



**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 3832 del 2013, proposto da:

Dussmann Service s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria ATI, nonché dalla mandante della medesima ATI, Gsa Gruppo Servizi Associati Soc.Cons. Pa in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Ulisse Corea, Valeria Zambardi, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

***contro***

Dipartimento Servizi Condivisi, Azienda Ospedaliero Universitaria S.Maria Misericordia di Udine in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Rosati e Stefano Coen, con domicilio eletto presso Stefano Coen in Roma, piazza di Priscilla, n.4;

***nei confronti di***

Idealservice Soc.Cooperativa in persona del legale rappresentante pro tempore in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria a.t.i., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso Roberto Paviotti in Roma, via Canina, n.6;

a.t.i. Markas Service Srl, a.t.i. Minerva Scpa;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE SEZIONE I n. 00242/2013,

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dipartimento Servizi Condivisi- Azienda Ospedaliero Universitaria S.Maria Misericordia Udine e di Idealservice Soc.Cooperativa in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria ati;

Visto l'appello incidentale presentato da Idealservice Soc.Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Moscuza, Zambardi, Rosati e Paviotti Roberto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La società Dussmann Service aveva partecipato in a.t.i. ad una gara mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio integrato di pulizie, sanificazione e servizi accessori per le aziende del servizio sanitario regionale del FVG-Lotto 1, da prestarsi a tutte le aziende sanitarie ed ospedaliere della regione.

Per il lotto n.1 il valore a base d'asta era di € 62.044,669,50 di cui € 1.240.839,39 per oneri di sicurezza, e il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con 60 punti assegnati alla qualità e 40 punti al prezzo.

Oltre alla ati Dussmann presentavano l'offerta per tale gara l'a.t.i. Idealservice – Minerva Markas, l'ati Manutencoop Facility Management spa – Pulinety srl, l'a.t.i. Coopservice – Euro&Promos ed il consorzio stabile IAS, che venivano tutti ammessi dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

La gara veniva aggiudicata alla a.t.i. Idealservice soc. Cooperativa, Markas Service srl e Minerva s.c.p.a..

Avverso tale aggiudicazione la a.t.i. Dussmann presentava ricorso al Tar Friuli Venezia Giulia deducendo:

- violazione degli artt. 42, 40 e 49 del D. Lgs. n. 163/2006, dell'art. III.2.3. del bando e dell'art. 3, lett. ff) delle Norme di partecipazione ed eccesso di potere sotto molteplici profili: l'a.t.i. Idealservice sarebbe stata ammessa alla gara nonostante non possedesse i prescritti requisiti di capacità tecnica.

Il fatturato mancante era stato messo a disposizione della Idealservice da parte della Copma soc. coop. a r.l., tuttavia le risorse messe a disposizione sarebbero state identificate in modo generico e non erano tali da consentire alla stazione appaltante di verificare il concreto apporto dell'ausiliaria, anche in fase di esecuzione;

- violazione sotto molteplici profili dell'art. 38 co.1 lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006 e del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per la violazione della par condicio e della correttezza dell'azione amministrativa, nonché per difetto di istruttoria.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione intimata.

Si costituiva in giudizio la Idealservice soc. coop., in proprio e quale capogruppo mandataria con Markas Service srl e Minerva s.c.p.a., proponendo altresì ricorso incidentale.

Il Tar, con sentenza in forma semplificata, riteneva che sia il ricorso incidentale, sia il ricorso principale fossero infondati compensando le spese del giudizio.

Avverso la sentenza del Tar ha presentato appello la a.t.i. Dussmann reiterando le censure dedotte in primo grado e chiedendo la riforma della sentenza appellata.

Si è costituita per resistere all'appello la azienda ospedaliera universitaria S. Maria della Misericordia di Udine, Dipartimento servizi condivisi e l'a.t.i. facente capo a Idealservice in proprio e quale mandataria. Quest'ultima ha proposto appello incidentale affidato a due motivi.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 28 novembre 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

1. La Sezione ritiene di esaminare sia il ricorso incidentale che il ricorso principale richiamando preliminarmente i principi desumibili dalla pronuncia della Corte di Giustizia Sez. X in causa C-100/12 del 4 luglio 2013 a mente della quale, a fronte di un ricorso incidentale dell'aggiudicatario e di un ricorso principale, in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

