N. 00016/2014REG.PROV.COLL.

N. 00019/2014 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 di A.P. del 2014, proposto da:
Accenture Spa, Accenture Technology Solutions Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso Lipani & Partners in Roma, via Vittoria Colonna ,40;

contro

Wolters Kluwer Italia Srl, Skill On Line Srl, Knowledge Management & Security Srl, Project Automation Spa, Media Touch 2000 Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Maurizio Zoppolato, Eva Maschietto, Katja Besseghini, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

nei confronti di

Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Dir.Centr.Ist.Istr., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I Ter, n. 9376 del 4 novembre 2013, resa tra le parti, concernente la gara d'appalto per la realizzazione e la gestione del progetto SISFOR - Sistema di formazione on-line delle Forze dell'ordine.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Wolters Kluwer Italia Srl e di Skill On Line Srl e di Knowledge Management & Security Srl e di Project Automation Spa e di Media Touch 2000 Srl e di Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Dir.Centr.Ist.Istr.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Lipani, Sbrana, Besseghini, e dello Stato Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso incidentale proposto da Accenture S.p.A. e Accenture Techonology Solutions S.r.l. (d'ora innanzi RTI Accenture) e, in accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale proposto da Wolters Kluver Italia S.r.l., Skill On Line S.r.l., Knowledge Managment & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch 2000 S.r.l. (d'ora innanzi RTI Wolters Kluver), ha: 1) annullato l'aggiudicazione, in esito alla procedura ristretta bandita dal Ministero dell'Interno, al RTI Accenture dell'appalto avente ad oggetto la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR – sistema di formazione on-line delle forze dell'ordine", per un periodo di 48 mesi dalla stipula del contratto; 2) disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore di RTI Wolters Kluver; 3) ordinato, in caso di avvenuta stipulazione del contratto d'appalto, il subentro nel rapporto del RTI ricorrente principale.

Avverso la predetta decisione proponeva appello RTI Accenture, contestando sia il capo di reiezione del proprio ricorso incidentale in primo grado, sia la statuizione di annullamento dell'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto, e concludendo per la riforma della sentenza gravata e per la conseguente declaratoria di inammissibilità o, in subordine, per il rigetto nel merito del ricorso originario di RTI Wolters Kluver.

Si costituiva RTI Wolters Kluver, contestando la fondatezza dell'appello principale, impugnando, in via incidentale, il capo di reiezione del terzo motivo del proprio ricorso incidentale in primo grado e concludendo per la conferma della decisione appellata e, in subordine, per l'accoglimento del proprio appello incidentale.

Resisteva anche il Ministero dell'Interno, contestando la fondatezza delle censure dedotte a sostegno dell'appello principale, difendendo la correttezza della statuizione appellata e domandandone la conferma.

L'esecutività della sentenza appellata veniva sospesa con l'ordinanza adottata nella camera di consiglio del 19 dicembre 2013.

Con ordinanza n.2214/2014 in data 29 aprile 2014 la terza sezione del Consiglio di Stato rimetteva all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione, afferente all'accoglimento del primo motivo del ricorso principale di primo grado e in relazione alla quale giudicava utile un chiarimento definitivo, relativa alla necessità (o meno) dell'indicazione nominativa, nella dichiarazione sostitutiva

depositata ai sensi dell'art.38 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, di tutte le persone munite della rappresentanza legale della società che devono possedere i requisiti morali prescritti dalla predetta disposizione.

Alla pubblica udienza del 9 luglio 2014, dinanzi all'Adunanza Plenaria, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Occorre preliminarmente definire i confini dell'oggetto della presente statuizione, al fine di circoscrivere l'esame alla sola questione effettivamente controversa dinanzi all'Adunanza Plenaria.

Ancorchè la disamina della parte dell'appello principale, intesa a contestare il capo di reiezione del ricorso incidentale proposto in primo grado da RTI Accenture, apparisse logicamente antecedente, rispetto allo scrutinio della fondatezza del gravame rivolto avverso l'accoglimento dei primi due motivi del ricorso proposto in primo grado da RTI Wolters Kluver, la terza sezione ha, nondimeno, ritenuto utile un chiarimento, da parte dell'Adunanza Plenaria, su una questione che attiene proprio all'accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado e che, tuttavia, nella decisione dell'appello potrebbe anche rivelarsi ininfluente (nell'ipotesi in cui venisse accolto l'appello di RTI Accenture nella parte in cui si contesta la reiezione del ricorso incidentale di primo grado e che comporterebbe la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso di prima istanza di RTI Wolters Kluver).

