



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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1013 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Rampasi Costruzioni S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Trimboli, con domicilio eletto presso Marina Bartoli in Firenze, via S. Lavagnini 45;

contro

il Comune di Signa in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Vignoli ed Ettore Nesi, con domicilio eletto presso Ettore Nesi in Firenze, via Puccinotti 30;

nei confronti di

Corrado Lionetti S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Scolavino, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

per l'annullamento

1) della determinazione del Responsabile IV Settore del Comune e R.U.P. del procedimento, Ing. Venturini, del 10.5.2010 n° 88 inerente l'appalto dei lavori di ampliamento scuola materna San Mauro a Signa con adeguamento normativo e realizzazione nuovo asilo nido (lotto 1 – nuovo asilo nido) con importo a base d'asta di euro 1.081.007,59, con cui ivi è stato (illegittimamente) disposto:

a) di annullare in autotutela la determina del 31.12.2009 n°242 concernente l'aggiudicazione dell'appalto dei predetti lavori che erano stati aggiudicati alla società Rampasi; rilevando la mancata presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 D. Lgs. 163/2006 da parte dei procuratori speciali Signora Di Grazia e Signor Cadile.

b) di aggiudicare il predetto appalto alla società Corrado Lionetti S.r.l.;

2) della determina, del medesimo responsabile del IV settore del Comune e R.U.P. del procedimento, del 12.5.2010 n° 95, con cui è stata disposta:

a) la sostituzione del punto 1 della determinazione n°88/2010 limitando l'annullamento della determinazione n°242/09 soltanto all'aggiudicazione dell'appalto alla società Rampasi, intendendo escludere la parte concernente l'approvazione dei verbali di gara da cui è scaturita la stessa aggiudicazione e l'individuazione del concorrente secondo classificato (ovverossia della società Lionetti a cui infine l'appalto è stato aggiudicato, con il trasferimento dell'aggiudicazione in favore di tale società, quale seconda classificata);

b) di confermare nel testo la determina 88/2010 e di ogni altro atto o

provvedimento antecedente, presupposto, successivo e/o consequenziale comunque connesso agli atti oggetto di ricorso, ivi compresi:

a) la nota datata 11.5.2010 prot. n° 8441 del Responsabile Settore IV del Comune di Signa con cui è stato comunicato alla società ricorrente che, all'esito del procedimento di riesame della procedura di gara in questione, con la determina 88/2010 sopra menzionata era stato disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore della soc. Rampasi;

b) la nota del Responsabile Settore IV del Comune di Signa del 27.5.2010 n°11235 prot. con cui è stato comunicato alla società Rampasi che il parere legale, acquisito ai fini dell'assunzione dei predetti provvedimenti n°88 e 95 del 2010, non era ostensibile, negando quindi il rilascio di copia;

c) il provvedimento (sconosciuto alla società ricorrente) di conferma e/o di definitività dell'aggiudicazione alla società Lionetti, nonché (ove esistenti) le determinazioni di stipula del contratto e questo ove (eventualmente) stipulato, e l'altrettanto (eventuale) consegna dei lavori ove "*medio tempore*" fosse stata effettuata (atti tutti sconosciuti alla società ricorrente) con contestuale proposizione di ricorso ex articolo 25 della legge 241/90 in corso di giudizio per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società ricorrente al rilascio del parere legale acquisito dal Comune di Signa ai fini dell'assunzione dei predetti provvedimenti n°88 e 95 del 2010, negato come da nota del Responsabile Settore IV del Comune di Signa del 27.5.2010 prot. n°

11235.

Giusta motivi aggiunti depositati in data 30 giugno 2010, per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota del Responsabile del Settore n.4 del Comune di Signa, Ing. V. Venturini, Prot. n. 12170 del 10.6.2010, con la quale, in riferimento alla gara per l'appalto dei lavori di ampliamento scuola materna San Mauro a Signa, con adeguamento normativo e realizzazione nuovo asilo nido – lotto 1, prende atto dei rilievi esposti dalla ricorrente con la nota del 31.5.2010, riconfermando altresì quanto già disposto e comunicato e di ogni altro atto o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso o consequenziale.

Giusta motivi aggiunti depositati in data 29 luglio 2010, per l'annullamento

1) della mancata esclusione della Società Lionetti a seguito delle risultanze documentali, e ove occorresse della determina del 31.12.2009 n°242 con cui sono stati approvati i quattro verbali ivi menzionati redatti dall'Ufficio di gara e gli otto verbali dell'Ufficio di valutazione, limitatamente alla parte approvativa dell'ammissione alla gara della società Lionetti;

2) dei verbali di gara e di verifica sopra menzionati (siccome allegati alla predetta determina 242/09) limitatamente alle parti in cui la predetta Società Lionetti:

a) è stata ammessa e non esclusa dalla gara;

b) è stata collocata al secondo posto in graduatoria dietro la società

ricorrente,

3) delle determine summenzionate n° 88/2010 e n° 95/2010 con cui è stato aggiudicato l'appalto alla soc. Lionetti e di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente e/o successivo, ivi compresa ove occorresse la nota del Resp. Settore n°4 Ing. Venturini datata 20.7.2010 prot. n°14677.

Giusta motivi aggiunti depositati in data 22 ottobre 2010, per l'annullamento

a) del provvedimento del Dirigente in carica del Settore IV Servizi al Territorio del Comune di Signa Ing.ValerioVenturini, quale responsabile del procedimento in questione, dell'1.9.2010, trasmesso alla ricorrente il 28.9.2010, con il quale è stato dichiarato l'esito positivo della verifica dei requisiti di ordine generale della ditta Corrado Lionetti S.r.l., aggiudicataria dell'appalto oggetto del presente ricorso;

b) della determinazione del Responsabile del Procedimento, Ing. Venturini, n. 164 del 2.9.2010, trasmessa il 7.9.2010, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva alla ditta Corrado Lionetti S.r.l. l'appalto di esecuzione dei lavori di ampliamento della scuola materna di San Mauro a Signa con l'adeguamento normativo e la realizzazione del nuovo asilo nido, per l'importo contrattuale netto di € 734.694,63 e di ogni altro atto o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti del 25.6.2010 e del 22.7.2010, siccome appresso elencati:

1) determinazione del Responsabile IV Settore del Comune e R.U.P. del procedimento, Ing. Venturini del 10.5.2010 n°88 inerente l'appalto dei lavori di ampliamento scuola materna San Mauro a Signa con adeguamento normativo e realizzazione nuovo asilo nido (lotto 1 – nuovo asilo nido) con importo a base d'asta di euro 1.081.007,59, con cui ivi è stato (illegittimamente) disposto:

1.a) di annullare in autotutela la determina del 31.12.2009 n°242 concernente l'aggiudicazione dell'appalto dei predetti lavori che erano stati aggiudicati alla società Rampasi; rilevando la mancata presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 D. Lgs. 163/2006 da parte dei procuratori speciali Signora Di Grazia e Signor Cadile;

1.b) di aggiudicare il predetto appalto alla società Corrado Lionetti S.r.l.;

2) determina, del medesimo responsabile del IV settore del Comune e R.U.P. del procedimento, del 12.5.2010 n° 95, con cui è stata disposta:

2.a) la sostituzione del punto 1 della determinazione n°88/2010 limitando l'annullamento della determinazione n°242/09 soltanto all'aggiudicazione dell'appalto alla società Rampasi, intendendo escludere la parte concernente l'approvazione dei verbali di gara da cui è scaturita la stessa aggiudicazione e l'individuazione del concorrente secondo classificato (n.d.r. ovverossia della società Lionetti a cui infine l'appalto è stato aggiudicato, con il trasferimento dell'aggiudicazione in favore di tale società, quale seconda classificata, come si legge nella determinazione n°95/2010);

2.b) di confermare nel testo la determina 88/2010 e di ogni altro atto o provvedimento antecedente, presupposto, successivo e/o consequenziale comunque connesso agli atti oggetto di ricorso, ivi compresi:

3.a) la nota datata 11.5.2010 n°8441 di prot. del Responsabile Settore IV del Comune di Signa con cui è stato comunicato alla società ricorrente che, all'esito del procedimento di riesame della procedura di gara in questione, con la determina 88/2010 sopra menzionata era stato disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore della Rampasi, per le ragioni esposte e di cui appresso più precisamente in punto di fatto;

3.b) la nota del Responsabile Settore IV del Comune di Signa del 27.5.2010 n°11235 prot. con cui è stato comunicato alla società Rampasi che il parere legale, acquisito ai fini dell'assunzione dei predetti provvedimenti n°88 e 95 del 2010, non era ostensibile, negando quindi il rilascio di copia;

3.c) il provvedimento (sconosciuto alla società ricorrente) di conferma e/o di definitività dell'aggiudicazione fatta alla società Lionetti, nonché (ove esistenti) le determinazioni di stipula del contratto e questo ove (eventualmente) stipulato, e l'altrettanto(eventuale) consegna dei lavori ove "medio tempore" fosse stata effettuata (atti tutti sconosciuti alla società ricorrente).

4) In considerazione dei motivi aggiunti notificati il 25.6.2010:

4.a) provvedimento di cui alla nota del Responsabile del Settore n.4 del Comune di Signa, Ing. V. Venturini, Prot. n.12170 del 10.6.2010,

con la quale, in riferimento alla gara per l'appalto dei lavori di ampliamento scuola materna San Mauro a Signa, con adeguamento normativo e realizzazione nuovo asilo nido – lotto 1, prende atto dei rilievi esposti dalla ricorrente con la nota del 31.5.2010, riconfermando altresì quanto già disposto e comunicato;

4.b) ogni altro atto o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresa la mancata risposta alla contestazione presentata dalla società ricorrente effettuata con telegramma del 17 luglio 2010, concernente la mancata esclusione della società Lionetti, per la mancanza dell'essenziale requisito della regolarità fiscale (di cui meglio appresso), con conseguente ulteriore illegittimità dell'aggiudicazione effettuata in favore della stessa.

5) Mancata esclusione della Società Lionetti a seguito delle risultanze documentali di cui appresso, e quindi ove occorresse la determina del 31.12.2009 n°242 con cui sono stati approvati i quattro verbali ivi menzionati redatti dall'Ufficio di gara e gli otto verbali dell'Ufficio di valutazione tutti allegati alla predetta determina, limitatamente alla parte approvativa dell'ammissione alla gara della società Lionetti;

6) Verbali di gara e di verifica sopra menzionati (siccome allegati alla predetta determina 242/09) limitatamente alle parti in cui la predetta Società Lionetti:

a) è stata ammessa e non esclusa dalla gara;

b) è stata collocata al secondo posto in graduatoria dietro la società ricorrente.

7) Determine summenzionate n°88/2010 e n°95/2010 con cui è stato aggiudicato l'appalto alla Lionetti.

8) Ogni altro atto e/o provvedimento antecedente e/o successivo, ivi compresa ove occorresse la nota del Resp. Settore n°4 Ing. Venturini datata 20.7.2010 n°14677 prot.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Signa e dell'impresa Corrado Lionetti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Signa in Persona del Sindaco Pro Tempore e di Corrado Lionetti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa ricorrente ha partecipato ad una gara di appalto indetta dall'intimato Comune di Signa per l'aggiudicazione, con procedura aperta e criterio del prezzo più basso, dei lavori di ampliamento di una scuola materna ed è risultata aggiudicataria. L'aggiudicazione però è stata annullata con determinazione dirigenziale 10 maggio 2010, n.

88, e il contratto conseguentemente aggiudicato all'impresa classificata seconda in graduatoria, poiché due suoi procuratori speciali non avevano reso le dichiarazioni sull'assenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione, di condanne penali ostative e di omissioni nella denuncia di fatti estorsivi o di concussione. La ricorrente si è quindi determinata ad impugnare il provvedimento con il presente gravame, notificato il 10 giugno 2010 e depositato il 18 giugno 2010, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e chiedendo contestualmente di accedere al parere reso dal servizio legale comunale per l'adozione del provvedimento *de quo*, in quanto l'istanza ostensiva era stata rigettata dall'Amministrazione.

Si sono costituiti il Comune di Signa e la controinteressata impresa Lionetti chiedendo l'inammissibilità e comunque la reiezione del ricorso nel merito.

Con ordinanza n. 632 del 15 luglio 2010, confermata in secondo grado con ordinanza del Consiglio di Stato n. 4669 dell'11 ottobre 2010, è stata respinta la domanda cautelare.

Con ordinanza di questo Tribunale n. 633 del 15 luglio 2010 è stata inoltre respinta la domanda di accesso formulata dalla ricorrente ma il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3812 del 23 giugno 2011, l'ha accolta ordinando al Comune intimato di fornire copia del parere legale richiesto.

Un primo atto per motivi aggiunti è stato notificato il 25 giugno 2010 e depositato il 30 giugno 2010; un secondo atto per motivi aggiunti è

stato notificato il 23 luglio 2010 e depositato il 29 luglio 2010 ed un terzo ricorso per motivi aggiunti, con richiesta cautelare, è stato notificato il 15 ottobre 2010 e depositato il 22 ottobre 2010. Questo Tribunale, con ordinanza n. 991 del 4 novembre 2010, ha dato atto della rinuncia alla suddetta domanda incidentale.

All'udienza del 13 luglio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il presente ricorso ha ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione già effettuata alla ricorrente di un contratto pubblico di lavori, disposta poiché non erano state rese le dichiarazioni sull'assenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione, di condanne penali ostative e di omissioni nella denuncia di fatti estorsivi o di concussione da parte di due suoi procuratori speciali.

1.1 Le numerose argomentazioni della ricorrente possono essere riassunte nei seguenti motivi di gravame.

Con primo motivo essa sostiene che la legge di gara non onerava i procuratori speciali a rendere l'autodichiarazione, e comunque la stazione appaltante avrebbe potuto ammetterla alla regolarizzazione. Inoltre deduce che i suoi procuratori non erano dotati di un potere gestorio tale da trasmetterle eventuali condizioni ostative.

Con secondo e terzo motivo si duole che nell'impugnato provvedimento non sia stato esplicitato l'interesse pubblico all'annullamento dell'aggiudicazione a proprio favore.

Con quarto motivo, in via subordinata, deduce che nella specie avrebbe dovuto essere annullato l'intero procedimento.

Viene richiesto anche il risarcimento del danno e l'accesso al parere reso all'Amministrazione intimata dal suo servizio legale, previamente all'adozione del provvedimento gravato.

Con il primo atto per motivi aggiunti la ricorrente impugna la nota dell'Amministrazione in data 11 giugno 2010, prot. 12170, che conferma il provvedimento impugnato, deducendo difetto di motivazione ed illegittimità derivata per i motivi di cui al ricorso principale.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti lamenta che l'attuale aggiudicataria non possiederebbe il requisito della regolarità fiscale e pertanto, per tale carenza ed anche poiché ne avrebbe falsamente dichiarato il possesso, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti impugna i provvedimenti con cui l'intimata Amministrazione ha dichiarato l'esito positivo della verifica sul possesso dei requisiti generali da parte della nuova aggiudicataria e disposto definitivamente a suo favore l'aggiudicazione del contratto *de quo*. Lamenta illegittimità derivata e deduce difetto di motivazione, in relazione alle censure già avanzate con il secondo atto per motivi aggiunti; deduce anche che sussisterebbero condanne penali ostative a carico del direttore tecnico dell'impresa controinteressata e nuova aggiudicataria.

1.2 L'Amministrazione intimata eccepisce l'inammissibilità del ricorso principale per la mancata impugnazione di autonome ragioni giustificatrici del provvedimento gravato, consistenti nella mancata allegazione delle dichiarazioni sostitutive da parte dell'amministratore

della società cedente il ramo d'azienda acquistato dalla ricorrente.

Eccepisce inoltre l'inammissibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti poiché ha ad oggetto un comportamento inerte, ossia la mancata esclusione della controinteressata dalla procedura di gara, nonché di questo e degli altri ricorsi per motivi aggiunti nella parte in cui contestano l'aggiudicazione del contratto pubblico in discussione alla stessa controinteressata poiché la ricorrente è stata esclusa legittimamente dalla gara *de qua*.

Nel merito l'Amministrazione intimata e la controinteressata replicano puntualmente alle deduzioni della ricorrente, evidenziando in particolare che i poteri dei soggetti che non hanno reso la dichiarazione sostitutiva erano tali da trasmettere al rappresentato la riprovazione dell'ordinamento rispetto alla loro condotta personale.

2. In via preliminare, questo Tribunale dà atto che la domanda della ricorrente tendente ad ottenere l'accertamento e la declaratoria del suo diritto ad accedere al parere legale acquisito dall'Amministrazione intimata ai fini dell'assunzione del provvedimento oggetto di gravame è stata risolta con la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione quinta, 23 giugno 2011 n. 3812, la quale ha consentito l'ostensione della documentazione richiesta. Il procuratore della ricorrente, in pubblica udienza, ha dichiarato che dalla lettura del suddetto parere non emergono elementi tali da indurre alla formulazione di nuovi motivi di impugnazione, e pertanto il ricorso può essere trattenuto in decisione.

3. Il ricorso principale deve essere dichiarato inammissibile, in

accoglimento dell'eccezione formulata dall'intimata Amministrazione. Come correttamente rappresentato dalla sua difesa, le ragioni dell'esclusione della ricorrente, esplicitate nella determinazione 88/2010, riguardano la mancata allegazione della dichiarazione sul possesso dei requisiti generali per la partecipazione alle gare d'appalto sia da parte dei procuratori Santa Di Grazia e Giuseppe Cadile in quanto dotati di poteri gestori talmente ampi da doversi considerare amministratori con rappresentanza, sia da parte della stessa Di Grazia in qualità amministratore della società cedente il ramo d'azienda acquistato dalla ricorrente. I motivi di gravame azionati da quest'ultima attengono unicamente alla prima delle motivazioni che giustificano l'impugnato provvedimento e pertanto il loro accoglimento non apporterebbe alcuna utilità, poiché l'esclusione rimarrebbe ferma in virtù dell'altra circostanza posta a base del medesimo. Il ricorso deve pertanto essere dichiarato inammissibile.

4. Il Collegio rileva che, peraltro, il ricorso principale è anche infondato nel merito.

L'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevede che la dichiarazione sul possesso dei requisiti generali per la partecipazione alle gare di appalto debba essere resa dagli amministratori muniti di potere di rappresentanza. In tale dizione, a parere del Collegio, devono essere ricompresi tutti i soggetti che possiedono poteri gestionali di ampiezza tale che le conseguenze dei loro personali comportamenti possano trasmettersi in capo all'impresa partecipante alla gara. La *ratio* della previsione di cui al suddetto art. 38 è quella di evitare che alle

gare per l'affidamento di contratti pubblici partecipino imprese la cui gestione possa essere inquinata da comportamenti antiggiuridici da parte di coloro che concorrono ad assumerne le decisioni, di talché la suddetta partecipazione metta a rischio sia il rispetto delle regole fondamentali dell'evidenza pubblica, sia la corretta esecuzione del contratto una volta affidato. E se tale è la *ratio* della norma in questione, non vi è ragione di escludere dal suo ambito di applicazione quei soggetti che, pur essendo qualificati come meri procuratori dell'impresa partecipante, tuttavia possiedano poteri gestori ampi al punto di poter influire sulle decisioni aziendali. Così opinando non viene consentita un'integrazione postuma della legge di gara come la ricorrente denuncia, ma si assume un'interpretazione della stessa secondo un canone di buona fede che vincola non solo l'amministrazione ma anche il privato, e si impone alle parti quale obbligo di lealtà. Il rispetto di tale obbligo impone di evitare le interpretazioni cavillose o meramente letterali, per privilegiare invece lo spirito delle disposizioni oggetto dell'interpretazione. La giurisprudenza dominante afferma infatti che l'obbligo di rendere le dichiarazioni sostitutive deve essere ricollegato all'oggettiva sussistenza di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura (C.d.S. VI, 12 ottobre 2006 n. 6089), e che l'identificazione delle persone fisiche munite del potere di rappresentanza della società partecipante alla gara pubblica e, per questo, tenute a presentare la dichiarazione medesima va effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali ad essi

attribuiti. Ne segue che devono essere inclusi nel novero dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione quelle persone in grado di impegnare la società verso i terzi ed i procuratori *ad negotia* laddove, a dispetto del *nomen*, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto (C.d.S. V, 20 ottobre 2010 n. 7578)

Non è contestato che nel caso di specie i signori Santa di Grazia e Giuseppe Cadile potessero intervenire in tutte le gare di appalto in nome e per conto della società; visionare documenti, elaborati tecnici di progetto e luoghi inerenti alle gare; ritirare l'attestazione di presa visione; esprimere offerte e partecipare all'apertura delle buste-offerta nonché sottoscrivere il contratto in caso di aggiudicazione, e più in generale intrattenere qualunque rapporto con la stazione appaltante rappresentando l'impresa. Come correttamente dedotto nel provvedimento impugnato, nel caso di specie i procuratori della ricorrente erano muniti non solo di poteri rappresentativi, ma anche gestori, in quanto entrambi dotati della capacità di intrattenere ogni tipo di rapporto giuridico con la stazione appaltante e di sottoscrivere contratti senza che fosse necessaria né in via preventiva, né in via di ratifica, l'adesione del legale rappresentante dell'impresa medesima. Trattasi di una situazione in cui tali soggetti sono procuratori solo nominalmente, ma in via di fatto appaiono essere i veri gestori della partecipazione dell'impresa ricorrente alle gare di appalto. Tale situazione non poteva non essere nota all'impresa stessa che, conseguentemente, avrebbe dovuto rendere la dichiarazione anche con riferimento ai suddetti soggetti o quantomeno chiedere in

proposito chiarimenti alla stazione appaltante. Questo non è stato fatto e pertanto ritiene il Collegio che legittimamente il Comune intimato abbia disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Il Collegio non ignora che una pronuncia del Consiglio di Stato (C.d.S. V, 25 gennaio 2011 n. 513) ha affermato principi diversi sostenendo che, poiché l'art. 38 del d.lgs. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza, la sua applicazione non potrebbe essere estesa ai soggetti, quali il procuratore, che amministratori non sono. La normativa civilistica infatti riserva la gestione dell'impresa esclusivamente a questi ultimi mentre il procuratore ha solo la sua rappresentanza di diritto comune. L'assunto è suffragato dalla considerazione che detta disposizione limita la partecipazione delle imprese alle gare di appalto e con essa la libertà di iniziativa economica, sicché assumerebbe carattere eccezionale e non sarebbe suscettibile di applicazione analogica.

È discutibile che l'art. 38 del d.lgs. 163/06 sia norma eccezionale. La normativa sull'evidenza pubblica pone infatti una serie di regole tendenti a garantire che le gare per l'affidamento dei pubblici contratti avvengano secondo criteri di trasparenza e parità di trattamento evitando che vi partecipino imprese le quali, a causa del comportamento dei loro amministratori, possono condizionarne negativamente lo svolgimento. Sotto questo profilo l'art. 38 del d.lgs. 163/06 non sembra che tenda a restringere la libertà d'impresa quanto invece a tutelarla, impedendo che la stessa possa essere incisa

dal comportamento di imprese che non danno garanzie di affidabilità. Le sue disposizioni quindi non limitano, ma anzi tutelano maggiormente la libertà economica perché garantiscono che la concorrenza, nell'ambito delle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, avvenga secondo regole certe e nel rispetto del principio di parità di trattamento al fine della costruzione di un mercato libero, aperto, concorrenziale ed efficiente. Non trattasi quindi di norma eccezionale e pertanto nulla osta alla sua applicazione analogica.

Peraltro nel caso di specie non vi è necessità di ricorrere al procedimento analogico poiché l'interpretazione secondo buona fede della legge di gara, a parere del Collegio, non poteva che condurre a ricomprendere nel novero dei soggetti tenuti ad autodichiarare l'assenza di condizioni ostative alla partecipazione alla procedura *de qua* anche coloro che, se pure non muniti formalmente della qualifica di amministratore, fossero tuttavia concretamente dotati di poteri gestionali e decisorii in ordine alla politica aziendale rispetto (quantomeno) alle gare per l'affidamento di contratti pubblici. L'assunto secondo il quale l'art. 38 del d.lgs. 163/06 non ricomprenderebbe i procuratori muniti di potere gestorio ma non qualificati come "amministratori" non appare convincente poiché è ancorato all'analisi formale dei poteri connessi alle cariche rivestite dai soggetti che agiscono in nome e per conto dell'impresa. Le esigenze sottese alle previsioni di cui alle norme ostative alla partecipazione alle gare di appalto, consistenti nell'evitare che le stesse vengano inquinate

da imprese che non diano garanzie di correttezza, possono essere soddisfatte solo ove se ne assuma un'interpretazione sostanzialistica centrata sull'esame dei poteri concretamente dispiegabili, caso per caso, da tali soggetti. Laddove un procuratore, in base alla procura conferitagli, possieda come nel caso di specie anche poteri gestori non può non essere tenuto a rendere la dichiarazione sostitutiva ex art. 38, d.lgs. 163/06. Trattasi, si ripete, di interpretazione secondo buona fede della *lex specialis* alla quale sono tenuti anche i soggetti privati.

Deve infine essere rilevato che la stazione appaltante non avrebbe legittimamente potuto ammettere la ricorrente alla regolarizzazione, poiché questa può essere attivata per chiedere chiarimenti o integrare dichiarazioni esistenti e giammai per supplire alla mancanza di una dichiarazione che l'impresa avrebbe dovuto produrre entro un termine perentorio (C.d.S. IV, 10 maggio 2007 n. 2254; T.A.R. Piemonte I, 8 giugno 2010 n. 2722).

Il secondo e il terzo motivo sono a loro volta infondati poiché non è vera l'affermazione della ricorrente, che il provvedimento impugnato non espliciti le ragioni di pubblico interesse all'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore. Esse invece sono rappresentate nel medesimo, e consistono nell'opportunità di realizzare l'opera appaltata e nella necessità di evitare i costi di futuri contenziosi destinati alla sconfitta dell'Amministrazione. Si aggiunga che, stante il breve lasso di tempo trascorso tra l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione ed il suo annullamento, non era richiesto un onere ulteriore di esplicitazione dell'interesse pubblico alla cancellazione del

primo.

Il quarto motivo deve a sua volta essere respinto poiché appare generico e, inoltre, assume a proprio presupposto ciò che deve essere dimostrato, ossia che la pretesa dell'Amministrazione alla produzione delle dichiarazioni sostitutive da parte dei signori Cadile e Di Grazia costituisca integrazione della legge di gara. Tale asserzione è stata respinta, e con essa quindi deve essere rigettato anche il quarto motivo di gravame.

5. Il primo ricorso per motivi aggiunti deve essere a sua volta dichiarato inammissibile poiché è rivolto contro la nota del Responsabile di settore del Comune intimato 10 giugno 2010, prot. 121070, la quale si limita a confermare quanto già disposto e comunicato alla ricorrente. Tale atto non è stato preceduto da alcuna istruttoria, e la giurisprudenza insegna che “al fine di stabilire se un atto sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio, occorre verificare se sia stato adottato (o non) senza nuova istruttoria e nuova ponderazione di interessi” (C.d.S. VI, 31 marzo 2011 n. 1983). Nel caso di specie non si è svolta né la prima né la seconda, e pertanto quello gravato con il primo atto per motivi aggiunti va qualificato come atto meramente confermativo il quale non integra un'autonoma determinazione dell'Amministrazione, e non è quindi autonomamente impugnabile (C.d.S. VI, 10 marzo 2011 n. 1530). Una volta respinto il ricorso principale l'eventuale suo annullamento non apporterebbe infatti alcuna utilità alla ricorrente (C.d.S. IV, 10 dicembre 2009 n. 7732).

6. Devono infine essere dichiarati improcedibili gli ulteriori ricorsi per motivi aggiunti in quanto rivolti avverso l'aggiudicazione del contratto pubblico in discussione alla controinteressata impresa Lionetti. La ricorrente infatti è stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara in esame e pertanto, contrariamente alle asserzioni della sua difesa, verte in una situazione che non le consente di impugnare gli esiti della medesima.

La situazione del soggetto legittimamente escluso dalla procedura non si differenzia da quella dell'impresa che, per propria decisione, non vi ha partecipato, ed è pertanto rapportabile al *quisque de populo*: esso è portatore di un interesse di mero fatto che non può ricevere tutela giuridica.

Ciò che fonda la legittimazione ad impugnare gli atti della procedura per l'affidamento di un contratto pubblico è la partecipazione alla stessa; l'impresa legittimamente esclusa non avrebbe mai potuto parteciparvi e pertanto non può vantare alcun titolo di legittimazione per l'impugnazione del suo esito. La rinnovazione della procedura è un evento meramente eventuale che non basta a rendere giuridicamente differenziata la posizione dell'operatore di settore che non vi abbia partecipato, o che ne sia stato legittimamente escluso. Si aggiunga che ammettere l'operatore economico legittimamente escluso da una gara a contestarne gli esiti potrebbe produrre la demolizione della stessa ad opera di un soggetto che, a norma di legge, non avrebbe potuto parteciparvi sicché, in tal modo, si fornirebbe giuridica tutela ad un interesse illegittimo.

E' stato recentemente affermato che nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Fanno eccezione a questa regola solo i casi in cui il ricorrente contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure l'operatore economico di settore contesti un affidamento senza gara oppure venga contestata una clausola del bando escludente in relazione all'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Al di fuori di tali ipotesi tassative resta fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela. La situazione legittimante postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del ricorrente alla procedura selettiva, sicché la sua definitiva esclusione impedisce di assegnargli la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura medesima (C.d.S. A.P., 7 aprile 2011 n. 4).

7. Per i motivi sopraesposti il ricorso deve essere dichiarato in parte inammissibile e in parte improcedibile, nei sensi e termini sopraevidenziati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate per l'intero processo, comprensivamente quindi per la fase cautelare e decisoria, nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore di

ciascuna parte resistente costituita.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte improcedibile, nei sensi e termini di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in complessive € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore di ciascuna parte resistente costituita, comprensive della fase cautelare e di merito.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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