

N. 05693/2012REG.PROV.COLL.
N. 10090/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10090 del 2011, proposto da:

Fulginart Società Cooperativa, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. costituendo con il Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale, che a sua volta agisce in proprio e quale mandante di detto R.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Fausto Buccellato e Stefano Goretti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Angelico, n. 45;

contro

Società Cooperativa Sistema Museo, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Civita Servizi S.r.l., Silvana Editoriale S.p.A. e Mondadori Electa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Carrozze, n. 3;

Comune di Foligno, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma,

parziale, della sentenza del T.A.R. Umbria – Perugia, Sezione I, n. 389/2011, resa tra le parti, nella parte in cui, respinto il ricorso introduttivo del giudizio, ha accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla Società cooperativa Sistema Museo contro gli atti di aggiudicazione dell'appalto dei «Servizi culturali, turistici e sale conferenze CIG 0551120E98» al RTI “Fulginart Società Cooperativa (capogruppo) e Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale;

nonché per la conferma di tutte le altre statuizioni contenute in sentenza

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Sistema Museo, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Civita Servizi S.r.l., Silvana Editoriale S.p.A. e Mondadori Electa ;

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

Vista la propria ordinanza 24 gennaio 2012 n. 331;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Goretti e Garzuglia, per delega dell'Avvocato Ranalli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Fulginart Società Cooperativa, con sede in Foligno, ed il Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale (che hanno partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Foligno per l'affidamento in appalto dei «Servizi culturali, turistici e sale conferenze CIG 0551120E98», quali, rispettivamente mandataria e mandante del costituendo R.T.I., risultato secondo classificato) hanno chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso introduttivo del giudizio e sono stati

accolti i motivi aggiunti proposti dalla Società Cooperativa Sistema Museo, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Civita Servizi s.r.l., Silvana Editoriale s.p.a. e Mondadori Electa, per l'annullamento: 1) della Determinazione Dirigenziale del Comune di Foligno n 1756 del 14 dicembre 2010, con la quale è stato aggiudicato, in via definitiva, detto appalto al RTI "Fulginart Società Cooperativa (capogruppo) e Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale"; 2) di tutti i verbali di gara concernenti l'appalto de quo; 3) del conseguente contratto (se esistente); 4) di ogni altro atto connesso (in particolare: 4.1) del Capitolato Speciale relativo all'appalto in parte qua, 4.2) del bando di gara datato 11.11.2010, in parte qua, 4.3) del bando di gara relativo all'appalto datato 14 10 2010, nei limiti indicati al capo 4.2, 4.4) della Determinazione Dirigenziale del Comune suddetto n. 1674 del 29 novembre 2010, con la quale è stata nominata la Commissione giudicatrice della gara, 4.5) delle lettere del Comune di Foligno prot. n. 0066645 del 29 dicembre 2010 e del 24 novembre 2010). Con l'appello è stato anche chiesto l'accertamento e la dichiarazione del diritto della Società Cooperativa Sistema Museo, in proprio e nella sua qualità di mandataria del R.T.I. citato, di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto de quo, con conseguente reintegrazione in forma specifica; la dichiarazione di inefficacia del contratto (se) stipulato dal Comune di Foligno, con conseguente accertamento e dichiarazione del diritto a subentrare nel contratto con effetti retroattivi (dal 1° gennaio 2011), o, in via subordinata, dal momento del dispositivo. Infine, in via subordinata, è stato chiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- "Errores in iudicando". Irragionevolezza ed illogicità della motivazione. Nel caso di specie il Vice Presidente della Cooperativa sociale mandante del RTI aggiudicatario non era tenuto a rendere la dichiarazione sul c.d.

pregiudizio penale in quanto non titolare di un effettivo potere di rappresentanza.

Non è condivisibile il percorso argomentativo seguito dal Tribunale secondo cui, poiché l'art. 32 dello statuto di detta mandante comportava la generale attribuzione del potere rappresentativo al vice Presidente (senza bisogno di alcuna intermediazione o controllo), era necessaria la presentazione di detta dichiarazione.

I poteri del Presidente erano esercitabili dal vice Presidente solo in caso di assenza o impedimento di quello, quindi erano potenziali ed ipotetici e non effettivi, sicché non sussisteva alcun obbligo di allegare la dichiarazione di detto vice Presidente, essendo l'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 norma di natura eccezionale ed insuscettibile di interpretazione analogica.

Il Giudice di prime cure ha accolto anche la censura relativa alla mancata indicazione del vice presidente tra i legali rappresentanti, muovendo da una errata interpretazione della legge di gara.

2.- “Errores in iudicando”. Irragionevolezza ed illogicità della motivazione. Applicabilità al caso di specie del c.d. falso innocuo.

Anche se il vice Presidente in questione fosse stato tenuto ad effettuare la dichiarazione in questione, comunque l'aggiudicazione disposta in favore della appellante non sarebbe illegittima, atteso che esso era ed è in possesso del requisito che avrebbe dovuto attestare con la dichiarazione sul c.d. pregiudizio penale ed il caso di specie deve essere quindi ricondotto ad una ipotesi di c.d. falso innocuo, non costituente causa di esclusione dalle gare.

Comunque, anche se il bando avesse previsto a pena di esclusione la dichiarazione sul pregiudizio penale, non sarebbe preclusa l'applicazione al caso di specie della tesi sostanzialistica del falso innocuo, atteso che solo la sussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 comporta l'esclusione ope legis.

3.- “Errores in iudicando”. Irragionevolezza ed illogicità della motivazione.

Una corretta interpretazione del bando porta ad escludere che il Vice Presidente della cooperativa sociale mandante del RTI aggiudicatario fosse tenuto a rendere la dichiarazione sul c.d. pregiudizio penale, in quanto tale dichiarazione era prescritta a pena di esclusione per “tutti gli amministratori” solo per l’ipotesi in cui vi fosse più di un soggetto titolare di tale carica e non riguardava anche i possibili soggetti vicari.

Comunque al riguardo il bando faceva riferimento alle sole società e/o consorzi, ma non alle società cooperative sociali, che trovano fonte e regolamentazione nella disciplina speciale di cui alla l. n. 381/1991 e si distinguono dalle società, anche cooperative, per lo scopo, per funzioni e per profilo organizzativo.

Con atto depositato il 18.1.2012 si è costituita in giudizio la Società Cooperativa Sistema Museo, che ha eccepito la inammissibilità e la improcedibilità dell’appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza.

Con ordinanza 24 gennaio 2012 n. 331 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata, considerato, tra l’altro, che, sia pure ad un primo esame proprio della fase cautelare, non sembrava assumere rilievo al circostanza che i poteri di rappresentanza possano solo eventualmente essere esercitati, dovendo farsi riferimento alla titolarità del potere e non al suo concreto esercizio.

Con memoria depositata il 20.1.2012 parte resistente, precisato che il bando prevedeva la presentazione di detta dichiarazione per tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza per ogni tipo di società o consorzio e che non assume rilievo la circostanza che i poteri possano essere esercitati in posizione vicaria, contando la titolarità del potere e non il suo concreto esercizio, ha asserito che la dichiarazione era richiesta a pena di esclusione, con inapplicabilità del principio del falso innocuo, ha eccepito la inammissibilità del terzo motivo di appello, essendo la censura stata formulata per la prima volta in secondo grado, ed ha dedotto la irrilevanza

del fatto che l'appellante sia una cooperativa sociale.

Con memoria depositata il 26.4.2010 la Società cooperativa Sistema Museo ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 27.4.2012 l'appellante ha evidenziato che, dopo che alla parte controinteressata è stata affidata la gestione dei servizi di cui trattasi a seguito della emanazione della appellata sentenza, è stato ad essa comunicato l'avvio del procedimento di annullamento dell'affidamento stesso, a seguito di accertamento di più irregolarità; a tanto conseguirebbe sopravvenienza di interesse e di legittimazione del RTI Sistema Museo al ricorso di primo grado ed improcedibilità del ricorso, non essendo persistite per tutto il giudizio le condizioni dell'azione. Per il resto ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 4.5.2012 l'appellante ha ribadito tesi (in particolare deducendo la fondatezza del terzo motivo di appello) e richieste.

Con memoria depositata il 4.5.2012 la società controinteressata ha dedotto la inammissibilità della questione dell'avvio di detto procedimento perché nuova e formulata con semplice memoria, nonché perché non introdotta con ricorso incidentale in primo grado e ne ha comunque evidenziata la irrilevanza perché oggetto dell'appello è l'esclusione della Fulginart, che non ha quindi interesse in ordine alle sorti della procedura concorsuale, con difetto di legittimazione ad addurre questioni successive riguardanti l'andamento della gara (peraltro in itinere).

Alla pubblica udienza del 15.5.2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da Fulginart Società Cooperativa e dal Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, nella parte in cui, respinto il ricorso introduttivo del giudizio, è stato accolto il ricorso

per motivi aggiunti proposto dalla Società cooperativa Sistema Museo contro gli atti di aggiudicazione dell'appalto di «Servizi culturali, turistici e sale conferenze CIG 0551120E98» al RTI “Fulginart Società Cooperativa (capogruppo) e Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale.

2.- Innanzi tutto deve essere esaminata la eccezione formulata nel corso del giudizio dalla parte appellante sul rilievo che alla controinteressata, dopo che le è stata affidata la gestione dei servizi di cui trattasi a seguito della emanazione della appellata sentenza, è stato comunicato l'avvio del procedimento di annullamento dell'affidamento stesso a seguito di accertamento di più irregolarità; a tanto conseguirebbe sopravvenienza di interesse e di legittimazione del R.T.I. Sistema Museo al ricorso di primo grado ed improcedibilità del ricorso, in quanto, non avendo esso R.T.I. i requisiti generali e speciali dichiarati in sede di partecipazione e non avendo reso dichiarazioni previste a pena di esclusione, le condizioni dell'azione non sarebbero persistite per tutto il giudizio, sicché il giudizio non potrebbe più produrre alcun risultato utile per esso R.T.I.

2.1.- La Sezione deve al riguardo ritenere la dedotta eccezione inammissibile e la circostanza irrilevante sulla sorte del presente giudizio atteso che, a prescindere dal divieto, ex art. 104, comma 1, del c.p.a., di formulazione di nuove domande ed eccezioni non rilevabili d'ufficio in appello, il giudizio in esame verte sulla legittimità dell'annullamento della aggiudicazione, in via definitiva, dell'appalto di cui trattasi al RTI “Fulginart Società Cooperativa (capogruppo) e Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale” e non sulla fase successiva della esecuzione dell'appalto da parte del R.T.I. Società Cooperativa Sistema Museo, cui la stazione appaltante ha affidato la gestione dei servizi di cui trattasi a seguito della emanazione della appellata sentenza.

La eccezione avrebbe potuto assumere rilievo solo se proposta in primo grado con ricorso incidentale, essendo inapplicabile l'art. 104, comma 3, del

c.p.a. sia per essere stata formulata la eccezione non con motivi aggiunti, ma con memoria non notificata, e sia per non riguardare il nuovo evento documentazione non prodotta nel giudizio di primo grado dalle altre parti da cui emergano vizi degli atti impugnati.

Del resto, se per un verso, non può escludersi che all'esito del procedimento avviato l'amministrazione possa confermare l'affidamento in questione, d'altra parte anche il nuovo provvedimento di conferma dell'affidamento è da considerarsi autonomamente impugnabile anche dalla attuale appellante, sussistendone le condizioni legittimanti.

3.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il T.A.R. ha aderito alla tesi della parte ricorrente in primo grado secondo cui il R.T.I. appellante avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché il vice presidente del Centro Servizi Foligno società coop. sociale, mandante, non aveva reso la dichiarazione sul pregiudizio penale, come invece dovuto, essendo esso titolare del potere di rappresentanza.

Ma non sarebbe condivisibile il percorso argomentativo seguito dal Tribunale, che, premesso che dall'art. 32 dello statuto di detta mandante si evinceva che in caso di assenza o di impedimento del Presidente tutti i poteri a lui attribuiti spettavano al vice Presidente (che era fornito quindi di potere di rappresentanza, seppure in via precaria), ha ritenuto che comunque si tratterebbe di una ipotesi di generale attribuzione del potere rappresentativo al vice Presidente, non necessitante di alcuna intermediazione o controllo, con necessità quindi della presentazione di detta dichiarazione.

Tuttavia, deduce la parte appellante che i poteri del Presidente spettavano al vice Presidente solo in caso di assenza o impedimento di quello, quindi erano potenziali ed ipotetici e non effettivi, perché subordinati all'effettivo accertamento del verificarsi di una delle ipotesi previste dallo statuto, sicché non sarebbe sussistito alcun obbligo di allegare la dichiarazione del vice

Presidente.

Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che l'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza, senza possibilità di estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti che amministratori non sono, trattandosi di norma che limita la partecipazione alle gare ed è quindi di natura eccezionale ed insuscettibile di interpretazione analogica.

Laddove detto art. 38 fa riferimento a soggetti muniti del potere di rappresentanza dovrebbe quindi essere interpretato nel senso che essi siano titolari di effettivi poteri di rappresentanza.

La giurisprudenza citata in sentenza (asserente che conta in concreto la titolarità del potere e non il suo esercizio) è riferita ad un soggetto vicario che lo statuto abilitava a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il titolare della rappresentanza, senza intermediazione o investitura ulteriore, mentre nel caso di specie il potere del vice Presidente non era assoluto ed illimitato ma circoscritto ad ipotesi non attestabili solo in base alla sottoscrizione di atti da parte sua, sicché, essendo i suoi poteri solo potenziali, non era tenuto ad effettuare la dichiarazione in questione.

3.1.- La Sezione non condivide le censure in esame perché, secondo altra condivisa giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1186), le dichiarazioni di cui all'art. 38, del d.lgs. n. 163/2006 (delle quali nel caso di specie era prevista la allegazione nella busta A ai punti C.1 e C.2 del bando di gara) devono essere rese con riguardo anche al Vice Presidente, in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso.

A diverse conclusioni non può condurre la dedotta tesi che nel caso di specie i poteri vicari fossero da considerare potenziali ed ipotetici e non effettivi, perché subordinati all'effettivo accertamento del verificarsi di una

delle ipotesi previste dallo statuto, perché, secondo la lettera e la ratio della norma, ciò che rileva ai fini della configurazione dell'obbligo di dichiarazione è la titolarità del potere, e non il suo concreto esercizio, anche perché lo statuto della mandante del RTI aggiudicatario ora appellante (Centro Servizi Foligno società cooperativa sociale), che sostanzialmente, all'art. 32, abilita in via generale il Vice Presidente a sostituire il Presidente in qualsiasi momento e per qualsiasi atto (in caso di sua assenza o impedimento), non prevede la necessità di alcuna ulteriore autorizzazione o ratifica, ovvero controlli sull'esercizio del potere vicario da parte del Vice Presidente.

4.- Con il motivo in esame è stato anche censurato l'accoglimento da parte del Giudice di prime cure della censura relativa alla mancata indicazione del Vice Presidente tra i legali rappresentanti, dovuto ad una errata interpretazione della legge di gara, dal momento che il bando, alla lettera c), non prevedeva alcun obbligo di indicare i legali rappresentanti della società, né l'omissione era sanzionata con la esclusione dalla gara.

Poiché le cause di esclusione dalle procedure concorsuali sono tassative e quindi inapplicabili in via analogica dovrebbe escludersi che l'omissione in questione potesse comportare l'esclusione dalla gara, anche perché, ammesso che la "lex specialis" potesse essere interpretata nel senso che sussisteva l'obbligo di indicazione dei legali rappresentanti della società, esso non poteva che sussistere con riguardo ai rappresentanti effettivi e non ai vicari

4.1.- Osserva la Sezione che in base al punto C.2 del bando e allo schema sub 3 allegato al Capitolato speciale doveva essere redatta la tabella degli amministratori delle imprese partecipanti alla procedura aperta di cui trattasi (nel caso di specie il Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale) tra i quali doveva essere indicato anche il Vice Presidente, che, per i principi in precedenza espressi, doveva essere considerato a tutti gli effetti

amministratore della società.

Il T.A.R. non ha affermato che tanto potesse comportare di per sé la esclusione dalla gara di detto Centro Servizi, ma solo che la mancanza di detta indicazione costituiva la prova che la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 che essa cooperativa avrebbe dovuto allegare non era stata resa neppure indirettamente.

La censura esaminata non è quindi suscettibile di positiva valutazione.

5.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che, anche se il vice presidente in questione fosse stato tenuto ad effettuare la dichiarazione in questione, comunque l'aggiudicazione disposta in favore della appellante non sarebbe illegittima, atteso che esso era ed è in possesso del requisito che avrebbe dovuto attestare con la dichiarazione sul c.d. pregiudizio penale.

Esso vice Presidente, infatti, come risulta dal certificato del casellario giudiziario e dai carichi pendenti depositati in primo grado non aveva mai riportato alcuna sentenza di condanna passata in giudicato o decreto penale divenuto irrevocabile, o sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità incidenti sulla moralità professionale.

Il caso di specie dovrebbe essere quindi ricondotto ad una ipotesi di c.d. falso innocuo, non costituente causa di esclusione dalle gare.

Non potrebbe essere condivisa la tesi del T.A.R. che il ricorso a tale argomentazione è precluso dalla circostanza che la dichiarazione degli amministratori muniti del potere di rappresentanza era prevista a pena di esclusione dalla lex specialis, con impossibilità di integrazioni documentali, atteso che il bando non era chiaro sul punto. Infatti, nel richiedere a pena di esclusione l'alligazione, nella busta A, della dichiarazione resa da tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, essa sembrava riferirsi a soggetti che ordinariamente e fisiologicamente svolgevano tale attività

perché organi effettivi, non essendo fatto riferimento, né espressamente, né implicitamente, agli amministratori vicari, con potere di rappresentanza solo potenziale.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione escluderebbe una estensione analogica della prescrizione, con prevalenza del principio del “favor participationis”.

Comunque anche se il bando avesse previsto a pena di esclusione la dichiarazione sul pregiudizio penale non sarebbe preclusa l'applicazione al caso di specie della tesi sostanzialistica del falso innocuo, atteso che solo la sussistenza in concreto delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 comporta l'esclusione ope legis, perché nel caso contrario l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, potendo l'esclusione essere determinata solo dal mancato possesso del requisito e non dalla mancata dichiarazione al riguardo.

Anche nel caso di prescrizioni di gara che comportino l'esclusione come conseguenza di dichiarazioni sui requisiti di partecipazione esse andrebbero interpretate nel senso che l'esclusione può essere comminata solo a fronte di una dichiarazione inveritiera e non anche omessa.

5.1.- Osserva in proposito la Sezione che la presentazione della dichiarazione in questione era espressamente prevista dal punto C.2 del bando, non impugnato, e che pacificamente era estesa anche al vice Presidente.

Il caso di specie, in cui essa dichiarazione è stata del tutto omessa da parte di esso vice Presidente, non è riconducibile alle ipotesi di dichiarazione mendace o inesatta, e non si pone il problema di valutazione della eventuale "innocuità" del falso, né di valutazione della gravità delle condanne (affidata o meno che sia al concorrente, che, non ritenendole gravi, abbia omesso di dichiararle).

Inoltre la sanzione della esclusione dalla gara non deriva dall'art. 38 del

Codice dei contratti e non occorre comunque porsi il problema della innocuità o meno della omissione di cui trattasi, in quanto la mancanza della dichiarazione sostitutiva è espressamente prevista dalla “lex specialis” come causa di esclusione.

Aggiungasi che la Sezione ritiene comunque di condividere il recente indirizzo giurisprudenziale formatosi riguardo al c.d. “falso innocuo” (Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), secondo il quale esso può essere considerato tale solo se 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 – secondo i principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità - la celere decisione sull'ammissione dei soggetti giuridici alla gara.

Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (anche perché solo incompleta) è da considerare 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 materia di appalti occorre invero 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 art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 è quindi sempre utile perché l'Amministrazione sulla base di quella decide in merito alla legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere "sante" ricorrendo alla categoria del falso innocuo.

Le censure in esame non possono quindi essere condivise.

6.- Con il terzo motivo di appello è stato dedotto che una corretta interpretazione del bando porterebbe ad escludere che il Vice Presidente

della cooperativa sociale mandante del RTI aggiudicatario fosse tenuto a rendere la dichiarazione sul c.d. pregiudizio penale in quanto tale dichiarazione era prescritta a pena di esclusione per “tutti gli amministratori” solo per l’ipotesi in cui vi fosse più di un soggetto titolare di tale carica e non riguardava anche i possibili soggetti vicari.

Comunque al riguardo il bando faceva riferimento alle sole società e/o consorzi, ma non alle società cooperative sociali, che trovano fonte e regolamentazione nella disciplina speciale di cui alla l. n. 381/1991 e si distinguono dalle società, anche cooperative, per lo scopo e sono diverse per funzioni e profilo organizzativo.

In conclusione, stante la ambigua formulazione del bando, in applicazione del “favor participationis” e della tutela dell’affidamento, la dichiarazione non avrebbe dovuto essere resa dagli amministratori vicari di società cooperativa sociale.

Diversamente opinando sussisterebbe contrasto del bando con l’art. 46, comma 1 bis del d. lgs. n. 163/2006, perché sarebbe stata concretizzata una causa di esclusione ulteriore e diversa da quelle previste per legge.

Quindi la impugnata sentenza sarebbe da riformare anche nella parte in cui ha accolto il secondo motivo di censura spiegato con l’atto di motivi aggiunti.

6.1.- La Sezione (a prescindere dalla eccepita inammissibilità del motivo, per essere la censura stata formulata per la prima volta in secondo grado) considera la censura non fondata, atteso che la lettera C del bando prevedeva l’allegazione nella busta A, tra l’altro, della dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall’art. 38, comma 1, lettere b), c) e m ter) dell’art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, da parte di tutti i soci in caso di società in nome collettivo, di tutti i soci accomandatari, in caso di società in accomandita semplice, e di “Tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza per ogni altro tipo di società o di consorzio”.

Detta indicazione (che non può, per le ragioni in precedenza esposte, essere riferita come assumono le parti appellanti, all'ipotesi in cui vi fosse più di un soggetto titolare di tale carica e non ai possibili soggetti vicari) non è generica o approssimativa, ma è da intendersi esplicitamente riferita ad amministratori muniti di potere di rappresentanza, anche vicari in quanto titolari del potere, di ogni altro tipo di società, dalle quali non è dato escludere, stante la generalità della previsione, le società cooperative sociali solo perché diverso è lo scopo e diverse sono le funzioni e profilo organizzativo.

7.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

8.- Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo sull'appello segnato in epigrafe, lo respinge l'appello.

Pone in solido a carico degli appellanti, Fulginart Società Cooperativa e Centro Servizi Foligno Società Cooperativa Sociale, con ripartizione interna in parti uguali, le spese e gli onorari del presente grado, liquidate a favore della Società Cooperativa Sistema Museo, nella complessiva misura di € 4.000,00 (quattromila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2012

IL SEGRETARIO

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