

N. 01283/2017 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 1283 del 2017, proposto da:  
Elettronica Professionale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Bilotta, con domicilio eletto presso Salvatore Dettori in Roma, piazza Ss. Apostoli, n. 66;

contro

Tecnologie Sanitarie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valentino Vulpetti e Valentina Lipari, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino 2/A;

nei confronti di

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna - ARPAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00036/2017, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnologie Sanitarie s.p.a. e di Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna – ARPAS ed i rispettivi appelli incidentali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Mauro Bilotta, Valentino Vulpetti e gli avvocati dello Stato Gabriella D'Avanzo e Manzo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Elettronica Professionale s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 20 gennaio 2017, n. 36 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con la quale è stato accolto il ricorso esperito da Tecnologie Sanitarie s.p.a. contro l'ammissione dell'appellante alla "procedura aperta per l'appalto del servizio di manutenzione globale della strumentazione analitica in dotazione ai laboratori e ai dipartimenti dell'ARPAS", indetta in data 16 agosto 2016, ed è stata dichiarata inammissibile la domanda di annullamento della *lex specialis* di gara.

Nel giudizio di primo grado la società Tecnologie Sanitarie ha dedotto una pluralità di motivi di esclusione di Elettronica Professionale s.r.l., risultata prima graduata, concernenti asseriti difetti di requisiti di partecipazione, e, tra questi, con la quinta censura, il difetto del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 6.3.1) del disciplinare di gara, riguardante l'aver svolto nell'ultimo triennio (antecedente la data di pubblicazione del bando di gara) attività aventi per oggetto la manutenzione globale di attrezzature analitiche di laboratorio analoghe a quelle descritte nel capitolato per un importo (euro 450.000,00) pari ad almeno il 50 per cento dell'importo a base di gara. In particolare, ad avviso della ricorrente in primo grado, Elettronica Professionale avrebbe dichiarato nel DGUE, con riguardo al triennio di riferimento, un solo servizio di manutenzione globale delle apparecchiature (quello svolto per l'Istituto Zooprofilattico) con un fatturato peraltro inadeguato, in quanto pari ad euro 431.178,62.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso con riguardo all'impugnazione del bando, in quanto non fatto oggetto di specifiche censure, ed ha poi accolto il solo quinto motivo avverso l'ammissione alla gara di Elettronica Professionale, nella considerazione che «*i servizi dichiarati [...] (tranne uno) riguardano semplici manutenzioni di servizi di laboratorio invece che "manutenzioni globali" e perché l'unico servizio, invece, pertinente (relativo alla manutenzione globale, per il triennio 2013-2015, delle apparecchiature in uso presso il Laboratorio dell'Istituto Zooprofilattico della Sardegna), che la ricorrente ha indicato nel DGUE come di valore pari a circa 432.000 euro considerato l'intero triennio, è di importo inferiore alla soglia minima necessaria; peraltro, sempre secondo la ricorrente, tale servizio sarebbe in realtà di importo inferiore a quanto dichiarato, pari cioè ad euro 268.000 circa nel triennio*».

Ha aggiunto la sentenza che, risultando dalla dichiarazione iniziale il mancato possesso della capacità tecnica richiesta, la stazione appaltante ha legittimamente escluso fin da subito la controinteressata, senza attendere le ulteriori verifiche in corso di gara.

3. - L'appello censura la sentenza allegando che, alla stregua dell'art. 6.3 del disciplinare di gara, il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale deve essere solamente "autocertificato" dal dichiarante attraverso la compilazione del corrispondente campo del DGUE, essendo rinviato al momento successivo della valutazione delle offerte l'onere di dimostrazione del requisito mediante la prescritta documentazione; di qui l'illegittimità della preliminare esclusione dalla gara di

Elettronica Professionale. Viene inoltre dedotta la violazione del principio del *favor participationis*, con la precisazione che il mancato riferimento, nel DGUE, all'aggettivo "globali" per i servizi di manutenzione contestati, ha rilievo meramente nominale, essendo il contenuto di tali servizi comunque coerente con il requisito richiesto, e cioè l'aver svolto servizi con caratteristiche di globalità delle manutenzioni.

4. - Si è costituita in giudizio l'ARPAS-Agenzia regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna, che ha anche proposto appello incidentale avverso la sentenza n. 36 del 2017 del Tar Sardegna relativamente alla statuizione che ha accolto, in asserita violazione dei parr. 6.3 e 17 del disciplinare di gara, il quinto motivo di ricorso.

5. - Si è altresì costituita in resistenza la Tecnologie Sanitarie s.p.a. esperendo anche appello incidentale mediante la reiterazione delle censure di primo grado disattese.

