



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9414 del 2011, proposto dalla s.p.a. Air Liquide Sanità Service s.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di RTI con la società Air Liquide Italia Produzione s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Santucci e Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Santucci in Roma, via Marianna Dionigi, n. 17;

contro

Azienda Sanitaria dell'Alto Adige - Comprensorio Sanitario di Bolzano

nei confronti di

Sapio Life s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Maria Rosaria Ambrosini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. – Sezione autonoma della provincia di Bolzano, 14 novembre 2011, n. 352;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Sapio Life s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Santucci e Ambrosini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Air Liquide Sanità Service s.p.a. riferisce di aver partecipato, in qualità di capogruppo mandataria di un RTI con Air Liquide Italia Produzione s.r.l., alla procedura di gara indetta con determina del Direttore del Compensorio Sanitario di Bolzano in data 5 luglio 2010, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di gas medicinali, nonché per la gestione e la manutenzione degli afferenti impianti presso l'A.S.L. di Bolzano.

Ai fini della presente decisione è rilevante richiamare il contenuto della *lex specialis* di gara riguardante il possesso dei requisiti di ordine generale da parte delle imprese partecipanti e le relative modalità di dichiarazione.

Al riguardo, la *lex specialis* di gara, al capo I (rubricato '*Partecipazione alla gara*'), aveva dettato prescrizioni puntuali circa le modalità con cui redigere gli allegati alla domanda di partecipazione.

In particolare, veniva disposto che:

- il legale rappresentante dell'impresa partecipante compilasse e sottoscrivesse l'Allegato A', nell'ambito del quale occorreva dare atto dell'insussistenza di cause di esclusione ai sensi dell'articolo 38 del 'codice dei contratti';
- occorresse, altresì, compilare e sottoscrivere tanti allegati 'A-bis' "*quanti sono gli ulteriori rappresentanti legali (procuratori speciali, institori, ecc.) e/o direttori tecnici*".

L'allegato A-Bis, in particolare, richiedeva di rendere una dichiarazione del seguente tenore:

“Il sottoscritto (...) dichiara: (...)

b. che nei propri confronti non è stato pronunciato alcun provvedimento o procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione di cui all'art. 3 Legge 27/12/1956 n.1423 o provvedimenti che comportano divieti o decadenze a norma dell'art. 10 della legge 31/05/1965, n. 575 e successive modifiche ed integrazioni (legge antimafia);

c 1. che nei propri confronti non è stata pronunciata alcuna condanna con sentenza passata in giudicato o emesso alcun decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure alcuna sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e che, nei confronti dei medesimi soggetti di cui sopra, non è stata pronunciata alcuna sentenza passata in giudicato per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18 oppure in alternativa

c 2. che nei propri confronti sono state pronunciate le sentenze di condanna, i decreti penale di condanna divenuti irrevocabili, oppure le sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. che seguono:

(Al fine di consentire all'Amministrazione di poter valutare l'incidenza dei reati sulla moralità professionale il concorrente è tenuto a indicare, anche allegando ogni documentazione utile, tutti i provvedimenti di condanna passati in giudicato compresi quelli per cui si sia beneficiato della non menzione, riferiti a qualsivoglia fattispecie di reato, fatti salvi esclusivamente i casi di estinzione del reato dichiarata dal giudice dell'esecuzione, nonché di riabilitazione pronunciata dal Tribunale di sorveglianza)”.

Con provvedimento in data 17 gennaio 2011, il Direttore del Comprensorio aveva disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTI composto dalla soc. Sapio

Life s.r.l. (mandataria) e dalla soc. Sapio Produzione Idrogeno ed Ossigeno s.r.l. (mandante), mentre l'odierna appellante si era classificata al secondo posto.

A seguito dell'aggiudicazione, l'amministrazione aveva proceduto ad effettuare il controllo del possesso, da parte del RTI aggiudicatario, dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ne era seguita una fase di interlocuzione con il RTI aggiudicatario, all'esito della quale l'ASL di Bolzano aveva adottato il provvedimento di esclusione in data 14 marzo 2011, non avendo ritenuto fondate le giustificazioni fornite dalla soc. Sapio Life in ordine al possesso (e alla sottostante dichiarazione) dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del 'codice dei contratti'.

Si ritiene rilevante ai fini della presente decisione riportare *de extenso* alcuni dei passaggi centrali del provvedimento di esclusione “ (...) *questa Amministrazione ha provveduto a verificare il possesso dei requisiti generali (ex art. 38 del D. Lgs. 163/2006) di partecipazione alla gara presso gli enti competenti;*

visto che a seguito di detto controllo è emerso che alcuni soggetti procuratori della ditta Sapio Life s.r.l. e un consigliere della ditta Linea Gas s.r.l. hanno omesso di dichiarare dei carichi pendenti (art. 38, comma 1, lett. c);

atteso che questa Amministrazione ha ritenuto opportuno chiedere alla ATI Sapio Life s.r.l. chiarimenti in merito a dette omissioni giusta lettera dd. 7.2.2011;

preso atto delle controdeduzioni presentate dalla ditta Sapio Life s.r.l. in data 9.2.2011 con le quali la ditta sostiene la non obbligatorietà per tali soggetti di rendere dichiarazione comprovante il possesso dei requisiti di moralità professionale (ex art. 38 del codice dei contratti (...)); atteso che la lex specialis – disciplinare condizioni con relativi allegati obbligava i partecipanti nelle persone dei “...rappresentanti legali (procuratori speciali, institori ecc.) e/o direttori tecnici a rendere dichiarazioni complete, recanti l'esatta indicazione di tutti i precedenti penali, ivi inclusi quelli per i quali sia stato concesso il beneficio della non menzione;

considerato che dalla visura camerale della Sapio Life s.r.l. si evince che i suddetti firmatari delle dichiarazioni di cui all'allegato A-bis sono procuratori ad negotia, e per quanto concerne la Linea Gas s.r.l. invece, l'amministratore, ancorché privo di poteri, risulta membro del Consiglio di Amministrazione e deve, quindi, considerarsi, per definizione oltre che per espressa previsione codicistica (art. 2475 bis cod. civ.), amministratore e rappresentante generale della società;

atteso che per consolidata giurisprudenza, qualora nella documentazione di gara sia espressamente richiesta l'elencazione di tutte le sentenze i partecipanti non possono arrogarsi il diritto di tralasciare alcuna condanna (CdS, Sez. VI, 3.02.2011, n. 782 e CdS, Sez. V, 11.05.2010, n. 2822);

preso atto che è stata valutata anche la giurisprudenza che ammette la possibilità per il dichiarante di valutare la gravità del reato omettendo di dichiararlo, senza incorrere in una esclusione per omissione, disponendo a carico dell'Amministrazione la valutazione della gravità della condanna (CdS, Sez. VI, 21.12.2010, n. 9324 e CdS, Sez. VI, 04.08.2009, n. 4905);

considerato invece che fra le condanne non dichiarate – nonostante l'obbligo imposto dalla documentazione di gara – risultano anche reati in materia ambientale, di illecita gestione di rifiuti e di violazione delle disposizioni in materia di tutela delle acque (che potrebbero incidere sulla moralità professionale) e che non è stato possibile tenere conto della presunta estinzione di alcuni reati in difetto di espresso provvedimento dichiarativo da parte dell'autorità giudiziaria competente;

riscontrata pertanto la non veridicità delle dichiarazioni rese ai sensi del DPR n. 445 del 2000 per quanto attiene i procuratori della Sapio Life Srl ovvero la loro mancanza per quanto riguarda l'amministratore della Linea Gas srl questa amministrazione non può che revocare l'aggiudicazione disposta a favore della ATI (...)".

Il provvedimento in questione veniva impugnato dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione autonoma di Bolzano - dalla società Sapio Life s.r.l., la quale ne chiedeva l'annullamento, articolando plurimi motivi di doglianza.

Medio tempore, tuttavia, l'Azienda Sanitaria aveva disposto l'aggiudicazione in favore della seconda classificata e aveva stipulato con quest'ultima il contratto di fornitura, che aveva iniziato ad essere eseguito.

Con la sentenza oggetto del presente gravame, il TRGA accoglieva il ricorso principale proposto dalla soc. Sapio Life (e per l'effetto annullava il provvedimento di esclusione dalla gara), mentre respingeva il ricorso incidentale condizionato, proposto dall'odierna appellante.

La sentenza in questione è stata impugnata in sede di appello dalla soc. Air Liquide, la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Erroneità, illogicità e contraddittorietà della sentenza appellata – Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara – Eccesso di potere per irragionevolezza – Sviamento.

In primo luogo, la sentenza in epigrafe sarebbe erronea per la parte in cui ha ritenuto che le dichiarazioni ai sensi dell'articolo 38 del codice dei contratti - che in concreto erano state omesse (Allegati A-Bis) - non erano neppure in astratto dovute in relazione ai soggetti per i quali le contestazioni erano state effettuate.

Al riguardo, il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che:

- per quanto riguarda il signor Notarstefano (consigliere di amministrazione della soc. Linea Gas), la dichiarazione non avrebbe dovuto essere resa, essendo egli – a termini di Statuto – privo di concreti poteri di rappresentanza. Sotto tale aspetto, la sentenza in epigrafe sarebbe erronea e meritevole di riforma per non avere il TRGA adeguatamente valutato la previsione di cui all'articolo 2745-*bis* del codice civile;

- per quanto riguarda i signori Gigantesco, Granata e Soldan (procuratori speciali della soc. Sapio Life s.r.l.), la dichiarazione non si sarebbe del pari dovuta rendere, in quanto i poteri di rappresentanza spettanti a ciascuno di essi erano limitati e non

comprendevano il potere di stipulare contratti quale quello oggetto dell'affidamento. Sotto tale aspetto, il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di rilevare che i soggetti in questione erano comunque titolari di rilevanti poteri gestori, sì da obbligarli a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del 'codice dei contratti'.

In secondo luogo (e una volta assodata – almeno in astratto – la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ex art. 38 in capo ai signori Granata, Soldan, Gigantesco e Notarstefano), l'appellante ritiene che il TRGA abbia erroneamente interpretato le disposizioni della *lex specialis* che definivano l'ampiezza dell'obbligo di dichiarazione.

Al riguardo, il TRGA avrebbe erroneamente ritenuto che nel caso di specie la *lex specialis* di gara (e, in particolare, l'Allegato A-Bis) non obbligasse a dichiarare qualunque reato, ma solo quelli 'gravi', idonei ad incidere sulla moralità professionale. Al contrario, l'appellante ritiene che la *lex specialis* dovesse necessariamente essere intesa nel senso di obbligare le partecipanti a dichiarare tutti i reati commessi dai soggetti muniti di poteri di rappresentanza, senza lasciare loro alcuna discrezionalità in ordine alla specifica incidenza del singolo reato sulla propria attendibilità professionale.

Già sotto tale aspetto, quindi, l'esclusione disposta a carico del RTI appellato risulterebbe corretta alla luce del carattere in parte qua escludente della disciplina di gara.

Ad ogni modo (e anche a voler riguardare la vicenda di causa alla luce della c.d. 'teoria sostanzialista'), il TRGA avrebbe erroneamente ritenuto che l'amministrazione aggiudicatrice non avesse adeguatamente valutato l'incidenza dei reati la cui dichiarazione era stata omessa in relazione alla complessiva valutazione circa la moralità professionale dell'offerente nel suo complesso.

Al riguardo, la sola lettura del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado paleserebbe che l'ASL di Bolzano avrebbe – al contrario – adeguatamente motivato circa la specifica gravità dei reati di cui era stata omessa la menzione ai fini del complessivo giudizio di attendibilità e moralità professionale.

2) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale condizionato di Air Liquide – Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 6 della legge provinciale di Bolzano n. 17 del 1993 – Violazione dei principi della natura di collegio perfetto della commissione giudicatrice, del buon andamento e imparzialità e di rispetto della par condicio dei concorrenti – Incompetenza della Commissione tecnica e difetto di motivazione (apparente).

Per il caso di mancato accoglimento dei motivi articolati con il primo mezzo di gravame, la soc. Air Liquide chiede che la sentenza in epigrafe venga comunque riformata per il mancato accoglimento del ricorso incidentale condizionato proposto in primo grado (e nella presente sede puntualmente riproposto).

In particolare, il TRGA avrebbe omesso di rilevare la fondatezza dei motivi del ricorso incidentale relativi alla dedotta violazione dell'articolo 84 del codice dei contratti e dell'articolo 6 della legge provinciale di Bolzano n. 17 del 1993 in tema di composizione della commissione giudicatrice e di incompetenza all'adozione degli atti impugnati.

Si è costituita in giudizio la società Sapio Life s.r.l., la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

Essa ha, altresì, proposto tre motivi di appello incidentale.

Con il primo motivo essa ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe, per la parte in cui ha omesso di rilevare l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado dall'odierna appellante.

Con il secondo motivo essa ha chiesto la riforma della medesima sentenza per la parte in cui non ha escluso in modo netto l'obbligo in capo ai procuratori speciali

della soc. Sapio Life, signori Granata, Soldan e Gigantesco, di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs 163 del 2006.

Al riguardo, il Tribunale avrebbe omesso di affermare in modo sufficientemente chiaro che i limitati poteri rappresentativi spettanti a tali procuratori erano tali da esentare questi ultimi dagli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 38, cit..

Con il terzo motivo essa ha chiesto la riforma della sentenza gravata per la parte in cui ha respinto la domanda risarcitoria.

Con ordinanza n. 5594/2011 (resa all'esito della Camera di consiglio del 20 dicembre 2011), questo Giudice di appello ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza in epigrafe, formulata in via incidentale dall'appellante, ritenendo prevalente l'interesse dell'amministrazione alla prosecuzione del servizio oggetto dell'affidamento.

Alla pubblica udienza del 3 aprile 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio l'appello proposto da una società attiva nel settore delle forniture medicali (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dall'ASL dell'Alto Adige – Comprensorio Sanitario di Bolzano e si era classificata al secondo posto) avverso la sentenza del TRGA – Sezione autonoma di Bolzano con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla prima classificata avverso il provvedimento con cui essa era stata esclusa dalla gara, che era stata contestualmente aggiudicata all'odierna appellante.

2. L'appello è fondato.

3. Dal punto di vista dell'impostazione generale, la sentenza in epigrafe è condivisibile laddove afferma che le questioni da risolvere ai fini della definizione della controversia sono essenzialmente due.

In primo luogo, occorre stabilire se tutti i (quattro) soggetti per i quali è stata contestata la mancata dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 del d.lgs. 163 del 2006

fossero effettivamente tenuti a rendere tale dichiarazione, ovvero se in relazione a taluno di essi sussistessero circostanze in fatto o in diritto tali da escludere già in astratto la sussistenza di un siffatto obbligo.

In secondo luogo, occorre stabilire se, in relazione ai soggetti per cui tale obbligo in concreto sussisteva, l'omessa dichiarazione rilevasse *ex se* ai fini dell'esclusione dalla gara (dovendosi intendere in questo modo le clausole della *lex specialis*), ovvero se – in adesione alla c.d. 'tesi sostanzialista', richiamata sia dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di esclusione dalla gara, sia dal TRGA – l'amministrazione fosse altresì onerata a valutare l'idoneità in concreto del reato di cui era stata omessa la menzione ad incidere sulla complessiva moralità professionale dell'impresa partecipante alla gara per cui è causa.

4. Ebbene, muovendo dalla prima delle questioni dinanzi richiamate (ossia, quella relativa al se tutti i quattro soggetti per i quali è stata contestata la mancata dichiarazione *ex* articolo 38 fossero effettivamente tenuti a renderla), il Collegio ritiene in particolare di concentrare la propria attenzione sulla posizione del signor Gigantesco, procuratore speciale della soc. Sapio Life s.r.l. (il quale aveva reso la dichiarazione di cui all'articolo 38, cit., non menzionando tuttavia alcun precedente penale) e del signor Notarstefano, membro del consiglio di amministrazione della soc. Linea gas (il quale non aveva affatto reso la richiamata dichiarazione).

Al riguardo si ritiene che, anche a fronte di una sola omissione degli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 38 (laddove *–scil.* – tale omissione concerna fatti e circostanze di gravità tale da compromettere la complessiva credibilità dell'impresa), risulterebbe *ex se* giustificata la sanzione espulsiva avversata in primo grado.

4.1. Ora, risulta in atti che la *lex specialis* di gara avesse imposto l'obbligo di rendere la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale non solo al

rappresentante legale di ciascuna impresa partecipante alla gara, ma anche agli *“ulteriori rappresentanti legali (procuratori speciali, institori, ecc.) e/o direttori tecnici”*.

4.2. Occorre, quindi stabilire se un siffatto obbligo gravasse anche in capo al signor Gigantesco (procuratore speciale della soc. Sapio Life s.r.l., i cui poteri di rappresentanza erano limitati a talune regioni del sud Italia – Campania, Molise, Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia) e in capo al signor Notarstefano (il quale era, sì, membro del Consiglio di amministrazione, ma non era in grado di esercitare in concreto poteri gestionali, in quanto statutariamente demandati al solo presidente del CdA).

4.3. Ebbene, per quanto concerne la posizione del signor Gigantesco, la sentenza del TRGA non risulta del tutto perspicua.

Ed infatti, in un primo punto sembra che i primi Giudici abbiano affermato la sussistenza di un puntuale obbligo di dichiarazione anche in capo al signor Gigantesco, evidentemente non rilevando in senso contrario le limitazioni in senso geografico dei poteri di rappresentanza a lui spettanti (a pag. 17 della sentenza appellata, infatti, è dato leggere che *“in base [alla lex specialis di gara] tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza dovevano rendere (...) la dichiarazione di onorabilità. Tali erano, senz’altro i procuratori speciali della Sapio Life s.r.l.”*).

In altro punto della medesima decisione, il medesimo TRGA sembra, invece, escludere la sussistenza del richiamato obbligo in capo ai procuratori speciali della società in questione (a pag. 30 della richiamata sentenza, infatti, si legge che *“se l’Amministrazione avesse esaminato concretamente le visure CCLAA, si sarebbe accorta che nessuno dei tre procuratori speciali della Sapio Life s.r.l. aveva poteri di rappresentanza tali da poter incidere sul rapporto da instaurare con l’Azienda Sanitaria- Comprensorio di Bolzano. Infatti, la procura del signor Cosimo Gigantesco è limitata “alle regioni Campania, Molise, Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia” e quella del signor Fabio Granata è così circoscritta: “area di pertinenza, costituita dall’area centro e relative dipendenze, rappresentate dalle filiali di Roma,*

Fiano Romano, Francavilla al mare, Sassari, ai depositi diretti, agenzie e rivendite orbitanti nell'ambito dell'area?'. Il signor Pancrazio Soldan (nella sua qualità di ragioniere), invece, risulta essere titolare di poteri prevalentemente di carattere fiscale e finanziario, nonché di poteri di rappresentanza processuale limitatamente alle "procedure concordatarie, di amministrazione controllata, e di liquidazione coatta amministrativa".

Da quanto detto, non risulta legittima l'esclusione dalla gara della ATI ricorrente per i motivi dedotti nella impugnata determinazione dell'Azienda sanitaria.").

Come si è detto in precedenza, l'incertezza sostanziale in parte qua del *decisum* di cui alla sentenza in epigrafe è confermata dalla circostanza per cui la soc. Sapio Life s.r.l. abbia ritenuto necessario impugnare la sentenza per la parte in cui essa non ha chiarito in modo sufficientemente netto l'esclusione del richiamato obbligo dichiarativo in capo ai procuratori speciali della soc. Sapio Life, signori Granata, Soldan e Gigantesco.

4.3.1. Ebbene, il Collegio ritiene che l'appello in epigrafe sia comunque meritevole di accoglimento laddove ha osservato che sussisteva in capo al signor Gigantesco l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui all'articolo 38 del 'codice dei contratti' e che il concreto atteggiarsi dei poteri di rappresentanza a lui spettanti non valesse ad esentarlo da tale obbligo, ma anzi lo confermasse.

Al riguardo si osserva che:

- secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale dal quale non si rinvencono nel caso in esame ragioni onde discostarsi, l'articolo 38 del 'codice dei contratti', nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato. Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di

dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (Cons. Stato, VI, 18 gennaio 2012, n. 178). La giurisprudenza di questo Consiglio è giunta ad affermare l'illegittimità ai sensi dell'articolo 38, cit., dell'ammissione alla gara d'appalto di un'impresa la quale non abbia presentato in allegato alla domanda di ammissione la dichiarazione di assenza di pregiudizi penali in capo a tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, per essi intendendosi tutti i soggetti che rivestano cariche societarie ai quali per legge sono istituzionalmente connessi poteri rappresentativi, senza che abbia rilevanza l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe (Cons. Stato, III, 16 marzo 2012, n. 1471);

- quindi, la circostanza per cui i poteri rappresentativi riconosciuti al signor Gigantesco fossero tendenzialmente limitati a talune aree del territorio nazionale (fra cui non rientra quella dell'appalto per cui è causa) non costituisce *ex se* elemento tale da escludere che eventuali profili di riprovevolezza a lui riconducibili si estendessero, ai fini di cui all'articolo 38, cit., anche alla società che tali poteri aveva conferito;

- comunque, secondo le risultanze in atti, l'ampiezza in concreto dei poteri rappresentativi spettanti al signor Gigantesco era di portata tale da giustificare certamente l'esistenza in capo a lui dei più volte richiamati obblighi dichiarativi (ed infatti, risulta che con atto in data 12 gennaio 2007, efficace fino alla revoca, al procuratore in questione erano stati attribuiti rilevanti e incisivi poteri rappresentativi, comprendenti – tra l'altro -: il potere di “*dirigere le attività tecniche e commerciali di pertinenza*”; il potere di “*fare ogni operazione commerciale pertinente l'attività della società e concludere contratti di ogni specie (...)*”, nonché il potere di “*partecipare ad aggiudicazioni pubbliche sotto qualsiasi forma (...)*”).

4.4. A conclusioni analoghe deve pervenirsi per quanto concerne la posizione del signor Notarstefano al quale, pur essendo membro del Consiglio di amministrazione della società Linea gas, non erano riconosciuti in concreto poteri gestionali in quanto lo Statuto li demandava in via esclusiva al solo presidente del CdA

Anche in questo caso, infatti, deve essere richiamata la giurisprudenza di questo Consiglio secondo cui coloro i quali rivestano cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connessa la titolarità di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione *de qua*, senza che possa avere alcuna rilevanza 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 (in tal senso: Cons. Stato, III, 16 marzo 2012, n. 1471; *id.*, IV, 3 dicembre 2010, n. 8535).

Sotto tale aspetto, non è privo di fondamento il richiamo operato dall'ASL di Bolzano all'articolo 2745-*bis* del codice civile, a tenore del quale le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

4.5. Per le ragioni sin qui esaminate, il ricorso in appello è meritevole di accoglimento laddove afferma la necessità di riformare la sentenza in epigrafe quanto meno per la parte in cui non ha affermato con sufficiente chiarezza la sussistenza in capo al procuratore speciale signor Gigantesco dell'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del d.lgs. 163 del 2006 ed ha negato in radice la sussistenza di tale obbligo in relazione al consigliere di amministrazione signor Notarstefano.

4.5.1. Per le medesime ragioni deve essere respinto *in parte qua* l'appello incidentale, in quanto volto – come si è anticipato in narrativa – a riformare la sentenza in epigrafe in senso affatto opposto a quello testé affermato.

5. Si può, quindi, passare all'esame della seconda delle questioni cui dinanzi si faceva cenno (se, cioè, l'omessa dichiarazione da parte di soggetti a ciò tenuti rilevasse di per sé ai fini dell'esclusione dalla gara, ovvero se – in ossequio alla c.d. 'tesi sostanzialista' – l'amministrazione fosse altresì onerata a valutare l'incidenza in concreto del reato di cui era stata omessa la menzione ad incidere sulla complessiva moralità professionale dell'impresa partecipante alla gara per cui è causa).

5.1. Come si è detto in narrativa, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza in epigrafe sotto diversi profili:

- in primo luogo, la soc. Air Liquide contesta l'affermazione del TRGA secondo cui la *lex specialis* di gara non avrebbe imposto ai concorrenti la dichiarazione di qualunque precedente penale, demandando in tal modo ai soggetti chiamati in concreto a rendere la dichiarazione lo svolgimento del giudizio di gravità e di rilevanza di cui all'art.38. Sotto tale aspetto, l'appellante contesta che nel caso in questione possa trovare applicazione la c.d. 'tesi sostanzialista' la quale, invero, potrebbe essere condivisa solo laddove la *lex specialis* non avesse richiesto in modo espresso l'elencazione di tutte le condanne penali;

- in secondo luogo (e anche a voler aderire alla richiamata 'tesi sostanzialista'), il TRGA avrebbe omesso di rilevare che l'amministrazione aggiudicatrice aveva comunque svolto un'autonoma valutazione in ordine alla specifica gravità e rilevanza dei reati in relazione ai quali la dichiarazione era stata omessa, concludendo in modo espresso e motivato circa la rilevanza di tale circostanza ai fini dell'esclusione.

5.2. Il motivo è fondato.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame puntuale relativo al se la *lex specialis* di gara imponesse comunque ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza di rendere la dichiarazione *ex* articolo 38, senza riconoscere loro alcuna autonomia nel valutare la specifica gravità del reato ai fini della permanenza dei necessari requisiti di moralità (questione in ordine alla quale, invero, l'appellante e l'appellata sostengono tesi di fatto opposte).

Ed infatti, anche a voler riconoscere l'applicabilità nel caso in esame della c.d. 'tesi sostanzialista' (la quale – in assenza di specifiche clausole in senso contrario - domanda in ultima analisi al soggetto dichiarante la valutazione in ordine alla gravità e all'incidenza del singolo reato sulla moralità professionale dell'impresa partecipante), risulta in atti che:

- a) i reati commessi dal signor Gigantesco e dal signor Notarstefano (e di cui essi avevano, con diverse modalità, omissa la menzione) fossero di gravità tale da incidere sui requisiti di moralità e complessiva attendibilità della società appellata;
- b) l'ASL di Bolzano, nel disporre l'esclusione, avesse in realtà adeguatamente – se pur sinteticamente – motivato in ordine alla gravità del reato e in ordine alla rilevanza dell'omessa dichiarazione.

5.3. Quanto al primo aspetto, questo Consiglio ha di recente statuito che, nel caso in cui il bando non ponga un obbligo incondizionato di dichiarare qualsiasi condanna penale riportata, si potrebbe non ritenere 'falsa' la dichiarazione di un concorrente il quale ometta di menzionare la condanna penale di un soggetto munito di poteri di rappresentanza, qualora tale omissione e le valutazioni di irrilevanza e non gravità ad essa sottese, compiute dal soggetto, fossero ragionevolmente giustificabili.

Occorre, infatti, distinguere, nell'ambito della disposizione di cui all'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006, fra i requisiti il cui accertamento è oggettivo e non richiede alcuna valutazione (come il fallimento, o la pendenza di procedura di prevenzione) e i

requisiti rimessi all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, come appunto l'intervenuta condanna per reati 'gravi' ed 'incidenti sulla moralità professionale'; per questi ultimi, la mera ripetizione, da parte del bando, della disposizione di legge (o, comunque, di formule non chiaramente vincolanti), appaiono di fatto costitutivi di una causa di legittimazione anche per il concorrente, il quale potrebbe ritenersi esonerato dal dichiarare infrazioni penalmente rilevanti, *purché si tratti di precedenti di lieve entità e il giudizio di irrilevanza sia conforme a canoni di ragionevolezza in relazione alle circostanze del caso concreto*. L'apprezzamento di 'non gravità', che può ritenersi rimesso alla valutazione del concorrente, non è speculare a quello esercitabile dalla stazione appaltante: al primo (in presenza di un rinvio generico, o di una testuale reiterazione della disposizione di legge nel bando di gara) compete solo un apprezzamento limitato al possibile superamento della soglia di interesse della valutazione; ma la valutazione concreta spetta poi alla stazione appaltante, in ragione degli interessi tutelati dalla legge (in tal senso: Cons. Stato, VI, 27 marzo 2012, n. 1799).

5.3.1. Ebbene, riconducendo tali condivisibili affermazioni alle peculiarità del caso di specie, deve ritenersi non giustificata, né ragionevolmente giustificabile (a prescindere dal carattere più o meno stringente della previsione di cui all'Allegato A-bis), la mancata indicazione da parte dei signori Gigantesco e Notarstefano dei precedenti penali che li interessavano, atteso che la specifica gravità delle condanne riportate e la loro riferibilità al settore oggetto dell'appalto non giustificavano in alcun modo – secondo principi di ragionevolezza – un autonomo giudizio di non gravità ovvero di non rilevanza.

Al riguardo, è appena il caso di rammentare che il signor Gigantesco aveva riportato un decreto di condanna al pagamento di un'ammenda di Euro 600,00 per il reato di cui all'art. 279 decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (omessa richiesta, in qualità di direttore, di un'autorizzazione preventiva per una modifica di un

camino in un impianto di produzione di idrogeno); mentre il signor Notarstefano risulta condannato per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 e 4 del decreto legislativo n. 22 del 1997 (realizzazione e gestione di una discarica non autorizzata) e di cui all'art. 59, comma 1, del decreto legislativo n. 152 del 1999 (apertura di nuovi scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione).

Si tratta in entrambi i casi di reati di indubbia gravità, tanto più forieri di allarme in quanto realizzati da soggetti operanti in ambito sociosanitario (settore nel quale la tolleranza di illeciti idonei ad incidere sulla salubrità degli ambienti deve essere necessariamente ridottissima).

5.3.2. Quanto al secondo aspetto, poi, deve rilevarsi che con il provvedimento impugnato in primo grado l'ASL di Bolzano aveva puntualmente osservato (con motivazione sintetica, ma chiaramente rivolta al punto centrale della questione) che l'omessa menzione di condanne per reati in materia ambientale, di illecita gestione dei rifiuti e di violazione delle disposizioni in materia di tutela delle acque presentasse un indubbio carattere di gravità e concernesse fatti e circostanze indubbiamente idonei ad incidere negativamente sul persistere del requisito della moralità professionale, in tal modo giustificando la ravvisata violazione dell'articolo 38, cit. e il conseguente provvedimento di esclusione dalla gara.

5.4. Anche sotto tale aspetto, quindi, l'appello risulta fondato e meritevole di accoglimento.

6. La rilevata fondatezza del primo motivo di ricorso per le ragioni dinanzi richiamate *sub* 4 e 5 esime il Collegio dall'esame puntuale del secondo motivo di appello, con il quale si è lamentato il mancato accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale condizionato proposto in primo grado, trattandosi di motivo di appello articolato in modo solo subordinato.

In sede di proposizione dell'appello, infatti, la soc. Air Liquide ha chiarito che *“l'auspicato accoglimento del primo motivo di appello consentirebbe di soprassedere con l'esame*

della censura alla sentenza del TRGA di Bolzano nella parte in cui ha respinto [il] primo motivo del ricorso incidentale condizionato proposto da Air Liquide”.

7. Per le ragioni dinanzi richiamate sub 4 e 5, l'appello incidentale non può trovare accoglimento.

Si ritiene qui di precisare che esso non può, altresì, trovare accoglimento neppure per la parte in cui si è chiesta la riforma della sentenza gravata in relazione alla domanda risarcitoria spiegata in primo grado.

Ed infatti, la riforma della sentenza di primo grado nel senso dell'infondatezza del ricorso di primo grado palesa la radicale infondatezza della domanda risarcitoria proposta dalla società Sapio Life, risultando in radice carente la fattispecie oggettiva dell'illecito foriero di danno.

8. Per le ragioni dinanzi esposte il ricorso in epigrafe deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere disposta la reiezione del ricorso di primo grado.

Per le medesime ragioni deve essere dichiarata l'inammissibilità dell'appello incidentale.

Le spese dei due gradi seguono la soccombenza (con caducazione della corrispondente statuizione di primo grado) e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza oggetto di gravame, respinge il ricorso di primo grado.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Condanna l'appellata alla rifusione delle spese dei due gradi di lite (con caducazione della corrispondente statuizione di primo grado), che liquida in complessivi euro 4.000 (quattromila), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2012

IL SEGRETARIO

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