

N. 03550/2013REG.PROV.COLL.
N. 01071/2013 REG.RIC.



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 1071 del 2013, proposto da:

Cooperativa Sociale Quadrifoglio s.c.-Onlus, in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., e Centro Fisioterapico Palminteri s.a.s., in proprio e quale mandante di costituendo r.t.i., rappresentate e difese dagli avv. Gualtiero Pittalis e Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio eletto presso lo studio di Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Comune di Livorno, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Macchia, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti di

Consorzio Sociale Costa Toscana;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 01762/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione

della residenza sanitaria assistenziale “Passaponti”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Livorno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Mormandi, su delega di Pittalis, e Quinto, su delega di Macchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Cooperativa sociale Quadrifoglio s.c.–Onlus ed il Centro fisioterapico Palminteri s.a.s., richiedenti in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese la partecipazione alla gara con modalità telematica indetta dal Comune di Livorno per l'affidamento della gestione della residenza sanitaria assistenziale “Passaponti”, ne sono state escluse per non aver allegato all'offerta il documento concernente le dichiarazioni di cui all'art. 38, co. 1, lett. b), c) ed *m-ter*), del d.lgs. n. 163 del 2006 per il legale rappresentante del Centro Palminteri.

Esse hanno impugnato l'esclusione davanti al TAR per la Toscana, ma il loro ricorso è stato respinto con sentenza 6 novembre 2012 n. 1762 della sezione prima, non risultante notificata.

Di qui l'appello in epigrafe, inoltrato per la notifica il 6 febbraio 2013 e depositato il 14 seguente, col quale l'Onlus ed il Centro Palminteri hanno premesso in fatto che le dichiarazioni sono state rese, mediante compilazione digitale del relativo modello entro il termine di bando, ma che per mero errore materiale detto modello non era stato digitalmente inserito nell'apposito spazio, che nei confronti del legale rappresentante del Centro Palminteri non sussistono le cause di esclusione di cui innanzi e che la

successiva aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio sociale Costa Toscana è stata da loro impugnata davanti al TAR per la Toscana con ricorso notificato il 21 gennaio 2013.

In diritto, hanno analiticamente contestato le argomentazioni esposte dal primo giudice e ribadito le doglianze a suo tempo dedotte.

Il Comune di Livorno si è costituito in giudizio ed in memoria ha eccepito l'improcedibilità/inammissibilità dell'appello per omessa dimostrazione della possibile conclusione della procedura con l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. appellante, a seguito di provvedimento cautelare del Consiglio di Stato ammessa con riserva, tenuto anche conto che difficilmente avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione stante il suo posizionamento al terzo posto in sede di valutazione dell'offerta tecnica. Nel merito, ha svolto controdeduzioni.

Le appellanti hanno replicato ed insistito nelle proprie tesi e richieste.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato introitato in decisione.

Ciò posto, va ricordato che il primo giudice, pur dando atto che la *lex specialis* di gara non statuiva espressamente l'esclusione per l'inadempimento della previsione relativa all'allegazione delle dichiarazioni in parola, ha affermato che il dovere di soccorso concerne il completamento di documenti e dichiarazioni che siano stati presentati e non è quindi estensibile alla loro mancata allegazione, pena altrimenti la violazione della *par condicio* e la trasformazione dei termini perentori di legge in ordinatori; il punto di equilibrio tra tali esigenze e quelle di massima partecipazione è stato individuato dal legislatore appunto nel consentire l'integrazione delle dichiarazioni già presentate e precludere la produzione a posteriori di quelle non allegate, sicché nella specie l'inosservanza, pur non sanzionata espressamente con l'esclusione, la implica in quanto risponde all'interesse della stazione appaltante alla speditezza nello svolgimento della gara ed alla tutela della parità di trattamento tra i concorrenti.

In estrema sintesi, le appellanti, che evidenziano di non aver mai inteso negare l'obbligatorietà della predetta produzione documentale nei termini indicati nel bando né l'omessa allegazione iniziale, oppongono alle argomentazioni appena riferite la tesi c.d. "sostanzialista", valorizzando l'effettivo possesso del requisito di cui si discute e sostenendo la possibilità di regolarizzazione/integrazione documentale a seguito dell'esercizio da parte della stazione appaltante del potere/dovere di soccorso, in mancanza di univoca sanzione e di effettivo interesse pubblico all'espulsione, nonché in applicazione dei principi di stretta interpretazione delle cause di esclusione, di autolimitazione della *lex specialis* di gara e del *favor participationis*.

Com'è noto, la valutazione sostanzialistica delle cause di esclusione, che si ricollega alla tesi del c.d. "falso innocuo", si basa sulla considerazione che il primo comma dell'art. 38 del d.lgs n. 163 del 2006 prevede l'esclusione dalla gara in presenza del dato sostanziale del mancato possesso dei prescritti requisiti, mentre il secondo comma non stabilisce analoga sanzione nell'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporterebbe *ope legis* l'effetto espulsivo; effetto che, del resto, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE contempla solo nell'ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non ravvisabile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2010 n. 1017 e 4 agosto 2009 n. 4906; sez. V, 13 febbraio 2009 n. 829).

La Sezione ha però avuto modo di esprimere l'avviso di segno contrario, pienamente condiviso dal Collegio e puntualmente applicabile alla fattispecie in esame.

In particolare, è stato osservato che nelle procedure di evidenza pubblica la

completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o, come nel caso qui in trattazione, incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara. Alla stregua di ciò, è stato affermato che "nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione", onde "la dichiarazione *ex* articolo 38 (...) è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate (...)" (cfr. Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471).

In altri termini, anche in assenza di comminatoria nella *lex specialis* di gara, stante l'eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (cfr. Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2011 n. 6569).

In proposito, va ricordato che il potere/dovere di soccorso deve ritenersi esercitabile non in presenza di una chiara previsione di legge, quale deve ritenersi il detto art. 38, co. 1, bensì quando le prescrizioni formali siano

state formulate in modo impreciso ed equivoco (cfr. Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011 n. 78).

Né si perviene ad un diverso esito in base alla nuova formulazione dell'art. 46 dello stesso codice (co. 1 bis introdotto dall'art. 4 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70), che esplicita la volontà del legislatore di ampliare le ipotesi in cui è possibile la regolarizzazione, quindi di ridurre quelle di esclusione, ma non opera per ogni mancanza, specie se ciò si traduca in un'alterazione della regola della *parcondicio*; in particolare, non vale ad evitare l'esclusione qualora si tratti di incompletezza o falsità delle dichiarazioni prescritte dal ripetuto art. 38, co 1 e 2, poiché la norma dev'essere letta nel senso che l'esclusione dalla gara va disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente sia nell'ipotesi in cui la legge imponga "adempimenti doverosi" o introduca, come nella specie, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In conclusione, nel caso in esame nessuno spazio può avere il potere/dovere di soccorso (cfr. citt. Cons. St., sez. III, n. 1471 del 2012 e n. 6569 del 2011, ma anche la recentissima 5 aprile 2013 n. 1894).

Pertanto l'appello non può che essere respinto, senza che perciò occorra trattare le eccezioni in rito sollevate da controparte.

Tuttavia, nella peculiarità della procedura telematica, della quale nella specie era imposto l'uso e che avrebbe determinato l'omissione di cui innanzi da parte delle attuali appellanti, si ravvisano ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2013

con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2013

IL SEGRETARIO

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