



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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso con il numero di registro generale 246 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Società Cooperativa “CASTELCO”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Salvatore Iacuzzo, Marco Mazzamuto e Riccardo Rotigliano, con domicilio eletto in Palermo, via N. Morello n. 20, presso lo studio del secondo e del terzo;

***contro***

il Comune di Campobello di Mazara, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Lentini, elettivamente domiciliato in Palermo, via Siracusa n. 30, presso lo studio dell'Avv. Rosalba Genna;

***nei confronti di***

Ca.Ti.Fra. s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con domicilio eletto in Palermo, via Catania n. 42/B, presso lo studio dell'Avv. Santi Migliorino, rappresentata e difesa dall'Avv. Benedetto Calpona;

***quanto al ricorso principale:***

*per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,*

- “di tutti gli atti e provvedimenti con i quali il seggio della gara di appalto per l'affidamento dei lavori di restauro della ex Chiesa dell'Addolorata ed il competente ufficio del Comune di Campobello di Mazara hanno prima ammesso e poi aggiudicato la gara alla Ca.Ti.Fra. S.r.l. e, in particolare, dei verbali del seggio relativi alla seduta del 3.12.2009 e quelle ad esse precedenti”;

- “ove emesso, del provvedimento espresso di aggiudicazione definitiva o di quello tacito ai sensi dell'art. 21 bis l. 109/94 testo coordinato”;

*quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:*

*per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,*

“del verbale della seduta del 9.12.2009, meramente confermativo dell'aggiudicazione già disposta in favore della controinteressata, di cui la ricorrente ha avuto notizia solo a seguito dell'accesso agli atti avvenuto il 12.2.2010”;

*quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:*

“per la declaratoria di invalidità, inefficacia o caducazione degli effetti del contratto sottoscritto tra il Comune e la Società controinteressata, con contestuale reintegra della ricorrente illegittimamente pretermessa”;

*quanto al ricorso incidentale:*

*per l'annullamento*

“dei verbali di gara stesi in data 18/11/2009 (verbale n. 1), 19/11/2009 (verbale n. 2), 20/11/2009(verbale n. 3), 3/12/2009 (verbale n. 4), 9/12/2009 (verbale n. 5), relativamente all' appalto dei lavori di restauro della ex Chiesa dell'Addolorata da adibire a sala mostre e pinacoteca indetto dal Comune di Campobello di Mazara, limitatamente alla parte in cui è stata ammessa alla gara la ricorrente principale Castelco Società Cooperativa”;

“del verbale del 9.12.2009, con il quale sono stati aggiudicati alla esponente Ca.ti.fra. s.r.l. i lavori di restauro della *ex* Chiesa dell'Addolorata da adibire a sala mostre e pinacoteca, limitatamente alla parte in cui è stata ammessa alla gara la ricorrente principale Castelco Società Cooperativa”;

“del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori di restauro della *ex* Chiesa dell'Addolorata da adibire a sala mostre e pinacoteca, in favore dell'esponente Catifra s.r.l., limitatamente alla parte in cui è stata ammessa alla gara la ricorrente principale Castelco Società Cooperativa”;

“di qualsiasi altro atto presupposto, dipendente, connesso e/o esecutivo degli atti impugnati”.

VISTO il ricorso principale e i motivi aggiunti con i relativi allegati;

VISTA la memoria di costituzione in giudizio con i relativi allegati del Comune di Campobello di Mazara;

VISTI il controricorso e il ricorso incidentale con i relativi allegati dell'impresa controinteressata Ca.ti.fra. s.r.l.;

VISTA l'ordinanza collegiale n. 300 del 14 aprile 2010 di fissazione dell'udienza di trattazione del merito;

VISTE le memorie difensive;

VISTI gli atti tutti della causa;

RELATORE il Referendario Anna Pignataro;

UDITI, alla udienza pubblica del 10 giugno 2010, l'Avv. Riccardo Rotigliano per l'impresa ricorrente, l'Avv. Giovanni Lentini per il Comune resistente e l'Avv. Giuseppe Immordino, giusta delega dell'Avv. Benedetto Calpona, per l'impresa controinteressata;

VISTO il dispositivo di sentenza n. 55/10;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO

I. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.S. n. 42 del 16 ottobre 2009, il Comune di Campobello di Mazara ha indetto una gara aperta per l'appalto dei lavori di restauro della *ex* Chiesa dell'Addolorata da destinare a sala mostre e pinacoteca, da esperirsi ai sensi della l. 109 del 1994 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7 del 2002 e ss.mm.ii., con importo a base d'asta di € 442.833,43.

Alla gara hanno partecipato 110 imprese, di cui ammesse 106 ed escluse 4.

Nel corso della seduta del 3 dicembre 2009, i lavori sono stati aggiudicati provvisoriamente, mediante sorteggio tra le offerte ammesse con identico ribasso, alla Ca.ti.fra. s.r.l., mentre l'odierna ricorrente è risultata la seconda impresa sorteggiata.

Tale aggiudicazione provvisoria è stata poi confermata nella successiva seduta del giorno 9 dicembre 2009.

Il seggio ha quindi proceduto all'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-bis della l. 109 del 1994 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7 del 2002 e ss.mm.ii., approvata con determinazione dirigenziale n. 122 del 29 dicembre 2009.

Il contratto – con durata prevista di 10 mesi - è stato stipulato il 1° febbraio 2010 e in pari data sono stati consegnati i lavori; risulta effettuato il pagamento del 1° stato avanzamento lavori (SAL) alla data del 18 maggio 2010, per un importo pari a euro 107.622,69 (cfr. atti depositati dalla Ca.ti.fra. s.r.l. il 29 maggio 2010).

II. Con ricorso ritualmente notificato il giorno 8 febbraio 2010 e depositato il successivo giorno 16, la seconda impresa sorteggiata, Società Cooperativa "Castelco" ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, affermando che l'aggiudicataria Ca.ti.fra. s.r.l. doveva, invece, essere esclusa dalla gara di che trattasi per i seguenti motivi:

1) “Violazione e/o falsa applicazione del disciplinare di gara e del D.P.R. 445/2000”.

Ogni singolo documento inserito dalla controinteressata nella busta “A” e prodotto in copia ricorrendo alla dichiarazione sostitutiva di conformità all’originale (attestato SOA, DURC, certificazione di qualità, certificato cancelleria fallimentare, certificato carichi pendenti, certificato casellario giudiziale), secondo quanto disposto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, avrebbe dovuto essere associato a una dichiarazione, redatta ad hoc, attestante la conformità all’originale, non ritenendosi adeguata e sufficiente l’unica dichiarazione resa, e riferita genericamente a tutte le copie allegate.

2) “Violazione artt. 75, D.P.R. 544/99 e 38 D.lgs. n. 163 /06. In ogni caso difetto di istruttoria e di motivazione”.

Sebbene sia stata resa dal legale rappresentante dell’aggiudicataria la dichiarazione dell’assenza: a) di condizioni preclusive alla partecipazione alla gara consistenti nella commissione di reati gravi che incidono sulla moralità professionale, b) di commissione di gravi infrazioni in materia di sicurezza nel lavoro, dal certificato del casellario giudiziale allegato risulta, al contrario, intervenuta nei confronti del dichiarante una sentenza irrevocabile per il reato di lesioni personali colpose *ex art.* 590 c.p., commesso il 29 novembre 1994.

Se, come avrebbe dovuto, ad avviso della ricorrente, la stazione appaltante avesse compiuto un’istruttoria adeguata durante la fase di verifica dei requisiti morali, avrebbe potuto apprendere trattarsi, più precisamente, di lesioni colpose gravissime derivanti da un infortunio sul lavoro.

Ciò si evince dalla lettura della sentenza della Cassazione, sez. IV pen., n. 31303/04 del 4 febbraio 2004 che ha definitivamente deciso la vicenda penale di che trattasi, sentenza acquisita dalla stessa ricorrente e versata agli atti di causa.

