

Pubblicato il 13/01/2017

**N. 00628/2017 REG.PROV.COLL.**  
**N. 07128/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7128 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da Soc. International Security Service Vigilanza Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Maselli, Luca Valentinotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 32;

*contro*

Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Fratto, Egidio Mammone, Vincenzo Gambardella, dell'Avvocatura dell'Azienda presso la cui sede in Roma, Circonvallazione Gianicolense, n. 87 domicilia;

*nei confronti di*

Security Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Avilio Presutti, Marco Laudani, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, p.zza San Salvatore in Lauro, n. 10;

*per l'annullamento*

del provvedimento del 7 giugno 2016 a prot. 14095 con il quale l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla gara per il servizio integrato di vigilanza e sicurezza, custodia e sorveglianza, servizio di rimozione auto e gestione della viabilità oltre che fornitura di impianti tecnologici;

della richiesta di accertamento requisiti ditta Union Delta s.r.l. inviata alla ricorrente in data 17 maggio 2016, nonché di ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale;

con motivi aggiunti depositati il 19 ottobre 2016

del provvedimento n. 21836 del 5 settembre 2016 con il quale l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha aggiudicato alla controinteressata il servizio integrato di vigilanza e sicurezza, custodia e sorveglianza, servizio di rimozione auto e gestione della viabilità oltre che fornitura di impianti tecnologici;

nonché avverso il silenzio

sull'istanza di accesso presentata in data 6 settembre 2016 dalla ricorrente per prendere visione ed estrarre copia della documentazione amministrativa, dell'offerta economica, dei giustificativi e, più in generale di tutte le comunicazioni inviate dall'ente committente all'aggiudicataria, nonché di ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini e di Security Service Srl;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Security Service s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa come sopra indicato;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2016 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## FATTO

1. Con ricorso notificato all'Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini ed alla controinteressata in data 16 giugno 2016 e depositato il successivo 20 giugno 2016, la ricorrente espone di avere partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza e sicurezza come sopra descritto da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo di euro 4.731.824,00 IVA esclusa e di esserselo aggiudicato in via provvisoria con punti 89,75.

Esponde ancora che, a seguito del controllo disposto dall'Azienda su alcuni documenti, riguardanti la concedente in affitto del ramo di azienda, la società Union Delta, con nota del 23 maggio 2016 comunicava all'Azienda di non poter produrre la documentazione relativa alla ridetta, dal momento che, come risulta dall'esposto querela del 9 dicembre 2012 vi è uno stato di "dissociazione" totale di International Security rispetto all'attività di Union Delta e dei suoi esponenti aziendali.

Con provvedimento del 7 giugno 2016 l'Azienda Ospedaliera disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara.

2. Avverso tale esclusione la ricorrente deduce: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 commi 1 e 2 bis nonché dell'art. 46 commi 1 e 1 bis del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del principio di tipicità della causa di esclusione e del principio del favor participationis; eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto dei presupposti; 2) violazione e falsa applicazione sotto altro profilo dell'art. 38 commi 1 e 2 bis, nonché dell'art. 46, commi 1 e 1 bis del decreto legislativo n. 163/2006; violazione e falsa applicazione sotto altro profilo del principio di tipicità delle cause di esclusione e del principio del favor participationis; violazione del principio di buona fede; eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto dei presupposti. Conclude con istanza cautelare e per l'accoglimento del ricorso.

3. Con decreto monocratico del 21 giugno 2016 l'istanza cautelare è stata respinta.

4. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera contestando le doglianze di parte ricorrente e concludendo pertanto per la necessaria esclusione della ricorrente dalla gara e per la reiezione del ricorso.

5. Con ricorso incidentale la controinteressata Security Service ha opposto che la ricorrente principale è stata esclusa sostanzialmente per non avere dichiarato l'affitto del ramo di azienda dalla Union Delta e soprattutto per non avere dichiarato di partecipare avvalendosi di requisiti altrui. Rileva un motivo fondamentale dell'impugnazione incidentale come costituito dalla circostanza, anch'essa non resa nota alla stazione appaltante, che, come risulta dal documento prodotto in atti, la Union Delta era anche fallita a decorrere dall'8 gennaio 2015 e poiché il fallito non può partecipare alle gare ex art. 38, comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 163/2006 va da sé che poiché i requisiti devono essere posseduti ininterrottamente dalla data di presentazione della domanda, la ricorrente non poteva proprio essere ammessa alla gara.

Sollewa un ulteriore profilo in ordine al servizio di rimozione delle autovetture, della quale parte ricorrente non avrebbe i requisiti, con la conseguenza che ciò ne comportava la esclusione della stessa e conclude il ricorso incidentale, chiedendo la reiezione del ricorso principale.

6. In vista dell'udienza camerale parte ricorrente ha contestato i motivi proposti col ricorso incidentale dalla controinteressata, opponendo in primo luogo la carenza di legittimazione a proporlo, perché quest'ultima non è l'aggiudicataria della gara in questione. Riguardo alle doglianze opposte dalla detta ricorrente incidentale ne rappresenta la completa infondatezza poiché il contratto di affitto di ramo di azienda si riferiva a tre anni prima della gara e il fatturato dichiarato faceva riferimento alla attività economica della International Service senza che abbia alcuna rilevanza l'attività svolta dalla Union Delta; né esiste che lo stato di fallimento di Union Delta si estenda al soggetto partecipante alla gara che invece non è fallito. Sulla circostanza che ella non avrebbe il Certificato della Camera di Commercio relativo alla operazione di "rimozione auto" contesta che il bando prescriveva soltanto

che la società aggiudicataria indicasse le modalità di espletamento del servizio di rimozione, ma non che la ditta stessa eseguisse la rimozione potendola affidare ad un servizio esterno.

7. Alla Camera di Consiglio del 5 luglio 2016 l'istanza cautelare è stata respinta.

8. Con motivi aggiunti la ricorrente principale avverso l'aggiudicazione definitiva alla Security Service oppone: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e per sviamento dal fine tipico; Insiste sulla illegittimità della sua esclusione; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 79/5 quater del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento dal fine tipico e per illogicità manifesta. In sostanza insiste in tutti i motivi proposti in via principale avverso l'esclusione riportandoli anche avverso l'aggiudicazione definitiva ed insta con domanda di accesso e istanza risarcitoria.

Conclude i motivi aggiunti con istanza cautelare e per l'accoglimento degli stessi.

8. Con ordinanza del 26 ottobre 2016 l'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti è stata respinta.

9. Previo scambio di ulteriori memorie tra le parti il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 23 novembre 2016.

## DIRITTO

1. In via preliminare va esaminata e respinta l'eccezione di inammissibilità proposta dalla ricorrente principale avverso il ricorso incidentale e giustificata sulla base della considerazione che quest'ultimo è stato proposto quando ancora la controinteressata non era stata dichiarata aggiudicataria della gara.

L'eccezione va respinta in quanto, come è dato rilevare dal verbale n. 7 del 12 maggio 2016 la controinteressata era appunto la seconda classificata con punti 86,48, di modo che del tutto pretestuoso appare sollevare la carenza di legittimazione della stessa nell'impugnare gli atti di gara che hanno visto la ricorrente classificata al primo posto, atteso che oltre tutto li ha impugnati per

opporsi alla domanda di annullamento del provvedimento recante la nota di esclusione della prima interessata, che, nel momento in cui il ricorso principale fosse accolto, le procurerebbe una lesione concreta ed attuale della sua posizione.

2. Per il resto il ricorso principale è infondato e va pertanto respinto.

Con esso la ricorrente, che è stata esclusa dalla gara per il servizio di vigilanza e di sicurezza, custodia e sorveglianza presso l'Azienda Ospedaliera San Camillo, in quanto nella fase della verifica dei requisiti è emerso che aveva ommesso di dichiarare l'affitto del ramo di azienda della Union Delta s.r.l., nonché le relative dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 anche con riguardo agli Amministratori e ai Direttori Tecnici dell'Impresa cedente al momento della presentazione della domanda di partecipazione, ha proposto le doglianze che possono essere esaminate congiuntamente atteso che appaiono consequenziali.

3. Premesso che la ricorrente concorda con la giurisprudenza anche dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la quale il Supremo Consesso ha chiarito che alla subentrante spetta di produrre le dichiarazioni ex art. 38, comma 1 lett. c) quando la cessione sia intervenuta nell'anno anteriore la pubblicazione del bando, e che però contesta che tale fattispecie ricorra nel caso in esame, poiché il contratto di affitto di ramo di azienda con la Union Delta è stato stipulato il 7 febbraio 2013 e quindi oltre due anni prima della gara, l'interessata sostiene che non aveva alcun obbligo di rendere le dichiarazioni di cui al citato art. 38 comma 1 del Codice degli Appalti, perché la stessa ha partecipato alla gara senza avvalersi di alcuno dei requisiti propri della medesima Union Delta.

Con la seconda censura fa valere che l'Adunanza Plenaria (decisione n. 10 del 4 maggio 2012) ha chiarito che resta fermo che è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e ora

nell'ultimo anno. Nel caso di specie la ricorrente, a seguito della aggiudicazione provvisoria, è stata invitata dalla stazione appaltante a fornire copia del contratto di affitto di azienda e delle dichiarazioni del legale rappresentante, ma il legale rappresentante della società ricorrente con nota del 23 maggio 2016 ha chiarito che vi era assoluta mancanza di contatti con la Union Delta come dimostrato dall'esposto querela del 2012, che ha reso impossibile la collaborazione necessaria per la produzione della documentazione richiesta dalla stazione appaltante.

3.1 La prima censura è smentita in fatto, avuto riguardo al tenore letterale delle dichiarazioni rese dalla ricorrente in sede di domanda di partecipazione alla gara, come pure dalla resistente Azienda Ospedaliera rilevato.

La ridetta domanda di partecipazione del 18 novembre 2015 infatti pur recando la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui alle lettere da a) a m quater) del comma 1 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 è stata resa nei confronti delle persone citate alla lettera b) ed alla lettera c) del comma 1) dell'art. 38, ma con riferimento alla stessa società ricorrente, senza nulla specificare né in ordine all'affitto del ramo di azienda della Union Delta s.p.a. né in ordine ai requisiti di cui all'art. 38, comma 1 con riferimento agli Amministratori e ai Direttori Tecnici della ridetta impresa cedente.

Tali informazioni sono state rese soltanto in data 13 maggio 2016, dopo che la ricorrente era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara con verbale della seduta in data 12 maggio 2016 ed in sede di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 48, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Di conseguenza a nulla rilevano le circostanze, messe in risalto dalla interessata e che cioè, comunque, ella era in possesso dei requisiti prestati dalla Union Delta anche a nome proprio, informazione smentita proprio dalla dichiarazione resa ex art. 48, comma 1 sopra citato, dalla quale risulta testualmente: “Dichiara che il possesso di parte dei requisiti di carattere economico – finanziario e tecnico – professionale dichiarati per la

partecipazione alla presente procedura, sono consequenziali anche della sopra richiamata operazione societaria”, di tal che la tesi appare, quanto meno, prospettata in maniera contraddittoria rispetto alle risultanze degli atti prodotti dalla stessa Azienda Ospedaliera.

3.2. Ed a nulla rileva quanto opposto dalla ricorrente con la seconda censura e che cioè ella non aveva contatti con la Union Delta, come dimostrato dall’esposto querela del 2012, che ha reso impossibile la collaborazione necessaria per la produzione della documentazione richiesta dalla stazione appaltante, perché tale osservazione non appare idonea a scalfire la mancanza delle dichiarazioni da rendere a pena di esclusione a norma dell’art. 38 comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006 sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara ed in ordine anche al possesso dei requisiti da parte degli amministratori e dei direttori tecnici dell’impresa cedente.

Conforme la giurisprudenza al riguardo: “In materia di gare pubbliche l’inosservanza dell’obbligo di rendere al momento di presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall’art. 38 comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006 (...) comporta l’esclusione del concorrente”, (TAR Lazio, Roma, sez, II, 26 ottobre 2016, n. 10598).

Né è possibile ricorrere al cd. soccorso istruttorio ex art. 46 del decreto legislativo ora citato, in quanto anche di recente il Consiglio di Stato ha ribadito che nelle gare pubbliche tale rimedio è ammissibile se volto a chiarire e completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, ma non a consentire integrazioni o modifiche della domanda di partecipazione che non può essere sanata o regolarizzata in via postuma (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2851).

4. Le censure vanno dunque rigettate con conseguente accoglimento della prima prospettazione effettuata dalla ricorrente incidentale, della quale va pure accolto l’altro profilo della medesima censura proposta in via principale con la quale fa osservare che, in ogni caso, poiché la Union Delta era risultata

in stato di fallimento a decorrere dall'8 gennaio 2015 e cioè in data antecedente alla presentazione della domanda di partecipazione da parte della ricorrente a maggior ragione rientrava tra le cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, nonostante quanto opposto dalla ricorrente principale e che cioè i requisiti non debbano essere dichiarati con riguardo alle impresa cedente al di fuori dell'anno prima al bando di gara, posto che nel caso in esame la Union Delta ha ceduto il ramo di azienda sin dal 2013 e la gara è del 2015, se è da rilevare che “l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 10 e n. 21 del 2012 ha sancito il principio di diritto secondo cui nei casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria, i legali rappresentanti delle società cedenti, incorporate o fuse con altra società, devono essere considerati rientranti tra i soggetti cessati dalla carica e quindi per essi deve essere resa la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c) qualora la vicenda societaria sia avvenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara” (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470), tuttavia nel caso in esame la contestazione effettuata dalla ricorrente non appare pertinente in quanto intenderebbe far rientrare tale dichiarazione tra quelle da effettuarsi nell'anno antecedente la gara ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. c) anziché tra quelle obbligatorie a mente dell'art. 38, comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente accoglimento della censura prospettata dalla ricorrente incidentale.

4.1 Con un ulteriore profilo quest'ultima fa valere che nell'oggetto della gara vi è il servizio di rimozione delle autovetture e poiché come previsto dalla normativa vigente è prevista l'iscrizione alla C.C.I.A. per le attività oggetto dell'appalto, ma dalla visura camerale relativa alla ricorrente principale non risulta il servizio di rimozione delle autovetture anche tale ulteriore motivo comportava la esclusione della stessa.

La lettura del Disciplinare di gara non consente di condividere tale prospettazione, atteso che esso lo indicava tra gli aspetti che nella Relazione

tecnica da includere nella Busta 2 dell'offerta dovevano essere posti in evidenza. Al punto 6 infatti che doveva essere toccato dalla Relazione tecnica il Disciplinare indicava "Modalità di espletamento del servizio di rimozione autoveicoli e motoveicoli con riferimento agli aspetti migliorativi rispetto alle richieste del Capitolato" e null'altro.

Ma tale indicazione non era prevista a pena di esclusione dalla legge di gara, essendo a detto criterio collegato il punteggio di 4 nell'ambito dei 60 punti previsti sempre dal Disciplinare all'art. 9 tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, di modo che dalla sua previsione ne scaturiva soltanto una differente valutazione operata dalla Commissione di gara, come si evince dal verbale n. 7 del 12 maggio 2015 dal quale emerge che per il detto criterio (Q6) la Commissione attribuiva il maggior punteggio di 2,40 a Security Service ed il minor punteggio di 2,00 ad International Security Service ricorrente principale, con conseguente pure mancanza di interesse della ricorrente incidentale a coltivare la censura, oltre che con conseguente reiezione della stessa.

5. Per le superiori considerazioni il ricorso principale va respinto ed il ricorso incidentale va in parte accolto come sopra indicato.

6. Restano i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale avverso l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata e con i quali la ricorrente, come esposto in narrativa, fa rilevare le stesse doglianze proposte contro l'esclusione, di modo che essi vanno rigettati per tali profili.

Per il resto vanno accolti con riguardo alla domanda di accesso, in ordine alla quale parte ricorrente fa rilevare come, una volta che la stazione appaltante ha comunicato l'aggiudicazione della gara alla seconda classificata, con istanza del 6 settembre 2016 ha chiesto alla stazione appaltante l'ostensione degli atti di gara prodotti dall'aggiudicataria e che il S. Camillo pertanto ha chiesto alla controinteressata se vi erano motivi di opposizione. Nonostante la ridetta non avesse opposto nulla la stazione appaltante rimaneva inerte, cosicchè insiste

per l'istanza di accesso. La ricorrente formula inoltre istanza risarcitoria articolandola sotto le voci del danno emergente e del lucro cessante.

6.1 In primis l'istanza risarcitoria va rigettata atteso che il ricorso principale è stato respinto con conseguente sanzione di legittimità degli atti con esso impugnati, dalla quale deriva dunque la impossibilità per il giudicante di valutare la domanda risarcitoria, non profilandosi il danno ingiusto che emergerebbe qualora i provvedimenti impugnati fossero stati, invece, trovati illegittimi.

6.2 Invece va accolta la domanda di accesso agli atti sussistendo tutti gli elementi individuati dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990 ed anche in relazione alle fasi della gara secondo l'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006 per ottenere l'ostensione dei documenti richiesti, nei termini di cui oltre.

Appare fuor di dubbio che la ricorrente all'esito dell'esclusione dalla gara rivesta la posizione diretta concreta ed attuale necessaria per poter accedere alla documentazione richiesta con l'istanza del 6 settembre 2016 riferita agli atti dell'offerta di Security Service e cioè in particolare:

- 1) la documentazione amministrativa presentata in fase di gara;
- 2) la relazione tecnica;
- 3) l'offerta economica e relativi giustificativi presentati per la verifica dell'anomalia dell'offerta;
- 4) la documentazione presentata a comprova del possesso dei requisiti autocertificati ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006;
- 5) documentazione e verbali delle varie fasi della procedura.

Fermo restando che la documentazione richiesta dovrà essere prodotta dalla stazione appaltante entro i limiti indicati dall'art. 13 del Codice degli Appalti, è da rilevare che non ostensibile appare quella richiesta al punto 6) dell'istanza del 6 settembre u.s. e cioè "le comunicazioni inviate dalla stazione appaltante ai partecipanti alla gara", posto che in ordine a tale documentazione non si palesa quell'interesse diretto concreto ed attuale e per di più collegato al documento richiesto dall'art. 22 della L. n. 241 del 1990 a giustificare la

posizione sostanziale del richiedente, dal momento che tutt'al più la società ricorrente può avere interesse alle comunicazioni che riguardano la controinteressata oltre che le proprie, che si suppone già possessa, per la propria tutela in giudizio.

Per le superiori considerazioni dunque i motivi aggiunti vanno in parte rigettati per quanto concerne le censure proposte avverso l'aggiudicazione definitiva e per quanto concerne la domanda risarcitoria, mentre va accolta la richiesta di accesso con le precisazioni di cui sopra e va pertanto ordinato all'Azienda Ospedaliera San Camillo di fornire la documentazione richiesta nell'istanza del 6 settembre 2016 con i limiti di ostensione per quella di cui al punto 6) delle comunicazioni riferite alla sola controinteressata, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa anche telematica della presente sentenza, previa corresponsione delle spese di riproduzione.

7. Quanto alle spese di giudizio la soccombenza solo parziale consente di compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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

- respinge il ricorso principale;
- respinge in parte i motivi aggiunti come sopra indicato e per il resto ne accoglie la domanda di accesso ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto ordina all'Azienda Ospedaliera S. Camillo di rilasciare a parte ricorrente la documentazione richiesta con l'istanza del 6 settembre 2016 secondo le modalità nei termini e con le spese pure sopra indicate;
- accoglie in parte il ricorso incidentale come in motivazione indicato e per il resto lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Alfredo Storto, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Pierina Biancofiore**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Sapone**

**IL SEGRETARIO**