

N. 01258/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01000/2011 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1000 del 2011, proposto da:
Consorzio Appalti Vt Societa' Consortile a r.l., Impresa Individuale
Parsi Silvio, rappresentate e difese dall'avv. Vincenzo Scolavino, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Scolavino in Firenze,
via Giacomo Carissimi 58;

contro

Comune di Montale, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Guido Giovannelli, presso il cui
studio è elettivamente domiciliato in Firenze, lungarno degli
Acciaiuoli 10;

nei confronti di

Nifil Appalti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Maria
Caianiello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simone

Nocentini in Firenze, via dei Rondinelli 2;

Poggiolini Restauro di Paolo Belli & C. S.a.s., Rampasi Costruzioni S.r.l.;

per l'annullamento

- 1) della determinazione del Responsabile del procedimento del Comune di Montale n. 182 del 28.03.2011, mai direttamente conosciuta dalle odierne ricorrenti, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della NIFIL APPALTI s.r.l. della gara per l'affidamento in appalto dei "lavori di realizzazione di nuovo asilo nido nella frazione di Stazione";
- 2) della comunicazione prot. n. 6596/1.12.1 del 30.03.2011, in pari data trasmessa a mezzo fax al consorzio ricorrente, con la quale il Responsabile del procedimento del Comune di Montale ha comunicato l'adozione del provvedimento di cui sub 1);
- 3) della comunicazione di aggiudicazione provvisoria della gara di cui sub 1), adottata in data 1.03.2011;
- 4) dei verbali di gara n. 1 del 21.02.2011, n. 2 del 22.02.2011 e n. 3 del 28.02.2011; nella parte in cui la Commissione di gara ha disposto l'ammissione alla stessa delle imprese controinteressate Poggiolini Restauro di Paolo Belli.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montale e della controinteressata Nifil Appalti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2013 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 29 aprile e depositato l'11 maggio 2011, la società consortile Consorzio Appalti VT, premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Montale per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo asilo nido nella frazione di Stazione, proponeva impugnazione avverso l'aggiudicazione definitivamente disposta in favore della Nifil Appalti S.r.l., affermando – con il sostegno di due motivi in diritto – che la soglia di anomalia determinata in esito alla procedura sarebbe stata indebitamente alterata dalla mancata esclusione delle imprese Poggiolini Restauro S.a.s. e Rampasi Costruzioni S.r.l., ciò che le avrebbe impedito di conseguire l'aggiudicazione altrimenti dovuta. La ricorrente ha pertanto concluso per l'annullamento dell'atto impugnato e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente intercorso con l'aggiudicataria, nonché, in subordine, per la condanna dell'amministrazione precedente al risarcimento dei danni per equivalente.

1.1. Costituitisi in giudizio il Comune di Montale e la

controinteressata Nifil Appalti, con ordinanza del 25 maggio 2011 il collegio ha respinto l'istanza cautelare formulata con lo stesso atto introduttivo del giudizio dopo che, con decreto monocratico del 13 maggio, era stata concessa la sospensione interinale dell'efficacia del provvedimento impugnato.

1.2. Nel merito, la causa è stata discussa nella pubblica udienza del 19 giugno 2013 e decisa come da dispositivo, pubblicato il giorno seguente.

2. Come già accennato, la ricorrente Consorzio Appalti VT lamenta che i risultati della gara indetta dal Comune di Montale per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo asilo nido nella frazione di Stazione sarebbero stati falsati dall'illegittima ammissione alla gara del raggruppamento fra Poggiolini Restauro S.a.s. e Rampasi Costruzioni S.r.l., le quali avrebbero invece dovuto essere escluse per aver reso dichiarazioni incomplete rispetto a procuratori cessati dalla carica nell'ultimo triennio. Il ricalcolo della soglia di anomalia, conseguente all'esclusione delle imprese predette, condurrebbe infatti il ribasso offerto da essa ricorrente al primo posto della graduatoria quale primo maggior ribasso al di sotto della soglia, mentre la Nifil Appalti vedrebbe la propria offerta collocarsi al di sopra della nuova soglia, perdendo così il titolo all'aggiudicazione.

2.1. In particolare, con il primo motivo di gravame la ricorrente afferma che, a norma dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e della stessa legge di gara, le imprese concorrenti avrebbero dovuto rendere la

dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità in capo agli amministratori e ai direttori tecnici e, se del caso, dei soggetti cessati da tali cariche nel triennio antecedente. Le disposizioni dianzi citate, ad avviso della ricorrente, implicherebbero peraltro l'estensione degli oneri dichiarativi non solo agli amministratori formalmente intesi, ma a tutti i soggetti titolari di poteri rappresentativi e gestori, ovvero del potere di adottare decisioni autonome in nome e nell'interesse dell'impresa. Con la conseguenza che la Rampasi Costruzioni avrebbe dovuto includere nelle dichiarazioni rese quelle relative al sig. Giuseppe Cadile, procuratore generale cessato dalla carica nel triennio e munito di poteri tali da assimilarne la posizione a quella di un amministratore, come già accertato in altro contenzioso da questo stesso tribunale; e analogamente avrebbe dovuto comportarsi la Poggiolini Restauro relativamente al procuratore ed institore Davide Dalla Fior, anch'egli cessato dalla carica nel triennio di riferimento. Mancando le dichiarazioni relative a tali soggetti, le due imprese avrebbero dovuto essere escluse dalla gara.

2.2. Con il secondo motivo, in via gradata, la società ricorrente impugna il bando di gara ove da interpretarsi nel senso di escludere dagli obblighi sanciti dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, cit., i procuratori e/o gli institori titolari di ampi poteri di rappresentanza ed amministrazione.

3. Le censure, che saranno esaminate congiuntamente, sono infondate.

3.1. Intorno alla questione dell'applicabilità ai procuratori delle imprese concorrenti in una gara di appalto degli obblighi dichiarativi sanciti dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 si è sviluppato, com'è noto, un ampio dibattito giurisprudenziale, che ha condotto alla formazione di due indirizzi contrapposti: l'uno, in forza del quale sarebbe da assimilarsi alla posizione degli amministratori quella dei soggetti titolari di un significativo ruolo decisionale e gestionale all'interno dell'impresa, nonché dei procuratori cui siano stati conferiti poteri rappresentativi rilevanti al punto da giustificare l'assoggettamento all'obbligo di dichiarazione (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2012, n. 5150); l'altro, secondo cui l'obbligo di dichiarazione sarebbe di contro circoscritto ai soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e ai direttori tecnici, con esclusione dei procuratori, posto che l'art. 38 cit. costituirebbe disposizione eccezionale insuscettibile di essere applicata a soggetti diversi da quelli espressamente contemplati (da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2449). Deve darsi conto, altresì, dell'esistenza di un orientamento "intermedio", che, privilegiando una verifica casistica e in concreto, comprende nel novero dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni ex art. 38 tutti coloro che, al di là della qualifica e dei poteri formalmente rivestiti, svolgano o abbiano svolto anche in via di mero fatto un'attività di amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. BV, 20 ottobre 2010, n. 7578).

3.2. Dopo alcune oscillazioni, e all'indomani dell'introduzione per mano del legislatore del principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici (con il comma 1-*bis* aggiunto dal D.L. n. 70/2011 all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006), questa Sezione ha infine aderito all'indirizzo che – sulla scorta di una lettura doverosamente rigorosa delle previsioni normative – limita gli obblighi dichiarativi ai soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, in conformità alla lettera dell'art. 38, che richiede la coesistenza di due requisiti (la carica formale di amministratore e la titolarità del potere rappresentativo) e non può, pertanto, trovare applicazione nei confronti di coloro che, pur muniti di potere di rappresentanza, non siano amministratori (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 187; id., 20 dicembre 2012, n. 2074). In attesa di un intervento che contribuisca a dirimere l'irrisolto contrasto interpretativo (la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza della V Sezione, 9 aprile 2013, n. 1943), il collegio intende mantenere ferma la propria giurisprudenza, di talché, come anticipato in sede cautelare, deve escludersi che la posizione di procuratori ricoperta all'interno delle imprese Rampasi Costruzioni e Poggiolini Restauri, rispettivamente, dai signori Cadile e Dalla Fior comportasse alcun obbligo dichiarativo a norma dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e della stessa *lex specialis*, la quale individua i soggetti tenuti ad attestare il possesso dei requisiti di moralità limitandosi a un pedissequo, quanto inequivocabile, richiamo alle

disposizioni di legge.

Allo stesso modo, per il solo Dalla Fior, nessun rilievo è attribuibile alla qualità di institore, ancora una volta trattandosi di figura che non unisce il duplice requisito richiesto dall'art. 38; e sarebbe incorsa in nullità per violazione del principio di tassatività l'eventuale previsione della legge di gara che l'avesse assoggettata all'obbligo di dichiarazione.

4. Dalle considerazioni che precedono, discende la legittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento Rampasi/Poggiolini, senza che all'uopo occorra procedere alla verifica in concreto dell'assenza di pregiudizi penali a carico dei predetti Cadile e Dalla Fior, tutioristicamente invocata dalla difesa del Comune sulla base della teoria del c.d. "falso innocuo". Immutata la soglia di anomalia determinata dalla stazione appaltante, restano fermi i risultati della gara e, segnatamente, l'aggiudicazione in favore della controinteressata Nifil Appalti.

All'integrale rigetto del ricorso può peraltro accompagnarsi la compensazione fra tutte le parti in causa delle spese processuali, in ragione dei contrasti interpretativi che, lo si è detto, continuano ad interessare la materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2013

IL SEGRETARIO

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