



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 660 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

MARKAS SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Quadri, Pietro J Quadri e Luisa Demagistris, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Luisa Demagistris in Torino, corso S. Maurizio, 81;

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE DI BIELLA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Lelia Capozza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Angeletti in Torino, via Bertola, 2;

nei confronti di

DUSSMANN SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giulietta Redi, Filippo Martinez e Davide

Moscuzza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulietta Redi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

della delibera del Commissario n. 214 del 20.4.2011, con cui è stato aggiudicato mediante procedura aperta il servizio di pulizie e servizi accessori dell'ASL BI di Biella;

di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale e in particolare:

dei verbali di gara del 7.4.2010 e del 16.6.2010;

dei verbali della Commissione giudicatrice del 23.7.2010, 29.7.2010, 27.8.2010, 21.12.2010, 11.1.2010, 18.1.2011, 21.1.2011 e 1.2.2011;

del verbale di gara del 2.3.2010 e del verbale di gara del 16.3.2010;

della delibera n. 422 del 24.6.2010, con la quale è stata nominata la commissione giudicatrice e un consulente esterno per la valutazione dell'inserimento di lavoratori disabili;

della relazione valutativa del consulente esterno;

delle richieste di chiarimenti ad integrazione dell'offerta inoltrati al RTI Dussmann dell'Amministrazione e delle determinazioni di accettazione delle integrazioni alla documentazione e all'offerta tecnica;

del disciplinare di gara e comunque degli ulteriori atti di gara;

di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Biella e di Dussmann Service S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto da Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2011 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi l'avv. Giovanni Quadri per parte ricorrente, l'avv. Carlo Angeletti, su delega dell'avv. Capozza per l'A.s.l. di Biella e l'avv. Antonino La Lumia, su delega degli avv.ti Martinez e Moscuza per Dussmann Service srl.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Rilevato che la causa può essere definita con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge e sentite, sul punto, le parti costituite, secondo quanto previsto dagli artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

2. Considerato che il *ricorso incidentale* proposto dalla società controinteressata – da esaminare con priorità rispetto a quello principale, secondo i criteri indicati da Cons. Stato Ad. Plen. n. 4 del 07.04.2011, perché involgente profili incidenti sulla stessa legittimazione processuale della ricorrente principale – è palesemente fondato in relazione al primo motivo dedotto.

3. Considerato, in particolare:

- che il punto 5.5. lett. A) del disciplinare di gara prescriveva che l'istanza di partecipazione alla procedura dovesse contenere, tra le altre, la dichiarazione attestante l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/06 *“espressamente riferite...a tutti i legali rappresentanti”*;

- che la stessa norma imponeva che la predetta dichiarazione fosse resa da *“ciascuno dei legali rappresentanti”* dell'impresa concorrente, e in particolare, per le società di capitali, dagli *“amministratori muniti di rappresentanza”*;

- che nella propria istanza di partecipazione la società Markas Service s.r.l. ha dichiarato che i propri *“legali rappresentanti indicati nella C.C.I.A.A. sono i seguenti [...]”*:
“Amministratori muniti di potere di rappresentanza:

1) Mario Kasslatter.....Presidente del CdA;

2) *Haidrun Achammer.....Vice Presidente del CdA e Amministratrice Delegata;*

Procuratori muniti di potere di rappresentanza:

3) *Umberto Braus...Procuratore Speciale;*

4) *Marino Verzari...Procuratore Speciale e Direttore Tecnico;*

- che nella stessa istanza la medesima concorrente ha precisato che *“in riferimento all’insussistenza delle cause di esclusione previste dalle lettere b), c) e m-ter dell’art. 38, comma 1 del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., rinvia alla dichiarazione cumulativa resa da tutti gli amministratori/procuratori muniti di poteri di rappresentanza...riportata in allegato”;*

- che in tale dichiarazione cumulativa i predetti Mario Kasslatter, Haidrun Achammer, Umberto Braus e Marino Verzari hanno dichiarato *“la non sussistenza delle cause di esclusione dalle gare d’appalto per l’affidamento di servizi con riferimento a quanto previsto dall’art. 38 del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.”.*

Rilevato, tuttavia:

- che dalla visura camerale aggiornata al 09.03.2010, allegata dalla predetta concorrente alla propria istanza di partecipazione, si evince che al momento della presentazione della propria offerta (31 marzo 2010) il consiglio di amministrazione era composto, non da due, ma da tre membri;

- che, in particolare, di tale consiglio faceva parte, oltre ai succitati Kasslatter Mario (Presidente) e Achammer Haidrun (Vicepresidente), anche tale Carrato Bruno, in qualità di *“consigliere nominato con atto del 29.06.2002”;*

- che, in forza di quanto previsto dall’art. 16.1 sub b) dello statuto della predetta società, a ciascun componente del consiglio di amministrazione (e quindi anche al Carrato) compete *“la rappresentanza della società”*, anche in via disgiunta dagli altri.

Considerato, alla luce di tali rilievi:

- che al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara via era un quinto soggetto (il signor Carrato Bruno) tenuto a rendere al dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del Codice dei Contratti;

- che tale dichiarazione è stata, invece, omessa;
- che tale omissione configura una palese violazione dell'art. 38 del D. lgs. 163/2006 e dell'art. 5.5. del disciplinare di gara;
- che, quindi, la predetta concorrente doveva essere esclusa dalla gara dal momento che, secondo l'orientamento giurisprudenziale condiviso dalla Sezione, l'omissione delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 costituisce di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica (Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3742; Cons. Stato, V, 15 ottobre 2010, n. 7524; Cons. Stato, III, 3 marzo 2011, n. 1371; Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011 n. 3069).

Considerato che le deduzioni difensive svolte, sul punto, dalla ricorrente principale sono infondate, posto che:

- è irrilevante la circostanza che con delibera del Consiglio di Amministrazione del 20 maggio 2008, al predetto sig. Carrato fosse stata conferita una delega per lo sviluppo commerciale di Markas in Romania, dal momento che una prescrizione dell'atto costitutivo (quella che assegna la rappresentanza a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, in via disgiunta) non può essere obliterata da una delibera dell'organo amministrativo: e questo tanto più in considerazione della previsione dell'art. 11 dello stesso Statuto, che riserva le modificazioni dei patti sociali alla competenza dei soci mediante delibera assembleare (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011 n. 3069: sentenza resa in fattispecie identica, concernente la stessa società e il medesimo amministratore);
- è irrilevante la circostanza che con lettera del 20 maggio 2010 Markas abbia inviato alla stazione appaltante una lettera nella quale comunicava l'avvenuto conferimento al consigliere Bruno Carrato di poteri di gestione, allegando la dichiarazione ex art. 38 del predetto amministratore, dal momento che tale dichiarazione (anche a prescindere dal carattere non veritiero della predetta

comunicazione, nella quale si riferiva di un “recente” conferimento di poteri gestionali al Carrato, avvenuto in realtà già due anni prima, e comunque prima della pubblicazione del bando di gara) è stata resa soltanto dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (02.04.2010), quando ogni integrazione documentale doveva ritenersi preclusa, ai sensi dell’art. 46 del Codice dei Contratti;

- è illegittimo, da parte della stazione appaltante, aver consentito tale integrazione, dal momento che ai sensi del citato art. 46 Codice Contratti non è consentito alla stazione appaltante sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento: invero i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, viceversa l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 08 settembre 2010, n. 32141, Consiglio Stato, sez. V, 02 agosto 2010, n. 5084);
- non è pertinente il richiamo ai principi giurisprudenziali in materia di *“falso innocuo”*, dal momento che lo stesso indirizzo giurisprudenziale circa la possibile rilevanza esimente della *“innocuità”* del falso presuppone l’indefettibile esistenza, a monte, di una dichiarazione che, proprio perché dotata di un puntuale contenuto, si presta astrattamente, per le sue lacune, ad essere considerata *“falsa”* (Consiglio di Stato, sez V, 23 maggio 2011 n. 3069), mentre invece nel caso in esame la dichiarazione ex art. 38 dell’amministratore Carrato è stata totalmente omessa;
- in ogni caso, il più recente indirizzo della giurisprudenza amministrativa, condiviso dalla Sezione, è orientato in senso contrario alla applicabilità nelle gare pubbliche dei principi in materia di falso innocuo, sulla base della considerazione

che esigenze di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti (cfr. Cons. Stato, III, 3 marzo 2011, n. 1371; Cons. Stato, V, 15 ottobre 2010, n. 7524);

- la tesi contraria propugnata dalla parte ricorrente non appare conciliabile, nè con il sistema della verifica ex post dei requisiti dichiarati di cui all'art. 48 del Codice dei Contratti (che presuppone il previo assolvimento dell'obbligo di rendere le dichiarazioni ex art. 38), nè con il divieto di integrazione documentale in corso di gara di cui al citato articolo 46 (che impedisce, al concorrente che abbia omesso la produzione documentale prevista dall'art. 38, di integrarla nel corso della procedura).

4. Considerato, pertanto, alla stregua delle predette considerazioni:

- che il primo motivo del ricorso incidentale è fondato e va accolto;

- che l'accoglimento del predetto motivo ha carattere assorbente di ogni ulteriore questione posta con il ricorso incidentale e con i successivi motivi aggiunti, in quanto comporta il rilievo dell'illegittimità dell'ammissione (o della mancata esclusione) dalla procedura di gara della ricorrente principale e, conseguentemente, della costituenda ATI con Coopservice s.c.p.a.;

- che l'accoglimento del ricorso incidentale rende il ricorso principale inammissibile per difetto di legittimazione a ricorrere, dal momento che l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara dell'ATI Markas impedisce di assegnare a detta concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che la abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva (Cons. Stato. Ad Plen. 7 aprile 2011, n.4);

- che le spese di lite possono essere compensate ricorrendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sui ricorsi, principale ed incidentale, indicati in epigrafe:

- a) accoglie il ricorso incidentale;
- b) per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso principale;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Richard Goso, Presidente FF

Paola Malanetto, Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2011

IL SEGRETARIO

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