

N. 00988/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02134/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2134 del 2012, proposto da:

Ing. Cutrona Liborio Salvatore S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Rotigliano, con domicilio eletto presso l'avv. Ivan Randazzo in Catania, via Nicola Coviello, 27;

contro

Comune di Grammichele, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

Ca.Ti.Fra. Srl, in persona dei legali rappresentati pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Benedetto Calpona, con domicilio eletto presso l'avv. Ignazio Bonaccorsi in Catania, via S Maria di Betlemme, 18;

Re.Co.Ge. Srl, Saceccav Spa, Sea Spa, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

di tutti gli atti e provvedimenti relativi alla procedura aperta bandita dal Comune di Grammichele per l'affidamento dei "Lavori di adeguamento

dell'impianto di trattamento acque reflue ai fini del riuso a scopo irriguo” (CIG 3386900E48), nella parte in cui hanno ammesso la RE.CO.GE S.r.l., la Saceccav S.p.A. e la Sea S.p.A., aggiudicando i lavori alla CA.TI.FRA S.r.l. ed in particolare:

- dei verbali nn. 1, 2, 3 e 4, relativi alle sedute del seggio di gara, rispettivamente del 26 gennaio, 31 gennaio (seduta antimeridiana), 31 gennaio (seduta pomeridiana) e 22 marzo 2012, nella parte in cui sono state ammesse la RE.CO.GE S.r.l., la Saceccav S.p.A. e la Sea S.p.A., e sono stati aggiudicati in via provvisoria i lavori alla CA.TI.FRA S.r.l.;
- della determinazione dirigenziale del 19 giugno 2012, n. 283 (reg. settore n. 76 di pari data), con la quale la gara in oggetto è stata definitivamente aggiudicata alla CA.TI.FRA S.r.l.;
- della nota prot. n. 3706/ST del 4 luglio 2012, con la quale il responsabile unico del procedimento ha comunicato alla ricorrente “che con Determina Dirigenziale n. 283 del 19.06.2012, per la ratifica del verbale di gara per l'affidamento dei lavori di “adeguamento dell'impianto di trattamento acque reflue ai fini del riuso s scopo irriguo” – sono stati aggiudicati in via definitiva alla Ditta CA.TI.FRA S.r.l.”;

Nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e un'altra impresa;

e per l'accoglimento

della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ca.Ti.Fra. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2013 il dott. Pancrazio

Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta bandita dal Comune di Grammichele per l'affidamento dei "Lavori di adeguamento dell'impianto di trattamento acque reflue ai fini del riuso a scopo irriguo" (CIG 3386900E48).

In esito alle operazioni di gara, è risultata aggiudicataria provvisoria la CA.TI.FRA. S.r.l. (con ribasso pari al 25,0128%), seconda graduata la Sagidep S.p.A. (con il 24,9890 %), terza l'odierna ricorrente (con il 24,8478%).

La circostanza è stata portata a conoscenza della ricorrente con nota prot. n. 3706/ST del 4.7.2012, che, quindi, con ricorso notificato il 19.7.2012 e depositato il 7.9.2012, ha impugnato siffatti provvedimenti, affidandosi ai seguenti motivi di gravame:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), d. lgs.vo n. 163/06 – Violazione del punto 3 del disciplinare.

La RE.CO.GE. S.r.l., impresa partecipante alla selezione, avrebbe dovuto essere esclusa per violazione dell'art. 38, co. 1 lett. c), del D. Lgs. 163/2006, poiché dalla documentazione allegata alla domanda di partecipazione risulterebbe che il sig. Antonino Navarria, amministratore unico, nonché direttore tecnico della società fino all'8.6.2011 (e, quindi, cessato dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando), ha subito una condanna definitiva a mesi otto di reclusione e ad € 500,00 di multa per il reato di cui agli artt. 110 e 353 c.p. (concorso con altri nel reato di turbata libertà degli incanti), oltre alla pena accessoria della "incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione per la durata di anni uno".

II Violazione dell'art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter), d. lgs.vo n. 163/06 – Violazione del punto 3 del disciplinare.

Anche un'altra concorrente, la Saceccav S.p.A., avrebbe dovuto essere esclusa, poiché sarebbero state omesse le dichiarazioni dei due procuratori institori sigg.ri Fabio Puglia e Alessandro Aiello (nominati tali rispettivamente in data 2.5.11 e 5.8.11) circa la insussistenza delle cause di esclusione indicate nelle norme in epigrafe (art. 38, co. 1, d. lgs.vo n. 163/06, lett. b), c) ed m-ter), pur avendo i nominati amministratori ampi poteri certificati dalla visura camerale.

III Violazione dell'art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter), d. lgs.vo n. 163/06 – Violazione del punto 3 del disciplinare.

Analogamente avrebbe dovuto essere esclusa anche la Sea S.p.A., poiché la sig.ra Gabriella Zanferrari, consigliere di amministrazione della Società, in data 4.11.11, sarebbe stata investita del *“compito di proseguire nel progetto di presenza istituzionale, così come è stato implementato nel triennio precedente, per l'espansione della presenza di Sea sia in Italia che all'estero ed il suo consolidamento presso enti ed istituzioni, pubbliche e non”*.

Asserisce parte ricorrente che da detta formulazione conseguirebbero poteri di rappresentanza verso l'esterno, che renderebbero il citato consigliere delegato un amministratore (perché componente dell'organo di amministrazione) munito del potere di rappresentanza (perché tributario di una delega *ad hoc* conferitagli dal consiglio) e come tale tenuto a rendere le dichiarazioni di cui alla rubrica di gravame.

Inoltre, i titolari di cariche e qualifiche Diego Maule, Roberto Maddalena, Marco Manica, Gianni Bosin, Anna Giovannini e Luca Maurina avrebbero puramente e semplicemente omesso di rendere la dichiarazione circa l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. m-ter), d. lgs.vo n. 163/06, richiesta dalla legge di gara (punto 3.A.m-ter del disciplinare) *“a pena di esclusione”*.

Conclude parte ricorrente che, escludendo le tre imprese sopra indicate, muterebbe la soglia di anomalia (calcolabile nel 24,9319%), sicché l'offerta

economica (24,8478%) sarebbe quella che più si avvicina per difetto a tale soglia, con conseguente diritto all'aggiudicazione dell'appalto.

Costituitasi, la controinteressata ha concluso per l'infondatezza del gravame.

Con Ordinanza cautelare n. 887/12, questa stessa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Con Ordinanza n. 829/12, il CGA per la Sicilia ha accolto l'appello cautelare.

Alla pubblica udienza del 14.3.2013, il difensore della controinteressata ha dichiarato che i lavori oggetto dell'appalto sono stati ultimati. Indi, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Il Collegio condivide quanto riaffermato dal Giudice d'appello in seno all'Ordinanza cautelare sopra indicata, il cui testo vale la pena, per la sua esaustività, riportare integralmente:

<<Rilevato che “.. . la dissociazione di una società da una condotta penalmente sanzionata di un proprio amministratore deve risultare da una tempestiva volontà, mentre non può considerarsi atto idoneo la revoca della carica quando dalla documentazione in atti emerge la sua natura necessitata e meramente strumentale, volta ad evitare effetti negativi nei confronti della società...”(Cons. St., V, 9 novembre 2010 n. 7967);

<< rilevato che il riferimento ai poteri sostanziali può essere compiuto, non già per restringere il novero dei soggetti chiamati a rendere la dichiarazione ma, al contrario, per ampliarlo anche a coloro che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore, sono investiti di sostanziali poteri di rappresentanza (Cons. St., ill, 16 marzo 2012, n. 1471);

<<rilevato che, come già affermato in giurisprudenza, il c.d. potere di soccorso deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo

impreciso ed equivoco e non in presenza di una chiara previsione di legge perché, se per un verso, le modifiche di recente introdotte dall'articolo 4 d.l. 70/2011 all'articolo 46 Codice Contratti rendono esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducono le ipotesi di esclusione dalla gara, per altro verso, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della par condicio (Cons. St., III, marzo 2012, n. 1471);

<<rilevato che, a giudizio del Collegio, anche dopo la riforma del 2011 va decisa l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice Appalti dovendosi intendere la norma nel senso che l'esclusione dalla

gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la prevedano espressamente sia nell'ipotesi in cui la Legge imponga "adempimenti doverosi" o introduca, come nel caso di specie, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (ancora Cons. St., III, 16 marzo 2012, n. 1471);

<<rilevato che, anche per l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, «... tanto vale anche dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo, che ha inserito nell'art. 46, d.lgs. n. 163 del 2006, il comma 1-bis, a tenore del quale "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di Legge vigenti". La previsione rende evidente che la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione...» (Cons. St., A.P., 7 giugno 2012 n.21);

<<rilevato che sempre per l'Adunanza Plenaria solo "le oscillazioni della giurisprudenza" o la "clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione" possono giustificare il c.d. potere di soccorso (ancora Cons. St., A.P., 7 giugno 2012 n. 21)>>.

Ritiene, però, il Collegio, che vada confermata la decisione cautelare

adottata da questa stessa Sezione, con la quale si è precisato che <<*alla fattispecie in esame va applicato, ratione temporis, il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (introdotto con l'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011, ed in vigore dal 28 maggio 2011)*>> e che <<- *anche alla luce di tale principio - appare dubbia la fondatezza di alcune delle censure dedotte, con riflessi sull'ammissibilità del ricorso, in quanto l'interesse processuale (che si sostanzia nella possibilità di conseguimento dell'aggiudicazione da parte della ricorrente) postula l'esclusione di tutte le concorrenti controinteressate e quindi l'accoglimento di tutte le doglianze*>>.

Ed invero, ritiene il Collegio che non possa essere condivisa la fondatezza della terza censura e che, quindi, non potendosi modificare la media dell'anomalia nel senso auspicato da parte della ricorrente, il ricorso debba essere respinto.

Asserisce quest'ultima che avrebbe dovuto essere esclusa anche la Sea S.p.A., poiché la sig.ra Gabriella Zanferrari, consigliere di amministrazione della Società, in data 4.11.11, è stata investita del “*compito di proseguire nel progetto di presenza istituzionale, così come è stato implementato nel triennio precedente, per l'espansione della presenza di Sea sia in Italia che all'estero ed il suo consolidamento presso enti ed istituzioni, pubbliche e non*”.

Il Collegio ritiene che la tale formulazione non deponga per il conferimento di una rappresentanza legale del suddetto consigliere di amministrazione, ove più, dalla certificazione camerale emerga che “*la rappresentanza legale della società di fronte ai terzi ed in giudizio spettano al presidente del consiglio di amministrazione, ovvero all'amministratore delegato o all'amministratore unico o con facoltà di promuovere azioni giudiziarie o amministrative per ogni grado di giurisdizione . In caso di assenza o impedimento del presidente lo sostituisce con i medesimi poteri il vice presidente. Il potere di rappresentanza può anche essere conferito dall'Organo amministrativo alle persone con poteri delegati ai sensi dell'art. 2381 c.c. e nei limiti della delega*”.

La suddetta disposizione stabilisce:

“Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati.

Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti.

Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società”.

Come appare evidente, proprio perché volta a regolare il trasferimento di un potere “proprio” del consiglio di amministrazione, la norma precisa i termini della delega, riferendoli al contenuto, ai limiti e alle eventuali modalità del suo esercizio, elementi, questi, quindi, che avrebbero dovuto

essere precisati in maniera non equivoca nella certificazione camerale.

In altri termini, rispetto agli ordinari poteri del consiglio di amministrazione, per altro diffusamente elencati nella detta visura, la delega avrebbe dovuto concretamente individuare quelli effettivamente trasferiti al predetto consigliere di amministrazione.

Al contrario, il potere conferito, come sostenuto dalla controinteressata, sembra più riferirsi ad un incarico di “*public relations*” che al potere di spendita del nome dell’impresa.

Per altro, i detti poteri sono espressamente e in maniera assolutamente dettagliata conferiti al Presidente e Amministratore delegato, Maurina Luca, mentre l’eventuale sostituzione è prevista, come è ovvio che sia, al solo vicepresidente.

Né, ad avviso del Collegio, appare significativo che la signora Zanferrari, come sottolinea parte ricorrente, sia indicata quale “amministratore”, posto che l’art. 38 Codice dei contratti prevede che le cause di esclusione devono riguardare, appunto, “amministratori”, però “muniti di potere di rappresentanza”.

Resta da verificare il secondo motivo contenuto nella terza censura in esame, con il quale la ricorrente ha sostenuto l’illegittimità della mancata esclusione sempre della medesima società Sea S.p.A., in quanto i titolari di cariche e qualifiche Diego Maule, Roberto Maddalena, Marco Manica, Gianni Bosin, Anna Giovannini e Luca Maurina avrebbero omesso di rendere la dichiarazione circa l’insussistenza della causa di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. m-ter), d.lgs.vo n. 163/06, richiesta espressamente dalla legge di gara al punto 3.A.m-ter del disciplinare.

Controdeduce la controinteressata che la detta dichiarazione sarebbe legittima, in quanto resa utilizzando il modello appositamente predisposto dall’Amministrazione appaltante e allegato al bando di gara.

Sulla questione, in punto di fatto, non vi è contestazione.

Il Collegio ben conosce i diversi orientamenti di questo Tribunale sulla questione agitata.

Questa stessa Sezione (cfr. TAR Catania, IV, 22.11.2012, n. 2638), in disaccordo con quanto ritenuto in quel giudizio nella fase cautelare dal Giudice di seconde cure, dopo aver premesso che *<<l'art. 38, alla lett. c) del comma 1, dispone che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti...nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato,>>* e che, nel caso in questione, analogamente a quanto oggetto dell'esame del Collegio *<<il modulo di dichiarazione predisposto dal Comune, nel riprodurre il contenuto della citata lett. c), ha però omissis di riportare anche la parte relativa alla assenza di condanne "per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva 2004/18/CE", ha ritenuto inapplicabile <<il principio del legittimo affidamento, . . . in questo caso non invocabile, atteso che, diversamente, l'applicazione di norme imperative, quale quella di cui si discute>>*, vale a dire l'art. 38 del codice dei contratti, *<<sarebbe subordinata al comportamento più o meno diligente, o, finanche, compiacente, dell'Amministrazione appaltante, che avrebbe così il potere, inserendo o meno una certa dichiarazione nel modello all'uopo predisposto, o omettendo di richiamare una certa disposizione nel bando di gara, di condizionare l'esito di una gara, ammettendo imprese che potenzialmente non hanno uno o più requisiti fondamentali.*

<<In quest'ottica, non può quindi pensarsi ad un dovere di "soccorso" dell'Amministrazione appaltante, al fine di consentire eventuali integrazioni postume, e diventa irrilevante che l'impresa poi illegittimamente ammessa si riveli in possesso del requisito che ha omissis di dichiarare, perché altrimenti, così ragionando, tale soluzione dovrebbe essere ammessa sempre, o per lo meno ogniqualvolta l'Amministrazione abbia commesso errori di qualsiasi tipo, creando un inammissibile caos, e vanificando così

tutto il sistema delle previste dichiarazioni, finalizzato a consentire un controllo delle dichiarazioni rese solo per i soggetti aggiudicatari>>.

Le pur pregevoli e comprensibili argomentazioni non sono condivise dal Collegio, che ritiene di dover rivedere l'orientamento della Sezione.

Secondo una diversa chiave di lettura proposta da questo stesso Tribunale (cfr. TAR Catania, II, 21.5.2012, n. 1276), sia pure in fattispecie non riferita alle dichiarazioni da rendere ex art. 38 Codice dei contratti, è stato ritenuto che deve *<<condividersi l'orientamento giurisprudenziale . . . secondo cui, nell'ipotesi in cui il bando preveda espressamente delle cause di esclusione, deve prevalere, nelle procedure di gara, il principio formale posto a garanzia della "par condicio" dei concorrenti rispetto all'opposto principio del "favor participationis" (sul punto, cfr. per tutte, Cons. St., V, n. 8151/2010), non potendo restare sacrificata la posizione dei concorrenti che, in conformità alla "lex specialis", abbiano diligentemente osservato la prescrizione violata da altri partecipanti (sul punto, cfr. Cons. St., V, n. 2466/2005).*

<<D'altronde, anche nel caso in cui l'Amministrazione abbia messo a disposizione la modulistica per la presentazione della domanda e delle offerte, è onere dei partecipanti, in base ad un criterio di ordinaria diligenza, verificare che tale modulistica sia effettivamente conforme alle previsioni del bando. Siffatta conclusione può essere contraddetta solo nell'ipotesi in cui l'Amministrazione, con il proprio comportamento, abbia effettivamente indotto i partecipanti al compimento di un errore inevitabile o, comunque, scusabile.

<<Nel caso di specie deve escludersi che l'errore della controinteressata sia inevitabile o scusabile, come dimostrato dal fatto che altri concorrenti, attraverso la diligente verifica della corrispondenza fra il modello messo a disposizione del Comune e le prescrizioni della "lex specialis", hanno evitato l'errore e formulato la dichiarazione di cui al dall'art. 13 del bando di gara>>.

Quindi, secondo questa impostazione, pur nella prevalenza del principio della "par condicio" dei concorrenti rispetto all'opposto principio del "favor

participationis", posto che è onere dei partecipanti, in base ad un criterio di ordinaria diligenza, verificare che la modulistica sia effettivamente conforme alle previsioni del bando, il primo diventa recessivo ove l'Amministrazione, con il proprio comportamento, abbia effettivamente indotto i partecipanti al compimento di un errore inevitabile o, comunque, scusabile.

Ora, nel caso di specie, a parte la minima omissione letterale (il riferimento al comma 1 lett. m ter), è da rilevare che lo stesso disciplinare di gara, alla pag. 9, così si esprime: *“la domanda di partecipazione e le dichiarazioni sostitutive ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 devono essere redatte preferibilmente in conformità ai modelli predisposti dalla stazione appaltante (Allegati “A” – “A1” – “A2” – “B” – “C” – “D”). Si raccomanda vivamente, al fine di facilitare le operazioni di gara ed evitare esclusioni per mancanza, sviste e/o dimenticanze, l'utilizzo dei suddetti modelli, predisposti dalla stazione appaltante”*.

Appare del tutto chiaro, quindi, che la stessa Amministrazione, dopo aver lasciato un margine di scelta alle concorrenti circa l'utilizzo dei modelli, di fatto, poi, lo ha imposto e ciò proprio per evitare l'esclusione dalla gara. E tra i modelli in questione, vi è quello indicato come “A2”, oggetto della controversia in esame.

Sicché, già aderendo a siffatto orientamento, la censura in esame non potrebbe essere condivisa.

In ogni caso, ritiene il Collegio che, anche in ossequio al rigore introdotto da comma 1 bis dell'art. 46 del Codice dei contratti, sia preferibile in termini generali una diversa impostazione della questione.

E' da premettere che nel caso in esame, non si versa nella diversa ipotesi di eterointegrazione del bando, posto che la disposizione poi non trasfusa nel modello di dichiarazione predisposto dalla stessa Amministrazione, è espressamente prevista nel disciplinare di gara.

In quel caso (cfr. T.A.R. Catania Sicilia sez. III, 25 luglio 2012, n. 1930)

<< i principi . . . in tema di eterointegrazione del bando, coerenti anche con la giurisprudenza più datata di questo stesso Tribunale (cfr. TAR Catania, I, 16.12.2010, n. 4747; 9.9.2008, n. 1632), consentono di poter concludere che . . . deriva l'esclusione dalla gara ove sia stata omessa la dichiarazione, seppur non prevista dagli atti di autoregolamentazione a pena di esclusione, relativa alla sussistenza dei requisiti generali soggettivi di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, essendo possibile, ai sensi dell'art. 46 del medesimo Testo legislativo, integrare o completare soltanto le dichiarazioni presenti, intendendo per tali quelle contenenti i necessari elementi soggettivi ed oggettivi.

Il problema, come sopra chiarito, nel caso di specie, è diverso, poiché la richiesta di compilazione di un modello privo del riferimento alla norma, invece prevista sia dall'art. 38 Codice dei contratti che dall'atto di autoregolamentazione della gara, ha, di fatto, "spiazzato" i concorrenti (o, almeno, alcuni di essi), ingenerando la possibile convinzione che la diligente redazione della dichiarazione, così come confezionata dalla stazione appaltante, li avrebbe messi al riparo dall'esclusione dalla gara, come, per altro, espressamente indicato nel disciplinare.

Se così è, ritiene il Collegio, che "in applicazione dei principi di *favor participationis* e di tutela dell'affidamento", non sia possibile *<< che vada sanzionata con l'esclusione dalla gara la condotta del concorrente che abbia fedelmente ricalcato le indicazioni contenute nello schema di domanda predisposto dalla stazione appaltante* (cfr. T.A.R. Genova Liguria sez. II, 11 gennaio 2013, n. 69).

<< L'eventuale incongruenza tra il modello di domanda e gli obblighi dichiarativi posti dalla legge a carico dei concorrenti >>, continua il giudice ligure, avrebbe dovuto essere imputato *<< alla pubblica amministrazione che aveva messo a disposizione detto modello e non certo dell'impresa che, facendo affidamento sulla correttezza del medesimo, si era limitata alla sua puntuale compilazione >>*.

In altri termini, così come ritenuto in una situazione praticamente sovrapponibile dalla giurisprudenza richiamata dalla controinteressata, che

il Collegio ritiene di dover condividere (cfr. Cons. Stato, III, 30.1.2012, n. 447), ove i concorrenti abbiano *<<reso una dichiarazione del tutto conforme a quella risultante dal modulo predisposto dall'Amministrazione (che faceva supporre la sua piena completezza rispetto alle dichiarazioni da rendersi ai sensi della legge di gara), sì che l'omissione della dichiarazione concernente l'assenza delle cause di esclusione di cui alla lettera m-ter) del citato comma 1, se pure prevista come causa di esclusione dalla legge di gara, non può in ogni caso portare alla esclusione del concorrente incorso nell'omissione, vertendosi in ipotesi di clausole della lex specialis contraddittorie, equivocate ed ambigue, tali da ingenerare l'errore in cui è caduto il concorrente nel rendere le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione (v., proprio per l'ipotesi di modulistica non conforme al disciplinare, Cons. St., IV, 5 luglio 2011, n. 4029).*

<<Ne deriva che, a fronte di tale omissione, la stazione appaltante al più avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione della documentazione di gara nel senso di integrare la dichiarazione incompleta risultante dal modulo predisposto (e ciò in applicazione dei principi in materia di favor participationis e di tutela dell'affidamento), ma in ogni caso non avrebbe potuto procedere all'esclusione, come invece pretendono le appellanti incidentali>>.

Né appare, ad avviso del Collegio, dirimente quanto sostenuto *ex adverso* dalla citata giurisprudenza di questa stessa Sezione circa la possibilità, consentita dalla interpretazione ritenuta corretta dal Collegio, di giustificare l'errore, e non solo, dell'Amministrazione, posto che l'omissione che ha determinato la “confusione” nelle dichiarazioni costituisce un fatto generalizzato e, come tale, non volto a “favorire” posizioni individuali.

In ordine, poi, alla possibilità di concreta aggiudicazione a concorrente privo dei necessari requisiti, è appena il caso di osservare che quanto oggetto di dichiarazione, al momento dell'effettivo affidamento dell'appalto, va verificato e, quindi, non sembra potersi ipotizzare una sorta di “collusione” con imprese di dubbia moralità.

Tanto appare sufficiente, come premesso, per rigettare il ricorso.

Le diverse conclusioni cui il Tribunale giunge rispetto al Giudice di seconde cure dimostrano la non immediata percettibilità delle questioni agitate e, quindi, giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) - definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/04/2013

IL SEGRETARIO

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