



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 23/08 Reg. Sent.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di
Palermo, Sezione Seconda, ha pronunciato la seguente

N. 1830 Reg. Gen.

ANNO 2007

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1830/2007 R.G., proposto da Sanfratello
Costruzioni s.r.l. (di seguito Sanfratello Costruzioni) in persona
del legale rappresentante pro-tempore, sig. Sanfratello Francesco,
con sede in Palermo, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco
Stallone, elettivamente domiciliati presso il loro studio, in
Palermo, nella Via Nunzio Morello, 40,

contro

- l'Assessorato Lavori Pubblici della Regione Siciliana» in
persona dell'Assessore pro-tempore;
- l'Assessorato Lavori Pubblici della Regione Siciliana -
Dipartimento Ispettorato Tecnico Regionale, in persona del
Dirigente Generale pro-tempore,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato,
domiciliataria ope legis;

e nei confronti

- della Latino Impianti s.n.c. di Latino Luigi e Corrado (di
seguito: Latino Impianti) in persona del legale rappresentante
pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe
Calamaro e domiciliato per legge presso la segreteria del

Tribunale, in Palermo, Via Butera n. 6 (controinteressata e ricorrente incidentale),

per l'annullamento previa sospensione

- dei verbali di gara di cui ai giorni 28 febbraio 2007 e 13 giugno 2007 e della pronunciata aggiudicazione in favore della controinteressata;
- della nota 12 luglio 2007 prot. 1223/c con la quale il RUP rigetta l'istanza della ricorrente;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale non conosciuto e/o non conoscibile dai ricorrenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per le Amministrazioni intimato e la documentazione depositata agli atti della causa.

Visti l'atto di costituzione in giudizio, il ricorso incidentale, le memorie della controinteressata Latino Impianti.

Vista l'ordinanza cautelare n. 1735 del 24 ottobre 2007.

Visti gli atti tutti della causa.

Alla udienza pubblica del 19 dicembre 2007, designato relatore il referendario Gianmario Palliggiano ed uditi gli avvocati delle parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

Fatto

Con bando pubblicato nella GURS n. 51 del 22.12.2006,

l'assessorato resistente ha indetto un pubblico incanto con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso per l'affidamento dei lavori di adeguamento del complesso Auditorium (Corpo M), sito nell'immobile demaniale di via La Malfa, per un importo complessivo dell'appalto di €1.029.662,97.

In esito alle operazioni di gara (ed a seguito dei sorteggi previsti in caso di più imprese con lo stesso ribasso) l'appalto è stato aggiudicato alla controinteressata Latino impianti.

La ricorrente Sanfratello costruzioni, risultata seconda in graduatoria, rileva tuttavia che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere dichiarato la sussistenza di eventuali soci cessati dalla carica ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. c) del DPR 554/1999, con conseguente aggiudicazione in suo favore. Da qui il presente ricorso, notificato il 13 settembre 2007 e depositato il 15 successivo, con il quale la Sanfratello costruzioni deduce il seguente unico motivo di censura:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, lett. c) del DPR n. 554/1999 nonché del punto 4 lett. a), punti b) e c), del disciplinare di gara; mancata indicazione dei soci cessati dalla carica; mancata dichiarazione dell'assenza, in capo ai suddetti soggetti, delle cause di esclusione di cui agli articoli 75 DPR 554/1999.

Ha chiesto in accoglimento del ricorso, l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente determinazione in ordine

alle spese.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita in giudizio per le Amministrazioni intimate, depositando documenti ma senza svolgere deduzioni difensive.

Si è costituita la controinteressata che ha proposto ricorso incidentale, notificato e depositato il 22 ottobre, con il quale ha eccepito il seguente motivo di censura:

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, punto 4, lett. r, del disciplinare di gara e dell'ultimo capoverso delle modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte con riferimento al contenuto della busta "A", nonché dell'art. 16 lett. a) bis del bando di gara; eccesso di potere, travisamento ed erronea valutazione dei fatti.

Il seggio di gara avrebbe dovuto escludere la Sanfratello costruzioni per l'evidente carenza della dichiarazione richiesta, a pena di esclusione, delle lavorazioni che avrebbe inteso eventualmente subappaltare ovvero avrebbe dovuto subappaltare o concedere a cottimo per mancanza delle specifiche qualificazioni, come espressamente richiesto al punto 4, lett. r) del disciplinare di gara.

Per quanto sopra ha chiesto, in accoglimento del ricorso incidentale, respingersi le richieste della ricorrente principale, con conseguente determinazione in ordine alle spese.

In vista della camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare, ricorrente principale e ricorrente

incidentale hanno presentato rispettive memorie nelle quali hanno puntualizzato le rispettive posizioni.

Il Tar, nella camera di consiglio del 24 ottobre 2007, ha accolto con ordinanza cautelare n. 1735/2007 l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Le parti hanno presentato altre memorie con le quali hanno insistito nelle domande formulate in precedenza.

All'udienza del 19 dicembre 2007 la causa, su conforme richiesta dei difensori delle parti e dopo discussione orale, è stata posta in decisione. Nella stessa data è stato pubblicato mediante deposito in Segreteria il relativo dispositivo come per legge.

