

N. 00017/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00874/2010 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 Lazio**

**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale n. 874 del 2010, proposto da A.T.I. TIERRE S.r.l. - RESTAURANDO S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Nicola Ottaviani, con domicilio eletto in Latina, alla via dei Cappuccini, n. 40 (presso Gabriella Avv. Guglielmo);

***contro***

comune di Sora, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Quadrini, con domicilio eletto presso T.a.r. Lazio, sezione di Latina, ex lege in Latina, alla via A. Doria, n. 4;

***nei confronti di***

A.T.I. D.I.S.M.A. s.r.l. - Vincenzo Di Pedè s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese

dagli avvocati Antonio Radice ed Alfredo Zaza d'Aulizio, con domicilio eletto presso T.a.r. Lazio, sezione di Latina, ex lege in Latina, alla via A. Doria, n. 4;

***per l'annullamento, previa sospensione***

della determina n. 477 del 14 settembre 2010 del Dirigente del Settore 2 del Comune di Sora con cui venivano approvati i verbali di gara e di aggiudicazione provvisoria nn. 1 - 14 delle sedute pubbliche e riservate dall'8 giugno al 28 luglio 2010, aggiudicando l'appalto dei lavori di riqualificazione delle opere di urbanizzazione e verde pubblico del centro storico, rione S. Silvestro, rione Indipendenza, ricomprese nell'ambito dei contratti di quartiere II - all'impresa A.T.I. - D.I.S.M.A. - Vincenzo Di Pede S.r.l., oltre che di ogni altro atto presupposto, coordinato e conseguente a detto provvedimento, con particolare riferimento al verbale di gara n. 2 del 9 giugno 2010 con il quale la Commissione di gara dichiarava ammesso, anziché escluso, il concorrente A.T.I. - D.I.S.M.A. - Vincenzo Di Pede S.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le costituzioni in giudizio, del comune di Sora e dell'ATI DISMA Srl - Vincenzo Di Pede Srl.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott. Santino Scudeller e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1 Con atto spedito per la notifica il 12 ottobre 2010 - depositato il successivo 14 -, la ricorrente impugna la determina n. 477 del 14 settembre 2010 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione dell'appalto dei lavori di riqualificazione delle opere di urbanizzazione e verde pubblico del centro storico, rione S. Silvestro - rione Indipendenza, all'A.T.I. D.I.S.M.A. - Vincenzo Di Pede S.r.l., deducendo: violazione di legge - violazione artt. 38 e segg. del D. Lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere per sviamento in ordine alla previsione degli artt. 1, 4 e 7 - bis del disciplinare di gara, relativamente alla regolarità delle dichiarazioni sostitutive sui requisiti di carattere generale - violazione del principio di imparzialità, correttezza e buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Cost. - eccesso di potere e sviamento in ordine alla previsione di cui all'art. 8 del disciplinare di gara relativamente alla dichiarazione sostitutiva in materia di assenza di procedure fallimentari nel quinquennio antecedente all'appalto.

2 Con decreto presidenziale n. 440 del 15 ottobre 2010, è stata accordata la tutela cautelare in corso di causa.

3 Con atto depositato il 29 ottobre 2010, si è costituito il comune di Sora che ha opposto l'infondatezza del ricorso.

4 Con atto depositato il 2 novembre 2010 si è costituita l'A.T.I. D.I.S.M.A. s.r.l. - Vincenzo Di Pede s.r.l., che ha rassegnato

conclusioni analoghe a quelle proposte dal resistente.

5 Con ordinanza n. 463 del 4 novembre 2010, la Sezione ha confermato la tutela cautelare e contestualmente fissato l'udienza pubblica per la trattazione del merito.

6 Con atto spedito per la notifica il 13 novembre 2010 - depositato il successivo 16 -, l'A.T.I. D.I.S.M.A. s.r.l. - Vincenzo Di Pede s.r.l. ha proposto domanda di annullamento degli articoli 4, 4 - bis, 7 - bis ed 8 del disciplinare deducendo: violazione di legge - eccesso di potere.

7 Il resistente, la controinteressata e la ricorrente hanno quindi versato memorie conclusive, rispettivamente in data 1°, 3 e 6 dicembre 2010.

8 Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2010 il ricorso è stato chiamato e, dopo la discussione, è stato introdotto per la decisione.

## DIRITTO

1 Con un primo motivo la ricorrente, dopo aver richiamato la corrispondente previsione del disciplinare di gara, argomenta un duplice profilo di esclusione della controinteressata, rapportato alle dichiarazioni, rese impropriamente dal legale rappresentante della società D.I.S.M.A. S.r.l., quanto all'amministratore unico cessato dalla carica ed al procuratore.