L'ordinanza di rimessione risulta, a ben vedere, strutturata e motivata come devolutiva al giudizio dell'Adunanza Plenaria della sola questione, di seguito meglio illustrata, relativa alla valenza della dichiarazione sostitutiva nella specie depositata da RTI Accenture ai sensi dell'art.38 d.lgs. n.163/06.

Ritiene, quindi, questa Adunanza, esercitando la facoltà riconosciutale dall'art.99, comma 4, c.p.a., di limitare il proprio giudizio all'affermazione del principio di diritto relativo alla sola questione rimessale dalla terza sezione e di restituire a quest'ultima la definizione del giudizio di appello, anche tenuto conto che il dibattito processuale (sia scritto, sia orale) è rimasto circoscritto alla disamina del solo problema esaminato nell'ordinanza di rimessione e che, quindi, anche il rispetto del contraddittorio esige che il presente esame resti limitato al predetto scrutinio.

2.- Così definito l'ambito oggettivo della presente cognizione, occorre illustrare e precisare i termini, di fatto e di diritto, della questione controversa.

2.1- Principiando dalla disamina dei profili di fatto, si deve rammentare che il bando (sezione III.2.1) e il disciplinare di gara (artt.6.2 e 9 lett.a) richiedevano, a pena di esclusione, il possesso dei requisiti prescritti dall'art.38 d.lgs. cit., ammettendo esplicitamente la possibilità di attestarlo tramite dichiarazione sostituiva di atto di notorietà ai sensi dell'art.47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n.445 e indicando la formulazione della dichiarazione nei seguenti termini: "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art.38 del d.lgs. n.163/2006…" (art.6.2 lett.a n.4 del disciplinare di gara).

Accenture S.p.A. aveva prodotto una dichiarazione di un procuratore ad negotia (Giovanni Mario Pisanu) formulata nei termini indicati nel disciplinare ma senza l'indicazione nominativa dei due legali rappresentanti della società, mentre l'amministratore delegato di Accenture Technology Solutions S.r.l. (Carlo Trimarchi) aveva omesso la specifica menzione del presidente del consiglio di amministrazione, ancorchè (anch'egli) dotato di poteri di rappresentanza legale dell'impresa.

In particolare, le due dichiarazioni contenevano l'esplicita e specifica attestazione "che non sussistono a carico di coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa condanne irrogate con sentenze passate in giudicato o con sentenze di applicazione della pena a richiesta ai sensi dell'art.444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari" e la più generica attestazione, testualmente conforme al lessico del disciplinare, "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art.38 del d.lgs. n.163/2006 e successive modificazioni".

Dalla relazione depositata dal Ministero dell'Interno nella camera di consiglio del 19 dicembre 2013 risulta che "a conclusione della procedura di gara, l'Amministrazione, espletate tutte le predette verifiche, ha accertato, con l'acquisizione di merito di tutta la necessaria documentazione, che entrambe le società costituenti il RTI Accenture, nonché tutti i suoi rappresentanti, risultano pienamente in regola con tutti gli obblighi posti dalla normativa vigente in materia".

Deve, ancora, precisarsi che non risultano controversi, in fatto, sia il possesso dei requisiti di moralità prescritti dall'art.38 d.lgs. cit. da parte di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi di entrambe le società che costituiscono il RTI Accenture, sia l'effettivo e positivo accertamento, da parte dell'Amministrazione appaltante, dell'insussistenza delle relative condizioni ostative.

2.2- Così chiarita la situazione di fatto, occorre illustrare i termini di diritto della questione controversa.

I giudici di prima istanza, pur riconoscendo in capo a una persona munita dei relativi poteri rappresentativi la legittimazione a presentare le dichiarazioni prescritte per conto della società e dei suoi legali rappresentanti (come è accaduto per Accenture S.p.A.), hanno, nondimeno, rilevato la carenza, in entrambe le dichiarazioni depositate dalle due società che costituiscono il RTI Accenture, di alcune informazioni essenziali, giudicando, quindi, doverosa l'esclusione del RTI inadempiente e, quindi, illegittima l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto per cui è causa.

Il TAR ha, in particolare, ritenuto mancanti le attestazioni specificamente riferite a tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza delle due imprese, sia per la genericità delle dichiarazioni prodotte, sia per l'omessa identificazione delle suddette persone, ha, quindi, ritenuto inapplicabile, a fronte della predetta, insanabile carenza, la regola del c.d. soccorso istruttorio e ha, pertanto, giudicato illegittima l'omessa esclusione di RTI Accenture e l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto.

La terza sezione del Consiglio di Stato, non condividendo le conclusioni raggiunte dai primi giudici, rilevando un'incertezza giurisprudenziale sulla suddetta questione e reputando, quindi, necessario un chiarimento, con valenza nomofilattica, da parte dell'Adunanza Plenaria, ha rimesso a quest'ultima la delibazione del problema, prospettando, quale soluzione preferibile, l'affermazione del principio della mancanza di necessità che la dichiarazione sull'assenza delle cause ostative dettagliate all'art.38 d.lgs. cit. contenga l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali dev'essere attestato il possesso dei relativi requisiti morali.

3.- Così chiariti i termini della questione controversa, occorre, ancora in via preliminare, precisare che la gravata statuizione di accoglimento del primo motivo del ricorso originario si compone di due distinti accertamenti: la genericità della dichiarazione relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. cit. (e, cioè, l'omessa indicazione delle singole cause ostative) e la mancata indicazione nominativa dei legali rappresentanti ai quali si riferiscono i requisiti di moralità personali.

A ben vedere, con l'ordinanza di rimessione si investe l'Adunanza Plenaria della sola questione relativa al secondo accertamento, ma si ritiene, per esigenze di completezza di trattazione del capo di appello in questione, di esaminare anche la prima statuizione (che, si ricorda, attiene alla riscontrata genericità della dichiarazione sostituiva sull'inesistenza delle condizioni ostative prescritte dal codice dei contratti pubblici).

Occorre, al riguardo, rilevare che la necessità di indicare puntualmente l'assenza di tutte le condizioni ostative dettagliate all'art.38 d.l.gs. cit. dev'essere esclusa sia perché gli stessi atti di gara suggerivano la formulazione testuale della dichiarazione in termini omnicomprensivi (ingenerando, in tal modo, un affidamento meritevole di tutela sulla sua correttezza), sia perché, ai fini dell'attestazione (con la valenza assegnata alle dichiarazioni sostitutive dal d.P.R. n.445/2000) dei requisiti di moralità in questione, il richiamo generico (ma esaustivo) alla disposizione legislativa che li contempla si rivela del tutto sufficiente (nella fase di gara a cui si riferisce il deposito della dichiarazione) a fornire all'Amministrazione quell'impegno (assistito dalla sanzione penale per le dichiarazioni false) sull'insussistenza delle condizioni ostative nel quale si risolve l'acquisizione delle attestazioni ai sensi dell'art.47 d.P.R. cit.

Né varrebbe obiettare che la dichiarazione avrebbe dovuto menzionare specificamente l'assenza di cause preclusive quantomeno per i requisiti di moralità riferite alle persone munite di poteri rappresentativi dell'impresa, atteso che, ai fini che qui rilevano, l'attestazione omnicomprensiva sull'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. dev'essere, evidentemente, intesa come riferita, quanto ai requisiti relativi ai legali rappresentanti della società (e non alla persona giuridica), alle singole persone fisiche che rivestono la qualifica di legali rappresentanti.

Un'interpretazione delle dichiarazioni de quibus coerente con i principi di ragionevolezza, di buona fede e di conservazione degli effetti giuridici, impone, infatti, di riferire, di volta in volta, il contenuto delle stesse alla persona giuridica concorrente o alle persone fisiche munite, nell'ambito della compagine societaria, di poteri rappresentativi, a seconda del referente soggettivo all'uopo preso in considerazione nelle varie fattispecie di cui al paradigma normativo citato.

Le dichiarazioni depositate dalle due società che costituiscono il RTI Accenture devono, quindi, essere giudicate complete, sotto il profilo appena esaminato, nella misura in cui andavano intese (così come le ha correttamente valutate il Ministero appaltante) come riferite a tutte le condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. e, relativamente ai requisiti di moralità personali, ai singoli soggetti dotati di poteri di rappresentanza legale all'interno delle due società.

4.- Resta, quindi, da esaminare la questione, principalmente controversa, della necessità o meno della menzione nominativa, nella dichiarazione sostituiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art.38 d.lgs. cit., di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale dell'impresa e delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura, di una attestazione che la omette.

A tale questione possono offrirsi tre soluzioni: a) la dichiarazione che omette la menzione nominativa delle persone fisiche dotate di poteri rappresentativi e che si limita ad attestare l'assenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. è completa e non necessita di alcuna integrazione; b) una dichiarazione siffatta impone all'amministrazione l'uso dei poteri di soccorso istruttorio e non autorizza, di per sé, l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta; c) una dichiarazione siffatta dev'essere considerata mancante di elementi essenziali, non consente l'integrazione e (anzi) impone l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta.

4.1- Così identificate le opzioni di catalogazione della fattispecie esaminata ed i connessi effetti di diritto di ognuna delle possibili classificazioni, si deve osservare che il problema risulta risolto de

futuro dall'art.39 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90, che, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, inserisce un comma 2-bis all'art.38 d.lgs. cit., che introduce una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbliga la stazione appaltante (l'uso del verbo assegnare all'indicativo presente segnala la doverosità del comportamento) ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e consente (anzi: impone) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

La disposizione, poi, distingue, con un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso), la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per la quale viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, a fortiori, l'applicabilità della sanzione dell'esclusione.

Si tratta di una disposizione che, a prescindere dalle prevedibili difficoltà esegetiche sottese alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità delle dichiarazioni sostitutive in questione, risulta finalizzata proprio a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt.38 e 46 d.lgs. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie).

Nonostante, al momento della redazione della presente decisione, la disposizione (come già rilevato, inserita nel decreto legge n.90 del 2014) sia ancora in fase di conversione in legge, la stessa, ancorchè non applicabile direttamente alla presente controversia (come chiarito dall'art.39, comma 3) offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante).

Si tratta, quindi, di un'innovazione legislativa che, per quanto inapplicabile alla presente controversa, indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie.

4.2- Così esclusa la diretta ed immediata applicabilità dello ius superveniens alla fattispecie controversa, occorre procedere alla descrizione del sistema di regole vigente al momento dell'aggiudicazione della procedura in questione.

La definizione del quadro normativo di riferimento postula una lettura coordinata e coerente degli artt. 38 e 46 d.lgs. cit. e degli atti di gara (e segnatamente del bando e del disciplinare).

Occorre, al riguardo, premettere che le questioni attinenti alla portata escludente delle omissioni o delle carenze nelle dichiarazioni relative all'assenza delle condizioni ostative dettagliate all'art.38 cit., ai rapporti, a questi fini, tra la normativa primaria e la lex specialis di gara e agli ambiti entro i quali può reputarsi legittimo o, addirittura, doveroso l'esercizio dei poteri di cui all'art.46, comma 1, d.lgs. cit. sono state decifrate e risolte con indirizzi giurisprudenziali incerti e, a volte,

contraddittori, sicchè anche su tali profili si impone un chiarimento da parte dell'Adunanza Plenaria.

L'esegesi delle predette disposizioni è stata, infatti, condotta sia con l'uso di canoni interpretativi formalistici, che hanno fondato l'affermazione che ogni mancanza nelle dichiarazioni comporta la sanzione dell'esclusione e non ammette il c.d. soccorso istruttorio, che si risolverebbe in una lesione della par condicio (Cons. St., sez. III, 24 giugno 2014, n.3198; sez. V, 16 ottobre 2013, n.5023; sez. III, 2 luglio 2013, n.3550), sia mediante parametri più sostanzialistici, che, valorizzando una lettura teleologica delle disposizioni interpretate, hanno fondato la diversa e contraria affermazione che, nelle ipotesi in cui difetti un'espressa comminatoria di esclusione nel bando, solo la mancanza oggettiva del requisito di moralità, e non anche la sua omessa dichiarazione, giustifica l'esclusione (Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2014, n.583; sez. V, 9 dicembre 2013, n.5883) e che, in tali fattispecie, il soccorso istruttorio costituisce il doveroso strumento amministrativo per garantire il favor partecipationis ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche (Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n.1648).

Non solo, ma anche sui rapporti tra normativa primaria e atti di gara, quanto alla portata escludente delle violazioni delle prescrizioni relative alle dichiarazioni sostitutive, possono registrarsi soluzioni giurisprudenziali differenti (anche se la recente decisione dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n.9 ha offerto univoci canoni risolutivi della questione): da quelle (Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n.4471) che annettono valenza preminente e cogente al principio di tassatività espresso dall'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit. e che concludono nel senso che le omissioni in questione comportano la sanzione dell'esclusione anche se non prevista dal bando (o se prevista solo come conseguenza del possesso oggettivo del requisito) a quelle (Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013, n.634) che, invece, riconoscono portata prevalente alla lex specialis (là dove prevede l'esclusione come conseguenza della sola esistenza oggettiva di una causa ostativa e non anche della sua mancata attestazione) e all'art.38, comma 1, d.lgs. cit. e che, quindi, ammettono l'esclusione quale conseguenza del solo accertamento della mancanza in fatto del requisito di moralità (riconoscendo valenza recessiva al disposto dell'art. 46, comma 1-bis).

E' stato, al riguardo, già chiarito (Ad. Plen. 16 ottobre 2013, n.23, 7 giugno 2012, n.21 e, da ultimo, n.9/2014) che la costruzione della disposizione contenuta nell'art.46, comma 1-bis, d.lgs. n.163/2006, che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell'esclusione dev'essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorchè non espressamente a pena di esclusione.

Un ulteriore corollario di tale principio dev'essere individuato nell'inserzione automatica, ai sensi dell'art.1339 c.c., della clausola espulsiva nel bando, là dove questo ometta di prevedere espressamente l'esclusione quale conseguenza dell'inosservanza di prescrizioni previste dal codice (Ad. Plen., n.9/2014).

In coerenza e ad integrazione dei principi di diritto già enunciati da questa Adunanza Plenaria (con la citata decisione n.9 del 2014) si ritiene, quindi, di ribadire o di ulteriormente precisare che: a) la formulazione letterale dell'art.46, comma 1-bis, impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art.38, comma 2) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti); b) la sanzione espulsiva dev'essere applicata anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione); c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti

resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della par condicio).

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, si rileva che, per quanto ci si sforzi di offrire una lettura delle suddette disposizioni (anche valorizzando la formulazione testuale delle previsioni del bando e del disciplinare di gara) che legittimi la sanzione dell'esclusione per i soli casi di difetto oggettivo dei requisiti di moralità prescritti dall'art.38 d.lgs. cit. (e non anche per le ipotesi di carenze nelle relative dichiarazioni sostitutive), l'esegesi dell'art.46, comma 1-bis d.lgs. cit. impone la diversa interpretazione della doverosità dell'esclusione nei casi di inosservanza dell'obbligo, codificato all'art.38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive.

La portata univoca e generale del richiamo al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l'interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell'art.38 impone all'Amministrazione l'esclusione del concorrente che lo ha violato (secondo, si ripete, il regime normativo vigente al momento della definizione della procedura qui controversa).

4.3- Occorre, quindi, procedere alla qualificazione della dichiarazione prodotta da RTI Accenture, al fine di verificare la condotta che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere, a fronte di essa, e, quindi, di giudicare la legittimità dei provvedimenti concretamente adottati.

Come già rilevato, le due dichiarazioni prodotte dalle società che costituiscono RTI Accenture sono state confezionate anche ai sensi dell'art.47, comma 2, d.P.R. cit., là dove consente che la dichiarazione sostituiva "può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti", di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Al fine di circoscrivere l'ambito della presente indagine, giova ribadire che non risulta contestata la facoltà (peraltro espressamente ammessa dagli atti di gara) che gli autori delle dichiarazioni (il procuratore ad negotia per Accenture S.p.A. e l'amministratore delegato per Accenture Techonology Solutions S.r.l.) potessero attestare l'assenza delle condizioni ostative anche per le altre persone munite di poteri di rappresentanza legale per le due rispettive società, sicché la questione resta circoscritta alla verifica della necessità o meno della identificazione di queste ultime e delle eventuali conseguenze giuridiche della sua omissione (nell'ipotesi in cui la stessa dovesse essere qualificata incompleta o, addirittura, mancante).

Il problema appena illustrato si risolve, a sua volta, nell'esegesi dell'art.47, comma 2, d.P.R. n.445/2000 e, segnatamente, della locuzione "altri soggetti".

Si tratta, cioè, di verificare se tale disposizione, là dove ammette l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante, imponga anche (ed a quali condizioni) la relativa identificazione nel corpo della dichiarazione (come ritenuto da Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n.1634; sez. III, 9 aprile 2013, n.1953; sez. IV, 16 novembre 2011, n.6053).

Prima di esaminare le argomentazioni addotte a sostegno delle tesi contrapposte appare, tuttavia, utile una sintetica ricognizione dei principi che governano l'uso delle dichiarazioni sostitutive ai fini dell'attestazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Com'è noto, una delle più rilevanti innovazioni legislative preordinate a semplificare i rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni è stata quella che ha consentito ai primi di attestare il

possesso di stati, qualità o fatti, mediante la presentazione di una dichiarazione sostituiva di atto di notorietà e fermo restando il compito dell'amministrazione di controllarne la veridicità (art.43 d.P.R. cit.).

Ovviamente le finalità pubblicistiche sottese alle verifiche relative alla produzione di documentazione amministrativa risultano presidiate e garantite dalle regole concernenti l'identificazione del dichiarante, la completezza delle informazioni contenute nella dichiarazione e la responsabilità penale del dichiarante per il caso di dichiarazioni false (art.76 d.P.R. cit.).

Occorre, quindi, verificare, ai fini di una corretta esegesi della disposizione in esame, se, nel tipo di dichiarazione controversa, le predette regole siano state rispettate e se, in definitiva, gli interessi pubblicistici coinvolti siano stati pregiudicati o, al contrario, compiutamente realizzati.

Posto che l'identità dei dichiaranti non è in discussione, risultando nella fattispecie osservate le prescrizioni poste a presidio della loro identificazione, resta da stabilire se le dichiarazioni prodotte contenessero tutte le informazioni indispensabili al fine dell'accertamento d'ufficio della loro veridicità e se i soggetti che le hanno rese risultino o meno esposti a responsabilità penale per il caso di attestazioni mendaci.

4.3.1- Ora, posto che la dichiarazione deve contenere tutte le informazioni di cui necessita l'Amministrazione per verificarne d'ufficio la correttezza e la veridicità, anche ai sensi dell'art.43 d.P.R. cit. (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2013, n.4785), ritiene l'Adunanza che, mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii ob relationem di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorchè non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali.

Mentre, infatti, nel primo caso, la finalità della disposizione, agevolmente identificabile nella semplificazione dell'attività dichiarativa (Cons. St., sez. VI, 12 luglio 2011, n.4206) ma senza alcun sacrificio delle esigenze di certezza e di completezza nell'acquisizione delle attestazioni da parte dell'Amministrazione, resterebbe irrimediabilmente frustrata (precludendo qualsivoglia accertamento d'ufficio circa la veridicità delle dichiarazioni), nella seconda ipotesi l'interesse pubblico sotteso alla disposizione resterebbe integro e compiutamente realizzato.

Se, infatti, come nel caso in esame, la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui la stessa si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi a cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione dell'integrità delle necessità conoscitive dell'Amministrazione.

Diversamente opinando, invero, si perverrebbe alla paradossale e inaccettabile conseguenza di ritenere inammissibile (con il probabile corollario della necessità dell'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta) una dichiarazione che l'Amministrazione ha potuto agevolmente verificare, sia in ordine all'identità dei soggetti ai quali si riferisce (mediante l'accesso a una banca dati ufficiale), sia in ordine alla corrispondenza al vero delle attestazioni che li riguardano.

4.3.2- In ordine, invece, alla configurabilità della responsabilità penale in capo al soggetto che dichiari falsamente qualità personali, stati o fatti di altri soggetti (che costituisce il più forte ed efficace presidio dell'affidabilità del sistema delle dichiarazioni sostitutive), ancorchè non

menzionati nominativamente nella dichiarazione, basti rilevare che la già riscontrata agevole identificabilità (mediante l'accesso al registro delle imprese) delle persone a cui si riferisce la dichiarazione e (soprattutto) la logicamente presupposta loro conoscenza da parte del dichiarante implicano la sicura individuazione nella fattispecie considerata degli estremi (soggettivi ed oggettivi) del reato di falso.

4.4- Così verificata la coerenza delle dichiarazioni contestate con il paradigma legale di riferimento (art.47, comma 2, d.P.R. n.445/2000), restano da esaminare le altre argomentazioni addotte dal RTI appellato per sostenere la diversa tesi della mancanza o, comunque, della grave incompletezza delle attestazioni in questione, con la preliminare avvertenza che le stesse non solo non smentiscono le conclusioni ut supra raggiunte, ma ne confermano la validità e la correttezza.

4.4.1- Con un primo, suggestivo argomento si allega la segnalazione dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici n.1 in data 18 marzo 2014 a sostegno della tesi della necessaria identificazione di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa.

Sennonchè, nella predetta deliberazione, l'AVCP, esaminando il problema della necessità del riferimento delle dichiarazioni prescritte dall'art.38 anche ai procuratori speciali della società (come già affermata da Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n.23), si è limitata a suggerire una modifica legislativa (a dire il vero ultronea) che autorizzi il legale rappresentante dell'impresa a dichiarare l'assenza delle condizioni ostative anche con riferimento ai procuratori speciali, in un'ottica di semplificazione degli adempimenti imposti all'impresa partecipante alla gara.

Come si vede, quindi, l'AVCP non ha in alcun modo affrontato la questione qui dibattuta, ma ha offerto una soluzione al problema ivi affrontato (la difficoltà di individuazione dei procuratori speciali ai quali devono essere riferite le dichiarazioni) che, anzi, pare avvalorare le conclusioni ut supra raggiunte e, cioè, l'ammissibilità di una dichiarazione che riguardi terzi soggetti e senza la loro necessaria identificazione (nel chè sembra risolversi la misura di semplificazione suggerita dall'Autorità).

4.4.2- Con una seconda argomentazione, invece, si valorizza la direttiva europea sugli appalti pubblici in data 26 febbraio 2014, n.24, non ancora recepita in Italia, quale provvedimento che, per un verso, impedisce la produzione di dichiarazioni che omettano tutte le informazioni indispensabili ad eseguire le verifiche d'ufficio sulla loro veridicità e che, per un altro, preclude, nella fattispecie considerata, l'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Anche tali argomentazioni si rivelano infondate e vanno disattese.

Premesso che la direttiva in questione dev'essere ancora trasposta nel nostro ordinamento, che, quindi, risulta priva di qualsiasi efficacia direttamente precettiva e che le sue previsioni possono essere utilizzate ai soli fini ermeneutici (e, comunque, con una valenza assai limitata), si osserva che la direttiva configura un nuovo sistema di attestazione dell'insussistenza di situazioni ostative (art.59), che si fonda (anch'esso) su un'autodichiarazione (quale prova preliminare sostitutiva di certificati), a sua volta cristallizzata nel documento di gara unico europeo (DGUE), e su una coerente, diversa disciplina dei poteri di controllo e di soccorso istruttorio riservati alle amministrazioni aggiudicatrici.

Ora, anche prescindendo dall'inutilità del richiamo della suddetta previsione (attesa l'inoperatività del sistema ivi configurato, sia perché il modello del DGUE dev'essere previamente approvato dalla Commissione, sia perché la direttiva dev'essere ancora recepita nel nostro ordinamento), si può rilevare che il relativo regime dell'autodichiarazione e dei successivi controlli non appare, ai fini

che qui rilevano, molto dissimile da quello vigente e non contiene, comunque, principi o regole idonei a smentire le conclusioni appena raggiunte.

Né vale, ancora, richiamare il disposto dell'art.57, comma 4, lett. h), per dimostrare la doverosità dell'esclusione nella fattispecie in esame, sia perché tale previsione sancisce una mera facoltà (e non un obbligo) di escludere gli operatori economici che si trovano nelle condizioni ivi dettagliate, sia, ancora, perché, mentre la previsione richiamata contempla quale causa di esclusione l'omessa trasmissione delle informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione, si è accertato che, nella fattispecie in esame, tali informazioni fossero state trasmesse (tanto che l'amministrazione aggiudicatrice ha potuto, in concreto, verificare l'assenza di condizioni ostative).

4.4-3- Il RTI Wolters Kluver assume, ancora, che la mancata allegazione da parte dell'Amministrazione di modelli di dichiarazione (al contrario di quanto ex adverso sostenuto) impedisce di riconoscere, in capo a RTI Accenture, alcun affidamento meritevole di tutela circa la formulazione letterale della dichiarazione sostituiva effettivamente dovuta.

Ora, anche prescindendo dal (peraltro dirimente) rilievo che le dichiarazioni presentate da RTI Accenture sono state già giudicate conformi alla normativa primaria di riferimento e, quindi, immuni dai vizi alle stesse ascritti, si osserva che, se è vero che l'Amministrazione non ha reso disponibile alcun modello o format di dichiarazione, è anche vero che nel disciplinare di gara risulta riportata la formulazione testuale della dichiarazione relativa all'assenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit., di talchè la presentazione di una dichiarazione dal tenore letterale identico a quello riportato negli atti di gara impone la tutela della buona fede in ordine alla sua correttezza ed impedisce, in ogni caso, qualsivoglia sanzione espulsiva del concorrente che l'ha presentata.

Si tratta, in altri termini, di una fattispecie nella quale la conformità della dichiarazione presentata alle espressioni lessicali contenute nella lex specialis impone di accordare una tutela più pregnante all'affidamento ingenerato nell'impresa concorrente (che eviti, in sostanza, interpretazioni preclusive del suo accesso alla gara) e di perseguire contestualmente l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alle procedure (sulla valenza del principio del favor partecipationis cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n.1648).

Si aggiunga, per altro verso, che proprio la mancata predisposizione di un modello da parte della stazione appaltante e la genericità del richiamo operato nella lex specialis alla normativa primaria, hanno prodotto l'effetto della rimessione ai concorrenti della scelta relativa alle modalità di formulazione della dichiarazione, di guisa da impedire, anche alla luce dei principi comunitari di tutela dell'affidamento legittimo e di proporzionalità, l'adozione di una sanzione espulsiva in ragione di pretese irregolarità formali che non impediscano, mediante un rinvio ob relationem a dati e informazioni agevolmente verificabili, il raggiungimento dello scopo di identificare la portata delle dichiarazioni e di controllarne la relativa veridicità.

4.4.4- Con un ultimo ordine di argomentazioni il RTI appellato sostiene che la gravosità dell'istruttoria imposta all'Amministrazione, per effetto dell'omessa indicazione nominativa dei soggetti muniti di poteri rappresentativi, risulta incompatibile con le esigenze di celerità della procedura ed imponeva, quindi, per ciò solo, l'esclusione del concorrente che l'aveva determinata.

Anche tale assunto dev'essere disatteso, in quanto fondato su un presupposto (la complessità delle verifiche istruttorie originate dalle dichiarazioni presentate da RTI Accenture) che risulta smentito in fatto dallo stesso Ministero, là dove, nella relazione sopra menzionata, riferisce di avere espletato gli accertamenti relativi all'identità delle persone munite di rappresentanza legale ed

all’insussistenza, a loro carico, di cause ostative, senza che constino, al riguardo difficoltà, ritardi o complicazioni procedurali.

Ne consegue che, anche sotto il profilo appena esaminato, va confermata la correttezza della procedura in contestazione, non risultando in alcun modo che l’interesse pubblico alla sua celerità sia stato inficiato o pregiudicato dalle dichiarazioni presentate da RTI Accenture.

5.- Sulla base delle considerazioni che precedono possono, quindi, affermarsi i seguenti principi di diritto:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all’assenza delle condizioni preclusive previste dall’art.38 d.lgs. cit. può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostituiva relativa all’insussistenza delle condizioni ostative previste dall’art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell’impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l’accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostituiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l’uso dei poteri di soccorso istruttorio.

6.- Così affermato il principio di diritto relativo alla sola questione di cui è stata investita l’Adunanza Plenaria, devono essere restituiti gli atti alla terza sezione per la definizione del ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla III Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Giorgio Giaccardi, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/07/2014

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

Il Dirigente della Sezione