N. 00835/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00046/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 46 del 2014, proposto da:
San Giorgio del Porto S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Cristoffanini, Mario Alberto Quaglia e Rosa Pellerano, con domicilio eletto presso gli avv. Mario Alberto Quaglia e Rosa Pellerano nel loro studio in Genova, via Roma, 3/9;

contro

Comune di Camogli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Daniele Granara e Silvia Sommazzi, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Granara nel suo studio in Genova, via Bartolomeo Bosco, 31/4;

nei confronti di

Cantiere Navale di Camogli S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Massa, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Massa nel suo studio in Genova, via Roma, 11/1;

per l'annullamento

della determinazione prot. n. 22911 del 16 dicembre 2013 del Responsabile dell'Ufficio demanio marittimo del Comune di Camogli, con la quale la ricorrente è stata esclusa dalla procedura comparativa avente ad oggetto l'assentimento in concessione di un'area demaniale marittima in ambito portuale, allo scopo di mantenere uno scalo di alaggi natanti, un'area di cantiere navale ed una piattaforma per deposito imbarcazioni, e di tutti gli atti antecedenti, conseguenti, presupposti e/o connessi, compreso il verbale della Commissione di gara in data 13 dicembre 2013,

e per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Camogli;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di Cantiere Navale di Camogli S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2014 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 e DIRITTO

1) Il Comune di Camogli ha indetto una procedura comparativa (“procedura aperta”) per l’affidamento in concessione, per quattro anni, di un’area demaniale marittima in ambito portuale, da utilizzare come scalo alaggio natanti, cantiere navale e piattaforma per deposito imbarcazioni.

Nel termine previsto dal bando, hanno presentato offerta l’odierna ricorrente e la Società Cantiere Navale di Camogli a r.l.

Nella prima seduta del 13 dicembre 2013, la Commissione di gara escludeva l’offerta della ricorrente in quanto la dichiarazione *ex* art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, asseritamente prevista dal bando a pena di esclusione, era stata resa solo dall’Amministratore Delegato (Ferdinando Garrè) e non dal Presidente del Consiglio di Amministrazione (Ottavia Garrè), parimenti investito della rappresentanza legale della Società, né l’Amministratore Delegato avrebbe dichiarato la sussistenza dei requisiti previsti dall’art. 38 citato in capo al Presidente.

2) Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato il 13 gennaio 2014 e depositato il successivo 16 gennaio, la Società interessata ha impugnato la menzionata decisione di esclusione dalla gara, instando per il suo annullamento e per il risarcimento dei danni.

L’esponente sostiene che la procedura *de qua* non sarebbe stata soggetta alle regole fissate dal codice dei contratti pubblici, cosicché i richiami a detta fonte normativa dovevano essere interpretati restrittivamente, che la dichiarazione resa dall’Amministratore Delegato era comunque riferita anche alla posizione del Presidente e, in subordine, che l’errore eventualmente commesso sarebbe stato favorito dalla formulazione della modulistica predisposta dall’amministrazione.

3) In data 1° febbraio 2014, la controinteressata Cantiere Navale di Camogli S.r.l., già costituitasi formalmente in giudizio, ha depositato una memoria difensiva e un ricorso incidentale, con il quale contesta la legittimità della decisione della Commissione di gara nella parte in cui non rileva l’esistenza di ulteriori circostanze che avrebbero imposto l’esclusione della controparte.

In pari data, si è costituito in giudizio anche il Comune di Camogli che argomenta nel senso dell’infondatezza del ricorso principale.

Il ricorso è stato chiamato all’udienza camerale del 5 febbraio 2014 e, su concorde richiesta dei difensori intervenuti per le parti, è stato rinviato a data successiva.

Con memoria depositata il 14 febbraio 2014, parte ricorrente ha controdedotto ai rilievi formulati dalla ricorrente incidentale.

All'esito dell'udienza camerale del 19 febbraio 2014, è stata accolta, con ordinanza n. 80 in pari data, l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente principale e fissata l'udienza per la trattazione di merito.

Con ordinanza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1619 del 16 aprile 2014, è stato respinto l'appello cautelare proposto dal Comune di Camogli.

Nelle more, le parti costituite nel presente giudizio avevano depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

Il ricorso, infine, è stato chiamato all'udienza pubblica del 17 aprile 2014 e ritenuto in decisione.

4) Occorre attribuire priorità allo scrutinio del ricorso incidentale di tipo "paralizzante", ossia fondato su censure intese a dimostrare l'esistenza di (ulteriori) circostanze che avrebbero imposto di escludere dalla procedura comparativa l'offerta della ricorrente principale, così privandola della legittimazione ad impugnare.

La ricorrente incidentale sostiene, infatti, che l'offerta di controparte avrebbe dovuto essere esclusa, oltre che per le ragioni evidenziate dalla Commissione di gara, anche perché non indicava le generalità di tutti i soggetti investiti della rappresentanza legale della Società ed a causa della contraddittorietà delle dichiarazioni rese circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili e i piani individuali di emersione del lavoro.

Le dichiarazioni omesse o rese in modo perplesso dalla ricorrente principale sarebbero state richieste a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

Stante l'infondatezza di tali doglianze, può prescindersi dal vaglio dell'eccezione di inammissibilità proposta dalla ricorrente principale, prioritariamente fondata sul rilievo secondo il quale controparte, non essendo ancora stata ammessa formalmente alla gara, non sarebbe stata legittimata a proporre il ricorso incidentale.

5) Come anticipato, la difesa della ricorrente incidentale sostiene, in primo luogo, che l'offerta di controparte avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non vi erano indicate le generalità di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale, ma solo dell'Amministratore Delegato.

L'indicazione di tutti i soggetti titolari della rappresentanza legale sarebbe stata espressamente richiesta dall'art. 10 del disciplinare di gara e la relativa omissione, nella specie riferita alla posizione del Presidente del Consiglio di Amministrazione, avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

La censura è priva di fondamento.

Il citato art. 10 del disciplinare, infatti, non richiedeva affatto di indicare tutti i legali rappresentanti della Società concorrente, ma testualmente "le generalità del legale rappresentante".

Lo stesso modello di domanda di partecipazione, allegato *sub* "B" al disciplinare, prevedeva l'inserimento dei dati di una sola persona fisica e, in nessuna parte, contemplava la possibilità o lo spazio per riportare le informazioni cui fa riferimento la ricorrente incidentale.

Rimane solo da sottolineare come il Comune di Camogli non abbia avuto alcuna difficoltà a reperire dette informazioni, avendo chiesto l'acquisizione di una visura camerale che il delegato della ricorrente principale ha prodotto nella stessa seduta della Commissione di gara dedicata all'esame della documentazione amministrativa.

6) La seconda censura concerne la contraddittorietà delle dichiarazioni rese dalla ricorrente principale, con la domanda di partecipazione, in tema di rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili e sui piani individuali di emersione del lavoro.

6.1) L'art. 10 del disciplinare di gara prevedeva che la concorrente dovesse dichiarare "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (L. 12 marzo 1999, n. 68) ovvero che l'impresa non è tenuta al rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili".

Identica dicitura figurava nel modello di domanda di partecipazione, con la precisazione "riportare solo una delle due scelte".

Per una corretta compilazione della domanda di partecipazione, si richiedeva, quindi, che la concorrente riportasse soltanto una delle due opzioni ovvero, nel caso di utilizzo del modello prestampato, sbarrasse o cancellasse con un tratteggio l'ipotesi nella quale non ricadeva.

La ricorrente principale, invece, ha semplicemente sottoscritto il modello di domanda, senza chiarire la sua posizione rispetto al contenuto di tali dichiarazioni alternative.

Identica criticità viene segnalata relativamente alla dichiarazione concernente l'avvenuto utilizzo ovvero non utilizzo dei piani individuali di emersione.

Sostiene la ricorrente incidentale che, a fronte di tali dichiarazioni contraddittorie, la controparte avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, trattandosi di elementi richiesti a pena di esclusione dal disciplinare.

6.2) La questione sollevata dalla ricorrente incidentale ha ricevuto risposte non univoche in giurisprudenza.

Deve lealmente rendersi conto, in particolare, dell'esistenza di precedenti difformi di questo Tribunale.

6.2.1) Con sentenza n. 1592 del 11 dicembre 2012, infatti, la Prima Sezione del T.A.R. Liguria aveva accolto identica censura, proprio nell'ambito di una controversia concernente l'assegnazione di una concessione demaniale marittima, sul rilievo che l'omessa indicazione di una delle due ipotersi alternative non avrebbe consentito di comprendere quale fosse l'effettiva situazione della concorrente rispetto agli obblighi derivanti da previsioni normative cogenti.

6.2.2) Con la successiva sentenza n. 620 del 10 aprile 2013, questa Sezione è pervenuta a diverse conclusioni, evidenziando che la gara (si trattava, anche in quel caso, di una procedura comparativa finalizzata alla concessione di un bene del demanio marittimo), non compresa nel perimetro delle procedure concorsuali disciplinate dal codice dei contratti pubblici, non poteva ritenersi soggetta al "rigido e formalistico rispetto delle formalità dichiarative".

6.3) Ritiene il Collegio che la questione debba essere risolta facendo applicazione del criterio del *favor partecipationis* che avrebbe imposto di utilizzare, prima di disporre l'esclusione della

concorrente, il meccanismo del soccorso istruttorio onde consentire, qualora occorrente, l'inequivoco accertamento della situazione in cui essa versava.

Tale esigenza si profilava con particolare intensità nella procedura di cui si controverte, poiché l'esclusione di una delle due offerte eliminava in radice, ovviamente, ogni pur minima possibilità di confronto concorrenziale.

Non pare agevolmente comprensibile, quindi, quale interesse abbia indotto il Comune di Camogli ad un'applicazione così ostinatamente formalistica delle regole concernenti la domanda di partecipazione, anziché cercare di integrare, con la collaborazione della stessa concorrente, le informazioni fornite in modo non formalmente corretto.

6.4) In ogni caso, l'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili, stabilisce che "le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per **appalti** pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione".

La legge prevede, quindi, che l'esclusione dalla gara debba essere disposta nel caso di mancanza della dichiarazione, non qualora, come si verifica nel caso di specie, la dichiarazione stessa sia stata concretamente resa, omettendo solo di chiarire in quale delle due situazioni contemplate dalla legge e dal disciplinare (essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili ovvero non essere soggetta all'applicazione di tali norme) ricadesse la dichiarante.

Il Comune di Camogli, peraltro, era tenuto ad accertare che l'impresa non versasse in posizione irregolare e la dichiarazione resa dal legale rappresentante rendeva comunque conto dell'assenza di situazioni in contrasto con gli obblighi di legge, conseguentemente prestandosi, qualora occorrente, ad integrazioni o chiarimenti attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio.

6.5) Analoghe considerazioni valgono per la seconda dichiarazione contenuta nella domanda di partecipazione, relativa al rispetto della normativa in materia di emersione.

Anche in questo caso, infatti, le due ipotesi contemplate dal disciplinare di gara e dal modello di domanda predisposto dall'amministrazione (non avvalersi dei piani individuali di emersione ovvero aver terminato il periodo di emersione) devono considerarsi equivalenti ai fini dell'ammissione al confronto concorrenziale, poiché non integranti alcuna causa ostativa alla partecipazione.

L'esclusione dalla gara, pertanto, si rivela del tutto ingiustificata, anche perché la legge prevede che siano escluse dalle procedure di affidamento le imprese che si avvalgono dei piani individuali "fino alla conclusione del periodo di emersione" (cfr. art. 1 *bis*, comma 14, della legge 18 ottobre 2001, n. 383).

6.6) L'infondatezza di entrambi i motivi di gravame comporta la reiezione del ricorso incidentale.

7) Può procedersi, pertanto, allo scrutinio del ricorso principale, fondato su due motivi proposti in via principale, peraltro suscettibili di esame congiunto, ed un terzo in via dichiaratamente subordinata.

8) L'esponente sostiene che, avendo riguardo alla natura della procedura comparativa per cui è causa, pacificamente estranea al perimetro applicativo delle disposizioni del codice dei contratti

pubblici, l'omissione della dichiarazione prevista dall'art. 38 del codice medesimo da parte di uno degli amministratori muniti di rappresentanza legale non avrebbe potuto comportare l'applicazione della sanzione espulsiva.

Precisa la ricorrente, altresì, che il rinvio all'art. 38 predetto contenuto nel bando avrebbe dovuto essere interpretato in coerenza con le altre prescrizioni della *lex specialis*, ove non era affatto previsto che gli amministratori dell'impresa rendessero autonome dichiarazioni inerenti al possesso dei requisiti di carattere generale, ma era richiesta una sola dichiarazione da parte del legale rappresentante che sottoscriveva la domanda di partecipazione.

8.1) Si impone una precisazione preliminare circa la portata dell'obbligo dichiarativo *ex* art. 38 citato e le conseguenze dell'eventuale omissione.

Si è affermato, al riguardo, un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'omissione della dichiarazione sul possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 (con particolare riferimento ai requisiti di moralità di cui alle lett. b) e c) del comma 1), anche da parte di uno solo dei rappresentanti legali dell'impresa concorrente, equivale alla mancata prova dell'esistenza dei requisiti medesimi ed implica l'esclusione dalla gara d'appalto, a prescindere dall'effettivo possesso o meno dei requisiti prescritti.

Tale soluzione, pur avallata da autorevoli pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si presta, ad avviso del Collegio, ad essere rimeditata.

L'art. 38 impone che i soggetti partecipanti alle gare di appalto siano in possesso dei requisiti di idoneità (anche sotto il profilo morale) ivi previsti e che tali requisiti siano posseduti da tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza o di direzione dell'impresa.

Il legale rappresentante che sottoscrive la domanda di partecipazione autodichiara che l'impresa possiede i requisiti in questione e che non sussistono a carico della stessa e dei suoi amministratori e direttori tecnici le cause di esclusione previste dal medesimo art. 38.

Non vi è ragione per ritenere che tale dichiarazione, comunque assoggettata a verifica prima che sia efficace l'aggiudicazione definitiva, non possa essere resa per tutti i soggetti dell'impresa: l'art. 47, comma 2, del d.P.R. n. 445/2000, prevede, infatti, che la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà possa riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Non è necessario, dunque, che tutti i legali rappresentanti rendano autonome dichiarazioni inerenti all'insussistenza di cause ostative e neppure che la domanda di partecipazione elenchi i nominativi di tutti gli atri soggetti, diversi dal sottoscrittore, muniti del potere di rappresentanza, ferma restando l'esigenza che, nel caso di successiva verifica, l'impresa dovrà dimostrare che tutti i soggetti interessati sono effettivamente in possesso dei requisiti richiesti.

L'interesse dell'amministrazione si concentra, infatti, sull'esclusione dei soggetti a carico dei quali sussistono cause ostative – circostanza che, come precisato, può essere validamente dichiarata dal legale rappresentante che sottoscrive la domanda di partecipazione e la dichiarazione sostituiva ivi inclusa – non sulla conoscenza dei nominativi di tutti i rappresentanti dell'impresa e delle relative vicende personali.

Anche qualora si ritengano applicabili alla procedura per cui è causa le regole dettate dal più volte citato art. 38, pertanto, si deve escludere che l'omessa dichiarazione da parte di uno dei due

rappresentanti dell'odierna ricorrente costituisse, di per sé, circostanza sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara.

Fermo restando che, attraverso la spontanea produzione della visura camerale relativa alla ricorrente, l'amministrazione aveva acquisito, già nel corso della prima seduta della Commissione di gara, esaustive informazioni in ordine alla compagine sociale della concorrente.

8.2) La procedura da cui ha tratto origine la presente controversia non era soggetta, però, alla rigorosa applicazione delle regole che il d.lgs. n. 163 del 2006 detta in materia di affidamento di contratti pubblici.

Il richiamo all'art. 38 operato dall'art. 10 del disciplinare di gara andava armonizzato, pertanto, con le altre prescrizioni della *lex specialis* che richiedevano la presentazione di una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal legale rappresentante o dal procuratore speciale dell'impresa concorrente, attestante il possesso dei requisiti di onorabilità in capo a tutti i soggetti aventi il potere di impegnare la Società.

Lo stesso modello di domanda di partecipazione predisposto dall'amministrazione prevedeva che la dichiarazione potesse essere resa da un solo legale rappresentante e conteneva una dichiarazione riferita ad una pluralità indeterminata di soggetti, senza neppure contemplarne l'elencazione dei nominativi.

L'odierna ricorrente si è fedelmente attenuta alle modalità di compilazione indicate dall'amministrazione e - salva l'ipotesi, qui neppure allegata, di concreta mancanza dei requisiti a carico di taluno dei rappresentanti - non avrebbe potuto essere esclusa dalla procedura comparativa.

9) Per tali ragioni, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

10) Non può trovare accoglimento, invece, la domanda di risarcimento dei danni, peraltro proposta solo genericamente nell'epigrafe del ricorso introduttivo, atteso che la procedura concorrenziale si è arrestata alla fase di scrutinio della documentazione amministrativa e la ricorrente non prova di aver subito concreti pregiudizi cui non sia stato posto rimedio con la tutela cautelare accordata in giudizio.

11) Le spese di lite, equamente liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e devono essere poste a carico dell'Amministrazione resistente.

Dette spese vanno compensate, invece, nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna il Comune di Camogli al rimborso delle spese e competenze giudiziali che liquida forfetariamente nell'importo complessivo di € 2.000,00 (duemila euro), oltre IVA e CPA, se dovute, e alla refusione dell'importo versato dalla ricorrente a titolo di contributo unificato.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/05/2014

IL SEGRETARIO

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