



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**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 3207 del 2012, proposto da:

Beckman Coulter Srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Curzi, Riccardo Pagani e Leopoldo Aperio Bella, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Leopoldo Aperio Bella in Roma, via Avezzana n.51;

***contro***

Abbott Srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano e Filippo Brunetti, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

***nei confronti di***

Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi, Stefano Quadrio e Rocco Mangia, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14 a/4;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, SEZIONE II, n. 00099/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara d'appalto per l'acquisizione della fornitura in service di sistemi diagnostici di immunometria e biochimica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbott Srl e dell'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Aperio Bella, Scanzano, Pafundi e Quadrio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. L'Azienda Ospedaliera "Bolognini" di Seriate ( Bg) indiceva gara per l'acquisizione in service dei sistemi

diagnostici di immunometria e biochimica, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con una durata dell'appalto stabilita in cinque anni.

2. Con la sentenza appellata veniva accolto il ricorso proposto da Abbott s.r.l., seconda classificata, respingendosi il gravame incidentale proposto dall'aggiudicataria BECKMAN COULTER s.r.l. ( in ATI con Diasorin), dichiarando inefficace il contratto stipulato dall'Azienda Ospedaliera il 20.7.2011 ed affermando il diritto di parte ricorrente al subentro nel contratto.

3. Con l'appello in esame, BECKMAN COULTER s.r.l. ripropone i motivi del ricorso incidentale di primo grado disattesi e censura la decisione per l'accoglimento delle doglianze dedotte da Abbott s.r.l..

4. Resistono in giudizio sia la controinteressata Abbott srl, proponendo altresì appello incidentale con cui deduce i motivi assorbiti in primo grado, sia l'Azienda intimata.

5. Dopo scambio di memorie e repliche, la causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza del 19 ottobre 2012.

## DIRITTO

1. L'appello merita accoglimento.

2. E' fondato il primo motivo col quale si sostiene che erroneamente la sentenza appellata ha rigettato il motivo di ricorso incidentale con cui si deduceva che l'impresa ricorrente in primo grado avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione perché nel presentare la propria offerta sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 38 del D.Lgs 163/2006.

La censura si articola su due profili: 1) La dichiarazione resa dal Sig. Colzi – Presidente del Consiglio di amministrazione e legale rappresentante della società – il 1° luglio 2010, e cioè 40 gg. prima della pubblicazione del bando sulla Gazzetta CEE del 10 agosto 2010, sarebbe inattuale e incompleta, perché resa senza indicazione dei nominativi dei legali rappresentanti della società per cui viene effettuata, ed inoltre, utilizzando l'espressione "per quanto a mia conoscenza", denoterebbe incertezza circa l'effettivo possesso dei requisiti di cui all'art. 38 cod. app. da parte degli stessi; 2) la dichiarazione del Sig. Ambrosini, in qualità di legale rappresentante, resa avvalendosi della scheda prestampata allegata al capitolato, concerne il possesso dei requisiti di cui al citato art. 38 da parte del solo dichiarante e non anche degli altri legali rappresentanti e amministratori della società.

3. La sentenza appellata ha ritenuto che, a prescindere dalla dichiarazione firmata dal dott. Colzi, l'autocertificazione sottoscritta dall'altro legale rappresentante, Sig. Ambrosini, in quanto conforme alla scheda prestampata, fosse completa e corretta, pur in assenza della specificazione dei nominativi dei legali rappresentanti per i quali il dichiarante si è comunque assunto in proprio la responsabilità, e sufficiente pertanto a soddisfare le condizioni introdotte dalla lex specialis, a prescindere dall'ulteriore dichiarazione del Dott. Colzi.

E comunque, il TAR ha ritenuto che ricorrerebbe l'ipotesi del c.d. "falso innocuo", che secondo la giurisprudenza non consente l'esclusione dalla gara nei casi in cui il partecipante sia di fatto in possesso dei richiesti requisiti, in carenza della espressa previsione della sanzione dell'esclusione da parte della lex di gara.

4. Ad avviso di questo Collegio, la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 cit. doveva essere resa personalmente da tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza in carica (nella specie, ad es., oltre al Dott. Colzi, anche dal Procuratore speciale Luca Predolin, che ha sottoscritto l'offerta) e da coloro che fossero eventualmente cessati dalla carica nel triennio precedente, nonché dai direttori tecnici, discendendo il relativo obbligo dalla norma del codice dei contratti citata e dall'art. 3 del capitolato di gara, che richiama l'applicazione del codice dei contratti.

A tal proposito, l'aver utilizzato il modulo prestampato predisposto dalla stazione appaltante non rappresenta una valida esimente per i soggetti obbligati (tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza ed eventualmente quelli cessati dalla carica nel triennio antecedente, nonché i direttori tecnici), non essendo fuorviante, in ordine alla obbligatorietà di detta dichiarazione, la formulazione del modulo stesso.

Il modulo, difatti, contempla specificamente che il legale rappresentante della ditta renda una serie di dichiarazioni, tra cui la dichiarazione di “non trovarsi nelle condizioni di cui all’art. 38 del D.Lgs n. 163 del 12 aprile 2006”.

Peraltro, nello stesso modello prestampato è inserita la clausola che prevede, tra l’altro, la dichiarazione del legale rappresentante, resa per la società e genericamente per tutti i legali rappresentanti, senza indicazione nominativa degli stessi, riguardo l’inesistenza di provvedimento limitativo della capacità di contrarre anche ai sensi della normativa antimafia, clausola chiaramente ulteriore rispetto alla dichiarazione del possesso dei requisiti indicati dall’art. 38.

Dunque, non è invocabile la conformità al modulo prestampato della dichiarazione generica resa dal Sig. Ambrosini per giustificare l’omessa dichiarazione ex art. 38 cod. app. da parte di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza e dei direttori tecnici tenuti alla dichiarazione.

4. Quanto, infine, alle considerazioni svolte dal primo giudice riguardo l’applicabilità dell’indirizzo giurisprudenziale sul cosiddetto “falso innocuo”, va rilevato che secondo i principi di diritto enunciati dall’Adunanza Plenaria 7 giugno 2012, n. 21, (relativamente a fattispecie di incorporazione o fusione societaria e con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata), l’omessa o incompleta dichiarazione ex art. 38, comma 2, lett. c) cod. app., non comporterebbe esclusione dalla gara nelle ipotesi in cui il partecipante sia in possesso dei requisiti richiesti, anche se non dichiarati, stante l’assenza assoluta di lesività della omissione della dichiarazione. L’Adunanza Plenaria, sebbene con riguardo alla peculiare fattispecie, afferma inoltre che, nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, per il periodo anteriore, la mancata dichiarazione, pur in assenza di concreta lesività, comporta invece l’effetto esclusivo solo se il bando espliciti l’onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione.

L’A.P., in altri termini, attribuisce rilevanza all’assenza di lesività in concreto della omessa dichiarazione, sposando la tesi del cosiddetto “falso innocuo” e precisando che le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale, ossia se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante.

Va preso atto che, nella fattispecie, il capitolato speciale (art. 3) prevedeva espressamente, unitamente al richiamo al D. Lgs 163/2006 quale normativa applicabile, che ai fini dell’ammissione, pena l’esclusione, venisse resa “autocertificazione attestante l’inesistenza a carico della Società e dei suoi legali rappresentanti di alcun provvedimento limitativo della capacità di contrarre con la pubblica Amministrazione, anche ai sensi della vigente normativa antimafia”.

Tale previsione, ad avviso del Collegio, rappresenta una espressa comminatoria di esclusione ove non sia autocertificata l’assenza di limiti alla capacità di contrarre, previsione che equivale a sanzionare la mancata dichiarazione del possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale e morale di cui all’art. 38 d.lgs. 163/2006.

Pertanto, in applicazione del richiamato principio di diritto enunciato da A.P. 21/2012, trattandosi di gara bandita in data anteriore alla sentenza, si ritiene che l’omessa dichiarazione del possesso dei requisiti, di cui all’art. 38 cit., personalmente da parte di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza che vi sono obbligati, vista la clausola di esclusione di cui al capitolato speciale, determini l’esclusione dalla gara della Abbott s.r.l..

5. Conclusivamente, in accoglimento del primo motivo di appello, va ritenuta fondata la censura di cui al primo motivo del ricorso incidentale di primo grado, con conseguente riforma della sentenza appellata e dichiarazione di inammissibilità del ricorso proposto da Abott s.r.l..

6. Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle novità giurisprudenziali citate in

motivazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2012

IL SEGRETARIO

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