

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 24 giugno 2014 n. 3198** - Pres. Romeo, Est. Stelo - Consorzio Sociale Comars Onlus- Soc. Coop. (Avv.ti Sgueglia e Salimbeni) c. ESTAV Centro - Ente per i servizi tecnico-amministrativi di Area Vasta Centro con sede in Firenze (Avv. Iaria) e Sintesi Società Cooperativa Sociale Onlus (Avv. Grazzini) e Consorzio Leonardo Servizi - Consorzio Stabile (Avv. Lotito) - (conferma T.A.R. Toscana, Sez. I, sentenza n. 01710/2013).

**1. Contratti della P.A. - Gara - Requisito della moralità professionale - Dichiarazione ex art. 38, c. 2, del D.Lgs. n. 163/2006 - Costituisce dichiarazione/prescrizione essenziale - Possibilità per i concorrenti di omettere tale dichiarazione - Impossibilità.**

**2. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Per omessa dichiarazione di una condanna penale - Da parte del Vice Presidente-legale rappresentante del Consorzio risultato aggiudicatario provvisorio - Legittimità.**

**3. Contratti della P.A. - Gara - Requisito della moralità professionale - Dichiarazione ex art. 38, c. 2, del D.Lgs. n. 163/2006 - Omissione - Regolarizzazione postuma - Impossibilità.**

1. L'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 impone, a pena di esclusione, la dichiarazione di pregresse condanne subite dai rappresentanti legali delle società partecipanti; si tratta di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante, 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 (1).

2. E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso da una gara di appalto un Consorzio, perché il relativo vice-presidente, in contrasto con quanto espressamente prescritto da un modulo allegato alla domanda di partecipazione, ha omesso di dichiarare una sentenza di condanna penale (nella specie per il reato di furto in concorso ex artt. 110 - 624 c.p.); infatti, ai sensi dell'art. 38, c.2, del d.lgs. n. 163/2006, la presentazione della suddetta dichiarazione, a pena di esclusione, di pregresse condanne subite dai rappresentanti legali delle società partecipanti alle gare di appalto, ha carattere essenziale e prescinde dalla stazione appaltante, perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa.

3. Nel caso di omessa dichiarazione, in sede di partecipazione ad una gara di appalto, di una condanna penale, non può farsi ricorso al cd. soccorso istruttorio, che è volto a chiarire e completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, ma non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda (2); infatti, nel caso dichiarazione che sia stata del tutto omessa, tale omissione non può essere sanata o regolarizzata o integrata successivamente, rientrando fra i cd. "adempimenti doverosi" imposti comunque dalla norma, a prescindere anche dalla previsione della disciplina di gara e da ogni visione "sostanzialistica" di tali adempimenti (3).

(1) Ha osservato in generale la sentenza in rassegna che 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.

Le valutazioni che incidono sulla moralità professionale spettano alla stazione appaltante 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.

(2) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2014, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/14/cdsap\\_2014-02-25-1.htm](http://www.lexitalia.it/p/14/cdsap_2014-02-25-1.htm); v. anche Ad. Plen., n. 21/2012, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap\\_2012-06-07.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/cdsap_2012-06-07.htm), che, nel riportare la causa di esclusione alla previsione del bando, afferma che "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".

(3) Cfr., fra le altre, Cons. Stato, Sez. III n. 2289/2014, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/14/cds\\_2014-05-05.htm](http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-05-05.htm), 3328/2013; VI, n. 4392/2013, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/13/cds\\_2013-09-03-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-09-03-2.htm)

---

N. 03198/2014REG.PROV.COLL.

**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 2177 del 2014, proposto da:

Consorzio Sociale Comars Onlus- Soc. Coop. con sede in Monte San Savino (AR), in proprio e quale mandataria costituendo R.T.I. con il Consorzio Stabile Evolve, rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano Sgueglia e Renato Salimbeni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Ottorino Lazzarini 19;

***contro***

ESTAV Centro - Ente per i servizi tecnico-amministrativi di Area Vasta Centro con sede in Firenze, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, corso Vittorio Emanuele II,18;

***nei confronti di***

Sintesi Società Cooperativa Sociale Onlus in proprio e quale mandataria RTI con Minerva Società Cooperativa Sociale Onlus con sede in Empoli, rappresentati e difesi dall'avv. Andrea Grazzini, con domicilio eletto presso l'avv. Niccolò Bruno in Roma, piazza Barberini, 12; Consorzio Leonardo Servizi- Consorzio Stabile con sede in Pistoia, rappresentato e difeso dall'avv. Pier Francesco Lotito, con domicilio eletto presso l'avv. Michele Alliegro in Roma, via Ovidio n.32;

### ***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE - SEZIONE I n. 01710/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di gestione dell'attività amministrativa di front-office e di back-office, telecup dell'attività sanitaria di prelievo ematico per Azienda USL n. 3 Pistoia - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAV Centro - Ente per i servizi tecnico-amministrativi di Area Vasta Centro, di Sintesi Società Cooperativa Sociale Onlus in proprio e quale mandataria RTI con Minerva Società Cooperativa Sociale Onlus e di Consorzio Leonardo Servizi- Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Sgueglia, Orienti su delega dell'avv. Iaria, Santonocito su delega dell'avv. Grazzini e Pafundi su delega dell'avv. Lotito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana – Sezione I, con sentenza n. 1710 del 4 dicembre 2013 depositata il 9 dicembre 2013, ha respinto, con condanna alle spese, il ricorso proposto dal R.T.I. Consorzio Sociale Comars Onlus – Società Cooperativa (di seguito, Consorzio Comars), con sede in Monte San Savino (AR), e Consorzio Stabile Evolve avverso gli atti della procedura di gara bandita nel 2013 dall'ESTAV Centro (Ente per i Servizi tecnico-amministrativi di Area Vasta; di seguito, ESTAV), con sede in Firenze, per la conclusione di un accorso quadro per l'affidamento del Servizio di gestione dell'attività amministrativa di *front office* e di *back office*, telecup dell'attività sanitaria di prelievo ematico per l'Azienda U.S.L. n. 3 di Pistoia, e in particolare per l'annullamento del provvedimento dirigenziale n. 501 del 14 ottobre 2013 con cui, su conforme determinazione del seggio di gara, è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente e l'aggiudicazione al R.T.I. Sintesi Società Cooperativa Sociale Onlus e Minerva Società Cooperativa Sociale Onlus (di seguito, Società Sintesi) con sede in Empoli.

Il giudice di prime cure ha ritenuto legittima l'esclusione della ricorrente dalla graduatoria, posto che l'ESTAV, a seguito della verifica disposta dopo l'aggiudicazione provvisoria, ha accertato, avendo svolto l'istruttoria di rito in contraddittorio, che la Vicepresidente (altro rappresentante legale) della Cooperativa sociale SE-AF (Servizi e Affini), cui il Consorzio Comars avrebbe affidato lo svolgimento di parte dell'attività, aveva subito una condanna per furto in concorso (artt. 110 – 624 c.p.), con sentenza del Tribunale di Pistoia del 7 dicembre 1979 (20 gg. di reclusione, multa lire 200.000, sospensione e non menzione), però non dichiarata in sede di gara, in contrasto con gli artt. 38, c.2, e 46, c.1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006 e 75 del D.P.R. n. 445/2000, anche se la dichiarazione era prevista esplicitamente nel modello B 2, con onere quindi di diligenza a carico del Presidente di visionare la banca dati del casellario giudiziale attesa l'impossibilità fisica della vicepresidente; non rileva infine la gravità o meno del reato in questione in quanto assorbita dal

dato oggettivo della mancata dichiarazione.

2. Il R.T.I. Consorzio Comars – Consorzio Evolve, con atto notificato il 7 marzo 2014 e depositato il 17 marzo 2014, ha interposto appello, lamentando l'omessa pronuncia da parte del T.A.R. in merito alla dedotta irrilevanza (3° motivo del ricorso) del reato commesso dalla Vicepresidente (tenue gravità, risalenza, natura non incidente sulla moralità professionale, non menzione) e quindi all'assenza di un obbligo dichiarativo ex art. 38, motivo assorbito dal T.A.R. nell'esame di altra censura, a suo dire ben diversa, avverso la tassatività della dichiarazione stessa (2° motivo).

Ribadisce la legittimità a tutti gli effetti della dichiarazione resa dal Presidente che era responsabile solo di quanto a sua diretta conoscenza e in tal senso "costretto", non potendo lo stesso interpellare né il casellario giudiziale né l'interessata, impossibilitata per gravi motivi di salute post-operatori tanto da essersi dimessa poi dalla carica.

Con memorie depositate il 20 e 23 maggio 2014 sono stati replicati i motivi dell'appello sottolineando che le clausole di gara e i modelli allegati si prestavano comunque a più interpretazioni e che nella fattispecie quindi sovvenivano il principio del *favor participationis* e il metro "sostanzialistico" sostenuto anche da questo Consesso in varie pronunce; si fa presente che l'A.V.C.P., con nota n. 33180 del 13 marzo 2014, ha archiviato, per errore scusabile, la segnalazione circa una presunta falsa dichiarazione sul punto inviata dalla Stazione appaltante.

3. Il R.T.I. Società Sintesi – Minerva si è costituita con memoria depositata in data 4 aprile e con memorie depositate il 20 e 23 maggio 2014 ha sostenuto, in replica ai motivi dell'appello, la legittimità dell'operato dell'Amministrazione e della sentenza impugnata.

Sottolinea che il T.A.R. si è in ogni caso pronunciato anche sul 3° motivo del ricorso; la dichiarazione resa dal R.T.I. Comars non poteva limitarsi solo ai fatti a conoscenza del dichiarante, ma avrebbe dovuto essere comunque esaustiva; l'A.V.C.P. ha comunque riconosciuto la legittimità dell'esclusione del R.T.I. ricorrente dalla gara.

4. Il Consorzio Leonardo Servizi – Consorzio Stabile, con sede in Pistoia, si è costituito con memoria depositata il 5 maggio 2014 a sostegno della Stazione appaltante e della sentenza impugnata.

5. L'ESTAV si è costituito con atto depositato il 6 maggio 2014 e con memorie depositate il 13 e 23 maggio 2014 ha replicato argomentatamente ai motivi dell'appello ribadendo la correttezza dell'operato dell'Amministrazione e la legittimità della sentenza impugnata.

Sottolinea l'inammissibilità della censura circa l'omessa pronuncia del T.A.R. sul detto terzo motivo del ricorso di primo grado, posto che la stessa non è stata formulata con specifico motivo di appello ed è comunque infondata perché in effetti valutato dal T.A.R. unitamente all'esame del secondo motivo.

6. La causa, all'udienza pubblica del 5 giugno 2014, è stata trattenuta in decisione.

7.1. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma, condividendosi le articolate argomentazioni già svolte dal giudice di prime cure.

7.2. In via preliminare occorre disattendere i profili di inammissibilità proposti dalle controparti, posto che in effetti, contrariamente a quanto sostenuto, l'asserito omesso esame del terzo motivo del ricorso prodotto in primo grado dal R.T.I. Comars- Evolve (le caratteristiche del reato ascritto alla Vicepresidente non comportavano l'obbligo di dichiarazione) è stato oggetto di specifico motivo di appello (il primo), ma è infondato, nella considerazione che il T.A.R. lo ha invece esplicitamente esaminato sia pure con sintetica motivazione *per relationem* alle considerazioni già espresse sul secondo motivo del ricorso circa l'obbligatorietà in ogni caso della dichiarazione.

7.3. Ai fini del decidere il *thema decidendum* va circoscritto alla questione che è stata oggetto della sentenza appellata, e cioè se l'art. 38, c.2, del D.Lgs. n. 136/2006 imponga, a pena di esclusione, la dichiarazione di pregresse condanne subite dai rappresentanti legali delle società partecipanti.

Orbene, si tratta di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presidono 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.

La circostanza pertanto assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, e che può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante.

Le procedure concorsuali, infatti, 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.

Le valutazioni che incidono sulla moralità professionale spettano alla stazione appaltante 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.

Il disciplinare di gara prevedeva fra l'altro un modulario in cui chiaramente si richiedeva l'indicazione delle condanne subite e non emergono circostanze tali da impedirne in assoluto l'acquisizione e quindi da giustificare l'omissione, pur tenendo conto della comprensibile oggettiva situazione della Vicepresidente.

Il T.A.R. d'altra parte, a prescindere dall'approfondimento di altri profili di merito, ha incentrato l'esame, pregiudiziale, della mancata dichiarazione indicando chiaramente il disposto delle norme che hanno supportato, in sede di verifica è bene sottolineare, l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria.

Né poteva, ad avviso della Sezione, farsi ricorso al cd. soccorso istruttorio, che è volto a chiarire e completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ma non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda (cfr. anche Ad. Plen. n. 9/2014), e nel caso di specie la dichiarazione era stata del tutto omessa e non poteva quindi essere sanata o regolarizzata o integrata successivamente, rientrando fra i cd. "adempimenti doverosi" imposti comunque dalla norma, a prescindere anche dalla previsione della disciplina di gara e da ogni visione "sostanzialistica" di tali adempimenti (cfr., fra le altre, III n. 2289/2014, 3328/2013; VI, n. 4392/2013).

La stessa Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 21/2012, nel riportare la causa di esclusione alla previsione del bando, afferma che "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".

Per completezza si ribadisce l'irrilevanza delle argomentazioni circa la rilevanza o meno del reato ai fini dell'obbligo dichiarativo.

Da ultimo, come sottolineato dalle controparti, la citata determinazione dell'A.V.C.P. n. 33180/2014, nel mentre ha ritenuto sussistente l'esimente dell'errore scusabile, ha soggiunto "ferma restando la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto".

In conclusione, il provvedimento impugnato, ampiamente motivato, contiene gli elementi indispensabili, in fatto e in diritto, per configurare la fattispecie all'esame.

8. Ne consegue che l'appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata.

Data la complessità del caso di specie si dispone la compensazione delle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 24/06/2014.



\* Inizio pagina