Acclarato ciò, sostiene ancora la ricorrente, l'Amministrazione resistente non avrebbe potuto esimersi dalla valutazione di gravità e di incidenza del reato sulla moralità professionale, determinandosi, di conseguenza, per l'esclusione dalla gara della controinteressata.

Ma anche a volere addivenire alla opposta decisione di ammissione alla gara, la stazione appaltante, ciò avrebbe potuto fare, in ossequio al generale obbligo di motivazione, soltanto dando conto dell'avvenuta presa in concreta considerazione del precedente penale dichiarato in sede di gara.

I provvedimenti impugnati, pertanto, si manifesterebbero viziati anche sotto l'ulteriore profilo del difetto d'istruttoria e di motivazione.

3) "False dichiarazioni con riguardo a gravi infrazioni in materia di sicurezza nel lavoro. Violazione sotto altro profilo degli art. 75 D.p.r. n. 544/99 e 38 D.lgs. n. 163/06".

Poiché dalla sentenza penale irrevocabile di condanna sopra citata discenderebbe il definitivo accertamento della commissione di una grave infrazione in materia di infortuni sul lavoro, laddove il rappresentante legale, negli atti di gara, ha dichiarato, al contrario, di non esservi mai incorso, si manifesterebbe la falsità della dichiarazione stessa.

Ed anche per tale ragione l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

III. Con motivi aggiunti, notificati il 12 febbraio 2010 e depositati il successivo giorno 16, per i medesimi vizi dedotti con il ricorso introduttivo, la ricorrente ha impugnato il verbale redatto dal seggio di gara il 9 dicembre 2009, confermativo dell'aggiudicazione provvisoria del 3 dicembre 2009, divenuto poi definitivo in forza dell'art. 21-bis, della l. 109 del 1994, nel testo coordinato con la legge regionale n. 7 del 2002 e ss.mm.ii., il 16 dicembre 2009, e ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione degli effetti.

IV. Per resistere al gravame, si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale appaltante, chiedendone la reiezione siccome infondato, vinte le spese.

V. La controinteressata Ca.ti.fra. S.r.l. ha proposto ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente e la conseguente inammissibilità del ricorso principale, per i seguenti motivi:

1) “Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del D.lgs. n. 629/1982. Eccesso di potere. Erronea valutazione di atti documentali. Erroneità degli atti istruttori”.

La società cooperativa Castelco avrebbe prodotto in gara un modello GAP contenente il campo obbligatorio indicante il tipo di organizzazione aziendale, compilato in maniera non rispondente a verità: infatti, benché essa abbia partecipato alla gara come impresa “singola”, il rappresentante legale, dichiarante, avrebbe, invece, prescelto e barrato il riquadro indicante la forma giuridica di “raggruppamento temporaneo di imprese”.

Poiché, secondo la prospettazione della controinteressata, la compilazione non veritiera di un campo obbligatorio del GAP equivarrebbe alla mancata compilazione dello stesso e, secondo la giurisprudenza richiamata, la mancata compilazione della parte obbligatoria del modello GAP comporterebbe l'esclusione dalla gara, tale sanzione espulsiva doveva essere applicata alla ricorrente principale.

La non veritiera compilazione del GAP, nei termini dianzi indicati, aggiunge la controinteressata, rilevarebbe, sempre ai fini della sanzione espulsiva, sotto l'ulteriore profilo della falsità riscontrabile nella dichiarazione sostitutiva allegata agli atti di gara, laddove il rappresentante legale della ricorrente principale avrebbe affermato che “i dati riportati nel citato modello GAP sono rispondenti a verità”.

2) “Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 1 bis della l. n. 383/2001. Eccesso di potere. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione di documentazione. Illogicità ed ingiustizia manifesta”

La società cooperativa Castelco non avrebbe prodotto la documentazione attestante la mancata adozione dei piani di emersione del lavoro nero, prescritta dagli artt. 1 e 1-bis, comma 14, della l. n. 383 del 2001, che sarebbero norme inderogabili di ordine pubblico, con effetto di eterointegrazione della *lex specialis*.

