

## Abbonati che cambiano operatore telefoni

Appalti - Caso di omissione di dichiarazione di possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 , richiesta a pena di esclusione, rispetto alla quale l'amministrazione era da considerarsi vincolata all'esclusione Consiglio di Stato Sentenza n. 870 del 16/02/2010

Consiglio di Stato Sentenza n. 870 del 16/02/2010

### FATTO

L'appellante partecipava alla gara per la selezione di un socio privato di minoranza della s.r.l. mista pubblico-privata per la gestione del servizio di farmacia comunale del Comune di Casapulla (CE).

In base al disciplinare di gara, la documentazione amministrativa doveva comprendere, a pena di esclusione, la dichiarazione del concorrente di non sussistenza nei propri confronti delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. n.163/2006.

Il dott. Francesco Mercurio, amministratore della società in nome collettivo FRE.MAR allegava in un unico documento tutte le dichiarazioni previste dal disciplinare, omettendo quella di cui al punto d) dell'art. 5, relativa all'insussistenza delle cause di esclusione di cui alle lett. b), c) ed m) dell'art.38.

La Commissione di gara, rilevata l'assenza della dichiarazione, escludeva la società FRA.MAR dalla gara ed, esperita la selezione, provvedeva ad aggiudicare provvisoriamente la gara alla dott.ssa Avia Castaldo.

La soc. FRE.MAR ricorreva al TAR avverso il provvedimento di esclusione e di aggiudicazione provvisoria .

Il TAR, con sentenza emessa in forma semplificata, respingeva il ricorso rilevando che nella specie ricorresse un caso di omissione di dichiarazione di possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 , richiesta a pena di esclusione, rispetto alla quale l'amministrazione era da considerarsi vincolata all'esclusione. Respingeva altresì il motivo proposto per la mancata esclusione della controinteressata a causa di una mancanza documentale, difettando qualsiasi riscontro in atti ed essendo priva di inizio di prova la violazione dei principi in materia di verbalizzazione.

La FRE.MAR propone appello , sostenendo i) l'avvenuto assolvimento da parte della concorrente dell'obbligo di dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38, essendo stata prestata la dichiarazione omessa dal dott. Mercuri – che comunque avrebbe provveduto all'integrazione, una volta avvedutosi dell'errore, in seduta di gara- da parte dell'altra socia della società in nome collettivo,dott.ssa Maria Russo, cui ai sensi degli artt. 2293 e 2266 c.c. deve riconoscersi la rappresentanza al pari del dott. Mercuri; ii)l'obbligo , comunque,per

## Abbonati che cambiano operatore telefoni

l'amministrazione di disporre la regolarizzazione dei documenti; iii) l'assenza di previsione da parte del disciplinare di gara dell'obbligo di dichiarazione da parte di tutti i soci, essendo espressamente previsto , con clausola equivoca da interpretare nel senso della più ampia partecipazione alla gara, che solo le dichiarazioni di cui alle lett. e) ed l) del punto 2 dovessero essere rilasciate altresì da ogni socio della s.n.c; iv) l'ambiguità della clausola, che divideva in modo illogico le dichiarazioni da rendere in ordine ai presupposti dell'art.38, che avrebbe dovuto indurre il giudice ad una interpretazione volta a consentire la massima partecipazione alla gara, anche in considerazione dell'incolpevole affidamento dell'interessato. Illegittimamente poi la Commissione non avrebbe proceduto all'esclusione della controinteressata non avendo questa prodotto l'originale della polizza assicurativa ed essendole stato attribuito un punteggio eccessivo rispetto alle capacità imprenditoriali possedute.

Si sono costituiti il Comune di Casapolla e la controinteressata, sostenendo l'erroneità dell'interpretazione della legge di gara fornita dall'appellante, secondo cui la dichiarazioni ex art. 38 avrebbero potuto essere prestate dai due soci di s.n.c. ciascuno su requisiti diversi, stabilendo per converso il disciplinare , a pena di esclusione e senza possibilità di regolarizzazione, che la domanda e le dichiarazioni dovessere essere prestate dal legale rappresentante, nella specie dichiaratosi il dott. Mercuri. Sostenevano, infine, che la controinteressata aveva adempiuto regolarmente all'obbligo di deposito in originale della polizza assicurativa.

In prossimità dell'udienza di discussione l'appellante ha prodotto il ricorso proposto dinanzi al TAR Campania avverso l'aggiudicazione definitiva e depositato memoria ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All'udienza del 27 novembre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata in relazione alla mancata impugnazione della aggiudicazione definitiva, atteso che l'appellante ha dimostrato l'attuale pendenza del giudizio relativo dinanzi al giudice di primo grado.

2. I primi quattro motivi di appello sono strettamente collegati e possono, pertanto, essere trattati congiuntamente.

Con essi si sostiene, anzitutto, che la spettanza della titolarità dei poteri di rappresentanza , disgiuntamente, a ciascun socio nella società in nome collettivo ai sensi degli artt. 2293 e 2266 c.c., che si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, renderebbe sufficiente la dichiarazione della socia , anch'ella amministratrice e legale rappresentante della società, dott.ssa Maria Russo, attestante l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alle lettere b),

## Abbonati che cambiano operatore telefoni

c) ed m) dell'art. 38 D.Lgs. n. 162/2006 pure in assenza di una equivalente dichiarazione da parte del dott. Francesco Mercurio.

3.I motivi sono infondati.

3.1.Al riguardo occorre richiamare i piani principi per cui la ratio della norma posta a base dell'art. 38, con particolare riferimento alle cause di esclusione di cui alle lett. b) e c), risiede nell'esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico scelto per la stipula del contratto e dunque il possesso dei requisiti in capo ai soggetti dotati di potere di rappresentanza che, conseguentemente, sono in grado di manifestare all'esterno la volontà dell'impresa. Destinatari delle disposizioni sono pertanto tutte le persone fisiche che, essendo titolari di poteri di rappresentanza, siano in grado di trasmettere, con il proprio personale comportamento, la riprovazione dell'ordinamento al soggetto rappresentato.

L'obbligo per ciascun soggetto dotato di poteri di rappresentanza di dimostrare i requisiti di moralità è connesso alla necessità di dover garantire l'affidabilità dell'intera impresa che entrerà in rapporto con l'amministrazione (cfr. di recente, CdS, sez. V, n. 375/2009; n. 4894/2008).

La clausola del disciplinare di gara prevedeva che nella busta contenente la documentazione amministrativa dovesse essere contenuta, tra le altre dichiarazioni ,a pena di esclusione, quella di insussistenza delle cause di esclusione di cui alle lettere b), c) ed m) dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. Con successiva disposizione, lo stesso disciplinare stabiliva che alcune delle dichiarazioni indicate (impegno irrevocabile alla sottoscrizione del capitale, dichiarazione di non essersi avvalso dei piani di emersione di cui al d.lgs. n. 383/2001) dovessero essere rese, altresì, da ogni socio in caso di società di persone (da ogni socio accomandatario in caso di s.a.s.) e dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza per gli altri tipi di società.

Il dott. Mercuri, legale rappresentante della società in nome collettivo, nel presentare la domanda di partecipazione alla gara, completa di tutte le altre dichiarazioni richieste dal bando, ha omesso di dichiarare l'insussistenza delle clausole di esclusione di cui alle lettere b), c) ed m) dell'art. 38 mentre tale dichiarazione è stata resa dalla socia dott.ssa Maria Russo, unitamente a quelle richieste, ai sensi del disciplinare, da parte di ogni socio (e quindi con esclusione di quelle già rese dal dott. Mercuri e non richieste da parte degli altri soci di società in nome collettivo).

Tale ultima dichiarazione non può , tuttavia, considerarsi sanante ovvero sufficiente in base ai principi suesposti ed al chiaro tenore della legge di gara.

