



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2010 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Guerrato S.p.a., Soc Coop Ciclat, Soc Cm Service S.r.l., Soc Coop Copma a r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., tutte rappresentate e difese dagli avv.ti prof. Stefano Vinti, Mauro Ciani, Giampiero Martini e Sergio Lupinacci, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Emilia, 88;

contro

CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

- Manutencoop Facility Management Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo di r.t.i. con PFE s.p.a., Euroambiente s.r.l. e Impresa Pulizie e Sanificazione Salus s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Franco Mastragostino e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via F. Confalonieri, 5;

- Cofely Italia spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni e Andrea Segato, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Udine n. 6;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Prodes - Cielo Azzurro Soc. Coop a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Paviotti, presso il cui studio è domiciliata in Roma, via Canina n. 6;

per l'annullamento, previa sospensiva,

1) quanto al ricorso:

- del provvedimento CONSIP prot. n. 4971/2012 del 23 febbraio 2012 relativo alla comunicazione di esclusione ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. b), delle imprese ricorrenti, offerenti in raggruppamento temporaneo costituendo, dei lotti n. 3 e n. 6 della gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni;

- del provvedimento Consip prot. n. 36301/2011 del 16.12.2011, di richiesta documenti relativi alla medesima gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni;

- per quanto occorrer possa e nelle parti meglio specificate in narrativa, del bando, del disciplinare di gara, dei relativi allegati, nessuno escluso, recanti la lex specialis della suddetta gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni;

- della eventuale aggiudicazione provvisoria e/o definitiva, non cognita alle ricorrenti, dei già citati lotti n. 3 e 6 della gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale a quelli impugnati, ivi compresa, per quanto occorrer possa anche la comunicazione Consip prot. n. 6366/2012 del 5.3.2012, trasmessa alle ricorrenti per conoscenza ed avente ad oggetto la comunicazione all'Autorità per i contratti pubblici per gli eventuali provvedimenti di cui all'articolo 6, comma 11, ed ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di dati per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex art. 34, comma 2 e art. 38 del d.lgs. 12 maggio 2006 n. 163 nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili, ivi comprese le dichiarazioni di avvalimento, ai sensi dell'art. 49, comma 11, d.lgs. n. 163/2006

nonché per l'accertamento e la declaratoria

della nullità, caducazione, inefficacia dell'eventuale convenzione stipulata tra Consip e gli eventuali aggiudicatari, non cogniti alle ricorrenti, relativamente ai già citati lotti n. 3 e n. 6 della gara de qua nonché per il risarcimento del danno.

2) quanto ai motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva di estremi ignoti non comunicato alle ricorrenti benché destinatarie obbligatorie d'ufficio ai sensi dell'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. con cui Consip s.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 3 della gara de qua in favore del Raggruppamento temporaneo comprendente le imprese Cofely Italia s.p.a. (mandataria), Astrim s.p.a., Co.I.Ser Servizi s.c.a.r.l., C.N.C.P. Soc. Coop (mandanti);

- del provvedimento prot. n. 14490 del 16.5.2012 con cui Consip s.p.a. ha escusso la polizza fideiussoria OL601110202134 emessa da Finworld s.p.a. in data 28.10.2010 relativa alla cauzione provvisoria inerente il lotto n. 3, Regioni Trentino Alto Adige, Veneto, Friuli Venezia Giulia, della gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, per un importo complessivo di euro 700.000;

- della nota prot. n. 16782 del 4.6.2012, con cui Consip ha chiesto alle ricorrenti la conferma dell'offerta presentata in relazione alla gara de qua nella parte in cui tale richiesta ha ad oggetto la conferma dell'offerta (e l'estensione della cauzione provvisoria) relativa al lotto n. 3 Regioni Trentino Alto Adige, Veneto, Friuli Venezia Giulia;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Consip, della Manutencoop Facility Management Spa e della Cofely Italia Spa, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 1230/12 del 5.4.2012;

Visto l'intervento "ad adiuvandum" della Prodes – Cielo Azzurro soc.coop. a r.l., con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 17 ottobre 2012 il Cons. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 15 marzo 2012 e depositato il giorno successivo, le società indicate in epigrafe, che avevano partecipato in raggruppamento temporaneo costituendo alla gara a procedura aperta bandita dalla Consip per l'affidamento dei servizi di facility management per immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, chiedevano l'annullamento, previa sospensiva, del provvedimento pure indicato in epigrafe nonché di quelli ad esso connessi con il quale era stata disposta la loro esclusione dai lotti n. 3 e n. 6, insistendo anche per l'accertamento e la declaratoria della nullità, caducazione, inefficacia dell'eventuale convenzione stipulata tra Consip e gli eventuali aggiudicatari di tali lotti nonché per il risarcimento del conseguenziale danno.

In particolare risultava che l'esclusione era stata disposta dalla Consip, con articolata motivazione, dopo aver dato luogo alle verifiche d'ufficio ex art. 71 del d.p.r. n. 445/2000, in relazione alla dichiarazione resa in corso di gara ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/06 dal legale rappresentante della Prodes e Cielo Azzurro soc.coop., consorziata del mandante Consorzio Ciclat soc. coop e indicata quale esecutrice di lavori, il quale aveva dichiarato di non trovarsi in alcuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione alla gara ai sensi della suddetta norma del "Codice dei Contratti", laddove invece risultava precedente sentenza di condanna ex art. 444 c.p.p. e la legge di gara prevedeva che dovessero essere indicati tutti i provvedimenti di condanna passata in giudicato riferiti a qualsivoglia fattispecie di reato, fatti salvi esclusivamente i casi di estinzione del reato dichiarata dal giudice dell'esecuzione nonché di riabilitazione pronunciata dal Tribunale di sorveglianza.

Rimarcando la circostanza per la quale l'esclusione era stata disposta anche con riguardo al lotto n.6, ove la compagine del costituendo r.t.i. non aveva indicato la Prodes e Cielo Azzurro tra le consorziate esecutrici, le ricorrenti lamentavano, in sintesi, quanto segue.

"1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 34, comma 1, lett.c) del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni e degli usci in materia di consorzi di cooperative di produzione e lavoro e di materia di cd. "Indicazione" a fini esecutivi delle singole consorziate. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di tassatività e di stretta interpretazione delle norme sanzionatorie e comunque restrittive della concorrenza; buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione dei principi di massima concorrenza e partecipazione alle gare. Falso presupposto in fatto e in diritto. Travisamento dei fatti. Motivazione falsa, perplessa e carente".

Sostenevano i ricorrenti che le motivazioni addotte dalla Consip per disporre l'esclusione non erano idonee a supportarne la legittimità.

Infatti la contestata dichiarazione era riconducibile non ad una delle imprese facenti parte del costituendo r.t.i. ma più semplicemente ad una delle imprese indicate dal consorzio come mera esecutrice in caso di stipulazione del contratto. Il suddetto consorzio era costituito nella forma di consorzio di cooperative e lavoro, come tale direttamente ed autonomamente destinatario degli obblighi di esecuzione in ordine agli appalti ad esso aggiudicati, in quanto dotato di un proprio capitale, di propri mezzi aziendali, di una propria organizzazione nonché di personalità giuridica in forza del quale il consorzio medesimo si rapporta con l'amministrazione mediante gli organi consortili a ciò deputati, con la conseguenza che l'aggiudicazione rimane subordinata alla verifica delle garanzie di

idoneità, stabilità e solvibilità del consorzio e non delle singole consorziate, anche perché è il consorzio stesso a figurare come unico contraente nei confronti dell'amministrazione appaltatrice dopo l'aggiudicazione della gara.

Diversamente di quanto accade nelle a.t.i., quindi, è il consorzio a restare il solo ed unico soggetto contraente e interlocutore dell'amministrazione nonché responsabile della corretta esecuzione dell'appalto anche quando non esegue il medesimo in proprio ma tramite consorziati, come confermato anche dalla possibilità riconosciuta al consorzio di procedere, ad esempio, in caso di inadempimento del consorziato, alla revoca dell'assegnazione originaria ed alla assegnazione ad altro consorziato non partecipante autonomamente alla gara, senza che ciò comporti modificazione dell'offerta.

A tali considerazioni i ricorrenti affiancavano anche le ulteriori deduzioni legate alle circostanze per le quali la società designata quale esecutrice, in sede processuale, è titolare di un mero interesse di fatto e non è controinteressata né parte necessaria nel giudizio promosso da terzi, non sottoscrive l'offerta, non presta la cauzione provvisoria, non deve in alcun modo nominativamente comparire sul plico e sulle buste contenenti l'offerta.

Infine i ricorrenti evidenziavano che se pur nel disciplinare di gara era previsto che il consorzio di cooperative di produzione e lavoro doveva indicare le imprese consorziate e che il primo e queste ultime dovevano dichiarare, e quindi possedere, i requisiti relativi alla situazione giuridica di cui a specifica norma del bando di gara che faceva riferimento all'art. 38 d.lgs. n. 163/06, tale disposizione non poteva porsi in contrasto con le considerazioni di ordine generale sopra proposte, ricavabili anche dal generale contesto della restante parte della legge di gara, ferma restando, in linea subordinata, l'espressa impugnazione di tale specifica disciplina che si sarebbe posta in contrasto con i principi volti alla massima partecipazione alla procedura di gara, estendendo illegittimamente il regime delle responsabilità.

