifica in contraddittorio con l'impresa; i motivi aggiunti sarebbero tardivi essendo notorio il contenuto degli atti sin dal 2007 ed, al più, al momento del deposito nel maggio 2009;

- relativamente ai propri motivi di ricorso non esaminati dal Tar: i)violazione di legge ed eccesso di potere, violazione degli artt. 2,34,36 e 37 D.Lgs. 163/2006 e della Direttiva 2004/18/CE, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, sviamento. La CNS avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto in rapporto ex art. 2359 c.c. con altra partecipante r.t.i.Copra-Gorla , poiché all'atto della prequalificazione sedeva nel consiglio di amministrazione il sig. Mauro Tarana, amministratore di Copra; ii) violazione di legge ed eccesso di potere, violazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 e della Direttiva 2004/18/CE, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento. Illegittimamente Estav avrebbe valutato ammissibile alla gara CNS nonostante la gravità dei reati per i quali erano state emesse condanne nei confronti di soggetto cessato nel triennio dalla pubblicazione del bando (Luca Discardi) e che non potevano considerarsi estinti per assenza della relativa dichiarazione e l'inconsistenza e nullità delle misure dissociative; iii) violazione di legge ed eccesso di potere, violazione degli artt. 86,87,88 D.Lgs. 163/2006 e della Direttiva 2004/18/CE, violazione del bando e del capitolato, violazione degli artt. 1,3,6, L.241/90,difetto di istruttoria e di motivazione.Sarebbe illegittima la valutazione dell'anomalia dell'offerta di CNS ; iv) violazione di legge ed eccesso di potere, violazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006 e della Direttiva 2004/18/CE, violazione del bando e del capitolato, violazione degli artt. 1,3,6, L.241/90,difetto di istruttoria e di motivazione . Illegittimamente la Commissione avrebbe specificato i criteri e l'assegnazione dei punteggi; v) domanda di risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.
- con motivi aggiunti, ha censurato la sentenza per non aver rilevato la tardività dei motivi aggiunti al ricorso incidentale di CNS, ribadendo l'avvenuta presentazione dei chiarimenti richiesti da Estav.
Si sono costituiti CNS, Estav , Coopservice e Dussmann controdeducendo puntualmente ai motivi di appello.

In prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato ampie memorie.

All'udienza del 2 luglio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con un primo gruppo di motivi, parte appellante censura la sentenza di primo grado per avere il Tar accolto il ricorso incidentale di CNS, basato sulla mancata esclusione di Sodexo, conseguentemente pervenendo ad una dichiarazione di improcedibilità del proprio ricorso per carenza di interesse.

2. La fondatezza dei motivi esime il Collegio dallo statuire in ordine alla tempestività dei motivi aggiunti al ricorso incidentale di primo grado.

3. Occorre evidenziare che il bando di gara prevede la presentazione di dichiarazione attestante "b)inesistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione a pubbliche gare di cui all'art. 38 del D.Lgs 163/2006". La scheda di iscrizione e prequalifica impone l'indicazione dei soggetti cui sono attribuiti i poteri di amministrazione e la rappresentanza legale ed i direttori tecnici nonché la dichiarazione : "di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. a),b),c),d),e),f),g), h),i),m),m bis), del d.Lgs. n. 163/06(allegare dichiarazioni in ordine alle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del D.Lgs. 163/06 dei Legali rappresentanti e dei Direttori tecnici)".La lettera d'invito individua nella Sezione VI le cause di esclusione o non ammissione omettendo ogni riferimento alle dichiarazioni ex art. 38.

La legge di gara quindi non prevede la necessità di indicare e di presentare la dichiarazione per i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente l'indizione della gara e , comunque, non è prevista l'esclusione per l'omessa menzione e dichiarazione di moralità neanche relativamente agli altri soggetti indicati.

Occorre, pertanto, stabilire se, nella specie, l'art. 38 imponga comunque ,a pena di esclusione, come stabilito dal Tar, l'indicazione nominativa e la dichiarazione di

onorabilità nei riguardi di tutti i soggetti di cui alla lettera c) della disposizione indicata. Si tratta, in effetti, di quanto richiesto dall'appellante quando censura la sentenza per non avere considerato che ,in assenza di previsione della lex specialis , non può la minore precisione della dichiarazione essere causa di esclusione, essendo questa ricollegabile alla effettiva presenza di cause impeditive , e che non le si sarebbe potuto addebitare un comportamento (mancata produzione della dichiarazione per il procuratore) che neanche Estav aveva richiesto in sede di integrazione documentale.

Il Collegio, pur dando atto del non univoco orientamento della giurisprudenza della Sezione e delle ragioni che presiedono alla tesi restrittiva e formalistica , basate sulla necessità di ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti(Cons. St. Sez. V, sent. n. 3742/09), ritiene tuttavia , in presenza delle condizioni ricorrenti nella presente controversia, di aderire all'orientamento di numerose recenti pronunce propenso ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative (in particolare Cons. St. Sez. V, 13.2.2009, n. 829; Sez. VI 4.8.2009, n. 4906, 22.2.2010, n. 1017).

Questa poggia sulla considerazione che il primo comma dell'art. 38 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l' ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l' effetto espulsivo.

Quando , al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la lex specialis non preveda espressamente la pena dell' esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire , facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 - come nel caso all'esame del Collegio , in cui nessuna

condanna è stata contestata nei riguardi del Bruschi e del Petillo - l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o – si ripete- della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative .

In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi , essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (cfr. Cons. St. n.1017/2010 cit.).

Pertanto, non essendo contestata la circostanza che gli interessati non abbiano riportato condanne penali, l'assenza di indicazione nominativa e di dichiarazione circa la loro moralità , peraltro superata- per il preposto alla gestione tecnica- dall'integrazione documentale richiesta dalla stazione appaltante, non comportano l'esclusione della concorrente dalla gara.

4. Infondati sono altresì i motivi di ricorso incidentale rimasti assorbiti nella prima pronuncia.

La sanzione dell'inammissibilità dell'offerta è ricollegata dall'art. 29 del Capitolato speciale all'ipotesi in cui i costi del personale impiegato nel servizio siano indicati in misura inferiore ai minimi tabellari. Pertanto, la denunciata incongruità dell'offerta per effetto del raffronto tra monte – orario e costi medi tabellari indicati in misura conforme alla contrattazione collettiva nonchè il mancato computo di ore per servizi connessi non può essere causa di automatica esclusione , ma , secondo consolidati principi da cui il Collegio non intende discostarsi (Cons. St. Sez. V, 7.10.2008, n. 4847) va sottoposta al subprocedimento della verifica dell'anomalia – come, del resto, precisato nel medesimo capitolato proprio in ordine alle modalità di scomposizione dei costi – per permettere all'impresa di

fornire le proprie giustificazioni nel rispetto dell'insopprimibile esigenza di contraddittorio con la quale confligge un automatico giudizio di incongruità dell'offerta.

Ritiene quindi il Collegio che anche un simile profilo di inattendibilità dell'offerta avrebbe dovuto costituire oggetto di specifica valutazione in contraddittorio da parte delle Commissione di gara, sicchè è infondato il motivo che ne faccia discendere una causa di esclusione dalla gara.

5. Occorre ora affrontare i motivi non esaminati dal primo giudice in quanto assorbiti dalla dichiarazione di improcedibilità del ricorso, muovendo dal secondo motivo che il Collegio reputa fondato ed assorbente.

Sodexo ha sostenuto l'illegittimità dell'aggiudicazione a CNS per carenza sostanziale del requisito di moralità , per avere riportato un amministratore dell' impresa esecutrice del servizio Coopservice (Luca Discardi) ,cessato nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando , condanne per reati gravi ed influenti sulla sua affidabilità e per non avere l'impresa dimostrato l'adozione effettiva di atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Il motivo è fondato.

Va, in merito, osservato che la dissociazione di una società da una condotta penalmente sanzionata di un proprio amministratore deve risultare da una tempestiva ed inequivoca volontà , mentre non può considerarsi atto idoneo la revoca dalla carica quando dalla documentazione in atti emerga la sua natura necessitata e meramente strumentale, volta ad evitare effetti negativi nei confronti della società (Cons. St.Sez. V, 26.10.2006, n. 6402).

Nella specie, elementi indicativi della natura meramente strumentale della lettera del 20.12.2004 (documento , peraltro, privo di data certa) e della successiva presa d'atto delle dimissioni del Discardi nella seduta del CdA del 22.12. 2004 sono costituiti dal notevole ritardo (fine del 2004) dell'adozione degli atti dissociativi

rispetto all'epoca delle condanne (1997) , non giustificabile da Coopservice invocando la mancata conoscenza dei precedenti penali dell'interessato,visto che l'instaurazione del rapporto di lavoro col Discardi risaliva ad epoca antecedente (1991) alle condanne , che i fatti penalmente rilevanti avevano assunto un notevole risalto mediatico e che ciononostante , successivamente, gli erano stati affidati rilevanti poteri gestori all'interno della società; dalla circostanza che la revoca della procura sia avvenuta a seguito delle dimissioni volontarie, e che il CdA si sia limitato ad una presa d'atto; dal tenore stesso dell'atto di accettazione delle dimissioni, in cui addirittura il Presidente ringrazia anche a nome del Consiglio il Discardi ; dalla circostanza che il dipendente sia stato mantenuto anche dopo le dimissioni dalle cariche nella compagine aziendale.

E' pertanto illegittima la determinazione di Estav in ordine all'ammissione di CNC alla gara sotto tutti i profili fatti valere dalla controinteressata e puntualmente già disattesi dal Tar Lombardia nella sentenza n. 3503 del 22.4.2009 in merito ad esclusione in altra gara , in riferimento alla gravità dei reati , all'irrilevanza del trascorrere del tempo in assenza di una pronuncia di estinzione del reato, ed, inoltre, all'obiettività ed assolutezza del giudizio sulla inaffidabilità morale del soggetto ai sensi dell'art. 38, valutazione che prescinde dalla circostanza che la condotta sia estranea all'attività dell'impresa concorrente.

6. L'accoglimento del secondo motivo del ricorso di primo grado esime il Collegio dall'esaminare gli ulteriori motivi riproposti in grado d'appello.

7. Va, inoltre, accolta la domanda di risarcimento del danno. Quanto all'elemento della colpa, questo risulta verificato dall'illegittimità degli atti impugnati , indizio di negligenza ed imperizia della stazione appaltante che non ha assolto l'onere, a suo carico, di dimostrare l'errore addebitabile a fattori esterni (Cons. St., Sez.IV, 7.9.2010 n. 6485; 12 febbraio 2010, n. 785; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Va, conseguentemente, accertato il diritto dell'appellante al risarcimento del danno in forma specifica consistente nel diritto a conseguire, sotto le condizioni di legge da verificare da parte della stazione appaltante, l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto per il periodo corrispondente a quello previsto dal bando relativamente al lotto n. 2, dichiarando l'inefficacia ex nunc del contratto, ove intervenuto nelle more del presente giudizio.

8. In conclusione, l'appello come integrato dai motivi proposti avverso la sentenza del Tar Toscana 23.2.2010 n. 451 va accolto.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello e sui motivi aggiunti in epigrafe specificati, così provvede:

accoglie l'appello di Sodexo Italia s.p.a. e, per l'effetto, in riforma della sentenza emessa in primo grado, respinge il ricorso incidentale di CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società cooperativa a r.l. ed accoglie il ricorso di primo grado;

dichiara il diritto dell'appellante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione sotto le condizioni di legge del contratto relativamente al Lotto n. 2 dichiarando l'inefficacia ex nunc del contratto ove intervenuto nelle more del giudizio;

condanna le parti soccombenti Ente per i servizi Tecnico-amministrativi di Area Vasta – Estav Nord Ovest, CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa a r.l. e Coopservice s.coop., in solido tra loro, alla rifusione in favore dell'appellante delle spese di doppio grado di giudizio che liquida in euro 15.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione