

N. 04543/2014REG.PROV.COLL.  
N. 03863/2014 REG.RIC.  
N. 04547/2014 REG.RIC.



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 Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

1- sul ricorso numero di registro generale 3863 del 2014, proposto da:  
NIKE srl, con sede in Teramo, in proprio e quale mandataria  
costituenda ATI con mandante GESAN srl, con sede in San Nicola  
La Strada (CE), rappresentati e difesi dagli avv. Pietro Referza e Fabio  
Francario, con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Francario in Roma,  
piazza Paganica n. 13;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti, rappresentata  
e difesa dall' avv. Diego De Carolis, con domicilio eletto presso l' avv.  
Salvatore Dettori in Roma, piazza SS.Apostoli n.66;

***nei confronti di***

CNS - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, con sede in  
Bologna, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con

mandante Televita spa, con sede in Trieste, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Francesco Rizzo e Stefano Baccolini, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5; Azienda Sanitaria Locale di Pescara; Azienda Sanitaria Locale di Teramo; Azienda Sanitaria Locale di Avezzano Sulmona L'Aquila;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

G.P.I. spa, con sede in Trento, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Corinna Fedeli e Dario Capotorto, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

sul ricorso numero di registro generale 4547 del 2014, proposto da:  
GESAN s.r.l., con sede in San Nicola La Strada (CE), in proprio e nella qualita' di mandante costituenda ATI con NIKE srl, rappresentati e difesi dall' avv. Sabato Graziano, con domicilio eletto presso il Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti, rappresentata e difesa dall' avv. Diego De Carolis, con domicilio eletto presso l' avv. Salvatore Dettori in Roma, piazza SS.Apostoli n.66;

***nei confronti di***

CNS - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con mandante Televita spa, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Manzi, Francesco Rizzo

e Stefano Baccolini, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5; Azienda Sanitaria Locale di Pescara; Azienda Sanitaria Locale di Teramo; Azienda Sanitaria Locale di Avezzano Sulmona L'Aquila;

*per la riforma*

quanto ad ambedue i ricorsi nn. 3863 e 4547 del 2014:  
della sentenza del T.A.R. Abruzzo - Sezione Staccata di Pescara - Sezione I n. 00126/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizi relativi alle attività di CUP presso le AA.SS.LL. della Regione Abruzzo - ris. danni

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Lanciano Vasto Chieti e del CNS - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Televita spa, che ha proposto anche appello incidentale;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* prodotto dalla GPI spa, depositato il 15 luglio 2014;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 luglio 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Francario, Referza su delega dell'avv. Graziano, De Carolis, Manzi, Vinti, Fedeli e Capotorto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo – Sezione staccata di Pescara - Sezione I, con sentenza n. 126 del 6 marzo 2014 depositata il 19 marzo 2014, ha respinto, con condanna alle spese, il ricorso proposto dalla NIKE s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con la GESAN s.r.l., attuali gestori del servizio dal 2011, avverso la deliberazione n. 1475 del 15 ottobre 2013 – e la connessa clausola del disciplinare di gara – con cui l'A.S.L. n. 2 Lanciano-Vasto-Chieti, a seguito di verifiche successive all'aggiudicazione, ha inibito – con l'incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'AVCP e alla Procura della Repubblica di Chieti- la stipula del contratto relativo alla procedura aperta per l'affidamento, per 3 anni + 2 al prezzo di oltre 52 milioni di euro complessivi, delle attività del C.U.P. (Centro Unico Prenotazione) – front office o call center delle AA.SS.LL. regionali, a causa dell'omessa dichiarazione, nella domanda di partecipazione, delle condanne riportate dagli amministratori delle due società in violazione dell'art. 38 Codice Appalti e del disciplinare di gara, con conseguente esclusione dalla gara.

Ha quindi dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse per il ricorso introduttivo con motivi aggiunti proposto dal C.N.S. - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in proprio e quale mandatario della costituenda A.T.I. con Televita s.p.a., avverso la deliberazione n. 1261 del 26 agosto 2013 con cui la stessa A.S.L. aveva aggiudicato il servizio di cui trattasi alla ATI NIKE-GESAS, la

cui offerta era da escludere per la genericità del contratto di avvalimento e per la carenza di talune dichiarazioni nonché per la citata omessa dichiarazione delle condanne dei due amministratori, circostanza dedotta con motivi aggiunti a seguito della conoscenza della successiva deliberazione n. 1475/2013.

Il T.A.R., con argomentata motivazione, ha riconosciuto legittimo l'operato dell'A.S.L. ritenendo che l'omessa dichiarazione, fra le altre, di alcune specifiche condanne penali definitive subite dal legale rappresentante della NIKE (nel 1996-1998 per omesso versamento di ritenute previdenziali e di ritenute d'acconto sulle retribuzioni) e da quello della GESAN (nel 2002 per violazione delle norme sul conglomerato cementizio armato e delle prescrizioni sulle costruzioni in zone sismiche) costituisse un'autonoma fattispecie di esclusione ex art. 75 D.P.R. n. 193/2013, che non richiede ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione non soccorrendo il cd. "falso innocuo", posto che tale obbligo era imposto, a pena di esclusione, dall'art. 38 citato e dal disciplinare di gara (art. 3 p. 4), con clausola immediatamente e univocamente escludente ma non impugnata nei termini, e dal fac-simile della dichiarazione sostitutiva in allegato.

Il giudice quindi ha condiviso l'incameramento della cauzione provvisoria, a prescindere da previsione in tal senso nel disciplinare e quale conseguenza diretta e automatica del predetto inadempimento, a titolo di liquidazione anticipata e forfettaria dei danni arrecati alla A.S.L., e ha poi respinto l'istanza risarcitoria.

2. La NIKE s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda

A.T.I. con la GESAN s.r.l., con atto notificato il 3 maggio 2014 e depositato l'8 maggio 2014, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo sostanzialmente i motivi di primo grado.

In particolare si sostiene che non sussisteva l'obbligo di tale dichiarazione a causa della asserita equivocità e incertezza del disciplinare, che avrebbe quindi consentito l'omissione dichiarativa nel caso di condanne risalenti, non gravi né rilevanti ai fini della "moralità professionale", per cui andava riconosciuto quantomeno l'errore scusabile connesso semmai all'incompletezza e non alla falsità delle dichiarazioni, mentre si ravvisa la violazione di affermati principi comunitari, e in particolare dell'art. 45 direttiva 2004/18/CE, cui si rifà l'art. 38 del Codice, che è volta a assicurare in materia la tassatività delle cause di esclusione, il *favor participationis*, la concorrenza nel mercato, l'adeguatezza e la proporzionalità, con conseguente difetto di istruttoria (falso innocuo e soccorso istruttorio) e illogicità della motivazione.

Richiama la rilevanza "formale" di tale omissione contraria all'orientamento "sostanzialista" emergente nella giurisprudenza amministrativa, e in proposito richiama l'ordinanza T.A.R. – Milano n. 123/2013 di rimessione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 38, c. 1, lett. b e c) del D.Lgs. n. 163/2006 in rapporto al detto art. 45 Direttiva, chiedendo anche a questa Sezione analoga rimessione.

Ripropono quindi l'impugnativa avverso la clausola del disciplinare, che, in quanto equivoca, non poteva che essere censurata unitamente

alla deliberazione n. 1475/2013, escludendone quindi il carattere immediatamente escludente e contestando l'interpretazione in tal senso sostenuta dal T.A.R. in quanto asseritamente contraria all'Ad. Plen. n. 1/2013 e 9/2014.

Ribadisce, contrariamente al T.A.R., che, ai fini dell'estinzione dei reati, occorre riferirsi al decorso del tempo, e non alla "dichiarazione di estinzione", per cui le condanne non dichiarate potevano comunque non essere indicate in quanto riferite a reati già estinti prima della partecipazione alla gara.

Soggiunge che l'escussione della cauzione provvisoria (€ 317.750,00) non era applicabile riguardo all'appalto in questione relativo a servizio ex allegato II B del D.Lgs. n. 186/2006 e la disciplina di gara prevedeva solo l'esclusione dalla gara e la segnalazione all'A.V.C.P..

Insiste infine nell'istanza risarcitoria.

Con memoria depositata il 3 giugno 2014 ha sottolineato che il mancato accoglimento del gravame provocherebbe la perdita del finanziamento (€ 999.383,52) ricevuto nell'ambito del P.O.F.S.E. Abruzzo 2007-2013 dalla Regione, condizionato all'assunzione di varie unità lavorative entro il 18 agosto 2014.

3. La GESAN s.r.l., in proprio e quale mandante della costituenda A.T.I. con la NIKE s.r.l., con atto depositato il 15 maggio 2014 e depositato il 30 maggio 2014, ha interposto anch'essa appello, con domanda di sospensiva, limitatamente all'escussione della cauzione provvisoria e con censure analoghe a quelle già svolte dalla NIKE.

4.1. La costituenda ATI C.N.S. – Consorzio Nazionale Servizi e

Televita spa si è costituita con atto depositato il 31 maggio 2014 e con memoria depositata il 3 giugno 2014 ha replicato ai motivi dell'appello a sostegno dell'operato dell'Amministrazione e della sentenza impugnata, premendo infine per l'accoglimento dell'istanza cautelare così asseritamente consentendo l'aggiudicazione in suo favore in quanto seconda in graduatoria, titolare di offerta pienamente valida.

4.2. Con atto notificato alla ASL e alla NIKE, tramite racc. a r. postale, il 3 giugno 2014 e depositato lo stesso giorno, ha proposto appello incidentale avverso la sentenza impugnata, riproponendo, in via subordinata all'accoglimento anche di un solo motivo dell'appello principale della NIKE, le tre censure dedotte in primo grado, volte all'esclusione della ATI aggiudicataria e non esaminate essendo stata dichiarata la conseguente carenza di interesse per il proprio ricorso.

In particolare ribadisce la genericità del contratto di avvalimento presentato dalla NIKE, riferito al fatturato 2009-2011 e a servizi svolti nel settore, con il Consorzio Sol.Co.Soc.Coop., asseritamente in violazione degli artt. 49 D.Lgs. n. 163/2006 e 88 D.P.R. n. 207/2010; nonché l'omessa dichiarazione sostitutiva, ai sensi del DPR n. 445/2000 e dello stesso disciplinare, circa il possesso dei requisiti ex art. 38, oltre a quella prodotta dall'amministratore unico di detta società ausiliaria, anche da parte del vicepresidente in quanto munito di poteri di rappresentanza.

Riproduce infine il motivo aggiunto, che ha poi formato oggetto specifico della sentenza del T.A.R..

5. L'A.S.L. n. 2 Lanciano – Vasto – Chieti si è costituita nei due



giudizi rispettivamente con memorie depositate il 3 giugno 2014, ambedue con motivate argomentazioni a supporto del proprio operato e della sentenza impugnata.

Sottolinea, fra l'altro, che la conferma della sentenza imporrebbe comunque l'esercizio del potere di autotutela e il riesame della graduatoria basata sul metodo del confronto a coppie.

Ha poi depositato l'11 luglio 2014 copia della nota n. 72692 del 26 giugno 2014 con allegato parere n. 141 del 20 giugno 2014, con cui l'A.V.C.P., interpellata specificatamente al riguardo e sulla base delle deduzioni del CNS e della GPI, ha ritenuto, corretto l'operato dell'Amministrazione, per cui la stessa commissione giudicatrice avrebbe dovuto, non essendo consentita la possibilità dello scorrimento della graduatoria già approvata come sostenuto dal CNS, provvedere d'ufficio, esclusa l'offerta della NIKE-GESAS e espungendo i punteggi conseguiti da quest'ultima e il ribasso offerto, a riformulare la stessa con la rinnovazione del sistema del confronto a coppie delle offerte tecniche ed economiche presentate.

6.1. La NIKE ha depositato il 10 luglio 2014 copia dell'istanza di accesso in data 8 luglio 2014 alla nuova graduatoria nell'ipotesi dell'esclusione della stessa, come da nota della A.S.L. n. 36478 del 2 luglio 2014, recante la comunicazione ex art. 7 della legge n. 241/1990 alle tre concorrenti RTI GPI-SGS-Target Sinergie-Exprivia, CNS-Televita e NIKE-GESAN, dell'avvio del procedimento conseguente al citato parere dell'AVCP.

6.2. Con memoria depositata il 15 luglio 2014 ha replicato ai motivi

del ricorso in primo grado riproposti con appello incidentale dal CNS, eccependone l'inammissibilità per carenza di interesse, posto che, anche a seguito dei ricalcoli effettuati ex art. 24 disciplinare a seguito dell'eventuale conferma dell'esclusione della NIKE, il C.N.S. si collocherebbe di certo al secondo posto dopo l'ATI GPI, e comunque non sono state proposte censure volte all'annullamento del procedimento e all'esclusione della concorrente che risulterebbe così prima in graduatoria, cui non è stata neanche notificata copia del ricorso.

Soggiunge l'infondatezza degli altri motivi sostenendo la regolarità sia delle dichiarazioni relative all'avvalimento, suffragate dalla richiesta documentazione probatoria anche ai sensi dell'art. 88 D.P.R. n. 207/2010, non richiamato peraltro dal disciplinare versandosi in servizio elencato nell'allegato II B al Codice Contratti, sia della dichiarazione ex art. 38, rilasciata solo dal presidente della impresa ausiliaria e non dal vice presidente in assenza di poteri autonomi di rappresentanza, tenendo conto anche che gli amministratori sono sempre gli stessi da molti anni; sia, infine, ancora dell'omessa dichiarazione dei precedenti penali.

7. Il C.N.S., con memoria depositata il 18 luglio 2014, ha replicato alle ultime argomentazioni della NIKE, contestando l'eccezione di inammissibilità dell'appello incidentale, posto che l'A.S.L. non ha ancora riconvocato la Commissione per dare attuazione al citato parere dell'A.V.C.P. e che i calcoli effettuati dalla NIKE, che porterebbero la G.P.I. al primo posto nella nuova graduatoria, sono

irrilevanti perché costituiscono un'operazione di sostituzione non consentita, mentre è ancora in atto la graduatoria a suo tempo approvata in cui lo stesso CNS è collocato al 2° posto.

Ribadisce i motivi dell'appello incidentale volti alla esclusione della NIKE, a causa dell'offerta non conforme al Codice Appalti e al disciplinare.

8. La G.P.I. s.p.a., ha depositato il 15 luglio 2014 nel giudizio RG. n. 3863/2014, atto di intervento *ad opponendum* notificato il 14 luglio 2014, a sostegno della sentenza impugnata e dell'esclusione della NIKE, e, richiamando il parere dell'A.V.C.P., sostiene che la conseguente dovuta rivalutazione delle offerte e la nuova graduatoria la vedrebbero al 1° posto, così motivando l'interesse diretto ed attuale al contenzioso e la qualità di odierna controinteressata necessaria non evocata in primo grado.

Soggiunge la carenza di interesse attuale e concreta in capo alla NIKE in relazione a ulteriori motivazioni non espresse compiutamente in primo grado e attinenti sempre alla natura dei vari reati non dichiarati.

9. Le cause sono state rinviate nella camera di consiglio del 5 giugno 2014 all'udienza pubblica del 6 novembre 2014, e, a seguito di istanza di anticipazione proposta dalla NIKE depositata il 13 giugno 2014 in relazione alla scadenza dell'affidamento del servizio in proroga, all'udienza pubblica del 31 luglio 2014, nella cui Camera di Consiglio sono state riunite ai sensi dell'art. 96 c.p.a. per connessione oggettiva e soggettiva.

10. Il 1° Agosto 2014, a richiesta delle parti in udienza, è stato

pubblicato anticipatamente il dispositivo di sentenza n. 4065.

11.1. Gli appelli principali sono infondati e la sentenza impugnata va confermata, condividendosi le argomentazioni già svolte dai giudici di prime cure.

11.2. Occorre premettere che la Sezione è ben conscia del crescente dibattito, insorto soprattutto in tempi recenti, fra la tesi cd. “formalistica”, volta a sanzionare con l’esclusione dalla gara ogni omissione o incompletezza o imprecisione delle dichiarazioni prescritte dall’art. 38 Codice Contratti in sede di partecipazione, e la tesi cd. “sostanzialistica”, finalizzata invece a preferire, ove consentito, il ricorso al “soccorso istruttorio” e al “falso innocuo”, la tassatività delle cause di esclusione specie se non previste dal Codice o da norme del disciplinare, e a differire l’accertamento della sussistenza dei requisiti al momento della successiva doverosa verifica dopo l’aggiudicazione.

Tanto da rimettere all’Adunanza Plenaria anche una questione pregiudiziale circa la legittimità o meno della dichiarazione di un solo rappresentante legale della società partecipante (nella specie, un procuratore *ad negotia*) che attesta il possesso di tutti i requisiti generali ex art. 38 in capo a tutti i soggetti che hanno occupato e occupano posizioni qualificate previste dalle norme, e che quel Collegio ha deciso, come innanzi esposto, con sentenza n. 16 del 30 luglio 2014.

Il Collegio è altresì consapevole dello *ius superveniens*, e cioè che l’art. 39 del D.L. n. 90 del 24 giugno 2014 ha apportato modifiche all’art. 38, semplificando gli oneri formali nella partecipazione a procedure

per l'affidamento dei contratti pubblici con disposizioni relative per l'appunto alle dichiarazioni sostitutive volte a valorizzare il potere di soccorso istruttorio e distinguendo, fra l'altro, fra dichiarazioni essenziali e non essenziali. Orbene il D.L., che al momento della assunzione in decisione dei gravami in esame era nella fase di conversione, prevede che le modifiche si applicano espressamente alle procedure indette successivamente alla loro entrata in vigore (comma 3); in ogni caso andranno risolti problemi esegetici in sede applicativa e, con riguardo alle fattispecie analoghe a quella all'esame e cioè alla omessa dichiarazione di pregresse condanne, non appare possa, anche in caso di successiva regolarizzazione, eliminarsi del tutto, ove non esplicitato, il "filtro" dell'Amministrazione.

11.3. Ciò premesso, il *thema decidendum* del contenzioso all'esame è incentrato essenzialmente sull'applicazione dell'attuale art. 38 e del disciplinare della gara di cui trattasi, e in particolare sulla valenza dell'omessa dichiarazione, in sede di partecipazione, delle condanne riportate dai legali rappresentanti delle società NIKE e GERSAN, costituite in A.T.I., aggiudicatarie; sulle testuali previsioni del disciplinare ai fini dell'esclusione o meno dalla gara e quindi sulla sussistenza di obbligo o no di tale dichiarazione e sulla possibilità o meno di far ricorso al "soccorso istruttorio" o al "falso innocuo"; sulla rilevanza della risaleza, tipologia e gravità dei reati nonché della decorrenza dell'estinzione dei reati stessi sempre ai fini della prescritta dichiarazione e della tipologia; in caso di esclusione, l'obbligo o meno di incamerare la cauzione provvisoria; la possibilità, in caso di

conseguente di rinnovazione della gara, cui hanno partecipato cinque aziende, di ricorrere allo “scorrimento” della graduatoria ovvero di espungere l’offerta esclusa e di rivalutare le offerte residue con il sistema del confronto a coppie previsto dall’art. 24 del disciplinare.

11.4. Sempre in via preliminare si rileva che il T.A.R. ha ritenuto, dopo aver riunito i gravami, di procedere all’esame prioritario del ricorso proposto dall’A.T.I. NIKE-GESAN in quanto infondato, per dichiarare poi la carenza di interesse per quello introduttivo con motivi aggiunti prodotto dal C.N.S..

Orbene, nella presente fase, si ritiene dapprima ammissibile l’appello incidentale del C.N.S., non condividendosi l’eccezione contraria sollevata dall’A.T.I. appellante principale, la cui eventuale definitiva esclusione non comporta, come sostenuto, a seguito della rivalutazione e del ricalcolo delle offerte restanti, la conseguente aggiudicazione alla terza, la GPI; in effetti sia in caso di “scorrimento” sia in caso di rinnovazione dell’esame delle offerte il C.N.S. è titolare di un interesse diretto, concreto e attuale.

Pertanto mentre è evidente l’interesse dell’ATI NIKE-GESAS all’annullamento della sentenza e alla riaggiudicazione in suo favore, sfugge l’interesse a sostenere le eventuali pretese della terza classificata risultando “neutra”, una volta confermata l’esclusione, alle successive operazioni.

Alla stessa stregua è ammissibile l’intervento della G.P.I., il cui interesse sorge proprio a seguito della sentenza, del parere dell’AVCP e della conseguente comunicazione dell’avvio del nuovo

procedimento, e quindi dell'eventuale rinnovazione della gara e della rivalutazione delle offerte; contrariamente a quanto sostenuto si ritiene sussistente, come dianzi detto, l'interesse della NIKE al gravame di cui trattasi.

Ciò detto, tenuto conto che l'appello incidentale, con la riproposizione dei motivi di primo grado, è prodotto in via subordinata nel caso di accoglimento di quello principale RG. n. 3863/2014, occorre procedere all'esame prioritario e congiunto dei due appelli principali per questioni di natura sistematica in relazione all'oggetto specifico della controversia, che per l'appunto verte sulla citata omessa dichiarazione di condanne riportate dai rappresentanti legali delle società dell'A.T.I. aggiudicataria e quindi sull'incameramento della cauzione provvisoria.

11.5. Va sottolineato innanzi tutto che la Sezione ha avuto modo di affrontare tale peculiare questione assumendo, in generale e nello specifico, un orientamento rigoroso (cfr. da ultimo n. 3198/2014), peraltro confermato nella sostanza dalla stessa Adunanza Plenaria con la citata sentenza n. 16/2014, che, richiamando la precedente n. 9/2014, ha, fra l'altro, riconfermato l'obbligo di escludere il concorrente che non ha comunque prodotto, ai sensi degli artt. 46 e 38 Codice, le dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative, anche se inesistenti, e la preclusione del soccorso istruttorio che verrebbe a ledere la *par condicio*.

Ebbene, nella fattispecie si rileva dapprima che il disciplinare di gara (art. 3 p. 4), contrariamente a quanto asserito dall'appellante

principale, prevedeva chiaramente e senza equivoci l'obbligo, a pena di esclusione, di rendere la dichiarazione di cui trattasi (confermato dal fac-simile della dichiarazione in allegato) relativamente alle condanne riportate anche con riferimento a quelle con il beneficio della non menzione e non a quelle per reati "dichiarati estinti".

Tale circostanza prospetta peraltro un profilo di ammissibilità, rilevato dal T.A.R., non essendo stata impugnata quella previsione in via immediata, ma, ritenendosi infondati gli appelli principali per le considerazioni che precedono e seguono sulla questione oggetto del giudizio, può prescindersi da tale profilo prendendo atto della diversa interpretazione e applicazione di quella clausola sostenute dall'A.T.I., indotta così ad attendere un auspicato atteggiamento "sostanzialistico" in proposito per, eventualmente, poi impugnare, come effettuato, la stessa previsione nell'ipotesi di successiva conferma dell'esclusione dalla gara.

Ma il caso di specie è caratterizzato proprio dalla tassatività della causa di esclusione, dall'oggettiva omessa dichiarazione, dalla concreta sussistenza delle precedenti condanne.

Invero anche le pronunce meno "formalistiche" hanno però sanzionato tale omessa dichiarazione con l'esclusione dalla gara soprattutto in presenza di un obbligo imposto dal bando (cfr. III, n. 507/2014), ovvero, in assenza di tale obbligo, "l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali" (cfr. Ad. Plen. n. 21/2012); il che si registra puntualmente nella vertenza all'esame.



Né poteva, ad avviso della Sezione, farsi ricorso al cd. soccorso istruttorio, che è volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, a rettificare errori materiali o refusi, ma non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda (cfr. anche cit. Ad. Plen. n. 9/2014), e nella fattispecie la dichiarazione era stata del tutto omessa, barrando la relativa voce, e non poteva quindi essere sanata o regolarizzata o integrata in concreto con la produzione *ex novo* di dichiarazione o certificazione dall'inizio mancante, rientrando fra i cd. adempimenti doverosi imposti comunque dalla norma e dal disciplinare, e anche a prescindere dalla previsione della disciplina di gara e da ogni visione “sostanzialistica” di tali adempimenti (cfr., fra le altre, III nn. 123 e 2289/2014, 3328/2013; VI, n. 4392/2013 e da ultimo n. 3905/2014). In sostanza il “soccorso istruttorio” sovviene quando la P.A. ha la disponibilità di intervenire su elementi e dati comunque forniti anche parzialmente e non invece quando non c'è alcunché su cui intervenire *ab initio* e quindi in presenza di dati per nulla conosciuti perché omessi.

Per completezza si ribadisce l'irrilevanza delle argomentazioni circa la rilevanza o meno del reato ai fini dell'obbligo dichiarativo, proprio perché si tratta di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde, per quanto detto, da “filtri” della Stazione appellante, perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la Stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che

spetta comunque all'Amministrazione la valutazione circa la gravità o meno del reato, che può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova, e quindi l'incidenza sulla moralità professionale, e non di certo al concorrente, che non può quindi operare alcun proprio "filtro" in sede di domanda di partecipazione e quindi di dichiarazione in proposito (cfr., fra le altre, III, n. 2289/2014; V, n. 1378/2013).

Si concorda inoltre con il T.A.R., laddove, in termini di estinzione di reati, non attribuisce effetti retroattivi alla "dichiarazione di estinzione" deliberata dal giudice dell'esecuzione del Tribunale, ma, ai fini della indicazione prescritta dal disciplinare in sede di partecipazione alla gara, fa riferimento alla data della dichiarazione stessa, quale dato oggettivo e certo perché accertata in concreto dal vaglio ineliminabile dello stesso giudice, e non, come asserito erroneamente dall'appellante principale, a quella legata automaticamente al mero trascorrere del periodo necessario per conseguire l'estinzione.

D'altra parte la stessa disciplina di gara disponeva in tal senso (art. 3 p. 4) e le dichiarazioni di estinzione dei reati risalivano a data successiva al termine per la presentazione delle offerte.

In definitiva, le procedure concorsuali perseguono il rispetto rigoroso delle regole poste ad assicurare l'imparzialità e la parità di trattamento in tutte le loro fasi, per cui spetta al concorrente il dovere della diligenza nella osservanza delle disposizioni di legge e concorsuali proprio ai fini della tutela dell'interesse al concorso; né tale onere può essere posto a carico dell'Amministrazione, che altrimenti verrebbe a

violare proprio quella parità di trattamento, che invece nella fattispecie prevale sul diverso principio del *favor participationis*, dovendosi assicurare certezza agli elementi dell'offerta.

11.6. Quanto alla richiesta rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'UE, peraltro già effettuata dal T.A.R.Lombardia, la Sezione intende conformarsi all'orientamento secondo cui l'obbligo del rinvio alla Corte richiede una valutazione di compatibilità che spetta anche a questo Consiglio, quale giudice nazionale di ultima istanza (cfr, fra le altre, VI n.6553/2010 e 693/2014; III, nn. 4428/2013, 3475-3481/2014 ; IV, n. 1423/2014; V, n. 3474/2012), ritenendosi comunque necessario adottare nella fattispecie una decisione tempestiva in linea con i precetti comunitari (cfr. V, n. 3814/2013) e che non dia adito con evidenza a ragionevoli dubbi interpretativi sulla corretta soluzione da dare e data alla questione sollevata (cfr. Corte Giustizia UE 6 ottobre 1982 C 283/81; Cons. St. VI nn. 896 e 1810/2011; cit. III nn. 3475-3481/2014).

Così invero emerge nella presente nella quale si evidenziano la chiarezza delle disposizioni del Codice qui applicate e la specificità della fattispecie sottoposta alla Sezione, che attiene ai requisiti indispensabili per la partecipazione agli appalti pubblici, alla tutela della lealtà ed affidabilità delle imprese concorrenti e quindi al rispetto della par *condicio* e della corretta e leale concorrenza, così come dianzi argomentato estesamente.

Sovvengono in proposito anche le considerazioni della stessa Adunanza Plenaria che con sentenza n. 7/2014 ha affermato, fra

L'altro, che le disposizioni del Codice sono espressive di principi generali anche di derivazione europea e possono trovare, ai fini della ampiezza applicativa, la *ratio* nella tutela di valori immanenti al sistema della contrattualistica pubblica, e con la ridetta sentenza n. 16/2014 ha accennato anche alla direttiva europea sugli appalti pubblici n. 24 del 26 febbraio 2014, non ancora recepita in Italia, che impedisce la produzione di dichiarazioni che omettano tutte le informazioni indispensabili ad eseguire le verifiche di ufficio sulla loro veridicità e preclude l'esercizio del potere istruttorio.

In effetti le norme comunitarie tendono sì a semplificare e ad accelerare i procedimenti, ma non ad eliminare il sistema di attestazione dell'insussistenza delle situazioni ostative quale prova preliminare sostitutiva di certificazioni, che nella direttiva citata vengono ridotte ad un'unica autodichiarazione.

Il regime introdotto con le citate disposizioni del Codice non si appalesa invero dissimile nè addirittura divergente dal sistema comunitario, e il citato art. 38 Codice appare nel caso di specie, per le finalità pubblicistiche perseguite, in sintonia con le norme comunitarie. .

Si soggiunge che le argomentazioni addotte dalla NIKE si articolano in considerazioni di carattere generale e tautologico, basate su un'interpretazione di parte degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie, e cioè, in sintesi, le puntuali previsioni dell'art. 38 Codice e del disciplinare, l'omessa dichiarazione delle condanne, l'accertamento in momento successivo della effettiva

esistenza delle condanne, impossibilità di “filtro” da parte dell'Amministrazione e, prima ancora, del concorrente interessato.

11.7. Relativamente all'incameramento della cauzione provvisoria, come sottolineato dal giudice di prime cure, va rammentato l'esplicito disposto dell'art. 48, c. 1, del D.Lgs. n. 163/2006, peraltro comunque richiamato dal 2°c. dell'art. 26 del disciplinare, per cui ciò che rileva è la legittimità o meno dell'esclusione, e, ove questa sia ritenuta legittima, l'adozione dei conseguenti atti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'A.V.C.P. risulta conseguenza automatica *ex lege* (cfr. Cons. St.- V, n. 1659/2014).

11.8. In conclusione, l'esclusione dell'A.T.I. NIKE-GESAN aggiudicataria è legittima, per cui l'ASL dovrà assumere le conseguenti determinazioni di sua competenza, soggette ad autonoma impugnativa, e in particolare la stessa, e per essa la stessa Commissione giudicatrice, è tenuta a rinnovare, secondo le indicazioni dell'AVCP, la valutazione, con il sistema del confronto a coppie, delle offerte economiche e tecniche presentate e già sottoposte al confronto e quindi anche delle due società, del C.N.S., ricorrente in primo grado e appellante incidentale, e della G.P.I., qui interveniente, in quanto direttamente interessate e presenti nel giudizio in essere nonché destinatarie dell'avviso dell'ASL di avvio del nuovo procedimento.

Non può procedersi quindi ad alcuno “scorrimento”, disattendendo così, per completezza, la accennata aspirazione della CNS a conseguire direttamente l'aggiudicazione.

In tal senso depongono più pronunce (cfr., fra le altre, V, n. 3814/2013; Ad. Plen. 30/2012 – 1/2013 e 14/2013) e anche la stessa l'A.V.C.P. con il citato parere n. 141/2014, espresso su specifica richiesta dell'A.S.L..

12. Per le considerazioni che precedono gli appelli principali, riuniti, vanno respinti e va confermata la sentenza impugnata, con l'esclusione dell'A.T.I. NIKE- GESAN dalla gara e con la conseguente rinnovazione della stessa e del ricalcolo delle altre offerte economiche e tecniche con il metodo del confronto "a coppie" ed anche, per i motivi dianzi esposti e come esplicitato in dispositivo, con quelle della costituenda ATI C.N.S. e della G.P.I..

Ne consegue l'improcedibilità, per carenza di interesse, dell'appello incidentale peraltro proposto in via subordinata, mentre il rigetto degli appelli principali con la conferma della sentenza del T.A.R. sovviene anche alle pretese dell'interveniente GPI.

13. Si ritiene infine di disporre la condanna delle appellanti principali al pagamento delle spese di giudizio a favore delle tre controparti costituite come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sugli appelli principali, come in epigrafe proposti e qui riuniti, li respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale del CNS e della costituenda ATI.

Dispone la rinnovazione della gara con il metodo del confronto a coppie con CNS e l'opponente GPI.

Condanna in solido le parti appellanti al pagamento delle spese di giudizio da liquidare in € 3000,00 (tremila), oltre agli accessori dovuti per legge, a favore delle tre controparti costituite per complessivi € 9000,00 (novemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2014

IL SEGRETARIO

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