

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/09/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38618-lex-specialis-pone-chiaro-ed-esplicito-obbligo-di-dichiarazione-in-capo-ad-entrambi-i-soci-titolari-del-50-delle-quote-sociali>

Autore: Lazzini Sonia

**Lex specialis pone chiaro ed esplicito obbligo di
dichiarazione in capo ad entrambi i soci titolari del 50%
delle quote sociali**

Consiglio di Stato decisione numero 1292 dell' 1 aprile 2016

Deve ritenersi che la lex specialis di gara ponesse in maniera chiara ed esplicita l'obbligo di dichiarazione in capo ad entrambi i soci titolari del 50% delle quote sociali.

Sonia Iazzini

I modelli Allegato 1 (per i soggetti firmatari dell'offerta) e 1 bis (per i soggetti non firmatari dell'offerta), relativamente alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni, specificano i soggetti tenuti alla loro redazione, individuandoli nei: "titolare/rappresentante legale (imprese individuali), soci(per le società in nome collettivo), soci accomandatari (per le società in accomandita semplice), amministratori muniti di potere di rappresentanza, socio unico persona fisica, socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci (se si tratta di altro tipo di società)....".

Se è vero, dunque, che non vi è espressa indicazione del socio titolare del 50% delle quote sociali, è altresì indubitabile che il modulo è espressione esemplificativa delle regole della procedura poste nel disciplinare, onde a quest'ultimo deve farsi necessario riferimento per individuare gli obblighi ai quali è soggetto il concorrente.

Orbene, il disciplinare di gara indica espressamente che "le dichiarazioni circa l'inesistenza delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 38...vanno rese individualmente anche dai seguenti soggetti non firmatari dell'istanza di ammissione a gara :altri tipi di società: amministratori muniti di rappresentanza e direttore tecnico, socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci", precisando in nota che "L'espressione socio di maggioranza si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50% (Si veda in tal senso Cons. Stato A.P., 6 novembre 2013, n. 24)".

Deve, di conseguenza, ritenersi che la lex specialis di gara ponesse in maniera chiara

ed esplicita l'obbligo di dichiarazione in capo ad entrambi i soci titolari del 50% delle quote sociali.

Orbene, la stazione appaltante ha potuto verificare la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione in capo alla sig.ra Rebecca M_ (socio al 50%) solo all'esito dell'acquisizione della visura camerale relativa alla società ricorrente, disposta con il verbale di gara n. 1 del 13-11-2014 ("La Commissione, per le motivazioni sopra esposte, esaminati i documenti, ritiene opportuno chiedere al RUP...i seguenti adempimenti:acquisizione visura camerali delle tre imprese partecipanti anche al fine di verificare le prescrizioni contenute negli atti di gara."), considerandosi che dalla documentazione prodotta dall'appellante in sede di presentazione della domanda non vi era alcun riferimento alla composizione della compagine sociale.

L'esclusione, pertanto, risulta legittima, non avendo la ricorrente adempiuto ad un obbligo dichiarativo nascente dall'articolo 38 del Codice degli Appalti, così come interpretato dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio; obbligo, inoltre, chiaramente esplicitato ed imposto dalla lex specialis di gara e da questa posto espressamente a pena di esclusione.

Il disciplinare, invero, precisa che : "la partecipazione ...è riservata agli operatori economici in possesso, a pena di esclusione, dei seguenti requisiti minimi ..." (art. 3); "Nel successivo art. 8 del presente disciplinare (contenuto della busta A) vengono descritte le modalità richieste relative alla dichiarazione del possesso dei predetti requisiti minimi di partecipazione cui l'operatore economico dovrà attenersi, a pena di esclusione della presente procedura" (art.3); "detta busta dovrà contenere tutti i sotto indicati documenti:...C) a pena d'esclusione, le dichiarazioni richieste per l'ammissione alla gara (all. 1 e all. 1 bis)..." (art. 6 "Contenuto della busta A-documenti amministrativi").

Il contenuto del disciplinare di gara evidenzia, pertanto, che non vi è alcuna equivocità e che, dunque, l'obbligo di dichiarazione in capo al socio titolare del 50% delle quote sociali è posto in modo chiaro ed intellegibile.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 1292 dell' 1 aprile 2016

N. 01292/2016REG.PROV.COLL.

N. 06128/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame della questione relativa all'improcedibilità dell'appello a cagione della mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della **gara**, nelle more intervenute, risultando comunque l'appello palesemente infondato nel merito.

Con il primo motivo la ricorrente srls lamenta: Violazione e falsa applicazione dell'art. 39, comma 1, della legge 11 agosto 2014 n. 114; difetto di istruttoria e di motivazione; irragionevolezza, illogicità manifesta, contraddittorietà ed eccesso di potere.

Censura in particolare il punto 2 della sentenza del Tar, la quale afferma la legittimità dell'esclusione dalla **gara** per incompletezza/assenza del documento All. 1 bis.

Evidenzia che i modelli All. 1 e 1 bis in nessuna parte prevedono la redazione dello stesso da parte di entrambi i soci, nel caso di quote sociali al 50%.

“Prescindendo dalla ferma convinzione che il documento di cui trattasi sia stato prodotto e non non reperito/smarrito”, l'appellante ritiene che non poteva farsi luogo ad esclusione, attesa la sufficienza della prodotta dichiarazione da parte del signor Salvatore M_, “amministratore munito di poteri di rappresentanza (se si tratta di altro tipo di società)”. Orbene, rientrando la ricorrente, quale srls, nella fattispecie di “altro tipo di società”, in tesi di parte appellante risultava sufficiente la presentazione della dichiarazione da parte del predetto amministratore.

Deduce, poi, che la **gara** oggetto di controversia era una licitazione privata, caratterizzata dal fatto

che sono ad essa invitati a partecipare soggetti ritenuti dall'amministrazione idonei a partecipare sulla base di una valutazione da essa operata in via preliminare.

La sentenza del Tribunale così motiva sul punto.

*“Con riferimento alla seconda censura, è necessario precisare che l'obbligo di dichiarazione da parte del socio al 50% era previsto dal disciplinare di **gara**, che a sua volta aveva richiamato la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 6 novembre 2013 n. 24. E' dunque incontrovertibile l'obbligo di inserimento di detta dichiarazione nella busta A. Né può ritenersi che detto documento fosse stato prodotto e poi smarrito, perché la società ricorrente ha prodotto l'All. 1 bis barrato (cfr. fascicolo documenti Avvocatura all. n. 4), né la Commissione avrebbe potuto accorgersi della mancanza del documento nella prima seduta pubblica nella quale aveva aperto la busta A, essendo emersa la mancanza del documento solo in seguito all'acquisizione della visura camerale per la verifica dell'autocertificazione, dalla quale si vinceva la composizione della società (due soci al 50% ciascuno) (all. 6 documenti Avvocatura)”*.

Il motivo di appello è infondato, condividendosi sul punto la determinazione reiettiva del giudice di primo grado, sulla base delle considerazioni che di seguito si svolgono.

I modelli Allegato 1 (per i soggetti firmatari dell'offerta) e 1 bis (per i soggetti non firmatari dell'offerta), relativamente alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni, specificano i soggetti tenuti alla loro redazione, individuandoli nei: “titolare/rappresentante legale (imprese individuali), soci(per le società in nome collettivo), soci accomandatari (per le società in accomandita semplice), amministratori muniti di potere di rappresentanza, socio unico persona fisica, socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci (se si tratta di altro tipo di società)....”.

Se è vero, dunque, che non vi è espressa indicazione del socio titolare del 50% delle quote sociali, è altresì indubitabile che il modulo è espressione esemplificativa delle regole della procedura poste nel disciplinare, onde a quest'ultimo deve farsi necessario riferimento per individuare gli obblighi ai quali è soggetto il concorrente.

Orbene, il disciplinare di **gara** indica espressamente che “*le dichiarazioni circa l'inesistenza delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 38...vanno rese individualmente anche dai seguenti soggetti non firmatari dell'istanza di ammissione a **gara** :altri tipi di società: amministratori muniti di rappresentanza e direttore tecnico, socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci*”, precisando in nota che “*L'espressione socio di maggioranza si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50% (Si veda in tal senso Cons. Stato A.P., 6 novembre 2013, n. 24)*”.

Deve, di conseguenza, ritenersi che la *lex specialis* di **gara** ponesse in maniera chiara ed esplicita l'obbligo di dichiarazione in capo ad entrambi i soci titolari del 50% delle quote sociali.

Orbene, la stazione appaltante ha potuto verificare la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione in capo alla sig.ra Rebecca M_ (socio al 50%) solo all'esito dell'acquisizione della visura camerale relativa alla società ricorrente, disposta con il verbale di **gara** n. 1 del 13-11-2014 (“La Commissione, per le motivazioni sopra esposte, esaminati i documenti, ritiene opportuno chiedere *al RUP...i seguenti adempimenti:acquisizione visura camerali delle tre imprese partecipanti anche al fine di verificare le prescrizioni contenute negli atti di **gara**.*”), considerandosi che dalla documentazione prodotta dall'appellante in sede di presentazione della domanda non vi era alcun riferimento alla composizione della compagine sociale.

L'esclusione, pertanto, risulta legittima, non avendo la ricorrente adempiuto ad un obbligo dichiarativo nascente dall'articolo 38 del Codice degli Appalti, così come interpretato dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio; obbligo, inoltre, chiaramente esplicitato ed imposto dalla *lex specialis* di **gara** e da questa posto espressamente a pena di esclusione.

Il disciplinare, invero, precisa che : *“la partecipazione ...è riservata agli operatori economici in possesso, a pena di esclusione, dei seguenti requisiti minimi ...”* (art. 3); *“Nel successivo art. 8 del presente disciplinare (contenuto della busta A) vengono descritte le modalità richieste relative alla dichiarazione del possesso dei predetti requisiti minimi di partecipazione cui l'operatore economico dovrà attenersi , a pena di esclusione della presente procedura”* (art.3); *“detta busta dovrà contenere tutti i sotto indicati documenti: ...C) a pena d'esclusione, le dichiarazioni richieste per l'ammissione alla **gara** (all. 1 e all. 1 bis)....”* (art. 6 *“Contenuto della busta A-documenti amministrativi”*).

Il contenuto del disciplinare di **gara** evidenzia , pertanto, che non vi è alcuna equivocità e che, dunque, l'obbligo di dichiarazione in capo al socio titolare del 50% delle quote sociali è posto in modo chiaro ed intellegibile.

Né può attribuirsi rilevanza all'argomentazione difensiva dell'appellante, secondo cui tale obbligo è escluso dalla natura della procedura (licitazione privata), nella quale l'amministrazione invita a partecipare i soggetti che sono considerati idonei in base ad una valutazione preliminare.

Invero, per come emerge dalla determinazione n. 367/2014, di indizione della procedura, la individuazione delle ditte da invitare è stata svolta sulla base di una indagine di mercato. Tale circostanza esclude, dunque, la avvenuta preventiva verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai soggetti invitati da parte della stazione appaltante, osservandosi, altresì, che tali adempimenti non sono a carico dell'amministrazione e da effettuarsi prima della indizione della **gara**, in quanto la natura ristretta della procedura non pone in non cale la regola generale secondo cui il possesso degli stessi debba essere dimostrato dai concorrenti attraverso dichiarazioni sostitutive e solo successivamente verificato dal soggetto pubblico.

Quanto alla circostanza dell'avvenuta presentazione del documento richiesto, evidenzia la Sezione che appare corretta la motivazione fornita dal Tribunale, in base alla quale, allo stato degli atti, la mancanza del documento trova conferma nella circostanza che l'allegato 1 bis (sul quale la dichiarazione doveva essere resa) è stato prodotto barrato.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, pertanto, il primo motivo di appello deve essere rigettato.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta: Violazione e mancata applicazione dell'art. 39, comma 1, della legge 11-8-2014 n. 114 circa la mancanza o l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi.

Deduce che il giudice di primo grado ha completamente omesso di pronunciarsi sulle argomentazioni da essa spiegate in ordine alla applicabilità alla vicenda in esame della predetta norma.

Rileva in proposito che va tenuta presente la differenza esistente tra il momento della “determinazione” e quello della “indizione”; la “determinazione” è l'atto interno amministrativo con cui l'ente stabilisce parametri di interventi e di attività, mentre l'”indizione” individua il momento in cui si porta a conoscenza e si pubblicizza.

A detta dell'appellante, avrebbe dovuto farsi riferimento al momento dell'invito alla **gara**, adempimento verificatosi nell'ambito temporale di operatività del citato articolo 39, la cui applicazione avrebbe consentito alla stessa la fruizione del "soccorso istruttorio" per integrare la dichiarazione mancante.

Il motivo di appello non è meritevole di favorevole considerazione.

La gravata sentenza così motiva sul punto.

*"Quanto all'applicabilità dell'art. 39, comma 1 della legge 11 agosto 2014 n. 114, che ha introdotto il comma 2 bis dell'art. 38 del d.lgs. 163/06, correttamente la resistente ha ritenuto che detta disposizione non fosse applicabile al caso di specie, in quanto la presente procedura è stata indetta ai sensi dell'art. 57 c. 2 del D.lgs 163/06, e dunque si tratta di procedura negoziata senza la pubblicazione del bando di **gara**. La nuova disposizione introdotta dall'art. 39 del d.l. 90/2014, convertito in L. 114/2014, si applica per espressa disposizione normativa alle sole procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 (sul punto determinazione ANAC dell'8-1-2015 n. 1). Nel caso di specie, mancando il bando, l'atto di indizione della procedura negoziata si identifica con la determinazione dirigenziale n. 367 del 15 aprile 2014 che è antecedente alla entrata in vigore del suddetto art. 39 del d.l. 90/2014. Ne consegue l'inapplicabilità della normativa sopravvenuta (art. 38 c. 2 bis del D.Lgs 163/06)".*

La determinazione reiettiva del giudice di primo grado è condivisa dalla Sezione per le considerazioni che di seguito si svolgono.

L'articolo 39 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 prevede espressamente, al comma 3, che le disposizioni di cui ai commi 1 (introduzione del comma 2 bis dell'art. 38 del Codice) e 2 (introduzione del comma 1 ter dell'articolo 46 del Codice) si applicano alle procedure di affidamento "indette" successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Ciò posto, ritiene il Collegio che correttamente il giudice di primo grado abbia individuato il momento della indizione nella determina dirigenziale n. 367/2014 del 15 aprile 2014.

Va in primo luogo rilevato il dato letterale del suddetto provvedimento, il quale, pur essendo qualificato come "determina" (che è il provvedimento tipico di competenza dell'organo burocratico), contiene il seguente contenuto dispositivo "*determina.....3. di indire una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. a) del d.lgs n. 163/2006 e smi con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.....4. di procedere alla formalizzazione della procedura indicata al precedente punto mediante l'invito delle seguenti società:5. di approvare la seguente documentazione: "Avviso pubblico", il Capitolato d'oneri e relativi allegati, il Disciplinare di **gara***".

Dunque, sotto il profilo letterale la determinazione assunta (appunto, di indizione) trova corrispondenza con il dato normativo, che riferisce l'applicazione delle nuove disposizioni alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

Va, inoltre, operato riferimento al principio giurisprudenziale espresso da questo Consiglio (cfr. sez. IV, 15-9-2015, n. 4315), secondo cui il momento di indizione di una procedura selettiva va individuato nella data di adozione della delibera che manifesta la volontà di procedere all'iter selettivo bandito per cui, in applicazione del principio tempus regit actum, il procedimento di appalto resta di norma regolato dalla normativa vigente a quella data, risultando irrilevante il successivo momento di pubblicazione del provvedimento, rilevante solo ai fini della c.d. pubblicità

notizia, della indizione della procedura tramite il bando deliberato.

Tale conclusione – a giudizio della Sezione – trova conferma in un'ulteriore logica considerazione.

Giacché la nuova disciplina introdotta dal citato articolo 39 attiene alla regolamentazione della procedura concorsuale e, dunque, alla determinazione sul punto dei poteri dell'amministrazione e delle corrispondenti posizioni giuridico-soggettive degli operatori economici, risulta ragionevole che la nuova disciplina trovi applicazione solo per quelle gare per le quali la relativa disciplina regolatoria non sia stata ancora determinata, mentre non può operare per le procedure in relazione alle quali tale regolamentazione risulti già essere stata determinata.

Orbene, nella fattispecie per cui è causa con la determina n. 367 del 15 aprile 2014 non solo è stata indetta la procedura negoziata, ma si è anche proceduto a determinare ed approvare la lex specialis di **gara**, id est l'avviso pubblico, il capitolato d'oneri, il disciplinare di **gara** e la relativa modulistica.

Va, da ultimo, evidenziata anche la natura della procedura per cui è causa, la quale è una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di **gara**, ai sensi dell'art. 57, comma 1, lett. a) del Codice; di conseguenza, non può in radice assumere rilevanza l'esigenza di "pubblicizzazione" e di "portare a conoscenza" rappresentata dall'appellante.

Va, invero, considerato – in disparte la dirimente considerazione sopra svolta in ordine al fatto che il momento essenziale della regolamentazione della **gara** si è già avverato con la "indizione" che ne ha determinato i contenuti – che nella specie risultano, con la predetta determina, anche individuati i potenziali concorrenti, cioè gli operatori economici da invitare, onde la regolamentazione della stessa risulta essere stata sostanzialmente effettuata anche sotto il profilo soggettivo della individuazione dei partecipanti.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte risulta, dunque, infondato anche il secondo motivo di appello.

Può a questo punto passarsi all'esame del terzo motivo.

Con esso la società ricorrente lamenta: Violazione per disparità di trattamento nell'applicazione del Disciplinare di **gara** nell'articolo 6 tra la lettera C) e la lettera D).

Essa censura il punto 4 della sentenza del Tribunale Amministrativo ed, in particolare, lamenta la illegittima mancata applicazione del soccorso istruttorio, rilevando che nella specie ne sussistevano i presupposti di operatività, in quanto, essendo stata prodotta la dichiarazione da parte di uno dei soci, l'omessa presentazione da parte dell'altro non poteva essere considerata documentazione "mancante".

Lamenta ancora disparità di trattamento, in quanto, con riferimento alla omessa presentazione di garanzie bancarie da parte di altri soggetti, la regolarizzazione è stata consentita.

La doglianza non è condivisa dal Collegio, dovendosi confermare la determinazione reiettiva del giudice di primo grado.

Questi così motiva sul punto.

«Quanto alla dedotta disparità di trattamento, è sufficiente rilevare che nel caso di specie – mancando totalmente la dichiarazione prevista a pena di esclusione – non era possibile ricorrere al cd. "soccorso istruttorio". Infatti, secondo giurisprudenza consolidata, il suddetto soccorso istruttorio si sostanzia "... unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare

certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti”; viceversa, esso “...non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione..” (v. *Cons. di St., ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9*). *D'altronde, diversamente opinando*, si andrebbe a ledere il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto si consentirebbe ad uno o ad alcuni di essi di integrare i requisiti cui è subordinata la partecipazione alla procedura di **gara** in un momento successivo alla scadenza del termine, previsto dagli atti di **gara**, per la presentazione delle offerte; principio questo che non viene ad essere violato da un semplice *elemento di correzione e completamento di elementi dichiarativi già presentati all'amministrazione aggiudicatrice*».

La Sezione ritiene la correttezza della statuizione del giudice di primo grado, osservando in proposito quanto segue.

La omessa dichiarazione da parte della signora Rebecca M_ non può essere considerata adempimento incompleto e regolarizzabile, alla luce della avvenuta produzione del documento da parte dell'altro socio al 50% , signor Salvatore M_.

Va, invero, considerato che l'articolo 38 del Codice e, conformemente ad esso, il disciplinare di **gara** riferiscono l'obbligo dichiarativo al “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci se trattasi di altro tipo di società” (specificandosi, in virtù dell'intervento di Cons. Stato, A.P., n. 24/2013, che tale locuzione va intesa come riferita ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale).

Di conseguenza, risultando l'obbligo dichiarativo posto in capo al socio (e non alla società in quanto tale), risulta evidente che trattasi di adempimento autonomo, gravante individualmente su ciascun soggetto, persona fisica, che ricopra tale qualifica.

Il mancato adempimento da parte di uno di essi, pur in presenza della dichiarazione dell'altro socio, configura, pertanto, un'omessa dichiarazione, attesi i contenuti oggettivi e soggettivi dell'obbligo stesso, ripetesi, posto dalla legge e dallo stesso disciplinare di **gara** (quest'ultimo precisa, infatti, che “*le dichiarazioni ...vanno rese individualmente anche dai seguenti soggetti, non firmatari dell'istanza di ammissione a **gara**...*”).

Né, per altra via, può ritenersi un parziale adempimento per effetto della dichiarazione del signor M_ Salvatore, evidenziandosi che la stessa è riferita esclusivamente alla persona del predetto e non anche ad altri.

Pertanto, va ritenuto che – stante la già riscontrata non applicabilità alla vicenda in esame dell'art. 39 del D.L n. 90/2014 – legittimamente la stazione appaltante non abbia attivato il soccorso istruttorio ed abbia, invece, disposto l'esclusione del concorrente.

Quanto, poi, alla lamentata disparità di trattamento, osserva la Sezione che la stessa non è utilmente invocabile quale vizio della censurata esclusione.

Va premesso che la censura viene articolata con espresso riferimento ad un soccorso istruttorio attivato per società che non hanno prodotto garanzie bancarie.

In disparte la circostanza che, anche in ragione della espressa clausola espulsiva contenuta nel bando, l'esclusione della ricorrente era comunque doverosa in ipotesi di omessa presentazione della

dichiarazione, deve osservarsi che l'esame degli atti di **gara** evidenzia che, con riferimento alla mancata presentazione di una delle referenze bancarie prevista dal disciplinare da parte della società Pizza & Fichi, non vi è stato esercizio del potere di soccorso istruttorio.

Invero, nel verbale di **gara** n. 1 è riportato, tra i documenti presentati, "N. 1 dichiarazione bancaria *corredata dalla dichiarazione dell'amministratore unico relativa alla dimostrazione della capacità economica e finanziaria della società Pizza & Fichi*" e successivamente che "...per quanto riguarda la mancanza della seconda referenza bancaria la Commissione si riserva la verifica di *accoglimento della dichiarazione sostitutiva in applicazione dell'articolo 41, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici*".

Dunque, l'amministrazione non ha attivato in proposito il soccorso istruttorio chiedendo documentazione mancante, ma ha unicamente valutato la possibilità di considerare valida la dichiarazione sostitutiva presentata, ai sensi dell'art. 41, comma 3, secondo il quale "Se il *concorrente non è in grado, per giustificati motivi...di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*".

Ed, invero, per come risulta dal successivo verbale di **gara** n. 2, la Commissione, ha proceduto "*all'esame della dichiarazione sostitutiva resa dall'amministratore unico della società Pizza & Fichi in sostituzione della seconda referenza bancaria*", considerandola documento idoneo in applicazione del richiamato comma 3 dell'articolo 41, suffragando la propria determinazione sulla base di orientamenti giurisprudenziali diffusamente richiamati.

Da quanto sopra, risulta evidente, in relazione alla doglianza proposta, la diversità delle situazioni oggettive coinvolgenti la società appellante e la concorrente Pizza & Fichi, derivandone l'inconfigurabilità, anche in ragione della diversità degli istituti applicati, del lamentato vizio di disparità di trattamento.

Anche il terzo motivo di appello è, pertanto, infondato.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra svolte l'appello deve, in conclusione, essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore di Laziodisu, delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi euro 4000 (quattromila), oltre spese generali ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **01/04/2016**

IL SEGRETARIO

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