Invero, la clausola che imponeva a tutti i soci le sole dichiarazioni di cui alle lett. e) ed l) poteva, al più, generare incertezza circa l'obbligo dei soci di rendere altresì la dichiarazione sulle cause di esclusione di cui alle lett. b), c) ed m) – errore in cui, peraltro, non è incorsa la concorrente

## Abbonati che cambiano operatore telefoni

che, correttamente, ha presentato dichiarazione comprensiva del riferimento a tale cause di esclusione da parte della socia dott.ssa Russo – ma non poteva assolutamente essere interpretata nel senso di esimere il legale rappresentante della società che aveva compilato la domanda e reso tutte le altre dichiarazioni non richieste ( e quindi non presentate) dalla dott.ssa Russo, dal rendere tutte le dichiarazioni indicate nel disciplinare, espressamente prescritte a pena di esclusione. Non può, quindi, a questo proposito, essere invocato il principio di favore alla massima partecipazione di concorrenti alla gara, sul rilievo dell'affidamento incolpevole generato da clausola equivoca, bensì quello della *par condicio competitorum* per cui la legge di gara non è passibile di interpretazioni estensive che si traducano in una violazione procedimentale a danno di quei concorrenti che vi si siano allineati in modo *pedissequo*.

3.2. Né, nella specie, può essere invocata la possibilità di regolarizzazione in applicazione dell'art. 46 d. lgs. n. 163/2006, a causa della mera incompletezza della dichiarazione resa, relativamente a tutte le circostanze elencate nel disciplinare, mediante un unico documento.

Invero, la forma adottata dal concorrente nel formulare le dichiarazioni , nella specie mediante dichiarazione plurima in un unico documento secondo il fac simile allegato allo stesso disciplinare, non consente di considerare l'omissione di una delle dichiarazioni prescritte come incompletezza della dichiarazione , integrabile mediante il procedimento di cui all'art. 46. E' chiaro, infatti, che il giudizio di omissione ovvero di semplice incompletezza od oscurità nel contenuto va operato con riguardo ad ogni singola dichiarazione resa in unico atto. Nella specie, l'omissione è stata riconosciuta dallo stesso dott. Mercuri ed addebitata ad una svista nella compilazione sulla falsariga del fac simile. Sicchè nessun effetto sanante può essere attribuito, stante l'espressa previsione dell'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omissione ed a garanzia del principio della *par condicio* fra i partecipanti, alla dichiarazione dell'interessato avvenuta posteriormente all'apertura delle buste. Pertanto, il motivo va respinto richiamando la consolidata giurisprudenza (CdS sez V, n.4894/2008, sez IV , n. 2435/2009) che ammette la facoltà di integrazione della documentazione allegata all'offerta solo nelle ipotesi in cui occorra chiarire il contenuto di una domanda o di una dichiarazione ritualmente e tempestivamente presentata, non potendo essa sopperire ad una carenza od omissione.

4. Anche il motivo con cui l'appellante contesta l'ammissione alla gara della controinteressata per non avere presentato originale della fideiussione deve essere respinto, oltre che per la mancanza di interesse, venuto meno per effetto della legittimità della sua esclusione, anche per l'assenza di un principio di prova in ordine alla mancata allegazione documentale.

Per contro, il Comune ha affermato il deposito in originale di uno dei quattro esemplari della polizza fideiussoria , di cui uno per la stazione appaltante , di cui ha depositato copia agli atti del giudizio. Inoltre il fatto non emerge minimamente dai verbali delle sedute di gara, in cui si dà atto della regolarità della documentazione presentata dalla controinteressata.

5. Assorbito dalla legittimità dell'esclusione è altresì il motivo addotto dall'appellante circa la

## Abbonati che cambiano operatore telefoni

propria superiorità dal punto di vista tecnico rispetto alla controinteressata risultata aggiudicataria. Peraltro, l'affermazione è del tutto ipotetica dal momento che, a causa dell'esclusione, la sua offerta tecnica non è stata passibile di alcuna valutazione .

6.In conclusione, l'appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, respinge l'appello.

Dichiara compensate le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore