Pubblicato il 27/10/2016

N. 04514/2016REG.PROV.COLL.

N. 06192/2016 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6192 del 2016, proposto dall'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gherardo Marone (C.F. MRN GRR 40D04 F839D), con domicilio eletto presso l'Avvocato Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, n. 50;

contro

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Francesco Lilli (C.F. LLL FNC 65L01 H579O), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

MANUTENCOOP Facility Management s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gaetano Di Giacomo (C.F. DGC GTN 58M05 H703E) e dall'Avvocato Enza Maria Accarino (C.F. CCR NMR 66R49 D390H), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato

Enza Maria Accarino in Roma, via Cicerone, n. 49; Security Service Sistemi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Abbamonte (C.F. BBM NDR 62D18 F839S), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V, n. 03268/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento triennale del servizio di pulizia, di sanificazione e di sanitizzazione - condanna al risarcimento del danno

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visti i rispettivi atti di costituzione in giudizio nonché gli appelli incidentali di C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa e di MANUTENCOOP Facility Management s.p.a., nonché l'atto di costituzione di Security Service Sistemi s.r.l.;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2016 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon l'Avvocato Gherardo Marone, per l'appellante incidentale, C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, l'Avvocato Enzo Perrettini su delega dell'Avvocato Francesco Lilli, per Security Service Sistemi s.r.l. l'Avvocato Andrea Abbamonte e per l'altra appellante incidentale, MANUTENCOOP Facility Management s.p.a., l'Avvocato Gaetano Di Giacomo anche per conto dell'Avvocato Enza Maria Accarino;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellata nonché appellante incidentale, C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (di qui in avanti, per brevità, C.N.S.), ha impugnato avanti al T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio triennale di pulizia, sanificazione e sanitizzazione, di facchinaggio, di logicistica e movimentazione/distribuzione delle merci, di portierato, custodia e gestione della salma nella morgue, disposta con delibera n. 392 del 25 agosto 2014 dall'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon (di qui in avanti, sempre per brevità, l'Azienda) in favore del r.t.i. tra MANUTENCOOP Facility Management s.p.a. (di qui in avanti solo, e in carattere minuscolo, Manutencoop), mandataria, e Security Service Sistemi s.r.l. (d'ora in poi Security), mandante, nonché Euro Servizi Generali s.r.l.

1.1. C.N.S., seconda graduata all'esito della gara, ha proposto nel ricorso originario tre censure volte ad ottenere l'esclusione dell'offerta presentata dal r.t.i. aggiudicatario, per le seguenti ragioni:

- violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 in relazione alla mancata dichiarazione sostitutiva della procuratrice speciale, Elisa Bernacchi;
- violazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 61 del 2000 per l'utilizzazione, nell'offerta, del lavoro supplementare;
- violazione dell'art. 11 del d. lgs. n. 163 del 2006 per la mancata conclusione della verifica dei requisiti previsti dalla legge in capo al r.t.i. aggiudicatario.

1.2. La ricorrente ha domandato al primo giudice di annullare l'aggiudicazione della gara in favore di C.N.S. nonché, in via principale, di poter, conseguentemente, subentrare nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato nelle more, previa declaratoria della sua inefficacia ai sensi dell'art. 124 c.p.a., o in subordine di ottenere il risarcimento del danno subito per equivalente.

1.3. Nel primo grado del giudizio si sono costituite l'Azienda intimata, Manutencoop, quale mandataria del r.t.i. aggiudicatario, e Security Service, mandante

dello stesso r.t.i., tutte per contestare il ricorso proposto da C.N.S., di cui hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità, per diverse ragioni, o nel merito la reiezione.

1.4. Il T.A.R. per la Campania, con l'ordinanza istruttoria n. 1705 del 23 marzo 2015, ha accolto l'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente ed ha ordinato all'Azienda l'ostensione di tutti gli atti di gara.

1.5. Con i primi motivi aggiunti, C.N.S., in seguito all'ordinanza istruttoria n. 1705 del 23 marzo 2015 emessa dal T.A.R. per la Campania, di cui lamentava la mancata integrale ottemperanza da parte dell'Amministrazione, insisteva nella censura relativa alla mancata conclusione del procedimento di verifica dei requisiti.

1.6. L'Azienda depositava l'8 giugno 2015, nelle more del giudizio, ulteriore documentazione.

1.7. Con i secondi motivi aggiunti, C.N.S., presa contezza della nota prot. n. 8867 del 5 giugno 2015, con la quale l'Azienda comunicava di avere avviato un procedimento per la risoluzione dell'affidamento dei servizi al r.t.i. per avere riscontrato il mancato rispetto, da parte di Security Service, della normativa sull'avviamento obbligatorio dei disabili, lamentava la violazione dell'art. 17 della l. 68 del 1999 e degli artt. 11 e 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte del r.t.i. aggiudicatario, chiedendone anche per tale ragione l'esclusione dalla gara.

1.8. Infine, all'esito del giudizio, il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, con la sentenza n. 3268 del 28 giugno 2016 – dopo aver respinto l'istanza di riunione del giudizio con quello R.G. n. 4739/2014, relativo all'impugnativa proposto da Security Service avverso gli atti del procedimento avviato dall'Azienda per la risoluzione dell'aggiudicazione per la violazione della normativa sull'avviamento dei disabili, e la conseguente istanza di sospensione, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., di entrambi i giudizi previamente riuniti per pregiudizialità rispetto a quello incardinato al Tribunale di Roma quale giudice del lavoro – ha accolto il primo motivo di ricorso, inerente alla

violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e n-*ter*, del d. lgs. n. 163 del 2006, per la mancata dichiarazione circa l'assenza dei precedenti penali da parte della procuratrice speciale, Elsa Bernacchi.

1.9. Il T.A.R., assorbiti tutti gli altri motivi, non ha però annullato l'aggiudicazione, non ritenendo opportuno dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a., per la durata triennale dell'appalto, e ha riconosciuto alla ricorrente C.N.S. solo la spettanza del risarcimento per equivalente, dettando all'Amministrazione i criterî per la relativa liquidazione.

2. Avverso tale sentenza, nel capo in cui non ha disposto il subentro della ricorrente nel contratto, ma solo il risarcimento del danno per equivalente, così imponendo all'Amministrazione di mantenere nel servizio il r.t.i. aggiudicatario nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, ha proposto appello principale l'Azienda, chiedendone, previa sospensione, la parziale riforma, con conseguente aggiudicazione della gara in favore della ricorrente in prime cure, C.N.S.

2.1. Si è costituita l'appellata Manutencoop, con memoria depositata l'8 settembre 2016, per opporsi all'accoglimento dell'appello principale e per proporre, altresì, appello incidentale, con il quale essa ha chiesto, previa sospensione, la integrale riforma della sentenza impugnata per avere essa accolto il primo motivo di ricorso proposto da C.N.S. in primo grado.

2.2. Si è costituita altresì anche l'appellata C.N.S., che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale proposto dall'Amministrazione e la reiezione del ricorso incidentale proposto da Manutencoop, ed ha riproposto sia i motivi assorbiti dal primo giudice, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., sia proposto, e a sua volta, con atto depositato il 27 settembre 2016 appello incidentale per la parziale riforma della sentenza impugnata nella parte in cui essa non ha disposto l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto in suo favore.

2.3. Nella camera di consiglio del 29 settembre 2016, fissata dopo il rinvio della precedente camera di consiglio del 30 agosto 2016 per consentire la necessaria congiunta trattazione di tutte le istanze incidentali di sospensione connesse ai diversi appelli, principale e incidentali, il Collegio, sull'accordo di tutte le parti, ha disposto il rinvio della causa per la trattazione del merito alla pubblica udienza del 13 ottobre 2016.

2.4. Le parti hanno affidato le proprie prospettazioni difensive alle memorie di cui all'art. 73 c.p.a., in vista dell'udienza pubblica, e in particolare Manutencoop, nella sua memoria di replica depositata il 7 ottobre 2016, ha rinunciato alla istanza di rinvio della pubblica udienza inizialmente depositata il 4 ottobre 2016.

2.5. Nella pubblica udienza del 13 ottobre 2016 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Deve essere esaminato, per la sua priorità logico-giuridica, l'appello incidentale proposto da Manutencoop, che contesta radicalmente le motivazioni della sentenza impugnata, chiedendone l'integrale riforma, laddove ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore dello stesso r.t.i. che vede quale mandataria Manutencoop.

3.1. Il T.A.R. per la Campania ha ritenuto, con efficacia assorbente di tutti gli altri motivi, di accogliere il primo motivo del ricorso proposto da C.N.S., per la ritenuta violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-*ter*, del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte di Manutencoop, perché mancherebbe la dichiarazione sostitutiva circa i precedenti penali della procuratrice speciale, Elsa Bernacchi, che il primo giudice ha equiparato ad una amministratrice con poteri rappresentativi dell'impresa per gli amplissimi poteri della procura.

3.2. Il primo giudice, nel ritenere tale procuratrice assimilabile ad una legale rappresentante dell'impresa, ha richiamato a conforto del proprio convincimento un precedente di questo Consiglio e, cioè, la sentenza della sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4305, che, esaminando tra le altre questioni proprio quella relativa ad una precedente

analoga – come meglio si dirà – procura conferita nel 2009 ad Elsa Bernacchi, ha accertato, nel § 5.3.3., l'ampiezza dei poteri e delle facoltà conferite alla procuratrice con tale atto, comprendente anche poteri di firma e di partecipazione a gare, senza alcun limite di importo, ed è pervenuto alla "indubitabile" conclusione che il conferimento dei poteri fosse onnicomprensivo, con conseguente equiparazione della procuratrice speciale ad una legale rappresentante.

3.3. Il T.A.R. per la Campania ha rilevato, sulla scorta di tale sentenza, che, «*a prescindere dalla diversità formale tra i due documenti, che pure sembra essere implicitamente contestata dalla attrice, dalla visione della procura rilasciata ad Elsa Bernocchi* [sic] *affinché la utilizzasse nella gara per cui è processo, si evince, ad onta delle controdeduzioni di Manutencoop, chiaramente la medesimezza di contenuti rispetto a quella valutata dal Consiglio di Stato nella sentenza sopra esaminata*», in quanto «*anche in questo caso, esattamente come nell'altro, alla suddetta procuratrice sono conferiti "tutti i poteri e le facoltà del caso ed anche poteri di firma, connessi all'oggetto, e cioè alla partecipazione alla gara"* » (p. 10 della sentenza impugnata).

3.4. La valutazione del primo giudice offre una corretta lettura del materiale probatorio e, in particolare, della procura rilasciata nel 2012 che, pur essendo distinta da quella rilasciata nel 2009, non per questo ne diverge quanto al contenuto sostanziale, al di là del riferimento non decisivo, diversamente da quanto assume l'appellante incidentale Manuntencoop (p. 15 della memoria difensiva depositata l'8 settembre 2016), alla facoltà di partecipazione alle gare e senza limite di importo, previsto nella procura del 2009, che non giustifica una presunta diversità sostanziale di questa rispetto a quella rilasciata nel 2012.

3.5. Si legge infatti nella procura rilasciata nel 2012 che ad Elsa Bernacchi è conferito, in relazione alle pubbliche gare di appalto (procedure aperte, ristrette, etc.), il potere di:

-visionare e/o ritirare la documentazione e/o gli elaborati necessari per la presentazione di offerte e/o la partecipazione a gare d'appalto per la società medesima;

- eseguire i sopralluoghi necessari per la presentazione delle offerte e/o la partecipazione a gare d'appalto della società medesima;

- consegnare le offerte relative a gare d'appalto della società stessa;

- partecipare e intervenire alle operazioni di apertura delle offerte e/o gare d'appalto della società, ivi compreso il potere di fornire ogni chiarimento e/o precisazione, sollevare riserve e fare «*quanto altro occorra*» in tali sedi.

3.6. Alla stessa Elsa Bernacchi, si legge infine nella procura, «*vengono conferiti tutti i poteri e le facoltà del caso e perciò essa potrà firmare atti, documenti e quietanze e fare tutto quanto occorrer possa per il buon fine della presente procura, il tutto con pieno esonero degli uffici interessati alle dette operazioni da qualsiasi responsabilità al riguardo e con promessa di ritenere fin d'ora per rato e valido l'operato del nominato procuratore*».

3.7. Anche in questo caso l'ampiezza dei poteri, anche di firma, per il "buon fine" della procura, dimostra che Elsa Bernacchi non può considerarsi, almeno per quanto rileva nel presente giudizio, una mera procuratrice *ad negotia*, per singoli e specifici atti, ma ella è figura assimilabile a quella di una amministratrice munita di ampia rappresentanza, godendo di poteri decisionali ampi – alcuni molto incisivi, come quelli sollevare riserve, fornire chiarimenti o firmare quietanze – e ad una pluralità di eventuali oggetti (tutte le gare, indistintamente, e molti rilevanti atti e/o operazioni di tali gare), delegatigli dalla procura con promessa, peraltro, di ritenere per rato e valido sin da subito l'operato – «*tutto quanto occorrer possa*» – della stessa conferitaria.

3.8. È evidente che la stessa Elsa Bernacchi, anche in virtù della nuova procura del 2012, debba considerarsi a tutti gli effetti di legge e, comunque, a quelli di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-*ter*) del d. lgs. n. 163 del 2006 o, come prevede l'art. 1,

punto 2, del disciplinare di gara, un amministratore munito di rappresentanza, tenuto a presentare la relativa dichiarazione, concernente l'assenza di precedenti penali.

4. Il motivo proposto in primo grado da C.N.S. e accolto dal primo giudice, lungi dal doversi ritenere generico ed indimostrato, è dunque pienamente fondato, alla luce dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 23 del 16 ottobre 2013 e, come si vedrà, anche nella successiva sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014.

4.1. Al riguardo, infatti, non risulta fondata la censura di Manutencoop, secondo cui il giudice di primo grado, violando il divieto di pronuncia *ultra petita* (art. 112 c.p.c.), avrebbe erroneamente accolto il primo motivo dell'originario ricorso proposto da C.N.S. in quanto formulato in modo del tutto generico, impreciso, immotivato e persino erroneo, stante il riferimento alla procura precedente del 2009.

4.2. Invero il primo motivo del ricorso proposto da C.N.S. non è affatto generico né impreciso (pp. 5-7 di detto ricorso), poiché la ricorrente in primo grado ha dedotto la violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 per la mancata dichiarazione di detta procuratrice speciale, richiamando la precedente giurisprudenza di questo Consiglio sulla procura rilasciata ad Elsa Bernacchi nel 2009.

4.3. La ricorrente, non potendo essere a conoscenza della nuova procura rilasciata nel 2012, ha comunque offerto un principio di prova, rientrante nella sfera della sua disponibilità, circa l'esistenza di un soggetto dotato di vasti poteri rappresentativi, sulla base, peraltro, di pregresso contenzioso relativo ad analoga questione.

4.4. A fronte di questa contestazione, circa la mancata dichiarazione sui requisiti morali di un soggetto – Elsa Bernacchi – che la ricorrente assumeva essere equiparabile ad un amministratore dotato di poteri di rappresentanza, spettava a Manutencoop dimostrare, per il fondamentale 'principio di vicinanza della prova', che ella non fosse né potesse essere considerata un amministratore dotato di poteri rappresentativi.

4.5. E ciò Manutencoop ha inteso fare, esibendo la procura rilasciata nel 2012 e valida alla data di presentazione dell'offerta (v., in questa sede, all. F all'appello incidentale), per dimostrare che detta procura, diversa da quella rilasciata nel 2009, non consentirebbe di considerare Elsa Bernacchi un amministratore ai fini che qui rilevano.

4.6. La produzione di tale documento, che è stato – come si è detto sopra – analizzato dal T.A.R. nel suo contenuto con valutazione del materiale probatorio accurata e corretta, soggiace al generale principio di acquisizione della prova, applicabile al processo amministrativo, non diversamente che nel processo civile, e «*in forza del quale ogni elemento istruttorio ritualmente acquisito concorre alla decisione a prescindere dalla parte che lo abbia addotto (v.,* ex plurimis*, Cass. civ., sez. VI, 24. settembre 2014, n. 20111), con la conseguenza che una prova, una volta prodotta dalla parte o acquisita d'ufficio dal giudice nei limiti consentiti dall'ordinamento processuale, deve essere valutata nel suo contenuto rappresentativo nella sua interezza, senza poterne scindere il contenuto* secundum eventum litis*, anche laddove, cioè, essa contenga elementi sfavorevoli alla parte che la offre o contrari alla finalità per la quale essa è stata acquisita con i propri poteri officiosi dal giudice*» (Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410).

4.7. Di qui, per le ragioni esposte, la correttezza, anche sul piano processuale, della sentenza qui impugnata.

5. Non rileva nemmeno in senso contrario, come assume l'appellante incidentale Manutencoop, che Elsa Bernacchi non abbia speso i propri poteri nella gara in questione e non abbia in alcun modo partecipato alle sue sedute e alle sue operazioni, assumendo solo rilievo solo la sua qualifica sostanziale di amministratrice dotata di rappresentanza, per l'ampiezza dei poteri conferitile dall'impresa e la indistinta pluralità del loro oggetto, anche laddove tali poteri, come ben può accadere, non siano stati esercitati nella gara di cui si controverte, non venendo per ciò meno la

sostanziale funzione dell'amministratrice all'interno della compagine societaria e gli obblighi *ex lege* conseguenti.

5.1. Il primo giudice non è affatto incorso nel vizio di ultrapetizione, rilevando la sostanziale medesimezza della procura conferita nel 2009 rispetto a quella conferita nel 2012, né ha errato, valutandone l'effettivo contenuto, nel qualificare Elsa Bernacchi come amministratrice munita di rappresentanza e non mera procuratrice *ad negotia.*

5.2. Nemmeno può trovare applicazione il principio sulla irrilevanza del falso innocuo, invocato dall'odierna appellante incidentale Manutencoop, perché, come ha pure correttamente rilevato il primo giudice, l'art. 1, punto n. 2), del disciplinare di gara, puntualmente richiamato dal punto III 2.1. del bando, prevedeva espressamente che anche la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e n-*ter*), fosse «*sottoscritta, a pena di esclusione, con firma leggibile*» da «*tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza*», tra i quali rientra, per le ragioni vedute, la procuratrice Elisa Bernacchi.

5.3. Il presente caso è ben diverso, dunque, da quello esaminato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 23 del 16 ottobre 2013, laddove la legge di gara *«(punto 10.2. del disciplinare) imponeva di produrre, a pena di esclusione, nella busta A (relativa alla documentazione amministrativa) una dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente "attesta, indicandole specificamente, di non trovarsi nelle cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006"* ».

5.4. La vicenda esaminata dall'Adunanza Plenaria riguardava, con ogni evidenza, una previsione del disciplinare assai generica, che richiedeva alle imprese concorrenti di attestare, *sic et simpliciter*, di non trovarsi in una delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

5.5. Nella presente ipotesi, invece, il disciplinare prevedeva espressamente l'obbligo dichiarativo da parte di «*tutti*» gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, con sanzione espulsiva nel caso di mancato assolvimento di tale obbligo.

5.6. È ben vero, dunque, che «*qualora la* lex specialis *non contenga al riguardo 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*», come ha affermato l'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 23 del 16 ottobre 2013, ma tale principio non può trovare applicazione all'ipotesi in cui la previsione della *lex specialis*, con il suo riferimento onnicomprensivo, inequivoco e di tipo sostanzialistico a «*tutti*» gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, valorizzi la centralità dei poteri rappresentativi conferiti ai soggetti che abbiano poteri decisori (se non decisivi) – di diritto o di fatto – sulle sorti della società, con obbligo della relativa dichiarazione a pena espressa di esclusione.

5.7. Né giova replicare all'appellante incidentale Manutencoop che l'allegato A2 (doc. 4 fasc. prodotto con la memoria difensiva depositata l'8 settembre 2016 da Manutencoop) contemplasse, nella nota del modulo contenente la «*Dichiarazione sostitutiva requisiti ai sensi del DPR 445/2000*», solo l'espressione «*tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza*», poiché il significato della *lex specialis* e dell'allegato lasciavano chiaramente intendere che tutti i soggetti muniti del potere di rappresentanza – nessuno escluso - dovessero effettuare la dichiarazione.

6. Si deve osservare che l'interpretazione del primo giudice, e qui condivisa, è conforme alle coordinate di sistema delineate dall'Adunanza Plenaria anche nella successiva sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 con riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto dal legislatore, nel 2001, nell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006.

6.1. L'interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non

prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, ha ricordato la pronuncia citata, è stata espressamente affermata dall'Adunanza Plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, «*che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21)* ».

6.2. La cogenza delle cause legali di esclusione, ha rilevato l'Adunanza, disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione – ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale.

6.3. La riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente, ma anche alla stazione appaltante.

6.4. «*Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati* ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante*» (Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

6.5. Non appare dubbia dunque, alla luce dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria, la natura imperativa dell'obbligo dichiarativo in capo anche ai procuratori speciali muniti di tali poteri rappresentativi da potersi considerare veri e propri amministratori della società, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la cui efficacia cogente si estende anche a tali figure, per quanto non

espressamente contemplate dalla disposizione, per le ragioni ben chiarite dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze n. 23 del 2013 e n. 9 del 2014, con conseguente esclusione, per i rilevanti interessi in gioco, dei concorrenti che abbiano omesso di presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 relative alla moralità professionale di tali soggetti.

6.6. Invano l'appellante incidentale Manutencoop, pertanto, richiama a conforto del proprio assunto il principio del c.d. falso innocuo, rappresentando la circostanza – invero documentalmente provata e, comunque, incontestata – che Elsa Bernacchi non abbia precedenti penali, poiché nell'ipotesi di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione (Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271; Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4118), come nel caso di specie per tutte le ragioni vedute, esulando del resto la vicenda qui esaminata dall'ipotesi in cui la dichiarazione sia resa dal concorrente sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante e questi sia indotto in errore dalla formulazione ambigua o equivoca del bando (Cons. St., sez, III, 4 febbraio 2014, n. 507).

6.7. Ne segue che correttamente il primo giudice, accogliendo il primo motivo dell'originario ricorso proposto da C.N.S., ha ritenuto di dover escludere l'offerta presentata dal r.t.i. per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e n-*ter*, del d. lgs. n. 163 del 2006.

7. L'appello incidentale proposto da Manutencoop, pertanto, deve essere respinto.

8. Devono ora essere esaminati l'appello principale proposto dall'Azienda e quello incidentale proposto da C.N.S.

8.1. Entrambi gli appelli meritano accoglimento.

9. Vanno respinte, anzitutto, le eccezioni di inammissibilità di tali appelli, sollevate da Manutencoop, la quale sostiene che essi porrebbero questioni nuove, mai dedotte

dall'Azienda e da C.N.S. in primo grado, e comunque non deducibili avanti al giudice amministrativo, che non avrebbe giurisdizione alcuna sulla fase, già avviata, di esecuzione del contratto.

9.1. Dette eccezioni sono infondate, quanto all'appello dell'Azienda, perché è incontestabile l'interesse della stazione appaltante, appellante principale, ad ottenere una pronuncia del giudice di secondo grado che, nel confermare l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, disponga la stipula del contratto in favore del secondo graduato, che tale annullamento ha ottenuto, ricorrendone i presupposti dell'art. 122 c.p.a., laddove l'Amministrazione condivida le ragioni che hanno indotto il primo giudice a ritenere viziata l'aggiudicazione definitiva, ma non quelle che lo hanno invece determinato a negare l'aggiudicazione dell'appalto e la conseguente stipula – o subentro – del contratto in favore del ricorrente vittorio in primo grado.

9.2. Quelle dell'Amministrazione appellante non sono né questioni nuove né inammissibili per difetto di interesse, quand'anche essa abbia invece, in primo grado, chiesto la reiezione del ricorso volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, perché ben può l'Amministrazione, nell'interesse pubblico perseguito, condividere e far proprie le ragioni dell'annullamento, disposto dal primo giudice, e censurare solo le conseguenti statuizioni di questo in ordine all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione, al subentro nel contratto o al risarcimento per equivalente.

9.3. Non si ravvisa poi, nel caso di specie, alcun difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della domanda proposta dall'Amministrazione con l'appello principale, posto che, come meglio si dirà, nessun contratto è stato stipulato con il r.t.i. originario aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 13, del d. lgs. n. 163 del 2006, nei confronti del quale la delibera di aggiudicazione definitiva disponeva l'avvio in via d'urgenza dei servizi appaltati per i disservizi manifestatisi nella precedente gestione.

9.4. Si aggiunga, peraltro, che risulta avviato dall'Azienda un procedimento, tuttora non concluso, per la risoluzione dell'affidamento – non già del contratto – per la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. l), del d. lgs. n. 163 del 2006, da parte della mandante del r.t.i., Security Service.

9.5. La circostanza che l'esecuzione dei servizi appaltati sia stata avviata, ai sensi dell'art. 11, comma 12, del d. lgs. n. 163 del 2006, in via d'urgenza prima che il contratto o addirittura, come in questo caso, la stessa aggiudicazione definitiva divenga efficace – non essendosi ancora conclusa, invero, la fase di verifica dei requisiti richiesti ai sensi del comma 8 del citato art. 11 – non sottrae al giudice amministrativo la cognizione in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione e alle conseguenti statuizioni sulla sorte del contratto.

9.6. Le eccezioni di Manutencoop non risultano fondate nemmeno in relazione all'appello incidentale di C.N.S., perché questa, nel ricorso introduttivo di primo grado, aveva comunque richiesto la tutela in forma specifica, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con conseguente aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto, previa necessaria declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, ai sensi degli art. 121, comma 1, e 122 c.p.a.

9.7. Nel ricorso di primo grado (p. 17), C.N.S. ha espressamente ricordato che la stazione appaltante non le aveva comunicato l'intervenuta stipula del contratto, essendo ignara di tale circostanza, ma essa «*ad ogni modo*» ha formulato la domanda di declaratoria di inefficacia di detto contratto, siccome le imponeva e le impone l'art. 124, comma 1, c.p.a.

9.8. Non costituisce pertanto censura o circostanza nuova e, come tale, inammissibile in appello, ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a., la deduzione – fatta valere *in primis* e resa nota dalla stessa stazione appaltante nell'appello principale – che detto contratto non sia stato mai stipulato, poiché – indipendentemente da tale circostanza, non nota alla ricorrente in prime cure – essa aveva manifestato

l'interesse ed espressamente richiesto, in via principale, l'aggiudicazione della gara e la stipula del – e/o «*eventuale subentro*» nel (p. 20 del ricorso introduttivo) – contratto.

9.9. Le eccezioni preliminari, sollevate da Manutencoop, devono dunque essere respinte.

10. Il primo giudice, con una motivazione alquanto sintetica, ha disatteso la domanda principale di C.N.S. – che nel ricorso introduttivo del giudizio (p. 16 e pp. 20-21), lo si ribadisce, aveva richiesto in via principale l'aggiudicazione della commessa, la declaratoria di inefficacia del contratto e l'eventuale subentro nel rapporto, dichiarando a tale fine la propria disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a. – e le ha riconosciuto solo il risarcimento per equivalente, per la ragione che, «*trattandosi di appalti di servizi con durata triennale, non è utile né opportuno dichiarare l'inefficacia del contratto* de quo *ai sensi dell'art. 122 c.p.a.* » (p. 11 della sentenza impugnata).

10.1. Tale motivazione non è condivisibile e merita riforma.

10.2. L'art. 122 c.p.a. riconosce al giudice amministrativo, che annulla l'aggiudicazione, il potere di stabilire, nei casi di minor gravità dei vizi riscontrati, se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità, per il ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi stessi, dello stato di «*esecuzione del contratto*» – espressione, questa, di preciso significato tecnico assai rilevante nel presente giudizio – e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

10.3. Ora nel caso di specie nessun contratto è stato mai stato stipulato tra l'Azienda e il r.t.i. aggiudicatario, sicché nessuno degli elementi valutativi, tra quelli previsti dall'art. 122 c.p.a., impediva al primo giudice e impedisce, in questa sede, di disporre

che l'Azienda stipuli il contratto con C.N.S., secondo graduato, in seguito al qui riconfermato annullamento dell'aggiudicazione.

10.4. Non costituiscono circostanze ostative all'aggiudicazione dell'appalto, infatti, né la durata triennale dell'appalto, a differenza di quanto ha ritenuto il T.A.R., posto che, appunto, non è stato stipulato, a tutt'oggi, alcun contratto dal quale far decorrere la durata *de iure* del servizio stesso, né la natura stessa dell'appalto, avente ad oggetto plurimi servizi, nel quale «*classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni*» (Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6338).

10.5. Non osta nemmeno all'applicazione dell'art. 122 c.p.a. la circostanza che i servizi oggetto dell'appalto siano stato affidati in via d'assoluta urgenza all'aggiudicatario, stanti i disservizi della precedente gestione, ai sensi dell'art. 11, comma 12, del d. lgs. n. 163 del 2006, e che il r.t.i. abbia avviato detti servizi a decorrere dal settembre 2014 (ad eccezione del portierato iniziato nel successivo ottobre), come pure deduce e comprova Manutencoop nella propria memoria difensiva depositata l'8 settembre 2016 (p. 10).

10.6. Diversamente ragionando, del resto, il ricorrente vittorioso in primo grado vedrebbe frustrato il proprio interesse principale ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto tutte le volte in cui l'Amministrazione disponga l'affidamento provvisorio in via d'urgenza del servizio, ai sensi dell'art. 11, comma 12, del d. lgs. n. 163 del 2006, nei confronti dell'aggiudicatario, senza che a detto affidamento, addirittura, segua la stipula del contratto nemmeno a distanza di due anni dall'aggiudicazione definitiva, come è avvenuto in questo caso.

10.7. Si tratterebbe di circostanza paradossale che, oltre a coonestare prassi illegittime da parte delle Amministrazioni (affidamento di fatto del servizio all'aggiudicatario, in via di urgenza, senza successiva stipula del contratto o con stipula di questo a servizio quasi svolto), sarebbe contraria ad una tutela

giurisdizionale piena ed effettiva, pure riconosciuta dall'art. 124 c.p.a. al ricorrente vittorioso in via di principio, salvi i limiti e i temperamenti degli artt. 121 e 122 c.p.a.

10.8. A ciò si aggiunga, poi, che l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva è comunque sospensivamente condizionata, secondo quanto prevede l'art. 11, comma 8, del medesimo d. lgs. n. 163 del 2006, alla verifica del possesso dei requisiti previsti dalla legge, verifica che, nel caso di specie, non si è mai conclusa, come ha acclarato la sentenza n. 3269 del 28 giugno 2016 del T.A.R. Campania, risultando avviato anzi un procedimento per la risoluzione dell'affidamento per la presunta violazione dell'art. 17 della l. n. 68 del 1999 in relazione all'art. 38, comma 1, lett. l), del d. lgs. n. 163 del 2006 da parte della mandante Security Service.

10.9. Alla necessaria stipula del contratto, richiesta a pena di nullità dall'art. 11, ultimo comma, del d. lgs. n. 163 del 2006 e mai, si ribadisce, avvenuta, non può certo ritenersi equipollente l'avvenuta accettazione e trasmissione, da parte del r.t.i. aggiudicatario, della comunicazione di avvio dell'affidamento in via di urgenza e della documentazione richiesta i fini della stipula del contratto, come a torto sostiene Manutencoop (p. 10 della memoria depositata l'8 settembre 2016), sicché l'assenza di tale insostituibile e insurrogabile adempimento *ex lege*previsto, ad oggi, pare al Collegio evidente.

11. Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. nulla osta, pertanto, a che il contratto di durata triennale, ad oggi non concluso, sia stipulato dall'Azienda con C.N.S., che provvederà all'esecuzione dei servizi, oggetto di appalto, con piena soddisfazione del suo interesse, principale, ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, interesse già manifestato, incontestabilmente, e fatto valere in primo grado.

12. In conclusione, per le ragioni e con le precisazioni sopra esposte, devono essere accolti sia l'appello principale proposto dall'Azienda sia l'appello incidentale proposto da C.N.S. e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere accolta la domanda di tutela in forma specifica formulata in primo grado, e in

via principale, da C.N.S., con conseguente assorbimento della domanda subordinata volta ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente, erroneamente accolta dal primo giudice.

12.1. Ai sensi dell'art. 122 c.p.a., quindi, si dispone l'aggiudicazione dell'appalto, di cui è causa, e la stipula del relativo contratto in favore di C.N.S., dovendosi per converso respingere l'appello incidentale proposto da Manutencoop e, quindi, confermare la sentenza impugnata nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione disposta in suo favore.

12.2. Rimangono assorbiti per la loro superfluità ai fini del decidere, stante la sufficienza delle ragioni sopra precisate fondanti, in sé sole, la doverosa esclusione del r.t.i. aggiudicatario, sia tutti gli altri motivi dedotti nel ricorso e nei motivi aggiunti in primo grado e qui riproposti da C.N.S., ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., sia le relative controdeduzioni articolate contro gli stessi nei propri atti difensivi da Manutencoop – e, in particolare, il terzo motivo di appello incidentale da questa proposto (pp. 24-29) che le eccezioni di inammissibilità e di infondatezza pure riproposte (pp. 29-35) – sia le argomentazioni difensive contenute nella memoria di Security Service sulla specifica questione della violazione dell'art. 17 della l. n. 68 del 1999.

12.3. Soccorre a tale fine, nel dispensare il Collegio dall'esame di tutte tali questioni superflue, sul piano giuridico, ai fini del decidere, il consolidato principio di diritto secondo cui laddove la determinazione escludente, anche laddove omessa dall'Amministrazione e invocata e recepita nella sede giurisdizionale (con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per un vizio della stessa), risulti fondata su una pluralità di ragioni ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare l'adozione del provvedimento sfavorevole, è sufficiente che una sola di esse risulti fondata perché ne consegua l'esclusione del concorrente dalla gara (v., *inter multas*, Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5159; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n.

695; Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1059; Cons. St., sez. V, 12 marzo 2016, n. 1269).

13. Le spese del doppio grado del giudizio, stante la complessità delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra tutte le parti.

13.1. L'appellante incidentale Manutencoop, attesa comunque la sua soccombenza, deve essere condannata a rimborsare in favore dell'Azienda e di C.N.S. i contributi unificati effettivamente versati per la proposizione dei rispettivi appelli, nonché il contributo unificato effettivamente versato da C.N.S. per la proposizione del ricorso e dei due motivi aggiunti in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), ogni altra questione ed eccezione qui proposta esaminata ed assorbita, definitivamente pronunciando sull'appello principale, come proposto dall'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon, e sull'appello incidentale, come proposto da C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, li accoglie entrambi, ai sensi e nei limiti di cui in parte motiva, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie la domanda di tutela in forma specifica, proposta in primo grado da C.N.S., e dispone conseguentemente l'aggiudicazione dell'appalto, di cui è causa, e la stipula del relativo contratto in favore di C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, mentre respinge l'appello incidentale, come proposto da MANUTENCOOP Facility Management s.p.a., e per l'effetto conferma, nel resto, le statuizioni della sentenza impugnata.

Compensa interamente tra tutte le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Condanna MANUTENCOOP Facility Management s.p.a. a rimborsare in favore dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon e C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa i contributi unificati effettivamente versati per la proposizione dei rispettivi appelli.

Condanna MANUTENCOOP Facility Management s.p.a. a rimborsare in favore di C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa il contributo unificato effettivamente versato per la proposizione del ricorso e dei due motivi aggiunti, proposti in primo grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli	**Luigi Maruotti**

IL SEGRETARIO