2 Il profilo primo è infondato.

2.1 Sul punto va innanzitutto richiamato il disciplinare il quale, dopo aver fissato all'articolo 4, il contenuto "della dichiarazione sostitutiva resa dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa" circa i

requisiti generali di partecipazione, prevede: [a] in nota, che “Le dichiarazioni ... inoltre devono riguardare anche i soggetti sopraelencati che siano cessati dalla carica nel triennio antecedente la data del bando;”; [b] all’articolo 4 - bis una dichiarazione sostitutiva, sempre del titolare dell’impresa o del legale rappresentante, relativa ai “titolari di responsabilità legale, di poteri contrattuali, o di direzione tecnica, cessati dalla carica nell’ultimo triennio antecedente la data del bando;”.

2.2 Tutto ciò premesso il motivo è infondato in quanto la tesi della ricorrente è evidentemente smentita dal tenore testuale delle norme di gara, rilevanti per il dato letterale proprio perché implicanti l’applicazione di una sanzione. Esse, infatti, imputano l’obbligo e fissano l’oggetto della dichiarazione sostitutiva, in termini di chiara e distinta rilevanza ai fini dell’esclusione, perché: - quanto al primo profilo, è indubbio che l’obbligo di rendere la dichiarazione incombe sul titolare o sul legale rappresentante dell’impresa, del che ne fornisce prova l’incipit dell’articolo 4, la nota in calce allo stesso ed infine la parte iniziale dell’articolo 4 - bis; - quanto al secondo aspetto, il disciplinare contempla che le dichiarazioni interessanti i menzionati requisiti soggettivi “devono riguardare” i soggetti cessati dalla carica, il che concorre, come anticipato, a delineare il contenuto dell’obbligo del quale risulta onerato, appunto, il titolare o il legale rappresentante dell’impresa.

2.3 In definitiva, può dirsi che, per l’amministratore cessato dalla

carica la relativa dichiarazione è stata correttamente resa dall'amministratore unico. Dal che l'infondatezza del relativo profilo di doglianza con conseguente inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso incidentale in parte qua.

3 Il motivo di cui sopra è stato appuntato anche sulla dichiarazione resa dall'amministratore unico della D.I.S.M.A. S.r.l., quanto al procuratore. Il resistente ne ha argomentato l'infondatezza, opponendo la posizione di "procuratore speciale" quindi un potere di rappresentanza corrispondente a quello di gestione secondo le specifiche indicazioni del certificato camerale; il che implicherebbe l'inesistenza dell'obbligo da riferire, nel caso, unicamente ai soggetti investiti della responsabilità legale, di poteri contrattuali o di direzione tecnica. La controinteressata ha opposto che, dalla nota all'articolo 4, si desume che detta dichiarazione dovrebbe esser resa personalmente dai procuratori o dagli institori qualora l'offerta "sia presentata da tali soggetti;", vicenda che nella fattispecie non ricorrerebbe.

3.1 Occorre richiamare le norme del disciplinare e fissare i poteri accordati al detto procuratore.

3.2 La nota in calce al menzionato articolo 4 del disciplinare prevede che: "Le dichiarazioni ... devono esser rese da tutti i soggetti previsti dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06 e cioè tutte le persone fisiche che siano titolari di responsabilità legale, di poteri contrattuali, o di direzione tecnica, come segue: - il titolare in caso di impresa

individuale; - tutti i soci in caso di società di persone; - tutti i soci accomandatari in caso di società in accomandita semplice; - tutti i rappresentanti legali in caso di società di capitali o di altri tipi di società o consorzi; - i procuratori e gli institori qualora l'offerta sia presentata da tali soggetti; - i direttori tecnici;”.

3.3 Dal certificato camerale, emerge: [a] quanto ai poteri associati alla carica di amministratore unico che “L'organo amministrativo è investito dei più ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria della società, senza eccezione di sorta ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per lo svolgimento di tutte le attività costituenti l'oggetto sociale o strumentali allo stesso esclusi soltanto quelli che la legge o lo statuto riservano all'assemblea. L'amministratore unico ha la rappresentanza della società.”; [b] quanto ai poteri associati alla carica di procuratore che lo stesso può: A) firmare contratti di appalto con le amministrazioni provinciali ed i comuni della provincia di Imperia; B) redigere e sottoscrivere ove necessario tutti gli atti dipendenti dall'esecuzione dei lavori, sommariamente così elencati: (omissis); C) rappresentare la società mandante nei confronti delle ditte subappaltatrici; D) rappresentare la società mandante di fronte a terzi, al proprio committente, alla direzione dei lavori, anche per eventuali contenziosi in giudizio, nominando se necessario avvocati o procuratori ed eleggere domicili speciali. Il nominato procuratore ... provvederà ad aprire presso un istituto bancario di propria fiducia un conto corrente intestato alla

società stessa, su cui questa si obbliga, con firma della presente, a fare confluire tutti i pagamenti che le amministrazioni liquideranno in ordine ai lavori di che trattasi. Tutti i prelievi dal conto corrente dovranno essere tassativamente firmati, al momento opportuno con la disponibilità necessaria, congiuntamente dal legale rappresentante pro tempore della società e dal signor .... Al nominato procuratore speciale viene anche conferito l'incarico di nominare il direttore di cantiere, dirigere e sorvegliare i lavori in questione ed in particolare curare l'osservanza da parte di tutti gli addetti delle norme di buona condotta tecnica nell'esecuzione dei lavori e di prevenzione degli infortuni sia per quanto riguarda gli addetti che per quanto riguarda i terzi. Egli altresì resta autorizzato a fare tutto quanto necessario, opportuno ed utile al fine di bene e compiutamente adempiere a quanto demandato con la presente procura, con ogni più ampia facoltà, anche se qui non specificamente indicata. Il tutto con promessa di rato e valido, sotto gli obblighi di legge, senza bisogno di ulteriori atti di ratifica e conferma.”.

3.4 In via preliminare va evidenziato che il dato di cui sopra, esclude l'attendibilità della tesi del resistente che confina la posizione del soggetto de quo nell'ambito della “procura speciale”. Sul punto, infatti, può indicarsi che, dal raffronto tra i poteri associati alla carica dell'amministratore unico e quelli riferibili a detto procuratore, emerge che quest'ultimo è titolare di un potere rappresentativo non circoscritto ad alcune e limitate attività esecutivamente connotate,

deponendo in senso contrario, non solo le previsioni atte a conferire la rappresentanza, sostanziale e processuale, nei confronti dei terzi ma anche quella per la quale lo stesso, "... resta autorizzato a fare tutto quanto necessario, opportuno ed utile al fine di bene e compiutamente adempiere a quanto demandato con la presente procura, con ogni più ampia facoltà, anche se qui non specificamente indicata.". La consistenza dei richiamati contenuti, non autorizza quindi una ricostruzione in termini di potere gestionale limitato a specifiche categorie di attività o a determinati settori, proprio perché detto procuratore è investito del potere di compiere ogni attività preordinata e comunque funzionale all'impresa. In altri termini nel caso è agevole riferire, alla predetta figura, una responsabilità legale e la titolarità di poteri contrattuali; il che implica anche l'infondatezza dell'obiezione posta dalla controinteressata, alla quale va opposto che il relativo argomentare sottende un'evidente, parziale lettura della norma di gara la quale deduce detto, personale, obbligo di dichiarazione, non solo sui procuratori od institori che abbiano presentato l'offerta, ma su "tutte le persone fisiche che siano titolari di responsabilità legale, di poteri contrattuali, o di direzione tecnica", quindi anche su "tutti i rappresentanti legali in caso di società di capitali o di altri tipi di società o consorzi;".

3.5 L'esito sulla proposta domanda principale, dipende anche dallo scrutinio del connesso motivo incidentale. La controinteressata ha argomentato l'illegittimità delle corrispondenti norme del disciplinare

per illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, ingiustificata restrizione della partecipazione ed immotivato aggravamento della procedura di gara perché l'articolo 38 del codice degli appalti non escluderebbe che tale dichiarazione possa esser resa, invece che dal procuratore, dal legale rappresentante dell'impresa, peraltro penalmente responsabile di quanto partecipato, comunque assoggettato a verifica da parte della stazione appaltante nonché suscettivo di regolarizzazione ex articolo 46 del predetto codice. Evidente sarebbe poi la contraddittorietà, quindi la confusione ingenerata dall'articolo 4 e dal successivo articolo 4 - bis.

3.6 Il motivo è infondato. L'obbligo di dichiarazione dei requisiti generali, sia per quanto disposto dall'articolo 38 del codice degli appalti sia per quanto desumibile dalla normativa di gara, si giustifica in relazione alla circostanza per la quale, lo stesso incombe sui soggetti che sono in rapporto qualificato con l'offerente e che, proprio in ragione di tale relazione, sono in grado di impegnare quest'ultima nei confronti della stazione appaltante. Il che giustifica la previsione e l'applicazione della sanzione. Tale collegamento tra posizione rivestita nell'organizzazione dell'impresa partecipante ed obbligo di dichiarazione, che ne fissa logicamente l'imputazione e la relativa sanzione, rende poi irrilevante ogni richiamo alla responsabilità del dichiarante, diverso da quello onerato, o al cd. dovere di soccorso della stazione appaltante, evenienze queste solo riferibili all'ipotesi di una dichiarazione soggettivamente coerente con

le previsioni di gara e suscettiva di completamento o integrazione, purché conformemente resa. Quanto infine all'illegittimità degli articoli 4 e 4 - bis del disciplinare, ne va esclusa la dedotta contraddittorietà e confusione per la risolutiva ragione per la quale il primo, rileva per la dichiarazione personale dei soggetti elencati nella nota in calce, attuali titolari di poteri di rappresentanza legale e contrattuali nel mentre il seconda, riferisce al titolare o al rappresentante legale dell'impresa l'obbligo di partecipare vicende comunque diverse e relative a soggetti cessati dalla carica.

3.7 In definitiva, dalle considerazioni su esposte deriva che, nel caso, la dichiarazione doveva esser resa, non dall'amministratore unico della D.I.S.M.A. S.r.l., bensì dal procuratore, dal che deriva la fondatezza del motivo di ricorso principale e l'infondatezza di quello incidentale, da ultimo esaminato.

4 Con un altro motivo la ricorrente argomenta la violazione dell'articolo 7 - bis del disciplinare con riferimento alla dichiarazione sostitutiva resa dall'amministratore e direttore tecnico della Vincenzo Di Pede s.r.l. rilevando che, avendo riguardo ai moduli predisposti dagli uffici del casellario, la formula utilizzata risulta correlata alle eventuali iscrizioni nel registro degli indagati ex articolo 335 c.p.p. nei casi in cui la competente procura non ritenga di rilasciare informazioni o comunicazioni suscettibili di divulgazione a terzi; il che implicherebbe l'assenza di ogni indicazione, anche in forma di dichiarazione sostitutiva, concernente il certificato dei carichi

pendenti.

4.2 Dal documento, in atti del resistente, emerge che l'interessato ha dichiarato "che a proprio carico non ci sono procedimenti penali pendenti, e pertanto dal certificato dei carichi pendenti rilasciato dalla Procura della repubblica presso il tribunale Civile e Penale di cassino risulta: **NON RISULTANO** iscrizioni suscettibili di comunicazione ai sensi dell'art. 60 comma 1 CPP."

4.3 Il motivo va respinto stante la condivisibilità delle contrarie argomentazioni incentrate sulla sostanziale conformità della dichiarazione che ricalca il contenuto del certificato dei carichi pendenti prodotti (cfr allegati 7 e seguenti della produzione della controinteressata del 2 novembre 2010) a dimostrazione dell'imposto obbligo di dichiarazione.

4.4 All'infondatezza di detto profilo segue l'inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso incidentale in parte qua.

5 Con un ultimo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 8 - bis del disciplinare ed in particolare della previsione secondo la quale, "Dalla dichiarazione dovrà risultare se procedure di fallimento o di concordato si siano verificate nel quinquennio antecedente alla data fissata per la gara."; il che rileverebbe per la D.I.S.M.A. S.r.l. che ha omesso la dichiarazione richiesta dalla disposizione da ultimo indicata, sanzionata con l'esclusione, per una evenienza in esito alla quale nulla si desumerebbe dal prodotto certificato camerale.

5.1 L'articolo 8 - bis del disciplinare riconduce la dichiarazione interessante lo stato di liquidazione, il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata o qualsiasi altra situazione equivalente ad un duplice momento, quello attuale (la società non si trova) e quello pregresso (assenza di tali vicende nel quinquennio antecedente alla data fissata per la gara). La dichiarazione resa sul punto dall'amministratore della D.I.S.M.A. S.r.l. interessa solo il primo momento, non il secondo e pertanto la stessa risulta indubbiamente deficitaria in relazione al periodo pregresso. Il che avrebbe dovuto comportare l'esclusione, a prescindere dalla data di costituzione della società essendo evidente che, la previsione relativa "al quinquennio antecedente alla data fissata per la gara" costituisce una limitazione temporale alla quale riferire le vicende da dichiarare, ma non implica un esonero per società, come nel caso, di recente costituzione. Per altro aspetto non coglie nel segno la tesi argomentata con riferimento al richiamo, in sede di disciplinare, di una dichiarazione conforme al contenuto del certificato camerale, dovendosi rilevare che detta previsione, evidentemente, riconduce il contenuto della dichiarazione a siffatto certificato e per quanto con esso attestabile; il che non implica, tuttavia, esenzione dal partecipare una vicenda espressamente richiesta.

5.2 La controinteressata ha formulato un motivo incidentale opponendo che, posto che l'articolo 38 del codice dei contratti colloca all'attualità ("si trovano"; "sia in corso") la rilevanza di detti

stati, la norma invocata dalla ricorrente, sarebbe illegittima: - per illogicità ed irragionevolezza, non essendo la stessa giustificabile in considerazione dell'opera appaltata e delle modalità di gara; - per lesione del principio della massima partecipazione; - per violazione dell'articolo 46 e del principio di verificabilità da parte della stazione appaltante.

5.3 Costituisce “ius receptum” (Consiglio di Stato, V, 19 novembre 2009, n. 7247; T.a.r. Lazio Latina, sez. I, 31 marzo 2008, n. 298) l'affermazione secondo cui i bandi di gare d'appalto possono fissare requisiti di partecipazione più rigorosi, secondo valutazioni discrezionali giustificabili in base ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (articolo 97 della Costituzione), connesse al potere - dovere dell'amministrazione di apprestare, con l'individuazione di specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara, gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò anche perché, le normative di settore stabiliscono, nelle rispettive previsioni, una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione, che possono quindi essere incrementati. Siffatte scelte, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano “ictu oculi” irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, con riguardo alla specificità

dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti.

5.4 Va ora affrontato il motivo di ricorso incidentale. In via preliminare occorre evidenziare che la censura non appare, almeno in parte, correttamente calibrata. La stessa, infatti, si sorregge sull'assunto per il quale “ ... le impugnate previsioni (non sono) giustificate/giustificabili in ragione delle peculiarità delle opere appaltate, delle modalità di gara ecc.”, ma non è favorevolmente apprezzabile quanto al profilo che verte sulla “peculiarità delle opere appaltate”, perché il contenuto della dichiarazione interessante il quinquennio antecedente pertiene alla “partecipazione”, non alla “qualificazione” dell'offerente in attività e/o settori particolari implicati dall'appalto. Per altro aspetto, emerge che la previsione è stata inserita, nel citato articolo 8 - bis del disciplinare di gara, con una veste grafica (grassetto e sottolineatura) che la distingue rispetto a quella dell'intera disposizione. E' evidente che tale connotato segnala una previsione di particolare rilevanza. Il che non equivale a dire che lo stesso e da solo giustifichi l'ulteriore, rispetto all'articolo 38, requisito dell'inesistenza delle menzionate vicende per il periodo precedente. Ora ed in via in generale, va rammentato che l'articolo 38, comma 1, lettera d) del decreto legislativo n. 163 del 2006, fissa l'esclusione dell'operatore economico che versi in stato di crisi tale da compromettere l'affidabilità economica e porre in discussione l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali. Nello specifico

la norma del disciplinare, impugnata in via incidentale, nel riferire anche al quinquennio antecedente alla data fissata per la gara, rafforza una tale esigenza ampliando il contenuto della dichiarazione con previsione che è giustificata non solo, come rilevato dalla ricorrente principale, dall'importo dei lavori, ma anche dal ribadito obbligo (cfr. avvertenze generali) di osservanza delle norme poste a tutela dei lavoratori e tanto, pur in presenza di specifici obblighi dichiarativi sul punto (cfr articolo 4 del disciplinare in relazione all'articolo 38, comma 1, lettera e), lettera i). In conclusione la menzionata veste grafica valutata in sé ed in relazione ai citati elementi, esclude che la contestata previsione contrasti con i parametri invocati. Per tali ragioni detto motivo incidentale va respinto, potendosi richiamare, per i restanti profili, le considerazioni di cui al punto 4.6.

6 Il ricorso principale deve esser quindi accolto; il ricorso incidentale va respinto, in quanto in parte inammissibile per difetto di interesse ed in parte infondato.

7 Le spese seguono, come per legge, la soccombenza per l'ammontare e secondo le modalità di cui in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; respinge il ricorso incidentale.

Condanna, in solido ed in parte uguali, l'a.t.i. Disma S.r.l. - Vincenzo

di Pede S.r.l. ed il comune di Sora al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila,00).

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Santino Scudeller, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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