

N. 01008/2009 REG.SEN.

N. 01138/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1138 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Air Liquide Sanita' Service Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo, Riccardo Montanaro, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale Torino 3, rappresentata e difesa dagli avv. Cinzia Picco e prof. Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso il prof. Paolo Scaparone in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

nei confronti di

S.I.C.O. -Società Italiana Carbuoro Ossigeno Spa, S.I.C.O. -Società Italiana Carbuoro Ossigeno Spa -S.T.M. Sistemi Tecnologie Medicali Srl, S.T.M. - Sistemi Tecnologie Medicali Srl;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento, prima di estremi ignoti, con il quale la ASL TO 3 ha disposto l'esclusione della Air Liquide Sanità Service S.p.A. dalla procedura di gara per l'affidamento del "servizio di gestione e manutenzione degli impianti di

gas medicinali" presenti presso i Plessi Ospedalieri del proprio territorio di competenza;

- ove occorra, in relazione a quanto si dirà nella parte in diritto, del bando di gara, del capitolato speciale d'appalto e dei relativi allegati, tra i quali in particolare il c.d. "modello B", nella parte in cui hanno disciplinato le modalità attraverso le quali rendere le "dichiarazioni sostitutive di certificazione in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale necessari ai fini della partecipazione alla gara";

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente a quelli impugnati, ivi compresi tutti i verbali relativi alle sedute di gara, segnatamente nella parte in cui provvedano all'esclusione della ricorrente, nonché, se ed in quanto intervenuto, il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della controinteressata, di estremi non conosciuti;

nonché per l'annullamento

- della determinazione n. 63 del 23.10.2008, con cui la ASL TO 3 - S.C. Tecnico Impianti ed Attrezzature ha approvato i verbali di gara e aggiudicato definitivamente il servizio di Gestione e manutenzione degli impianti di gas medicali della ASL per un periodo di 36 mesi in favore della controinteressata ATI SICO A.p.A./S.T.M. S.r.l..

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Torino 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 12/02/2009 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. 1. Con il ricorso in epigrafe la Air Liquide S.p.A. impugna il provvedimento, in allora di estremi sconosciuti, con il quale l'ASL TO 3 l'ha esclusa dalla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di gas medicali per aver prodotto, oltre che l'autocertificazione, consentita dagli artt. 9 e 12 del capitolato speciale d'appalto, dei requisiti generali e speciali compilando integralmente l'apposito modello B allegato alla lex specialis, anche una dichiarazione sostitutiva inerente l'insussistenza a carico di altri soggetti, quali il Presidente del Consiglio d'amministrazione e il Direttore Tecnico della società, di condanne penali passate in giudicato, precedenti penali e quant'altro contemplato alle lett. c), d) ed i) del predetto modello "B".

Anche tale seconda dichiarazione, che ha determinato l'esclusione dalla gara è a firma del Direttore Generale Dr. C. Tardieu, che, è bene evidenziarlo subito, in tale atto (prodotto al Doc. 4 da parte ricorrente) dichiarava l'insussistenza delle relative cause di esclusione in capo ai soggetti di cui sopra, unicamente nella sua qualità di Direttore Generale, come balza agli occhi già dalla pag. 1 dopo l'indicazione delle generalità anagrafiche e fiscali ("in qualità di (2) Direttore Generale) e come risulta poi confermato alla pag. 3, dove oltre alla firma figura il timbro riportante la ragione sociale e il nominativo del Tardieu preceduto dalla evidente indicazione "Direttore Generale".

Non era stata prodotta al Collegio ulteriore diversa documentazione atta a comprovare che il Tardieu avesse dichiarato nel corpo della dichiarazione sostitutiva di certificazione relativa ai suindicati soggetti, di rivestire anche la carica di rappresentante legale dell'impresa ricorrente.

1.2. Ciò premesso, va ricordato che l'ASL TO 3 ha escluso la ricorrente dalla gara sostenendo che il Presidente del Consiglio di amministrazione Dott. Berardi Just avrebbe dovuto personalmente autocertificare, compilando e sottoscrivendo l'apposito Modello "B" allegato al Capitolato, di non trovarsi nelle condizioni di esclusione contemplate dall'art. 38 del Codice dei contratti. Non potrebbe ritenersi all'uopo ritenersi sufficiente, secondo l'Amministrazione, l'attestazione in tal senso rilasciata dal Dott. Tardieu e resa mediante compilazione e sottoscrizione del predetto Modello "B" per conto sia del Presidente del CdA che del Direttore Tecnico.

2. Il ricorso è affidato a due motivi, con entrambi i quali si rubricano le medesime censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e 47, comma 2 del D.P.R. n. 445/2000 nonché violazione del principio di par condicio tra partecipanti alla gara (nel secondo motivo anche quello della massima concorrenza) ed eccesso di potere per manifesta

irragionevolezza ed illogicità. Con il secondo mezzo, peraltro, è precisata l'impugnazione delle norme della lex specialis dedicate alla documentazione da parte dei concorrenti dei requisiti di partecipazione alla gara, là dove di dette norme dovesse darsi un'interpretazione contrastante con i citati articoli di fonte primaria.

Deduce in sostanza la ricorrente che l'art. 38 del Codice dei contratti rinvia, per la dimostrazione del possesso dei i requisiti ivi prescritti, alle modalità dichiarative sostitutive ed autocertificative contemplate da tutto il T.U. sulla documentazione amministrativa di cui al D.P.R. n. 445/2000, al quale la norma del Codice fa rinvio in toto, dovendosi quindi consentire ai partecipanti di avvalersi anche della modalità probatoria documentale prevista all'art. 47, comma 2 del Testo Unico, che ammette che il dichiarante possa attestare stati fatti e qualità personali, oltre che propri, anche di terzi, e dei quali egli abbia diretta conoscenza. L'esclusione della ricorrente, che ha prodotto la dichiarazione sostitutiva de qua, resa dal Direttore Generale e – solo asseritamente in ricorso – Legale rappresentante, relativamente all'assenza di pregiudizi penali e di altro genere a carico del Presidente del Consiglio di Amministrazione, del Direttore tecnico e di altri soggetti cessati dalla rispettiva carica nell'ultimo triennio antecedente la gara sarebbe dunque illegittima.

3. Alla Camera di Consiglio del 9.10.2008 fissata per la trattazione dell'incidente cautelare la Sezione con l'Ordinanza n. 801/2008 del 10.10.2008 respingeva la domanda di sospensione ritenendo, a seguito di sommario esame dei pochi documenti allegati dalla ricorrente, non provato che il Direttore tecnico avesse reso la dichiarazione di cui al Modello "B" allegato al Capitolato Speciale anche in qualità di legale rappresentante, non emergendo, del resto, l'anzidetta qualità dagli ulteriori atti versati dalla ricorrente.

Depositava in seguito il 20.10.2008 la deducente, motivi aggiunti di ricorso, ritualmente notificati, con i quali estendeva l'originaria impugnazione alla determinazione contestualmente prodotta (Doc. A) n. 63 del 23.10.2008 medio tempore adottata dall'ASL TO 3, con la quale la gara, approvato il relativo verbale già impugnato del 30.7.2008, veniva aggiudicata in via definitiva alla ATI con capogruppo la SICO S.p.A., che aveva offerto un ribasso del 27,75%.

Interposto appello avverso la suindicata Ordinanza della Sezione, il Consiglio di Stato, ribadito il principio di diritto peraltro già tratteggiato nell'Ordinanza impugnata, accoglieva il gravame con Ordinanza del 12.12.2008, n. 6620, affermando che il Tardieu, Direttore generale, aveva dichiarato di essere anche legale rappresentante della società odierna ricorrente.

Il 31.1.2009 la ricorrente ha depositato ulteriore documentazione, tra cui la sua offerta economica, aperta dalla commissione di gara in ottemperanza alla suddetta Ordinanza del Consiglio.

Pervenuto l'affare alla pubblica Udienza del 12.2.2009, udita la discussione delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano, il ricorso veniva trattenuto a sentenza.

DIRITTO

1.1. Il gravame, come anticipato in narrativa, è affidato a due motivi con entrambi i quali la deducente rubrica violazione e falsa applicazione degli artt. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e 47, comma 2 del D.P.R. n. 445/2000 nonché del principio di par condicio tra partecipanti alla gara (nel secondo mezzo anche quello della massima concorrenza) ed eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Con il secondo motivo viene inoltre è puntualizzata l'impugnazione delle norme della lex specialis dedicate alla documentazione da parte dei concorrenti dei requisiti di partecipazione alla gara, là dove di dette norme dovesse darsi un'interpretazione contrastante con i citati articoli di fonte primaria.

Sostiene in sostanza la ricorrente che l'art. 38 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163 rinvia per l'attestazione del possesso dei i requisiti ivi prescritti, alle modalità dichiarative sostitutive ed autocertificative contemplate da tutto il T.U. sulla documentazione amministrativa di cui al D.P.R. n. 445/2000, al quale la norma del Codice fa rinvio in toto e, quindi, anche al disposto di cui all'art. 47, comma 2, stesso decreto, a termini del quale la dichiarazione sostitutiva ivi disciplinata, resa dall'interessato, "può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza". Deve pertanto consentirsi ai partecipanti ad una gara pubblica di avvalersi anche della modalità attestativa documentale contemplata dal riportato art. 47, comma 2 del Testo Unico sulla documentazione amministrativa, conseguendone l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente, il cui Direttore Generale e – solo asseritamente in ricorso – Legale rappresentante, ha reso dichiarazione sostitutiva relativamente all'assenza di pregiudizi penali e di altro genere a carico, per quel che qui interessa, del Presidente del Consiglio di Amministrazione e del Direttore Tecnico.

Con il secondo motivo di gravame, come accennato, parte ricorrente amplia l'impugnazione dirigendola anche contro gli artt. 9 e 12 del Capitolato speciale ove interpretati – come vuole l'amministrazione: infra – nel senso di escludere l'equipollenza tra la dichiarazione sostitutiva di certificazione p.c.d. personale e

quella resa da altri per conto di terzi (nella specie dal rappresentante legale per conto del presidente e del direttore tecnico). Il che viola gli artt. 38, comma 2 del Codice e 47, comma 2 del D.P.R. n. 445/2000 colorando di illegittimità le impugnate norme della *lex specialis*

1.2. La linea difensiva dell'Amministrazione è, invece, nel senso che, pur essendo i requisiti di partecipazione alle gara annoverabili tra gli stati, qualità personali e fatti oggetto di certificazioni pubbliche - come tali sostituibili con autocertificazioni - come si evince dall'art. 46, lett. aa) del D.P.R. che indica i precedenti penali e le misure di sicurezza e prevenzione come consentito oggetto della dichiarazione sostitutiva, tuttavia l'ordinamento non attribuisce validità ed efficacia di dichiarazione sostitutiva ad eventuali dichiarazioni rese da un soggetto con riferimento a stati, qualità personali e fatti relativi a terzi.

In tale ottica, infatti, come si legge chiaramente all'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, non possono essere oggetto della dichiarazione sostitutiva di cui a questa norma, stati fatti e qualità personali che sono attestabili mediante la dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui all'art. 46, la quale abbraccia, per quel che qui interessa, anche i certificati penali ed in genere i pregiudizi di polizia. Siffatti stati possono essere pertanto oggetto unicamente di dichiarazione sostitutiva di certificazione ex art. 46, resa dall'interessato, e non anche di dichiarazione sostitutiva ex art., 47, resa da terzi.

La *lex specialis*, inoltre, è chiara nell'imporre la personalità della dichiarazione sostitutiva in analisi, prescrivendo, all'art. 12 del Capitolato speciale che, a pena di esclusione, "il Modello B deve essere prodotto e sottoscritto anche dagli altri soggetti indicati alle note 4.5.10 dello stesso modello". In presenza di un clausola siffatta, secondo l'Amministrazione, come precisato da un orientamento (T.A.R. Sicilia – Catania, , I, 31.10.2007, n. 1776; Cons.Giust. Amm. Reg. Sic. n. 94/2005) la dichiarazione in questione non può essere sostituita da quella dell'amministratore in carica, ostandovi esigenze di pubblico interesse ad affidare commesse pubbliche "solo ad imprese che si avvalgano di professionisti e rappresentanti chiamati a impegnare la propria moralità professionale" e non essendo necessariamente quel genere di informazioni nella conoscenza del legale rappresentante, esulando "da fattori rientranti nell'organizzazione aziendale".

2.1. Le censure della ricorrente si prestano a positiva valutazione e vanno accolte, dovendo per converso essere disattesa la linea interpretativa suggerita, sia pur con il supporto della riferita minoritaria giurisprudenza, dalla difesa dell'Amministrazione.

E' appena il caso di segnalare che la Sezione aveva motu proprio già attinto le conclusioni in punto di diritto che di seguito saranno esposte, in occasione della decisione della domanda cautelare, avendo esordito nella motivazione dell'Ordinanza di rigetto n. 801 del 10.10.2008, affermando, sulla scia della giurisprudenza della V e VI Sezione del Consiglio di Stato, che "il certificato del casellario giudiziale può essere sostituito dalla dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal rappresentante della società con firma autenticata e copia informale del documento di identità, e ciò anche per l'attestazione dello "status" di soggetti diversi dal dichiarante. (Cons. di Stato, Sez. VI, 19.11.2003, n. 7473; Cons. di Stato, Sez. V, n.3602/2001)".

Che il rinvio operato dall'art. 38, comma 2 del Codice dei contratti al D.P.R. n. 445/2000 sia integrale, non potendo esserne escluso il disposto dell'art. 47, comma 2, come affermato dal Giudice d'appello con l'Ordinanza di riforma n. 6620/2008 è, quindi, convinzione già raggiunta dalla Sezione, l'unica divergenza rispetto al decisum del Consiglio di Stato essendo confinata ad un aspetto di mero fatto, ossia all'essere o meno l'autore della dichiarazione sostitutiva per cui è causa, Dott. Tardieu, anche legale rappresentante, oltre che direttore generale dell'impresa ricorrente.

La diversa, negativa, conclusione cui era pervenuto il Collegio sul punto ha causa dall'incongruenza ed incompletezza della documentazione versata dalle parti all'epoca della decisione della domanda cautelare. Prima di riprendere e completare la trattazione giuridica della quaestio iuris, conviene quindi sgombrare il campo dagli insorti equivoci in fatto.

2.2. Al riguardo va rimarcato che il Modello "B" prodotto oggi dalla ricorrente, che nel frontespizio ne afferma la già avvenuta produzione nel presente giudizio al Doc. 4 ASL, coincide effettivamente con il Mod."B" versato al Doc. 4 dell'ASL resistente, ma non è lo stesso documento di cui al Doc. 5 versato dal ricorrente all'epoca del ricorso e in allora indicato nell'indice del fascicolo dei documenti, come "Modello B prodotto in gara dalla ricorrente" e la cui analisi ha condotto il Collegio a respingere la domanda cautelare ritenendo infondato il gravame poiché in detto documento, come ben precisato nella narrativa in fatto che precede, il Tardieu si era dichiarato unicamente Direttore Generale, in tal qualità poi sottoscrivendo. Invero, il Mod. B prodotto il giorno prima della Camera di Consiglio dall'ASL e oggi, con la produzione del 31.1.2009 dalla ricorrente, non è stato preso in esame, tanto più che si versava in sede di sommaria delibazione, in quanto non immediatamente e direttamente pertinente al giudizio, giacché aveva ad oggetto non la dichiarazione resa dal Tardieu per conto del presidente del consiglio di amministrazione e del direttore tecnico

nonché degli altri soggetti ivi menzionati, bensì unicamente se stesso, ossia l'autocertificazione o dichiarazione sostitutiva di certificazione in senso stretto, disciplinata dall'art. 46 del Testo unico, inerente stati e fatti del dichiarante – documentati da altre certificazioni pubbliche sostituibili – e non già di terzi.

Pertanto, si ribadisce che l'unico Mod. "B" riportante la dichiarazione resa per conto dei suddetti soggetti terzi invocata e fatta oggetto di deduzioni difensive dal ricorrente, era quella dal medesimo versata al doc. 4 della sua produzione. Dichiarazione, questa, l'unica anche in allora disponibile al Collegio, redatta sull'apposito specifico "Modello B" allestito dalla stazione appaltante con relativa intestazione del logo dell'ASL TO 3 e messo a disposizione dei concorrenti. E, del resto, il ricorrente nell'atto introduttivo in più punti evidenziava la piena conformità della dichiarazione contestata al predetto modello B predisposto dall'Amministrazione.

Non è, pertanto, a tutt'oggi confutabile quanto affermato in fatto dal Collegio nell'Ordinanza cautelare riformata in appello, e, cioè, che "il dott. Cristophe Tardieu ha reso la dichiarazione sostitutiva in analisi (doc. 4 ricorr.) espressamente "in qualità di Direttore Generale" tale qualificatosi anche mediante il timbro apposto in calce a tale dichiarazione".

E a ben guardare, l'Ordinanza di appello non smentisce l'illustrata circostanza, affermando invece, genericamente, che "il Dott. Tordien (refuso, per Tardieu, n.d.E.) direttore generale... aveva dichiarato di essere anche il "legale rappresentante della Società".

2.3. Tutto ciò doverosamente posto, per amore di precisione e di analisi, prendendo atto del predetto riscontro effettuato dal Consiglio di Stato, deve il Collegio individuare in quale altro documento prodotto in gara dalla ricorrente è rinvenibile la circostanza acclarata dal Giudice d'appello, che, cioè, il Tardieu avrebbe dichiarato di essere anche il legale rappresentante dell'impresa stessa.

Può al riguardo valorizzarsi una delle tante dichiarazioni contenute nell'odierno Doc. 6 di parte ricorrente e al Doc. 4 della produzione dell'ASL del giorno precedente la Camera di Consiglio, vale a dire la dichiarazione sostitutiva di certificazione su stati e fatti propri, cui più sopra si accennava e che non era pertinente al tema decidendum e per tale ragione non fatta oggetto di disamina dal Tribunale in sede di sommaria delibazione, siccome non assunta dalla s.a. a motivo dell'esclusione della ricorrente. Il rilievo indiretto di tale dichiarazione, peraltro, può essere dal Collegio considerato nella presente fase processuale di piena cognitio.

Ebbene, risulta dal predetto doc. 4 di produzione dell'ASL TO 3 e doc. 6 dell'odierna produzione della ricorrente che il Dott. Tardieu aveva dichiarato al punto a) di sottoscrivere l'offerta "nella sua qualità di Direttore Generale e Legale Rappresentante".

Risulta dunque provato che il predetto, all'atto in cui rendeva l'ulteriore dichiarazione per cui è causa, concernente l'assenza delle cause di esclusione contemplate ai punti c),d),i) del modello B a cui rinviano gli artt. 9 e 12 del Capitolato speciale, effettuava la relativa dichiarazione anche in qualità di rappresentante legale della Air Liquide S.p.A.

Ulteriore comprova della titolarità in capo al Tardieu del potere di legale rappresentanza della Air Liquide è fornita dal verbale notarile del Consiglio di amministrazione della società del 29.9.2006 (Doc. 5 ricorr.) con il quale il dott. Tardieu veniva nominato amministratore con contestuale conferimento di "tutti i necessari poteri per la gestione ordinaria della società", meglio precisandosi, in particolare, quello di "rappresentare la società mandante presso tutti gli Enti e Amministrazioni pubbliche" e di "firmare ogni dichiarazione" (punto 1 Verbale cit.).

2.4. Piena applicazione deve ricevere dunque il principio di diritto, già lumeggiato dalla Sezione con l'Ordinanza n. 801/2008, secondo il quale il rinvio operato dall'art. 38, comma 2 del Codice dei contratti al D.P.R. n. 445/2000 è integrale, non potendo esserne escluso il disposto dell'art. 47, comma 2, in forza del quale la dichiarazione sostitutiva resa dal dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza, conseguendone che l'esistenza o l'inesistenza di determinati stati, fatti o qualità personali può essere attestata o dall'interessato o in alternativa, da un soggetto che trovasi in una posizione differenziata e qualificata da specifici rapporti con il terzo, tali da porlo in condizione di conoscerne quegli stati, qualità o fatti personali. Nella realtà e nell'organizzazione imprenditoriale, specie della moderna impresa, caratterizzata da un dinamico flusso di informazioni, siffatta qualificata posizione può ravvisarsi nella persona del legale rappresentante dell'impresa il quale, per i rapporti correlati al suo ufficio di rappresentanza, ordinariamente conosce qualità stati o fatti dei soggetti che occupano ben definiti ruoli di rappresentanza o direzione tecnica nell'impresa, pertinenti agli stessi.

Si consideri altresì la coerenza ravvisabile nel fatto che per il dichiarante la dichiarazione in questione si configura come un atto posto in essere nell'interesse dell'impresa di cui è legale rappresentante e gli stati e i fatti che ne sono oggetto pertengono all'attività imprenditoriale.

E' per il necessario rilievo da conferire alla delineata posizione qualificata, ravvisabile nella titolarità di poteri di rappresentanza legale dell'impresa, che la sparuta giurisprudenza che si è occupata della questione ha richiesto che l'autore della dichiarazione de qua sia il legale rappresentante (Consiglio di Stato, Sez. VI, 19.11.2003, n. 7473; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3602/2001, citt.). La stessa giurisprudenza siciliana ha precisato, quanto alle dichiarazioni riguardanti gli amministratori e i direttori tecnici di una società, che il legale rappresentante dell'impresa interessata per evitare l'esclusione ha l'onere di rendere le dichiarazioni in questione, in loro vece, applicando le prescrizioni di cui all'art. 47 commi 1 e 2, D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445. (T.A.R. Sicilia - Catania, IV, 4.11.2005 n. 1995) e che per tutte le cause di esclusione anche relative ad altri soggetti è legittimato il legale rappresentante (T.A.R. Sicilia Palermo, II, 7.2.2006 n. 327).

3.1. Non può essere dunque condivisa la tesi dell'Amministrazione, sopra dettagliatamente esposta e qui riassumibile nei termini per cui in sostanza le dichiarazioni circa le condanne penali e le misure di sicurezza o prevenzione non sarebbero surrogabili da dichiarazioni rilasciate da terzi, alle quali l'ordinamento non potrebbe riconoscere validità ed efficacia di dichiarazione sostitutiva. L'argomento non ha fondamenti nel dettato normativo.

Invero, il principio più sopra enunciato, secondo il quale il rinvio di cui all'art. 38, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 al D.P.R. n. 445/2000, è integrale, involvendo anche l'art. 47, comma 2 del Testo unico e il diviso generalizzato impiego della certificazione di eventi e qualità di terzi nella conoscenza del dichiarante, non vulnera la specialità ed autonomia dei due distinti istituti della dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui all'art. 46, da un lato, la quale rimane circoscritta soggettivamente ed oggettivamente alla persona del dichiarante e a suoi stati e qualità personali asseverati da certificazioni pubbliche sostituibili dall'autocertificazione proveniente dal solo interessato e, dall'altro, della contermine dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui è una species quella contemplata e autorizzata dall'art. 47, comma 2 del D.P.R. 445/2000, concernente stati, fatti e qualità personali di terzi, dei quali il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Ebbene, detti stati, fatti o qualità personali possono essere attestati o da colui che versa in essi o possiede quelle qualità, con lo strumento della dichiarazione sostitutiva di certificazione disciplinata dall'art. 46, o, in alternativa, da un terzo che ne abbia diretta conoscenza. Per quest'ultimo, l'attestazione di quegli stati e fatti integra l'istituto – risalente già alla l. n. 15/1968 – della dichiarazione sostitutiva non di certificazione ma di atto notorio.

Esemplificando, quindi, un terzo che si trovi in una differenziata e qualificata posizione rispetto a colui i cui stati, fatti o qualità personali sono da dichiarare, ben può validamente rendere la dichiarazione della conoscenza delle predette circostanze che toccano altri, rilasciando una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 47, comma 2 del Testo unico sulla documentazione amministrativa. Dichiarazione sostitutiva che, contrariamente a quanto sostiene l'Amministrazione, trova piena cittadinanza nell'ordinamento dello Stato, essendo legittimata e specificamente contemplata proprio dall'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000.

3.2. Del pari non persuade il Collegio l'altro argomento addotto dalla difesa dell'ASL, ovverosia la tesi per la quale la dichiarazione sostitutiva di atto notorio può concernere solo "gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46" (art. 47, comma 3, D.P.R. n. 445/2000), derivando dall'inciso della norma riportato che in sostanza le certificazioni inerenti i predetti stati e qualità personali, contemplate dall'art. 46 non potrebbero essere surrogate da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ex art. 47 ma potrebbero essere unicamente attestate dalla dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui al precedente art. 46 fatto salvo dall'art. 47, comma 3, stesso decreto.

L'argomento non si presta a positiva considerazione poiché urta contro il dato letterale dello stesso art. 47, comma 3 invocato. Sostiene praticamente l'ASL che tra la dichiarazione sostitutiva di atto notorio invocata dalla ricorrente e innestata sull'art. 47 del Testo Unico e la dichiarazione sostitutiva di certificazione disciplinata dall'art. 46, sussisterebbe una sorta di rapporto di specialità, in ossequio al quale, in effetti, la dichiarazione sostitutiva di atto notorio può riguardare unicamente stati fatti e qualità personali che non siano attestabili mediante la dichiarazione sostitutiva di certificazione, non rientrando tra le fattispecie definite all'art. 46 del D.P.R. n. 445/2000.

La linea interpretativa suggerita dall'ASL in definitiva, pare al Collegio prospettare l'istituto che la dottrina penalistica qualifica come concorso apparente di norme, vale a dire il caso in cui una fattispecie criminosa sembra in astratto disciplinata da due diverse norme, mentre in realtà si è di fronte solo ad un concorso formale di reati, anche detto concorso apparente di norme. Conflitto virtuale per la cui soluzione è la stessa norma a fornire la chiave, solitamente mediante una c.d. clausola di riserva, la quale chiarisce quale sia la norma da applicare prioritariamente alla fattispecie criminosa; clausola che nella tecnica redattiva del codice penale e delle altre leggi penali si esprime nella locuzione "salvo che il fatto costituisca più grave reato" o "salvo che il

fatto costituisca il reato di cui all'art...". Ration per cui l'interprete deve prima indagare se il fatto integra la fattispecie criminosa prevista e punita dalla norma cui rinvia la clausola di riserva e solo in caso negativo applicare quell'altra di cui è controversa l'applicazione.

