



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 staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3023 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cosbau Spa in Liquidazione, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Frontoni, Gianluca Luzi, con domicilio eletto presso avv. Andrea Scuderi in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Societa' degli Interporti Siciliani Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Vitale, Carmela Mangalaviti, con domicilio eletto presso avv. Giuseppe Vitale in Catania, corso Italia, 226;

Ufficio Regionale per Espletamento di Gare D'Appalto (U.R.E.G.A.) Sez. Prov.Di Catania, Assessorato Regionale delle Infrastrutture e Mobilità, Dipartimento Regionale Infrastrutture Mobilita' e Trasporti, Amministrazione Regionale della Sicilia, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Catania, via

Vecchia Ognina, 149; Commissione di Gara per i Lavori Lotto Funzionale-Polo Logistico Interporto Catania;

nei confronti di

Ing. Pio Guaraldo Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Ali', Paolo Pettinelli, con domicilio eletto presso avv. Michele Ali' in Catania, via Crociferi, 60;

per l'annullamento

con ricorso principale:

- della delibera del Consiglio di Amministrazione della Società degli Interporti Siciliani s.p.a. del 4 ottobre 2010, che ha disposto la esclusione del raggruppamento ricorrente, con le motivazioni addotte nella determina del R.U.P. n. 2236 del 1° ottobre 2010, dalla gara di pubblico incanto relativo ai lavori di realizzazione del Lotto funzionale Polo Logistico – Interporto Catania (2° lotto), importo a base di asta euro 34.103.429,25 comprensivo degli oneri per la sicurezza, comunicata con nota del R.U.P. del 5 ottobre 2010;
- della determina del R.U.P. n. 2236 del 1° ottobre 2010 contenente le motivazioni della disposta esclusione, trasmessa con nota del R.U.P. del 5 ottobre 2010;
- della nota prot. 2246 del 5 ottobre 2010 con la quale è stata comunicata la disposta esclusione e allegata la determina del R.U.P.;
- della nota del R.U.P. prot. 2255 del 7 ottobre 2010 di comunicazione della aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Ing. Pio Guaraldo s.p.a ;
- della aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Ing. Pio

- Guaraldo s.p.a. disposta con delibera del C.d.A. del 4 ottobre 2010;
- della nota del R.U.P. prot. 2387 del 20 ottobre 2010 di comunicazione della aggiudicazione definitiva in favore della predetta Impresa;
 - della aggiudicazione definitiva in favore della ditta Ing. Pio Guaraldo s.p.a. disposta con delibera del C.d.A. del 19 ottobre 2010;
 - di tutti gli atti e verbali dell'organismo tecnico di supporto della stazione appaltante per la valutazione della anomalia della offerta delle ricorrenti, incluso il verbale conclusivo del 17 settembre 2010 – ignoto il contenuto - per quanto lesivi;
 - di tutti gli atti e verbali comunque inerenti il sub-procedimento di verifica di anomalia della offerta delle ricorrenti – ignoto il contenuto - per quanto lesivi;
 - di ogni atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, incluso il contratto di appalto, ove stipulato.

con ricorso per motivi aggiunti:

- del contratto di appalto stipulato in data 8 novembre 2010 tra la Società degli Interporti Siciliani e la Impresa Ing. Pio Guaraldo s.p.a.;
- della nota prot. 2568 del 12 novembre 2010 della Società degli Interporti Siciliani, successivamente ricevuta, con la quale la stazione appaltante ha comunicato la intervenuta stipulazione del contratto di appalto con la Ing. Pio Guaraldo s.p.a..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società degli Interporti Siciliani Spa, dell'Ufficio Regionale per Espletamento di Gare D'Appalto (U.R.E.G.A.) Sez. Prov. di Catania, dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e Mobilità, del Dipartimento Regionale Infrastrutture Mobilità e Trasporti e dell'Amministrazione Regionale della Sicilia;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dalla Ing. Pio Guaraldo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

FATTO e DIRITTO

I. La Società degli Interporti di Catania ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di realizzazione del Lotto Funzionale Polo Logistico – Interporto di Catania, che, in ottemperanza a quanto previsto dal regolamento emanato con il Decreto Presidenziale del 14 gennaio 2005 n. 1, è stato celebrato dall'U.R.E.G.A. di Catania.

Entro il termine stabilito, la costituenda ATI COSBAU – PUGLISI COSTRUZIONI ha presentato formale offerta, ottemperando alle prescrizioni della lex specialis.