VI. Con controricorso successivamente depositato, la controinteressata ha, altresì, chiesto il rigetto del ricorso principale, sostenendone l'infondatezza, vinte le spese.

VII. Con memoria contenente motivi aggiunti, notificata e depositata il 12 aprile 2010, l'impresa ricorrente ha chiesto la declaratoria di invalidità, inefficacia o caducazione degli effetti del contratto sottoscritto tra il Comune e la società controinteressata, con contestuale risarcimento in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

VIII. Con ordinanza collegiale n. 300 del 14 aprile 2010 è stata fissata l'udienza di trattazione del merito ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

Tutte le parti hanno successivamente depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive deduzioni.

Alla pubblica udienza del 10 giugno 2010, la causa è stata discussa e, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata posta in decisione.

In data 15 giugno 2010 è stato pubblicato, come per legge, il dispositivo della presente sentenza.

## DIRITTO

1. Il Collegio deve farsi carico, in via preliminare, della questione relativa al rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, al fine di stabilire quale gravame vada prioritariamente scrutinato.

In linea di principio, l'esame del ricorso incidentale, stante la sua accessorietà rispetto al ricorso principale, del quale segue le sorti (Consiglio di Stato, V, 17 dicembre 2008, n. 6292), presuppone la previa delibazione della fondatezza del gravame principale, nel quale solo caso si apprezza l'interesse processuale del controinteressato alla coltivazione e alla decisione della predetta sua controazione (T.A.R. Piemonte, I, 11 febbraio 2009, n. 401; T.A.R. Toscana, II, 17 luglio 2008, n. 1795).

E' orientamento consolidato, comunque, che il Collegio condivide, quello secondo cui vada preliminarmente scrutinato il gravame incidentale, laddove questo si atteggi a ricorso incidentale c.d. paralizzante, il cui eventuale accoglimento determinerebbe la declaratoria d'inammissibilità di quello principale per difetto di legittimazione a ricorrere in capo al ricorrente principale a causa dell'illegittimità della sua partecipazione alla gara; da tale valutazione, infatti, deriva la privazione del titolo di legittimazione di quest'ultimo alla proposizione dell'impugnativa avverso il provvedimento conclusivo della gara visto che dal suo accoglimento non potrebbe trarne alcuna utilità (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 8 febbraio 2010, n. 1017; 19 febbraio 2009, n. 366; T.A.R. Piemonte, I, 14 gennaio 2009, n. 82 e n. 83; T.A.R. Piemonte, I, 11 febbraio 2009, n. 401; T.A.R. Sicilia, Catania, I, 14 ottobre 2008, n. 1821).

Ciò in omaggio ai principi di economia processuale nell'ordine di trattazione delle questioni, da ultimo rimarcati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10 novembre 2008, n. 11 (cfr. anche Cons. Stato, VI, 19 giugno 2009, n. 4147; 30 settembre 2008, n. 4686).

Pertanto, occorre procedere all'esame del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Ca.ti.fra. s.r.l., che è diretto a elidere la sussistenza dell'interesse a ricorrere della ricorrente principale Castelco società cooperativa.

2. Il ricorso incidentale è infondato.

2.1. Con il primo motivo incidentale la Ca.ti.fra. s.r.l. deduce che la Castelco avrebbe prodotto in gara un modello GAP contenente il campo obbligatorio indicante il tipo di organizzazione aziendale, compilato in maniera non rispondente a verità: infatti, benché essa sia un'impresa "singola", il rappresentante legale, dichiarante, avrebbe, invece, prescelto e barrato il riquadro indicante la forma giuridica di "raggruppamento temporaneo di imprese".

Poiché, secondo tale prospettazione, la compilazione non veritiera di un campo obbligatorio del GAP equivarrebbe alla mancata compilazione dello stesso e, secondo la giurisprudenza richiamata (C.G.A. n. 400/2009), la mancata compilazione della parte obbligatoria del modello GAP comporterebbe l'esclusione dalla gara, tale sanzione espulsiva doveva essere applicata alla ricorrente principale.

La non veritiera compilazione del GAP, nei termini dianzi indicati, aggiunge la controinteressata, rilevarebbe, sempre ai fini della sanzione espulsiva, sotto l'ulteriore profilo della falsità riscontrabile nella dichiarazione sostitutiva allegata agli atti di gara, laddove il rappresentante legale della ricorrente principale, avrebbe affermato che "i dati riportati nel citato modello GAP sono rispondenti a verità".

Controdeduce in merito la Castelco società cooperativa, con argomentazioni che il Collegio ritiene di condividere laddove si argomenta che:

- a) il punto 7 del disciplinare di gara impone, a pena di esclusione, soltanto la produzione del modello GAP;
- b) in punto di fatto, non si versa nell'ipotesi di "omessa compilazione" di un campo obbligatorio del GAP, ma di compilazione non corrispondente al fatto storico che si deve dichiarare; non risulta, pertanto, conducente il richiamo alla giurisprudenza citata, seppur condivisibile, che sanziona con la massima sanzione – quella espulsiva - "esclusivamente" l'omessa compilazione, piuttosto che quella "errata".

Si ritiene, inoltre, che la natura di mero errore di compilazione potesse, e sia stata agevolmente desunta dalla stazione appaltante, sulla base dell'intera documentazione prodotta in gara (vedi in particolare la domanda di partecipazione) dalla quale si evince, con sufficiente certezza, quale sia la forma giuridica dell'impresa partecipante;

c) l'errore di compilazione si risolve in un falso innocuo non incidente sull'individuazione del soggetto cui aggiudicare la gara da parte della stazione appaltante, nel pieno rispetto della *par condicio*.

In tal senso, il Collegio condivide il prevalente orientamento giurisprudenziale in materia di c.d. "falso innocuo" (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2009, n. 829; cfr. Cass. penale, V, 2 ottobre 2008, n. 39432; 7 novembre 2007, n. 3564), secondo il quale, sostanzialmente, il falso dichiarato da un concorrente ad una gara pubblica può ritenersi innocuo, e, quindi, non idoneo a giustificare un provvedimento di esclusione dalla gara, quando non è in grado di influenzare lo svolgimento e l'esito della gara stessa.

Pertanto, non rientrerebbero nella categoria penalistica del "falso innocuo" quelle omissioni e difformità, attuate dai concorrenti, in grado di incidere direttamente sui requisiti e sulle condizioni di partecipazione alla gara e sulla possibilità di addivenire più agevolmente all'aggiudicazione della stessa, anche sotto il profilo inerente la valutazione morale della concorrente.

Applicando tali principi al caso di specie, può escludersi che la natura erroneamente dichiarata, ma non posseduta, di RTI a fronte di quella effettiva, di impresa singola, potesse influenzare gli esiti della gara o la valutazione della professionalità e moralità dell'impresa medesima, ovvero offendere interessi connessi alla tutela dell'ordine pubblico.

La partecipazione, come impresa singola o come raggruppamento temporaneo, infatti, è indifferentemente ammessa alla stregua del punto 11 del bando di gara in oggetto.

Per tali considerazioni il motivo è destituito di fondamento.

2.2. La seconda censura concerne la mancata dichiarazione - da parte dell'impresa ricorrente - di non essersi avvalsa dei piani di emersione del lavoro irregolare, di cui alla L. 383/01, che recherebbe norme inderogabili di ordine pubblico con effetto di eterointegrazione della *lex specialis*.

Controdeduce sulla questione la ricorrente principale, con argomentazioni che, per gli assorbenti profili attinenti al merito, il Collegio ritiene di condividere.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito che, “per poter determinare l'esclusione dalla gara, la dichiarazione *de qua* deve essere espressamente richiesta dal bando, ed a pena di esclusione. Se così non è, essa viene a costituire solo un'eteronoma ragione impeditiva dell'aggiudicazione, che la P.A. dovrà valutare successivamente alla conclusione della gara stessa... Né può ritenersi illegittimo il bando, nella parte in cui non prevede debba essere resa dai concorrenti la dichiarazione di non essersi avvalsi dei piani di emersione, dato che appartiene alla discrezionalità dell'Amministrazione imporre *ex ante* agli stessi l'obbligo di fornire la dichiarazione, ovvero valutare *ex post* la situazione di fatto” (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, I, 8 febbraio 2008, n. 112).

Rileva il Collegio che, nella specie, il bando nulla ha previsto, né la ricorrente principale lo ha impugnato *in parte qua*. Di talché è rimasto impregiudicato il margine di discrezionalità riservata alla stazione appaltante circa l'accertamento della sussistenza o meno del fatto storico sotteso a tale dichiarazione.

3. Tenuto conto dell'infondatezza del ricorso incidentale impediente è possibile passare, ora, all'esame delle censure dedotte con il ricorso principale dalla Castelco società cooperativa.

3.1. Il Collegio reputa che il gravame sia fondato, sotto l'assorbente profilo del difetto d'istruttoria e di motivazione, dedotto con il secondo motivo, per non avere il seggio di gara istruito, adeguatamente, la fase di verifica dei requisiti morali per l'ammissione alla gara, e la stazione appaltante omesso di effettuare la valutazione, inerente la gravità e l'incidenza sulla moralità professionale della controinteressata, per il dichiarato reato di lesione personali gravi, motivando congruamente la decisione di ammissione alla gara con riguardo all'avvenuta valutazione del precedente penale già dichiarato al momento di presentazione dell'offerta.

A tale conclusione il Collegio giunge facendo applicazione, in ordine al caso in esame, dei principi giurisprudenziali consolidati, richiamati per cui:

- nell'ambito dei reati che, a norma dell'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. n. 554/1999 e dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, possono incidere sull'affidabilità morale dei partecipanti alle gare sono certamente da includere quelli in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro;

- la valutazione della natura ostativa, o no, di fatti costituenti reato è rimessa esclusivamente alla stazione appaltante la quale, di volta in volta, in considerazione di tutte le circostanze concretamente rilevanti nei singoli casi, è chiamata a verificare l'effettiva incidenza delle condanne sul vincolo fiduciario destinato a instaurarsi con l'impresa aggiudicataria (C.G.A. 1 giugno 2010, n. 806; Cons. Stato, V, 2 febbraio 2010, n. 428; 31 gennaio 2006, n. 349; 28 aprile 2003, n. 2129).

Ora, di siffatta valutazione l'Amministrazione appaltante deve dare contezza attraverso un'esauritiva motivazione pure nell'ipotesi in cui, in luogo dell'esclusione, ci sia una determinazione di ammissione alla gara e si sia alla presenza di fattispecie delittuose, com'è quella in esame (tale principio è inequivocabilmente affermato da C.G.A. 4 febbraio 2010, n. 101, che,

ragionevolmente ne esclude la rigorosa applicazione “in presenza di fattispecie meramente contravvenzionali”).

In questo caso, infatti, si radica l'interesse degli altri concorrenti (in particolare, del secondo classificato) a conoscere le ragioni della disposta ammissione, sicché l'amministrazione appaltante è tenuta, in ossequio al generale obbligo di motivazione, almeno a dar conto dell'avvenuta presa in considerazione dei precedenti penali dichiarati dal concorrente, appunto al fine di escluderne, se del caso, l'incidenza sulla moralità professionale (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, 11 novembre 2009, n.11084).

Dalla ricostruzione dei fatti di causa, sulla base degli atti versati, emerge come l'Amministrazione resistente non sia riuscita a dimostrare di avere effettuato *ex ante*, ossia in sede di gara, alcuna istruttoria volta ad accertare il contesto delittuoso in cui si sono prodotte le lesioni personali colpose, dichiarate dalla controinteressata: nulla è detto rispetto a tale punto nel verbale del 18 novembre 2009, ove il seggio di gara genericamente dà atto di aver preso in esame la documentazione allegata alla domanda della Catifra s.r.l. e ne dispone l'ammissione, né nei successivi verbali in cui si addivene alla aggiudicazione del 3 e del 9 dicembre 2009.

A tal fine non può nemmeno valorizzarsi, in senso contrario, la motivazione (postuma) enunciata negli atti difensivi e documenti di supporto depositati dall'Amministrazione resistente nell'odierno giudizio, tra i quali la relazione stesa dal Dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune stesso (nota prot. n. 430 del 19 febbraio 2010).

La fondatezza di tale dirimente censura comporta l'accoglimento del gravame, con assorbimento dei residui motivi. Conseguentemente, i provvedimenti impugnati di ammissione alla gara della controinteressata vanno annullati nei limiti dell'interesse della ricorrente e *in parte qua*, ferma restando la riedizione del menzionato potere

valutativo, nell'esercizio del quale la stazione appaltante dovrà valutare l'eventuale incidenza sull'ammissione alla gara della condanna riportata dal legale rappresentante dell'aggiudicataria.

3.2. Con i secondi motivi aggiunti al ricorso, la ricorrente principale ha chiesto la declaratoria d'inefficacia, invalidità o caducazione del contratto di appalto già stipulato tra l'amministrazione resistente e la controinteressata con conseguente risarcimento in forma specifica – è questo il bene della vita cui aspira - o, in subordine, per equivalente monetario.

La recentissima entrata in vigore del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 (in G.U. n. 84 del 12 aprile 2010 - in vigore dal 27 aprile 2010) di "Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici", impone di decidere in ordine alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente ai sensi e per gli effetti degli articoli 10 e 12 del predetto decreto, che integrano il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rispettivamente con gli articoli 245-ter e 245-quinquies.

Il Comune resistente eccepisce inapplicabilità al caso concreto della citata normativa in quanto non ancora in vigore al momento della pubblicazione del bando di che trattasi, avvenuta il 12 ottobre 2009, deducendone l'inammissibilità della domanda di annullamento del contratto, anche per mancata espressa impugnazione di quest'ultimo.

Premesso che, comunque, la domanda di annullamento del contratto non presuppone l'impugnazione dello stesso in senso proprio, dato che questo non ha natura di provvedimento amministrativo, bensì di quelli unilateralmente posti dalla PA nella formazione della sua volontà di addivenirne alla conclusione mediante l'individuazione del miglior contraente, e senza ripercorre le fasi evolutive, e ancora in divenire, della giurisprudenza formatasi sulla questione delle sorti del

contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione e collegati problemi di giurisdizione, va ricordato che, prima ancora dell'entrata in vigore del predetto decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, è stato affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione (ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906) che per effetto della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, n. 66 – oggetto del recepimento in argomento –, secondo una interpretazione costituzionalmente e comunitariamente (art. 117 Cost.) orientata delle norme in materia, per le gare bandite sin dalla data di entrata in vigore di essa, è necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella Carta costituzionale.

Per effetto della Direttiva in questione, pertanto, anche prima del termine indicato per la sua trasposizione nel diritto interno, si configura la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo estesa agli effetti ed alla sorte del contratto concluso a seguito di illegittima aggiudicazione.

3.1. Ciò posto si ritiene che, nel caso di specie, essendo fatta salva la riedizione del potere da parte della Amministrazione appaltante, non vada dichiarata l'inefficacia del contratto già concluso e in fase di avanzata esecuzione.

3.2. Va, altresì, respinta anche la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Osserva il Collegio, sul punto, che soltanto in esito alla predetta attività discrezionale potrà ritenersi eventualmente integrato, tra gli altri fondanti la responsabilità per fatto illecito, l'elemento del danno ingiusto ai fini dell'azionabilità della pretesa risarcitoria, che in atto appare, pertanto, non accoglibile.

4. Attesi gli specifici, e in parte nuovi, profili della controversia, in relazione ai quali non si rinviene una giurisprudenza consolidata, sussistono le gravi ed eccezionali ragioni di cui all'art. 92, comma 2, c.p.c. per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale; accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti.

Spese compensate.

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

Dispone che, a cura della Segreteria, copia della presente sentenza sia trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Marsala, ai sensi dell'art. 361 c.p., e alla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO