



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 5652 del 2013, proposto dal Consorzio C.S.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Sorrentino, Carmelo D'Antone e Fabio Altamura, con domicilio eletto presso l'ultimo in Roma, via Cicerone, n. 60;

contro

Plurima s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Dani e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il secondo Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

- ESTAV Centro - Ente per i servizi tecnico - amministrativi di area vasta, non costituitosi in giudizio;

- Italarchivi s.r.l., Servizi Avanzati Toscana s.r.l., non costituitosi in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00977/2013, resa tra le parti, concernente l' affidamento del servizio di archiviazione per le aziende sanitarie dell'Area Vasta Centro

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Plurima s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Altamura, Sorrentino e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Toscana Plurima s.p.a. impugnava per dedotti motivi di violazione di legge il provvedimento dirigenziale a firma del Coordinatore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi di ESTAV Centro Toscana n. 636 in data 31.12.2012, nella parte in cui – in esito a procedura di gara aperta indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - disponeva l'affidamento al Consorzio C.S.A. del servizio di archiviazione per le Aziende USL 3 di Pistoia, USL 4 di Prato e USL 11 di Empoli (lotto 1) e per l'Azienda USL 10 di Firenze ed ESTAV Centro (lotto 2). nonché ogni ulteriore atto connesso.

Formulava altresì domande di declaratoria dell'inefficacia dei contratti d'appalto relativi ai lotti 1 e 2, se ed eventualmente stipulati nelle more del giudizio ed il conseguente subentro ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., e di risarcimento del danno sofferto, anche per equivalente ex art. 124 c.p.a., nella misura da quantificare in corso di causa.

La ricorrente aveva presentato offerta per i lotti 1 e 2, per il quali il Consorzio C.S.A. aveva conseguito l'aggiudicazione, collocandosi al secondo posto nella

graduatoria relativa al secondo lotto, e terza - dopo C.S.A. e Italarchivi s.r.l. - in quella riguardante il primo lotto.

Con sentenza n. 977 del 2013 il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Il primo giudice – respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la congiunta impugnazione dell'esito della gara in relazione ai due distinti lotti - statuiva quanto al merito:

- che correttamente il Consorzio C.S.A., secondo quanto stabilito dal bando di gara, aveva comprovato i requisiti di ammissione unitamente alle consorziate, in quanto il contratto di appalto vede come parti il solo Consorzio stabile e l'Amministrazione appaltante.

- che non risultava corretta la produzione di copia dei bilanci e del contratto formalizzato con l'ASL di Alessandria che, pur qualificate come conformi all'originale nella nota di trasmissione, non erano accompagnate dalla sottoscrizione nell'attestazione di conformità;

- che l'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 consente il completamento postumo del contenuto dei documenti prodotti o la presentazione di chiarimenti e non la rimessione in termini ai fini dell'eliminazione di un vizio (costituito dall'omessa sottoscrizione) comportante l'inesistenza giuridica dell'attestazione di conformità;

- l'insussistenza di una situazione di controllo da parte della soc. Servizi Avanzati a r.l. nei confronti della soc. Avanzati Toscana a r.l. - designata quale impresa consorziata esecutrice dell'appalto - non avendo la prime delle anzidette imprese partecipato alla gara;

- l'omessa indicazione da parte di C.S.A. (prima classificata per i lotti n. 1 e 2) e da parte di Italarchivi s.r.l. (seconda classificata per il lotto n. 1) dell'incidenza dei costi di sicurezza nel valore complessivo dell'offerta,

Avverso la sentenza del T.A.R. ha proposto appello il Consorzio C.S.A. ed ha contrastato le statuizioni poste a sostegno dell'annullamento della gara e chiesto, in riforma della sentenza impugnata, il rigetto del ricorso proposto da Plurima s.p.a. avanti al T.A.R.

La soc. Plurima, costituitasi in giudizio, ha contraddetto i motivi di appello ed ha proposto ricorso incidentale avverso le statuizioni della sentenza del T.A.R. ad essa sfavorevoli

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 28 novembre 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Con il primo mezzo di impugnativa il Consorzio C.S.A. (in prosieguo di trattazione C.S.A.) contrasta la statuizione del T.A.R. che – una volta intervenuta l'aggiudicazione - non ha ritenuto adempiuto, nel termine perentorio di dieci giorni stabilito dal disciplinare di gara, l'obbligo di comprovare, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, i requisiti di capacità richiesti dal bando per l'affidamento del servizio.

Quanto precede a fronte della produzione di copia dei bilanci societari e di un contratto formalizzato con la A.S.L. di Alessandria che, pur accompagnati da attestazione di conformità all'originale, non recavano però la firma del dichiarante. Tantomeno, a giudizio del T.A.R., poteva avere valenza sanante la dichiarazione di conformità all'originale contenuta nella nota di trasmissione dei documenti.

Osserva il Collegio che in ordine alla fattispecie di cui è controversia non è in contestazione il fatto che i documenti in questione siano pervenuti entro il termine stabilito, né che il contenuto dei documenti stessi corrisponda sostanzialmente a quanto richiesto per il buon esito della procedura, né, infine, che le copie prodotte siano effettivamente conformi all'originale; l'unica contestazione riguarda il fatto

che le copie prodotte non recavano, al momento della produzione, una compiuta attestazione della conformità ai rispettivi originali.

L'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del d.lgs. n. 163 del 2006 reca una norma di principio in base alla quale le *“stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati”*.

Si tratta di previsione che, nel settore delle pubbliche gare, è volta a soddisfare il principio di più ampia partecipazione delle imprese alla selezione e che, al contempo, orienta le stazioni appaltanti, a fronte di una pluralità di adempimenti ed oneri di carattere formale posti a carico di chi aspira all'affidamento della commessa pubblica, verso la verifica su un piano di concretezza ed effettività dei requisiti di partecipazione e della capacità dei concorrenti.

L'art 46, primo comma, innanzi richiamato è, a sua volta, una specificazione dell'istituto di carattere generale che si rinviene all'art. 6, comma 1, della legge n. 241 del 1990, in base al quale responsabile del procedimento, nello svolgimento dell'attività istruttoria e di accertamento d'ufficio dei fatti e dei presupposti del provvedere, *“in particolare può chiedere il rilascio e la rettifica di dichiarazioni o istanze ritenute erronee e incomplete”*.

Quanto precede in un logica recessiva della c.d. *caccia all' errore* che si risolva in preclusione del favorevole esito del concorso; con la conseguenza che l'inosservanza di una regola formale può assumere valenza escludente solo quando incida sui contenuti della dichiarazione, impedendo il risultato utile cui è indirizzata l'azione amministrativa, piuttosto che sulle regole formali della sua esternazione.

Nel caso di specie l'attestazione di conformità all'originale delle copie prodotte era già contenuta *ob relationem* nella nota di trasmissione del 18 dicembre 2012. Con essa fa sistema la dichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del

2000 allegata a detta nota, che reca il riferimento soggettivo al rappresentante dell'impresa a l'assunzione di responsabilità.

In tale contesto ricorre *la ratio* delle disposizioni normative prima richiamate, tese a consentire l'integrazione e rettifica di certificazioni documenti che, se incompleti negli aspetti formali, recano in sé tutti gli elementi contenutistici in ordine ai quali deve attestarsi il potere di verifica e controllo della stazione appaltante. Il c.d. *soccorso istruttorio* dà, quindi, prevalenza all'interesse primario all'affidamento dell'appalto al miglior offerente e valorizza il principio di conservazione della fasi procedurali pregresse.

2.1. E' altresì fondato il secondo mezzo di impugnativa con il quale C.S.A. contrasta la conclusione del primo giudice che ha elevato a causa escludente dalla gara la mancata indicazione in sede di offerta economica del separato costo da sostenere per gli oneri di sicurezza da parte sia del Consorzio medesimo - primo classificato quanto al lotto 1 - sia da parte della soc. Italarchivi, seconda classificata per il lotto 2 ..

Sotto un primo profilo va osservato che l'offerta è stata redatta in conformità ad un modello all'uopo predisposto dalla stazione appaltante ed allegato al bando *al fine di agevolare ed uniformare la compilazione*, da utilizzarsi con carattere di doverosità e non recante, pur nella sua articolazione, alcuno spazio destinato allo scorporo indicazione della voce di spesa in argomento.

Inoltre, come dato atto dal T.A.R. con statuizione non oggetto di contestazione, la procedura concorsuale riguarda un servizio compreso fra quelli elencati all' allegato II B del d.lgs. n. 163 del 2006 per i quali, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. medesimo, trovano applicazione gli artt. 65, 68 e 225 del d.lgs. in questione. Ciò esclude che la disciplina di gara possa ricevere, indipendentemente da specifico richiamo in essa, immediata integrazione con le previsioni dettate dall'art. 86 sulla specificazione dei costi di sicurezza afferenti alla prestazione dedotta in rapporto.

La disciplina di gara, non oggetto di impugnazione, ha invero rimesso alla scelta facoltativa della ditta partecipante di predisporre in sede di offerta economica una relazione recante le giustificazioni delle diverse voci di prezzo, comprensive anche del rispetto delle *norme vigenti in materia di sicurezza e condizioni di lavori* ed, in tale sede, ha fatto richiamo agli artt. 86 ed 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 sui poteri di verifica dell'affidabilità e congruità dell'offerta.

Siffatta scelta non è elusiva dalla regola di separazione dei costi di sicurezza da quelli che concorrono nell'offerta economica, ma ne ha solo posticipato la verifica nel procedimento di accertamento della congruità dell'offerta nel suo complesso

Le offerte delle imprese prima e seconda classificata per il lotto 1 sono state redatte conformemente alla regolamentazione di gara e non presentano incertezze nel contenuto quale richiesto dalla disciplina stessa, né violano una previsione del d.lgs. n. 163 del 2006 immediatamente cogente, ove si consideri che la regola di specificazione o separata indicazione dei costi di sicurezza, ai sensi dell'art. 86 del citato d.lgs., opera in via primaria nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici in sede di *predisposizione delle gare di appalto* e di *valutazione dell'anomalia*, con la conseguenza che l'assenza di scorporo nel *quantum* fin dalla fase di presentazione dell'offerta non può risolversi in causa di esclusione dalla gara, anche alla luce dei criteri di tassatività della cause espulsive previsti dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Va quindi confermato l'indirizzo della Sezione in base al quale nel caso di appalti non aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici — nei cui confronti si applica la norma dettata *ad hoc* dall'art. 131 d.lgs. n. 163 del 2006 — ed il cui bando di gara non contenga una comminatoria espressa, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico degli oneri di sicurezza per rischio specifico non comporta di per sé l'esclusione dalla gara, ma rileva ai soli fini dell'anomalia del prezzo offerto, nel senso che, per scelta della stazione appaltante, il momento di valutazione dei

suddetti oneri non è eliso, ma è posticipato al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso (Cons. St., sez. III, n. 4070 del 18 ottobre 2013)

3. I motivi dedotti con ricorso incidentale da parte della soc. Plurima non superano lo scrutinio di fondatezza.

3.1. Relativamente all'aggiudicazione dei lotti 1 e 2 Plurima s.p.a. lamenta che il Consorzio C.S.A. non ha comprovato per la consorziata Servizi Avanzati Toscana, secondo quanto prescritto dagli artt. 35 del d.lgs. n. 163 del 2006 e 277 del d.P.R. n. 277 del 2010 il possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnica.

Osserva il collegio - in linea con le conclusioni del primo giudice - che il bando di gara per i soggetti contemplati dalle lett. b) e c) dell'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006 prescrive che i requisiti di capacità economico/finanziaria e di capacità tecnica *“devono essere comprovati dal Consorzio cumulativamente con le consorziate con le quali concorrere”*.

La connotazione di consorzio stabile rivestita da C.S.A. comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva che stipula il contratto il nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori.

L'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa in conseguenza al consorzio, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese. Diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee, cui fa capo una contitolarità del contratto con l'ente committente, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. investe esclusivamente il consorzio senza estendersi, in via solidale, a carico dell'impresa incaricata dell'esecuzione.

La verifica dei requisiti di qualificazione avviene, quindi, in capo al consorzio medesimo, che a tal fine può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate. Accedere all'opposta tesi porta a vanificare la ragione d'essere dei consorzi stabili, che è quella di dare accesso alle gare delle imprese minori sprovviste dei requisiti per la partecipazione individuale. Del resto l'imposizione a queste ultime di darne prova *pro quota* verrebbe a replicare Resta quindi escluso che il difetto di detti requisiti da parte di un singolo consorziato che eseguirà l'appalto possa costituire causa di esclusione dalla gara, venendosi in tal modo a vanificare la connotazione strutturale e funzionale del consorzio stabile ed a replicare, nella sostanza, il vincolo di minore intensità che ha luogo con la partecipazione alla gara in a.t.i. (cfr. Cons. St. VI, n. 2563 del 10 maggio 2013; sez. V, n. 2454 del 27 aprile 2011).

3.2. Oppone la soc. Plurima che C.S.A. doveva, in ogni caso, essere escluso dalla gara per non avere la società consorziata Servizi Avanzati Toscana s.r.l. dichiarato la situazione di controllo, presa in considerazione dall'art. 2359 s.r.l., in cui versa rispetto alla soc. Servizi Avanzati a r.l., quale socio di maggioranza, in tal modo incorrendo nella sanzione espulsiva prevista dall'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

Il T.A.R. ha respinto il motivo in aderenza alla lettera ed alla ratio di quanto dell'art. 38, lett. m) quater del d.lgs. n. 163 del 2006.

La preclusione di partecipazione alla gara è ivi stabilita nei confronti di soggetti che *“si trovino rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

La disposizione dà rilievo alle situazioni di controllo e condizionamento che esplicano i loro effetti all'interno della *medesima procedura di affidamento*, a prevenzione del *vulnus* al corretto dispiegarsi del confronto concorrenziale fra i partecipanti e della stessa genuinità delle offerte.

Ai predetti effetti è del tutto irrilevante che il capitale della società partecipante sia detenuto con quota di maggioranza da altra società che, restata estranea alla gara, in alcun modo può introdurre elementi e condizioni distorsivi nella formulazione delle offerte con effetto distorsivo della scelta comparativa.

3.3. Con riguardo alla procedura selettiva relativa al lotto 1 Plurima s.p.a. si duole della mancata esclusione per avere prodotto la soc. Italarchivi a r.l. (seconda classificata al lotto 2) la dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 limitatamente agli amministratori muniti di potere di rappresentanza e non anche relativamente ai procuratori speciali con potere di firma.

Il motivo dedotto investe gli obblighi di dichiarazione dell'impresa partecipante del possesso dei requisiti di moralità (art. 38, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006) prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici.

La menzionata disposizione, nel selezionare plurime cause impeditive dell'ammissione alla gara e della stipulazione del relativo contratto, prescrive, in particolare, che l'accertamento è svolto nei confronti *“degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico”* se si tratta di società o di consorzi organizzati nelle forme diverse dall'impresa individuale, in accomandita o in nome collettivo.

Rileva il collegio che nelle società di capitali la gestione dell'impresa è affidata in via ordinaria agli amministratori (art. 2380 bis e 2475 cod. civ.). Questi compiono tutti gli atti e ogni operazione che si renda necessaria per attuare l'oggetto sociale. Il *munus* di amministrazione può essere esercitato in via individuale o collegiale. Nella seconda ipotesi lo statuto societario può prevedere la costituzione di un consiglio di amministrazione.

Con la decisione n. 23 del 2013 l'Adunanza Plenaria si è pronunciata nel senso che con la locuzione di “*amministratori muniti del potere di rappresentanza*” l'art. 38 lett. c) ha inteso, riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alle discipline codicistica ed dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale.

In diverso modo si atteggia la posizione del procuratore *ad negotia*

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori *ad negotia* è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura.

L'onere di rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale anche da parte di detti ultimi soggetti non emergeva, tuttavia, in alcun modo dall'*lex specialis* del concorso.

Sia il bando al punto III.2.1. e, segnatamente, il modello di dichiarazione sui requisiti formali di partecipazione, recano un generico rinvio all'art. 38, comma 1 lett. b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006, senza prendere in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38 cui la regolamentazione di gara fa rinvio.

Con riguardo al caso di specie non risulta dimostrato che i procuratori speciali rivestissero una posizione omologa a quella che lo statuto assegna agli amministratori *optimo jure*, così da rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, con una connotazione da un lato di amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro

lato, in forza della procura rilasciatagli, con assunzione anche del ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

In aderenza a quanto affermato dall' Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve concludersi che, in assenza nella disciplina di gara di una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

Nella specie, peraltro, non è stata dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l'esistenza di mende a carico dei procuratori speciali così che dall'invocata verifica potesse sortire l'effetto preclusivo dell'ammissione alla gara.

3.4. Sempre con riguardo all'aggiudicazione del lotto 1 Plurima s.p.a. deduce che l'offerta della soc. Italarchivi, seconda classificata, è stata sottoscritta dal solo Presidente del Consiglio di Amministrazione, in difetto di apposita delega e, quindi, in contrasto con lo statuto sociale che prevede la firma congiunta degli amministratori e legali rappresentanti della società per gli atti a rilevanza esterna.

Il motivo è infondato perché, come posto in rilievo da C.S.A., con delibera del c.d.a. dell' 8 febbraio 2007 risulta conferito al firmatario dell'offerta ampio potere di partecipare alla gare pubbliche e di accettare le relative condizioni e modalità.

A fronte della precisa manifestazione di volontà negoziale di prendere parte alla gara non vi è alcuna *“incertezza assoluta”* sulla provenienza dell'offerta, ipotesi in presenza della quale l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 ammette l'esclusione dal concorso.

3.5. Relativamente al Lotto 1 la soc. Plurima contesta la congruità dell'offerta formulata da C.S.A. nella parte relativa alla voce del costo del personale impiegato per l'esecuzione del contratto. Stante l'infondatezza delle censure formulate avverso la presenza in gara della soc. Italarchivi - seconda classificata - viene meno ogni interesse attuale e concreto in capo alla soc. Plurima all'esame del motivo, ove si consideri che, in quanto terza classificata, dallo scorrimento della graduatoria non deriverebbe nei suoi confronti alcun diretto e concreto vantaggio agli effetti dell'affidamento del servizio.

Per le considerazioni che precedono va accolto il ricorso principale proposto da C.S.A. e va respinto il ricorso incidentale di Plurima s.p.a.; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari del giudizio vanno compensati fra le parti per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l'appello incidentale proposto da Plurima s.p.a.

Spese compensate per i due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2014

IL SEGRETARIO

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