Diritto

1. La controversia in esame concerne la legittimità dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata – ricorrente incidentale – Latino impianti s.n.c. che, ad avviso della ricorrente, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver ommesso di documentare o dichiarare il possesso dei requisiti previsti dal disciplinare di gara, art. 1), punto 4), lettera a), non avendo indicato i soci cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando ovvero l'assenza, in capo ai suddetti soggetti, delle cause di esclusione poste dall'art. 75, comma 1, lett. c) DPR 554/1999.

Il primo problema da affrontare in rito è relativo all'ordine logico delle questioni da esaminare.

Ritiene il collegio che il ricorso incidentale debba essere

esaminato con priorità rispetto al ricorso principale.

La complessa problematica inerente il rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale, è stata oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza, che ha affermato la regola del prioritario esame del ricorso principale, ad eccezione delle ipotesi in cui un eventuale accoglimento del ricorso incidentale “risulti pregiudizialmente ostativo (per ragioni di rito o per profili preliminari di merito) ad un eventuale accoglimento del ricorso principale” (Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, decisione n. 205 del 15 maggio 2001).

Nella richiamata decisione, si afferma poi che una simile ipotesi sussiste, nei contenziosi in materia di pubbliche gare, “allorché il ricorrente principale contesti l’aggiudicazione in favore del controinteressato e quest’ultimo faccia valere in via incidentale una causa di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale. In tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità, per la ricorrente, di vedere valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti, e quindi in definitiva di conseguire il bene della vita rappresentato dall’aggiudicazione dell’appalto, sì da legittimare una pregiudiziale declaratoria in rito di improcedibilità sopravvenuta (e non già di inammissibilità originaria) del ricorso per carenza d’interesse”.

Ciò posto, con unico motivo, l’aggiudicataria Latino Impianti

s.n.c., ricorrente incidentale, censura l'omessa esclusione della Sanfratello costruzioni per non avere indicazione le lavorazioni che intenderebbe subappaltare, come richiesto dall'art. 1, punto 4, lett. r) del disciplinare di gara.

Il motivo è infondato ed il ricorso incidentale è da rigettare.

Secondo giurisprudenza consolidata in materia, dalla quale questo Collegio non ravvisa ragioni per andare in senso contrario, la corretta dichiarazione resa all'atto della presentazione dell'offerta in ordine alle opere che il concorrente si riserva di affidare in subappalto non costituisce di per sé un requisito essenziale per la partecipazione alla gara in quanto essa è solitamente finalizzata a consentire alla ditta partecipante di subappaltare certe opere o servizi puntualmente indicati. Ne deriva che la mancanza di tale dichiarazione si limita all'impossibilità per la ditta partecipante, una volta che dovesse risultare aggiudicataria, di subappaltare le opere (CGA. 13 febbraio 2007 n. 30; TAR Sicilia, Palermo, II 17 maggio 2001 n. 740; Tar Sardegna, I, 27 settembre 2007 n. 1764).

Un problema potrebbe semmai porsi nel caso in cui la ditta partecipante, che non abbia reso dichiarazione in ordine ai lavori da subappaltare ovvero l'abbia resa in modo incompleto, non posseda la qualificazione richiesta dal bando di gara in relazione a determinate opere. In questo caso il problema si sposta in ordine alla mancanza di un requisito soggettivo necessario per potere partecipare (cfr. citata TAR Sardegna, 1764/2007, Tar

Campania, Napoli, I, 5 maggio 2006 n. 2968).

Nel caso in esame, tuttavia, un problema del genere non si pone perché la ricorrente risulta in possesso di idonea qualificazione con riguardo sia alla categoria prevalente (OG11, II cl.) sia alla categoria scorporabile (OG11, II cl.).

Va pertanto respinto perché infondato il ricorso incidentale.

2. Può quindi passarsi all'esame di merito del ricorso principale.

La ricorrente Sanfratello Costruzioni s.r.l. deduce che l'aggiudicataria non avrebbe prodotto la dichiarazione di cui all'art. 75 lett. c) DPR 54/1999 riguardante il socio cessato dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando.

Nel verbale del 27 febbraio 2007 non vi è alcuna specifica attestazione dalla quale possa ritenersi accertata la completezza della documentazione.

Va premesso che la resistente Latino Impianti in memoria ha contestato nel merito le censure della ricorrente Sanfratello costruzioni, rilevando che quest'ultima si sarebbe accorta dell'asserita carenza documentale non in sede di gara ma successivamente, a seguito di accesso agli atti. Questa circostanza tuttavia non proverebbe che la dichiarazione di cui trattasi non fosse presente in sede di gara, essendo attestata dal Presidente della commissione nel verbale del 27 febbraio 2007, secondo cui le dichiarazioni sono riconosciute complete e regolari. Questo aspetto costituirebbe, secondo la resistente,

prova della completezza e regolarità della documentazione della Latino Impianti. Peraltro, l'attestazione di regolarità, provenendo dal presidente della commissione di gara, sarebbe munita di fede privilegiata tale da precludere alla ricorrente di sostenere il contrario salvo querela di falso. In ogni caso, anche a non volere considerare la fede privilegiata rivestita da tale attestazione, non sarebbe tuttavia possibile ritenere provata la circostanza dedotta dal ricorrente, in quanto ai sensi dell'art. 2729, comma 1, cod. civ. il giudice può servirsi di presunzioni semplici solo se queste siano gravi, precise e concordanti, circostanza che nella specie non ricorrere giacché sarebbe impossibile provare per presunzione semplice la mancanza, al momento delle aperture delle buste, di un dato documento associandola al fatto noto del successivo non ritrovamento tra gli atti depositati, ma non custoditi, presso l'Amministrazione.

Il Collegio condivide sul punto le posizioni espresse dalla ricorrente principale, Sanfratello Costruzioni, e ritiene prive di pregio le argomentazioni della resistente Latino Costruzioni.

A carico delle ditte offerenti sussiste un onere di documentazione che risulta disatteso dalla controinteressata la quale, nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 1 punto 4, del disciplinare di gara ha omesso di esplicitare la presenza dei soggetti c.d. cessati.

In questo caso, in mancanza di elementi certi in ordine alla prestazione della dichiarazione, non deve essere la ricorrente a

dovere dimostrare che questa non sia stata resa ma è onere della resistente fornire al riguardo prova certa, atteso che non può assumere valore decisivo la formula “ammessa” enunciata nel corso dell’esame di tutte le offerte presentate dalle ditte partecipanti, preliminarmente alle operazioni di sorteggio e di apertura delle offerte economiche.

La formula è infatti meramente di stile e comunque generica, tant’è che la stessa, riguardando tutte le offerte ritenute ad un sommario esame complete, non può di per sé considerarsi esaustiva in ordine all’esatto adempimento delle singole dichiarazioni da rendere sugli elementi soggettivi ed oggettivi richiesti per la partecipazione alla gara.

Per contro, nel verbale del 27 febbraio 2007 non vi è alcuna specifica e puntuale attestazione dalla quale possa ricavarsi la completezza della documentazione su questo aspetto contestato.

Al riguardo, l’art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 prevede espressamente che *“1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ...c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio*

o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata. 2. I concorrenti dichiarano ai sensi delle vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c)".

Questa norma ha carattere di ordine pubblico, con la conseguenza che i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e le connesse cause di esclusione ivi indicati sono inderogabili.

La “*ratio legis*” è, infatti, quella di prevedere come contraente dell'ente pubblico una società i cui titolari, amministratori o direttori tecnici in carica o cessati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando siano persone affidabili dal punto di vista della moralità professionale, al fine di reprimere o prevenire fenomeni patologici di notevole gravità, i quali possono pregiudicare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa nel delicato settore degli appalti pubblici (in tal

senso, C.G.A. 2 marzo 2006 n. 74; Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2002, n. 5523).

Ne deriva la necessità di un'interpretazione particolarmente rigorosa della norma, che ne assicuri la massima applicazione.

In tale contesto si inserisce il consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in tema di requisiti morali e di produzione documentale per la partecipazione a gare di appalto, le certificazioni penali devono riguardare, ai sensi del sopra richiamato art. 75, tutti i soggetti, amministratori e direttori tecnici delle società partecipanti, in carica ovvero cessati, durante l'intero triennio antecedente la pubblicazione del bando. Con la conseguenza che deve ritenersi sussistente a carico delle ditte stesse un onere di documentazione, ossia la ricostruzione "storica" delle cariche sociali, nell'arco dell'ultimo triennio (in tal senso da ultimo C.G.A., 17 ottobre 2005, 674, ma anche 21 gennaio 2005, n. 8; 8 marzo 2005, n. 94 e 29 agosto 2005, n. 575).

Trattasi, infatti, di circostanze che rilevano nello stesso modo per tutti i soggetti cessati dalla carica dato che, anche quando questi sono ancora in vita, sussistono problemi di effettuazione di dichiarazioni e di produzione documentale, la cui configurabilità non può ritenersi sufficiente ai fini della giustificazione di una deroga al precetto di cui al più volte richiamato art. 75.

Diversamente opinando si priverebbe, infatti, di spazio applicativo la disposizione nella parte in cui è riferita ai soggetti

comunque cessati dalla carica.

Concludendo, per quanto suesposto, il ricorso principale è fondato e va accolto con conseguente annullamento degli atti e provvedimenti con lo stesso impugnati. Il ricorso incidentale è infondato e va, pertanto, respinto

Le spese sono a carico delle parti soccombenti e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale n. 1830/2007 in epigrafe indicato e rigetta il ricorso incidentale. -----.

Condanna in solido l'amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che si liquidano in complessivi € 2.500,00. (euro duemilacinquecento/00) oltre IVA e CPA.-----.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.-----.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 19 dicembre 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

- Nicola Monteleone, Presidente
- Giovanni Tulumello, Consigliere
- Gianmario Palliggiano, Referendario, estensore.

Depositato in Segreteria il 9 gennaio 2008.

Il Direttore