Con separata memoria ha dedotto l'inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza dell'appello principale, nonché l'irricevibilità ed infondatezza dell'appello incidentale di ARPAS.

6. - Nella camera di consiglio del 27 aprile 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Ragioni di ordine processuale impongono di esaminare preliminarmente le plurime eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità dell'appello principale, sollevate da Tecnologie Sanitarie s.p.a.

Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inesistenza/nullità della notificazione dell'appello ad ARPAS, in quanto effettuata presso l'Avvocatura distrettuale di Cagliari, anziché presso l'Avvocatura generale in Roma. Invero, seppure, ai sensi dell'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1661, la notifica dell'appello deve avvenire a pena di nullità presso l'Avvocatura generale dello Stato, si tratta di una nullità sanabile, e, nel caso di specie sanata con la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata, in applicazione del principio generale di conservazione degli atti processuali (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 8 settembre 2015, n. 4167).

1.1.- Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità della notificazione in forma cartacea dell'appello, comunque redatto in forma digitale e sottoscritto con firma digitale, in quanto è poi intervenuto il deposito della copia con modalità telematica nel fascicolo informatico con attestazione di conformità ad un originale digitale della copia cartacea. Ed inoltre la notificazione ha raggiunto il suo effetto, provocando la costituzione in giudizio delle parti appellate, sì da non porsi neppure l'esigenza di un'eventuale regolarizzazione alle disposizioni del P.A.T.

1.2.- Analogamente infondata è poi l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell'appello per avere Elettronica Professionale omissa di impugnare la determinazione ARPAS n. 56 in data 7 febbraio 2017, disponente la sua esclusione, nonché l'aggiudicazione definitiva in favore di Tecnologie Sanitarie, unico operatore rimasto in gara.

Ed infatti l'aggiudicazione è avvenuta in dichiarata esecuzione della sentenza in questa sede appellata ed è dunque destinata a cadere od essere rimossa per effetto dell'eventuale riforma della sentenza stessa. Tale soluzione consegue all'applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata, posto in tema di impugnazioni dall'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ., costituente un principio generale del processo, applicabile, come tale, anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno dell'art. 39 Cod. proc. amm., ed implicante, nel caso dell'accoglimento dell'appello, l'automatica caducazione dell'aggiudicazione *medio tempore*

disposta in dichiarata esecuzione della sentenza esecutiva del Tribunale amministrativo regionale (in termini Cons. Stato, V, 11 ottobre 2016, n. 4182).

2.- Deve essere disattesa anche l'eccezione di irricevibilità dell'appello incidentale di ARPAS, avviato per la notifica il 17 marzo 2017, che risulterebbe proposto 31 giorni dopo la notifica dell'appello principale, avvenuta il 14 febbraio precedente.

Si evince dalla relata in atti che l'appello principale risulta notificato il 15 febbraio 2017, sì che la notifica dell'appello incidentale il 17 marzo appare tempestiva, in quanto avvenuta nel termine di trenta giorni dal momento in cui si è perfezionata nei confronti di ARPAS la notificazione dell'impugnazione principale, come richiesto dall'art. 96, comma 5, Cod. proc. amm.

3. - Procedendo dunque allo scrutinio dell'appello principale, con lo stesso si censura la sentenza di prime cure che ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara di Elettronica Professionale s.p.a. per carenza del requisito di capacità tecnico-professionale, nell'assunto che il punto 6.3 del disciplinare di gara prevede che il possesso dello stesso debba essere "autocertificato" dal dichiarante attraverso la compilazione del corrispondente campo del DGUE, essendo rinviato al momento successivo della valutazione delle offerte l'onere di dimostrazione del possesso. Nel caso di specie l'appellante ha dichiarato di avere svolto, nell'ultimo triennio, i servizi richiesti "di manutenzione globale di strutture analitiche di laboratorio analoghe a quelle descritte nel capitolato per un importo non inferiore ad euro 450.000" e pertanto doveva essere ammessa alla gara.

L'appello è fondato.

La sentenza ha, come premesso, ritenuto che Elettronica Professionale s.r.l. abbia dichiarato nel DGUE servizi di manutenzione ordinaria di attrezzature di laboratorio ed un solo *global service* (quello delle apparecchiature in uso presso il laboratorio dell'Istituto Zooprofilattico della Sardegna), con valore dichiarato di euro 432.000,00 (e, forse, in realtà, di euro 268.000,00), comunque di importo inferiore alla soglia minima necessaria.

A bene considerare, peraltro, il disciplinare, al punto 6.3, nel regolamentare i "requisiti di capacità tecnico-professionale", ha disposto che *«ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 i concorrenti devono essere in possesso dei seguenti requisiti di carattere tecnico che saranno autocertificati utilizzando il modello DGUE mediante la compilazione della parte IV sezione C "Capacità tecniche e professionali" rispettivamente al punto 1b, al punto 12, al punto 13 e (eventualmente) punto 10 nell'ipotesi di subappalto con affidamento nelle capacità del subappaltatore, e che dovranno essere dimostrati mediante la documentazione indicata nel successivo paragrafo 17 del presente disciplinare»* (in particolare *«l'operatore dovrà elencare i servizi svolti nel periodo di riferimento, con l'indicazione dell'esatto oggetto del contratto, degli importi, della loro durata, dei committenti, sia pubblici che privati»*). Il successivo art 17, in tema di aggiudicazione, dispone poi che *«la stazione appaltante procederà a verificare, ai sensi dell'art. 85 del Codice dei contratti pubblici, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario e a quello che segue in graduatoria la sussistenza dei requisiti di carattere generale, economico-finanziario e tecnico-professionali, attraverso l'utilizzo del sistema previsto dall'art. 81 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero, fino all'approvazione del decreto ivi indicato, secondo il sistema dell'AV/Cpass istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 216 comma 13 d.lgs. 50/2016»*.

Si evince dunque che la *lex specialis* di gara attribuisce valore autocertificativo alla dichiarazione di possesso dei requisiti (ciò comportando, per quanto ivi rileva, che debba essere preso per certo il fatturato dichiarato, sia per la misura contabile, sia per la pertinenza delle prestazioni sottostanti) e riserva la verifica sulla loro sussistenza ad un momento successivo (di norma successivo alla

proposta di aggiudicazione). Tale impostazione del disciplinare, peraltro non fatta oggetto di gravame, appare conforme a quanto disposto dall'art. 85 del codice dei contratti pubblici, alla stregua del quale le stazioni appaltanti devono accettare, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, o delle offerte, il documento di gara unico europeo (DGUE) con cui l'operatore autocertifica il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Sembra dunque inferibile dalla disposizione ora ricordata che è preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documenti e certificati comprovanti i requisiti a corredo della domanda o dell'offerta.

In via consequenziale appare coerente ritenere che l'eventuale esclusione per difetto dei requisiti speciali (o criteri di selezione) debba essere posticipata al momento della "comprova" del possesso dei requisiti stessi, in quanto altrimenti si determinerebbe un'amputazione del procedimento, mediante anticipazione di un segmento o fase dello stesso, e soprattutto sarebbe consentito un provvedimento di esclusione senza verifica documentale, basato solo su quanto dichiarato nel DGUE.

Né a diverso opinamento induce la disposizione di cui all'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, invocata da Tecnologie Sanitarie nella memoria del 20 aprile 2017, atteso che si tratta di una norma che detta principi in materia di trasparenza ed afferma che deve essere pubblicato sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", anche il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Ma nulla aggiunge in ordine alle modalità in cui devono essere valutate le autodichiarazioni contenute nel DGUE che portano a definire la platea dei partecipanti alla gara, senza dunque determinare un conflitto sistematico con l'art. 85, comma 1, dello stesso *corpus* legislativo, a mente del quale *«al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE, redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea»*. La stessa norma precisa poi che il DGUE *«consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare [...] in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni : a) non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91»*.

In questa cornice una qualche problematicità interpretativa pone, piuttosto, l'art. 15 del disciplinare, ove (pag. 39) effettivamente è previsto che, a conclusione della prima fase (quella dell'apertura dei plichi contenenti le buste "A"-documentazione amministrativa, "B"-Offerta tecnica, "C"-Offerta economica) ed a seguito dell'eventuale procedura di soccorso istruttorio, *«la stazione appaltante adotterà un provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla gara all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali degli operatori economici partecipanti alla gara»*.

Ad avviso del Collegio tale previsione deve peraltro essere letta in modo compatibile e coerente con il punto 6.3 e con l'art. 17 dello stesso disciplinare, oltre che con le già ricordate norme del codice dei contratti pubblici, e dunque inferendone che è possibile all'esito della prima fase l'esclusione degli operatori in tutti quei casi in cui la dichiarazione autocertificativa evidenzia di per sé (confessi) l'assenza dei requisiti (nel caso di specie, di capacità tecnico-professionale), ma non anche in conseguenza di contestazioni di merito richiedenti una più approfondita verifica, che la stessa *lex specialis* colloca nel momento successivo all'aggiudicazione.

La sentenza appellata merita dunque, pur con qualche problematicità residua, di essere riformata, con accertamento della legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, senza che possa trovare spazio in questa sede l'accertamento della sussistenza dei requisiti in capo ad Elettronica

Professionale s.r.l., ed in specie di quello di avere svolto, nell'ultimo triennio, un servizio di manutenzione globale.

Va precisato ancora che tale lettura relativa al sistema di preliminare autocertificazione del possesso dei requisiti speciali appare compatibile anche con la disciplina del rito super-accelerato introdotta dal comma 2-bis dell'art. 120 Cod. proc. amm. sulle esclusioni ed ammissioni nel procedimento di gara, che, proprio per la sua permeante caratteristica, sembra precludere o comunque limitare significativamente la possibilità di approfondimenti istruttori.

4. - L'ordine di argomenti esposto a sostegno dell'accoglimento dell'appello principale milita anche a favore dell'accoglimento del convergente appello incidentale di ARPAS.

5. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., indirizzato nei confronti delle censure disattese dal primo giudice, deve essere anzitutto respinto il primo mezzo, con cui si deduce, in base alla dichiarazione resa in gara il 4 ottobre 2016, il difetto di regolarità fiscale e contributiva di Elettronica Professionale s.r.l., che avrebbe dunque dovuto essere esclusa per violazione dell'art. 80, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza appellata ha correttamente affermato che non constano esposizioni tributarie definitivamente accertate in capo ad Elettronica Professionale, in quanto per una parte del debito fiscale è intervenuta la rateizzazione e per la rimanente parte non c'è un atto definitivo, ma la società si è impegnata al pagamento in rapporto collaborativo con l'Amministrazione finanziaria. Quanto alla posizione previdenziale, la dichiarazione di Elettronica Professionale, letta nel suo insieme, e dunque non solamente nell'apice, che è comune alla posizione fiscale, esclude la presenza di irregolarità.

6. - Con il secondo motivo dell'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a. si deduce poi la violazione della normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili, nel senso che Elettronica Professionale avrebbe erroneamente e reticentemente dichiarato nel DGUE di non essere assoggettata alla disciplina di cui all'art. 3 della legge n. 68 del 1999, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza, il personale impiegato in più sedi operative, site in Province diverse, deve essere considerato in modo cumulativo, sì che, su di un totale di quindici, dovrebbe già avere alle dipendenze un lavoratore disabile.

Anche tale motivo deve essere disatteso alla stregua di quanto esposto nel punto *sub* 3) della presente motivazione, e cioè per il fatto che si verte al cospetto di una dichiarazione autocertificativa prodotta da Elettronica Professionale, la cui veridicità (numero di dipendenti, anche rispetto a quanto risulta dal certificato camerale) e correttezza (derivante dall'interpretazione dei limiti numerici delle quote di riserva) è suscettibile solo successivamente di essere verificata.

7. - Il terzo motivo censura poi la mancata espressa dichiarazione, da parte di Elettronica Professionale, di non trovarsi in stato di liquidazione coatta o concordato preventivo, costituente requisito di ordine generale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ritiene il Collegio che sia condivisibile la sentenza appellata, la quale ha ritenuto che la risposta, nel DGUE, "No" al quesito generale (concernente il fatto di trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo) appare assorbente, in forza dell'argomento di inclusione, rispetto alla risposta ai quesiti secondari (relativi a ciascuna di tali situazioni) che sarebbe stata rilevante solamente in caso di risposta affermativa alla domanda principale.

Deve dunque essere disatteso anche tale motivo di appello.

8. - Con il quarto motivo dell'appello incidentale in esame si contesta la omessa dichiarazione del requisito di idoneità professionale di cui al punto 6.2 del disciplinare di gara (iscrizione nel registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. per un ramo di attività corrispondente al servizio oggetto dell'appalto), essendosi Elettronica Professionale limitata ad indicare il numero di iscrizione alla Camera di Commercio.

Il motivo deve essere disatteso, meritando conferma la sentenza appellata, sia nella considerazione della congruenza della risposta al quesito contenuto nel DGUE, sia nella considerazione del valore autocertificativo della dichiarazione resa, suscettibile di verifica, anche con eventuale richiesta di chiarimenti od integrazioni.

9. - Le considerazioni che precedono inducono a respingere l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a.

10. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale, come pure l'appello incidentale di ARPAS devono essere accolti, mentre va respinto l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Si ravvisano tuttavia, per la peculiarità e problematicità della controversia, le ragioni per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e quello incidentale di ARPAS, mentre respinge l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefano Fantini

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO