



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2264 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gemeaz Cusin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Bellocchio, Giustino Ciampoli e Pietro Maniscalco Basile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pietro Maniscalco Basile sito in Palermo, p.zza S.Cuore 3;

***contro***

Azienda Ospedaliera Universitaria Paolo Giaccone dell'Universita' Studi di Pa, in persona del direttore pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Diliberto, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via Nunzio Morello 20;

***nei confronti di***

C.n.s., Consorzio Nazionale Servizi Soc.Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sireci, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via T. Tasso 4;

C.O.T. Soc. Coop., Vivenda S.P.A, Nuova Cucina Siciliana Soc. Coop;

***per l'annullamento***

dell'atto deliberativo n. 876 in data 27/10/2010 - comunicato con nota prot. n. 3027 in data 2/11/2010 - del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. della gara d'appalto per "affidamento d servizio di fornitura in somministrazione di pasti preconfezionati ai degenti dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" Palermo, per un periodo di cinque anni;

- di tutti gli atti ad esso preordinati, consequenziali e connessi, tra CL specificamente, gli atti di ammissione dei concorrenti C.N.S.- Consorzi Nazionale Servizi Soc. Coop. ed A.T.I. Vivenda S.p.A.- Nuova Cucina Siciliana Soc. Coop.;

nonché per l'accertamento

- del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto dell'illegittimo e

ingiusto comportamento dell'Azienda Ospedaliera Universitaria

Policlinico

Paolo Giaccone di Palermo nell'adozione degli atti impugnati, e per la

conseguente condanna a risarcire i pregiudizi patiti dalla ricorrente;

- e del diritto della società Gemeaz Cusin S.p.A. a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto ed a subentrare nel rapporto contrattuale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria Paolo Giaccone dell'Universita' Studi di Pa e di Cns Consorzio Nazionale Servizi Soc.Coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2011 il dott. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 2 dicembre 2010, e depositato il successivo 10 dicembre, la società ricorrente ha impugnato la deliberazione n. 876 del 27/10/2010 del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo, con quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in

favore del Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. della gara d'appalto per "affidamento del servizio di fornitura in somministrazione di pasti preconfezionati ai degenti dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" Palermo, per un periodo di cinque anni.

In tale ricorso vengono articolate le censure di: I) Violazione della lex specialis della procedura – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti ed irrilevanza della motivazione; II) Violazione della lex specialis della procedura – Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006; Violazione degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 – eccesso di potere per carenza di legittimo presupposto.

Sostiene parte ricorrente che illegittimamente erano stati ammessi alla gara per cui è causa sia un consorzio tra imprese che una delle società facenti parte di tale consorzio, inoltre non sarebbero state rilevate le irregolarità delle dichiarazioni rese, ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, dagli altri partecipanti alla gara.

Si sono costituiti l'amministrazione intimata ed il contro interessato, C.N.S., che hanno replicato alle argomentazioni contenute in ricorso; il consorzio ha anche proposto ricorso incidentale articolando le censure di: Violazione della lex specialis di gara, art. 26 lett. c. 8) – Difetto di istruttoria.

Con successivo atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale ha inoltre articolato le censure di: I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 – Violazione della lex specialis di gara

– Eccesso di potere per difetto di istruttoria; II) Violazione della lex specialis di gara, art. 26 lett. c. 12) – Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria; III) Violazione della lex specialis di gara, art. 26 lett. c. 16) – Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. h) del D. Lgs. 163/2006 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Sostiene il ricorrente incidentale che parte ricorrente sarebbe priva di uno dei requisiti tecnici indispensabili per poter partecipare alla gara in questione; inoltre non avrebbe correttamente reso le dichiarazioni prescritte dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e sussisterebbero specifici precedenti penali ostativi alla partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. c del D. Lgs. 163/2006.

A seguito della trattazione della domanda cautelare è stata fissata l'udienza di trattazione nel merito del ricorso.

Le parti in causa hanno illustrato le proprie posizioni con ampi scritti difensivi.

Alla pubblica udienza di discussione i procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive tesi ed il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare è opportuno precisare che il collegio condivide la ricostruzione recentemente posta a fondamento della decisione dell'A.P. del Cons. di Stato n. 4/2011.

Il collegio, infatti, ritiene non tutelabile in via giurisdizionale il così

detto “interesse strumentale al rifacimento della gara”; interesse invero non dissimile da quello di qualsiasi soggetto, che non ha partecipato alla gara, ed al quale la giurisprudenza amministrativa ha sempre negato la possibilità di impugnare gli atti relativi alla medesima, pur se l’impugnativa proposta fosse preordinata alla declaratoria di irregolare partecipazione di tutti i concorrenti.

Tanto precisato va prioritariamente esaminato il ricorso incidentale che ha effetti potenzialmente paralizzanti di quello principale, in quanto, ove accolto, determinerebbe l’esclusione della ricorrente dalla gara in esame.

Il ricorso incidentale è fondato, in ragione dell’accoglimento del secondo motivo aggiunto, con il quale viene lamentata la mancata esclusione della ditta ricorrente per non avere quest’ultima presentato le dichiarazioni previste dall’art. 38 del D.Lgs. in relazione agli amministratori delle società incorporate nella Gemez Cusin nell’ultimo triennio precedente la gara.

Al fine di sgombrare il campo da qualsiasi equivoco, il Collegio non ritiene condivisibili le conclusioni cui perviene la decisione della VI sezione del Cons. di Stato n. 2662/2011, secondo la quale non necessariamente le preclusioni alla stipula di contratti con la P.A. delle società incorporate si trasmettono alle società incorporanti.

Ritiene il Collegio che in concreto si riveli sostanzialmente impossibile distinguere le ipotesi in cui “la vicenda societaria (trasformazione, fusione, incorporazione), comporti estinzione o

continuità del soggetto privo dei requisiti morali”, con la conseguenza che le conclusioni alle quali perviene la decisione del Cons. di Stato n. 2662/2011, agevolano la possibilità che imprese giudicate inidonee ad assumere appalti pubblici, si ripropongano in tale mercato, con sostanziale elusione della normativa primaria dettata in materia che non ha carattere punitivo ma preventivo, a tutela di superiori ragioni di interesse generale e, per alcuni aspetti, di ordine pubblico.

Il Collegio ritiene invece senz'altro preferibile la lettura fornita in diverse occasioni da questo Tribunale e dal C.G.A., in quanto più aderente alla ratio sottesa alle norme che vengono in rilievo (T.A.R. Sicilia, III, n. 257/07 e n. 577/07; C.G.A. n. 389/08, n. 471/08; n. 100/2010, n. 101/2010, n. 389/2008, n. 471/2008).

In considerazione di tale interpretazione, si deve ritenere che, dalla lettura coordinata delle norme di gara con le disposizioni di legge, emerge la necessità che all'istanza di partecipazione alla gara vengano allegate anche le dichiarazioni ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, rese con riferimento ai soggetti che hanno rivestito la qualifica di amministratori delle società incorporate nell'ultimo triennio da parte dell'impresa concorrente.

Sul punto – è opportuno chiarire - non risulta condivisibile la tesi articolata da parte ricorrente secondo la quale, nella fattispecie per cui è causa, tale conclusione non troverebbe applicazione in considerazione del fatto che la società incorporante sarebbe

comunque in possesso dei requisiti tecnici ed economici necessari per partecipare alla gara, anche in assenza dell'apporto fornito dalle società incorporate.

Le richiamate disposizioni dettate dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 mirano evidentemente ad ottenere la moralizzazione degli appalti pubblici e quindi le conseguenze che dalla loro applicazione derivano - di esclusione dal sistema degli appalti pubblici - prescindono dal concreto appalto che, di volta in volta, può venire in rilievo, determinando la carenza di un requisito soggettivo morale che, in ogni caso, cagiona l'impossibilità di partecipare a gare pubbliche.

Il secondo dei motivi aggiunti al ricorso incidentale è pertanto fondato.

Alla stregua di ciò, dichiarate assorbite le ulteriori censure ivi articolate, il ricorso incidentale deve essere accolto e, conseguentemente, il ricorso principale dichiarato improcedibile.

Considerato che la presente sentenza non è entrata nel merito della eventuale fondatezza delle censure articolate con il ricorso principale, il Collegio ritiene che sussistano valide ragioni per disporre la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/06/2011

IL SEGRETARIO

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