Nel caso all'esame la clausola di riserva sarebbe contenuta all'art. 47 comma 3 del D.P.R. n. 445/2000, espressa in negativo, nei termini che "gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46", conseguendone che i pregiudizi penali iscritti nel casellario giudiziale, siccome sono previsti all'art. 46 tra gli stati attestabili mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, non possono essere resi oggetto anche di dichiarazione sostitutiva di atto notorio.

La tesi non ha pregio, collidendo, come anticipato, con il testo dell'art. 47, comma 3 cit.

Invero, l'indicata clausola di riserva, che poi definisce anche un altro dei criteri elaborati dalla dottrina penalistica per risolvere i conflitti virtuali di norme penali, ossia il criterio di specialità di cui all'art. 5 c.p., contiene un elemento di dirimente importanza interpretativa: la persona dell'interessato. Un rapporto di specialità tra fattispecie postula che la fattispecie speciale contenga tutti gli elementi di quella generale, ossia un elemento comune ed inoltre un elemento ulteriore.

Ora, l'elemento comune alle fattispecie contemplate dalle due norme (artt. 46 e 47, comma 3, D.P.R.: n. 445/2000) e sul quale l'interprete deve misurare la relazione di specialità, è dato dall'interessato, i cui stati e qualità personali debbano essere dichiarati alla P.A. Attentamente leggendo la norma, infatti, si rileva che è solo l'interessato a poter provare con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 47 gli stati, fatti e qualità personali "non espressamente indicati nell'art. 46", non un terzo.

E' l'interessato i cui stati e fatti debbano essere provati a soffrire il limite per il quale quelli espressamente indicati dall'art. 46 non possono essere da lui attestati mediante la dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 47. L'elemento comune ai due insiemi è dato quindi dalla persona dell'interessato. Il che si spiega sul terreno della logica formale, posto che l'interessato ha a disposizione per gli stati, fatti e qualità personali definiti dall'art. 46, la dichiarazione sostitutiva di certificazione: egli può sostituire quei certificati con una sua personale dichiarazione.

Viceversa, un terzo che sia conoscenza dei quegli stati e fatti riguardanti l'interessato, può rendere per detti fenomeni solo la dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 47.

3.3. La Sezione opina, dunque, che un terzo può attestare mediante dichiarazione sostitutiva di atto notorio ex art. 47 D.P.R. 445/2000 anche fatti, stati o qualità personali dell'interessato espressamente indicati dall'art. 46 quale possibile oggetto della dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui a quest'ultima norma, in quanto la limitazione contenuta nell'art. 47, comma 3 del Testo unico sulla documentazione amministrativa, per il quale la dichiarazione sostitutiva di atto notorio può concernere solo "gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46", vige solo per l'interessato e non per un terzo, che ben può attestare stati, fatti e qualità personali dell'interessato - di cui sia a conoscenza - comprovabili mediante la dichiarazione sostitutiva di certificazione di cui all'art. 46.

Applicando gli illustrati principi al caso di specie può concludersi nel senso che il Dott. Tardieu ha legittimamente reso la dichiarazione per cui è controversia, riferita alle persone del presidente del Cda e del direttore tecnico, nella forma e nella tipologia della dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47, comma 2 del D.P.R. 445/2000.

3.4. Né d'altronde può la Sezione ritenere inficiata le delineata generale applicazione, al sistema delle attestazioni dei requisiti di partecipazione a gare d'appalto dell'istituto e della norma di cui all'art. 47, comma 2 citato, il disposto di cui all'art. 74, comma 7 del Codice dei contratti, a termini del quale, in sede di offerta, " si applicano l'articolo 18, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché gli articoli 43 e 46, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni e integrazioni."

La difesa dell'Amministrazione sostiene che poiché da tale ultima norma limita l'applicazione del Testo unico sulla documentazione amministrativa ai soli articoli ivi menzionati, tra i quali non è l'art. 47, quest'ultimo non potrebbe essere invocato nel caso all'esame. L'argomento, benché suggestivo e originale, non può essere condiviso. L'odierna fattispecie e l'interpretazione che il Collegio ha meglio suggerito, definendo e affinando le poche acquisizioni già raggiunte dalla giurisprudenza e sopra ricordate, vertono, infatti, sulla fase di ammissione delle imprese e sul correlativo scrutinio delle dichiarazioni circa i requisiti prodotte in detto sub procedimento di ammissione. L'art. 74, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 è invece dedicato alla disciplina della "Forma e contenuto delle offerte", come chiaramente recita la rubrica della norma. Non solo dunque

il raggio di applicazione delle due norme è diverso formalmente, ma lo è anche ontologicamente.

La fase delle offerte è successiva e in esse, intuitivamente, vi è poco spazio per ipotizzare l'utilità e l'occorrenza di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, trattandosi della presentazione di un'offerta, cosa che evoca anche immaginificamente un atto immediato.

Ritiene pertanto la Sezione di dover dissentire dal precedente, peraltro minoritario, invocato dall'Amministrazione, costituito da T.A.R. Sicilia – Catania, , I, 31.10.2007, n. 1776 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. N. 94/2005, secondo il quale in presenza di una clausola di esclusione, che, come quella effettivamente contenuta nell'art. 12 del Capitolato speciale, che impone la sottoscrizione e la produzione della dichiarazione in questione personalmente da parte dei soggetti indicati ai punti 4.5.10 del Modello B, la dichiarazione stessa non può essere sostituita da quella dell'amministratore in carica, ostandovi esigenze di pubblico interesse a che le commesse pubbliche vengano affidate "solo ad imprese che si avvalgano di professionisti e rappresentanti chiamati a impegnare la propria moralità professionale" e non essendo necessariamente quel genere di informazioni nella conoscenza del legale rappresentante, esulando "da fattori rientranti nell'organizzazione aziendale".

A parere del Collegio il primo indicato rilievo ostativo addotto è generico e oltretutto non si vede come l'additata esigenza possa essere infirmata dalla circostanza che la dichiarazione in esame venga resa da un terzo particolarmente qualificato (legale ripresentante) a diretta conoscenza dei relativi fatti stati o qualità, piuttosto che dall'interessato. Appare poi assiomatica la seconda affermazione: invero se il terzo dichiarante abbia effettivamente conoscenza di quelle circostanze e se ne assuma la piena responsabilità anche penale, davvero non si intravede l'infrazione di alcun principio o l'incisione di alcuna esigenza di pubblico interesse.

Conclusivamente, sul piano della fattispecie al vaglio del Tribunale, ricorda il Collegio che con il ricorso all'esame la deducente ha impugnato oltre al provvedimento di esclusione, anche le presupposte disposizioni della lex specialis, già indicate in epigrafe come riferite al Modello "B" predisposto per il rilascio della dichiarazione sostitutiva per cui è causa e meglio precisate al II motivo negli artt. 9 e 12 del Capitolato speciale, recanti l'obbligo, assistito dall'espressa comminatoria di esclusione, di personalità della dichiarazione delle condizioni di cui ai punti 4-5-10 del suddetto modello.

Al riguardo ritiene il Collegio, sulla scorta delle considerazioni tutte finora svolte, che le delineate clausole della legge di gara collidono con il combinato disposto degli artt. 38, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 e 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 come interpretati al lume delle coordinate ermeneutiche finora enucleate.

Va pertanto disposto l'annullamento degli artt. 9, ultimo periodo, e 12, lett. d) ultimo periodo e relativa comminatoria di esclusione contenuta al primo, del Capitolato speciale d'appalto, nonché dei punti "4-5.10" delle Istruzioni per la compilazione del Modello "B" allegato a detto capitolato.

4. Dalla lettura dell'offerta economica della ricorrente, aperta dopo la decisione d'appello, prodotta dalla deducente senza numerazione nel contesto della produzione del 31.1.2009, risulta che la Air Liquide S.p.A. aveva offerto un ribasso percentuale pari al 40,89% sulla base d'asta, superiore a quello offerto dalla ATI con capogruppo la SICO S.p.A. e indicato come pari al 25,75% nell'impugnato verbale di gara del 30.7.2008 (Doc. 3 produzione ASL TO 3) poi allegato alla parimenti impugnata determinazione 63 del 23.10.2008 di approvazione del medesimo ed aggiudicazione definitiva alla predetta ATI.

Da ciò consegue che la gravata aggiudicazione definitiva operata a favore dell'ATI SICO S.p.A., avendo questa offerto un ribasso inferiore a quello proposto dalla ricorrente si appalesa illegittima e va conseguentemente annullata, conseguendone l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciare l'aggiudicazione a favore della Air Liquide S.p.A.

In definitiva, alla luce di tutte le argomentazioni finora illustrate, il ricorso e i relativi motivi aggiunti si manifesta fondato e va pertanto accolto, con annullamento di tutti i provvedimenti e gli atti con essi impugnati e meglio precisati più sopra e con l'obbligo appena indicato.

Le spese debbono seguire la soccombenza e, liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico dell'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte - Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e relativi motivi aggiunti lo Accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto Annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'ASL resistente a pagare alla ricorrente le spese di lite che liquida in € 5.000,00 oltre Iva e CNAP di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO