



REPUBBLICA ITALIANA

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 970 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Exact Learning Solution spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

contro

Regione Toscana, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Lucia Bora e Luciana Caso, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale in Firenze, piazza dell'Unità Italiana 1;

nei confronti di

Italdata spa, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con le società Elea spa, Almaviva spa e Linfa srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso l'avv. Valentina Varano in Firenze, borgo Pinti 80;

per l'annullamento

- del decreto n. 2259 del 08 giugno 2012 del dirigente della direzione generale competitività del sistema regionale e sviluppo delle competenze della Regione Toscana avente ad oggetto l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI Italdata della procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del sistema regionale di web learning;
- della comunicazione ai sensi dell'art. 79 comma 5 del t.u. 163/2006 inviata in data 22 giugno 2012 dalla Regione Toscana al RTI Exact Learning Solutions spa;
- della determina di aggiudicazione provvisoria adottata al termine della seduta di gara rep. 7657 raccolta n. 4063 del 13.03.2012;
- di tutti i verbali della commissione giudicatrice in seduta pubblica rep. 7631 raccolta n. 4019 del 09.01.2012, rep. 7633 raccolta n. 4024 del 16.01.2012 e rep. 7657 raccolta n. 4063 del 13.03.2012;
- di tutti i verbali della commissione giudicatrice in seduta riservata raccolta n. 4031 del 27.01.2012, n. 4034 del 02.02.2012, n. 4036 del 03.02.2012, n. 4042 del 13.02.2012, n. 4051 del 24.02.2012, n. 4055 del 01.03.2012, n. 4057 del 07.03.2012;
- del decreto n. 6079 del 27.12.2011 avente ad oggetto la nomina della commissione giudicatrice;
- dei verbali e provvedimenti ad oggi ignoti aventi ad oggetto la verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI Italdata, anche sotto il profilo del costo del personale;
- del verbale del responsabile del procedimento relativo alla presa d'atto della documentazione di cui all'art. 48

comma 2 del d.lgs. 163/2006, nonché della certificazione della sussistenza in capo all'ati aggiudicataria dei requisiti di cui all'art. 38 del t.u. 163/2006 ed i requisiti di capacità tecnica ed economico (tutti ad oggi ignoti);

- della nota del 16.01.2012 del presidente della commissione giudicatrice ad oggi ignota avente ad oggetto la valutazione dell'ammissione alla gara del RTI Italdata;
- in subordine e per quanto occorrer possa nei limiti delle censure del ricorso del bando di gara, del disciplinare di gara), del capitolato descrittivo e prestazionale e relativi allegati, della scheda di rilevazione dei requisiti di capacità tecnico – professionale ed economica -finanziaria, della scheda di dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria, della scheda da compilarsi a cura delle imprese consorziate, della scheda di dichiarazione sui segreti tecnici e commerciali, del dettaglio economico, della relazione tecnico – illustrativa, del calcolo della spesa per l'acquisizione del servizio , del prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione del servizio, dello schema di contratto, del modello di dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) del d.lgs. n. 163/2006 resa singolarmente da tutti i soggetti e del modello di dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del d.lgs. n. 163/2006 resa dal legale rappresentante per sé e per gli altri soggetti;
- del regolamento adottato dall'azienda sanitaria per lo svolgimento delle gare pubbliche ancorché ignoto;
- in subordine e per quanto occorrer possa nei limiti delle censure del ricorso delle norme tecniche di funzionamento del sistema telematico di acquisto di regione toscana – giunta regionale – start gr approvate con decreto dirigenziale n. 4606/2006;
- degli atti di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario e di ogni altro atto propedeutico alla stipulazione del contratto e della sua eventuale sottoscrizione, ad oggi ignoti;
- di tutti gli atti e provvedimenti dell'amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa del RTI Exact Learning Solutions;
- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, nonché l'annullamento e/o decadenza e/o inefficacia del contratto, stipulato tra le parti, con riserva, nel caso di impossibilità nel subentro nel servizio, di chiedere tutela risarcitoria per i danni subiti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana e di Italdata spa in proprio e quale mandataria del RTI con Elea spa, Almaviva spa e Linfa S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Italdata spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Exact Learning Solutions s.p.a., che agisce in proprio e quale mandataria del costituito RTI con le società Elea s.p.a., Almaviva s.p.a. e Linfa s.r.l., espone nell'atto introduttivo del giudizio di aver partecipato alla gara indetta da Regione Toscana per l'affidamento del servizio di gestione del sistema regionale di Web Learning, avente durata di trentasei mesi, per la quale era previsto lo svolgimento con modalità telematica. A tale procedura selettiva hanno preso parte (oltre al RTI ricorrente, gestore uscente del servizio) l'ATI capeggiata da Italdata s.p.a. e l'ATI avente come capogruppo la Engineering Ingegneria Informatica. La gara si è conclusa con l'aggiudicazione a favore del

raggruppamento guidato da Italdata.

Con il ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente impugna il decreto regionale n. 2259 del giorno 8 giugno 2012, contenente l'aggiudicazione definitiva con previsione di esecuzione anticipata del servizio, in uno con gli atti tutti della procedura, e formula nei confronti degli atti gravati le seguenti censure:

1 – “Violazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici per omessa dichiarazione ed indicazione del direttore tecnico e dei procuratori speciali che hanno la rappresentanza della società mandante Almaviva – Violazione della *lex specialis* di gara – Eccesso di potere per carenza istruttoria – Violazione dell'art. 97 Cost. sul buon andamento e la imparzialità della p.a. – Mendacità della dichiarazione di gara della società mandante Almaviva nella parte in cui nella propria domanda di partecipazione la stessa non ha dichiarato di non avere direttori cessati nell'ultimo anno”. Parte ricorrente ritiene che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara poiché la mandante Almaviva ha omesso nella domanda di partecipazione il rilascio delle dichiarazioni di moralità con riferimento al direttore generale Antonio Amati, al direttore generale Piergiorgio Costantini (ed ha anzi dichiarato che non sussistevano soggetti appartenenti alla compagine societaria cessati nell'anno mentre in tale condizione si trovava appunto il Costantini), oltre che ad un pluralità di procuratosi speciali;

2 – “Violazione dell'art. 48 del TU 163/06 – Violazione del punto 6 del Disciplinare di gara nella parte in cui richiama il termine di cui all'art. 48 del TU 163/06 – Eccesso di potere per carenza istruttoria – Violazione dell'art. 97 Cost.”. Il RTI aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara per non aver rispettato il termine perentorio di 10 giorni per la comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, termine che è da ritenere perentorio;

3 – “Violazione della *lex specialis* di gara ed in particolare del <punto C.1 dettaglio economico> del Disciplinare di gara che a pena di esclusione prevede le modalità di compilazione ed in specie l'indicazione tassativa al punto 4 del costo del lavoro complessivo”. Il RTI ha omesso di indicare il costo complessivo del personale, che andava indicato a pena di esclusione;

4 – “Violazione della *lex specialis* di gara ed in particolare del <punto C.1 dettaglio economico> del Disciplinare di gara che a pena di esclusione prevede le modalità di compilazione ed in specie l'indicazione tassativa al punto 6 del costo del lavoro relativo ad ogni impiegato per l'espletamento del servizio con espressa indicazione del tempo di impiego in termini di giorni ed ore”, mancando anche in questo caso indicazioni previste a pena di esclusione;

5 – “Annullamento della gara per omessa indicazione nei verbali delle modalità di conservazione delle offerte tecniche e delle modalità di garanzia dell'accesso riservato alle informazioni – Violazione del principio di segretezza delle offerte e concentrazione del procedimento di gara”, cautele che occorre nonostante la gara telematica e ciò anche in forza della lunga durata delle operazioni.

La società ricorrente conclude quindi per l'annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno, da quantificare successivamente.

Con decreto presidenziale n. 430 del 2012 veniva accolta l'istanza di misure cautelari provvisorie, inibendo quindi il subentro dell'aggiudicatario alla ricorrente, gestore uscente del servizio, sino all'esito della camera di consiglio.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, la Regione Toscana e il RTI controinteressato.

Con atto depositato in data 9 luglio 2012 parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, a seguito dell'esame di ulteriore documentazione prodotta in giudizio dall'Amministrazione. In tale atto di motivi aggiunti vengono articolate le ulteriori seguenti censure:

6 – “Violazione dell'art. 48 del TU 163/06 per mancata dimostrazione da parte del RTI Italdata e dalle imprese mandanti Almaviva, Linfa ed Elea del possesso dei requisiti tecnici ed economici entro il termine di dieci giorni dalla richiesta formulata in data 21.3.2012 dalla Regione Toscana – Violazione del punto 6 del Disciplinare di gara

nella parte in cui richiama il termine di cui all'art. 48 – Omessa produzione dei contratti e delle fatture come previsto al punto 6 del Disciplinare e nella comunicazione del 21.3.2012 – Insussistenza dei requisiti tecnici e professionali dichiarati in gara – Contraddittorietà tra quanto dichiarato in sede di gara dal RTI e la documentazione prodotta in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 – Eccesso di potere per carenza d'istruttoria – Violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost. – Illegittimità per fondatezza del primo motivo di ricorso”. Nel primo motivo aggiunto si ribadisce la censura avanzata col secondo motivo di ricorso, stante la prova dell'avvenuto deposito della documentazione richiesta il 21.3.2012 in data 13.4.2012; si evidenzia in più la inidoneità e contraddittorietà della documentazione prodotta;

7 – “Sotto altro profilo illegittimità della decisione della Regione Toscana di autorizzare in data 15 maggio 2012 l'integrazione della documentazione delle imprese del costituendo RTI Italdata in violazione di quanto previsto dagli artt. 46 e 48 TU 163/06 – Conferma della fondatezza del secondo motivo di ricorso”. Si contesta che in data 15.5.2012 la stazione appaltante abbia richiesto chiarimenti con i quali ha nella sostanza consentito l'integrazione della produzione documentale non prodotta neppure con il tardivo deposito del 13.4.2012;

8 – “Sotto ulteriore profilo illegittimità dell'ammissione alla gara del RTI Italdata e delle tre imprese mandanti Almviva, Linfa, Elea, per insussistenza del requisito prescritto dal bando di gara che impone al RTI di essere in possesso di almeno due affidamenti contrattuali nel triennio 2008/2011 superiori al valore di € 300.000 relativamente al servizio di tipo B”;

9 – “Illegittimità per violazione della *lex specialis* di gara – Violazione dell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici – Eccesso di potere per carenza d'istruttoria – Violazione dell'art. 97 Cost. sotto il profilo della manifesta contraddittorietà e/o apparente non veridicità delle dichiarazioni rese in gara dalle imprese mandanti del costituendo RTI Italdata”.

Con secondo atto di motivi aggiunti depositato in data 23 luglio 2012, ad integrazione della prima censura di cui al ricorso introduttivo, parte ricorrente articola il seguente motivo:

10- “Violazione dell'art. 38 del TU 163/2006 per omessa dichiarazione del cessato consigliere e procuratore speciale Mariantonietta Perri della società Almviva s.p.a. – Mendacità della dichiarazione resa in sede di gara dalla società Almviva s.p.a. – Eccesso di potere per carenza di istruttoria – Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa”. Viene eccepita la mancanza di dichiarazioni di moralità da parte della società Almviva con riferimento all'avv. Mariantonietta Perri, cessata dal consiglio di amministrazione in data 30.08.2011, quindi nell'anno antecedente la gara, e dotata di amplissimi poteri rappresentativi della società.

Con ordinanza collegiale n. 550 del 26 luglio 2012 veniva accolta la domanda incidentale di sospensione degli atti gravati.

Il RTI controinteressato ha quindi depositato in data 3 agosto 2012 ricorso incidentale volto ad escludere dalla procedura la ricorrente principale. In tale atto la ricorrente incidentale articola le seguenti censure:

1 – “Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 41, 42 e 48 del d.lgs. n. 163/06 – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto d'istruttoria – Difetto di motivazione – Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. La ricorrente incidentale sostiene che il RTI ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non aver dato adeguata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica: con riferimento ai servizi svolti in favore di Volkswagen e di Giunti mancano i contratti;

2 – “Sotto diverso profilo: Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 41, 42 e 48 d.lgs. n. 163/06 – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto d'istruttoria – Difetto di motivazione –

Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. Viene contestato che una serie di servizi fatti valere in gara dalla ricorrente principale per dimostrare il possesso della capacità tecnica possano essere considerati analoghi a quelli messi a gara;

3 – “Sotto diverso profilo: Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 41, 42 e 48 d.lgs. n. 163/06 – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto d’istruttoria – Difetto di motivazione – Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. Vengono svolte analoghe contestazioni con riferimento a referenze fatte valere dalla società Var Group s.p.a.

4 – “Sotto diverso profilo: Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 41, 42 e 48 d.lgs. n. 163/06 – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto d’istruttoria – Difetto di motivazione – Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. Si censura la circostanza che sia la Exact Learning Solutions s.p.a. che la Var Group s.p.a. hanno omesso le dichiarazioni di moralità per i procuratori speciali (Vaccaro, Cardinale e Palumbo per la prima; Danile Nicola, Colabraro e Federighi per la seconda);

5 – “In via subordinata all’accoglimento delle censure avversarie: Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/06 – Violazione del principio di leale collaborazione procedimentale, certezza dei rapporti giuridici, efficacia, efficienza, imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto di istruttoria – Difetto di motivazione – Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. Parte ricorrente incidentale evidenzia che laddove la normativa di gara fosse da intendere che erano tenuti al rilascio delle dichiarazioni di moralità anche i procuratori speciali non amministratori, solo se e in quanto dotati di ampi poteri rappresentativi, essa risulterebbe illegittima perché reca margini eccessivi di incertezza e discrezionalità;

6 – “In via subordinata all’accoglimento delle censure avversarie: Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46, 48 e 86 del d.lgs. n. 163/06 – Violazione del principio di leale collaborazione procedimentale, tassatività ed oggettività delle clausole di esclusione, certezza dei rapporti giuridici, efficacia, efficienza, imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa – Eccesso di potere per violazione delle disposizioni della disciplina di gara – Difetto di istruttoria – Difetto di motivazione – Erronea rappresentazione dei presupposti di fatto – Contraddittorietà”. Ove le clausole, la cui violazione è contestata dal ricorrente principale in sede di terzo e quarto motivo, fossero da intendere nel senso dallo stesso indicato – e cioè esclusione collegata al motivo meramente formale della omessa o irregolare allegazione dei documenti giustificativi della congruità dell’offerta e ritenuta perentorietà del termine di cui all’art. 48 comma 2 – sarebbero illegittime anche per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Tutte le parti costituite hanno presentato memorie finali.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 7 novembre 2012 e sentiti i difensori compresi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1 – Il Collegio ritiene di dover previamente esaminare il ricorso incidentale proposto da Italdato s.p.a., in adesione all’insegnamento della sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4 secondo la quale “l’esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l’impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell’intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell’amministrazione resistente”.

2 – Con i primi tre mezzi di cui al ricorso incidentale Italdato s.p.a. contesta, sotto diversi profili, la piena e corretta

dimostrazione del possesso, da parte delle società appartenenti al RTI ricorrente principale, dei requisiti di capacità tecnica ed economica previsti dalla normativa di gara.

Con il primo mezzo si rileva che la Exact Learning Solutions spa non avrebbe comprovato l'effettivo svolgimento dei servizi analoghi dichiarati nei confronti di Volkswagen Group Italia spa e Giunti Scuola, avendo prodotto una documentazione insufficiente e in particolare non avendo prodotto i contratti comprovanti lo svolgimento di detti servizi.

La censura è infondata.

In sede di gara la ricorrente principale, al fine di dimostrare il possesso della necessaria capacità tecnica e professionale, ha dichiarato di aver svolto, tra gli altri, i seguenti servizi: con Volkswagen Group Italia spa un "accordo quadro per la progettazione, sviluppo e manutenzione di contenuti e-learning" relativamente all'anno 2009 e per un importo eseguito di € 320.688,20 nonché con Giunti Scuola un servizio di "progettazione didattica e produzione modelli e corsi e-learning per la scuola secondaria di primo grado", relativamente agli anni 2008 e 2009, per un importo di € 141.500,00 (cfr. doc. 5 del deposito del ricorrente incidentale del 23 luglio 2012). L'effettivo svolgimento di detti servizi risulta comprovato dalla documentazione versata in atti dalla stessa parte ricorrente incidentale in data 23 luglio 2012. Infatti, con riferimento al rapporto con Volkswagen, risultano prodotti in giudizio il contratto quadro, gli ordini per le singole prestazioni con condizioni generali di acquisto e le fatture conseguenti (cfr. vari atti *sub* doc. 6). Quanto al rapporto con Giunti Scuola risultano prodotte fatture dei servizi prestati (*sub* doc. 6 e 8 di parte ricorrente incidentale) ed anche il contratto relativo (cfr. doc. 72 del deposito del ricorrente principale del 17 ottobre 2012, che infatti contiene una proposta contrattuale e la relativa accettazione).

Con il secondo mezzo parte ricorrente incidentale contesta che alcuni servizi fatti valere dal RTI ricorrente principale in gara fossero analoghi a quello costituente oggetto della selezione. Vengono in specie contestati i servizi svolti nei confronti di Telecom Italia s.p.a. ed aventi ad oggetto "fornitura licenze LCMS per la formazione on line" e "fornitura licenze LMS e supporto per la formazione on line" nonché il servizio svolto a favore di Intesa San Paolo s.p.a. avente ad oggetto "accordo quadro per la progettazione, sviluppo e manutenzione di contenuti e-learning".

La censura è infondata.

L'esame della normativa di gara consente di evidenziare che oggetto generale della selezione è la "gestione del sistema regionale di web learning" nel quale rientra, tra l'altro, la "gestione delle infrastrutture informatiche di rete" (punto <C> del Capitolato Speciale doc. 9 del ricorrente incidentale), nel cui ambito si rinviene un riferimento anche alle "licenze software necessarie per il funzionamento delle infrastrutture" (punto <C.2.2>). Nella specie i servizi contestati appaiono quindi riconducibili al concetto di servizi analoghi a quelli messi a gara, trattandosi in un caso di progettazione e realizzazione di interventi nell'ambito della formazione e-learning (Intesa San Paolo) e negli altri due della vendita di licenze software di e-learning per la formazione on line.

Con il terzo mezzo la ricorrente incidentale contesta che servizi fatti valere in gara dalla società mandante Var Group s.p.a. siano considerabili analoghi a quelli messi a gara.

La censura è infondata.

Il Capitolato Speciale d'appalto, nel descrivere il servizio messo a gara, indica vari profili: "erogazione servizi a distanza" (*sub* punto <A>), "produzioni di materiali per formazione a distanza" (*sub* punto), "gestione delle infrastrutture informatiche e di rete" (*sub* punto <C>), "direzione, monitoraggio, promozione del sistema e gestione qualità" (*sub* punto <D>). Nell'ambito del sindacato che è possibile in un giudizio di legittimità, senza trasformarlo in un pieno e diretto sindacato di merito, risulta che la valutazione della stazione appaltante di ritenere analoghi i servizi dichiarati in gara da Var Group s.p.a. sia immune dalle avanzate censure. Appaiono infatti analoghi ai servizi

sub <C> quelli dichiarati in gara come svolti in favore di Autostrade s.p.a. (relativo a “sviluppi software di sistemi evoluti: gestione centralizzata di report, rapporti di mancato pagamento di pedaggio, funzione reperimento on line di dati contabili. Aggiornamento, affiancamento del personale”) e di Fabio Perini s.p.a. (“gestione sistemi informativi e supporto tecnico, help desk e reperibilità telefonica”; per quest’ultimo risulta prodotto in atti il contratto *sub* doc. 78 di parte ricorrente principale); analoghi a quelli *sub <A>* i servizi svolti nei confronti di Telecom Italia s.p.a. (“gestione sistemistica attività informatiche, help desk, manutenzione”), Coswell s.p.a. (“presidio tecnico, supporto e assistenza su problematiche tecniche, assistenza tecnica/help desk agli utenti IT Coswell, training e supporto agli utenti nell’utilizzo del prodotto”), Ely Lilliy Italia s.p.a. (“creazione e documentazione del processo di training di supporto per l’infrastruttura informatica”); analogo a quelli *sub <D>* il servizio reso nei confronti di Computer Gross Italia s.p.a. (“attività di web marketing, advertising e designer per area web. Gestione canali social face book, linkedin, youtube”).

3 - Il quarto, quinto (erroneamente indicato come sesto) e sesto (erroneamente indicato come settimo) motivo di ricorso incidentale si intrecciano con censure avanzate con il ricorso principale e i connessi motivi aggiunti e anzi il quinto e sesto motivo di ricorso incidentale sono formulati come condizionati: il quinto all’accoglimento del primo motivo di ricorso principale e il sesto all’accoglimento del terzo e quarto motivo di ricorso principale. Il che impone di esaminarli in uno con le censure di ricorso principale e in quanto sorga l’interesse al loro scrutinio in forza dell’esito dell’esame delle censure sempre in via principale avanzate.

4 – Il primo motivo di cui al ricorso principale deve essere esaminato in uno con il decimo motivo, introdotto con il secondo atto di motivi aggiunti del 23 luglio 2012, nonché con il quarto e quinto motivo di cui al ricorso incidentale. Si tratta infatti di censure che, in ottiche diverse e con riferimento a figure soggettive diverse, affrontano un tema unitario, consistente nella corretta applicazione della previsione normativa di cui all’art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede le c.d. dichiarazioni di moralità da parte di una serie di soggetti facenti parte dell’ambito societario. Con riferimento alle società di capitali del tipo che viene in considerazione nella presente fattispecie, l’obbligo di dichiarare l’assenza di condanne penali grava sugli “amministratori muniti di potere di rappresentanza”, sul “direttore tecnico”, sul “socio unico persona fisica” ovvero sul “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”. La norma aggiunge che gli obblighi di dichiarazione gravano anche sui soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente alla pubblicazione del bando, se non vi sia stata completa ed effettiva dissociazione da parte dell’impresa. L’applicazione della norma in esame ha dato luogo a complesse e non sempre coincidenti letture giurisprudenziali, che hanno in particolare riguardato le figure dei procuratori speciali della società e degli institori. Nel caso in esame le parti muovono le seguenti doglianze: a) con il primo mezzo di cui al ricorso principale la ricorrente sostiene che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara poiché la mandante Almagora ha ommesso nella domanda di partecipazione il rilascio delle dichiarazioni di moralità con riferimento al direttore generale Antonio Amati, ha dichiarato che non sussistevano soggetti appartenenti alla compagine societaria cessati nell’anno mentre in tale condizione si trovava il direttore generale Piergiorgio Costantini, che avrebbe quindi dovuto rendere la prescritta dichiarazione, ed ha ommesso la suddetta dichiarazione con riferimento ad un pluralità di procuratori speciali; b) con il decimo mezzo, articolato in sede di secondi motivi aggiunti, viene censurata la mancanza di dichiarazioni di moralità da parte della società Almagora con riferimento all’avv. Mariantonietta Perri, cessata dal consiglio di amministrazione in data 30.08.2011, quindi nell’anno antecedente la gara, consigliere di amministrazione dotata di poteri rappresentativi; c) con il quarto motivo di cui al ricorso incidentale, sul contestato presupposto che la dichiarazione di assenza di reati ostativi debba essere resa anche dai procuratori speciali, si censura la circostanza che sia la Exact Learning Solutions s.p.a. che la Var Group s.p.a. hanno ommesso le dichiarazioni di moralità per i procuratori speciali

(Vaccaro, Cardinale e Palumbo per la prima; Danile Nicola, Colabraro e Federighi per la seconda); d) con il quinto motivo di cui al ricorso incidentale si evidenzia che il disciplinare di gara non richiedeva dichiarazioni di moralità da parte di procuratori, siano essi institori o procuratori speciali, aggiungendo che se invece esso dovesse essere letto diversamente e cioè nel senso di imporre l'esclusione anche nell'ipotesi di mancata dichiarazione da parte di procuratori, sulla base di "opinabili indagini sull'ampiezza dei poteri effettivamente rilasciati a ciascun singolo procuratore", allora il disciplinare sarebbe illegittimo, perché si tratterebbe di clausole prive del necessario rigore formale richiesto dalla certezza del diritto.

5 – Raggruppando per ambiti di omogeneità soggettiva le figure in contestazione, viene in primo luogo in considerazione la figura di Antonio Amati, che è pacifico essere tanto amministratore (cioè membro del consiglio di amministrazione) quanto dotato di poteri rappresentativi. Si tratta quindi di figura soggettiva palesemente idonea a integrare la previsione normativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006 laddove impone il rilascio di dichiarazioni di moralità a carico di "amministratori muniti di potere di rappresentanza". Contrariamente a quanto censurato dalla ricorrente principale in sede di primo motivo, non possono esservi dubbi che Antonio Amati abbia reso la dovuta dichiarazione, come la legge gli imponeva. Come risulta infatti dalla domanda di partecipazione alla gara di Almagora s.p.a. (quale membro del RTI capeggiato da Italdati s.p.a.), prodotta in giudizio dalla ricorrente principale *sub* doc. 26, la stessa è infatti sottoscritta dallo stesso Antonio Amati, il quale si qualifica legale rappresentante della società e dichiara l'assenza di cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006 per i legali rappresentanti, tra i quali comprende espressamente anche sé stesso. Sotto questo profilo la prima censura di cui al ricorso principale risulta quindi palesemente infondata.

6 – Tanto la prima censura di cui al ricorso principale quanto la quarta censura di cui al ricorso incidentale pongono quindi il problema dei procuratori speciali, cioè di figure soggettive operanti nel contesto aziendale che non fanno parte del consiglio di amministrazione della società e comunque non sono amministratori della stessa ma sono tuttavia dotati di poteri rappresentativi in forza di specifici atti di procura.

Le richiamate censure sono infondate.

Rileva il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale in sede di prima censura, e come fatto valere anche dalla ricorrente incidentale in sede di quarta censura (seppure in via puramente condizionata all'accoglimento della tesi avversaria), i meri procuratori speciali della società, che non siano amministratori, non sono tenuti al rilascio di dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006. Conduce a tale risultato interpretativo la lettera della previsione normativa in base alla quale l'obbligo in parola grava sugli "amministratori muniti di potere rappresentanza", il che impone di verificare la necessaria presenza di due requisiti, che devono coesistere, cioè l'essere "amministratore" e l'essere titolare di "potere di rappresentanza", così che deve escludersi la sussistenza dell'obbligo in capo ai meri procuratori speciali, che non sono amministratori. Il Collegio è consapevole del travaglio interpretativo che ha caratterizzato la lettura giurisprudenziale di questa norma, conducendo ad esiti diversi (si vedano le contrapposte soluzioni di Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134 e Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2011, n. 1078). Questa stessa Sezione ha in passato abbracciato letture interpretative di segno diverso da quelle qui accolte. Ritiene tuttavia il Collegio che la lettura formalistica del dato normativo oggi si imponga, dopo che il legislatore ha fatto proprio il principio di tassatività della cause di esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche, ancorando i requisiti partecipativi escludenti alle previsioni di legge e imponendo quindi una lettura rigorosa delle previsioni normative (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, come introdotto dal decreto-legge n. 70 del 2011). Il risultato è dunque che i procuratori speciali sono fuori della previsione normativa, con conseguente infondatezza delle censure in esame.

7 – Ulteriore profilo di doglianza presente nel primo motivo di cui al ricorso introduttivo del giudizio riguarda la

posizione di Piergiorgio Costantini, in relazione al quale è pacifico tra le parti che è cessato dalla carica nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando, che non era amministratore della società, non facendo parte del consiglio di amministrazione, ma che era tuttavia titolare di ampi poteri rappresentativi, secondo la ricorrente principale sovrapponibili, in ambito di attività più limitato, a quelli del legale rappresentante Antonio Amati.

In sede di ricorso, la ricorrente principale, oltre a richiamare gli ampi poteri rappresentativi del Costantini, accenna al fatto che nel disciplinare di gara l'obbligo delle dichiarazioni era previsto non solo per gli amministratori muniti di rappresentanza, ma anche per gli institori. In effetti a pag. 6 il disciplinare di gara (doc. 8 di parte ricorrente) prevede gli obblighi di dichiarazione, oltre che per ogni "amministratore munito del potere di rappresentanza", anche per ogni "institore", per soci indicati secondo il tipo societario e ogni "direttore tecnico"; lo stesso disciplinare a pag. 20 viene poi a normare il profilo delle carenze di dichiarazioni di cui al 38 d.lgs. n. 168 e lo fa riferendosi alla mancanza di dichiarazione anche per "un solo soggetto che ricopre una delle cariche di cui all'art. 38, comma 1 lettera c), del d.lgs. 163/06", aggiungendo però "fra quelli indicati: dall'operatore economico nella <domanda di partecipazione e scheda di rilevazione relativa ai requisiti di ordine generale> di cui al punto A.1)", il che consente di ricomprendere anche in questa previsione la figura dell'institore di cui alla pag. 6 del disciplinare.

Il problema verrebbe quindi a porsi nei seguenti termini: se il Costantini, sebbene non amministratore, fosse tenuto a rendere la dichiarazione di assenza di reati ostativi in quanto rientrante nella figura giuridica dell'institore. Sussiste un orientamento giurisprudenziale in base al quale l'institore sarebbe tenuto a rendere la dichiarazione di moralità già sulla base del disposto normativo di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) cit, in quanto dotato di poteri, seppur circoscritti ad un ramo particolare dell'impresa, sostanzialmente corrispondenti a quelli di un amministratore (in termini Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2011, n. 939; TAR Veneto, sez. I, 18 novembre 2010, n. 6069; TAR Liguria, sez. II, 14 marzo 2012, n. 382). Nel caso di specie tuttavia non sarebbe tanto questa lettura del dato normativo a sorreggere la tesi della sussistenza dell'obbligo di dichiarazione in capo al Costantini (avendo il Collegio sopra evidenziato di aderire ad una lettura dell'art. 38, comma 1, lett. c), che richiede la necessaria presenza tanto della qualifica di amministratore quanto dei poteri rappresentativi). Nella specie quello che piuttosto rileva è che lo stesso disciplinare di gara (cfr. doc. 8 di parte ricorrente) prevede gli obblighi di dichiarazione, oltre che per ogni "amministratore munito del potere di rappresentanza" e "direttore tecnico", anche per ogni "institore", quindi allargando l'obbligo di dichiarazione rispetto al dato normativo e imponendo l'espulsione dalla procedura dei concorrenti che a ciò non si adeguino, come sopra evidenziato.

Il Collegio è quindi chiamato ad esaminare le doglianze mosse dalla ricorrente incidentale nei confronti di quella previsione di gara.

Con il quinto motivo del ricorso incidentale la Italdato s.p.a. evidenzia che il disciplinare di gara non richiedeva dichiarazioni di moralità da parte di procuratori, siano essi institori o procuratori speciali, aggiungendo che se invece esso dovesse essere letto diversamente e cioè nel senso di imporre l'esclusione anche nell'ipotesi di mancata dichiarazione da parte di procuratori, sulla base di "opinabili indagini sull'ampiezza dei poteri effettivamente rilasciati a ciascun singolo procuratore", allora il disciplinare sarebbe illegittimo, perché si tratterebbe di clausole prive del necessario rigore formale richiesto dalla certezza del diritto.

Il Collegio ritiene infondata la richiamata censura incidentale.

Come chiarito, il disciplinare di gara prevede, nel caso in esame, che siano tenuti a rendere le dichiarazioni di moralità, oltre che gli amministratori muniti di poteri rappresentativi, anche gli institori. Quella dell'institore è figura giuridica prevista e disciplinata dal codice civile, agli artt. 2203 ss., sicché il riconoscimento della sussistenza in concreto dei presupposti che danno vita a quella figura giuridica rientra nell'ordinaria applicazione di norme, con il risultato che non può dirsi minata la certezza del diritto con riferimento ad una previsione di gara

che corredi l'obbligo di dichiarazione al ricorrere della figura soggettiva dell'istituto.

Ritiene piuttosto il Collegio che la previsione di gara che estende gli obblighi di dichiarazione agli istitori debba essere esaminata sotto diverso profilo e cioè in punto di rispetto della previsione normativa di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove dispone che "i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pene di esclusione", con l'aggiunta che "dette prescrizioni sono comunque nulle". Dal combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. c) e 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 deriva che i soggetti tenuti alle dichiarazioni di moralità sono soltanto quelli indicati dalla legge (nella specie <amministratori muniti del potere di rappresentanza> e <direttori tecnici>) e che l'ulteriore previsione del disciplinare di gara, laddove pone tale obbligo anche in capo agli <istitori> è afflitta da nullità, in quanto volta ad allargare le prescrizioni di gara poste a pena di esclusione oltre i confini fissati dal legislatore. Tale nullità deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, giusto il disposto di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a., trattandosi peraltro di profilo fattuale che ha costituito oggetto di discussione tra le parti nel corso del giudizio.

Ne consegue che il Costantini, stante la nullità della previsione di gara relativa agli istitori, non essendo <amministratore>, e per quanto dotato di poteri rappresentativi della società significativi, non era tenuto a rendere la dichiarazione di assenza di reati ostativi ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006 e non doveva a tal fine essere inserito tra gli amministratori cessati nell'anno anteriore al bando. Così che, anche sotto questo ulteriore profilo, la prima censura di cui al ricorso principale deve essere respinta.

8 – Con la decima censura, articolata in sede di secondi motivi aggiunti, la ricorrente principale censura la mancanza di dichiarazioni di moralità da parte della società Almagora con riferimento all'avv. Mariantonietta Perri, cessata dal consiglio di amministrazione in data 29.08.2011, quindi nell'anno antecedente la gara, consigliere di amministrazione dotata di poteri rappresentativi.

La censura è fondata.

Come già ampiamente chiarito, la norma di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006 deve essere letta nel senso che la dichiarazione di moralità deve essere resa dagli <amministratori muniti di poteri di rappresentanza>, cioè da coloro che cumulino i due requisiti di essere amministratori e di essere dotati di poteri rappresentativi. Tali presupposti sussistono in capo all'avv. Mariantonietta Perri, essendo pacifico tra le parti che essa è stata consigliere di amministrazione sin dal 29.3.2010, essendo poi cessata il 29.8.2011 (quindi nell'anno dalla pubblicazione della gara), ed essendo altresì pacifico che essa è dotata di poteri di rappresentanza della società, sulla base di procura notarile del 22.07.2009. La controinteressata evidenzia che "tale procura ha valore di sub-delega di poteri ed è stata rilasciata all'avv. Perri dal dott. Francesco Renzetti, nella sua qualità di Direttore Generale Staff di Almagora e giammai dal Consiglio d'amministrazione con specifica delibera", il che porta la controinteressata a concludere nel senso che la medesima sarebbe un <consigliere di amministrazione> che è anche <procuratore speciale> ma che non rientrerebbe nella previsione dell'art. 38, comma 1, lett. c) cit. "perché ella non ha ricevuto dal consiglio d'amministrazione, mediante specifica delibera, alcuna delega di poteri di rappresentanza generale" (cfr. memoria depositata il 19.10.2012). In realtà la lettura offerta da parte resistente non convince e porta ad una lettura forzata della norma di legge. L'obbligo di dichiarazione di moralità è fissato dalla legge con prescrizione di stretta interpretazione che, a seguito della riforma del 2011, non può essere modificato per regolamentazione della stazione appaltante. La previsione imperativa di legge ricollega l'obbligo in parola all'essere amministratore con poteri di rappresentanza, com'è l'avv. Perri, senza che siano ammissibili ulteriori distinzioni in punto di genesi dei poteri rappresentativi (dal Consiglio di amministrazione o per sub-delega da un amministratore), anche in considerazione dei pericoli elusivi cui una simile lettura potrebbe esporsi. Ne consegue che sussistevano in relazione all'avv. Perri gli obblighi di dichiarazione, che sono stati omessi, il che comporta

l'accoglimento del ricorso.

9 – Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso principale deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti gravati. Non residua spazio alla tutela risarcitoria poiché, avendo questo Tribunale accolto l'istanza sospensiva con decreto cautelare e con ordinanza collegiale, parte ricorrente principale non ha perduto alcuna utilità che può derivargli dall'esecuzione contrattuale e l'annullamento viene quindi ad avere integrale valenza satisfattiva. Il Collegio stima equo disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio, stante la complessità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e i connessi motivi aggiunti e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei sensi di cui in motivazione;
- respinge la domanda di risarcimento del danno;
- compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nelle camere di consiglio dei giorni 7 novembre 2012, 20 novembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

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