



REPUBBLICA ITALIANA

N. 872/08 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1499

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

192 Reg.Ric.

ANNI 2006 - 2007

DECISIONE

sui ricorsi in appello n. 1499/06 e 192/07 proposti da:

- Ricorso n. 1499/06 - GEMEAZ CUSIN RISTORAZIONE s.r.l. corrente in Segrate, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giustino Ciampoli e Maria Beatrice Miceli, elettivamente domiciliata in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40, presso lo studio della seconda;

c o n t r o

ONAMA s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con il C.N.S. - CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI Soc. Coop. a r.l., quest'ultima anche in proprio, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Sireci, ed elettivamente domiciliati in Palermo, via T. Tasso n. 4, presso lo studio del secondo;

e nei confronti di

AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA POLICLINICO "PAOLO GIACCONE" DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Donato Messina ed elettivamente domiciliata in Palermo, via S. Meccio, n. 16, presso lo studio

legale associato Giaimo Mannino;

PASTORE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
non costituita in giudizio;

NUOVA CUCINA SICILIANA Soc. Coop. a r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Ricorso n. 192/07- ONAMA s.p.a., corrente in Milano, in persona
del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di
capogruppo mandataria del R.T.I. con il C.N.S. - CONSORZIO NA-
ZIONALE SERVIZI s.r.l., quest'ultima anche in proprio, rappresenta-
ti e difesi dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Sireci, ed
elettivamente domiciliati in Palermo, via T. Tasso n. 4, presso lo stu-
dio del secondo;

c o n t r o

AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA POLICLINICO
"PAOLO GIACCONE" DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
PALERMO, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappre-
sentata e difesa dall'avvocato Salvatore Donato Messina ed elettiva-
mente domiciliata in Palermo, via S. Meccio, n. 16, presso lo studio
legale associato Giaimo Mannino;

e nei confronti di

GEMEAZ CUSIN RISTORAZIONE s.r.l. corrente in Segrate, in per-
sona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

PASTORE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
non costituita in giudizio;

NUOVA CUCINA SICILIANA, soc. coop. a r.l., in persona del legale

rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - n. 2834/06 del 10 ottobre – 8 novembre 2006.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore il Consigliere Claudio Zucchelli;

Uditi alla pubblica udienza del 26 settembre 2007 l'avvocato Giustino Ciampoli per la Gemeaz Cusin Ristorazione s.r.l., l'avvocato Giuseppe Immordino, su delega dell'avvocato Giovanni Immordino, per la Onama s.p.a. ed il C.N.S. e l'avvocato Salvatore Cimilluca, su delega dell'avvocato Salvatore Donato Messina per l'Azienda ospedaliera appellata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

L'Azienda ospedaliera in epigrafe (l'Azienda) ha bandito una gara per l'aggiudicazione del contratto di somministrazione di pasti preconfezionati ai degenti. La gara fu aggiudicata alla Gemeaz Cusin Ristorazione s.r.l. (Gemeaz).

La Onama s.p.a. proponeva ricorso al TAR di Palermo contro il verbale di aggiudicazione ed i successivi atti consequenziali lamentando.

1. Illegittimità della partecipazione di Gemeaz alla gara. La stessa, infatti, avrebbe presentato false dichiarazioni sulla regolarità tributaria in una precedente gara cui aveva partecipato nel 2003. La falsità sarebbe stata accertata in giudizio e precisamente dalla sentenza del CGA del 28 novembre 2005. Da tale data dovrebbe decorrere l'anno di esclusione di cui all'articolo 75 del d.p.r. 554 del 1999, con la conseguenza della esclusione dal bando pubblicato il 31 dicembre 2005.

2. Illegittima ammissione alla gara del raggruppamento Pastore s.p.a. – Nuova Cucina siciliana s. coop. r.l., poiché la Pastore s.r.l., non avrebbe posseduto un'organizzazione appropriata in grado di distribuire i pasti entro un'ora dalla cottura e non avendo essa a sua disposizione spazi per il lavaggio dei vassoi personalizzati.

Si costituiva l'Azienda eccependo:

1. Inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse, poiché la ricorrente si è collocata solo al terzo posto.

2. Irricevibilità del ricorso ed inammissibilità per non avere impugnato nei termini l'aggiudicazione provvisoria.

Si costituisce in giudizio la controinteressata Onama resistendo, ed in particolare proponendo ricorso incidentale nel quale prospetta l'illegittimità dell'art. 13, punto c7 del disciplinare di gara riguardante la dichiarazione tributaria. Esso, infatti, conterrebbe una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge e quindi illegittima.

Il raggruppamento della capogruppo Pastore non si costituiva.

Con la sentenza di cui in epigrafe il TAR accoglieva il ricorso

principale e respingeva il ricorso incidentale osservando:

1. Ammissibile il ricorso perché la ricorrente richiede anche l'esclusione della Pastore seconda classificata, e quindi postula il suo interesse derivante dalla esclusione delle due concorrenti meglio classificate rispetto ad essa terza.
2. Il ricorso è altresì ricevibile perché l'impugnazione della aggiudicazione provvisoria è solo facoltativa, e da essa non decorrono i termini di decadenza.
3. La resa delle false dichiarazioni è stata accertata a meno di un anno dal bando di gara, pertanto ai sensi dell'articolo 75 del d.p.r. 554 del 1999 la Gemeaz doveva essere esclusa. La decorrenza dell'anno si deve calcolare dalla sentenza definitiva che ha accertato la falsa dichiarazione nella precedente gara del 2003.
4. Infondato è il motivo inerente alla non idoneità della Pastore a fornire pasti caldi entro un'ora dalla cottura, perché non provata, mentre accoglie il motivo circa l'inidoneità della Pastore per mancanza di spazi, debitamente provato in ricorso.
5. Respinge il ricorso incidentale contro l'articolo 13 del disciplinare perché la norma è conforme all'articolo 12, lettera f) del d. l.vo 157/95 e all'articolo 75 d.p.r. n. 544 del 1999, dubitando altresì della tempestività della sua impugnazione.

Avverso la detta sentenza promuove appello la Gemeaz Cusin Ristorazione, lamentando:

1. Violazione dell'articolo 75 del d.p.r. 554 del 1999 il quale fa decorrere l'anno di esclusione dalle gare per false dichiarazioni dal

momento in cui esse sono rese e non dal momento dell'accertamento.

2. In subordine la decorrenza dovrebbe essere dal deposito della sentenza di accertamento che è successivo alla pubblicazione del bando e non anteriore, come la lettura del dispositivo.

3. Inesistenza di una dichiarazione falsa. Tale non doveva essere considerata la dichiarazione rilasciata nel 2003 per assoluta mancanza di dolo.

4. La sentenza del CGA invocata dalla ricorrente non aveva ad oggetto una falsa dichiarazione, ma una dichiarazione erronea sulla regolarità tributaria.

5. L'articolo 13 del bando si riferisce ad imprese gravemente colpevoli di false dichiarazioni, quindi presuppone il dolo escluso nella precedente sentenza del CGA.

6. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha dubitato della tempestività del ricorso incidentale. La necessità della impugnazione della clausola è sorta solo a seguito della interpretazione secondo cui essa si riferisce alle dichiarazioni irregolari anziché a quelle dolosamente false.

7. Violazione dell'articolo 12 del d.lvo 157 del 1995 e 75 del d.p.r. n. 554 del 1999. La clausola del disciplinare, infatti, introdurrebbe un'esclusione di nuovo tipo, basata non sulla falsità dolosa della dichiarazione, ma sulla semplice erroneità di essa.

In merito alle eccezioni di controparte osserva:

8. La procura alle liti è stata rilasciata da un consigliere, il dr. Fertino, munito di procura speciale depositata.

9. La cessione è avvenuta dopo l'aggiudicazione e l'inizio del servizio ed è stata comunicata alla amministrazione che nulla ha osservato. Pertanto non è applicabile la giurisprudenza del CGA che ritiene illegittima la cessione di azienda durante l'espletamento delle procedure di gara.

10. Il contratto prevede la cessione anche delle posizioni controverse e quindi la successione nella controversia.

Si costituisce in giudizio la Onama s.p.a eccependo:

1. Inammissibile l'appello, poiché la Gemeaz ha ceduto l'azienda durante la procedura di gara.
2. La procura è irregolare, poiché è stata rilasciata da un semplice consigliere del Consiglio di Amministrazione e non dal rappresentante legale.

Propone altresì appello incidentale lamentando:

1. Omessa pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno.

Con separato atto la Onama impugna in via principale la sentenza lamentando l'omessa pronuncia sulla richiesta di risarcimento del danno. Lamenta di avere subito danni materiali a causa del lasso di tempo intercorso tra il termine del contratto precedentemente in essere a favore della Gemeaz e l'effettivo inizio del nuovo servizio affidato alla ricorrente a seguito della sentenza del TAR.

Nell'appello rubricato al n. 192 del 2007 si costituisce in giudizio l'Azienda eccependo l'inesistenza del comportamento illegittimo e doloso richiesto per la sussistenza del danno ingiusto, sia pure alla presenza di un annullamento per illegittimità di atti amministrativi.

D I R I T T O

Il ricorso n. 192/07 di R.G. deve essere riunito al ricorso n. 1499/06 di R.G., siccome anteriore nel ruolo, dato che entrambi gli appelli sono diretti a censurare la sentenza di cui in epigrafe.

