

N. 00382/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00987/2011 REG.RIC.
N. 00998/2011 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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 987 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Edil Ma.Vi. Torino S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Claudio Vivani, Matteo Rossomando, Simone Abellonio, Alberto Marengo e Daniela Anselmi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Genova, via Corsica, 21/18-20;

contro

Comune di Sanremo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Danilo Sfamurri, Sara Rossi ed Emilio Fadda, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Genova, via Peschiera, 22;

Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

Impresa di Costruzioni Silvano & C. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Porta d'Archi, 3;

sul ricorso numero di registro generale 998 del 2011, proposto da:

Bresciani Asfalti S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Sciolla, Sergio Viale e Marco Iurilli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Genova, via Raggio, 11/4;

contro

Comune di Sanremo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Danilo Sfamurri, Sara Rossi ed Emilio Fadda, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Genova, via Peschiera, 22;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 987 del 2011:

della determinazione dirigenziale del Comune di Sanremo n. 957 del 24/8/2011, avente ad oggetto l'esclusione definitiva dalla procedura aperta per i lavori di pedonalizzazione di via Matteotti;

di ogni atto preordinato, presupposto, connesso, consequenziale, tra i quali:

il disciplinare di gara *in parte qua*;

il verbale n. 3 – seduta di gara straordinaria del 22/8/2011;

la nota del Comune di Sanremo del 23/8/2011, avente ad oggetto la definizione della nuova graduatoria;

la nota del Comune di Sanremo del 24/8/2011, recante la comunicazione di esclusione;

la nota del Comune di Sanremo del 25/8/2011, recante la segnalazione alla Procura della Repubblica dell'esclusione;

la nota del Comune di Sanremo recante la segnalazione all'Autorità di vigilanza;

nonché, con ricorso per motivi aggiunti,

della determinazione dirigenziale del Comune di Sanremo n. 1184 del 24/10/2011, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva dalla procedura aperta per i lavori di pedonalizzazione di via Matteotti e per il risarcimento del danno;

quanto al ricorso n. 998 del 2011:

della determinazione n. 957 del 24/8/2011 del Comune di Sanremo, con la quale è stata determinata l'esclusione definitiva della Società ricorrente dalla procedura aperta per i lavori di pedonalizzazione di via Matteotti;

degli atti tutti presupposti, antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi al procedimento (segnatamente: la nota di comunicazione all'Autorità di vigilanza, l'eventuale richiesta di escussione della cauzione provvisoria e l'eventuale segnalazione all'Autorità giudiziaria);

nonché ancora per la condanna

al risarcimento dei danni tutti patiti e patendi.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sanremo, dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e dell'Impresa di Costruzioni Silvano & C. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2012 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 4 febbraio 2011, pubblicato sulla G.U. n. 19 del 14 febbraio 2011, il Comune di Sanremo ha indetto una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del secondo lotto dei lavori di pedonalizzazione di via Matteotti.

Nella seduta del 7 aprile 2011, il Presidente del seggio di gara, verificata la regolarità delle offerte pervenute, ha proceduto allo scrutinio delle offerte economiche.

Nella successiva seduta del 4 luglio 2011, all'esito della verifica di anomalia, veniva disposta la provvisoria aggiudicazione dell'appalto all'impresa Edil Ma.Vi. S.r.l. di Torino che aveva proposto un ribasso del 51,611%.

La Bresciani Asfalti S.r.l. di Torino, che aveva proposto un ribasso del

44,61%, si collocava al terzo posto della graduatoria.

Nei confronti di entrambe le imprese, veniva successivamente avviato apposito sub-procedimento volto all'esclusione dalla gara, avendo le stesse omesso di indicare il nominativo di alcuni soggetti con poteri di rappresentanza e in ragione dell'accertamento di una situazione, non dichiarata, di collegamento sostanziale.

Nonostante le controdeduzioni delle interessate, il seggio di gara, riunitosi in seduta straordinaria il giorno 22 agosto 2011, ne decideva l'esclusione, per le ragioni dettagliatamente esposte nella relazione del Dirigente del Servizio appalti allegata al verbale della seduta.

Avverso tale determinazione, ha dapprima proposto ricorso (r.g. n. 987 del 2011) la Edl Ma.Vi., deducendo:

I) Violazione del principio del contraddittorio e dei principi di trasparenza, efficacia, efficienza e imparzialità. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs n. 163/2006.

II) Eccesso di potere, nelle figure sintomatiche dell'irragionevolezza e illogicità manifesta. Violazione del principio di massima partecipazione alle gare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs n. 163/2006.

III) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163/2006. Difetto di motivazione.

IV) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. d) e *m-quater*), del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di proporzionalità e difetto di motivazione.

V) Eccesso di potere nelle figure sintomatiche del difetto di istruttoria, del travisamento dei fatti, dell'illogicità e irragionevolezza manifeste. Difetto di motivazione e violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990.

VI) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs n. 163/2006.

Sulla scorta di tali censure, l'esponente insta conclusivamente per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara e delle misure conseguentemente adottate dalla stazione appaltante (segnalazione alla Procura della Repubblica, all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ed escussione della cauzione provvisoria).

Con decreto presidenziale n. 455 del 21 settembre 2011, è stata respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie.

Si sono costituiti in giudizio, opponendosi all'accoglimento del ricorso, l'Impresa di costruzioni Silvano & C. S.r.l. di Sanremo, aggiudicataria provvisoria della gara, e il Comune di Sanremo.

Con ordinanza n. 478 del 6 ottobre 2011, è stata respinta, per carenza di *fumus*, l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

Il provvedimento cautelare è stato parzialmente riformato in appello, con ordinanza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 5312 del 5 dicembre 2011, limitatamente alla sospensione degli effetti della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Nel prosieguo del giudizio, si è costituita l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova, prendendo posizione limitatamente alla legittimità della segnalazione predetta.

Con ricorso per motivi aggiunti, l'interessata ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara e ha introdotto domanda di risarcimento dei danni.

I primi sei motivi aggiunti riproducono, con un diverso ordine espositivo, le censure già dedotte con il ricorso introduttivo, senza sostanziali mutamenti delle pertinenti argomentazioni difensive.

Il settimo motivo è volto a contestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria definitiva ed è rubricato "Illegittimità in via diretta degli atti impugnati per eccesso di potere, nella figura sintomatica del difetto d'istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 40, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Difetto di motivazione. Disparità di trattamento. Violazione del principio di trasparenza".

In prossimità della pubblica udienza, le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive e di replica.

Il secondo ricorso (r.g. n. 998 del 2011) è stato proposto dalla Bresciani Asfalti S.r.l., provvisoriamente classificatasi al terzo posto della graduatoria delle offerte, che deduce quale motivo di gravame: "Violazione e/o falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 11, 38, 46, 48, 71 e 75 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., agli artt. 46, 47 e 75

del d.P.R. n. 445/2000, nonché ancora agli artt. 1, 3, 6, 7, 10 *bis* e segg. della l. n. 241/1990 e s.m.i. Violazione del cogente principio della massima partecipazione alle procedure concorsuali con divieto di discriminazione. Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti, difetto e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione, illogicità ed irragionevolezza grave e manifesta, sviamento di potere, perplessità, sproporzionalità”.

Più in dettaglio, l'esponente articola le seguenti censure di legittimità:

I) La mancata indicazione nella documentazione di gara del procuratore sig. Vincenzo Mangone: errore scusabile. Applicabilità dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

II) Violazione del giusto procedimento. Insussistenza della paventata situazione di collegamento e/o controllo tra la ricorrente e la Soc. Edil Ma.Vi. Torino S.r.l. e, conseguentemente, insussistenza della ritenuta ipotesi di un unico centro decisionale.

III) Grave difetto istruttorio e motivazionale.

IV) Erronea applicazione delle sanzioni accessorie della segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed all'Autorità giudiziaria, nonché dell'escussione della cauzione.

Sula scorta di tali censure, l'interessata insta conclusivamente per l'annullamento degli impugnati provvedimenti di esclusione dalla gara, di segnalazione all'Autorità giudiziaria ed all'Autorità di vigilanza, di escussione della cauzione provvisoria nonché per il risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Sanremo, contrastando nel merito la fondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Anche in questo caso, è stata respinta – con ordinanza n. 484 del 6 ottobre 2011 - l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e il provvedimento cautelare è stato parzialmente riformato in appello - con ordinanza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 5320 del 5 dicembre 2011 – limitatamente alla sospensione degli effetti della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Ha fatto seguito il deposito di memorie difensive e di replica.

I due ricorsi sono stati chiamati alla pubblica udienza del 16 febbraio 2012 e, previa trattazione orale, sono stati ritenuti in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 304/2012.

DIRITTO

1) I ricorsi in epigrafe, riguardanti la medesima procedura di gara e fondati su censure in parte sovrapponibili, sono connessi sotto il profilo oggettivo nonché, parzialmente, sotto quello soggettivo.

Essi si prestano, pertanto, ad essere riuniti d'ufficio, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm.

2) Nell'esposizione dei motivi di ricorso, saranno dapprima vagliati quelli che riguardano la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara, a partire dalle censure di carattere sostanziale inerenti la pretesa insussistenza dei presupposti di tale decisione, quindi saranno scrutinati i motivi di gravame relativi alle sanzioni accessorie.

Per comodità espositiva, le censure comuni ai due ricorsi verranno esaminate congiuntamente.

3) Una prima censura (cfr. II motivo del ricorso n. 987/2011 e I motivo del ricorso n. 998/2011) concerne il motivo di esclusione riferito all'omessa indicazione, in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti di gara, di tutti i procuratori generali e speciali delle due imprese.

In punto di fatto, si rileva che il seggio di gara, richiamando la relazione istruttoria del Dirigente del Servizio appalti, ha deciso di escludere la Edil Ma.Vi. in quanto, dagli accertamenti effettuati circa il possesso dei requisiti di ordine generale, erano emersi i nominativi di due soggetti non indicati dalla concorrente: il sig. Vincenzo Mangone, munito di procura institoria del 13 giugno 2003, e il sig. Gianfranco Giordano, cui era stata rilasciata procura speciale in data 9 maggio 2008.

La Bresciani Asfalti è stata esclusa per non aver indicato il sig. Vincenzo Mangone, rappresentante dell'impresa in forza di procura conferita il 19 marzo 2010.

Obiettano concordemente le ricorrenti che l'omessa menzione di tali soggetti sarebbe stata causata dall'infelice e fuorviante formulazione della legge di gara la quale, richiedendo di indicare gli eventuali procuratori "*all'atto*", poteva lasciar intendere che la prescrizione non riguardasse tutti i procuratori dell'impresa, ma solo quelli incaricati di rappresentarla nella specifica gara.

L'omissione in parola costituirebbe, in conseguenza, errore scusabile che non legittimava la stazione appaltante a disporre l'esclusione dalla gara, ma imponeva, eventualmente, una preventiva richiesta di

integrazione documentale *ex art.* 46 del d.lgs. n. 163/2006.

In generale, deve rilevarsi come la questione inerente l'estensione dell'obbligo di dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti morali e professionali *ex art.* 38 del d.lgs. n. 163/2006 riceva tuttora soluzioni giurisprudenziali non univoche.

Secondo un primo orientamento, maggiormente aderente al dato letterale del citato art. 38, i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione sarebbero soltanto gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, ossia coloro che sono titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, e l'obbligo non potrebbe essere esteso ai procuratori i quali, benché muniti di poteri di rappresentanza, non sono titolari di autonomi poteri decisionali: la disposizione in parola, perciò, richiederebbe la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza e non potrebbe essere applicata in via analogica ad altri soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6136).

La contrapposta soluzione, muovendo da considerazioni di carattere sistematico, ritiene invece sussistente l'obbligo di dichiarazione, non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali, essendo tali soggetti in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della

loro personale condotta al soggetto rappresentato (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178).

La definizione della presente controversia prescinde, peraltro, dalla soluzione di tale questione, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, per quanto concerne la situazione di Edil Ma.Vi., va rilevato come la procura conferita al sig. Vincenzo Mangone fosse di tipo institorio, quindi caratterizzata da poteri rappresentativi e di gestione di ampiezza tale da rendere il procuratore una sorta *alter ego* dell'imprenditore, titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore munito di poteri di rappresentanza e conseguentemente tenuto a produrre le dichiarazioni direttamente in virtù del disposto dell'art. 38 cit. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2011, n. 5939 e 14 febbraio 2011, n. 939).

L'obbligo di dichiarazione a carico dei procuratori dell'impresa e l'effetto espulsivo nel caso di omissione erano direttamente stabiliti, in ogni caso, dalla legge di gara e la stazione appaltante non avrebbe potuto derogarvi, a scampo di alterazioni della *par condicio* dei concorrenti.

Infatti, il disciplinare di gara (pagg. 5, 6 e 7) faceva obbligo alle concorrenti, a pena di esclusione, di presentare una dichiarazione sostitutiva con la quale il legale rappresentante attesta, tra l'altro, "*i nominativi, le date di nascita, la residenza e la qualifica: ... c.5) degli eventuali procuratori generali e/o speciali all'atto (per ogni tipo di impresa) attualmente autorizzati, con indicazione degli estremi della procura in corso di validità*".

Ciò premesso, la tesi delle ricorrenti, secondo le quali le parole

“*all’atto*” potevano essere interpretate nel senso di circoscrivere l’obbligo di dichiarazione ai soli soggetti che spendevano in concreto il potere procuratorio nella specifica gara, non si giustifica alla luce del tenore letterale della disposizione in esame, chiaramente riferita (in modo forse sintatticamente infelice, tuttavia inequivocabile nei contenuti) a tutti i procuratori generali e speciali attualmente previsti nell’organico societario.

In disparte eventuali profili di buona fede delle dichiaranti, non si può quindi configurare un’ipotesi di errore scusabile, tanto più che il sig. Vincenzo Mangone (ossia il soggetto che cumulava in sé la qualifica di procuratore generale della Edil Ma.Vi. e di procuratore speciale della Bresciani Asfalti) è concretamente intervenuto nel procedimento di gara, partecipando, in qualità di rappresentante della prima Società, al contraddittorio svolto dal responsabile del procedimento per la verifica delle offerte anormalmente basse (cfr. verbale di gara del 22 agosto 2011, allegato A, pag. 3).

Non si profilava, comunque, alcun obbligo per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti alle concorrenti *ex art.* 46 del d.lgs. n. 163/2006, posto che l’omessa allegazione di una dichiarazione prevista a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di una irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l’integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali (cfr., fra le molte, Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038).

4) Edil Ma.Vi. si sofferma ancora, con il terzo e il quinto motivo di

ricorso, sulla posizione del procuratore Vincenzo Mangone per contestare le conclusioni cui è pervenuta la stazione appaltante la quale, come si evince dalla già citata relazione istruttoria posta a fondamento dell'esclusione, ha ritenuto che l'omissione fosse preordinata a celare circostanze, riferite alla persona del procuratore medesimo, potenzialmente pregiudizievoli alla regolarità della gara.

L'esponente si diffonde nell'intento di dimostrare l'inesistenza, a carico del sig. Mangone, di condanne o addebiti rilevanti agli effetti del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Tali argomentazioni sono prive di rilievo e, comunque, di giuridico fondamento.

Esse si appalesano irrilevanti laddove ricollegano l'esclusione all'accertamento del mancato possesso dei requisiti di carattere morale, mentre, in realtà, il provvedimento espulsivo era autonomamente motivato con riferimento all'omessa dichiarazione dei poteri institori conferiti al procuratore.

La stazione appaltante, in ogni caso, ha correttamente ritenuto che il precedente penale a carico dell'istitutore costituisca valido motivo di esclusione della Società rappresentata, in considerazione della gravità del tipo di reato cui si riferiva la condanna "patteggiata" ("dichiarazione fraudolenta mediante artifici al fine dell'evasione delle imposte") e del non lungo lasso temporale intercorso dai fatti e dalla condanna.

5) L'esclusione dalla gara delle due imprese è stata disposta anche in

relazione all'accertata situazione di collegamento sostanziale fra le stesse, evidenziata dai legami familiari fra i soggetti titolari dei poteri di gestione e di rappresentanza, tali da concretare "*un'ipotesi di concentrazione di potere decisionale in capo ad un unico centro di interessi*".

Entrambe le ricorrenti contestano la legittimità di questo motivo di esclusione (cfr. IV motivo del ricorso n. 987/2011 e II motivo del ricorso n. 998/2011), sostenendo che gli accennati legami avrebbero valore di elemento indiziario puramente formale, di per sé inidoneo, in assenza di più approfonditi accertamenti relativi alle caratteristiche delle offerte presentate nel caso concreto, a dimostrare l'esistenza di una situazione di collegamento e di connessa influenza decisionale fra le imprese.

Anche a questo riguardo, deve invece essere confermata la correttezza della valutazioni effettuate dalla stazione appaltante.

In linea di principio, infatti, il Collegio non dubita che l'esistenza di vincoli e intrecci familiari fra le società partecipanti alla gara d'appalto e i soggetti che, all'interno di esse, ricoprono ruoli di massima importanza possano costituire validi elementi rivelatori di una situazione di collegamento *ex se* atta a determinare alterazioni della procedura ad evidenza pubblica sotto i profili della trasparenza e della correttezza (cfr. T.A.R Lazio, Roma, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5425).

Nel caso in esame, l'intreccio societario e familiare accertato dalla stazione appaltante si profila di tutta evidenza e si concentra nella persona di Vincenzo Mangone che, oltre ad essere procuratore con ampi poteri di entrambe le società, è il padre di Luca e Alessandro

Mangone, rispettivamente legali rappresentanti di Edil Ma.Vi. e di Bresciani Asfalti.

Ad abundantiam, la relazione istruttoria del Dirigente del Servizio appalti riporta gli estremi di altre otto società nelle quali le cariche societarie e/o la proprietà delle quote risultano in capo ai soggetti dello stesso nucleo familiare (oltre ai precitati, vi compaiono anche la madre ed un terzo fratello), a comprova dell'esistenza di un gruppo che, in disparte la soggettività giuridica delle singole imprese, si configura in modo sostanzialmente unitario.

L'intreccio societario accertato dalla stazione appaltante porta a ritenere, quindi, che le due imprese facciano riferimento ad un centro decisionale unico o di interesse comune, senza necessità di verificare ulteriormente se tale comunanza strutturale abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

A quest'ultimo riguardo, infatti, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di sintomi evidenti di concentrazione o di condizionamento dei processi volitivi, non si può pretendere che le stazioni appaltanti procedano, sempre e comunque, ad un esame del contenuto delle offerte finalizzato a verificarne eventuali anomalie di coincidenza, sovrapposizione o effetti distorsivi sul meccanismo di aggiudicazione, poiché ciò significherebbe appesantire inutilmente il procedimento e le incombenze delle amministrazioni, già sufficientemente gravate da una serie cospicua di adempimenti istruttori e valutativi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 673).

6) Accertata la correttezza sostanziale delle misure espulsive adottate nei confronti delle ricorrenti, vanno ora vagliate le doglianze inerenti i pretesi *errores in procedendo* commessi dalla stazione appaltante.

Anche in questo caso, le censure dedotte nei due ricorsi possono essere esaminate congiuntamente.

Edil Ma.Vi. lamenta (cfr. I motivo del ricorso n. 987/2011) la violazione delle sue prerogative partecipative, dal momento che le ragioni poste a fondamento dell'esclusione coinciderebbero solo parzialmente con gli addebiti mossi a suo carico in sede di avvio del procedimento; Bresciani Asfalti, invece, censura (cfr. II motivo del ricorso n. 998/2011) l'incompletezza della comunicazione di avvio del procedimento, nella quale si sarebbe contestata l'esistenza di una situazione di collegamento fra imprese, senza tuttavia addurre alcun elemento a supporto di tale rilievo.

Tali censure sono infondate, non potendosi neppure configurare un obbligo della stazione appaltante di comunicare l'avvio del procedimento volto all'esclusione dalla gara ed all'applicazione delle consequenziali misure afflittive, atti che afferiscono all'unico procedimento instaurato con la domanda di partecipazione alla gara d'appalto.

L'esclusione da una gara pubblica, pertanto, non necessita di essere preceduta dall'avviso dell'inizio del procedimento, trattandosi di atto conclusivo di un sub-procedimento che si inserisce nel procedimento di gara (cfr., fra le molte, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2011, n. 674).

Nel caso concreto, peraltro, la stazione appaltante aveva ritenuto di implementare le garanzie procedurali delle due imprese, inviando loro apposite comunicazioni di avvio delle specifico procedimento o sub-procedimento di esclusione che, contrariamente a quanto dedotto dalle ricorrenti, contenevano puntuali e circostanziati riferimenti agli elementi fondanti il successivo provvedimento di esclusione.

7) La sola Bresciani Asfalti contesta, quindi, le carenze motivazionali del provvedimento di esclusione dalla gara (cfr. III motivo del ricorso n. 998/2011).

La censura, genericamente dedotta, è priva di pregio, atteso che il provvedimento impugnato richiama puntualmente il verbale del seggio di gara in data 22 agosto 2011, contenente un'articolata ed esaustiva motivazione in ordine alle ragioni della disposta esclusione.

8) Il provvedimento di esclusione impugnato in principalità resiste, pertanto, alle censure di legittimità dedotte dalle due ricorrenti e si appalesa conseguentemente legittima anche la segnalazione dell'esclusione all'Autorità giudiziaria.

9) Vanno esaminate, a questo punto, le doglianze che investono le sanzioni accessorie all'esclusione, rappresentate dalla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dagli atti con cui è stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria depositata dalle concorrenti.

Le esponenti obiettano concordemente (cfr. VI motivo del ricorso n. 987/2011 e IV motivo del ricorso n. 998/2011) che l'irrogazione di tali sanzioni sarebbe possibile solo nel caso delle irregolarità accertate

con riferimento ai requisiti di carattere speciale di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 e non anche, come avvenuto nella fattispecie, per quelle relative ai requisiti generali di cui all'art. 38 del medesimo decreto.

La questione dedotta, inerente la legittimità dell'applicazione della "triplice sanzione" (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di vigilanza) nell'ipotesi di irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine generale, riceve tuttora soluzioni giurisprudenziali non univoche.

Premesso che trattasi di problematica "ad esaurimento" - poiché le modifiche introdotte con l'art. 4 del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, non applicabili *ratione temporis* alla fattispecie controversa, hanno esplicitamente sancito l'obbligo di segnalazione nel caso di irregolarità relative ai requisiti di ordine generale – si deve rendere conto di due contrastanti orientamenti.

Secondo una prima tesi, la segnalazione all'Autorità va fatta, non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale, trattandosi di esclusione idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di gara pubbliche (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3567).

L'opposto orientamento ritiene, invece, che la "triplice sanzione" prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 abbia carattere tassativo e non possa essere estesa ad ipotesi diverse, in particolare alle fattispecie previste dall'art. 38 del medesimo decreto (ovviamente nel

testo antecedente la novella introdotta con il d.l. n. 70/2011), disposizione quest'ultima che prevede solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'art. 48.

Con l'ulteriore precisazione che l'incameramento della cauzione non può trovare fondamento nell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, che disciplina la diversa ipotesi in cui l'aggiudicatario si rifiuti di sottoscrivere il contratto senza adeguata motivazione (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80).

Il Collegio ritiene meritevole di condivisione quest'ultima impostazione, peraltro già applicata dalle ordinanze cautelari rese dal giudice d'appello nella presente controversia, siccome coerente con la funzione sanzionatoria propria delle misure accessorie che si contestano.

Ne consegue il parziale accoglimento dei due ricorsi e l'annullamento dei provvedimenti impugnati, limitatamente alla segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza e agli atti di incameramento della cauzione provvisoria.

10) Restano da scrutinare, a questo punto, i motivi aggiunti proposti con il ricorso n. 987/2011 avverso l'aggiudicazione definitiva della gara.

Come anticipato nelle premesse in fatto, i primi sei motivi aggiunti riproducono, con un diverso ordine espositivo, le censure già dedotte con il ricorso introduttivo e vanno conseguentemente respinti in

quanto infondati.

Il settimo e ultimo motivo aggiunto contiene censure nuove, inerenti la pretesa insussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria, il cui certificato di qualità aziendale, documento prescritto a pena di esclusione, sarebbe scaduto al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

Il motivo è inammissibile in quanto il soggetto che, come l'odierna ricorrente, è stato legittimamente escluso dalla gara risulta privo di legittimazione e/o carente di interesse con riferimento alla deduzione dei vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura concorsuale.

L'accoglimento del ricorso con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva non comporterebbe, infatti, l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, ma la ripetizione della gara, e l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara può essere perseguito soltanto dall'impresa che non è stata esclusa (T.A.R. Veneto, sez. I, 1° giugno 2010, n. 2313).

11) Deve, ovviamente, essere respinta la domanda di risarcimento dei danni proposta da Edil Ma.Vi. con il ricorso per motivi aggiunti, siccome fondata sulla pretesa illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara.

Analogo esito si impone per l'istanza risarcitoria di Bresciani Asfalti, genericamente dedotta nel ricorso introduttivo con particolare riferimento alle sanzioni accessorie applicate, ma non specificata nei successivi scritti difensivi mediante l'allegazione del tipo di pregiudizi concretamente sofferti e, tantomeno, con la quantificazione dei

medesimi.

12) Quanto alle spese del grado di giudizio, ritiene il Collegio di dover valorizzare la soccombenza rispetto alla domanda principale, ponendole conseguentemente a carico delle ricorrenti, nella misura equamente liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previamente riuniti, così dispone:

quanto al ricorso n. 987/2011, lo accoglie in parte, come da motivazione, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, limitatamente alla segnalazione all'Autorità di vigilanza ed agli atti di incameramento della cauzione provvisoria.

Respinge in parte e in parte dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti; respinge la domanda di risarcimento dei danni proposta con i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente a rifondere all'Amministrazione resistente e all'impresa controinteressata le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo di € 1.000,00, oltre accessori di legge, per ognuna delle controparti; compensa le spese con l'Autorità di vigilanza;

quanto al ricorso n. 998/2011, lo accoglie in parte, come da motivazione, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, limitatamente alla segnalazione all'Autorità di vigilanza ed agli atti di incameramento della cauzione provvisoria.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna la ricorrente a rifondere all'Amministrazione resistente le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo di € 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

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

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2012

IL SEGRETARIO

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