

N. 00004/2012REG.PROV.COLL.
N. 06589/2011 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6589 del 2011, proposto da:
Santer Reply S.p.A. , in proprio e quale Mandataria di R.T.I. con
Cedoca Srl e Megaride Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio
Della Valle, Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso
Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini N. 8;

contro

Soresa Spa;

nei confronti di

S2i Italia Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi, Federica
Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via
Confalonieri N. 5;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n.
03671/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO

SERVIZIO DI RILEVAZIONE E GESTIONE DATI DELLA
SPESA FARMACEUTICA DELLE AA.SS.LL. DELLA REGIONE
CAMPANIA - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S2i Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2011 il Cons.
Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Della Valle e
Manzi;

Visto il dispositivo di sentenza n 5832/2011 del 31 ottobre 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio di revocazione trae origine da una procedura di gara indetta dalla SO.RE.SA. (Società Regionale per la Sanità s.p.a., controllata dalla Regione Campania) per l'affidamento del "servizio di rilevazione e gestione dei dati della spesa farmaceutica delle ASL della regione Campania".

All'esito della gara risultavano graduati , rispettivamente, al primo posto il costituendo R.T.I. capeggiato da CINECA (Consorzio Interuniversitario), al secondo il costituendo R.T.I. capeggiato da Santer Reply s.p.a.ed al terzo il raggruppamento capeggiato da S2i Italia s.r.l..

La stazione appaltante, dapprima ha disposto l'aggiudicazione

definitiva al primo classificato, ma poi, a seguito dell'esito negativo della verifica dei titoli di partecipazione del medesimo, lo ha escluso dalla gara, aggiudicando il servizio al secondo classificato.

Mutata la graduatoria finale della gara, il raggruppamento capeggiato da S2i Italia s.r.l., passato dalla terza alla seconda posizione, ha proposto ricorso al T.A.R. Campania, contestando la legittimità dell'ammissione del raggruppamento Santer Reply, per carenza di titoli di una delle ditte mandanti e per irregolarità nella presentazione delle offerte. A loro volta Santer Reply e associati hanno proposto ricorso incidentale contro la partecipazione del raggruppamento S2i Italia.

Il T.A.R. Campania ha dichiarato inammissibile il ricorso di S2i Italia e associati, ritenendo che costoro avrebbero dovuto proporre semmai la loro impugnazione contro l'aggiudicazione definitiva, che li collocava al terzo posto dopo Cineca e Santer, e che gli eventi successivi, e in particolare la esclusione di Cineca, non potevano riaprire i termini.

2. La sentenza del T.A.R. è stata appellata da S2i Italia s.r.l. e associati innanzi al Consiglio di Stato, che con sentenza n. 3671/2011 della Sezione Quinta ha accolto l'appello. Il Giudice di appello, in primo luogo, ha ritenuto che (diversamente da quanto giudicato dal T.A.R.) il ricorso di S2i e associati, in primo grado, fosse ammissibile e tempestivo; in secondo luogo ha ritenuto inammissibile, e comunque infondato, il ricorso incidentale proposto in primo grado contro S2i e associati; in terzo luogo ha concluso che in effetti, come dedotto nel

ricorso principale di primo grado, una delle imprese associate a Santer Reply non possedeva, o comunque non aveva correttamente documentato, taluno dei requisiti di partecipazione.

3. Con il ricorso ora all'esame Santer Reply s.r.l., in proprio e quale mandataria del suo raggruppamento, propone ora domanda di revocazione contro la sentenza della Sezione V.

Premesse altre critiche alla sentenza (non rilevanti ai fini della revocazione, come pure riconosce la stessa ricorrente), Santer Reply espone distintamente le seguenti censure, entrambe riferibili all'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c.:

(a) omessa pronuncia su una eccezione di tardività che era stata specificamente dedotta contro una delle censure riconosciute fondate dal Consiglio di Stato;

(b) mancata considerazione di alcun profili di fatto nella valutazione della causa di esclusione dalla gara dell'impresa Megaride (membro mandante del raggruppamento Santer Reply).

4. Questo Collegio ritiene opportuno esaminare prioritariamente il secondo gruppo di censure revocatorie.

4.1. Va premesso che la contestazione sollevata in primo grado da S2i nei confronti di Megaride (mandante, come si è detto, di Santer Reply) riguardava il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, lettera f) del codice dei contratti nonché la regolarità delle formalità di cui all'art. 48 dello stesso codice. In sostanza, era stato dedotto che Megaride, in un appalto analogo con la A.S.L. di Avellino, si era resa responsabile di grave inadempienza (fatto rilevante ai fini dell'esclusione dalla

nuova gara, ai sensi dell'art. 38, lettera f)) e comunque non aveva prodotto il certificato di regolare esecuzione di quel contratto (fatto rilevante ai fini dell'esclusione dalla nuova gara, ai sensi dell'art. 48, comma 2).

4.2. Conviene riportare quanto detto al riguardo nella sentenza della Sezione V:

«L'appellante sostiene, poi, nel merito tra varie censure, l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Santer Reply perché la Megaride srl, facente parte del gruppo aggiudicatario, non poteva ritenersi in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs, n. 163/06.

Infatti, la Asl Avellino 1, con delibera n. 300/07, aveva disposto, nei confronti della Megaride, la risoluzione del contratto per gravi inadempienze, anche se, successivamente, la questione era stata oggetto di transazione.

Inoltre, in violazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/06, l'aggiudicataria non avrebbe prodotto, neanche fuori termine, la documentazione attestante la buona esecuzione del servizio.

Tali motivi sono fondati.

Risulta, in atti, che la So.re.sa spa, che ha bandito la gara, è stata istituita al fine di svolgere le funzioni di acquisizione centralizzata di beni e servizi non sanitari necessari alle aziende sanitarie regionali, tra cui la Asl di Avellino che, a suo tempo, aveva stipulato con la Megaride un contratto di servizio informatico delle prestazioni farmaceutiche.

Risulta, inoltre, dalla delibera citata, che la Megaride non aveva “ nell'espletamento del proprio servizio di rilevamento informatico delle ricette farmaceutiche operato nel pieno rispetto delle valutazioni tecnico-contabili”, con

conseguente delibera dell'Asl di procedere alla "risoluzione del contratto" in quanto il servizio svolto da tale società risultava essere non conforme agli obblighi contrattuali e che, solo successivamente, su richiesta della Megaride, si era addivenuti, in via transattiva, ad una risoluzione contrattuale del rapporto, previa diminuzione delle pretese economiche della società.

Ciò posto, può considerarsi realizzata la violazione di cui all'art. 38 cit., consistente nella grave negligenza nell'esecuzione di prestazioni affidate alla stazione appaltante, atteso che il servizio in esame, ancorché posto a gara, formalmente, dalla So.re.sa. spa, risulta destinato a favore delle AA.SS.LL. della regione Campania, tra cui quella di Avellino e che, comunque, la società appaltante non ha adeguatamente motivato in ordine a tale carenza di requisiti.

Sotto altro profilo, può rilevarsi anche che il certificato di buona esecuzione richiesto ex art. 48, co. 2 del D.Lgs. n. 163/06, rilasciato dal committente privato o pubblico relativamente ai servizi che sono stati dichiarati con l'istanza di partecipazione, nella fattispecie, non è stato prodotto atteso che, come rilevato dall'appellante, la certificazione del commissario straordinario dell'Asl del 16/7/09, prot. 1670, si limita ad attestare soltanto gli importi delle somme pagate per il servizio di rilievo informatico e non anche la "buona esecuzione" di tale servizio, come, invece, espressamente richiesto dal bando.

La fondatezza di tali motivi di gravame deve ritenersi sufficiente ai fini dell'accoglimento del gravame con conseguente obbligo, a seguito di declaratoria di inefficacia della convenzione, di aggiudicare il servizio al raggruppamento appellante, con subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto.»

4.3. Ora, nella domanda di revocazione si afferma che vi sarebbe un

errore di fatto, rilevante ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., in quanto la Sezione V avrebbe ignorato che la A.S.L. di Avellino, dopo aver deliberato la risoluzione del contratto per inadempimento (o maladempimento) aveva poi revocato tale delibera ed il contratto era stato risolto consensualmente.

La censura è manifestamente infondata.

Contrariamente a quanto dedotto, la sentenza impugnata ha reiteratamente menzionato il fatto che la vertenza fra la A.S.L. di Avellino e Megaride si era conclusa con un accordo transattivo, mediante il quale, peraltro, Megaride ha accettato la risoluzione anticipata del contratto e una riduzione del corrispettivo. Non vi è stata dunque alcuna "svista" ovvero "abbaglio dei sensi".

Si potrà forse discutere se in presenza di un accordo transattivo del genere si possa comunque ritenere realizzata l'ipotesi della grave negligenza ai fini di cui all'art. 38, lettera f); la Sezione V ha risposto in senso affermativo e, comunque, quand'anche tale valutazione fosse errata, di certo non si tratterebbe di un errore di fatto secondo l'accezione di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c., ma, semmai, di un errore di giudizio.

Nondimeno, per quanto possa occorrere, anche questo Collegio è dell'opinione che la causa di esclusione di cui all'art. 38, lettera f), possa essere desunta dal fatto che vi sia stata una vertenza poi conclusa con una transazione onerosa per l'appaltatore.

Ed invero, se l'appaltatore accetta una simile transazione, vi è quanto meno un serio indizio che da parte sua vi sia stata una inadempienza.

Il fatto della transazione non esclude di per sé che l'inadempienza fosse grave. Stimare, poi, se in concreto quella inadempienza fosse veramente grave, è questione che esula dal presente giudizio di revocazione.

4.4. Con riferimento al medesimo episodio (vertenza fra Megaride e la A.S.L. di Avellino) la ricorrente per revocazione deduce un secondo profilo di censura, ossia un secondo (asserito) errore di fatto.

L'errore di fatto consisterebbe in ciò: che la Sezione V avrebbe creduto che il motivo dedotto da S2i (e accolto) si riferisse alla *prima parte* dell'art. 38, lettera *f*) («avere commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara»), mentre in realtà la ricorrente in primo grado si era riferita alla *seconda parte* («avere commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante»).

Peraltro risultano poco chiare le stesse ragioni per cui tale (supposto) fraintendimento della portata di quel motivo di ricorso sarebbe idoneo a dar luogo a revocazione.

In ogni caso non pare che fra le due parti della lettera *f*) vi sia una vera contrapposizione. Non si tratta di due ipotesi alternative, ossia tali che l'una escluda l'altra; semmai, la seconda appare più comprensiva della prima, nel senso che la include anziché escluderla. La prima è più ristretta, perché suppone un certo elemento psicologico nel comportamento dell'appaltatore (grave negligenza, ossia colpa grave; oppure malafede, ossia dolo) e inoltre suppone che la controparte sia

la medesima del nuovo rapporto (lo stesso ente che ora bandisce la gara), mentre la seconda ha contorni più ampi sotto entrambi i profili. Ma per il resto non vi è una vera differenza; sicché, anche ove l'originaria ricorrente (S2i) avesse richiamato la seconda ipotesi e il giudice abbia ritenuto realizzata la prima, ciò non può costituire un vizio della sentenza (se era realizzata la prima ipotesi era realizzata necessariamente anche la seconda, poiché questa contiene la prima).

4.5. Concludendo sul punto, la censura revocatoria sin qui in esame appare manifestamente infondata nelle sue varie prospettazioni; ne consegue l'inammissibilità del ricorso in revocazione. Infatti, rimane confermata la fondatezza (*rectius* la non revocabilità) di uno dei motivi di accoglimento dell'impugnazione di S2i, motivo peraltro, di per se stesso sufficiente a giustificare l'esito del giudizio.

Una volta appurato che Megaride difettava del requisito, di cui all'art. 38, lettera f), il raggruppamento di cui faceva parte non poteva essere ammesso alla gara. Quindi ogni altra questione diviene a questo punto irrilevante.

5. Non sarà inutile, tuttavia, osservare che appare mal posta anche l'altra censura della domanda di revocazione; quella attinente all'applicazione dell'art. 48 del codice degli appalti.

Come si è visto sopra, la Sezione V ha accolto il motivo di ricorso con il quale S2i aveva dedotto che Megaride avesse omesso di presentare il certificato di regolare esecuzione del contratto di cui sopra (quello con la A.S.L. di Avellino).

Questa doglianza era stata proposta nell'ambito dei motivi aggiunti

presentati da S2i in primo grado.

Al riguardo Santer Reply ritiene che la censura era tardiva e inammissibile e che la sentenza della Sezione V sarebbe da revocare perché non ha preso in esame l'eccezione, che era stata sollevata al riguardo.

Osserva questo Collegio – al di là di ogni altra questione sull'ammissibilità e la fondatezza di questo motivo di revocazione – che la sentenza della V Sezione non presenta, su questo punto, alcun vizio, perché la censura dedotta in primo grado da S2i non era né tardiva né inammissibile.

Invero si discute di un fatto (la produzione di un documento inidoneo, in luogo del certificato di regolare esecuzione di quel precedente contratto) che non si è verificato nel corso della gara, bensì *dopo l'aggiudicazione definitiva* e cioè nel momento della verifica *postuma* dei requisiti, effettuata a norma dell'art. 48, comma 2, del codice.

Infatti è agevole constatare che l'aggiudicazione definitiva è stata deliberata il 5 maggio 2009, mentre quell'atto che la Sezione V ha giudicato inidoneo (siccome non rispondente allo schema del “certificato di regolare esecuzione”) è la certificazione del commissario straordinario dell'ASL del 16 luglio 2009, n. 1670.

Ne derivano importanti conseguenze sul piano processuale di seguito illustrate.

In primo luogo la S2i aveva titolo e interesse a proporre ricorso, ancorché avesse ommesso di ricorrere immediatamente contro

l'aggiudicazione definitiva del 5 maggio 2009; e ciò vale anche a prescindere dalle ragioni per cui la Sezione V ha giudicato ininfluyente tale omissione.

Anche ove la mancata (o tardiva) impugnazione dell'aggiudicazione definitiva precludesse a S2i ogni altra contestazione, tale circostanza non poteva comunque precluderle di contestare il vizio perfezionatosi a suo danno *dopo* l'aggiudicazione e consistente, nella specie, nell'accettazione di un documento (datato 16 luglio 2009), che invece doveva essere respinto siccome inidoneo.

Se l'ente appaltante avesse correttamente respinto quel documento, la (nuova) aggiudicazione non sarebbe stata pronunciata in favore di Santer Reply e associati, bensì in favore di S2i e associati. Quindi, *almeno per questo profilo*, il ricorso di S2i non era precluso dalla mancata impugnazione dell'atto del 5 maggio 2009.

Poi, quanto al fatto che la censura in questione sia stata proposta da S2i non con il ricorso introduttivo del 23 ottobre 2009, bensì con i motivi aggiunti notificati il 25 novembre 2009, si osserva che il vizio in parola (produzione da parte di Megaride di un documento inidoneo nella fase della verifica dei requisiti a norma dell'art. 48, comma 2) non si poteva presumere conosciuto da S2i prima dell'apposito accesso agli atti, effettuato il 17 novembre. Solo l'esame diretto di quel documento, infatti, consentiva di valutarne l'inidoneità.

Pertanto, anche ove le censure formulate nel ricorso introduttivo (23 ottobre) fossero inammissibili e/o tardive (ma la Sezione V ha detto il contrario e questo punto non si può adesso rimettere in discussione),

altrettanto non si può dire dei motivi aggiunti.

6. In conclusione, il ricorso per revocazione va dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti in considerazione della scarsa chiarezza della vicenda in punto di fatto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione in epigrafe, lo dichiara inammissibile per carenza di interesse.

Spese di lite compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2012

IL SEGRETARIO

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