

## **Applicazione del cosiddetto falso innocuo: nemmeno in corso di giudizio alcun principio di prova è stato offerto sull'esistenza o meno di precedenti penali a carico dei nominati amministratori**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Trattasi, in definitiva, “per mutuare categorie penalistiche, di un falso privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione”

L'art. 38 del codice dei contratti stabilisce, in particolare, che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di lavori, forniture e servizi le imprese con amministratori muniti del potere di rappresentanza e direttore tecnico, sia in carica che cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

La legittimazione a rendere la dichiarazione del possesso dei requisiti di cui al citato art. 38 spetta dunque al legale rappresentante dell'impresa ed essa assume come destinatari, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato che il Collegio condivide, “tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato” (cfr., C.d.S., sez. V, 9.3.2010, n. 1373).

Non ignora il Tribunale il complesso dibattito sviluppatosi sulla portata del menzionato art. 38, le disposizioni del quale possono essere integrate anche in relazione alle ulteriori disposizioni integrative contenute nei bandi di gara, tema sul quale la giurisprudenza amministrativa non ha ancora trovato soluzioni unanimi. In proposito, questo Tribunale ha già avuto occasione per affermare che sussiste detto obbligo di dichiarazione nei confronti “di chi rivesta (o abbia rivestito) la carica di amministratore, ma anche di colui che, in qualità di vice presidente vicario, o di institore, o di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali”. In definitiva, valorizzando più l'effettività del potere che la mera titolarità, “il requisito della moralità professionale deve essere valutato in capo ai soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti nella gare pubbliche, avuto riguardo alle funzioni sostanziali di essi più che alle qualifiche formali e, quindi, al concreto esercizio del potere di rappresentanza della persona giuridica” (cfr., T.R.G.A., 24.6.2010, n. 162 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Il Tribunale ha precisato, altresì, che presupposto indefettibile per l'esclusione dalla gara, ai sensi del solo art. 38, è, peraltro, la sussistenza di precedenti penali per gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale, mentre non assume alcun rilievo, in assenza di una specifica disposizione nella normativa di gara, “il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina normativa”.

Nella specie, nemmeno in corso di giudizio alcun principio di prova è stato offerto sull'esistenza o meno di precedenti penali a carico dei nominati amministratori. Deve pertanto concludersi che, in mancanza di prove dirette ad evidenziare che le dichiarazioni sul pregiudizio penale carenti della specificazione di amministratori che abbiano ricoperto cariche rilevanti abbiano attribuito una posizione di vantaggio, anche solo per il profilo morale, al concorrente che le ha prodotte (e che quindi esse, anche potenzialmente, abbiano inciso sul procedimento fuorviando le statuizioni della stazione appaltante - cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 8.7.2010, n. 4436), debba essere fatta applicazione del cosiddetto falso innocuo. Trattasi, in definitiva, “per mutuare categorie penalistiche, di un falso privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione” (cfr., C.d.S., sez. V, 13.2.2009, n. 829 e, in termini, T.R.G.A. Trento, 7.10.2009, n. 251).

**A cura di \*\*\*\*\***

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 199 del 19 ottobre 2010 pronunciata dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

**N. 00199/2010 REG.SEN.**

**N. 00062/2010 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 62 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Ricorrente Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\* in Trento, via Calepina, n. 65

**contro**

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e con domicilio eletto presso il Servizio Affari Generali e \*\*\*\*\* in Trento, via Degasperì, n. 79

**nei confronti di**

- Controinteressata Facility Management S.p.A., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria di A.T.I. con Controinteressata due Servizi S.r.l., Controinteressata tre Soc. Coop. Soc. e Consorzio Controinteressata quattro Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Trento, Via SS. Trinità, n. 14;

- ALFA Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\* in Trento, Via Calepina, n. 65

### **per l'annullamento**

- del verbale di gara di seduta pubblica del 12.1.2010 nel corso della quale si è provveduto all'aggiudicazione provvisoria del servizio di sanificazione ambientale e servizi accessori da eseguirsi presso le strutture ospedaliere e territoriali dell'\*\*\*\*\* di Trento;

- di tutti i verbali della Commissione tecnica, in particolare del verbale di prima seduta del 5.10.2009 nel quale la Commissione si è determinata a chiedere mediante audizioni orali informazioni a completamento dei progetti tecnici; del verbale del 19.10.2009; del verbale del 4.11.2009; dei verbali redatti in occasione delle audizioni orali dei concorrenti del 6.11.2009 e dell'11.11.2009, nonché del verbale del 23.11.2009 nel quale sono state prese in considerazione le informazioni integrative del progetto tecnico del R.T.I. Controinteressata, e del verbale del 10.12.2009 in cui la Commissione tecnica ha assegnato i punteggi;

- di ogni atto presupposto e consequenziale, in particolare:

--- della deliberazione di aggiudicazione provvisoria n. 27/2010 del 20.1.2010;

--- degli atti con cui si è provveduto alla verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicatario R.T.I. Controinteressata;

--- del provvedimento di aggiudicazione definitiva e del contratto di appalto, se stipulato;

- per quanto occorre, del bando di gara, delle norme di partecipazione e del capitolato speciale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Facility Management S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale presentato da \*\*\*\*\*;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ALFA Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2010 il cons. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del Direttore generale del 26.11.2008, prot. n. 1474, l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento ha indetto una procedura aperta per l'affidamento per sei anni, eventualmente prorogabile per altri tre, del servizio di sanificazione ambientale e servizi accessori da eseguirsi presso le strutture ospedaliere e territoriali.

L'importo complessivo a base d'asta stimato era pari ad € 12.730.000,00 e per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base a due parametri, rispettivamente riferiti al prezzo (punti 50) e alle caratteristiche qualitative e tecniche (punti 50), a loro volta suddivise in cinque elementi ciascuno dei quali frazionato in sub - parametri.

Le norme di partecipazione avevano poi previsto la nomina di una commissione incaricata delle operazioni di gara, oltre che di una commissione tecnica per il vaglio dell'offerta tecnica, la quale poteva effettuare una serie di attività istruttorie, fra cui richiedere a tutti o ad alcuno dei concorrenti, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, la presentazione "di ulteriori elaborati e/o informazioni di approfondimento ed integrazione delle offerte al fine di acquisire ulteriori elementi necessari per la valutazione". Infine, al termine delle operazioni doveva essere redatto il verbale con la precisazione delle motivazioni del punteggio, da assegnarsi secondo una metodologia predefinita, e delle eventuali inidoneità comportanti l'esclusione dalla gara.

2. Alla gara, oltre alla ricorrente, hanno partecipato le controinteressate Controinteressata Facility Management S.p.A. in A.T.I. con Controinteressata due Servizi S.r.l., Controinteressata tre Soc. Coop. Soc. e Consorzio Controinteressata quattro Soc. Coop.; ALFA Service S.r.l. e l'impresa \*\*\*\*\* Coop. in A.T.I. con \*\*\*\*\* Dalla graduatoria compilata dalla Commissione tecnica di gara in data

10.12.2009 emerge che il miglior punteggio tecnico è stato conseguito dalla società istante, che ha ottenuto punti 38,70, seguita dalla ditta ALFA con punti 34,60 e quindi dall'A.T.I. guidata da Controinteressata con punti 33,60.

L'offerta economica più conveniente, per un importo mensile pari ad € 931.305,00, è stata invece presentata dalla ditta Controinteressata, che ha conseguentemente ottenuto 50 punti, mentre la ricorrente, che ha presentato un canone mensile pari ad € 1.038.251,91, si è classificata al terzo posto con 44,84 punti.

La graduatoria definitiva ha quindi visto collocarsi al primo posto l'offerta presentata dal R.T.I. Controinteressata, con punti 83,60, seguita da quella della ditta Ricorrente con punti 83,54 e quindi da quella della società ALFA con punti 81,46. Con il verbale di gara del 12 gennaio 2010, la commessa è stata quindi aggiudicata provvisoriamente all'A.T.I. Controinteressata Facility Management S.p.A. con Controinteressata due Servizi S.r.l., Controinteressata tre Soc. Coop. Soc. e Consorzio Controinteressata quattro Soc. Coop.

3. Con ricorso notificato in data 11 marzo 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 23, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in questione, oltre ai provvedimenti connessi indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - "eccesso di potere per irragionevolezza manifesta ed arbitrarietà; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità per quanto attiene ai punteggi tecnici assegnati"; rilevato che nel punteggio tecnico conseguito dalla prima e dalla seconda classificata vi è uno scarto di appena 0,06 punti, si denuncia che dai verbali di gara apparirebbe che i soli chiarimenti di Controinteressata siano stati presi in considerazione a seguito delle audizioni svolte; inoltre, viene denunciata l'irragionevolezza del punteggio attribuito al parametro B.2, identico per le due concorrenti malgrado il giudizio espresso sull'offerta di Ricorrente ne sottolinei la superiorità;



II - “violazione e falsa applicazione dell’art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché delle norme di partecipazione alla gara; eccesso di potere per sviamento della causa tipica, arbitrarietà e manifesta irragionevolezza; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento; violazione del principio della par condicio”, atteso che, con riferimento ai sub - parametri B.2 ed E, sarebbe stato consentito alla società Controinteressata di modificare il proprio progetto tecnico successivamente al termine per la presentazione dell’offerta; inoltre, le norme di partecipazione non avrebbero previsto la possibilità di effettuare audizioni, ma solo di richiedere chiarimento scritti;

III - “violazione e falsa applicazione dell’art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163”; in via subordinata, si denuncia l’illegittimità delle norme di partecipazione alla gara nella parte in cui avrebbero consentito la presentazione di elaborati ed informazioni integrative dell’offerta tecnica;

IV - “violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 2, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione e falsa applicazione della lex specialis in merito al rapporto tra prezzo e qualità; violazione e falsa applicazione dell’allegato E del D.P.R. 21.12.1999, n. 554”, in quanto l’Amministrazione procedente non avrebbe riparametrato il punteggio riferito alla qualità come invece accaduto con riferimento all’elemento prezzo;

V - “violazione e falsa applicazione dell’art. 78 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sotto il profilo della verbalizzazione; violazione e falsa applicazione della lex specialis; difetto di motivazione”, in quanto non sarebbero stati registrati né le informazioni che si intendevano acquisire dai concorrenti né il peso dato alle integrazioni delle offerte tecniche;

VI - “violazione e falsa applicazione delle norme di partecipazione in merito alla metodologia di attribuzione dei punteggi; carenza di motivazione”, posto che non sarebbero stati utilizzati i coefficienti previsti per i sub - parametri.

4. L’Azienda sanitaria provinciale si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione nel merito del ricorso

perché infondato.

5. Nei termini di rito si sono costituite in giudizio anche le controinteressate Controinteressata Facility Management S.p.A. e ALFA Service S.r.l., chiedendo anch'esse la reiezione del ricorso. La seconda di esse ha peraltro dichiarato di associarsi alla domanda principale nella sola parte in cui è eventualmente volta ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara.

6. Con ricorso incidentale notificato il 14 aprile 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 16, la società Controinteressata Facility Management controinteressata ha impugnato la deliberazione n. 27/2010 ed il verbale della Commissione di gara del 3.3.2009, nella parte in cui è stata ammessa alla gara la ricorrente Ricorrente Service, deducendo i seguenti motivi:

i - "violazione dell'art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché del punto 5 delle norme di partecipazione; nullità del contratto di avvalimento; difetto di istruttoria e assoluta carenza di motivazione; eccesso di potere per travisamento", attesa la assoluta genericità del contratto di avvalimento stipulato per il raggiungimento del requisito della capacità economica;

ii - "violazione dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché del punto 2 delle norme di partecipazione; violazione dell'art. 49, comma 2, lett. b) e c); difetto assoluto di istruttoria e motivazione; violazione dei principi di par condicio e concorrenzialità", in quanto l'istante non avrebbe prodotto le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale per tutti i soggetti titolari di poteri di rappresentanza ed anche con riferimento alle società delle quali avrebbe dichiarato di avvalersi.

7. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 19 maggio 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 1 giugno, Ricorrente Service ha impugnato il verbale della prima seduta di gara del 3.3.2009 e la deliberazione n. 27/2010 del 20.1.2010, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del raggruppamento capitanato da \*\*\*\*\* dalla procedura di gara,

deducendo le seguenti ulteriori censure:

VII - "violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, del punto 7 delle norme di partecipazione, degli artt. 42, commi 1, lett. a), e 4 e 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445", in quanto vi sarebbe difformità nelle date riportate su di una dichiarazione di conformità all'originale; solo la mandataria avrebbe presentato l'elenco dei principali servizi di sanificazione ambientale prestati nell'ultimo triennio ed unicamente una mandante avrebbe allegato il fatturato specifico per servizi resi presso strutture del servizio sanitario nazionale negli anni 2005, 2006 e 2007; una delle ditte esecutrici non avrebbe allegato il bilancio; altra ditta avrebbe violato le disposizioni in materia di diritto al lavoro dei disabili; due delle società mandanti non avrebbero effettuato il sopralluogo; non sarebbero state prodotte le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale con riferimento a tutti i soggetti che erano titolari di effettivi poteri di rappresentanza.

8. In prossimità dell'udienza di discussione le difese delle parti in causa hanno presentato documenti e memorie riepilogative delle rispettive posizioni.

9. Alla pubblica udienza di data 30 settembre 2010, sentiti i procuratori presenti, che hanno insistito nelle opposte argomentazioni, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento ha indetto una procedura aperta di gara per individuare il miglior contraente cui affidare per sei anni, eventualmente rinnovabile per altri tre, il servizio di sanificazione ambientale, e servizi accessori, da eseguirsi presso le proprie strutture.

L'importo complessivo a base d'asta stimato era pari ad € 12.730.000,00 e per l'aggiudicazione era stato

prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuarsi in base ai parametri prezzo (punti 50) e caratteristiche qualitative e tecniche (punti 50, così scorporati: organizzazione del servizio integrato, 19; metodologie tecnico - operative, 14; sistema di verifica del risultato, 10; sistema informativo, 4; sistema di autocontrollo, 3). Le norme di partecipazione alla gara avevano, poi, suddiviso ulteriormente gli elementi di valutazione tecnico/qualitativa in sub - parametri, per ciascuno dei quali era stato previsto il punteggio massimo attribuibile. Era stato, altresì, previsto che la Commissione di gara dovesse assegnare a ciascun sub - parametro un coefficiente sulla base della seguente scala: ottimo punti 1,00; buono punti 0,80; più che discreto punti 0,60; discreto punti 0,40; sufficiente punti 0,20.

Alla gara hanno partecipato le imprese ALFA Service S.r.l., Ricorrente Service S.r.l., il R.T.I. Controinteressata Facility Management S.p.A. (capogruppo) con le mandanti Consorzio Controinteressata quattro Soc. Coop. (a sua volta mandante con la consorziata Pulibenaco S.c.a.r.l.), Controinteressata due Servizi S.r.l. e Controinteressata tre Soc. Coop. Soc. ed infine il R.T.I. tra \*\*\*\*\* Coop. e \*\*\*\*\*

Come ricordato in fatto, il miglior punteggio tecnico è stato conseguito dalla società Ricorrente Service che ha ottenuto punti 38,70, seguita dalla ditta ALFA Service con punti 34,60 e quindi dal raggruppamento con a capo Controinteressata Facility Management con punti 33,60.

L'offerta economica più conveniente è stata invece presentata dalla società Controinteressata, che ha conseguentemente ottenuto 50 punti, mentre la ricorrente, che ha presentato un canone mensile pari ad € 1.038.251,91, si è graduata al terzo posto con 44,84 punti.

La graduatoria definitiva ha quindi visto collocarsi al primo posto l'offerta presentata dal R.T.I. guidato da \*\*\*\*\* con punti 83,60, seguita da quella della ditta Ricorrente Service con punti 83,54 e quindi da quella della società ALFA Service con punti 81,46.

2. La società Ricorrente Service ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio alla controinteressata Controinteressata Facility Management, deducendo plurimi motivi di censura basati sostanzialmente sull'arbitrarietà e sull'irragionevolezza del punteggio attribuito dalla Commissione all'offerta tecnica, sull'operato della stessa Commissione ed anche, con l'integrazione dei motivi aggiunti, sui requisiti di ordine generale dichiarati dall'aggiudicataria e ritenuti sussistenti dall'Autorità di gara.

2a. Si è costituita in giudizio l'intimata \*\*\*\*\* , in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria della costituita A.T.I., allegando la legittimità dell'operato della Stazione appaltante. Con ricorso incidentale ha poi dedotto che la ricorrente sarebbe stata illegittimamente ammessa alla procedura di gara, dalla quale ne ha chiesto quindi l'esclusione.

2b. L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari ha difeso l'operato della Commissione tecnica di gara, evidenziando che le audizioni hanno interessato in maniera uguale tutti gli offerenti, in ossequio al principio della par condicio, e che hanno permesso di conseguire specificazioni su elementi dell'offerta già depositati. Inoltre, i giudizi attribuiti per ciascun parametro e sub - parametro corrisponderebbero ai criteri di valutazione prestabiliti nel bando, il quale sarebbe stato rispettato anche per quel che riguarda la riparametrazione del solo elemento prezzo. Infine, l'Amministrazione ha posto in rilievo che l'aggiudicataria provvisoria è stata sorteggiata per la comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, che ha dato esito positivo.

3. Il Collegio premette che, quanto alle modalità di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, la giurisprudenza amministrativa reputa che il giudice amministrativo debba esaminarli entrambi, a prescindere dal relativo ordine, nel solo caso in cui ricorrente principale e incidentale siano i due soli soggetti ammessi ad una procedura concorsuale (cfr., C.d.S., Ad Pl., 10.11.2008, n. 11).

Negli altri casi si è affermato il principio per cui vada definito per primo il ricorso incidentale, il cui accoglimento renderebbe improcedibile per difetto d'interesse quello principale: le questioni prospettate con il ricorso incidentale, pur profilandosi come questioni di merito, producono, infatti, effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito (cfr., da ultimo, C.d.S., sez.

IV, 21.4.2009, n. 2435).

Il Tribunale ha già motivatamente dissentito da detta impostazione, sottolineando che, ove riferita ad un ricorso principale e ad uno incidentale che non riguardino distinte fasi della procedura concorsuale, non sembrano configurarsi razionali ragioni a sostegno dell'anteriorità logica riconosciuta al secondo rispetto al primo (cfr. T.R.G.A. Trento, 23.6.2008, n. 154). In tale evenienza, infatti, "il ricorso incidentale presentato dall'aggiudicataria non potrebbe assumere una valenza pregiudiziale rispetto a quello principale, in ragione della ritenuta sostanziale parità dei due mezzi di impugnazione, garantita dalla Costituzione, per cui, in linea di principio, non si potrebbe giustificare un trattamento privilegiato del ricorso incidentale rispetto a quello principale" (cfr. T.R.G.A. Bolzano, 11.3.2008, n. 64).

Reputa il Collegio, dunque, che, in difetto di ragioni per modificare il proprio indirizzo, l'ordine di trattazione dei due ricorsi debba essere funzionale ai principi che presiedono alla salvaguardia degli interessi coinvolti e meritevoli di tutela nel rapporto processuale: essi sono riassumibili nel primario principio di effettività della tutela giurisdizionale, e solo successivamente in quello, subordinato al primo, di economia processuale. In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, precisando che "il diritto alla tutela giurisdizionale postula, quale suo indefettibile corollario, anche quello alla perfetta parità della posizione delle parti in causa e questa non si realizza se ... si riconnette efficacia c.d. paralizzante alla controimpugnazione del controinteressato: questa impostazione, all'evidenza, finisce con l'assegnare all'aggiudicatario un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento" (cfr. sez. V, 13.11.2007, n. 5811).

Con la pronuncia sopra ricordata il Tribunale ha, altresì, precisato che la riportata posizione postula che il ricorso incidentale non si presenti come un mezzo per proporre un'eccezione, ma come una vera e propria azione impugnatoria posta a tutela di un interesse sorto a seguito della proposizione del ricorso principale. Solo in tal senso, dunque, il ricorso incidentale deve considerarsi accessorio rispetto a quello principale, posto che l'interesse all'impugnazione si costituisce esclusivamente a seguito della proposizione del primo; il che si traduce nel conseguente corollario che, quando la minaccia introdotta dal ricorso alla giustizia viene meno per qualsivoglia ragione, viene immediatamente meno l'interesse del ricorrente incidentale.

A ciò consegue, sul piano applicativo, che le due domande, quando agiscono sullo stesso piano, ossia presentano censure attinenti allo stesso segmento procedimentale, siano entrambe conoscibili ai fini della conclusiva definizione di esse senza che possa affermarsi la sussistenza di alcuna priorità giuridica tra il ricorso incidentale rispetto a quello principale: il che induce poi, le dovute conseguenze in rito o nel merito in relazione alla reiezione o meno del ricorso principale. E soltanto nella prima ipotesi, ossia nel caso di reiezione dell'istanza primaria, a causa dell'esistente rapporto d'accessorietà che si costituisce tra la prima e la seconda impugnazione, s'impone necessariamente, a parere del Collegio, l'assorbimento dei motivi dedotti nella seconda, essendo venuto meno, per effetto della pronuncia, quell'interesse al ricorso che si era originariamente costituito proprio a seguito della proposizione del ricorso principale.

Applicando dunque i principi suesposti nella vicenda all'esame, si osserva che la ricorrente, seconda classificata nella graduatoria di gara, mira ad estromettere dalla posizione di aggiudicataria provvisoria il R.T.I. controinteressato, deducendo motivi fondati sulla presunta illegittimità della valutazione dell'offerta tecnica, ma associandovi l'asserita illegittimità dell'ammissione del nominato raggruppamento al confronto concorrenziale; da altro lato, con la propria impugnazione incidentale, l'impresa capofila aggiudicataria oppone all'azione intentata dalla ricorrente una controazione intesa a minare ab imis la stessa legittimazione al ricorso dell'avversaria, censurando la sua ammissione alla gara in quanto carente di requisiti essenziali.

Il che significa, in definitiva, che il ricorso incidentale non può essere esaminato con priorità rispetto all'impugnazione principale, stante la richiamata garanzia costituzionale della parità delle parti nel processo amministrativo. In altri termini, la relativa trattazione presuppone la previa delibazione della fondatezza del ricorso principale, perché solo in questo caso si apprezza l'interesse processuale del controinteressato alla coltivazione e alla decisione della sua controazione.

4a. Ciò chiarito, si osserva che, con i primi tre mezzi dell'atto introduttivo, che possono essere esaminati congiuntamente, la ricorrente deduce anzitutto la violazione dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici sul rilievo che la commissione tecnica avrebbe interloquuto con i concorrenti per il miglior apprezzamento delle loro offerte. Ciò avrebbe permesso al R.T.I. Controinteressata di modificare, correggere e integrare la propria offerta tecnica e, conseguentemente, alla commissione di incrementare il punteggio che, sulla

sola valutazione preliminare del progetto, sarebbe stato assegnato ai sub - parametri B.2 ed E.

4b. Le dette censure devono essere disattese.

Il bando di gara aveva effettivamente riferito alla commissione tecnica la facoltà di richiedere “a tutti o ad alcuni dei concorrenti ... ulteriori elaborati e/o informazioni di approfondimento ed integrazione delle offerte al fine di acquisire ulteriori elementi necessari per la valutazione”.

Sul potere - dovere della stazione appaltante di chiedere chiarimenti, la giurisprudenza amministrativa ha spesso affermato che l'integrazione documentale debba riferirsi alla sola “documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione”, per cui non è possibile rettificare o comunque modificare gli elementi costitutivi dell'offerta tecnica. In tal senso, il Consiglio di Stato ha sostenuto che “la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta non è un dovere assoluto ed incondizionato, ma incontra i seguenti precisi limiti applicativi: a) l'inderogabile necessità del rispetto della par condicio, in quanto l'art. 6 della L. n. 241 del 1990, non può essere invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; b) il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; c) l'ammissibilità nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire” (cfr, C.d.S., sez. V, 27.3.2009, n. 1840).

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia anche osservato che i chiarimenti tecnici sull'offerta possono essere “necessari a dirimere alcuni dubbi emersi nel corso dell'esame dei progetti presentati dai raggruppamenti concorrenti, poiché, attraverso tali modalità, la stazione appaltante riesce a contemperare il rispetto del principio di segretezza con le esigenze di partecipazione” (cfr., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 30.6.2004, n. 2670).



4c. Nel caso in esame, risulta che la commissione tecnica per la valutazione delle offerte ha proceduto in tal senso nelle sedute del 5 e del 19 ottobre, nonché del 4 novembre 2009, durante le quali ha analizzato integralmente le offerte dei concorrenti esprimendo un giudizio per ciascun parametro e sub - parametro. Successivamente, il 6 e l'11 novembre, ha incontrato in separate sedi i concorrenti che hanno così avuto l'opportunità di illustrare la loro offerta e di rispondere ad alcune domande della commissione.

Dai verbali delle tre audizioni con i rappresentanti delle ditte concorrenti, trasmessi agli interessati a stretto giro di posta e dimessi dall'Amministrazione con gli atti depositati in data 17.9.2010, emerge che, sostanzialmente, gli incontri hanno avuto oggetto analogo: l'illustrazione del sistema informativo proposto, le procedure afferenti i diversi tipi di controllo, notizie sull'organico e sulla gestione delle squadre di pulizia, la dimostrazione pratica del carrello per le pulizie quotidiane. Il successivo giorno 23 novembre è stata complessivamente riesaminata tutta la documentazione tecnica e, infine, il 10 dicembre, è stato assegnato il punteggio spettante a ciascuna offerta tecnica.

4d. Dall'esame della vista documentazione emerge che l'operato della commissione non ha violato né la par condicio dei concorrenti, posto che a tutti è stata offerta la possibilità di illustrare il sistema proposto, né il principio di imparzialità, perché non vi è stata alcuna rimessione in termini, consentendo surrettiziamente ai concorrenti di sanare tardivamente le carenze delle loro proposte o integrando le offerte già presentate, così come non sono stati richiesti nemmeno nuovi elementi rispetto a quelli che costituivano l'offerta già acquisita.

In definitiva, dalla lettura di tutti i verbali, il Collegio ritiene che gli incontri con i rappresentanti delle offerenti abbiano meramente agevolato la comprensione dei rispettivi progetti da parte della commissione di gara, senza alcuna aggiunta di elementi tecnici innovativi e con la sola possibilità di chiarire procedure operative e informazioni già depositate nei termini di rito. Sicché, quanto avvenuto non ha inficiato la legittimità dell'istruttoria in difetto della violazione del principio della par condicio e di un regolare svolgimento dell'istruttoria tecnica.

4e. Con riferimento al criterio di valutazione B2, è stato nella specie accertato che gli imballaggi

dell'offerta Controinteressata erano etichettati con diciture multilingue corrispondenti a quanto prescritto. L'apprezzamento in precedenza manifestato è stato quindi rettificato e quel sub - parametro ha ricevuto il giudizio "buono" e il punteggio di 1,60. L'incongruenza denunciata perché identico punteggio è stato conseguito, per lo stesso parametro, dall'offerta Ricorrente non pare inattendibile, atteso che la differenza tra i due giudizi si risolve nella denunciata mancanza della scheda tecnica del prodotto "Alcolnet", fattore del tutto irrilevante trattandosi di un composto chimico notorio.

Parimenti non risulta implausibile la diversità di punteggio (contenuta in soli 0,10 punti), conseguita dalle due concorrenti sul sub - parametro E, riguardante l'illustrazione del sistema di autocontrollo: il giudizio espresso sul prodotto offerto da Controinteressata non appare incidere invero sull'adeguatezza tecnologica rispetto a quanto richiesto, riguardando le sole modalità user friendly del sistema.

I primi tre motivi del ricorso principale devono essere pertanto disattesi.

5a. Con il quarto mezzo si denuncia la violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'allegato E del D.P.R. n. 554 del 1999 sul presupposto che la Commissione non avrebbe effettuato la riparametrazione dei punteggi in ordine alla qualità, assegnando perciò 50 punti alla ditta considerata migliore qualitativamente, come invece effettuato con il fattore prezzo. In tal modo, a detta dell'istante, si sarebbe determinata la violazione del rapporto qualità - prezzo stabilito dalla stazione appaltante al 50% ancora in sede di redazione del bando di gara.

5b. Dette argomentazioni sono matematicamente perspicaci e teoricamente condivisibili, ma non possono trovare accoglimento, posto che:

- il richiamo all'allegato E del D.P.R. n. 554 del 1999 è peraltro del tutto inconferente: le relative disposizioni, richiamate dall'art. 64, si riferiscono, infatti, all'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e prevedono la riparametrazione dei pesi previsti per l'elemento di

partenza, qualora il bando stabilisca la suddivisione degli elementi attinenti alla professionalità e alle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta, desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni, in sub - elementi e sub - pesi;

- il criterio della riparametrazione, attinente ad una modalità fondamentale della valutazione dell'offerta, può essere utilizzato solo se previsto nel bando di gara e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice; nella lex specialis detto criterio era stato codificato solo con riferimento alla valutazione dell'elemento prezzo e pertanto alla commissione di gara non competeva altro compito che sommare i punteggi qualitativi con la cifra ottenuta dal prezzo riparametrato, senza che alla migliore offerta tecnica potesse essere attribuito il punteggio massimo previsto nel capitolato;

- in generale, il Collegio rileva, infine, che la ripartizione del punteggio siffattamente stabilita soltanto apparentemente suddivideva il punteggio nel 50% per l'offerta tecnica e per quella economica, essendo già a priori palese che i concorrenti ne avrebbero tenuto conto nella modulazione delle loro offerte nella piena consapevolezza che non sarebbe stato obiettivamente possibile, in difetto di ogni previsione al riguardo, guadagnare per l'offerta tecnica il massimo punteggio astrattamente previsto nel bando di gara: il che ha dunque escluso ogni discriminazione fra di essi, ove si consideri che l'elemento prezzo assumeva in ogni caso un ruolo poziore, maggiore o minore a seconda della qualità tecnica delle offerte, ma sempre al di sopra della soglia di parità che ne governava solo astrattamente il rapporto.

6. Anche il quinto motivo, ancora attinente ai verbali di gara, non può essere accolto, perché le audizioni delle ditte concorrenti sono state indette con una nota, identica per ciascuna di esse, nella quale si anticipavano le questioni che sarebbero state trattate nell'incontro; perché ogni incontro è stato verbalizzato e il verbale è stato inviato a ciascun interessato il giorno stesso o quello successivo allo svolgimento dell'incontro.

7. L'ultimo mezzo del ricorso principale, con il quale è stata contestata l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, non merita miglior sorte, restando del tutto indifferente che la commissione tecnica

abbia espresso il proprio giudizio con un'articolata illustrazione anziché nei termini più sintetici previsti nel bando (ottimo, buono, più che discreto, discreto, sufficiente): ciascun parametro e sub - parametro è stato invero valutato con una motivazione che corrisponde alla griglia dei giudizi prevista dalla normativa di gara. Neppure arbitraria è la traduzione di detta motivazione in un punteggio numerico utilizzando non solo i coefficienti previsti (1,00 - 0,80 - 0,60 - 0,40 - 0,20), ma anche fattori intermedi, in quanto concretamente rapportati al contenuto della valutazione ottenuta.

8a. Con il mezzo introdotto con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente denuncia l'insussistenza di alcuni requisiti di ordine generale in capo alle imprese costituenti il R.T.I., argomentando che ciò avrebbe reclamato un provvedimento di esclusione dalla gara.

Il motivo è fondato nella parte in cui è stato denunciato che le mandanti Controinteressata due Servizi S.r.l., Controinteressata tre Soc. Coop. Soc. e Consorzio Controinteressata quattro Soc. Coop., tramite la consorziata Pulibenaco S.c.a.r.l., non hanno fornito alcuna dimostrazione dei principali servizi svolti nel triennio 2005 - 2007.

8b. La difesa della Stazione appaltante oppone in proposito che il bando non avrebbe richiesto espressamente a tutte le ditte partecipanti in R.T.I. la presentazione di documentazione attestante l'erogazione di servizi nel campo della sanificazione ambientale; che perciò sarebbe stato sufficiente che il relativo requisito fosse posseduto dalla sola mandataria Controinteressata, la quale avrebbe dimostrato di aver svolto i servizi nei termini indicati. Anche la controinteressata si appella al dettato letterale del punto 7 del bando, che non imporrebbe specifici requisiti a tutte le imprese associate in R.T.I., per concludere che è il raggruppamento, nel suo complesso, che dovrebbe dimostrare il possesso dei requisiti minimi di esperienza richiesti dal bando, anche se non posseduti da tutti i partecipanti; allega poi che, in ogni caso, tutte le imprese aderenti all'associazione aggiudicataria sarebbero qualificate per l'esecuzione delle attività richieste.

Le svolte argomentazioni difensive non possono essere condivise, così come non si può avallare la tesi che confonde, indistintamente, la classificazione, rapportata alla quota di servizio che sarebbe stato svolto,

con l'effettiva dimostrazione del possesso di requisiti di capacità tecnico professionale in capo alle partecipanti alla gara.

8c. Al riguardo, occorre premettere che il bando aveva previsto che potessero concorrere imprese sia singole che in forma associata e che, in tal caso, dovessero essere specificate le singole quote del servizio che sarebbero state rispettivamente eseguite, purché dette quote si concretizzassero in una parte completa e ben definita di attività, il 60% della quale doveva comunque essere eseguita in modo diretto dalla società capofila. Il bando richiedeva poi, tra la documentazione di ammissione, la presentazione dell'elenco dei principali servizi di sanificazione ambientale svolti presso strutture del servizio sanitario nazionale, o strutture accreditate, negli ultimi tre anni (2005, 2006 e 2007), nel numero minimo di tre con l'indicazione di importi, date e destinatari, che dimostrassero l'esperienza svolta in determinate aree di attività (blocco operatorio, area di alta specializzazione e area sanitaria) e per una superficie minima indicata in metri quadrati (cfr., punto 7).

8d. L'art. 42 del D.Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione "delle capacità tecniche dei concorrenti" possa essere fornita secondo diverse modalità, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi; che i requisiti richiesti possano essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta; che la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara, sia richiesta all'aggiudicatario.

La giurisprudenza amministrativa ha concordemente affermato che in caso di raggruppamento temporaneo di imprese cosiddetto orizzontale, nel quale tutti gli operatori economici concorrono all'esecuzione della medesima prestazione oggetto di appalto, i requisiti di capacità tecnica ed economica devono essere posseduti da ciascuna impresa in R.T.I., "quantomeno in una misura minima giuridicamente apprezzabile, non essendo sufficiente il possesso di tali requisiti unicamente da parte di una sola delle imprese riunite" (cfr., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 7.4.2009, n. 3227). In tal senso, è stata considerata legittima l'esclusione da una gara d'appalto di un'associazione concorrente composta da imprese parzialmente prive dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando ai fini della partecipazione alla gara, "atteso che, per costante orientamento giurisprudenziale, non è sufficiente la dimostrazione del possesso di detti requisiti da parte dell'associazione nel suo complesso, occorrendo invece la

dimostrazione da parte di ciascuna impresa raggruppata” (cfr., T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1.4.2003, n. 2878).

Sul punto, deve essere ancora osservato che, nel vigente quadro normativo, le forme di aggregazione dei soggetti aspiranti all'affidamento di appalti pubblici hanno essenzialmente lo scopo di aprire la dinamica concorrenziale, consentendo la coalizione di imprese di minori dimensioni per favorire la loro crescita e soprattutto l'ingresso su mercati più estesi. In questa prospettiva, i raggruppamenti temporanei sono comunque assoggettati ad un trattamento tendenzialmente uguale, o comunque non deteriore, rispetto a quello previsto, in generale, per i soggetti che partecipano alla gara singolarmente. “Pertanto, relativamente ai requisiti per l'accesso alla gara, salvo che non si tratti di condizioni soggettive che, per prescrizione di legge o per espressa disposizione di bando, devono essere necessariamente possedute singolarmente da ciascuna delle imprese riunite, la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica dei raggruppamenti, quando si riferisce ad aspetti di carattere oggettivo, va effettuata, in via di principio, cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate” (cfr., T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 14.7.2006, n. 7509).

Tuttavia, proprio per impedire che si verifichino situazioni distorsive degli assetti concorrenziali, è imprescindibile l'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti. “Tale esigenza si presenta ancora più impellente nel caso di raggruppamento temporaneo orizzontale, nel quale tutti gli operatori economici concorrono all'esecuzione della medesima prestazione oggetto di appalto, con la conseguenza che analogo rigore deve essere osservato sia in presenza di requisiti non frazionabili che di quelli frazionabili, quali la capacità tecnica ed economica. Ne deriva che, nell'ipotesi di requisito frazionabile, esso deve essere posseduto da ciascuna impresa in A.T.I. nella misura prescritta dalla legge o dal bando e, in mancanza, almeno in una misura minima giuridicamente apprezzabile” (cfr., T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7.10.2008, n. 13437).

Sull'ulteriore questione della corrispondenza, perfetta o imperfetta, tra requisiti per l'accesso alla gara e ripartizione dei servizi futuri, il Collegio fa propria la recente considerazione della giurisprudenza amministrativa volta ad osservare che “il principio di corrispondenza sostanziale, già in fase di offerta, tra

quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, da tempo affermatosi in materia di lavori e sancito nell'art. 37, comma 6, D.Lgs. n. 163 del 2006, non è estensibile agli appalti di servizi (per i quali, come è noto, il nostro ordinamento non contempla un rigido sistema normativo di qualificazione dei soggetti esecutori) in cui è riconosciuta alle Amministrazioni aggiudicatrici una più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento di imprese” (cfr., T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 27.2.2009, n. 423).

Negli stessi termini è stato altresì osservato che l'art. 37, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006 “si limita a stabilire che le associazioni temporanee di imprese devono specificare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascun singolo operatore, mentre il successivo art. 42 nulla dispone in merito al rapporto tra requisiti di capacità tecnica e quota di partecipazione all'associazione temporanea”, e che pertanto, “in ipotesi di affidamento di appalti di servizi ovvero di forniture”, le ditte riunite in raggruppamento è sufficiente che dimostrino “ai fini della partecipazione e dell'ammissione delle domande, il possesso dei requisiti indicati nel bando e corrispondenti al tipo di servizio o di fornitura da eseguirsi” (cfr., T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9.10.2009, n. 9861).

Tornando alla vicenda di causa, emerge dagli atti versati in giudizio che, come rilevato dalla ricorrente, il raggruppamento aggiudicatario provvisorio ha prodotto l'elenco dei principali servizi di sanificazione ambientale svolti, secondo quanto disposto dalla citata normativa di gara, solo con riferimento all'attività resa dalla mandataria Controinteressata (cfr., doc. n. 1 in atti della controinteressata depositati in data 7.9.2010), mentre le società mandanti non hanno allegato alcunché, pur risultando esecutrici di una quota corrispondente al 22,74% del servizio appaltato. Occorre quindi concludere che, nella procedura di evidenza pubblica in esame, relativa all'affidamento di un servizio di sanificazione ambientale, le imprese facenti parti di un raggruppamento temporaneo debbano invece possedere tutte, quantomeno in una misura minima giuridicamente apprezzabile, i requisiti di capacità tecnica previsti dal bando, non essendo possibile che essi siano posseduti da una sola partecipante, sebbene esecutrice di un'alta percentuale dell'attività di servizio.

D'altronde, l'assunto da cui muove la corretta interpretazione della *lex specialis*, eterointegrata dalla

normativa di riferimento, richiede che le imprese partecipanti si avvalgano del raggruppamento per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma non per eludere le norme d'ammissione stabilite dal bando di gara e consentire così la partecipazione di imprese non in possesso dei requisiti richiesti, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare.

9. In ragione di quanto sopra il ricorso principale è dunque fondato, con assorbimento delle altre censure non specificatamente esaminate.

10. Essendosi ora concretizzata la minaccia introdotta con il ricorso principale e di conseguenza l'interesse della \*\*\*\*\*à ricorrente incidentale, il Collegio passa ora all'esame del ricorso accessorio, il quale deve essere però definito con esito negativo per la controinteressata.

11a. Con il primo motivo si assume che la società Ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dal confronto per carenza del requisito di ammissione previsto dal punto 5 delle norme di partecipazione, concernente il patrimonio netto di impresa, che la ricorrente avrebbe provato attraverso un contratto di avvalimento che sarebbe nullo a causa della sua assoluta genericità.

La censura non presenta alcun pregio.

È sufficiente osservare che il requisito relativo all'affidabilità patrimoniale, richiedente un patrimonio netto superiore a € 12.500.000,00, poteva essere assolto con diversi strumenti, quali l'avvalimento, l'apertura di una linea di credito dedicata all'appalto, una polizza fideiussoria vincolata, e "per un valore garantito pari a quello richiesto per il patrimonio" (cfr., chiarimento della Stazione appaltante pubblicato in data 3.12.2008).

La società Ricorrente ha dimostrato il possesso del requisito in via principale con l'apertura di una linea di



credito dedicata all'appalto presso la Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. e, solo subordinatamente, con un contratto di avalimento sottoscritto con un'impresa ausiliaria (cfr. doc. n. 1 in atti della ricorrente depositati in data 16.9.2010), circa il quale era lasciato all'Amministrazione l'apprezzamento della sua eventuale utilità meramente integrativa.

11b. Il secondo mezzo del ricorso incidentale deduce la violazione della lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici sul fondamento che la ricorrente non avrebbe reso le prescritte dichiarazioni sia con riferimento a tutti i soggetti dotati di potere di rappresentanza nella compagine sociale, risultando mancante quella del sig. \*\*\*\*\*, sia riferite ai rappresentanti della \*\*\*\*\*à Operosa della quale Ricorrente aveva dichiarato di avvalersi.

Anche detto mezzo non merita accoglimento.

In punto di fatto occorre osservare che il bando di gara, al punto 2.b) si è limitato a prescrivere che tutti i concorrenti dovessero presentare la dichiarazione di possesso dei requisiti di ordine generale cui al nominato art. 38; ha poi stabilito la pena dell'esclusione per la mancanza, l'irregolarità o la difformità della suddetta dichiarazione; non ha, tuttavia, soggiunto alcuna specifica ed ulteriore causa di esclusione in relazione alla fattispecie in esame.

L'invocato art. 38 stabilisce, in particolare, che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di lavori, forniture e servizi le imprese con amministratori muniti del potere di rappresentanza e direttore tecnico, sia in carica che cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

La legittimazione a rendere la dichiarazione del possesso dei requisiti di cui al citato art. 38 spetta dunque al legale rappresentante dell'impresa ed essa assume come destinatari, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato che il Collegio condivide, "tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato" (cfr., C.d.S., sez. V, 9.3.2010, n. 1373).

Non ignora il Tribunale il complesso dibattito sviluppatosi sulla portata del menzionato art. 38, le disposizioni del quale possono essere integrate anche in relazione alle ulteriori disposizioni integrative contenute nei bandi di gara, tema sul quale la giurisprudenza amministrativa non ha ancora trovato soluzioni unanimi. In proposito, questo Tribunale ha già avuto occasione per affermare che sussiste detto obbligo di dichiarazione nei confronti "di chi rivesta (o abbia rivestito) la carica di amministratore, ma anche di colui che, in qualità di vice presidente vicario, o di institore, o di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali". In definitiva, valorizzando più l'effettività del potere che la mera titolarità, "il requisito della moralità professionale deve essere valutato in capo ai soggetti che svolgono funzioni rappresentative delle ditte concorrenti nella gare pubbliche, avuto riguardo alle funzioni sostanziali di essi più che alle qualifiche formali e, quindi, al concreto esercizio del potere di rappresentanza della persona giuridica" (cfr., T.R.G.A., 24.6.2010, n. 162 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Il Tribunale ha precisato, altresì, che presupposto indefettibile per l'esclusione dalla gara, ai sensi del solo art. 38, è, peraltro, la sussistenza di precedenti penali per gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale, mentre non assume alcun rilievo, in assenza di una specifica disposizione nella normativa di gara, "il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina normativa".

Nella specie, nemmeno in corso di giudizio alcun principio di prova è stato offerto sull'esistenza o meno di precedenti penali a carico dei nominati amministratori. Deve pertanto concludersi che, in mancanza di prove dirette ad evidenziare che le dichiarazioni sul pregiudizio penale carenti della specificazione di

amministratori che abbiano ricoperto cariche rilevanti abbiano attribuito una posizione di vantaggio, anche solo per il profilo morale, al concorrente che le ha prodotte (e che quindi esse, anche potenzialmente, abbiano inciso sul procedimento fuorviando le statuizioni della stazione appaltante - cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 8.7.2010, n. 4436), debba essere fatta applicazione del cosiddetto falso innocuo. Trattasi, in definitiva, “per mutuare categorie penalistiche, di un falso privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione” (cfr., C.d.S., sez. V, 13.2.2009, n. 829 e, in termini, T.R.G.A. Trento, 7.10.2009, n. 251).

Giova in ogni caso precisare, per completezza, che dal combinato disposto dello Statuto della società Ricorrente (che prevede che la rappresentanza spetti, anche in via disgiunta, a tutti gli amministratori) con il verbale del Consiglio di amministrazione del 29.6.2002 (che ha ripartito gli incarichi fra gli amministratori \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e che solo a quest'ultimo ha affidato la rappresentanza legale della società e il potere di firma degli atti), si evince che il sig. Carrato non ha esercitato alcun effettivo potere di rappresentanza per Ricorrente Service fino al 20 maggio 2008, quando ha ricevuto una specifica delega per lo sviluppo commerciale, “con i più ampi poteri di rappresentanza e di firma ... per mesi sei”, ma limitatamente alla Romania (cfr. verbale del consiglio di amministrazione del 20.5.2008 - documenti n. 5 e n. 6 in atti dell'interessata di data 16.9.2010).

Da ciò si ricava che, avuto riguardo alla funzione sostanziale di amministratore, il Carrato non era né è attualmente in grado di impegnare validamente la \*\*\*\*\*à Ricorrente e pertanto nemmeno può trasferire su di essa gli effetti del proprio operare.

Quanto alla mancata produzione delle dichiarazioni sul cosiddetto pregiudizio penale per le posizioni degli amministratori della società chiamata in causa da Ricorrente Service con il citato contratto di avvalimento, va osservato che trattasi di un'ulteriore deduzione avulsa da qualsiasi principio di prova che ne rappresenti gli indebiti effetti. In ogni caso, il ricorso a quel contratto, come già osservato più sopra, è stato superato con l'apertura di una linea di credito dedicata all'appalto.

Con queste motivazioni deve dunque essere disatteso anche l'ultimo mezzo introdotto con il ricorso incidentale.

12. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso incidentale deve essere respinto e, a seguito dell'accoglimento del ricorso principale, si dispone l'annullamento dell'impugnata aggiudicazione provvisoria e degli altri atti in epigrafe indicati.

Le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbono porsi a carico delle parti soccombenti.

Condanna conseguentemente l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento e \*\*\*\*\* in solido tra di loro, a corrispondere a Ricorrente Service S.r.l. la complessiva somma di € 9.800,00 (novemilaottocento), (di cui € 9.000,00 per onorari ed € 800,00 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali.

Le spese nei confronti di ALFA Service S.r.l. possono rimanere compensate.

P.Q.M.

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento  
(Sezione Unica)**

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 62 del 2010:

- quanto al ricorso principale, lo accoglie;

- quanto al ricorso incidentale, lo respinge.

Condanna l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento e  
\*\*\*\*\* al pagamento in solido delle spese di giudizio, liquidate come  
da motivazione.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2010 con l'intervento dei  
magistrati:

\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*, Consigliere

Alma Chiettini, \*\*\*\*\*, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi \_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

IL FUNZIONARIO

<https://www.diritto.it/applicazione-del-cosiddetto-falso-innocuo-nemmeno-in-corso-di-giudizio-alcun-principio-di-prova-e-stato-offerto-sull-esistenza-o-meno-di-precedenti-penali-a-carico-dei-nominati-amministratori/>