



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 della Valle D'Aosta  
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 45 del 2011, proposto da:  
Well Tech S.r.l., in persona del legale rappresentante protempore,  
rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Sandretto, Alberto Ferrero,  
Elena Nelva Stellio e Riccardo Ludogoroff, con domicilio eletto  
presso l'avv. Elena Nelva Stellio in Aosta, via Monte Vodice, 16;

***contro***

Comune di Ayas, in persona del sindaco in carica, rappresentato e  
difeso dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso la  
Segreteria del T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo 2;

***nei confronti di***

- Inart S.r.l., in persona del legale rappresentante protempore, in  
proprio e in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento  
temporaneo con Tecno Service Vallée D'Aoste S.r.l., Copaco S.r.l.,

Studio Energie S.A., Studio Cometto S.r.l., Federica Lanzavecchia, Franco Blanc, Mario Ravello, Sabrina Grosjacques, Corrado Cometto, Ricardo Adrian Garcia Ianigro, Stefano Moravi e Una2 Architetti Associati, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Piselli, Francesco Vagnucci, Fabio Fantini, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo 2;

- Rosario Scalise, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Paola Roulet, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

- Roberta Tamburini, Valter Cugnod, Maria Teresa Noto, Luigi Amendolara, Gaetano Maggiulli e Laura Foscardi, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento del Responsabile unico del procedimento del Comune di Ayas prot. n. 6237/VI/5, datato 25 maggio 2011;

- di tutti gli atti della procedura tra cui tutti i verbali di gara e l'aggiudicazione provvisoria, comunicata alla società ricorrente con nota del R.U.P. prot. n. 4086/VI/5 del 6 aprile 2011;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e, comunque, connesso e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ayas, di Inart S.r.l. nella spiegata qualità, nonché di Rosario Scalise;

Visto il ricorso incidentale proposto da Inart S.r.l., nella spiegata qualità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 52/2012;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2012, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Ayas, nell'ambito del Fo.S.P.I. (Fondo per Speciali Programmi di Investimenti), dovendo trasmettere il progetto esecutivo alla competente struttura regionale entro il 6 novembre 2011, pena la perdita del contributo, in data 24 dicembre 2010 ha pubblicato il bando di gara per una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 D.Lgs. n. 163/06, per l'affidamento dei "servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria ai sensi dell'art. 91 del D.Lgs. n. 163/06 relativi ai lavori di demolizione e ricostruzione delle scuole elementari e materne in Frazione Antagnod, con riqualificazione dell'area circostante e realizzazione di rimessa interrata nel Comune di Ayas".

Espletata la gara ed effettuate le verifiche dei requisiti speciali e

generali relativamente al primo ed al secondo concorrente in graduatoria, ossia ATI Inart s.r.l. e Well Tech s.r.l., con determinazione n. 43/11 del 6 aprile 2011, il Responsabile dei Servizi tecnici ha approvato i verbali di gara ed ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore del RTP Inart s.r.l. dando atto che l'aggiudicazione sarebbe divenuta automaticamente definitiva all'esito dell'accertata insussistenza, a carico dell'aggiudicataria, di cause ostative come per legge.

Concluso con esito positivo il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, in data 25 maggio 2011 (nota prot. n. 6237/11) è stata formalizzata l'aggiudicazione definitiva a favore del RTP Inart s.r.l..

Ritenendo illegittima l'aggiudicazione, Well Tech s.r.l. l'ha impugnata con il ricorso in epigrafe, unitamente agli atti di gara, chiedendone l'annullamento.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale di Ayas, contestando la fondatezza del ricorso e chiedendone la reiezione.

Si è costituito in giudizio anche il raggruppamento controinteressato il quale ha, altresì, proposto ricorso incidentale con intento paralizzante.

Con ordinanza n. 23 del 13 luglio 2011 il T.A.R. ha respinto l'istanza cautelare e con successiva ordinanza n. 45 del 14 dicembre 2011 ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i componenti della commissione giudicatrice.

All'esito si è costituito in giudizio il R.U.P. avv. Rosario Scalise nei

cui confronti la ricorrente ha ritenuto di integrare il contraddittorio pur non essendo stato egli componente della commissione di gara, il quale ha difeso la correttezza dell'operato dell'amministrazione concludendo per la reiezione del ricorso principale e del ricorso incidentale.

Nelle more il servizio è stato affidato e completamente espletato.

Depositate memorie conclusive e repliche, all'udienza pubblica del 16 maggio 2012, sentiti i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 17 maggio 2012, ai sensi dell'art. 120, comma 9, c.p.a. è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

2. Il ricorso principale è affidato a quattro motivi con cui la ricorrente ha dedotto l'eccesso di potere e la violazione di legge sotto diversi profili lamentando la mancata esclusione del raggruppamento controinteressato in quanto: 1) il raggruppamento non avrebbe reso le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti a nome di tutti i soggetto obbligati e non avrebbe presentato il D.U.R.C.; 2) l'amministrazione non avrebbe compiuto le dovute verifiche dopo l'aggiudicazione provvisoria; 3) il raggruppamento non avrebbe posseduto i requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla disciplina di gara; 4) la dichiarazione di impegno a conferire mandato speciale collettivo alla capogruppo in caso di aggiudicazione non sarebbe stata sottoscritta da tutti i legali rappresentanti del costituendo raggruppamento.

Con memoria depositata il 28 novembre 2011 la ricorrente ha espressamente rinunciato al terzo motivo di ricorso.

Con il ricorso incidentale il raggruppamento aggiudicatario ha impugnato la mancata esclusione dalla gara della ricorrente avendo il suo legale rappresentante dichiarato una condanna a suo carico per un reato, in materia di sicurezza sul lavoro, che inciderebbe gravemente sulla sua moralità professionale.

L'amministrazione si è difesa osservando:

- quanto al ricorso principale, che: a) la domanda andava predisposta, a pena di esclusione, sul MOD 1 allegato al bando, il quale doveva essere firmato soltanto dai legali rappresentanti che, pertanto, in tal modo dichiaravano tutto quanto ivi previsto, compreso l'impegno a conferire mandato alla capogruppo in caso di aggiudicazione e che, nello specifico, non richiedeva alcuna ulteriore dichiarazione oltre quella genericamente ivi riportata "di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006"; b) la stazione appaltante ha, comunque, eseguito positivamente le verifiche circa il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo a tutti i soggetti che, a dire della ricorrente, avrebbero dovuto rendere la dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti;

- quanto al ricorso incidentale: che la commissione ha implicitamente ritenuto non grave la condanna dichiarata dal legale rappresentante di Well Tech S.r.l. e che la stazione appaltante avrebbe, comunque, effettuato le dovute valutazioni nell'eventualità in cui detta società

fosse risultata aggiudicataria.

3. Ragioni di ordine logico impongono lo scrutinio, con precedenza, del ricorso incidentale attesa la sua efficacia potenzialmente paralizzante, anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale più recente (Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2012, n. 2402).

Sul punto la difesa dell'amministrazione non appare condivisibile.

Invero la commissione di gara ha l'obbligo di esprimersi sulla gravità delle condanne dichiarate dai concorrenti già in fase di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, dovendo essa compiutamente valutare se il precedente penale dichiarato sia in grado o meno di incidere sulla moralità professionale del concorrente.

Il fatto che tale verifica non sia stata compiuta denota, certamente, un difetto di istruttoria sul punto.

Tuttavia il ricorso incidentale è infondato.

Invero, il rilevato difetto di istruttoria, non può spingersi fino a postulare che la condanna dichiarata dall'ing. Camos avrebbe senz'altro condotto all'esclusione della concorrente dalla gara come opinato dalla ricorrente incidentale, mancando, appunto, ogni valutazione sul punto da parte dell'amministrazione; valutazione alla quale, proprio perché espressione del potere discrezionale ad essa attribuito, non può sostituirsi quella del giudice amministrativo.

In tema di requisiti di ordine generale da dichiarare ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la

mera sussistenza di reati astrattamente incidenti sulla moralità professionale non vale ad integrare la causa di esclusione di cui all' art. 38 comma 1 lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, occorrendo invece una concreta valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla gravità di questi reati (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 marzo 2012, n. 173).

La gravità del reato è, invero, un concetto giuridico a contenuto indeterminato, implicante una valutazione da compiersi non già con riferimento alla fattispecie penale astratta, come normativamente delineata, ma di volta in volta con riferimento ad una serie di parametri quali, a titolo esemplificativo, la maggiore o minore connessione con l'oggetto dell'appalto, il lasso di tempo intercorso dalla condanna, l'eventuale mancanza di recidiva, le ragioni in base alle quali il giudice penale ha commisurato in modo più o meno lieve la pena (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 12 marzo 2012, n. 647).

Il ricorso incidentale nella sua portata paralizzante è, pertanto, infondato e va respinto atteso che il pur rilevato difetto di istruttoria si profila neutrale ove si consideri che la ricorrente non è, in ogni caso, risultata aggiudicataria.

4. Passando all'esame del ricorso principale deve rilevarsi quanto segue.

4.1. Il disciplinare di gara, all'art. XI, nell'elenco della documentazione da inserire nella busta "A" a pena di esclusione, include, ai sensi dell'art.74, comma 3, D.Lgs. n. 163/06, istanza di

partecipazione redatta anche su fac-simile predisposto dalla Stazione appaltante, specificando che “costituisce, invece, causa di esclusione allegare una istanza di partecipazione che non contenga i dati richiesti ed indicati nel modulo MOD 1 il cui contenuto costituisce legge di gara”.

Quest’ultimo modello imponeva genericamente ai soggetti sottoscrittori - titolari/rappresentanti/facenti parte dello studio/società - di non trovarsi nelle condizioni previste dall’art. 38 del D.Lgs. n.163/06.

In sintesi, dalla descritta disciplina di gara si ricava che: l’istanza di partecipazione deve contenere, a pena di esclusione, i dati di cui al MOD 1; il MOD 1 deve essere sottoscritto dal titolare o dal rappresentante facenti parte dello studio o società; tra le dichiarazioni del MOD 1 vi è quella di cui all’art. 38 del codice dei contratti cui sono tenuti il titolare o rappresentante dello studio o società sottoscrittori della domanda.

Ciò posto, il Disciplinare di gara prevede l’esclusione a carico di coloro che, nella loro qualità di titolari o rappresentanti dello studio o società abbiano omesso di inserire di dati richiesti dal MOD 1, e quindi anche le dichiarazioni ex art. 38 del codice dei contratti.

In definitiva ai sensi della legge di gara, unici soggetti tenuti a tali dichiarazioni erano i soggetti sottoscrittori della domanda di partecipazione.

E’ documentato che tutti i sottoscrittori dell’istanza di

partecipazione, comprensiva del MOD 1, presentata da Inart S.r.l., hanno reso, in forma congiunta, la dichiarazione ex art. 38.

Se ne deve inferire che, in presenza di una *lex specialis* che non richiedeva espressamente di indicare nominativamente tutti i soggetti muniti del potere di rappresentanza o cessati dalla carica, detta dichiarazione debba intendersi riferita a tutti i soggetti indicati dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006.

In altri termini la mancata indicazione nel dettaglio dei soggetti per i quali viene resa la dichiarazione ex art. 38 del codice dei contratti non comporta l'esclusione del concorrente ove sia possibile comunque individuare agevolmente dagli atti di gara o in sede di verifica quali siano i soggetti, ove esistenti, per i quali i legali rappresentanti abbiano dichiarato non sussistere alcuno degli impedimenti previsti dalla norma in discorso (cfr. in termini: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 22 marzo 2012, n. 749).

D'altra parte non può ravvisarsi la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti laddove, come nel caso di specie, le disposizioni del disciplinare di gara (artt. VI e XI), correttamente applicate dalla Commissione e prive di un preciso obbligo di dichiarazione in capo a soggetti diversi dai sottoscrittori, non siano state impugnate.

Ove la legge di gara abbia sinteticamente fatto riferimento all'art. 38, D.Lgs. n. 163 del 2006, operandovi un rinvio generico, la dichiarazione resa dai concorrenti in una gara d'appalto, anche se eventualmente incompleta, non può assumersi *tout court* come

manca del relativo requisito di partecipazione e, dunque, come causa di esclusione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 6 marzo 2012, n. 1119).

Nel caso di specie sembra proprio questa la portata da riconoscersi alla *lex specialis* di gara che, a proposito delle cause ostative di cui all'art. 38, ai fini dell'esclusione fa riferimento alla loro esistenza e non alla loro omessa dichiarazione da parte di tutti i soggetti ivi indicati.

In definitiva, attesa la genericità della dichiarazione richiesta dalla disciplina di gara, la stazione appaltante, al più, avrebbe potuto richiedere in sede di verifica una integrazione documentale ai sensi dell'art. 46 del codice dei contratti, dovendosi escludere, stante la mancanza di espressa previsione, la sanzione espulsiva.

4.2. Nello specifico, le contestazioni della ricorrente involgono la mancata dichiarazione da parte di soggetti dotati di ruoli rilevanti all'interno di tre società e di uno studio associato.

Passando in rassegna i singoli componenti si osserva quanto segue.

Per Inart S.r.l. la domanda di partecipazione e congiunta dichiarazione è stata resa dal Presidente del C.d.A. (Ferraris) e dal vice presidente (Bibois) che, anche statutariamente, hanno in concreto i congiunti poteri di amministrazione e rappresentanza.

E' stato osservato che anche qualora dallo statuto societario e dalla visura camerale emerga che i poteri di rappresentanza sono attribuiti al solo presidente del consiglio di amministrazione, il vicepresidente

è tenuto alla dichiarazione ex art. 38 , D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, essendo insita nella stessa natura vicaria della vicepresidenza la possibilità di esercizio dei poteri di rappresentanza della società in caso di temporanea assenza o impedimento del titolare, dovendo considerarsi che l'onere di produrre la dichiarazione di che trattasi è correlato all'astratta attribuzione della carica e non all'effettivo svolgimento della funzione in concreto (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 20 marzo 2012, n. 295).

L'arch. Bibois, che ha reso la dichiarazione, risulta peraltro anche direttore tecnico, sicché la dichiarazione è stata correttamente resa.

D'altra parte l'ulteriore censura per cui la suddetta società, costituita nel febbraio 2010, derivando dalla trasformazione di una associazione fra i medesimi professionisti, presenterebbe, al suo interno, soggetti cessati dalla carica tenuti a rendere la dichiarazione ex art. 38 - in disparte i profili di inammissibilità poiché tardivamente formulata soltanto con memoria conclusiva - non coglie nel segno atteso che, a parere del Collegio, la struttura della associazione tra professionisti non è, per sua natura, assimilabile a quella di una società a responsabilità limitata, con la conseguenza che eventuali figure "apicali" dell'associazione non possono sussumersi nella speciale categoria dei soggetti "cessati dalla carica" atteso che le due strutture in rassegna non sono ontologicamente sovrapponibili.

Per la società Tecno Service Vallée d'Aoste s.r.l. hanno presentato domanda di partecipazione sia l'Ing. Cretier, legale rappresentante

della società (amm. delegato), sia l'ing. Fabiani nella sua qualità di legale rappresentante della società (amm. delegato) e Direttore Tecnico.

Per la società Copaco s.r.l. la dichiarazione è stata resa dal Presidente del Consiglio di amministrazione e dal Direttore Tecnico.

Per lo Studio Associato Studio energie S.A. la dichiarazione è stata resa dal solo ing. Imperi non essendo richiesta la dichiarazione da parte di tutti gli associati delle Associazioni professionali.

Ciò posto va, peraltro, rammentato che l'amministrazione si è difesa allegando di aver in ogni caso compiuto, quanto al raggruppamento risultato aggiudicatario, con esito positivo, la verifica dei requisiti generali nei confronti non solo di tutti i soggetti sottoscrittori della domanda ma anche di quei soggetti in relazione ai quali la società ricorrente ha contestato, già nel reclamo del 26 aprile 2011, l'omessa dichiarazione ex art. 38.

In proposito il Collegio, pur non ignorando l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale più restrittivo (Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), ritiene comunque condivisibile e più aderente al dato normativo l'orientamento per il quale l'esclusione va comminata in ipotesi di sostanziale mancanza dei requisiti prescritti dall'art. 38, comma 1, del codice dei contratti e non già in ipotesi di mera mancanza della relativa dichiarazione (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n.1795; *id.* 9 novembre 2010, n. 7967; *id.* sez. VI, 22 febbraio 2010, n.1017), vieppiù quando detta

mancanza, come nel caso di specie, sia ascrivibile alla generica previsione della legge di gara, non espressamente impugnata e all'utilizzo di un fac-simile, predisposto ed imposto a pena di esclusione dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029; id. sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068).

Quanto alla mancata presentazione del D.U.R.C., (censura, peraltro, solo abbozzata), il Collegio osserva che ai sensi del punto VI.4. del disciplinare di gara il requisito di regolarità contributiva era oggetto di autocertificazione incombendo, viceversa, il dovere di presentare la relativa certificazione solo nel momento successivo in cui il concorrente fosse risultato affidatario.

In definitiva, il primo ed il secondo motivo di ricorso sono, dunque, infondati e vanno respinti, mentre sul terzo motivo è intervenuta la rinuncia della ricorrente.

4.3. Parimenti infondato, per le stesse ragioni, è il quarto motivo di ricorso atteso che, come risulta dalla documentazione in atti, la dichiarazione di impegno a conferire mandato collettivo alla capogruppo in caso di aggiudicazione, è stata correttamente resa da tutti i legali rappresentanti del costituendo raggruppamento (cfr. doc. 28 del fascicolo del Comune di Ayas).

Conclusivamente il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

Alla reiezione del ricorso principale consegue la reiezione della proposta domanda risarcitoria dovendosi escludere in radice, per le

ragioni fin qui esposte, la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana.

5. Quanto alle spese del giudizio, in considerazione sia della soccombenza reciproca delle parti contendenti sia della non univoca posizione giurisprudenziale con riferimento alle questioni trattate, il Collegio ritiene equo disporre l'integrale compensazione fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Valle d'Aosta, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge sia il ricorso incidentale sia il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2012

IL SEGRETARIO

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