



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 10382 del 2011, proposto da Markas Service Srl in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda Ati con COOPSERVICE Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Quadri e Antonio Liroso, con domicilio eletto presso Antonio Liroso in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Biella, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Carlo Angeletti e Lelia Capozza, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

nei confronti di

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Ulisse Corea, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

Rti Coop. Soc. dell'Orso Blu Onlus, Rti Team Service Società Consortile A R.L.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Piemonte – Torino, sezione I, n. 1060/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di pulizia ed accessori presso l'ASL di Biella nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Biella nonché della Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2012 il Cons. Vincenzo Neri e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, Angeletti e Corea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nella gara per l'affidamento del servizio di pulizia e servizi accessori indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Biella, Markas Service s.r.l. proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo RTI tra Dussmann Service e la cooperativa "Dell'orso Blu Onlus" nonché la Team Service società consortile a r.l., deducendone l'illegittimità sotto diversi profili.

Il costituendo RTI resisteva in giudizio avanzando, a sua volta,

ricorso incidentale.

Con la sentenza in epigrafe indicata il TAR Piemonte accoglieva il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata e, per l'effetto, dichiarava inammissibile il ricorso principale. Per quanto di interesse, il giudice di primo grado rilevava l'incompletezza delle dichiarazioni effettuate ai sensi dell'articolo 38 Codice Contratti da Markas Service s.r.l. al momento della partecipazione alla gara e, in particolare, la mancanza delle prescritte dichiarazioni con riferimento ad uno degli amministratori muniti di poteri rappresentativi (Bruno Carrato).

Markas Service s.r.l. proponeva appello rilevando l'erroneità della sentenza nella parte in cui aveva accolto il ricorso incidentale e insistendo per la valutazione favorevole delle censure, già formulate in primo grado, avanzate avverso gli atti di gara.

Partecipavano al giudizio d'appello anche il costituendo RTI e l'amministrazione procedente chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

Indi all'udienza pubblica del 17 febbraio 2012 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Per la decisione dell'appello occorre preliminarmente rilevare che l'articolo 38 Codice Contratti nel disciplinare i requisiti di ordine generale – in dottrina definiti anche di idoneità “morale” – stabilisce, tra l'altro, l'esclusione per le circostanze indicate alle lettere b) e c) anche se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di

maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di società a responsabilità limitata o di capitali. L'articolo 38, comma 1, lett. c) Codice Appalti (come modificato dal punto 1.2) del n. 1) della lettera b) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70) precisa inoltre che in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

1.1. Si tratta di disposizione che ha la chiara finalità di attuare un controllo effettivo sull'idoneità morale degli operatori economici con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza.

2. Prescindendo in questa sede dalla dibattuta questione circa la necessità di richiedere la dichiarazione di cui all'articolo 38 ora citato anche ai procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza, va rilevato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato è ferma nell'interpretare la norma in questione, peraltro in piena sintonia con il dato legislativo, nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere rilevanza alcuna

l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri (Cons. St., IV, 3 dicembre 2010 n. 8535).

3. Venendo al caso di specie, risulta dagli atti che Bruno Carrato, al momento in cui scadeva il termine per la presentazione della domanda di partecipazione (2 aprile 2011, come indicato a pagina 5 dell'appello), rivestiva la carica di amministratore munito di poteri di rappresentanza; tale ultima circostanza emerge pacificamente dalla visura camerale (allegato n. 4 della documentazione depositata in primo grado da Dussmann Service s.r.l. in data 13 giugno 2011) ove, tra l'altro, è testualmente affermato: « *Gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società. In caso di nomina del consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 16.1 sub B) dello statuto, la rappresentanza della società spetterà a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, in via disgiunta tra loro* ». È altresì pacifico che, al momento della presentazione della domanda di gara, con riferimento alla dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale “... non era presente nella dichiarazione cumulativa il signor Carrato...” “...membro del Consiglio di Amministrazione...” (si veda pagina 7 della memoria depositata dall'appellante in data 31 gennaio 2012).

4. Alla luce della predetta ricostruzione dei fatti, l'appello deve essere esaminato prioritariamente con riferimento alla decisione del giudice di primo grado di accogliere il ricorso incidentale.

4.1. Con una prima doglianza l'appellante censura la sentenza

impugnata ritenendo che la dichiarazione proposta da Markas Service fosse completa perché relativa a coloro che all'epoca erano legali rappresentanti della società e, precisamente, Mario Kasslatte e Haidrun Achammer; a giudizio dell'appellante, il terzo componente del consiglio di amministrazione, Bruno Carrato, non avrebbe dovuto rendere la dichiarazione perché "era fornito della sola delega a svolgere attività per lo sviluppo commerciale Markas in Romania, per l'arco temporale di soli sei mesi a far data della delibera di conferimento della delega avvenuta con Verbale del Consiglio di Amministrazione del 20 maggio 2008" (pagina 5 dell'atto d'appello).

In relazione a tale censura il Collegio condivide la soluzione data dal giudice di primo grado.

Per un verso, infatti, il Carrato dal certificato camerale risulta essere amministratore munito di poteri di rappresentanza. Per altro verso, in senso contrario, non può valere la circostanza consistente nell'attribuzione al Carrato della "sola delega" a svolgere l'attività per lo sviluppo commerciale Markas in Romania. Ed invero, l'attribuzione di tale specifico incarico al Carrato – così come di quello successivo per lo sviluppo delle relazioni commerciali in Slovenia – rientra nell'ambito della (legittima) ripartizione interna dei compiti tra gli appartenenti al management societario ma non fa venir meno (né esclude che il Carrato, in qualità di amministratore, avesse) il potere di rappresentanza esterna secondo quello che espressamente risulta dalla visura camerale prima riportata [ove chiaramente, giova ripetere, il predetto Carrato è indicato tra i componenti del consiglio

di amministrazione (si veda pagina 8 della visura) con potere di rappresentanza anche in via disgiunta (si veda pagina 6 della più volte citata visura)].

4.2. Con altro motivo si censura la sentenza ritenendo che occorrerebbe avere riguardo alle funzioni sostanzialmente svolte e non alle qualifiche formali rivestite in seno alla società e che l'appellante, nel partecipare alla gara, avrebbe reso "le dichiarazioni dei soli amministratori che effettivamente avevano poteri di rappresentanza" (pagina 7 dell'appello).

A giudizio del Collegio in applicazione del chiaro disposto dell'articolo 38 Codice Contratti, gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dalla legge a prescindere dal fatto, peraltro di difficile (e dubbia) prova, che nella sostanza non svolgano attività. Occorre ora aggiungere che il riferimento ai poteri sostanziali è stato utilizzato da parte della giurisprudenza, non già per restringere – come vorrebbe l'appellante – il novero dei soggetti chiamati a rendere la dichiarazione ma, al contrario, per ampliarlo anche a coloro che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore, sono investiti di sostanziali poteri di rappresentanza; in tale ultima direzione si muove anche la sentenza 16 novembre 2010 n. 8059 del Consiglio di Stato, citata a pagina 6 dell'atto di appello (*«...La mancanza della formale qualifica di amministratore della società non può essere considerata sufficiente per sottrarsi all'applicazione degli obblighi dichiarativi imposti dalla norma richiamata. La prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, condivisa dal Collegio, ha,*

infatti, chiarito che, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche, al fine di ricomprenderli nella nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza" occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (in tal senso cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fa rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario" sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di "partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte"; sez. VI, 12 ottobre 2006, n. 6089; sez. V, 28 giugno 2004, n. 4774; sez. V, 28 maggio 2004, n. 3466) ...»).

4.3. Sempre per l'atto d'appello, inoltre, Markas non avrebbe dovuto rendere la dichiarazione con riferimento al Carrato perché, avendo il consiglio di amministrazione la facoltà di "modulare i poteri dei membri" (pagina 8 dell'atto di appello), al predetto Carrato non erano stati conferiti poteri di rappresentanza ma solo la delega ad operare per la società in Romania.

Come rilevato esattamente dalla sentenza appellata, tale circostanza non assume rilievo sino a quando all'esterno non è avvenuta una modifica formale nell'individuazione dei soggetti muniti di potere di rappresentanza. A tale ultimo riguardo va ricordato che, ai sensi dell'articolo 2380 bis c.c., quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione; per legge, inoltre, il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori

dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale (articolo 2384, comma 1, c.c.) e le eventuali limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (articolo 2384, comma 2, c.c.). A ciò aggiungasi che dal verbale del 20 maggio 2008 emerge che il consiglio di amministrazione ha conferito al Carrato, per sei mesi, ampi poteri di rappresentanza e firma, per lo sviluppo commerciale della società in Romania ma da tale atto non emerge espressamente l'esclusione dei poteri di rappresentanza generale che risultano dalla visura camerale più volte citata. Ne in senso diverso può essere richiamata la successiva delibera del consiglio di amministrazione del 14 maggio 2010 relativa al conferimento di delega, senza limitazione temporale, per lo sviluppo dell'attività dell'impresa in Slovenia perché anche in questo caso non v'è traccia di precedenti o successive limitazioni al potere di rappresentanza risultanti dal certificato camerale.

4.4. Anche l'ulteriore doglianza avanzata con l'atto di appello, relativa alla pretesa assenza di poteri in capo al Carrato, giusta delibera del consiglio di amministrazione del 29 giugno 2002, non può essere accolta perché, — a prescindere dalla circostanza che al fascicolo non vi è copia integrale della predetta delibera — in quell'occasione il consiglio di amministrazione ha solo conferito “incarichi” (pagina 1 del verbale del 29 giugno 2000, allegato 1 all'atto d'appello) per la gestione della società e non risulta (almeno dalla parte dell'atto

allegata all'appello:le sole prime due pagine) che vi sia stata una modifica dei poteri di rappresentanza esterni, poteri questi ultimi che non possono essere ritenuti inesistenti in capo a chi appare che li abbia dal certificato camerale. Peraltro, come già affermato da altra decisione di questo Consiglio, dal certificato camerale emerge che la modifica dei poteri degli amministratori deve essere decisa dall'assemblea dei soci e non dal consiglio di amministrazione («...E' peraltro decisivo osservare che, in forza dell'art. 20.2 dello statuto della società, la rappresentanza della medesima spetta a "tutti i componenti del consiglio di amministrazione, in via disgiunta tra di loro". Di conseguenza il Carrato, oltre a vantare la posizione di amministratore, quale componente del consiglio di amministrazione, era altresì munito, per espressa previsione statutaria, di un generale e pieno potere rappresentativo della società. Da qui la necessità che anche per il medesimo, in qualità di amministratore munito del potere di rappresentanza, venisse acquisita la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163\2006. 2d Né vale opporre che il Carrato non avrebbe avuto, di fatto, poteri effettivi di legale rappresentanza, in quanto il verbale del Consiglio di amministrazione del 29.6.2002 aveva in realtà affidato la rappresentanza legale della società ed il potere di firma degli atti al solo amministratore Kasslatter, mentre il Carrato non avrebbe esercitato alcun effettivo potere di rappresentanza fino al 20 maggio 2008, quando aveva ricevuto una specifica delega per lo sviluppo commerciale limitatamente alla Romania. Come ha esattamente replicato l'appellante, infatti, una prescrizione dell'atto

costitutivo (quella che assegna la rappresentanza a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, in via disgiunta) non può essere obliterata da una delibera dell'organo amministrativo: e questo tanto più in considerazione della previsione dell'art. 11 dello stesso Statuto, che riserva le modificazioni dei patti sociali alla competenza dei soci mediante delibera assembleare...» (Cons. St., V, 23 maggio 2011 n. 3069).

4.5. Con altro motivo di appello ancora, Markas censura la sentenza nella parte in cui ha escluso l'ammissibilità dell'integrazione documentale avvenuta con lettera del 20 maggio 2010 ai sensi dell'articolo 38 Codice Appalti al momento in cui il termine per presentare le domande era definitivamente scaduto. Per l'appellante, in presenza di dubbi, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire l'integrazione documentale valutando positivamente la dichiarazione inviata in data 20 maggio 2010.

Anche tale motivo è infondato.

In primo luogo la circostanza che la verifica della documentazione di ammissione sia avvenuta in data 16 giugno 2010 – e dunque in un momento successivo alla ricezione della “integrazione” pervenuta il 20 maggio 2011 – appare del tutto irrilevante perché comunque l'integrazione documentale prodotta da Markas Service s.r.l. è successiva al termine ultimo di scadenza per la presentazione delle offerte.

In secondo luogo non v'è dubbio che la stazione appaltante aveva il dovere di controllare la completezza e la regolarità delle dichiarazioni

presentate dagli offerenti non solo con riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali ma anche in relazione a quelli di ordine generale.

In terzo luogo non può accogliersi la tesi dell'appellante per cui sarebbe stato "falso" «...dichiarare che Carrato al momento della presentazione della domanda di partecipazione aveva poteri di rappresentanza generale della società...» perché, come già detto, non v'è dubbio che per legge le dichiarazioni di cui all'articolo 38 Cod. Appalti devono certamente essere rese da chi risulta all'esterno avere poteri di rappresentanza.

5. Negli scritti difensivi, e in particolare con la memoria del 31 gennaio 2012, l'appellante si sofferma sulla tesi del c.d. falso innocuo.

5.1. Come è noto, per un primo orientamento, nella materia dei pubblici appalti potrebbe trovare applicazione la tesi del c.d. falso innocuo e conseguentemente dovrebbe essere impedita la partecipazione alle gare solo quando in capo all'operatore economico difettano effettivamente le condizioni previste per la partecipazione e non anche quando la dichiarazione pur non veritiera, o incompleta, non è idonea a modificare gli esiti della gara. La giurisprudenza ha infatti stabilito che quando «... il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di "falso innocuo",

come tale non suscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative...» (Cons. St., V, 24 novembre 2011 n. 6240).

A sostegno di questo orientamento viene rilevato che la valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione (Consiglio Stato Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829; Sez. VI 4 agosto 2009, n. 4906, 22 febbraio 2010, n. 1017), trova conferma nella considerazione che il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione; solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporterebbe, "ope legis", l'effetto espulsivo. Si richiama anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che fa conseguire l'esclusione dalla gara alle sole ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (Consiglio Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

6. A giudizio della Sezione, invece, la tesi del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici.

6.1. Innanzitutto va rilevato che le categorie del falso grossolano (quello immediatamente riconoscibile e tale da non poter trarre in inganno nessuno), inutile (quella falsità documentale che è irrilevante ai fini del decidere) e innocuo sono state elaborate nel diverso

contesto del diritto penale per accertare, ai sensi degli articolo 13 e 27 Cost. nonché dell'articolo 49 c.p., in concreto l'esistenza dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma penale. Occorre ricordare però che per la giurisprudenza della Corte di Cassazione «...*la teoria del ... falso innocuo ... ha una portata ben definita e si riferisce a casi nei quali l'infedele attestazione (nel falso ideologico) o la compiuta alterazione (nel falso materiale) sono del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto; nella descritta ipotesi, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, che è quella di attestare i dati in esso indicati: con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto (così Cass. 7 novembre 2007 n. 3564; v. anche Cass. 30 settembre 1997 n. 11681) ...*» (Cass., pen., V, 21 aprile 2010 n. 35076). Per la S.C. l'infedele attestazione o la compiuta alterazione, dunque, devono essere «del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, inidonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere; in tal caso, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, che è quella di attestare i dati in esso indicati, con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto (Cass., pen. V, 7 novembre 2007 n. 3564). Vale la pena, infine, evidenziare che, in un recente precedente, le Sezioni Unite penali, hanno escluso la possibilità di applicare la categoria del falso innocuo affermando che «*il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, che punisce le falsità o le omissioni nelle dichiarazioni e nelle comunicazioni per l'attestazione*

delle condizioni di reddito in vista dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, si ravvisa allorquando non rispondono al vero o sono omessi in tutto o in parte dati di fatto nella dichiarazione sostitutiva, ed in qualsiasi dovuta comunicazione contestuale o consecutiva, che implicino un provvedimento del magistrato, secondo parametri dettati dalla legge, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni previste per l'ammissione al beneficio» (Cass. S.U. penali 27 novembre 2008 n. 6591).

6.2. Inoltre, a giudizio del Collegio, il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati. Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni, invece, è già di per sé un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. In altri termini, nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione. La dichiarazione ex articolo 38, dunque, è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere "sanate"

ricorrendo alla categoria del falso innocuo. A tal proposito va ricordato che le S.U. penali (Cass. S.U. penali 27 novembre 2008 n. 6591) hanno affermato la rilevanza penale del falso compiuto da chi si trovava effettivamente nelle condizioni per accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato perché bisogna avere riguardo alla funzione che l'atto svolge per l'ordinamento giuridico (porre subito nelle condizioni il decidente di ammettere o meno al gratuito patrocinio). Nella decisione in questione le S.U. ritengono, tra l'altro, non applicabile la tesi del falso innocuo muovendo proprio dalla considerazione che la dichiarazione ex articolo 95 d.P.R. 115/2002 è prevista in ragione della necessità «della compiuta ed affidabile informazione del destinatario che, a fronte della complessità del tenore dell'istanza cui è speculare la valutazione da svolgere, ha urgenza di decidere».

6.3. Anche questa Sezione ha già avuto modo di stabilire che “... l'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti...” (Cons. St., III, 3 marzo 2011 n. 1371).

6.4. Infine, a giudizio del Collegio, occorre riflettere sulle modifiche apportate dal legislatore all'articolo 38, comma 2, Cod. Appalti.

Il testo originario del comma secondo testualmente stabiliva: « *Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne*

per le quali abbia beneficiato della non menzione».

Con la novella del 2011, per quanto di interesse, il comma 2 è così formulato:« *Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nè le condanne revocate, nè quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al*

concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica».

L'intenzione del legislatore, dunque, con riferimento alle condanne penali è stata quella di indicare ai partecipanti ciò che deve essere dichiarato e ciò che può non essere dichiarato proprio muovendo, a giudizio del Collegio, dalla necessità di presentare dichiarazioni complete e fedeli.

7. Per l'appellante la sentenza impugnata sarebbe errata perché il disciplinare di gara non avrebbe sanzionato espressamente con l'esclusione la mancata presentazione della dichiarazione ex articolo 38 e perché, a seguito delle modifiche apportate dal decreto-legge 70 / 2011 all'articolo 46 del decreto legislativo 163/2006, le cause di esclusione sarebbero state limitate a quelle espressamente previste dal codice degli appalti.

7.1. Innanzitutto va rilevato che il paragrafo 5.5., lett A), punto A.1. della legge di gara, prevede, a pena di esclusione, la presentazione di un'istanza di partecipazione contenente, tra l'altro, anche le dichiarazioni di cui all'articolo 38 Codice Appalti (si vedano le pagine

2-3 del disciplinare depositato dal raggruppamento controinteressato in data 13 giugno 2011 innanzi al TAR).

7.2. Oltre a ciò, per il Collegio il c.d. potere di soccorso deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco (Consiglio Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78) e non, come nel caso di specie, in presenza di una chiara previsione di legge. In altra decisione, questa Sezione ha affermato che «... l'omessa allegazione di dichiarazioni previste a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi o dimenticanze puramente formali; ciò tanto più quando non sussistano (come non sussistono nel caso all'esame) equivoci od incertezze generati dall'eventuale ambiguità di clausole della legge di gara...» (Cons. St., III, 14 dicembre 2011 n. 6569).

7.3. Né in senso diverso può concludersi facendo riferimento, come prospettato nell'atto di appello e nelle successive memorie, alle modifiche di recente introdotte dall'articolo 4 d.l. 70/2011 all'articolo 46 Codice Appalti.

Se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1 bis all'articolo 46 Codice Contratti rendendo esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara, per altro verso, per la dottrina, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della par condicio. La

novella, anche a giudizio della migliore (e condivisa) dottrina, non vale ad evitare l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice Appalti dovendosi intendere la norma di legge nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente sia nell'ipotesi in cui la legge imponga "adempimenti doverosi" o introduca, come nel caso di specie, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In altri termini l'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni prescritte dall'articolo 38, comma 1 e 2 e l'omessa osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico e dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso.

8. Per le ragioni sino a qui esposte, l'appello proposto da Markas Service s.r.l. avverso l'accoglimento del ricorso incidentale proposto dal raggruppamento controinteressato nel giudizio di primo grado deve essere rigettato; conseguentemente non vanno esaminate le censure formulate in primo grado, e reiterate in appello, nei confronti della procedura di evidenza pubblica con conferma della sentenza impugnata.

9. Alla soccombenza segue la condanna al pagamento delle spese di giudizio, spese che si liquidano nella somma complessiva di € 6.000 (€ seimila), oltre IVA e CP se dovute, pro-quota in favore di ciascuna delle parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di giudizio, spese che si liquidano nella somma complessiva di € 6.000 (€ seimila), oltre IVA e CP se dovute, pro-quota in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

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

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2012

IL SEGRETARIO

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