Con nota del 26 gennaio 2010, la stazione appaltante ha richiesto all'ATI COSBAU – PUGLISI COSTRUZIONI di fornire documentazione attestante il possesso della cifra di affari, la certificazione di regolarità contributiva e il certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. con dicitura antimafia in corso di validità.

Con nota prot. 431 del 15 febbraio 2010, dopo aver escluso altre partecipanti meglio graduate, la stazione appaltante ha richiesto all'ATI ricorrente di fornire ulteriori giustificazioni ai fini della valutazione della congruità della offerta, ritenuta anormalmente bassa ai sensi degli artt. 87 e 88 del D.lgvo 163/06 e ss.mm.ii..

L'ATI ottemperava con nota del 24 febbraio 2010, assunta al protocollo in data 5 marzo 2010.

Con nota assunta al protocollo in data 5 agosto 2010, la ricorrente trasmetteva l'ulteriore documentazione richiesta dalla stazione appaltante, alla quale, altresì, comunicava che, con verbale di assemblea straordinaria del 15 maggio 2010, la COSBAU s.p.a. era stata posta in liquidazione e che, con atto del 23 luglio 2010, la stessa aveva affittato un ramo di azienda, comprensivo dei diritti connessi all'appalto di che trattasi, alla ditta SICURBAU s.p.a., con impegno di quest'ultima all'acquisto del ramo di azienda.

Con nota prot. 2035 del 31 agosto 2010, la stazione appaltante convocava l'ATI, ai sensi del comma 4 dell'art. 88 del D.lgvo 163/2006 e ss.mm.i., riservandosi di verificare e valutare la comunicazione della COSBAU in merito al suddetto verbale di assemblea straordinaria.

Con nota del 3 settembre 2010, la SICURBAU comunicava, ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 del D.Lgvo 163/06, di avere affittato dalla COSBAU s.p.a. il ramo di azienda inerente le categorie di lavoro che elencava. L'accordo includeva il diritto di subentrare nelle procedure di gara e i contratti in corso.

In data 6 settembre 2010 si teneva l'audizione, in seno alla quale la SICURBAU s.r.l., nella sua qualità di successore della COSBAU s.p.a. in liquidazione, e la PUGLISI COSTRUZIONI s.r.l. consegnavano ulteriore documentazione.

Con nota del 5 ottobre 2010 prot. 2246, il Responsabile Unico del Procedimento comunicava che, con delibera del C.d.A. del 4 ottobre 2010, la Società degli Interporti Siciliani s.p.a. aveva disposto la esclusione del raggruppamento ricorrente con le motivazioni addotte nella determina del RUP n. 2236 del 1° ottobre 2010, di cui veniva allegata copia.

In base a tale determina, era stato ritenuto non assegnabile alla ricorrente l'appalto de quo sul presupposto di una asserita modificazione dell'offerta economica e di una illegittima modifica soggettiva in violazione del divieto posto dall'art. 13, comma 5 bis, e dall'art. 35 della legge 109/94, nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e s.m.i., nonché con le norme della legge regionale n. 20 del 31 agosto 2007.

Con nota prot. 2255 del 7 ottobre 2010, il Responsabile Unico del Procedimento comunicava che, con delibera del C.d.A. del 4 ottobre 2010, era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla

ditta Ing. Pio Guaraldo S.p.a..

Con successiva nota prot. 2387 del 20 ottobre 2010, il Responsabile Unico del Procedimento comunicava che, con delibera del C.d.A. del 19 ottobre 2010, era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta Ing. Pio Guaraldo S.p.a..

Ritenendo le motivazioni addotte dal responsabile unico del procedimento, e recepite dal C.d.A. della stazione appaltante, a sostegno della disposta esclusione, manifestamente illegittime, erronee ed ingiuste, le ricorrenti inoltravano formale istanza di provvedere in autotutela e contestuale informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243-bis del d.lgvo 163/2006, ivi esponendo i vizi individuati.

L'Amministrazione rimaneva inerte.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato gli atti di esclusione sopra indicati e quelli di aggiudicazione alla controinteressata, affidandosi alle seguenti censure:

I. VIOLAZIONE DI LEGGE ART. 21 LEGGE 11 FEBBRAIO 1994 n. 109 NEL TESTO COORDINATO CON LE NORME REGIONALI – VIOLAZIONE DI LEGGE ART. 90 D.P.R. 21 DICEMBRE 1999 N. 554 - VIOLAZIONE LEX SPECIALIS – ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA IRRAGIONEVOLEZZA, ILLOGICITA' E CONTRADDITTORIETA'.

