



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1595 del 2013, proposto dal -OMISSIS-- Società Cooperativa, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con il -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Fausto Falorni, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dell'Oriuolo n. 20;

contro

Estav Centro (Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta), rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2; Asl 3 - Pistoia;

nei confronti di

Sintesi Soc. Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Minerva Società Cooperativa Sociale Onlus, Minerva Soc. Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con Sintesi Soc. Cooperativa Sociale Onlus, rappresentati e difesi dall'avv. Andrea Grazzini, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Palestro n. 3;

Consorzio Leonardo Servizi Consorzio Stabile, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Montano e Francesco Lotito, con domicilio eletto presso il loro studio in Firenze, viale dei Mille, n. 18/B;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale dell'Estav Centro n. 501 in data 14.10.2013, mediante il quale e' stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria all'A.T.I. -OMISSIS-, relativamente alla gara per l'affidamento del servizio di gestione dell'attività amministrativa di front-office e di back-office, telecup dell'attività sanitaria di prelievo ematico, per l'Azienda USL n. 3 di Pistoia, con conseguente aggiudicazione a favore del R.T.I. Sintesi-Minerva;

nonchè per annullamento,

di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi, tra cui:

- il verbale di gara in data 7.10.2013;
- la nota di comunicazione prot. n. 20920 del 15.10.2013;
- in quanto occorra, il bando di gara, il disciplinare di gara ed i modelli ad esso allegati, e gli altri atti di gara, approvati con la deliberazione del Direttore Generale n. 121 del 5.06.2013;
- la nota prot. n. 17735 del 9.09.2013;
- la nota prot. n. 18958 del 25.09.2013;

- la nota in data 13.09.2013;
e per la declaratoria
di inefficacia dell'accordo quadro e dei contratti specifici, se stipulati nelle more del giudizio;
per la condanna
all'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra -OMISSIS-- Società Cooperativa e -
OMISSIS- ed alla stipula dell'accordo quadro e dei contratti specifici con il medesimo raggruppamento temporaneo
di imprese;
nonchè per la condanna
al risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Centro (Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta),
di Sintesi Soc. Cooperativa Sociale Onlus anche mandataria Costituendo R.T.I. con Minerva Società Cooperativa
Sociale Onlus e di Minerva Soc. Cooperativa Sociale Onlus anche mandante Costituendo R.T.I. con Sintesi Soc.
Cooperativa Sociale Onlus e di Consorzio Leonardo Servizi Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 D. Lgs. 30.06.2003 n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i
difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Estav Centro ha indetto la gara per la conclusione di un accordo quadro, con unico operatore economico, ai sensi
dell'art. 59 del d.lgs. n. 163/2006, sul quale basare la stipulazione di contratti specifici per il servizio di gestione
dell'attività amministrativa di front-office e back-office, telecup e attività sanitaria di prelievo ematico, per
l'Azienda USL n. 3 di Pistoia (con durata di 48 mesi ed un importo stimato di euro 5.200.000).

Hanno partecipato alla gara anche il Consorzio sociale -OMISSIS-Onlus e il -OMISSIS-, in raggruppamento
temporaneo ex art. 34, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 163/2006.

Il Consorzio sociale -OMISSIS-ha indicato la Cooperativa sociale SE-AF -Servizi e Affini- società cooperativa
sociale per azioni, quale associata cui il Consorzio medesimo avrebbe affidato lo svolgimento di parte dell'attività.

Il legale rappresentante di tale Cooperativa ha dichiarato, in sede di compilazione del modello B.2 allegato al
disciplinare di gara, per sé e per la signora -OMISSIS- -OMISSIS- (indicata come vicepresidente) l'inesistenza di
sentenze penali di condanna (documento n. 6 depositato in giudizio dalla controinteressata).

Nella seduta di gara del 26.8.2013 è stata dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del costituendo
raggruppamento -OMISSIS-.

Successivamente a tale aggiudicazione Estav, con nota del 9.9.2013, ha invitato a dare chiarimenti circa omissioni
riscontrate nella dichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/2000 (allegati B e B.2 del
disciplinare). Infatti la signora -OMISSIS- -OMISSIS-, vicepresidente della SE-AF, era stata condannata per furto con
sentenza penale irrevocabile del Tribunale di Pistoia del 7.12.1979, ma tale condanna non era stata dichiarata in
sede di gara, in quanto il legale rappresentante, nel compilare il modello B.2, aveva attestato l'assenza di precedenti

penali.

In data 17.9.2013 la Cooperativa sociale SE-AF ha presentato una memoria preordinata a dimostrare l'insussistenza di ragioni ostative all'aggiudicazione.

E' seguita la nota con cui l'Ente ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, essendo risultata una sentenza penale di condanna, non dichiarata dall'A.T.I., a carico di uno dei legali rappresentanti indicati dalla società SE-AF.

La Cooperativa sociale SE-AF ha controdedotto, con missiva del 4.10.2013 (documento n. 11 allegato al gravame), facendo presente quanto segue:

I) il verbale della seduta dell'assemblea ordinaria della Cooperativa sociale SE-AF, in data 23.4.2013, dimostra che la signora -OMISSIS- è stata nominata Consigliere e non Vicepresidente;

II) la stessa ha presentato le dimissioni dalla carica di vicepresidente il giorno 21.5.2012;

III) l'art. 37 dello Statuto prevede che il vicepresidente può sostituire il presidente soltanto in caso di assenza o impedimento, mentre la signora -OMISSIS-, nella seduta del Consiglio di Amministrazione del 24.4.2012, ha assunto l'impegno di portare alla valutazione del primo Consiglio utile gli atti assunti nell'eventuale periodo di vacanza delle funzioni di presidente.

In allegato a tale missiva la parte istante ha depositato in giudizio la lettera di dimissioni (datata 21.5.2012 e recante la dicitura firmata "consegnata a mano il 21.5.12") ed il verbale del Consiglio di Amministrazione n. 230 del 26.4.2013, nel quale è riportata la dichiarazione del Presidente, secondo cui per involontaria dimenticanza le predette dimissioni non sono state portate prima a conoscenza del Consiglio, e nel quale si precisa "il Consiglio prende atto di quanto comunicato dal Presidente; la -OMISSIS- ribadisce che le dimissioni hanno comunque decorrenza dal 21 maggio 2012".

Il seggio di gara, nella seduta del 7.10.2013, rilevato che dalla dichiarazione resa in sede di gara e dal certificato camerale emerge che il soggetto in questione rivestiva nel periodo considerato la carica di vicepresidente, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e l'esclusione della ricorrente dalla graduatoria finale.

Tale decisione è stata recepita da Estav con provvedimento dirigenziale n. 501 del 14.10.2013, il quale ha anche ad oggetto la decisione di concludere l'accordo quadro con il RTI Sintesi/Minerva.

Avverso la suddetta determinazione la parte ricorrente è insorta deducendo:

1) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per errore e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto ed erroneità di motivazione; violazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990;

2) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 47 del d.p.r. n. 445/2000; eccesso di potere per errore e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto ed erroneità della motivazione; violazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990;

3) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per errore e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto ed erroneità di motivazione; violazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990;

4) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per errore e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto ed erroneità di motivazione; violazione dell'art. 35 della Costituzione, dell'art. 1 della legge n. 689/1981 e degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990;

5) violazione dell'art. 38 e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle gare; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, ingiustizia manifesta;

6) illegittimità derivata; eccesso di potere per difetto di presupposto.

Si sono costituiti in giudizio Estav Centro e le controinteressate Sintesi Società cooperativa sociale onlus e Minerva

Società cooperativa sociale onlus (facenti parte del raggruppamento aggiudicatario), nonché il Consorzio Leonardo Servizi (terzo classificato nell'originaria graduatoria di gara).

L'Ente appaltante, in particolare, con memoria difensiva depositata in giudizio in data 2.12.2013 (pagina 7), evidenzia che “da alcune verifiche condotte presso l'archivio ufficiale della C.C.I.A.A. era emersa una significativa discrepanza tra la fotocopia del manoscritto trasmesso alla stazione appaltante unitamente alle osservazioni del 4.10.2013 (dal quale sarebbe possibile evincere la revoca dell'incarico di vicepresidente alla signora -OMISSIS- a far data proprio dal 23.4.2013) e quanto invece contenuto nel testo del verbale di assemblea ordinaria del 23.4.2013 depositato presso il predetto archivio ufficiale” e che “in tale verbale, trasmesso e per giunta firmato digitalmente dal Presidente della Cooperativa signor -OMISSIS-, con espressa dichiarazione di conformità del documento informatico a quello trascritto e sottoscritto sui libri sociali della Cooperativa, può infatti leggersi che il signor -OMISSIS- -OMISSIS- viene inoltre confermato Presidente del Consiglio di Amministrazione e la signora -OMISSIS- -OMISSIS- vicepresidente del Consiglio di amministrazione”. La stazione appaltante conclude la sua precisazione rilevando che la conferma della vicepresidente non figura nell'ultima pagina della fotocopia del testo manoscritto del verbale di assemblea del 23.4.2013 trasmesso dalla Cooperativa ad Estav Centro con nota del 4.10.2013.

La difesa della ricorrente, nell'odierna camera di consiglio, ha replicato producendo ulteriore fotocopia dei verbali dell'Assemblea della Cooperativa sociale SE-AF in data 23.4.2013 e del Consiglio di Amministrazione in data 24.4.2012 e 26.4.2013, nonché gli esemplari originali della lettera di dimissioni della vicepresidente, del registro dei verbali dell'Assemblea della Cooperativa e del registro dei verbali del Consiglio di Amministrazione, con contestuale istanza di prova testimoniale indicante come testi i signori -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS- -OMISSIS-.

Alla camera di consiglio del 4 dicembre 2013 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio ritiene di prescindere dall'eccezione di inammissibilità parziale del ricorso, sollevata dal controinteressato raggruppamento aggiudicatario, stante la manifesta infondatezza del ricorso stesso.

Entrando nel merito della trattazione del gravame, si osserva quanto segue.

Con la prima censura il ricorrente deduce che in realtà la signora -OMISSIS- non rivestiva la carica di vicepresidente né al momento dell'indizione della gara, né nell'anno antecedente; aggiunge che, comunque, la predetta carica sarebbe irrilevante e che la stazione appaltante ha omesso di valutare la realtà delle cose emergente dalla documentazione prodotta.

I rilievi non hanno pregio.

La documentazione prodotta dalla parte interessata è smentita sia dal certificato della Camera di commercio, in cui la signora -OMISSIS- figura come vicepresidente sino al 3.10.2013 (documenti n. 13 e 14 depositati in giudizio da Estav), sia dalle dichiarazioni rese in sede di gara dal Presidente della Cooperativa sociale SE-AF (documenti n. 3, 4, e 5 depositati in giudizio dalla controinteressata), sia dalla dichiarazione sostitutiva prodotta come documento di gara e sottoscritta dalla -OMISSIS- nella esplicitata qualità di “vicepresidente del consiglio di amministrazione della Cooperativa sociale Seaf” (documento n. 6 prodotto in giudizio dalla stazione appaltante).

Ciò appare sufficiente a legittimare la contestata determinazione dell'Ente, configurandosi, al momento dell'adozione dell'atto impugnato, un quadro documentale complessivo che depone per la persistente titolarità della carica di vicepresidente in capo alla signora -OMISSIS-.

Inoltre, la copia del verbale di assemblea ordinaria del 23.4.2013 depositata in giudizio da Estav (documento n. 15), nella parte finale, dà contezza della deliberazione di conferma della signora -OMISSIS- -OMISSIS- quale

vicepresidente del Consiglio di Amministrazione, mentre l'esemplare, redatto a mano, depositato in giudizio dal ricorrente (documento n. 11), non reca tale indicazione, cosicché restano comunque dubbie e non provate dall'interessato le vicissitudini riguardanti la suddetta carica sociale.

Né, in tale contesto, potrebbe in alcun modo essere decisiva la lettera di dimissioni cui fa riferimento il ricorrente, non essendo autenticata la sottoscrizione apposta in calce alla lettera stessa e mancando una data certa, o la documentazione prodotta nell'odierna camera di consiglio, per la stessa ragione.

Nemmeno è condivisibile la tesi secondo cui la carica di vicepresidente sarebbe comunque irrilevante.

Invero il possesso di tale carica conferisce poteri di firma e di rappresentanza diretta della società, sia pure condizionati alla vacanza della funzione di presidente, come risulta dall'art. 37 dello Statuto.

Con il secondo motivo il ricorrente sostiene che l'omessa dichiarazione della condanna penale in questione non può giustificare l'estromissione dalla graduatoria, in quanto il soggetto che l'ha resa (ovvero il presidente della Cooperativa sociale) non era a conoscenza di tale remota condanna (peraltro accompagnata dal beneficio della non menzione) riguardante un soggetto terzo, e non avrebbe potuto accedere alle risultanze complete del casellario giudiziale; secondo la parte istante, inoltre, l'irrelevanza della condanna deriva dalla non gravità del reato, dalla sua commissione in epoca remota e dal concesso beneficio della non menzione.

Le doglianze non possono essere accolte.

L'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 impone a ciascun concorrente di indicare tutte le condanne penali riportate; la suddetta norma muove evidentemente dalla necessità di presentare dichiarazioni complete e fedeli.

Invero, nelle procedure di evidenza pubblica la completezza della dichiarazione prevista dal citato art. 38 comma 2 costituisce di per sé un valore da tutelare, in quanto consente la celere e consapevole decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara e in quanto, comunque, una dichiarazione incompleta è lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla selezione (Cons. Stato, III, 16.3.2012, n. 1471).

L'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, pur circoscrivendo le ipotesi di esclusione dalla gara, non può venire in soccorso al concorrente che non abbia adempiuto all'obbligo di rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, giacché il citato art. 46 comma 1 bis legittima l'estromissione dal procedimento selettivo sia qualora una norma di legge o di regolamento la commini espressamente, sia qualora la norma di legge (nella fattispecie in esame costituita dall'art. 38 comma 2) imponga adempimenti doverosi pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. Stato, III, 16.3.2012, n. 1471).

In definitiva, la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, ancorché relative a reati non incidenti sulla moralità professionale, costituisce una causa autonoma di esclusione dalla gara, a prescindere dalle prescrizioni contenute al riguardo nel bando, stante la statuizione di cui al combinato disposto dell'art. 38, comma 2, e dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 (TAR Basilicata, I, 15.9.2011, n. 472).

Depone in tal senso anche l'art. 75 del d.p.r. n. 445/2000, richiamato dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, in base al quale la non veridicità della dichiarazione sostitutiva comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti (e quindi l'esclusione dalla gara), senza che tale norma, la cui applicazione prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante e dalle giustificazioni da lui addotte, lasci alcun margine di discrezionalità all'Amministrazione (Cons. Stato, V, 27.4.2012, n. 2447; TAR Toscana, II, 9.5.2013, n. 782).

Del resto la parte istante è stata resa preventivamente edotta della necessità di attestare le eventuali condanne subite, giacché il facsimile di dichiarazione sostitutiva costituente il modello B.2 prevede espressamente l'indicazione, da parte dell'interessato, di tutti i provvedimenti di condanna.

Rileva pertanto il dato oggettivo della mancata dichiarazione della pregressa condanna, conoscibile dal Presidente

attraverso la visura del casellario giudiziario.

Inoltre, l'onere di visionare la banca dati del casellario giudiziale rappresenta un obbligo di diligenza a carico del dichiarante, il quale, ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445/2000, si assume la responsabilità della correttezza dell'attestazione effettuata e, prima ancora, della completezza delle preventive verifiche effettuate.

La terza censura si incentra sulla non gravità del reato in questione, dal quale la parte esponente fa rilevare l'irrelevanza agli effetti della lettera c, comma 1, dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Il rilievo è infondato, alla stregua delle considerazioni espresse nella trattazione del precedente motivo.

Con la quarta doglianza l'istante sostiene che il principio generale di irretroattività preclude di applicare l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 in relazione a reati commessi prima della sua entrata in vigore.

L'assunto non ha pregio.

La norma in questione è posta a tutela del corretto andamento della gara, non introduce una sanzione punitiva (rispetto alla quale varrebbe il principio di irretroattività) e fa riferimento all'omessa dichiarazione di pregresse condanne o alla falsa dichiarazione di inesistenza di condanne, dichiarazione necessariamente successiva (e lo è nel caso di specie) all'entrata in vigore del citato art. 38.

Pertanto, nessuna violazione del principio di irretroattività richiamato dall'interessata emerge dagli atti impugnati.

Con il quinto motivo il ricorrente deduce che, stando al disciplinare di gara e all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, l'adempimento in questione non riguarda le cooperative per le quali il consorzio concorre.

La censura non ha pregio.

Il disciplinare di gara (pagine 6-7) prevede, in caso di partecipazione di Consorzi di cooperative o di Consorzi stabili, che la dichiarazione debba essere presentata sia dal Consorzio che dalla preaffidataria.

Del resto, il fatto che la dichiarazione debba essere resa dalle singole società consorziate è in linea con gli artt. 34 e 38 del d.lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, III, 28.12.2011, n. 6968); diversamente opinando, sarebbe concreto il rischio di una costituzione di un consorzio finalizzata a rendere possibile l'esecuzione di servizi o lavori da parte di imprese consorziate che in proprio non avrebbero potuto partecipare alla gara per mancanza dei requisiti generali.

Il sesto motivo, incentrato sull'illegittimità derivata che inficerebbe l'aggiudicazione disposta a favore della società controinteressata, è infondato alla stregua delle considerazioni espresse nella trattazione delle precedenti censure.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio sono liquidate nella misura di euro 5.000 (cinquemila) oltre accessori di legge, che la parte ricorrente deve corrispondere per metà ad Estav Centro e per la restante metà alla parte controinteressata Sintesi e Minerva società cooperative; sussistono invece giusti motivi per compensare le spese di giudizio nei confronti dell'altro controinteressato, Consorzio Leonardo Servizi.

Il Collegio ritiene di disporre la trasmissione di copia della presente pronuncia alla Procura della Repubblica di Firenze, per quanto di eventuale competenza, stanti le difformità dei documenti sopra descritte (si richiama in particolare la parte finale della premessa in fatto della presente sentenza).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente a corrispondere la somma di euro 5.000 (cinquemila) oltre ad accessori di legge, a titolo di spese di giudizio inclusive di onorari difensivi, per metà ad Estav Centro e per la restante metà alla parte controinteressata Sintesi/Minerva; spese compensate nei confronti dell'altro soggetto controinteressato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o

della dignità della parte interessata, per procedere all'oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi della parte ricorrente e della persona indicata come vicepresidente, manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati.

Dispone altresì la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2013

IL SEGRETARIO

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