

Vicende giuridiche societarie e soccorso istruttorio

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 28-4-2017

Se in principio, ad evitare possibili condizionamenti nella valutazione dei progetti tecnici e dunque a preservare la genuinità dei due tratti del giudizio, i due tipi di offerta non vanno commisti, resta tuttavia compatibile – alla luce dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità - con la regola di separatezza e segretezza dell’offerta economica (da sempre esaminare per prima e sempre nella segretezza dell’offerta economica) l’allegazione all’offerta tecnica di un computo metrico estimativo recante l’indicazione dei prezzi unitari concernenti le proposte migliorative, alla condizione che non siano indicati i prezzi già scontati, il che solo costituirebbe una violazione del principio di segretezza dell’offerta economica.

Il soccorso istruttorio, disciplinato dal citato comma 2-bis, può trovare applicazione solo nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2;, ma non ha applicazione nella diversa ipotesi di dichiarazioni che non siano mancanti, incomplete o irregolari bensì false, stante “l’inammissibilità di qualsiasi forma di regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o della falsa dichiarazione”.

In particolare, nel caso in cui si sia verificata una fusione, cessione o incorporazione, il possesso del requisito va comprovato dal candidato o concorrente – anche in base allo specifico disciplinare della gara in esame – con la presentazione di una duplice dichiarazione: una dichiarazione sostitutiva propria, circa il verificarsi la relativa vicenda, che indichi l’impresa o ramo di azienda acquisiti; e una dichiarazione resa dai soggetti rilevanti dell’impresa o ramo di azienda acquisita, circa tutte le condanne penali riportate, comprese quelle con il beneficio della non menzione nel certificato del casellario giudiziale.

Nel caso, invece, in cui il concorrente – a fronte della specifica richiesta formulata nel disciplinare di gara – assuma che non si sia verificata alcuna fusione, cessione o incorporazione nell’ultimo anno, deve, parimenti, attestarlo mediante dichiarazione sostitutiva.

Guida alla lettura

Con pronuncia del 9 marzo il Consiglio di Stato ripone nuovamente la sua attenzione sull’ambito applicativo dell’istituto del soccorso istruttorio, con particolare riferimento alle ipotesi in cui la società partecipante sia coinvolta da vicende di successione o fusione societaria.

Prima di giungere all'analisi del principale motivo di ricorso, tuttavia, con riferimento al primo gravame oggetto di appello incidentale, il Collegio afferma il principio di diritto secondo cui **nella valutazione dei progetti tecnici l'allegazione tecnica di un computo metrico estimativo non può contenere l'indicazione dei prezzi già scontati, poiché ciò costituisce una violazione del principio di segretezza dell'offerta economica** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 901).

In linea con l'orientamento giurisprudenziale può dunque affermarsi che la valutazione delle offerte tecniche deve precedere quella delle offerte economiche, e che queste ultime vanno contenute in buste separate e sigillate, le quali possono essere aperte dalla commissione solo una volta completata la fase di valutazione delle offerte tecniche. L'offerta tecnica, dunque, non può contenere l'offerta economica, né elementi che consentano di ricostruire quest'ultima. I soli elementi economici ammessi sono quelli necessari per fornire elementi qualitativi, a patto che non facciano parte dell'offerta economica, ovvero rispetto alla stessa risultino isolati o marginali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2016, n. 703; *Id.*, 12 novembre 2015, n. 5181; *Id.*, 2 luglio 2015, n. 3295).

Con riguardo al primo motivo dell'appello principale, invece, il Supremo Consesso amministrativo muove il proprio percorso argomentativo dal combinato disposto degli artt. 38 e 46 D.lgs. 163/2006, non essendo chiaro se l'aggiudicataria possa avvalersi dell'istituto del soccorso istruttorio qualora il disciplinare di gara preveda l'obbligo per il concorrente di dichiarare tutte le acquisizioni di azienda intervenute nell'ultimo anno a seguito di fusione, cessione o incorporazione.

Sul punto la Corte afferma che **il soccorso istruttorio trova applicazione solo nell'ipotesi in cui si realizzi una mancanza, un'incompletezza, ovvero una mera irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38 comma 2 cit., non anche nel caso in cui dette dichiarazioni siano contaminate da falsità**, atteso che è inammissibile una regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o di una falsa dichiarazione.

L'applicazione di tale istituto alle ipotesi in cui la società partecipante sia coinvolta da una fusione, una cessione o una incorporazione aziendale porta a concludere che **i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sostitutive vanno individuati adottando l'art. 38 comma 2 primo periodo**, l'eventuale condanna concernendo soggetti rilevanti rispetto all'impresa o al ramo d'azienda acquisiti a seguito di fusione, cessione o incorporazione. Nel dettaglio, in una delle predette ipotesi, il possesso dei requisiti va provato a mezzo di una duplice dichiarazione: una dichiarazione sostitutiva concernente il verificarsi della vicenda societaria e una dichiarazione resa dai soggetti rilevanti dell'impresa o del ramo d'azienda acquisita concernente tutte le condanne penali riportate, comprese quelle con il beneficio della non menzione nel certificato del casellario giudiziale.

Qualora la predetta dichiarazione sostitutiva risulti incompleta trova applicazione l'istituto del soccorso istruttorio. Non lo stesso, invece, in caso di dichiarazione falsa (cfr. Cons. Stato., Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 5).

Con la decisione oggetto di commento, a pochi giorni di distanza da un precedente pronunciamento (Cons. Stato, sez. V 27 marzo 2017 n. 1373), il Supremo Consesso amministrativo, torna sul delicato tema della partecipazione alla gara in presenza di particolari vicende che interessano la ditta partecipante, quali ad esempio fusioni, incorporazioni, cessioni, affitti di rami d'azienda.

Temperando il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, nell'ottica di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese che consenta loro di procedere ad una riorganizzazione aziendale senza che ciò pregiudichi lo svolgimento di una gara pubblica (Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370), l'art. 51 D.lgs. 163/2006 sancisce che **nei confronti del cessionario/affittuario di azienda non possono pretendersi altri requisiti se non quelli già esigibili secondo legge nei riguardi del suo dante causa e degli altri concorrenti, ossia quelli previsti dalla disciplina legale e dalla *lex specialis*.**

Detta disposizione, pertanto, applicabile tanto alle imprese che concorrano in gara come singole quanto a quelle che vi concorrano in associazione con altre, richiede soltanto l'accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62 medesimo Codice appalti 2006 (ormai abrogato).

La contrazione del principio di immodificabilità soggettiva in favore dell'allargamento del bacino dei partecipanti alle commesse pubbliche, in un'ottica di massima concorrenza, porta così a concludere che **l'atto di scissione della società non crea una discontinuità tra la vecchia e la nuova titolarità aziendale, al contrario producendo un mantenimento di tutti gli elementi patrimoniali attivi e passivi e dunque un sub ingresso in ogni rapporto giuridico della nuova società beneficiaria.**

In termini il Supremo Consesso amministrativo ha espressamente previsto il rispetto degli obblighi di cui all'art. 38 cit. anche con riferimento agli amministratori e ai direttori tecnici operanti presso l'impresa cedente a seguito di cessione del ramo d'azienda (Cons. St. sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327).

Ciò posto in termini generali, e venendo a trattare il principio di diritto espresso dal *decisum* in esame, il Consiglio di Stato ribadisce la concreta modalità operativa del soccorso istruttorio, il quale, sia pure nell'ottica di massima partecipazione alla gara, che in punto di esclusione ha determinato la prescrizione del principio di tassatività delle cause di esclusione del bando di gara, con conseguente ampliamento dell'operatività dell'opposto istituto del soccorso istruttorio, non è idoneo a colmare lacune gravi perpetuate da parte delle ditte partecipanti.

Se è vero, infatti, che a seguito del Dl. 70/2011, come ripreso dall'attuale Codice degli appalti pubblici 2016, lo strumento del soccorso istruttorio costituisce la regola generale, idonea ad evitare l'automatica esclusione del partecipante alla gara in presenza di lacune nei requisiti di partecipazione (di ordine non soggettivo, *rectius* morale), è altresì vero che **il ricorso al predetto istituto non può operare in presenza di dichiarazioni del tutto mendaci, stante**

“l’inammissibilità di qualsiasi forma di regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o della falsa dichiarazione”.

In particolare, la Corte analizza talune **specifiche ipotesi verificabili allorquando vi sia stata una fusione, cessione o incorporazione, in tali evenienze precisandosi che il possesso del requisito va comprovato dal candidato o concorrente – anche in base allo specifico disciplinare della gara in esame – con la presentazione di una duplice dichiarazione**: una dichiarazione sostitutiva propria, circa il verificarsi la relativa vicenda, che indichi l’impresa o ramo di azienda acquisiti; e una dichiarazione resa dai soggetti rilevanti dell’impresa o ramo di azienda acquisita, circa tutte le condanne penali riportate, comprese quelle con il beneficio della non menzione nel certificato del casellario giudiziale.

Ulteriore precisazione è d’obbligo: dalla portata applicativa dell’art. 38 comma 1 lett. b), c), m *ter*) D.lgs. n. 163/2006, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 12 luglio 2011 n. 106 (di conversione del D.l. n. 70/2011), deve affermarsi che, **l’obbligo di dichiarare l’insussistenza di pregiudizi penali non riguarda solo la figura dell’amministratore de iure, bensì anche i soci che di fatto detengono il controllo della società.**

Come scolorito dalle pieghe argomentative della pronuncia dell’Adunanza Plenaria 6 novembre 2013 n. 24 **nelle società composte da due soci titolari del 50% del capitale sociale entrambi sono obbligati a rendere le dichiarazioni di cui all’art. 38 del Codice dei contratti pubblici.**

Nel dettaglio, il Collegio precisa che l’espressione “socio di maggioranza” utilizzata dal legislatore nella struttura della disposizione normativa citata si riferisce, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, ai due soci titolari rispettivamente del 50% del capitale sociale, ovvero, in caso di 3 soci, al socio titolare del 50%, atteso che **la ratio della prescrizione legislativa risiede nella necessità di garantire che non partecipino alla gara concorrenti in forma societaria i cui soci in grado di influenzare le decisioni societarie siano sprovvisti dei requisiti morali minimi previsti dalla legge.**

Detto approdo interpretativo risulta coerente con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, poiché l’individuazione dei soggetti obbligati al rilascio di tali dichiarazioni è realizzata a monte: ne deriva che il mancato ottemperamento di tale obbligo produce esclusione dalla gara per mancato adempimento delle prescrizioni codicistiche.

Riassuntivamente, per tutte le gare successive alla data di pubblicazione della sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 24/2013 devono considerarsi esclusi dalle gare tutti quei concorrenti che non soddisfino gli oneri dichiarativi nei termini e nelle modalità appena indicate, salva l’applicabilità dello strumento del soccorso istruttorio così come rideterminata dall’art. 39 D.l. n. 90/2014 (cfr. Cons. Stato sez. V 27 ottobre 2016 n. 4920).

In buona sostanza, la *ratio* normativa, soprattutto a seguito dell’intervento legislativo di cui al D.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in Legge 12 luglio 2011 n. 106, delinea un obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate dai soggetti tenuti a dimostrare il possesso del requisito della moralità (cfr. Cons. Stato sez. V 6 ottobre 2016 n. 4644).

La previsione di cui alle predette lettere dell'art. 38 D.lgs. 163 cit., così come inserita dalla L. n. 106/2011, è oggi refluita nel nuovo Codice degli appalti pubblici: nel dettaglio, l'art. 80 comma 3 D.lgs. n. 50/2016 espressamente statuisce che *“l'esclusione di cui al comma 1 (involgente i casi di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti...del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”*.

L'intervento riformatore apportato dal nuovo Codice, tuttavia, mette in evidenza taluni elementi distintivi: in particolare, nonostante l'allargamento dell'ambito applicativo della norma (inizialmente ristretto alle sole “cause di esclusione comunitarie”) ad alcune fattispecie indicate dal vecchio art. 38 cit., per la nuova disposizione non ogni reato grave incidente sulla moralità professionale è causa di esclusione dalla gara, ma solo quei titoli di reato espressamente menzionati.

Si segnala, inoltre, che mentre per la vecchia normativa i reati diventavano irrilevanti solo in caso di riabilitazione o altre cause estintive, l'attuale Codice appalti prescrive l'irrilevanza dei reati, oltre che per avvenuta riabilitazione, in caso di decorso un periodo massimo temporale (art. 80 comma 10 D.lgs. 50/2016).

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7130 del 2016, proposto da:
Or.Fa.Ro. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Raponi, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Naccarato in Roma, via Tagliamento, 76;

contro

Comune di Latina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Di Leginio, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Pontecorvi in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

AST S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA, SEZIONE I, n. 333/2016, resa tra le parti, depositata il 20 maggio 2016, concernente affidamento di lavori per la realizzazione della viabilità di collegamento tra via Epitaffio e il parcheggio della stazione ferroviaria-1° tratto da via dell'Alloro a via delle Industrie.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Sezione staccata di Latina, l'impresa Or.Fa.Ro. s.r.l. chiedeva l'annullamento della determinazione del dirigente dell'area ambiente e territorio, servizio edilizia pubblica e privata del Comune di Latina prot. n. 1446 dell'11 settembre 2015 avente ad oggetto: "Contratti di quartiere II in località Latina Scalo - affidamento di contratto avente ad oggetto l'intervento LS01 - <<Realizzazione della viabilità di collegamento tra via Epitaffio e il parcheggio della Stazione Ferroviaria. 1° tratto da via dell'Alloro a via delle Industrie>> - Aggiudicazione definitiva - Impegno di spesa"; del verbale di gara n. 8 del 29 luglio 2015; del verbale di gara n. 1 del 9 gennaio 2015; della nota prot. n. 112134 del 19 agosto 2015. Con motivi aggiunti depositati l'11 febbraio 2016 chiedeva, altresì, l'annullamento della determinazione dirigenziale del Comune di Latina n. 1 del 4 gennaio 2016 che ha riconosciuto il possesso dei requisiti soggettivi da parte della AST S.r.l. con conseguente conferma della medesima Società quale aggiudicataria definitiva; della nota PEC prot. n. 168102 del 9 dicembre 2015 recante attivazione del soccorso istruttorio, nonché la declaratoria dell'inefficacia del contratto, se stipulato, ed il riconoscimento del diritto della medesima al subentro ed al risarcimento del danno.

La ricorrente aveva partecipato alla gara - indetta col sistema dell'offerta più vantaggiosa ex art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 - avente ad oggetto la realizzazione dell'intervento innanzi indicato e si era collocata al secondo posto col punteggio di 72,833, mentre si era classificata prima la AST S.r.l., con il punteggio di 72,842.

Con il ricorso di primo grado la Or.Fa.R.o deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 e dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del disciplinare di gara; nonché il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo.

Lamentava la ricorrente che, in base al disciplinare di gara, "a pena di esclusione le attestazioni di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), in caso di incorporazione, fusione societaria o cessione d'azienda, devono essere rese anche dagli amministratori e dai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata, fusasi o che ha ceduto l'azienda nell'ultimo anno antecedente la data di pubblicazione del bando. Qualora i suddetti soggetti non siano in condizione di rendere la richiesta attestazione, questa può essere resa dal legale rappresentante, mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nella quale si dichiara il possesso dei requisiti richiesti, indicando nominativamente i soggetti per i quali si rilascia la dichiarazione"; nel caso in esame risultava, invece, una cessione d'azienda del giugno 2014 che indica AST s.r.l. (appunto l'aggiudicataria) come cessionario e la società SMAC a r.l. come cedente: il legale rappresentante della cedente SMAC s.r.l. non ha reso la dichiarazione di cui al citato art. 38, avendo la AST dichiarato di non essere stata oggetto di incorporazioni, fusioni o cessione d'azienda nell'ultimo anno. La ricorrente deduceva, pertanto, che l'aggiudicataria doveva essere esclusa anche per dichiarazione mendace ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n.445 del 2000; né può dirsi applicabile nella fattispecie l'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014 convertito in legge n. 114 del 2014.

Si costituiva il comune di Latina che, dopo aver corretto il punteggio assegnato alla prima ed alla seconda classificata (81,167 ed 80,923), sosteneva l'infondatezza del ricorso, in quanto nella fattispecie si applica l'istituto del soccorso istruttorio come introdotto dal citato art. 39 d.l. n.90 del 2014 che ha inserito nell'ambito dell'art. 38 il comma 2-*bis* e nell'art. 46 il comma 1-*ter*, consentendo la regolarizzazione di mancanze, incompletezze ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 del citato art. 38. Rappresentava, infatti, che, anche in conformità al parere dell'ANAC dell'8 gennaio 2015, aveva consentito la necessaria integrazione documentale, previo pagamento della penale di € 2.473,97.

Le stesse ragioni erano sostenute, con memoria del 15 dicembre 2015, dall'aggiudicataria, che notificava anche ricorso incidentale basato sui seguenti argomenti: a) la ricorrente doveva essere esclusa per aver inserito nell'offerta tecnica valutazioni economiche riguardanti le migliorie proposte, in contrasto con quanto espressamente previsto dal disciplinare di gara in base al principio della segretezza delle offerte; b) il punteggio attribuito alla ricorrente doveva essere decurtato, con conseguente retrocessione nella graduatoria e carenza d'interesse all'impugnativa, in quanto è stata attribuita una valutazione anche ad una miglioria riguardante un tratto di strada non oggetto di gara e peraltro già realizzato (largo Platone).

La ricorrente replicava sostenendo che il bando prevedeva esplicitamente l'esclusione dalla gara; che nella fattispecie non si è trattato di una semplice omissione, ma di una falsa dichiarazione in quanto è stata barrata la casella nella quale si dichiarava l'assenza di qualsiasi fusione, incorporazione o cessione d'azienda; che la giurisprudenza maggioritaria esclude la rilevanza nella fattispecie del c.d. "falso innocuo"; e che, peraltro, il legale

rappresentante della società SMAC ha tre precedenti penali in tema di violazioni edilizie, di omicidio colposo per incidente stradale e maltrattamenti; il ramo d'azienda ceduto ha concorso in maniera determinante per poter ottenere l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali.

Con la sentenza appellata il Tribunale amministrativo adito respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti, che in parte erano anche dichiarati improcedibili, e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

Con ricorso notificato il 17 settembre 2016 e depositato in pari data la Or.Fa.Ro. s.r.l. proponeva appello avverso la sentenza indicata in epigrafe e ne chiedeva la riforma per i seguenti motivi:

1) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000 e dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo.

Con la prima e articolata censura l'appellante lamenta che, a fronte della falsa dichiarazione resa dalla AST S.r.l. in sede di gara - allorché aveva dichiarato di non essere stata oggetto di incorporazioni, fusioni o cessione d'azienda nell'ultimo anno - sarebbe intervenuta la necessaria decadenza della concorrente dai benefici conseguiti in forza di tale dichiarazione (ex art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000), e, comunque, non sarebbe stato possibile per l'impresa regolarizzare la propria posizione avvalendosi dell'istituto del c.d. soccorso istruttorio, in quanto tale istituto è ammesso solo in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, e non, invece, nel caso in cui siano state rese dichiarazioni false.

2) *Error in iudicando*: errore di fatto commesso dal primo giudice.

Deduce l'appellante che la sentenza appellata sarebbe viziata anche da un errore di fatto, avendo il primo giudice erroneamente ritenuto che l'aggiudicataria avesse prodotto in gara la documentazione relativa alla cessione di ramo d'azienda.

Con atto di appello incidentale notificato il 17 ottobre 2016 e depositato il 18 ottobre 2016 si costituiva nel giudizio di appello la AST s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello principale e riproponendo i seguenti due motivi di ricorso incidentale già proposti nel primo grado del giudizio e dichiarati improcedibili:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 3.1 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione del principio di segretezza dell'offerta. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, buon andamento dell'azione amministrativa, trasparenza e *par condicio* dei concorrenti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per illogicità e irrazionalità manifesta, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, grave sviamento di potere e contraddittorietà;

2) Violazione e falsa applicazione del punto 3.1 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento dell'azione amministrativa, trasparenza e par condicio dei concorrenti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per illogicità e irrazionalità manifesta, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, grave sviamento di potere e contraddittorietà.

La AST sviluppava i propri argomenti difensivi anche attraverso il successivo deposito di memorie.

Si costituiva nel giudizio di appello il Comune di Latina, con memoria depositata il 14 ottobre 2016, chiedendo il rigetto dell'appello principale; con memoria del 23 gennaio 2017 chiedeva, altresì, il rigetto dell'appello incidentale.

Questa Sezione, con ordinanza cautelare del 20 ottobre 2016, n. 4719, sospendeva l'esecutività della sentenza impugnata, inibendo la stipulazione del contratto, sul presupposto che "le doglianze contenute nell'odierno gravame in relazione alla portata del c.d. soccorso istruttorio meritano di essere approfondite nella più opportuna sede di merito".

All'udienza del 9 marzo 2017 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Si esaminano in primo luogo le censure dedotte con l'appello incidentale.

Il primo motivo di appello incidentale è infondato.

Con tale motivo l'impresa AST deduce che il punto 3.1 del disciplinare di gara stabiliva che la busta B – Offerta tecnica doveva contenere, *"a pena di esclusione, una relazione tecnica completa e dettagliata, in originale, delle migliorie offerte, che dovranno essere conformi ai requisiti minimi indicati nel progetto e nel capitolato speciale descrittivo e prestazionale [...]"* e che le proposte di varianti migliorative dovevano *"essere illustrate separatamente e ordinatamente, in modo da individuare ciascun elemento di valutazione"*. Si prevedeva, infine: *"le migliorie proposte dovranno essere singolarmente indicate e quantificate con un prezzo da indicare solo nell'offerta economica. A tal proposito si sottolinea, infatti, come nell'offerta tecnica non possano essere inseriti in alcun modo elementi di natura economica, pena la violazione del principio di segretezza dell'offerta"*.

Lamenta l'appellante incidentale che, in violazione del principio di segretezza, sanzionato con l'esclusione dall'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dal disciplinare di gara, la ricorrente principale ha inserito nell'offerta tecnica sia il computo metrico sia l'elenco prezzi recanti l'esatta indicazione del valore economico delle migliorie offerte, valorizzate rispettivamente in euro 394.348,91 per il criterio A e in euro 181.870,35 per il criterio B.

In relazione a tali censure la Or.Fa.Ro. deduce che l'inclusione del computo metrico e dell'elenco prezzi era ammissibile posto che non consentiva, in concreto di ricostruire l'offerta economica, perché i prezzi erano indicati al lordo delle percentuali di ribasso offerte.

Il motivo è infondato.

Deve richiamarsi, in proposito, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato per cui, se in principio, ad evitare possibili condizionamenti nella valutazione dei progetti tecnici e dunque a preservare la genuinità dei due tratti del giudizio, i due tipi di offerta non vanno commisti, resta tuttavia compatibile – alla luce dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità - con la regola di separatezza e segretezza dell'offerta economica (da sempre esaminare per prima e sempre nella segretezza dell'offerta economica) l'allegazione all'offerta tecnica di un computo metrico estimativo recante l'indicazione dei prezzi unitari concernenti le proposte migliorative, alla condizione che non siano indicati i prezzi già scontati, il che solo costituirebbe una violazione del principio di segretezza dell'offerta economica (*ex multis*, Cons. Stato, V, 2 agosto 2010, n. 5109; 9 giugno 2009, n. 3575). Dirimente è ad es. che la concorrente non abbia indicato alcun ribasso percentuale (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2013, n. 901).

In termini generali la giurisprudenza ha precisato che, posta l'assenza di un'espressa norma che vieti del tutto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, dal quadro normativo si desumono i seguenti principi:

- a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche;
- b) le offerte economiche vanno contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;
- c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;
- d) nell'offerta tecnica non va inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla;
- e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici purché necessari per fornire elementi qualitativi, e sempre che siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica (come i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato), ovvero siano elementi isolati e affatto marginali dell'offerta economica che comunque non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (es. Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928; 27 novembre 2014, n. 5890; 2 luglio 2015, n. 3295; V, 12 novembre 2015, n. 5181; V, 22 febbraio 2016, n. 703).

Nel caso di specie, il computo metrico estimativo relativo alle migliorie offerte è stato compilato dalla Or.Fa.Ro. con l'indicazione di prezzi per i quali era espressamente specificato che erano da intendersi *“al lordo del ribasso economico offerto in sede di gara”*.

La lettura dell'offerta tecnica dunque non consentiva di prevedere l'entità del ribasso

economico offerto dall'impresa rispetto alla base d'asta. La percentuale effettiva di ribasso, pari al 15,445%, e l'importo reale dell'offerta economica restavano conoscibili solo dopo l'apertura della relativa busta, e così rimaneva rispettato il principio di segretezza, richiamato anche dal disciplinare di gara.

D'altro canto la previsione del disciplinare di gara che vietava l'inserimento di *“elementi di natura economica, pena la violazione del principio di segretezza dell'offerta”*, va interpretata – come fatto dal Comune di Latina - avuto riguardo alla sua dichiarata finalità di tutela del principio di segretezza, sicché l'inserimento di elementi di natura economica inidonei a consentire di ricostruire la percentuale di ribasso doveva ritenersi consentito perché non in contrasto con tale principio

2. Anche il secondo motivo di appello incidentale è infondato.

Deduce la AST che la Or.Fa.Ro., per le migliorie previste dal sub-criterio A2) del punto 3.1. del disciplinare di gara, avente ad oggetto *“Migliori proposte sulla segnaletica orizzontale/verticale – punteggio max 8 punti”*, aveva offerto una miglioria per un tratto di strada (Largo Platone) già esistente e diverso rispetto a quello da realizzare, che invece concerneva la viabilità di collegamento tra via Epitaffio e il parcheggio della Stazione ferroviaria – 1° tratto da Via dell'Alloro a Via dell'Industria.

In particolare, la Or.Fa.Ro. proponeva l'implementazione della segnaletica orizzontale e verticale nel quartiere Largo Platone, con la realizzazione di n. 2 attraversamenti in rilevato completi della relativa segnaletica sia orizzontale che verticale.

Illegittima sarebbe, pertanto, l'attribuzione da parte della Commissione del punteggio di 6,133 su tale proposta tecnica, trattandosi di miglioria che non si riferiva all'opera oggetto della procedura di gara, in quanto la segnaletica di cui la Or.Fa.Ro. offriva la realizzazione insisteva su un tratto stradale già realizzato e non su quello da realizzare in esecuzione dell'appalto.

Tale censura – di cui il Comune di Latina ha, parimenti, chiesto il rigetto - non può trovare accoglimento.

Nel caso di specie, le migliorie richieste dal disciplinare di gara riguardavano, in via generale, per il criterio A), *“Migliorie tecniche, prestazionali e funzionali della costruzione nonché migliorie impiantistiche”*. Il sub-criterio A2 faceva, poi, specifico riferimento alle *“Migliori proposte sulla segnaletica orizzontale/verticale”*.

In tale contesto va, in primo luogo, osservato, sotto un profilo letterale, che il disciplinare precisa il criterio A) in sede di definizione dei sub-criteri A1), A2 e A3). Nell'ambito di tali criteri esso considera distintamente al sub-criterio A1) le *“Migliorie tecniche/prestazionali”, ammissibili solo se migliorie “della costruzione”,* rispetto alle *“Migliorie proposte sulla segnaletica orizzontale/verticale”,* indicate nel sub-criterio A2), per le quali non è ripetuta la specificazione *“della costruzione”* (e lo stesso può dirsi per le migliorie proposte sulla sicurezza della viabilità stradale di cui al sub-criterio A3); in base alla formulazione letterale del sub-criterio A2 le migliorie sulla segnaletica – diversamente da quanto sostenuto dalla AST da

ultimo con memoria del 23 febbraio 2017 - non dovevano, quindi, necessariamente consistere in via esclusiva in proposte relative alla segnaletica *“della costruzione”* da realizzare, ossia relative alla segnaletica del tratto stradale indicato con la sigla LS01.

Va, inoltre, evidenziato che, nel disciplinare di gara, sempre riguardo al criterio A), viene precisato che il concorrente può presentare elaborati grafici relativi alle eventuali proposte progettuali offerte dal concorrente *“in variante migliorativa e/o integrativa del progetto posto a base di gara”*, nonché elaborati descrittivi delle eventuali proposte progettuali offerte *“in variante migliorativa del progetto posto a base di gara”*. Il disciplinare consentiva, quindi, non solo l'offerta di migliorie in senso stretto, ma anche la proposta di *“varianti migliorative”* al progetto e di varianti *“migliorative e/o integrative”*, sicché non risultava preclusa l'offerta di varianti migliorative o integrative non direttamente previste nell'originario progetto esecutivo per l'opera oggetto di gara LS01 relativo alla planimetria della segnaletica (cui fa riferimento la memoria della AST del 23 febbraio 2017).

Può, infine, rilevarsi che, pur essendo intrinseco rispetto al concetto di *miglioria* e di *variante migliorativa o integrativa* il requisito dell'inerenza delle migliorie offerte rispetto all'opera da realizzare, tale inerenza, rispetto alle migliorie relative alla segnaletica, andava valutata non secondo un criterio meramente topografico e riferito al tracciato da costruire, bensì - non dovendo necessariamente trattarsi, in base al disciplinare, di migliorie sulla segnaletica *“della costruzione”* - secondo un criterio funzionale, essendo inerenti all'opera tutti quegli interventi di miglioria o variante migliorativa o integrativa relativi alla segnaletica necessari per la realizzazione o miglior fruizione della medesima con riguardo alle finalità perseguite con l'appalto.

Perciò, rispetto al criterio A2 la realizzazione di congruenti interventi sulla segnaletica di Largo Platone non era una *variante migliorativa* estranea rispetto all'oggetto dell'appalto e al detto criterio, perché era ordinata a permettere l'utilizzo della nuova viabilità realizzanda, complessivamente considerata, e consentirne il raccordo con il sistema di viabilità preesistente anche mediante i necessari adeguamenti della segnaletica sulle strade preesistenti.

In particolare, erano ammissibili interventi sulla segnaletica stradale che non insistessero direttamente sulla strada da costruire, ma migliorassero la fruizione dell'opera realizzanda intervenendo su tratti stradali preesistenti della stessa zona, collegati direttamente o indirettamente con quello da costruire e che necessitassero di adeguamenti della segnaletica proprio in ragione della nuova viabilità.

Nel caso di specie, a seguito della prevista realizzazione del collegamento fra via dell'Industrie e via dell'Alloro e del realizzando collegamento fra via dell'Alloro e Largo Platone (anch'esso previsto dal criterio B con la sigla LS13), un conseguente intervento di raccordo anche sulla stessa segnaletica di Largo Platone, ancorché il Largo fosse già esistente, non appariva estraneo alle esigenze di fruizione in condizioni di sicurezza dei nuovi tratti stradali.

Inammissibile risulta, poi, la censura proposta dalla AST circa il contrasto della miglioria in parola con il disciplinare (pag. 12) nella parte in cui disponeva che non sarebbero state prese

in considerazione *“varianti sostanziali al progetto, e che comportano l’acquisizione di nuovi pareri e/o nulla osta di Enti sovraordinati”*. La censura, infatti, non è stata dedotta con il ricorso incidentale e risulta dispiegata per la prima volta con la cennata memoria del 23 febbraio 2017.

Va, infine, incidentalmente osservato che il disciplinare di gara, nell’ambito del successivo e diverso criterio B, contemplava quale miglioria la *“Realizzazione della viabilità di collegamento tra via dell’Alloro e Largo Platone”* precisandosi che *“la viabilità dovrà essere adeguata a raccordarsi alla viabilità di collegamento posta in gara, marciapiedi laterali, raccolta e smaltimento acque meteoriche, illuminazione stradale e idonea segnaletica, orizzontale e verticale, il tutto secondo le norme vigenti e la regola d’arte”*. Ancorché questa miglioria sia stata offerta dalla Or.Fa.RO. in base al criterio A2 e il criterio B non sia, pertanto, direttamente valutabile, l’oggetto del criterio B va comunque considerato in sede di interpretazione sistematica del disciplinare, perché conferma che l’obiettivo di raccordare nel suo insieme la nuova viabilità rispetto a quella preesistente, anche mediante adeguamenti della segnaletica, non era estraneo alle finalità perseguite dalla stazione appaltante.

3. Passando all’esame dell’appello principale, il primo motivo di appello dedotto dalla Or.Fa.Ro. è fondato.

La questione centrale attiene alla possibilità per l’aggiudicataria di avvalersi dell’istituto del soccorso istruttorio quando il disciplinare di gara prevedeva l’obbligo per il concorrente di dichiarare tutte le acquisizioni d’azienda intervenute nell’ultimo anno a seguito di fusione, cessione o incorporazione e, in caso di risposta positiva, stabiliva che, *“a pena di esclusione le attestazioni di cui all’art. 38 comma 1 lett. c), in caso di incorporazione, fusione societaria o cessione d’azienda, devono essere rese anche dagli amministratori e dai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata, fusasi o che ha ceduto l’azienda nell’ultimo anno antecedente la data di pubblicazione del bando. Qualora i suddetti soggetti non siano in condizione di rendere la richiesta attestazione, questa può essere resa dal legale rappresentante, mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi dell’art. 47 del DPR 28.12.2000 n. 445, nella quale si dichiara il possesso dei requisiti richiesti, indicando nominativamente i soggetti per i quali si rilascia la dichiarazione”*.

Nel caso di specie, l’aggiudicataria AST rendeva una dichiarazione falsa, barrando nella domanda di partecipazione di cui al modello A la casella che conteneva la dichiarazione secondo cui *“la società non è stata oggetto di incorporazione, fusione societaria o cessione d’azienda nell’ultimo anno”*, benché fosse intervenuta una cessione di ramo d’azienda nel giugno 2014 nell’ambito della quale la AST s.r.l. era il cessionario e la società SMAC a r.l. il cedente. In conseguenza di tale falsa dichiarazione della AST, il legale rappresentante della cedente SMAC s.r.l. non aveva reso la dichiarazione di cui all’art. 38, comma 1, lett. c).

Il Comune di Latina, in tale contesto, aveva consentito alla AST di presentare la dichiarazione del legale rappresentante della cedente SMAC in via successiva, in applicazione del soccorso istruttorio dell’art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dall’art. 39 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, previo pagamento della sanzione pecuniaria ivi prevista per il caso di irregolarità essenziali.

In proposito giova ricordare che l'art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis* alla gara in esame, dopo aver previsto, al comma 1, che «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti» che versino in una delle situazioni descritte alle successive lettere da a) a m-quater), stabilisce, al successivo comma 2, che «il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. [...]».

Il successivo e già citato comma 2-bis stabilisce, infine, che «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere».

Nel contempo l'art. 46, comma 1-ter, del medesimo Codice stabilisce che «[...] le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara [...]».

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (v. in *primis*, Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5), ha precisato che il *soccorso istruttorio*, disciplinato dal citato comma 2-bis, può trovare applicazione solo nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2; ma non ha applicazione nella diversa ipotesi di dichiarazioni che non siano mancanti, incomplete o irregolari bensì false, stante «l'inammissibilità di qualsiasi forma di regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o della falsa dichiarazione».

Nel caso di specie è, pertanto, rilevante acclarare se la dichiarazione resa in sede di gara dalla AST S.r.l. circa l'insussistenza di vicende di cessione, incorporazione o fusione nel periodo di riferimento – senz'altro non corrispondente al vero nel suo contenuto oggettivo – costituisca una *falsa dichiarazione* resa ai sensi dell'art. 38, comma 2: il che varrebbe a escludere che ne fosse possibile la regolarizzazione a seguito di *soccorso istruttorio* e che fosse possibile la successiva presentazione della dichiarazione del legale rappresentante della cedente SMAC ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c).

In relazione a tale premessa va, in primo luogo, considerato che anche riguardo alle ipotesi di fusione, cessione o incorporazione di azienda - alle quali è riconducibile, posto che la legge non distingue e comunque per identità di *ratio* - anche la cessione di solo un ramo d'azienda, la verifica del possesso del requisito dall'articolo 38, comma 1, lett. c) postula la presentazione

di dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000.

Tuttavia, il contenuto e i soggetti tenuti a rendere tali dichiarazioni sostitutive vanno individuati adattando la previsione di cui al citato art. 38, comma 2, primo periodo, alle peculiarità della fattispecie, dove l'eventuale condanna da valutare non concerne direttamente soggetti rilevanti rispetto all'organizzazione d'impresa del candidato o del concorrente, bensì rispetto all'impresa o ramo di azienda che il medesimo ha acquisito a seguito di fusione, cessione o incorporazione.

In particolare, nel caso in cui si sia verificata una fusione, cessione o incorporazione, il possesso del requisito va comprovato dal candidato o concorrente – anche in base allo specifico disciplinare della gara in esame – con la presentazione di una duplice dichiarazione: una dichiarazione sostitutiva propria, circa il verificarsi la relativa vicenda, che indichi l'impresa o ramo di azienda acquisiti; e una dichiarazione resa dai soggetti rilevanti dell'impresa o ramo di azienda acquisita, circa tutte le condanne penali riportate, comprese quelle con il beneficio della non menzione nel certificato del casellario giudiziale.

Nel caso, invece, in cui il concorrente – a fronte della specifica richiesta formulata nel disciplinare di gara – assuma che non si sia verificata alcuna fusione, cessione o incorporazione nell'ultimo anno, deve, parimenti, attestarla mediante dichiarazione sostitutiva.

Anche una tale dichiarazione sostitutiva a contenuto negativo è comunque una dichiarazione ai sensi del citato art. 38, comma 2, essendo diretta ad attestare, per quanto in considerazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c). Infatti il concorrente, dichiarando che non si sono verificate fusioni, cessioni o incorporazione nell'ultimo anno, attesta in termini senz'altro negativi, generali e assoluti alla stazione appaltante che, nella fattispecie, non sussistono né possono sussistere nei suoi confronti cause di esclusione rilevanti ai sensi dell'art. 1, lett. c) laddove riferibili ad amministratori o ad altri soggetti rilevanti di aziende acquisite per fusione, cessione o incorporazione.

Va, inoltre, precisato che una tale dichiarazione, relativa al possesso di un requisito richiesto a pena di esclusione, va resa, anch'essa, a pena di esclusione, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 38 ed è regolarizzabile, ai sensi del comma 2-bis, solo in caso di omissione e non, invece, nel caso di non corrispondenza al vero, cioè falsità.

Deve rilevarsi al fondo che una dichiarazione con cui si attesti contro il vero, cioè falsamente, che non si sono verificate fusioni, cessioni o incorporazioni produce un effetto decettivo nei confronti dell'amministrazione ancor più intenso rispetto ad una falsa dichiarazione resa da amministratori o altri soggetti rilevanti dell'azienda o suo ramo acquisiti a seguito di fusione, cessione o incorporazione, circa la natura e entità delle condanne penali riportate. Nel primo caso, infatti, viene celata alla stazione appaltante la stessa esistenza e identità dei soggetti rispetto a cui si rendano necessarie verifiche circa le condanne conseguite.

La predetta dichiarazione rileva, inoltre, ai fini di cui all'art. 75 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Alle medesime conclusioni qui esposte si perviene con una lettura sistematica del disciplinare di gara: essendo da quello richiesta a pena di esclusione una dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa cedente in odine alle condanne penali riportate, rilevava quale dichiarazione negativa circa la sussistenza di condanne rilevanti, diretta ad attestare il possesso da parte del concorrente di un requisito chiesto dal disciplinare a pena di esclusione, sia un'eventuale dichiarazione negativa del legale rappresentante dell'impresa cedente circa l'esistenza di tali condanne, ove fossero state dichiarate cessioni, sia – come qui avvenuto - la stessa dichiarazione negativa del concorrente circa il fatto che fossero avvenute cessioni, parimenti richiesta dal disciplinare. Le dichiarazioni dei legali rappresentanti di eventuali imprese cedenti non erano, infatti, semplicemente "mancanti", bensì integralmente sostituite dalla dichiarazione di mancanza di cessioni, che, in base al disciplinare, ne teneva luogo a tutti gli effetti in questa particolare ipotesi.

Va, sotto questo profilo, osservato che, a seguito della produzione della falsa dichiarazione in parola, nella prospettiva della stazione appaltante la AST aveva presentata una documentazione di gara completa e soddisfacente, sicché la carenza della dichiarazione del legale rappresentante della cedente SMAC non era percepibile né è stata percepita in alcun modo in termini di omissione di produzione o di carenza documentale. La distinzione, operata dalla sentenza impugnata, fra la falsità della dichiarazione resa dalla AST circa la mancanza di cessioni e l'omissione della dichiarazione che dovevano rendere gli organi della cedente SCAT non risulta, in definitiva, convincente, essendo i due profili inscindibili, in base alla normativa che regola la materia e al disciplinare di gara, nel caso di dichiarazione negativa circa la sussistenza di cessioni.

Deve concludersi che, nella fattispecie in esame, la dichiarazione della AST circa la insussistenza di cessioni fosse una falsa dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'articolo 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 circa il possesso di un requisito richiesto a pena di esclusione dal comma 1 dello stesso articolo e dal disciplinare di gara e che la falsità della stessa precludesse la possibilità di regolarizzazione della posizione dell'aggiudicataria ai sensi del comma 2-bis.

Va incidentalmente osservato che in ogni caso la predetta regolarizzazione, quand'anche fosse stata ammissibile – il che va escluso per le ragioni esposte -, in teoria avrebbe dovuto avere ad oggetto sia la falsa dichiarazione della AST in ordine alla sussistenza di cessioni sia l'omessa dichiarazione del legale rappresentante della cedente SMAC, mentre il Comune di Latina – in applicazione della disciplina in materia di soccorso istruttorio - ha ammesso l'integrazione della produzione documentale attraverso la produzione della dichiarazione del legale rappresentante della SMAC, ma non ha richiesto alcuna regolarizzazione, in effetti inammissibile, della falsa dichiarazione resa dalla AST, con il paradossale effetto che negli atti di gara si rinvengono ora due dichiarazioni fra loro incompatibili.

D'altro canto, nel caso in cui l'aggiudicataria renda una falsa dichiarazione, non regolarizzabile e, nel caso di specie, neppure regolarizzata, circa il possesso di requisiti richiesti a pena di esclusione dall'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, l'impossibilità di accedere al *soccorso istruttorio* esclude anche la possibilità di tenere conto delle valutazioni espresse dalla stazione appaltante che, erroneamente, ammetta il concorrente ad avvalersi di

tale rimedio.

Come anticipato, la rammentata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, al par. 19, esclude qualsiasi forma di regolarizzazione postuma sia *“della carenza del requisito sostanziale”* sia *“della falsa dichiarazione”*, contemplando la seconda ipotesi come distinta e alternativa rispetto alla prima (*“o della falsa dichiarazione”*). La regolarizzazione è esclusa, quindi, anche ove sussista in concreto il requisito sostanziale, ma il concorrente abbia ostacolato il controllo con false dichiarazioni.

In termini generali, non può farsi applicazione del *soccorso istruttorio* *“a fronte di dichiarazioni non veritiere effettuate dal concorrente”* (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412).

In questo contesto non assume pertanto rilevanza il fatto che, a seguito di *soccorso istruttorio*, il Comune di Latina abbia in concreto ritenuto che le tre condanne riportate dal legale rappresentante della cedente SMAC non fossero correlate a *“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”* e non rilevassero, pertanto, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c).

4. L'accoglimento del primo motivo di gravame rende non decisivo ai fini della definizione del giudizio l'esame del secondo motivo, con cui l'appellante lamenta un errore di fatto della sentenza appellata, nella parte in cui afferma che la AST, pur rendendo una dichiarazione falsa circa la insussistenza di cessioni, avrebbe comunque prodotto in sede di gara documentazione relativa all'avvenuta cessione del ramo di azienda in questione da parte della SCAT e in suo favore.

Deduce l'appellante che in realtà la documentazione esaminata dal primo giudice non era stata prodotta in sede di gara dalla AST bensì acquisita e prodotta in giudizio dalla Or.Fa.Ro. a sostegno del suo ricorso, come provato dal fatto che trattasi di visure effettuate dopo la chiusura del termine di presentazione delle offerte.

Osserva il Collegio che la decisione su tale capo è irrilevante ai fini della decisione di accoglimento dell'appello, che già deriva autonomamente dall'accoglimento del primo mezzo di gravame principale, in quanto la non veridicità di quanto dichiarato rileva, ai sensi dell'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000 sotto un profilo oggettivo, quindi, indipendentemente da ogni indagine sull'elemento soggettivo del dichiarante e senza che possa assumere rilevanza il c.d. falso innocuo (Cons. Stato, V, 19 maggio 2016, n. 3402; 27 aprile 2012, n. 2447).

In disparte queste considerazioni, di per sé assorbenti, va comunque evidenziato che in nessuna delle difese dispiegate nel primo grado del giudizio la AST o il Comune di Latina hanno mai dichiarato che fosse stata sin dall'inizio prodotta in sede di gara dalla AST documentazione relativa alla predetta cessione del ramo d'azienda SCAT (sicché, fra l'altro la sentenza impugnata ha esaminato una questione mai fatta valere dalle difese della AST e del Comune di Latina). In particolare, sia nella memoria del 10 dicembre 2015 sia nella memoria del 25 gennaio 2016, depositate in primo grado, il Comune di Latina afferma, al contrario, che *“la successiva acquisizione documentale ha consentito all'Ente Locale di verificare come la Società A.S.T. S.r.l., con atto a rogito del Notaio in Latina dott. Enzo*

Becchetti del 24.06.2014 rep. n. 24261, ha acquisito dalla Società SMAC S.r.l. il ramo di azienda esercente l'attività di autotrasporto in conto merci di terzi [...]". Trattasi di acquisizione documentale "successiva" alla proposizione del ricorso da parte della OR.Fa.Ro., come meglio chiarito nella nota del Comune di Latina del 9 dicembre 2015, prot. n. 168102 (depositata dal Comune unitamente alla prima delle due memorie) diretta alla AST, con cui si comunica alla AST che "a seguito della notifica del ricorso presentato dal concorrente OR.FA.RO srl, secondo classificato, la stazione appaltante ha provveduto ad acquisire il contratto di compravendita aziendale tra AST srl e SMAC srl" innanzi indicato.

Inoltre, le visure menzionate dall'appellante – ossia la visura ordinaria di AST, estratta il 25 agosto 2015 e la visura storica di SMAC, estratta il 31 ottobre 2015 - risultano effettivamente estratte dal Registro Imprese in date successive a quella di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato per il 17 dicembre 2014, sicché non possono essere state tempestivamente prodotte dalla AST nella documentazione d'offerta, mentre vennero prodotte in giudizio dalla Or.Fa.Ro. in data 27 novembre 2015 in all. 4 al ricorso introduttivo.

Non può, pertanto, ritenersi provato in base agli atti del presente giudizio quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, ossia che la stessa aggiudicataria avesse prodotto in sede di gara sin dall'inizio la documentazione relativa alla cessione del ramo d'azienda contrastante con la sua dichiarazione.

La censura dedotta con il secondo mezzo di gravame principale è quindi fondata, ancorché la decisione di accoglimento del ricorso principale discenda già autonomamente dall'accoglimento del primo motivo.

5. L'accoglimento dell'appello principale comporta l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e degli altri atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti.

6. Può, invece, prescindersi dall'esame delle domande della Or.Fa.Ro. di declaratoria di inefficacia del contratto e di accertamento del diritto al subentro nel rapporto contrattuale, in quanto proposte solo in via eventuale per il caso in cui nelle more del giudizio fosse intervenuta la stipulazione del contratto.

Infatti, secondo quanto rappresentato dal Comune di Latina con la memoria difensiva del 23 gennaio 2017, non è stato ancora stipulato il contratto ed è ancora possibile l'aggiudicazione in favore della Or.Fa.Ro. e la stipulazione del contratto direttamente con detta impresa.

Essendo tale stipulazione idonea a prevenire la produzione di danni risarcibili, va, poi, respinta, allo stato, la domanda proposta dalla Or.Fa.Ro. di condanna del Comune di Latina al risarcimento del danno, non essendosi ancora verificati i danni paventati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale nei termini indicati in motivazione; per l'effetto, annulla la sentenza appellata e dispone l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e degli altri atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti. Respinge la domanda di condanna del Comune di Latina al risarcimento del danno.

Si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado del giudizio in ragione della complessità delle questioni trattate.

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