Con l'appello rubricato al n. 1499/06 di R.G. la Gemeaz ha impugnato la sentenza di cui in epigrafe in uno dei due capi da cui è costituita. Con il primo è accolto il ricorso della Onama contro l'ammissione e l'aggiudicazione alla medesima Gemeaz della gara in esame; con il secondo è accolto il ricorso avverso l'ammissione dell'ATI Pastore-Nuova Cucina Siciliana. Questo secondo capo non è stato impugnato dalle società soccombenti ed è passato in giudicato. L'appello deve essere quindi giudicato *in parte qua*.

Il ricorso in appello della Gemeaz è ammissibile.

Esiste in atti regolare procura speciale rilasciata dal Presidente della Gemeaz al dott. Fertino anche al fine di rappresentare la società in giudizio e nominare difensori e procuratori speciali.

Ammissibile è l'appello anche in relazione al secondo profilo di inammissibilità rilevato dall'appellata. La cessione del ramo di azienda è avvenuta dopo l'espletamento della gara e l'aggiudicazione del servizio. Non è quindi invocabile il precedente di questo Consiglio (decisione n. 10 del 12 luglio 2005 - 22 marzo 2006) il quale riguardava il diverso caso della cessione intercorsa tra la presentazione della domanda e la conclusione della gara. In tal caso, infatti, sarebbe stato necessario rivalutare i requisiti soggettivi ed oggettivi già in capo al cedente, nei riguardi questa volta del cessionario. Nel caso di specie,

invece, si è alla presenza di una cessione avvenuta durante l'esecuzione del contratto senza che il committente opponesse alcuna obiezione. Dai principi, per altro verso, discende la successione del cessionario nella *res litigiosa*.

Per comprendere l'esatta portata dei motivi di appello occorre logicamente premettere l'esame dei motivi di ricorso incidentale di primo grado che sono stati riproposti come motivi di appello. Essi si riferiscono alla violazione degli articoli 12 del d. l.vo n. 157 del 1995 e dell'articolo 75 del d.p.r. n. 554 del 1999 da parte dell'articolo 13, punto 7c del disciplinare di gara.

In tale norma si richiedeva una dichiarazione da parte dei concorrenti "*che mai la ditta o società rappresentata si è resa gravemente colpevole di false dichiarazioni*".

L'interpretazione di questa frase è preliminare a qualsiasi giudizio sulla legittimità della disposizione.

Ritiene il Consiglio che il disciplinare intenda escludere dalla procedura le imprese che abbiano dimostrato inaffidabilità professionale mercé il ricorso ad un comportamento sleale e truffaldino, consistente nel rilasciare, quanto meno con grave colpa, false dichiarazioni in ordine ai propri requisiti. Non è necessario richiamare l'articolo 12 del d. l.vo n. 157 del 1995 e la giurisprudenza formatasi su di esso per interpretare rettamente, secondo il significato fatto palese dalle parole, la volontà del "legislatore" del concorso, il quale, richiamando i concetti di "gravità" e "colpevolezza" ha chiaramente introdotto nel giudizio una valutazione dell'elemento soggettivo.

Con ciò, tuttavia, la disposizione introduce una fattispecie di esclusione affatto nuova, costituita dalla commistione di un elemento soggettivo (la grave colpevolezza) con una conseguenza giuridica perpetua (mai ... si è resa ... etc.) e quindi si appalesa contraria alla norma, in effetti, applicabile, vale a dire l'articolo 75 del d.p.r. n. 554 del 1999.

E' ben noto, ed ormai giurisprudenzialmente accertato, che detta norma assuma una valenza generale nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica anche per l'aggiudicazione di appalti di servizi e contratti di fornitura, attesa la rilevanza pregnante ed assorbente della disciplina sui lavori. Orbene, l'articolo 75, comma 1, lettera h) commina l'esclusione nel caso di dichiarazioni false presentate dalla impresa nell'anno precedente il bando di gara cui si riferisce l'ammisione. Si tratta, all'evidenza, di una norma avente finalità sanzionatorie, ma che opera, al contempo, un contemperamento di interessi. Ed, infatti, da un lato si limita a richiedere l'esistenza di dichiarazioni false prescindendo totalmente dall'indagine sull'elemento psicologico, ma ritenendo sufficiente la "falsità" oggettiva della dichiarazione, cioè la non corrispondenza a verità. Dall'altro, mitiga la portata negativa della rilevanza oggettiva, restringendo l'efficacia interdittiva della falsa dichiarazione ad un solo anno, al fine di non pervenire ad una sostanziale, e non voluta, esclusione perpetua della impresa. Orbene, l'articolo 13 del disciplinare in esame operando un richiamo all'elemento soggettivo e non ponendo alcun limite temporale ("*mai ... si è resa*") ha, di fatto, introdotto, come accennato, una nuova causa di

esclusione perpetua del tutto fuori della *ratio* e della volontà del Legislatore regolamentare. Sotto questo profilo la disposizione è illegittima. Tuttavia, l'illegittimità rilevata *vitiatur sed non vitiat*, non è tale, cioè, da inficiare l'intero impianto del bando e del disciplinare, e quindi può essere annullata senza conseguenze sulla sorte della procedura.

E' appena il caso di osservare che l'impugnazione della disposizione in esame, compiuta mediante ricorso incidentale di primo grado e riproposta come motivo di appello, non può essere considerata tardiva, come, sia pure *obiter dictum*, ha sospettato il TAR.

In effetti, prima del ricorso principale di primo grado e della sentenza del TAR nessuno, neppure l'Amministrazione procedente, aveva attribuito all'articolo 13 in esame una tale portata. Esso, quindi, non appariva, e probabilmente non era, lesivo di alcuna posizione giuridica soggettiva, se ragionevolmente inteso come applicazione ridondante dell'articolo 75 citato. Né sarebbe stato ammissibile, all'epoca, un ricorso condizionato ad un'interpretazione particolare della norma, tanto che non si può non concludere che nessun interesse, dopo la pubblicazione del bando, aveva la Gemeaz ad impugnare proprio quella disposizione.

Dall'annullamento della disposizione in parola discende l'applicabilità *in toto* dell'articolo 75 del d.p.r. n. 554 del 1999. In questa ottica la sentenza del TAR merita di essere totalmente riformata.

Non vi è il minimo dubbio che l'interdizione *de facto* alla partecipazione a gare di un'impresa che abbia utilizzato una dichiarazione oggettivamente falsa si protragga, nella normalità dei casi, per un

anno decorrente dalla data della falsa dichiarazione, vale a dire dal fatto che completa la fattispecie, cioè dal momento della sua utilizzazione in una procedura precedente. La lettera della norma è chiarissima: sono escluse le imprese “*che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara*”. Tuttavia, l’attribuzione di una falsa dichiarazione, proprio per le sue caratteristiche di lesività, può essere sottoposta a giudizio. E’ evidente che in tal caso, gli effetti interdittivi non potranno decorrere durante l’esperimento dei mezzi giurisdizionali, poiché in caso contrario, attesa la non riparabilità della interdizione in ipotesi illegittima, verrebbe meno qualsiasi tutela giurisdizionale. In tali casi, pertanto, l’effetto non può che scaturire dal passaggio in giudicato della sentenza che definitivamente accerta la falsa dichiarazione.

Orbene, nella specie ciò è avvenuto con la sentenza di questo CGA depositata il 28 novembre 2005. Ai sensi dell’articolo 324 c.p.c. in relazione all’articolo 327 c.p.c., la sentenza in ultimo grado pronunciata dal Consiglio di Stato o dal C.G.A., passa in cosa giudicata dopo la scadenza del termine per la presentazione del ricorso per revocazione ai sensi dei numeri 4 e 5 dell’articolo 395 c.p.c., ovvero entro i termini brevi o lunghi rispettivamente previsti, in questa specifica materia, in giorni 30 dalla notificazione o giorni 183 dal deposito, ai sensi dell’articolo 23 bis, comma 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1074.

Nella specie, quindi, alla scadenza del bando (31 dicembre 2005) non era ancora decorso il termine lungo per la proposizione del-

la revocazione ex numeri 4 e 5 dell'articolo 395 c.p.c., non risultando, agli atti, notificata la sentenza stessa. Di conseguenza non si era perfezionata la fattispecie di esclusione dai bandi di cui all'articolo 75 del D.P.R. n. 554 del 1999.

L'appello della Gemeaz va quindi accolto e, in riforma totale del solo capo di sentenza impugnato, va ritenuta l'infondatezza del ricorso di primo grado contro l'ammissione della appellante.

L'infondatezza del ricorso di primo grado, e quindi l'acclarata legittimità della aggiudicazione alla Gemeaz, determina, come conseguenza indefettibile, l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno dispiegata dalla Onama sia con appello incidentale sia con appello principale autonomo, che devono dunque essere respinti.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli di cui in epigrafe, li riunisce e accoglie l'appello proposto da GEMEAZ Cusin Ristorazione s.r.l. e per l'effetto respinge il ricorso di primo grado in *parte qua*.

Respinge l'appello incidentale e l'appello principale proposto da Onama s.p.a.

Compensa integralmente tra le parti le spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità am-

ministrativa.

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nelle camere di consiglio del 26 settembre e 29 novembre 2007, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Claudio Zucchelli, estensore, Pietro Falcone, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Claudio Zucchelli, Estensore

F.to: Maria Assunta Tistera, Segretario

Depositata in segreteria

il 4 novembre 2008