1.1. Prendendo quindi le mosse dall'appello incidentale presentato dalla a.t.i. facente capo a Idealservice si assume che erroneamente la stazione appaltante avrebbe ommesso di escludere dalla gara l'a.t.i. facente capo a Dussmann nonostante la mancata presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 lett. b), c) e m-ter da parte del signor Alessandro Pedone, amministratore di fatto di GSA, titolare del 90% delle quote di AL.Pe Invest, socia di GSA per la percentuale del 65,54 e altresì titolare del 93,12% delle quote di Euro Safety spa, a sua volta socia di GSA per la percentuale del 32,48% e quindi conclusivamente proprietario di fatto dell'86,21% del capitale della GSA.

Secondo la appellante incidentale il signor Pedone eserciterebbe continuativamente, nella società di capitali di cui è azionista di assoluta maggioranza, poteri e funzioni sostanziali di amministrazione, capaci non solo di incidere sull'andamento della gestione complessiva dell'impresa, ma di determinarla e indirizzarla. Di conseguenza, ai fini della partecipazione di GSA alla gara d'appalto, tale società avrebbe dovuto inserire, tra le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice appalti, attinenti il possesso dei requisiti di ordine generale e di idoneità morale, anche quella del signor Pedone.

2.Va premesso che la *lex specialis* di gara all'art. 3 lettera m) prevede una specifica comminatoria di esclusione in caso di mancata allegazione della dichiarazione ai sensi del DPR 445/2000 da parte del soggetto amministratore munito del potere di rappresentanza. La disposizione quindi rinvia sostanzialmente ai contenuti prescrittivi di cui all'art. 38 del d.lgs. n.163.

D'altro canto l'art. 2639 co.1 cod civ., agli effetti della responsabilità civile e penale, indica gli elementi rivelatori dell'amministratore di fatto, equiparando ai soggetti formalmente investiti dei poteri gestori, "chi è tenuto a svolgere la medesima funzione" e che "esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica ed alla funzione".

Su tale disposizione del codice, che mette sullo stesso piano gli amministratori di fatto a quelli di diritto, è incentrata la tesi dell'appellante incidentale che richiama inoltre l'art.45 della direttiva 2004/18/CE che pone l'onere di dichiarazione con riguardo a qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione ed ampi passi della ordinanza del Consiglio di Stato della Quinta Sezione n.01943/2013. di rimessione alla A.P..

2.1. Ritiene tuttavia la Sezione che le argomentazioni dell'appellante incidentale si pongono in contrasto con i principi emergenti dalla recente A.P. n.23 del 2013 che seppure riferita ai procuratori di fatto e agli institori, ha fissato dei criteri validi in generale ai fini della corretta interpretazione dell'articolo 38 del codice degli appalti.

Ed infatti la suddetta sentenza è stata argomentata sulla necessità di chiarezza, *ex ante*, degli oneri adempitivi del concorrente e di effettività del *favor participationis* con l'effetto di privilegiare il dato letterale dell'art.38 co. 1 lett.c) che collega la causa di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di moralità e di affidabilità, degli "amministratori muniti del potere di rappresentanza", oltre che del "direttore tecnico" con ciò intendendo riferirsi *".. ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina codicistica e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale."*

La Plenaria ha poi statuito proprio nella ipotesi in cui nella compagine sociale è rinvenibile un amministratore di fatto ex art. 2639 co.1 cod civ. che si giovi dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza *"stante la non univocità dell'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame..deve intendersi che , qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione "*.

2.2. Nel caso in esame il signor Pedone è responsabile commerciale della GSA e non risulta avere alcun potere di gestione e rappresentanza della GSA. Al riguardo si sottolinea che è principio fondamentale delle società di capitali

la netta separazione tra proprietà e gestione per cui, diversamente da quanto accade nelle società di persone, non vi è necessaria coincidenza tra la figura del socio e quella dell'amministratore: quando al primo non siano attribuiti incarichi gestori dall'assemblea, non gli si può ascrivere la paternità degli atti compiuti dalla società.

Si aggiunga che la figura dell'amministratore di fatto costituisce una ipotesi eccezionale di estensione delle qualifiche soggettive individuate dall'art. 2639 c.c. in funzione esclusiva della attribuzione della responsabilità penale per i reati di bancarotta in ambito societario a quei soggetti che, pur non essendo investiti dalla qualifica di amministratori, abbiano esercitato in modo significativo tale funzione mettendo in atto comportamenti penalmente rilevanti.

Infine non risulta che il signor Pedone abbia riportato condanne penali, comunque, proprio in relazione alla esigenza di certezza e trasparenza stigmatizzata dalla A.P. n.23/2013, al più la stazione appaltante avrebbe dovuto mettere in condizione la a.t.i. di integrare la propria documentazione ma non escludere la stessa dalla gara.

Pertanto il primo motivo dell'appello incidentale, incentrato sulla necessità della esclusione dalla gara dell'a.t.i. facente capo a Dussmann/GSA, non merita accoglimento.

3. Con il secondo motivo l'appellante incidentale sostiene che la a.t.i. facente capo a Dussmann avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché si sarebbe limitata a fornire nella propria offerta una indicazione quantitativa in termini percentuali della quota di riparto delle prestazioni che sarebbero state eseguite dalle due imprese, rispettivamente il 70% da parte della Dussmann e 30% da parte GSA, senza specificare ulteriormente quali particolari servizi sarebbero stati concretamente svolti da ciascuna impresa. Ciò integrerebbe la violazione dell'art. 5 delle norme di partecipazione che dispone la necessità di specificare le parti del servizio da eseguire e dell'art. 37 co.4 del codice dei contratti.

La resistente Dussmann ha sostenuto, di contro, che il disciplinare non richiedeva il dettaglio della ripartizione dei servizi e che l'a.t.i. aveva legittimamente indicato il riparto percentuale posto che le due imprese si sarebbero ripartite in quella misura l'intera esecuzione dell'appalto.

3.1. Il Tar ha richiamato i principi desumibili dalla Adunanza Plenaria n.26 del 2012 secondo cui in materia *“si deve ribadire ..che ai fini del vaglio dell'ottemperanza all'obbligo di specificare le “parti” del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione oggi sancito dall'art. 46.co. 1 bis D. Lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lett d) n. 2 D.L: 13 maggio 2011 n. 70 ...dovrà seguirsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma, senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta. L'obbligo dovrà allora ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese”*.

Poiché per il Tar il principio della tassatività delle cause di esclusione era da applicarsi anche al tempo della vicenda che ne occupa, anche la ripartizione delle prestazioni fra imprese qui associate che ne deriva doveva essere considerata legittima.

3.2. Nell'appello incidentale la Idealservice insiste nella censura stigmatizzando l'errore del primo giudice in quanto la A.P. n.26/2012 aveva chiarito che la scelta tra le due alternative, indicazione in termini descrittivi e indicazione quantitativa, andava fatta tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi e della sostanziale idoneità delle indicazioni a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'identità delle prestazioni che sarebbero state eseguite dalle singole imprese raggruppate.

Il fatto che nella specie i servizi da svolgersi fossero di tipo diverso tra loro e soprattutto dovessero essere svolti in

strutture ospedaliere sparse per tutta la Regione faceva sì che lo scopo della norma potesse essere raggiunto solo attraverso la indicazione in termini descrittivi della ripartizione tra le due consociate delle singole parti dei servizi e non con la indicazione delle rispettive quote percentuali globali.

3.3. La Sezione ritiene che la censura dell'appellante incidentale non meriti accoglimento.

Va in primo luogo condiviso quanto osservato dal primo giudice che l'art. 46 co.1 bis introdotto dal DL 13 maggio 2011 non ha fatto altro che formalizzare un preesistente principio giurisprudenziale da tempo esistente nel nostro ordinamento in ordine alla tassatività delle cause di esclusione.

La questione risulta comunque irrilevante in relazione al tipo di dichiarazione effettuata dalla a.t.i. Dussmann, in linea con il principio di diritto affermato dalla A.P.. Infatti si trattava di un raggruppamento di tipo orizzontale in cui tutte le imprese erano chiamate ad eseguire lo stesso tipo di prestazioni e per le quali la specificazione quantitativa e non descrittiva era idonea a consentire alla stazione appaltante la verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con la entità delle prestazioni di servizio da ognuna di esse assunte.

Peraltro non può definirsi l'oggetto del contratto come complesso per il solo fatto che lo stesso dovesse svolgersi presso numerose strutture potendo lo stesso essere effettuato pro quota in ciascuna delle strutture ospedaliere.

In conclusione la censura è infondata.

4. Respinto quindi l'appello incidentale presentato dalla società Idealservice è necessario esaminare l'appello principale della soc. Dussmann affidato a quattro motivi.

4.1. Con il primo motivo l'a.t.i. Dussmann si duole che sarebbe stato violato l'art. III.2.3. del bando di gara rubricato "capacità tecnica" che richiedeva, come requisito di partecipazione alla gara, l'aver realizzato, nell'ultimo triennio, "un fatturato per servizi analoghi di almeno euro 37.226.812,00" e che "in caso di RTI la capogruppo dovrà possedere il requisito almeno per il 40% e le mandanti almeno per il 20%".

La appellante principale espone che la a.t.i. Idealservice non possedeva tale requisito e che la stessa all'uopo aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento con la società Copma che aveva dichiarato di mettere a disposizione della aggiudicataria il proprio fatturato specifico in servizi analoghi nella misura mancante. Si duole l'appellante principale che né nella dichiarazione di avvalimento, né nel contratto, erano state indicate le risorse specifiche messe a disposizione essendosi la Copma limitata ad indicare la sola porzione di fatturato specifico "per oggetti di gara analoghi ..nell'ultimo triennio" di cui la Idealservice era carente.

Nel contratto di avvalimento era inoltre specificata la estraneità della ausiliaria Copma alla gestione dell'appalto atteso che la Idealservice rendeva esente l'ausiliaria "per tutto quanto concerne la gestione amministrativa dell'appalto", "in quanto assume nei confronti dell'impresa ausiliaria Copma il formale impegno di sostenere essa in via esclusiva ogni conseguenza pregiudizievole che possa derivare dallo svolgimento del servizio e di tenerla indenne da qualsiasi richiesta al riguardo avanzata dalla stazione appaltante con l'intero suo patrimonio".

Conclude l'appellante rilevando che la dichiarazione era insufficiente e che la messa a disposizione del requisito era solo apparente, senza la reale partecipazione pro quota alla gestione dell'appalto e senza che, nel contratto di avvalimento, fosse specificato quali erano le risorse specifiche messe a disposizione, in termini di personale, di macchinari, mezzi e struttura organizzativa, da utilizzarsi in fase di esecuzione a beneficio della stazione appaltante.

4.2. Il Tar, nel respingere la censura, rilevava che il requisito del fatturato solo parzialmente posseduto non consisteva nel difetto di elementi materiali od organizzativi, ma nella mancanza, espressa in termini puramente monetari, sia nel bando che nelle norme di partecipazione, di una quota di fatturato specifico.

4.3. L'appellante critica le conclusioni del Tar rilevando che la funzione che viene assolta dal requisito del possesso di un fatturato specifico nel settore oggetto di gara non attiene alla solidità economica e finanziaria del

concorrente, bensì alla prova di avere eseguito appalti dello stesso genere di quello in affidamento e per importi e quantità tali da assicurare la capacità di svolgere anche quello in affidamento; per la appellante, il requisito in questione “...si tradurrebbe direttamente in requisiti e aspettimateriali e organizzativi perché è proprio ad essi che occorrerebbe fare sostanziale riferimento”.

4.4. La Sezione ritiene che la doglianza non possa trovare accoglimento.

Preliminarmente deve osservarsi che nel corso del procedimento di gara la stazione appaltante aveva risposto al quesito su cosa si intendesse per requisiti di pulizia e sanificazione svolti all'interno di strutture ospedaliere chiarendo: “*si intende il fatturato per servizi analoghi all'oggetto di gara servizio integrato di pulizie sanificazione e servizi accessori, non specificatamente di sole strutture ospedaliere*”.

Come risulta documentalmente la società Idealservice aveva maturato nel triennio precedente alla gara un pregresso fatturato per servizi analoghi in servizi di pulizia, sanificazione e servizi accessori di euro 18.731.794,34, sufficiente a partecipare alla gara, tuttavia, evidentemente a fini tuzioristici e pur dopo il chiarimento rassegnato dalla stazione appaltante, aveva stipulato ed inserito nel plico della propria offerta il contratto di avvalimento con la Copma.

Comunque la Idealservice, possedendo direttamente il requisito di fatturato nella entità richiesta dalla lex specialis e non avendo bisogno di avvalersi del fatturato specifico di Copma in servizi di pulizia in sole struttura ospedaliere, in nessun modo poteva essere esclusa dalla gara.

Ma anche a seguire in ipotesi l'appellante nel ragionamento sviluppato, che la dichiarazione riferita alla ausiliaria Copma fosse insufficiente e che richiedesse una ulteriore documentazione relativa alla concreta specificazione delle risorse materiali e organizzative messe a disposizione, posto che comunque la dichiarazione di avvalimento vi era stata e che si appalesava formalmente conforme a quanto richiesto dalla lex specialis, la stazione appaltante al più avrebbe dovuto attivare il potere di soccorso ex art. 46 codice contratti, chiedendo documentazione integrativa e non certo escludere la società dalla gara e ciò nel pieno rispetto della par condicio dei partecipanti, con l'effetto che non si sarebbe potuto escludere la società Idealservice dalla gara per carenza della dichiarazione di avvalimento.

Nel caso in esame tuttavia l'avvalimento attineva la mera messa a disposizione della impresa ausiliata della propria solidità economico e finanziaria in garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, in sostanza la funzione della Copma era limitata ad assicurare alla società Idealservice un partner commerciale con una solidità patrimoniale ed esperienza proporzionale alle prestazioni richieste. Nel contratto di avvalimento infatti veniva previsto che la Copma metteva a disposizione per tutta la durata dell'appalto “*le risorse necessarie di cui la stessa è carente, ossia a fornire il requisito di cui al punto ff) dell'art.3 delle norme di partecipazione, del possesso di un pregresso fatturato specifico per oggetti di gara analoghi realizzato nel triennio antecedente*”. Nel contratto veniva altresì precisato che le parti “*..divengono entrambe responsabili in solido nei confronti della Stazione appaltante in relazione alla prestazione oggetto del contratto*”.

Trattandosi di un requisito di carattere economico finanziario, non si può seguire il ragionamento della appellante principale che arriva alla conclusione che la Copma avrebbe dovuto indicare i requisiti organizzativi e materiali, (mezzi, personale ecc.), per la esecuzione del contratto, con una interpretazione incompatibile con il tenore letterale sia delle norme di partecipazione sia con gli sviluppi che nell'ordinamento comunitario e nazionale ha raggiunto l'istituto dell'avvalimento, ammissibile per i più disparati settori con esclusione dei soli requisiti di carattere generale e soggettivi relativi alla situazione personale del concorrente, alla sua affidabilità morale e professionale (cfr. sull'avvalimento per fatturato specifico, Cons. Stato, Sez. III, 15.11.2011 n.6040).

In conclusione il primo motivo dell'appello principale non merita accoglimento.

5. Nel secondo motivo di appello l'a.t.i. Dussmann, dopo avere richiamato le norme di partecipazione che

richiedevano a pena di esclusione che i concorrenti dichiarassero il possesso dei requisiti di ordine generale (art.3 punti l e m) e che tali dichiarazioni dovessero essere rese individualmente anche dal “*direttore tecnico, socio di s.n.c., soci accomandatari di s.a.s., degli amministratori muniti di rappresentanza o figura dell’istitutore*” ha sostenuto che tali dichiarazioni non erano state rese da alcuni soggetti dell’ Idealservice (Stefano De Paoli) e dell’ausiliaria Copma (Paolo Villani).

5.1. Anche tale doglianza non merita accoglimento.

Ed infatti i soggetti menzionati da Dussmann come onerati dell’obbligo di dichiarazione risultano, in realtà, non amministratori con poteri di rappresentanza, ma semplici procuratori speciali, incaricati (solo) di presenziare alle operazioni di gara, pertanto non onerati, essendo privi di poteri decisionali, di rendere la contestata dichiarazione.

Per quanto concerne la posizione del signor Stefano De Paoli la Idealservice aveva correttamente inserito, nei documenti di partecipazione, la dichiarazione ex art. 38 co 1 lett.c) codice appalti nella sua veste di Direttore tecnico cessato dalla carica.

Quanto alla posizione del signor Villani, dalla visura storica della società Copma emergeva che lo stesso non poteva qualificarsi come istitutore essendo privo di poteri di rappresentanza di vasta proporzione (sul punto cfr. la sentenza di questo Consiglio di Stato, Sez. III n.136 del 14.1.2013 che facendo riferimento proprio alla posizione del signor Villani, quale procuratore speciale della Copma, in una vicenda analoga a quella odierna, ha ritenuto che lo stesso non fosse tenuto a rendere la dichiarazione ex art. 38 del codice appalti).

6. Con un ulteriore motivo di impugnazione l’a.t.i. Dussmann reitera la censura di difetto di istruttoria della stazione appaltante che non avrebbe valutato le condanne penali riportate dal signor Enzo Gasparutti, presidente di Idealservice e da altri amministratori cessati dalla carica; in particolare tra essi vi sarebbero alcuni che avevano riportato condanne incidenti sulla moralità professionale con riferimento alle prestazioni richieste per l’appalto in esame rilevanti sotto i profili di cui all’art. 38 lett. c) o sotto quelli di cui all’art. 38 lett. e) del codice degli appalti.

6.1. Il Tar premetteva che la stazione appaltante aveva effettuato la istruttoria del caso con un sistematico controllo di tutti i numerosi soggetti dell’a.t.i. Idealservice che in astratto avrebbero potuto avere poteri gestori, interpellando numerosi uffici giudiziari per accertare le eventuali pendenze penali a loro carico. Quindi il primo giudice richiamava la giurisprudenza secondo cui la stazione appaltante che non ritenga il precedente penale incisivo sulla moralità professionale, non è tenuta ad esplicitare analiticamente le ragioni di tale convincimento che può risultare anche nei fatti con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre deve motivare espressamente la valutazione di gravità dello stesso.

Il Tar sottolineava inoltre che all’evidenza non potevano costituire reati gravi, incidenti sulla moralità professionale:

- il decreto penale di condanna a € 1.000 di ammenda al Presidente della Idealservice, inflitto in tempo risalente (otto anni) per violazione delle disposizioni in materia di tutela delle acque dall’inquinamento;
- l’applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. per il procuratore cessato Peverè, avvenuta undici anni prima, per la pena pecuniaria di € 6584,82 per violazione delle norme sulla tutela delle acque dall’inquinamento;
- il decreto penale di condanna alla pena pecuniaria di € 1140 per lesioni colpose sul luogo lavoro;
- i decreti penali di condanna a pene pecuniarie per reati edilizi ed in materia di rifiuti riportati dall’amministratore cessato di una società incorporata.

6.2. La Sezione ritiene che la censura non meriti accoglimento e che le argomentazioni del Tar debbano essere confermate.

E’ sufficiente richiamare la giurisprudenza fatta propria in più occasioni da questo Consiglio di Stato che la motivazione di non gravità del reato può risultare anche implicitamente ossia, espletata la istruttoria, con

l'ammissione alla gara della impresa o con l'aggiudicazione, mentre è semmai la valutazione di gravità e la conseguente esclusione a richiedere l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (Cons. Stato III, 11.3.2011 n.1583; V, 30.6.2011 n.3924).

7. Con un ulteriore motivo di appello la ricorrente imputa alla stazione appaltante la mancata (o tardiva) verifica delle dichiarazioni sostitutive rese dall'a.t.i. aggiudicataria ex art. 38 del codice contratti e alla regolarità del DURC.

7.1. Anche tale motivo è infondato.

Risulta che prima della stipula del contratto con l'a.t.i. Idealservice la stazione appaltante abbia acquisito i certificati del casellario giudiziale riscontrando la corrispondenza delle loro risultanze alle dichiarazioni sostitutive presentate in gara.

Per quanto riguarda la verifica della regolarità contributiva dell'a.t.i. aggiudicataria, tutti i Durc sono stati raccolti dalla stazione appaltante e dalle verifiche raccolte non è emerso alcun motivo ostativo alle stipula del contratto.

8. In conclusione la sentenza del Tar deve essere confermata essendo infondati sia l'appello incidentale dell'a.t.i. facente capo a Idealservice, sia l'appello principale dell'a.t.i. facente capo a Dussmann con la conseguenza che è legittima la aggiudicazione dell'appalto alla a.t.i. Idealservice, e la sottoscrizione con essa del relativo contratto.

9. .Spese ed onorari del grado, per la peculiarità della fattispecie, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e l'appello incidentale come in epigrafe proposti e per l'effetto conferma la sentenza del appellata. Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/12/2013

IL SEGRETARIO

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