II. VIOLAZIONE DI LEGGE ARTT. 4 e 51 D.Lgvo 12 APRILE 2006 n. 163 – VIOLAZIONE DI LEGGE DIRETTIVA

COMUNITARIA 31/03/2004 , n. 18 - 04/18/CE – VIOLAZIONE LEX SPECIALIS - VIOLAZIONE DI LEGGE E FALSA APPLICAZIONE ART. 13, COMMA 5bis, E ART. 35 e 36 LEGGE 109/94 COORDINATA CON LA NORMATIVA REGIONALE.

Il Responsabile Unico del Procedimento ha individuato nella cessione in affitto del ramo di azienda da parte della COSBAU s.p.a., mandataria dell'ATI, alla società SICURBAU s.r.l. una modificazione alla composizione dell'ATI rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta e, quindi, una modificazione soggettiva in violazione del divieto posto dall'art. 13, comma 5 bis, della legge 109/94 nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e s.m.i., delle norme della legge regionale n. 20 del 31 agosto 2007 e dell'art. 35 della legge 109/94, che, consentendo le cessioni di azienda solo successivamente alla stipulazione del contratto, vieterebbero, a pena di esclusione, quelle poste in essere anteriormente alla aggiudicazione della gara.

Siffatta motivazione sarebbe manifestamente illegittima, per violazione dell'art. 51 del D.lgs 163/06 s.m.i., Codice dei contratti, con il quale il Legislatore nazionale avrebbe espressamente ammesso il subentro del cessionario, affittuario, ovvero del soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, anche durante l'espletamento della gara, ovvero in occasione dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto.

Tale disposizione sarebbe da ritenersi immediatamente applicabile

anche nelle regioni a statuto speciale.

Costituitasi, l'amministrazione intimata ha concluso per l'infondatezza del gravame; la controinteressata ha, altresì, introdotto ricorso incidentale.

II. Ricorso per motivi aggiunti.

La stazione appaltante ha proceduto alla stipula del contratto di appalto in data 8 novembre 2010.

Con ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente, oltre a riprodurre le medesime argomentazioni presenti nel ricorso principale, con ulteriore censura, si è doluta della predetta intervenuta formalizzazione, ritenendo violato l'art. 11, comma 10, del D.lgvo 163/2006, come modificato dal D.Lgvo 20 marzo 2010 n. 53, a mente del quale "il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79."

Al contrario, la stazione appaltante, con nota prot. 2246 del 5 ottobre 2010, ha comunicato agli odierni ricorrenti la disposta esclusione del 4 ottobre 2010, nonché, con nota del 20 ottobre 2010, l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Impresa Ing. Pio Guaraldo s.p.a. con delibera del 19 ottobre 2010, senza rispettare, quindi, i predetti termini.

Inoltre, avverso il provvedimento di esclusione e la disposta aggiudicazione definitiva, i ricorrenti hanno proposto il ricorso con contestuale istanza cautelare, notificato in data 3 novembre 2010.

La stazione appaltante avrebbe, in tal modo violato, altresì, i commi 10 e 10 ter dell'art. 11 del D.lgvo 163/06.

Tale condotta – alla quale il legislatore ricollegherebbe l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 del codice amministrativo, anche qualora non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento – sarebbe notevolmente pregiudizievole avuto riguardo al ricorso proposto dai ricorrenti, asseritamente illegittimamente pretermessi dalla gara, in quanto, per altro, portatori della offerta economicamente più vantaggiosa e richiedenti domanda di reintegrazione in forma specifica finalizzata al subentro nel contratto. Tale violazione avrebbe impedito ai ricorrenti di ottenere una piena difesa e tutela prima della stipulazione del contratto di appalto, influenzando conseguentemente anche sulla possibilità di avere l'affidamento almeno nella sua interezza.

Parte ricorrente ha concluso richiedendo che venga dichiarata la inefficacia del contratto di appalto stipulato tra la stazione appaltante e la Impresa Pio Guaraldo s.p.a., nonché delle prestazioni eventualmente rese dall'aggiudicataria nelle more del presente giudizio ai sensi e per gli effetti dell'art. 121 e ss. del codice amministrativo.

Con memorie del 14.12.2010, sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata hanno concluso per l'infondatezza del ricorso per motivi aggiunti, spiegando apposite deduzioni.

III. Come comunicato alla Camera di Consiglio del 16.12.2010 ai

difensori delle parti, i quali nulla hanno eccepito, la Sezione ritiene di poter procedere alla definizione immediata del ricorso, così come reso possibile dagli artt. 120, comma 6, e 60 c.p.a..

Premette sul punto il Collegio che il mancato decorso del termine dei venti giorni dall'ultima notifica del ricorso per motivi aggiunti non sembra preclusiva del giudizio, alla luce del disposto dell'art. 60, una volta che le parti, tutte presenti in giudizio, nulla hanno rilevato in riferimento al decorso del detto termine processuale e, di più, si sono espressamente difese, con evidente salvaguardia dell'integrità del contraddittorio anche su detto gravame aggiuntivo.

IV Ciò posto, ritiene il Collegio che il ricorso principale sia infondato. Ed invero, diversamente da quanto sostenuto con la seconda censura, il provvedimento impugnato di esclusione della ricorrente appare condivisibile, e quindi idoneamente supportato da almeno una motivazione, nella misura in cui individua nella cessione in affitto del ramo di azienda da parte della COSBAU s.p.a., mandataria dell'ATI, alla società SICURBAU s.r.l. una modificazione alla composizione dell'ATI rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, e quindi una modificazione soggettiva in violazione del divieto posto dall'art. 13, comma 5 bis, della legge 109/94 nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 e s.m.i..

Come già chiarito da questo Tribunale, con decisione dalla quale non sussistono motivi per discostarsi (cfr. T.A.R. Catania, I, 13.8.2008, 1509), ai fini del decidere, occorre riferirsi <<all'art. 35 della L. n.

109/1994 (nel testo vigente in Sicilia), che così dispone:

“1. Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 della presente legge.

2. Nei sessanta giorni successivi l'amministrazione può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'articolo 10 sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

3. Ferme restando le ulteriori previsioni legislative vigenti in tema di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1 producono, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge.

4. Ai fini dell'ammissione dei concorrenti alle gare si applicano le disposizioni di cui alla circolare del Ministero dei lavori pubblici 2 agosto 1985, n. 382, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 13 agosto 1985.

... omissis ...”.

Così come rammentato da questo Tribunale (cfr. T.A.R. Catania, IV, 14.2.2007, n. 221), sulla base della norma richiamata, parte della

giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, VI, 6 aprile 2006 n. 1873 in materia di appalti di forniture) ha ritenuto che il principio della immodificabilità soggettiva dell'offerente durante le operazioni di gara debba ritenersi derogabile, dovendo ammettersi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante. A tale orientamento aveva aderito inizialmente anche questo Tribunale (Cfr. Tar Catania, Sezione III, 23 luglio 2004 n. 1944).

Senonché, il C.G.A. con sentenze 29 settembre 2005 n. 636 e 22 marzo 2006 n. 100 è andato di contrario avviso, affermando che il principio della personalità ed immutabilità del soggetto durante la partecipazione alla gara di appalto vieta la sostituzione (in corso di procedura) di una impresa con un'altra, non essendo applicabile, in via analogica, l'art. 35, l. n. 109 del 1994, in quanto la lettera della stessa norma ipotizza il subentro "nella titolarità del contratto", e la "ratio" della stessa va intesa nel senso di evitare che il subentro possa consentire al cedente di sottrarsi ad una puntuale verifica di tutti i suoi requisiti soggettivi ed oggettivi e al controllo delle sue dichiarazioni.

Secondo tale diversa impostazione, che il Collegio condivide, l'art. 35 della L. n. 109/1994 consente le modifiche soggettive dopo la stipula del contratto, ma non nella fase antecedente della partecipazione alla gara e dell'aggiudicazione, dal momento che, secondo la vigente normativa, per poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti o di concessioni di lavori pubblici e stipulare i relativi

contratti, le imprese devono essere adeguatamente qualificate e moralmente affidabili; vi è, cioè, la necessità che i requisiti (oggettivi) di tipo economico – finanziario e tecnico – organizzativo ed i requisiti (soggettivi o generali) di affidabilità morale e professionale, oltre a dover esistere al momento del conseguimento dell’attestazione di qualificazione (Cfr. art. 17 del D.P.R. n. 34/2000 e successive modificazioni), siano sussistenti all’atto della partecipazione alla gara e permangano fino alla data della stipulazione dei relativi contratti.

Il Collegio, ciò posto, deve verificare se la condivisibile ricostruzione della norma sia, ora, non più attuale alla luce dell’art. 51 del Codice dei contratti, introdotto con D.Lgs.vo. 12.4.2006, n. 163, che, al comma 1, così recita:

Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l’azienda o un ramo d’azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l’affittuario, ovvero il soggetto risultante dall’avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all’aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell’articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice.

La norma, senza possibilità di dubbio alcuno, significatamente intitolata “Vicende soggettive del candidato dell’offerente e dell’aggiudicatario”, consente la cessione anche nella fase dell’evidenza pubblica e prima della stipula del contratto.

Il problema, a questo punto, si sposta sull’applicabilità della disposizione in Sicilia.

E’ bene rammentare che il codice dei contratti è stato introdotto in attuazione delle

direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Ritiene il Collegio di riportare le condivisibili conclusioni cui è giunto l'Assessorato del Lavori Pubblici, con circolare 18.9.2006, richiamata dalla successiva 30.3.2007.

‘L'entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha posto la questione dell'immediata efficacia del predetto decreto legislativo nell'ordinamento della Regione Siciliana, dotata di competenza legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici.

Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ha ridisciplinato la materia degli appalti pubblici coordinando le disposizioni relative ai settori ordinari (disciplinati dalla direttiva n. 2004/18), quelli relativi ai settori cosiddetti speciali (disciplinati dalla direttiva n. 2004/17), fino ad oggi distinte nel nostro ordinamento, riunendo in maniera organica le regolamentazioni degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria, e abrogando, ad un tempo, tutta la precedente legislazione interna.

Occorre effettuare una distinzione tra la disciplina concernente le forniture di beni, gli appalti di servizi e gli appalti inerenti ai settori esclusi e la disciplina relativa agli appalti di lavori.

1) Per le prime tre tipologie di appalti il legislatore regionale ha operato un rinvio dinamico alla disciplina statale, richiamando, agli artt. 31, 32, e 33 della legge regionale n. 7/2002, rispettivamente i decreti legislativi nn. 358/92, 157/95 e 158/95, e successive modifiche ed integrazioni; poiché tali normative sono state abrogate dal decreto legislativo n. 163/2006, quest'ultima disciplina risulta

immediatamente applicabile in virtù del predetto rinvio "dinamico" alle norme statali che consente l'adeguamento della legge regionale alle modifiche eventualmente intervenute nell'ordinamento statale.

Tale affermazione trova un correttivo nell'ipotesi in cui vi sia una diversa regolamentazione della stessa materia ad opera di una disposizione regionale. Per esempio, nell'ipotesi di norme che regolano la pubblicità dei bandi di gara per gli appalti di forniture di beni e per gli appalti di servizi, sussistendo una specifica disciplina regionale, l'art. 35 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, non potrà farsi luogo all'applicazione dell'art. 66 del decreto legislativo n. 163/06.

2) Diversa è la fattispecie riguardante la materia dei lavori pubblici.

Il comma 3 dell'art. 4 del decreto legislativo n. 163/2006, rubricato "Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome", enumera una serie di materie, che, in ossequio all'art. 117, comma 2, della Costituzione, come novellato a seguito della legge costituzionale n. 3/2001, di riforma del titolo V della Costituzione, (che, a sua volta, ha individuato le materie in cui sussiste la legislazione esclusiva statale) sono rimesse alla potestà legislativa esclusiva dello Stato e per le quali non è ammessa alcuna disciplina regionale difforme. Tale disposizione del codice, tuttavia, non può riguardare le regioni a statuto speciale, atteso che la specifica esclusività della competenza legislativa della Regione Siciliana in materia di lavori pubblici deriva non tanto dal novellato art. 117 Cost., quanto dall'art. 14, lett. g), dello Statuto della Regione Siciliana, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455.

Così come è pacifico considerare che la modifica del titolo V non ha inciso sull'assetto della precedente distribuzione di competenze tra Stato e Regioni

speciali, se non nel senso di ampliare anche per queste le materie di competenza esclusiva, così, allo stesso modo, l'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 163/06, che enuclea le materie di competenza esclusiva dello Stato, non ha riflessi sulla previsione statutaria dell'esercizio esclusivo della funzione legislativa della Regione in tale materia. Quanto predetto non significa naturalmente che la competenza esclusiva della Regione in materia di lavori pubblici non trovi dei limiti; questi sono costituiti in primo luogo dal rispetto della Costituzione, dello Statuto e delle relative norme di attuazione, nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali ed infine dei principi delle grandi riforme economico-sociali.

Il comma 4 dell'art. 4 del codice dei contratti prevede "Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dall'entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione".

Tale disposizione non sembra riguardare le regioni a statuto speciale e ciò è confermato dal successivo comma 5 che statuisce "Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione".

Per verificare se vi siano disposizioni contenute nel codice dei contratti che possono avere immediata efficacia nella Regione, sembra necessario esaminare, sinteticamente, la legislazione ad oggi vigente in materia di lavori pubblici.

L'art. 1 della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, ha statuito che la legge 11 febbraio 1994, n. 109, (recante "Legge quadro in materia di lavori pubblici"), "si applica nel territorio della Regione Siciliana nel testo vigente alla data di

approvazione della presente legge".

Alla stregua di un'interpretazione strettamente letterale, poiché il rinvio alla norma statale contenuto nella legge regionale n. 7/2002, è un rinvio "statico" o ricettizio, la legge statale richiamata è stata applicata nell'ordinamento regionale secondo la formulazione vigente al momento dell'entrata in vigore di quella regionale di recepimento.

Quindi, le modifiche o le abrogazioni apportate dal legislatore statale alla normativa nazionale recepita, non hanno avuto effetto sull'ordinamento della Regione se non a seguito di un ulteriore intervento del legislatore regionale, ad eccezione di quelle norme concernenti materie che sono riservate all'esclusiva competenza dello Stato. Tali norme, infatti, sono state formalmente recepite dal legislatore regionale con le leggi regionali nn. 7/2002 e 7/2003, e pertanto le loro successive modificazioni, ivi comprese quelle del codice dei contratti, hanno diretta applicazione nell'ordinamento regionale senza trovare preclusioni nel menzionato rinvio statico. Ci si riferisce ad esempio alla materia dell'arbitrato o della giurisdizione su cui la Regione Siciliana non ha potestà legislativa.

Il codice dei contratti, inoltre, va applicato ove recepisca norme comunitarie immediatamente precettive (direttive "self executing"). Si pensi, a titolo esemplificativo all'istituto del dialogo competitivo (art. 58) o dell'avvalimento (art. 49), la cui entrata in vigore, tuttavia, con decreto legge n. 173/2006, convertito in legge 12 luglio 2006, n. 228 (cosiddetta "legge milleproroghe"), è stata differita (per l'avvalimento solo relativamente al comma 10 che riguarda il divieto di subappalto), differimenti che, ovviamente, trovano pure applicazione pure essi in Sicilia.

Pertanto, al di fuori delle surriferite ipotesi, si ritiene che, anche dopo l'entrata in

vigore del decreto legislativo n. 163/2006, e sino all'emanazione della normativa regionale di adeguamento, trovi applicazione in Sicilia la legislazione regionale in materia di lavori pubblici, fermo restando l'obbligo della Regione di adeguarsi ai principi fondamentali del codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico-sociale>>.

Con più recente decisione (TAR Catania, I , 15.10.2010 n. 4211), in tema di applicabilità del Codice dei Contratti in Sicilia, questa Sezione ha precisato che *<<il codice degli appalti, al comma 4 dell'art. 5, stabilisce che “le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.*

Lo Statuto regionale siciliano, all'art. 14, comma 1, lett. g), stabilisce la competenza esclusiva della Regione in tema di “lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale”.

La medesima disposizione, nelle sue premesse, chiarisce che la competenza esclusiva è riferibile ai limiti delle leggi costituzionali dello Stato e senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali nazionali.

Accanto a questi limiti, è indubbio come tra gli obblighi internazionali dello Stato, e quindi delle Regioni, sia da annoverarsi il rispetto dei principi generali del diritto comunitario e delle disposizioni contenute nel Trattato del 25 marzo 1957 istitutivo della Comunità europea, ora ridenominato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, per quanto interessa in questa sede, di quelle che tutelano la libera concorrenza.

In particolare, “nello specifico settore degli appalti vengono in rilievo tutte le

disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici” (cfr. Corte Cost., 12.2.2010, n. 45).

Continua il Giudice delle Leggi con la predetta decisione, “altro limite alla suddetta competenza legislativa provinciale è rinvenibile nei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione della esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. . . . A ciò è da aggiungere che nella suindicata fase di conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che, implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato, possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali (sia pure con riferimento ad un singolo istituto afferente alla fase esecutiva, si vedano la sentenza n. 447 del 2006 e, prima della riforma del Titolo V, la sentenza n. 482 del 1995). In definitiva, la Provincia autonoma” ed in linea di principio, precisa il Collegio, le regioni a statuto speciale sono tenute “a rispettare, con riguardo, in particolare, alla disciplina della suddetta fase, anche quelle norme statali, contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, che sono espressione dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale.

Alla luce delle considerazioni, già allora svolte da questa Corte, ancora oggi valide, deve essere riconosciuto ai principi desumibili dalle disposizioni del Codice

degli appalti la natura di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, come tali costituenti legittimamente limite alla potestà legislativa primaria della resistente Provincia autonoma di Trento; e ciò segnatamente per quelle norme del predetto Codice che attengono, da un lato, alla scelta del contraente (alle procedure di affidamento) e, dall'altro, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi per quanto attiene alla materia del contenzioso giurisdizionale, rispetto alla quale operano i medesimi limiti derivanti dai principi dell'ordinamento giuridico, che riconducono tale materia alla esclusiva competenza legislativa dello Stato per evidenti motivi di unitarietà e uniformità sull'intero territorio nazionale delle relative disposizioni”.

In somma sintesi, quindi, accanto ai principi di derivazione europea e a quelli riferibili alle grandi riforme economiche e sociali, si applicano direttamente alla regione a statuto speciale anche quelli di uguaglianza giuridica nelle diverse parti del territorio, al fine di evitare ingiustificate discriminazioni>>.

Tanto premesso, la Sezione ha chiarito (cfr. T.A.R. Catania, I, 1509/08, cit.) <<che la norma in esame certamente non concretizza un'ipotesi di disposizione di grande riforma economica-sociale, sicché resta da verificare se sussista una disposizione comunitaria self-executing, e quindi di immediata applicazione nel sistema normativo nazionale, che avvalori la detta impostazione.

Dall'analisi delle Direttive Comunitarie, delle quali il D.Lgs.vo 163/2006 costituisce attuazione, non è rinvenibile una norma analoga a quella di cui all'art. 51 di quest'ultima fonte normativa>>.

Né, in tal senso, può essere condivisa la tesi formulata dalla ricorrente, secondo la quale la disciplina in esame va ricondotta alla

materia della tutela della concorrenza e, come tale, come sopra chiarito, di immediata applicazione anche in Sicilia, posto che detto concetto sembra doversi riferire, in via immediata, a disposizioni volte ad impedire che alcune imprese vengano avvantaggiate rispetto ad altre (recte: alcune categorie di imprese, rispetto ad altre).

Una disciplina più rigida in ordine all'ammissione di imprese "trasformate" dopo l'intervenuto deposito dell'offerta, a ben vedere, così come sostenuto dalla controinteressata, è volta alla tutela della sicurezza e trasparenza nei rapporti tra imprese, limitando, quindi, possibili trasformismi strumentali dell'impresa nella fase della scelta del contraente.

Il Collegio rileva che questo tipo di approccio normativo più "cauto" assume una sua giustificazione in un tessuto sociale dove non sono rare le infiltrazioni delle associazioni per delinquere in quelle "sane", proprio al fine di "ripulire" strutture societarie non presentabili nei procedimenti ad evidenza pubblica.

Corollario del detto principio è che non appare violato il diritto di impresa, sancito dall'art. 41 Cost., in quanto il Legislatore siciliano, nella insussistenza dell'obbligo di applicare la norma nazionale, ha ritenuto di dover mantenere una specificità del rapporto nella scelta del contraente, all'evidenza giustificato da altri interessi pubblici, almeno di pari dignità.

Come chiarito recentissimamente da questa stessa Sezione (cfr T.A.R. Catania, I, 16.12.2010, n. 4747) appare utile, in tal senso, osservare <<come l'art. 35 del Testo coordinato è rimasto immutato anche di seguito

all'intervento legislativo di cui alla l.r. 16/2010 volto a regolare "modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti", con il che riaffermando la volontà del Legislatore siciliano, cui certamente non è sfuggito il dibattito sull'applicabilità della normativa nazionale, di mantenere la distinzione esaminata con il codice dei contratti>>.

Né giova, conclusivamente, alla ricorrente il richiamo al comma 4 dell'art. 35 del Testo coordinato, laddove si prevede che "ai fini dell'ammissione dei concorrenti alle gare si applicano le disposizioni di cui alla circolare del Ministero dei lavori pubblici 2 agosto 1985, n. 382, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 13 agosto 1985".

Invero, da una attenta (e coordinata) lettura della detta circolare emerge che, se è pur vero che la stessa regola la trasformazione societaria riaffermando il principio, derivato espressamente dall'art. 2498 cod. civ., della conservazione dei diritti e degli obblighi anteriori alla modificazione societaria (ritenendo trasferibili i requisiti dalla società conferente a quella conferitaria), è altrettanto vero che, coerentemente con la sua finalità (snellimento delle procedure concernenti modifiche di iscrizioni all'A.N.C. per importi di competenza del Comitato Centrale che non richiedono il preventivo parere del Comitato regionale), la medesima regola il passaggio societario ai fini "dell'ammissione alla gara", stabilendo quale sia la produzione documentale da versare nel procedimento, ove ancora non intervenuta l'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori.

In altri termini, la normativa rinviata dal quarto comma dell'art. 35, dovendosi coordinare con il primo comma, non inserisce un

procedimento volto a regolare la trasformazione societaria nelle varie fasi della procedura di assegnazione dell'appalto, ma, più semplicemente, detta delle regole finalizzate alla sola fase dell'ammissione alla gara (quindi, alla valutazione dell'offerta trasfusa nei termini imposti dalla *lex specialis*), ove ancora la società trasformata non sia stata compiutamente iscritta all'A.N.C..

Conclusivamente, come premesso, il motivo contenuto nel provvedimento impugnato appare già di per sé sufficiente a sostenerlo e conseguentemente a far ritenere infondato il ricorso.

V. Ricorso per motivi aggiunti.

Asserisce parte ricorrente che la stazione appaltante avrebbe violato l'art. 11, comma 10, del D.lgvo 163/2006, come modificato dal D.Lgvo 20 marzo 2010 n. 53, a mente del quale “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79”, avendo la stessa comunicato agli odierni ricorrenti la disposta esclusione del 4 ottobre 2010 con nota prot. 2246 del 5 ottobre 2010 e, con nota del 20 ottobre 2010, l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Impresa Ing. Pio Guaraldo s.p.a. con delibera del 19 ottobre 2010, senza rispettare, quindi, i predetti termini.

Inoltre, avverso il provvedimento di esclusione e la disposta aggiudicazione definitiva i ricorrenti hanno proposto il ricorso con contestuale istanza cautelare, notificato in data 3 novembre 2010.

La stazione appaltante avrebbe, in tal modo violato, altresì, i commi

10 e 10 ter dell'art. 11 del D.lgvo 163/06.

Tale condotta, alla quale il legislatore ricollega l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 del codice amministrativo, sarebbe notevolmente pregiudizievole avuto riguardo al ricorso proposto dai ricorrenti, asseritamente illegittimamente pretermessi dalla gara, in quanto, per altro, portatori della offerta economicamente più vantaggiosa e richiedenti domanda di reintegrazione in forma specifica finalizzata al subentro nel contratto.

Tale violazione avrebbe impedito ai ricorrenti di ottenere una piena difesa e tutela prima della stipulazione del contratto di appalto, influenzando conseguentemente anche sulla possibilità di avere l'affidamento almeno nella sua interezza.

La censura non può essere accolta.

Invero, la chiesta inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 121, comma 1, c.p.a. può essere disposta, per quanto d'interesse, intanto, ove il giudice annulli l'aggiudicazione definitiva.

Il rigetto del ricorso, al contrario, comporta la conferma dell'efficacia del contratto.

Ne deriva la carenza di interesse a coltivare il motivo di gravame.

Del resto, l'apprezzamento della dedotta circostanza della stipula del contratto senza il rispetto del termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, commi 10 e 10 ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, secondo quanto stabilito sempre dal medesimo art. 121, comma 1, lett. c) e d) è possibile solo "qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della

stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

Sicché le dette violazioni sono valutabili solo in presenza di vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, ritenuti dal Collegio, invero, insussistenti.

Consegue il rigetto anche del ricorso per motivi aggiunti e di tutte le domande accessorie.

Stimasi superfluo l'esame del ricorso incidentale.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dei resistenti, in parti uguali, delle spese del giudizio, che liquida in complessivi € tremila, oltre spese generali, I.V.A., C.P.A..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

Francesco Bruno, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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