Inoltre, i ricorrenti lamentavano che la sanzione da applicare comunque non poteva spingersi fino a sacrificare la candidatura dell'intero raggruppamento concorrente, dato che l'indicazione delle imprese consorziate non riveste altra funzione che quella di un mero atto organizzativo interno, privo di rilevanza e vincolatività nei confronti della stazione appaltante e della stessa impresa individuata. Ne derivava che, semmai, la conseguenza doveva essere quella di precludere alla sola consorziata indicata di prendere parte alla esecuzione effettiva dell'appalto, come d'altronde in pratica già anticipato dall'autonoma rinuncia successivamente intervenuta da parte della medesima cooperativa indicata all'esecuzione dell'appalto per la parte che le riguardava, avendo disposto la propria autoesclusione dal Consorzio Ciclat, e non applicandosi alla fattispecie le diverse regole che riguardano i raggruppamenti temporanei di imprese come invece indicato nelle motivazioni della disposta esclusione dalla Consip.

“II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 45, comma 2, lett. g), direttiva 18/2004. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari di massima concorrenza e partecipazione alle gare. Falso presupposto in fatto ed in diritto. Travisamento dei fatti. Motivazione falsa, perplessa e carente.”

La ipotizzata inveritiera dichiarazione era stata resa senz'altro in buona fede in quanto relativa ad un precedente che per espressa disposizione normativa doveva considerarsi estinto e, quindi, mai commesso, tenendo anche conto che l'estinzione del reato, sotto i profili processuali di cui all'art. 445, comma 2, c.p.p., è dichiarata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione il quale è sottoposto ad un vero e proprio autonomo onere di impulso della procedura, fermo restando l'onere della stessa Consip di acquisire documentazione presso i pubblici registri e il casellario giudiziario al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di moralità richiesti in capo al legale rappresentante della Prodes e Cielo Azzurro soc. coop., in coerenza con un'interpretazione legittimamente orientata della legge di gara, che

altrimenti doveva considerarsi contraria alla logica e che i ricorrenti medesimi impugnavano espressamente in via subordinata.

Da ultimo, i ricorrenti evidenziavano che comunque al caso di specie poteva applicarsi l'ipotesi del c.d. "falso innocuo", in ragione della necessità di dare luogo comunque ad una valutazione sostanzialistica delle dichiarazioni rese che erano comunque prive di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, le quali impongono una concreta valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla modalità della condanna (nel caso di specie avvenuta ai sensi dell'art. 444 cp.p.) e alla tipologia di reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione, in relazione alla diretta incisione sul requisito di affidabilità morale richiesto dalla legge.

I ricorrenti concludevano la propria esposizione lamentando specifiche censure - legate alle esclusioni dal lotto n. 6, ove la società consorziata sopra richiamata non era stata neanche indicata quale esecutrice dei lavori - quali:

"III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 21 bis della legge 241/1990 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione della direttiva 2004/18, art. 41. Eccesso di potere per difetto di istruttorie di motivazione. Illogicità, irragionevolezza, mancanza dei presupposti."

Il provvedimento di esclusione non era sorretto da sufficienti motivazioni in ordine all'esclusione dal diverso lotto n. 6 - considerato che la Prodes e Cielo Azzurro soc. coop. non era stata indicata quale esecutrice a differenza di quanto accaduto per il lotto n. 3 - perché accomunava sotto una medesima considerazione situazioni tutt'affatto diverse.

Si costituivano in giudizio la Consip spa nonché la Cofely Italia spa e la Manutencoop Facility Management spa, chiedendo la reiezione del ricorso, come dettagliatamente illustrato nelle rispettive memorie depositate per la camera di consiglio di trattazione della domanda cautelare.

All'esito di questa, era pronunciata l'ordinanza cautelare indicata in epigrafe con la quale era solo parzialmente accolta la domanda della ricorrente, con conseguente sospensione del provvedimento di esclusione limitatamente al lotto n. 6 e contestuale fissazione anche dell'udienza di merito.

Con motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati il 15 giugno 2012, le ricorrenti chiedevano anche l'annullamento del successivo provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 3 in favore del r.t.i. tra Cofely Italia spa (mandataria) e Astrim spa, Co.I.ser Servizi scarl, CNCP soc. coop. (mandanti) nonché degli ulteriori provvedimenti indicati nella relativa epigrafe che avevano portato all'escussione della polizza fideiussoria in relazione alla disposta esclusione dal lotto n. 3.

I ricorrenti, evidenziando che nelle more, dopo lo pronuncia cautelare, la Consip, da un lato, aveva escusso la polizza fideiussoria inerente al lotto n. 3 e, dall'altro, li aveva riammessi alla procedura relativa al lotto n. 6 (di cui erano divenuti aggiudicatari), in relazione proprio alla disposta escussione lamentavano, in sintesi, quanto segue.

"I. Illegittimità derivata per illegittimità del provvedimento presupposto di esclusione dalla gara".

I ricorrenti ripercorrevano le censure già dedotte avverso l'esclusione con il ricorso principale.

"II Profili autonomi di illegittimità del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria"

"A) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 48 e 75, d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa. Falso presupposto in fatto ed in diritto. Travisamento dei fatti. Motivazione falsa, perplessa e carente" .

La disposta escussione non rientrava tra le conseguenze previste dalla normativa vigente perché la medesima è consentita soltanto in ordine alla riscontrata carenza dei requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa ma non anche dei requisiti di carattere generale richiesti dall'art. 38 del "Codice dei

Contratti”.

Nel caso di specie, poi, la consorziata indicata non aveva presentato alcuna cauzione, non partecipava, in quanto non concorrente, in alcun modo alla qualificazione del consorzio (e di riflesso del raggruppamento di cui questo faceva parte) e non doveva dimostrare quindi alcun requisito tecnico, economico e finanziario. Inoltre, il disciplinare di gara faceva riferimento alla possibilità di escussione solamente nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci del concorrente, qualifica quest'ultima non rivestita, come più volte ribadito, dall'impresa il cui rappresentante legale aveva reso la dichiarazione contestata dalla Consip, fermo restando che i ricorrenti, in via subordinata, impugnavano espressamente la relativa norma del suddetto disciplinare, per ingiustificata sproporzione e travisamento.

“B) Violazione e falsa applicazione dell’art. 11, comma 6, d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e correttezza dell’azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione dei principi e della disciplina civilistica in materia di cauzioni. Falso presupposto in fatto e in diritto. Travisamento dei fatti.”

La validità della garanzia prestata era scaduta in data 28 febbraio 2012, secondo una proroga disposta in seguito a richiesta della Consip, ma la relativa escussione era avvenuta in data 16 maggio 2012. Inoltre, risultava illogica e contraddittoria la richiesta della Consip di conferma dell'offerta e delle relative garanzie in ordine alla procedura di cui al lotto 3 per il quale i ricorrenti risultavano esclusi, sia pur in pendenza della relativo attuale gravame.

“In relazione alla disposta a aggiudicazione definitiva inerente il lotto n.3.

I. Illegittimità derivata per illegittimità del provvedimento presupposto di esclusione dalla gara”.

I ricorrenti riproponevano quanto dedotto nel ricorso principale, anche allo scopo di garantire la pienezza dell'eventuale contraddittorio con l'a.t.i. nel frattempo divenuta aggiudicataria del lotto n. 3.

Interveniva in giudizio “ad adiuvandum”, ex art. 50 c.p.a., la Prodes e Cielo Azzurro soc. coop. a r.l., soffermandosi sulla ritenuta fondatezza delle censure proposte con il ricorso ed i motivi aggiunti in ordine alla dichiarazione del rappresentante legale, da non considerarsi contraria alle disposizioni di legge e dei principi generali vertenti in materia di pubbliche gare.

La pubblica udienza del 4 luglio 2012 era rinviata su istanza di parte al 17 ottobre 2012. In prossimità di tali pubbliche udienze, le parti costituite depositavano memorie, anche di replica, a sostegno delle rispettive tesi difensive e, alla prefissata data del 17 ottobre 2012, la causa era trattenuta in decisione.

In data 24 ottobre 2012 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Considerato che l'art. 120, comma 10, c.p.a. prevede che la relativa sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74 del medesimo codice;

Considerato che, per quanto riguarda il ricorso principale, il Collegio, anche al non più sommario esame proprio della fase di merito, ritiene di confermare l'orientamento già espresso in sede cautelare;

Considerato, infatti, che per quel che riguarda il primo motivo di ricorso, il Collegio richiama la conclusione giurisprudenziale – con cui concorda – secondo la quale l'obbligo delle dichiarazioni ex art. 38 del “Codice dei Contratti”, nei sensi in cui è prescritto dalla legge della gara in oggetto, deve intendersi riferito, oltre che al Consorzio stesso, tenuto come soggetto dotato di autonoma soggettività, anche alle cooperative indicate quali esecutrici delle prestazioni (Cons. Stato, Sez. III, 28.12.2011, n. 6968);

Considerato che la “ratio” sottesa a tale interpretazione è legata alla necessità di tutelare il “buon andamento” della p.a. e l'interesse pubblico alla gestione delle pubbliche risorse (Cons. Stato, Sez. VI, 28.3.2012, n. 1843) in favore delle imprese che vengono concretamente “in contatto” con la stazione appaltante mediante esecuzione di pubblici

contratti solo se meritevoli, in quanto in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/06;

Considerato che tale conclusione è stata avallata anche dall'autorevole, recente, intervento in argomento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza 4.5.2012, n. 8, ha stabilito che pur trattandosi il consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 di soggetto con struttura ed identità autonoma rispetto a quella delle cooperative consorziate, il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 "Codice appalti" deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, ai sensi dell'art. 35 codice appalti, e che la diversa opzione ermeneutica condurrebbe invero a conseguenze paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che, attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità, riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse (in senso conforme, tra le ultime, TAR Campania, Sa, Sez. II, 23.2.2012, n. 370);

Considerato che non rileva la invocata (da parte dei ricorrenti) qualificazione formale del Consorzio di cooperative quale unico "contraente" dotato di personalità giuridica distinta da quella dei singoli consorziati indicati, in quanto quel che deve porsi in evidenza ai fini della presente fattispecie non è la struttura formale della compagine partecipante all'aggiudicazione della gara – e se divisa in lotti distinti, come quello in esame, dei singoli lotti – ma è il momento di concreta esecuzione del contratto derivante dall'aggiudicazione e il rapporto che comunque in tale fase si instaura concretamente tra l'impresa designata come esecutrice e la stazione appaltante che gestisce pubbliche risorse e che ha interesse ad "interagire" con specifici soggetti, come indicati dal potenziale aggiudicatario, dotati di requisiti affidabili di moralità nei sensi che il legislatore ha ritenuto di individuare, fermi restando i rapporti interni tra consorzio e impresa designata, sotto un profilo civilistico anche meramente risarcitorio;

Considerato, quindi, che non rileva neanche la circostanza per la quale il Consorzio avrebbe potuto in caso di inadempimento del consorziato revocare l'assegnazione originaria e procedere all'assegnazione ad altro consorziato senza conseguenze sulla conformazione dell'offerta perché, come detto, nella fattispecie si pone in risalto l'elemento che qualifica l'affidabilità globale dell'offerta stessa, legato al rapporto tra aggiudicatario, impresa esecutrice e stazione appaltante, ai fini della corretta gestione di pubbliche risorse e in considerazione della prevalenza dell'interesse pubblico alla moralità e affidabilità in senso assoluto del soggetto concretamente chiamato ad operare in esecuzione del contratto in conseguenza dell'aggiudicazione alla specifica offerta in gara che la prevedeva come esecutrice di prestazioni, pena la possibilità per gli operatori sprovvisti di requisiti di affidabilità morale di aggirare la norma attraverso l'espedito dell'aggregazione in forma societaria consortile ai soli fini di partecipazione alla gara, eludendo le finalità sottese alle specifiche prescrizioni di gara e, di fatto, rendendo vano il controllo preventivo ex art. 38, d.lgs. 163 del 2006 in capo alla ditta originariamente indicata nella domanda di partecipazione (Cons. Stato, Ad.Plen. n. 8/2012 cit. e TAR Lazio, Sez. III, 8.9.2010, n. 32141);

Considerato che non rileva neanche la circostanza per la quale la Prodes e Cielo Azzurro abbia receduto dal Consorzio Ciclat, perché ciò è avvenuto in un momento successivo alla presentazione dell'offerta, fermo restando, come detto, che la sostituzione successiva della consorziata anche mediante recesso volontario, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti di affidabilità morale, eluderebbe le finalità sopra richiamate, rendendo di fatto vano il controllo preventivo ex art. 38 d.lgs. n. 163/06 (Cons. Stato, Sez. VI, 16.2.2010, n. 842 e Sez. V, 7.4.2006, n. 1903) e violando il principio generale di "par condicio" tra i concorrenti e la necessità di possedere tutti i requisiti richiesti dalla legge di gara al momento di presentazione (e conseguente valutazione)

dell'offerta;

Considerato che la legge di gara era comunque chiara nel prevedere espressamente a pena di esclusione, al n. 4.1 del disciplinare e al n. 21 dell'allegato 1, che i consorzi tra società cooperative ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), d.lgs. n.163/06 dovevano indicare le imprese consorziate per le quali il consorzio concorreva e, al numero 4.2. del medesimo disciplinare, che sia il consorzio che le imprese consorziate "indicate quali concorrenti", dovevano dichiarare i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/06;

Considerato che, in ordine all'ulteriore censura dei ricorrenti per la quale l'esclusione non poteva essere disposta avverso il costituendo r.t.i., il Collegio rileva che la clausola di esclusione di cui al numero 4.1 del disciplinare, che fa riferimento all'esclusione del "concorrente" che è incorso in dichiarazioni mendaci, deve essere interpretata in senso sostanziale e non formale, come invece prospettato dai ricorrenti, in quanto per "concorrente" deve intendersi, ai fini di tutela dell'interesse pubblico sopra rappresentato, sia il soggetto cui imputare formalmente la partecipazione alla gara sia quello indicato come esecutore di determinate prestazioni;

Considerato inoltre che la clausola di esclusione così interpretata si deduce anche dalla combinazione di quanto previsto dal punto III.2.1, lett. b) del bando di gara e dal n. 4.2, n. 1), lett. b, a pag. 25 del disciplinare, ove è chiaramente indicato che nella busta A, pena l'esclusione, devono essere inserite, tra altre, anche le dichiarazioni di "del consorzio e di tutte le imprese consorziate indicate quali concorrenti nel caso di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163/2006", con evidente attenzione della legge di gara a qualificare come concorrente sostanziale a questi fini sia il consorzio sia le imprese consorziate indicate che comunque unitamente al consorzio in r.t.i. hanno contribuito alla presentazione dell'offerta e all'aggiudicazione della gara, ferma restando l'ulteriore clausola generale di esclusione di cui al n. 6 del disciplinare che faceva riferimento alla circostanza per la quale "...le dichiarazioni mendaci: a)...b) costituiscono causa d'esclusione dalla partecipazione alla presente gara"

Considerato che tale disciplina non appare contraddittoria, contraria a legge o illogica e discriminatoria, dato che le altre disposizioni della legge di gara che facevano riferimento al solo consorzio come centro di imputazione formale erano relative alle modalità di partecipazione, ben distinte da quelle, ulteriori, legate alla necessità di aggiudicare la gara in relazione un'offerta che coinvolge nella sua globalità tutte imprese affidabili sotto il profilo dei requisiti morali posseduti;

Considerato che l'art. 38 d.lgs. cit. dà coerente prevalenza all'aspetto legato alla moralità delle imprese esecutrici di lavori con le stazioni appaltanti, che deve ritenersi prevalente su quello, generico, alla massima partecipazione e apertura alla concorrenza, senza per tale ragione dare ingresso ad alcuna forma discriminatoria nei confronti di soggetti che si sono rivelati privi di affidabilità morale;

Considerato, quindi, che la clausola di esclusione che coinvolge anche il costituendo r.t.i., in quanto concorrente/offrente che ha indicato nella sua compagine impresa non affidabile la quale ha reso dichiarazioni mendaci, non appare sproporzionata, perché legata all'interesse pubblico alla correttezza dell'offerta complessivamente intesa ed alla necessità che la stazione appaltante si rapporti con compagini composte da soggetti che indichino come esecutrici imprese dotate dei requisiti di affidabilità richiesti;

Considerato, quindi, che la "ratio" sottesa alla disposizione della legge di gara – aderente al dato normativo primario – è quella di preservare l'affidabilità dell'intera offerta anche prevedendo l'esclusione per il concorrente in r.t.i. che ha indicato come esecutrice un'impresa non in possesso dei requisiti generali di moralità di cui all'art. 38 cit;

Considerato che pure non condivisibili appaiono le censure dedotte con il secondo motivo di ricorso;

Considerato, infatti, che il disciplinare di gara richiedeva, al n. 2, pag. 12, di dichiarare tutti i provvedimenti di

condanna riferiti a qualsivoglia fattispecie di reato passati in giudicato, ivi inclusi quelli per cui si beneficia della non menzione, fatti salvi esclusivamente i casi di estinzione del reato dichiarata dal giudice dell'esecuzione nonché di riabilitazione pronunciata dal Tribunale di sorveglianza;

Considerato, quindi, che la legge di gara era evidente nell'escludere esplicitamente i soli casi di estinzione "dichiarata dal giudice dell'esecuzione", circostanza questa non avvenuta in relazione al reato di cui alla sentenza di condanna omessa, per cui non possono rilevare le diffuse argomentazioni dei ricorrenti in ordine all'effetto estintivo sostanziale del mero decorso del quinquennio previsto dall'art. 445 c.p.p.;

Considerato che comunque l'estinzione del reato in tali casi, pur se ne sussistono i presupposti, non è automatica ma richiede una pronuncia dichiarativa del giudice penale in assenza della quale è onere della parte che partecipa a pubbliche gare dichiarare la condanna pronunciata (Cons. Stato, Sez. VI, 12.4.2011, n. 2257);

Considerato, quindi, che a fronte della suddetta chiara e inequivocabile disposizione della legge di gara non può invocarsi la buona fede del dichiarante, legato professionalmente ad impresa operante nel settore e non chiamato dalla legge di gara a preventive valutazioni sostanziali sulla natura del reato, sulle tipologia della sentenza di condanna e sulla efficacia sostanziale del trascorrere del tempo pur in assenza di interventi del giudice dell'esecuzione;

Considerato, inoltre, che, come anticipato in sede cautelare, nel caso di specie non può invocarsi il principio del c.d. "falso innocuo", dato che la giurisprudenza più recente, con cui il Collegio concorda, ha escluso che tale principio possa ritenersi comunque applicabile nelle procedura ad evidenza pubblica perché in queste la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in quanto consente, in base ai principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara, con la conseguenza che una dichiarazione inaffidabile, in quanto falsa o incompleta, appare comunque lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. (Cons. Stato, Sez. III, 16.3.2012, n. 1471);

Considerato che né la legge di gara né la normativa vigente impongono alla stazione appaltante di attivarsi autonomamente per verificare in concreto la situazione processuale del dichiarante ai fini della verifica sostanziale del decorso del quinquennio ex art. 445 c.p.p. o della tipologia di reato per cui è stata pronunciata la condanna in quanto l'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta – e quindi con esclusivo onere a carico dell'interessato - la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti..." (Cons. Stato, Sez. III, 3.3.2011, n. 1371);

Considerato che la legge di gara, per quanto dedotto, non appare contraria a legge sotto questo profilo, in quanto l'onere in carico all'interessato, che trarrebbe vantaggio da un dichiarazione assente o mendace, appare idoneo a rispettare i principi generali di "par condicio" e "trasparenza", dato che, nelle pubbliche gare, la completezza e veridicità delle (auto)dichiarazioni è un valore da rispettare, in sé considerato, per consentire all'amministrazione di procedere alla selezione del contraente rivelatosi affidabile, mediante un ordinato svolgimento della relativa gara a partire dal momento di presentazione dell'offerta e senza inutili appesantimenti del procedimento che imporrebbero a posteriori, ad iniziativa della medesima stazione appaltante, successivi e capillari verifiche pur in presenza di dichiarazioni in palese contrasto con la legge di gara;

Considerato che quanto dedotto in ordine al secondo motivo di ricorso vale a confutare anche il contenuto dell'atto di intervento "ad adiuvandum" della Prodes e Cielo Azzurro scarl, il quale comunque risulta prioritariamente inammissibile, in quanto tale società ha autonomamente impugnato il provvedimento di esclusione oggetto del presente gravame con altro ricorso pendente questa stessa Sezione (R.G.N. 2094/2012);

Considerato, infatti, che la giurisprudenza qualifica inammissibile un intervento nel processo amministrativo ad

opera del soggetto che sia comunque legittimato a proporre direttamente ricorso in via principale avverso il medesimo atto impugnato da terzi nel procedimento in cui ritiene di intervenire, eludendosi altrimenti il rispetto dei termini decadenziali individuati dalla legge (Cons. Stato, Sez. V, 8.3.2011, n. 1445);

Considerato che l'interveniente aveva in realtà un interesse personale, qualificato e differenziato ad impugnare l'esclusione che la coinvolgeva, anche per le conseguenze derivanti dalla relativa segnalazione da parte della stazione appaltante all'autorità di settore e alla Procura della Repubblica competente, e non si poneva in posizione di interesse meramente collegato (e dipendente) con quello fatto valere dai ricorrenti principali, come invece richiesto nell'ipotesi di cui all'art. 50 c.p.a.;

Considerato, infine, per quel che riguarda il terzo motivo di ricorso, proprio per quanto sopra illustrato in relazione al primo motivo, che ne deriva come la stazione appellante non abbia, di converso, un interesse concreto a considerare, ai fini del rispetto della specifica disposizione di gara, la situazione di imprese con cui non verrà in contatto per l'esecuzione del contratto (nel caso di specie di distinto lotto) perché non "indicate" come esecutrici e che quindi non hanno contribuito a conformare l'offerta e farla rendere preferibile nei confronti di quella degli altri concorrenti, a differenza di quanto accaduto per il lotto n. 3;

Considerato, infatti, che altrimenti si imporrebbe il deposito di considerevoli quantità di dichiarazioni da parte di soggetti (nel caso di specie cooperative consorziate) che non daranno comunque luogo ad alcun rapporto concreto con la stazione appaltante, dando luogo ad un'incombenza, quella sì, irragionevole e contrastante con l'obbligo di evitare inutili aggravamenti del procedimento, che andrebbe a incidere sulla medesima efficienza della amministrazione aggiudicatrice, la quale si vedrebbe costretta a vagliare significative quantità di documenti relativi a situazioni prive di interesse attuale e concreto perché riferite a soggetti con i quali mai entrerà in contatto quali esecutori di prestazioni specifiche;

Considerato, quindi, che per quanto dedotto il ricorso introduttivo deve essere accolto limitatamente al terzo motivo di ricorso, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati unicamente per la parte che dispongono l'esclusione della compagine dei ricorrenti anche dal lotto n. 6;

Considerato, in relazione a quanto dedotto con i motivi aggiunti, che per quanto riguarda l'illegittimità derivata di cui al primo di essi, deve farsi riferimento a quanto sopra illustrato, con conseguente infondatezza del medesimo, attesa la legittimità dell'esclusione disposta per il lotto n. 3;

Considerato che per quel che riguarda i profili autonomi di illegittimità del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria di cui al secondo motivo aggiunto, il Collegio rileva che la su richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 8/2012) ha chiarito anche che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria, che discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 cit.;

Considerato, infatti, che per quanto sostenuto in precedenza, l'offerta della compagine concorrente, poi esclusa, era stata comunque caratterizzata anche dall'indicazione dell'impresa cui ricondurre l'invertiera dichiarazione, tenendo conto – come pure evidenziato dall'Autorità di settore - che i requisiti di carattere morale devono essere posseduti sia dal consorzio che da ciascuna delle imprese che partecipano al consorzio stesso (parere n. 192 del 10 luglio 2008 reso in sede di precontenzioso, richiamato da Ad.Plen. n. 8/2012 cit.);

Considerato che, sul punto, la clausola del disciplinare, di cui al n. 2, pag. 14, era chiara nello stabilire che la cauzione provvisoria sarebbe stata escussa per la mancata stipula per fatto del concorrente, dovendo intendersi per fatto del concorrente anche l'indicazione di un'impresa esecutrice priva dei requisiti ex art. 38 cit. richiesti che ha

comunque contribuito a caratterizzare la specifica offerta della compagine esclusa, e che anche il n. 4.1, a pag. 22, prevedeva che in caso di dichiarazioni mendaci si sarebbe proceduto all'escussione della cauzione provvisoria;

Considerato che tali disposizioni della legge di gara – fermo restando che i ricorrenti nei motivi aggiunti fanno riferimento, nella relativa impugnazione solo alla prima di cui a pag. 14 - non appaiono illegittime nel senso da loro prospettato, dato che non sussiste alcuna sproporzione o travisamento nell'esclusione dell'intera compagine partecipante, per quanto detto in precedenza sulla necessità di valutazione unitaria dell'offerta, caratterizzata anche dall'indicazione della specifica impresa il cui legale rappresentante aveva effettuato dichiarazioni rivelatesi non veritiere;

Considerato che per quel che riguarda l'ulteriore profilo del secondo motivo aggiunto – legato alla circostanza per la quale la validità della garanzia sarebbe scaduta al 28 febbraio 2012 a fronte dell'intervento dell'escussione con raccomandata del 16 maggio 2012 - il Collegio concorda con quanto rilevato nelle sue difese dalla Consip, che fa riferimento alla data del 23 febbraio 2012 di determinazione di esclusione e contestuale escussione, consistendo la comunicazione del 16 maggio 2012 in un mero atto esecutivo della stessa;

Considerato che restano distinte, come detto in precedenza, le vicende relative ai lotti n. 3 e n. 6, per cui non rileva ai fini della fondatezza del motivo aggiunto in questione, il richiamo alla richiesta della Consip del 4 giugno 2012 di conferma dell'offerta ed estensione della validità della cauzione provvisoria per ciascun lotto di partecipazione, fermi restando i relativi esiti in sede giudiziale;

Considerato che, in relazione a quanto dedotto con il terzo motivo aggiunto, in cui i ricorrenti chiedono l'annullamento per illegittimità derivata dell'intervenuta aggiudicazione a terzi del lotto n. 3, il Collegio ne rileva l'inammissibilità per carenza di interesse - in quanto i ricorrenti risultano comunque legittimamente esclusi dalla gara e non hanno interesse né legittimazione a contestarne gli ulteriori esiti (Cons. Stato, Ad. Plen. 7.4.2011, n. 4 e, tra le ultime, TAR Trentino Alto Adige, Bz, 2.2.2012, n. 39) - e comunque l'infondatezza, per quanto sopra evidenziato in merito al ricorso introduttivo;

Considerato, quindi, che alla luce di quanto esposto il ricorso deve essere in parte rigettato ed in parte accolto, i motivi aggiunti devono essere in parte rigettati ed in parte dichiarati inammissibili e l'intervento "ad adiuvandum" deve essere dichiarato inammissibile;

Considerato che sussistono comunque giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite, considerate la peculiarità della vicenda e la circostanza per la quale la sentenza dell'Adunanza Plenaria sopra richiamata è posteriore alla notifica del ricorso introduttivo;

Considerato che comunque dall'accoglimento, sia pur parziale, del ricorso deriva che l'onere del contributo unificato è posto a carico del soccombente, ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, D.p.r. n. 115/2002;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) Accoglie in parte il ricorso introduttivo e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nella parte in cui escludono i ricorrenti dalla gara relativa al lotto n. 6; rigetta per il resto, anche in relazione alla domanda risarcitoria;
- 2) Dichiarare inammissibile l'intervento in giudizio della cooperativa Prodes e Cielo Azzurro;
- 3) Rigetta in parte in motivi aggiunti e in parte li dichiara inammissibili per carenza di interesse;

Spese compensate, tranne per quel che riguarda il contributo unificato, da porsi a carico della Consip ed in favore dei ricorrenti;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2012

IL SEGRETARIO

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