



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 306 del 2009, integrato da tre successivi motivi aggiunti, proposto da: SOIMPER s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Giuseppe Sbisà e Alessandro Righini, con domicilio eletto presso il terzo, in Trieste, via Donata 3; Vibl s.r.l., De Marchi Impianti s.r.l.;

contro

Comune di Trieste, rappresentato e difeso dagli avv. Maritza Filipuzzi, Maria Serena Giraldi, Valentina Frezza e Valeria Mazzurco, domiciliato per legge in Trieste, via Genova 2;

nei confronti di

Scarcia & Rossi Lavori Edili s.n.c., Riccesi s.p.a., rappresentati e difesi dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Filzi 8; Elettrica Gover s.n.c., C.R.E.A. Consorzio Stabile a r.l.; Fallimento Scarcia & Rossi Lavori Edili s.n.c., rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Guglielmucci, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via S. Nicolo' 10;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo: del provvedimento di aggiudicazione alla ditta Scarcia & Rossi dd. 24.3.2009;

quanto ai primi motivi aggiunti, depositati in data 9.7.2009: del verbale di consegna dei lavori dd. 30.4.2009, nonchè del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra il Comune di Trieste e la ditta Scarcia, nonchè per la condanna dell'Amministrazione comunale di Trieste al risarcimento in favore delle società ricorrenti;

quanto ai secondi motivi aggiunti, depositati in data 31.7.2009: della nota dd. 30 marzo 2009; e del verbale dd. 30 marzo 2009 di presa d'atto del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori; del processo verbale di consegna delle aree di cantiere per le attività propedeutiche all'inizio dei lavori dd. 31.3.2009; della nota dd. 27 aprile 2009; del processo verbale di consegna dei lavori dd. 30.4.2009;

quanto ai terzi motivi aggiunti, depositati in data 30.6.2010 : della deliberazione della Giunta comunale di Trieste n. 194 dd. 10.5.2010, con la quale l'Amministrazione resistente ha preso atto del contratto tra la Curatela del fallimento Scarcia & Rossi e l'impresa Riccesi relativo all'affitto del ramo aziendale della fallita in capo alla Riccesi spa ed acconsentito al subentro dell'affittuaria nei contratti in essere tra la fallita ed il Comune di Trieste; e, in particolare del contratto d'appalto rep. n. 81319 dd. 24.6.2009; inoltre, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto d'appalto stipulato tra il Comune di Trieste e l'impresa Riccesi, nella parte in cui si acconsente al subentro di Riccesi spa nel contratto; infine, per la condanna dell'Amministrazione comunale di Trieste al risarcimento in favore delle società ricorrenti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trieste e di Scarcia & Rossi Lavori Edili s.n.c. e di Fallimento Scarcia & Rossi e di Riccesi s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Scarcia & Rossi Lavori Edili s.n.c., rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Filzi 8;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente SOIMPER s.r.l. (classificatasi al terzo posto) impugna l'aggiudicazione alla controinteressata Scarcia & Rossi s.n.c. dell'appalto per i lavori di ristrutturazione dello Stadio Comunale "G. Grezar" di Trieste, e atti connessi, ivi compreso il Capitolato e i verbali, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara la controinteressata ed il secondo classificato, Consorzio Stabile CREA a r.l...

1.1. - In fatto, espone di aver partecipato, quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I., alla gara a procedura aperta, bandita dal Comune, per i lavori di ristrutturazione - II lotto, II stralcio - dello Stadio Comunale, appalto avente base d'asta pari ad € 4.180.000,00, da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari.

La gara - cui hanno partecipato 18 concorrenti, quattro dei quali immediatamente esclusi per irregolarità - veniva infine aggiudicata alla controinteressata Scarcia & Rossi s.n.c. (con un ribasso del 40,80%), la quale, ai sensi dell'art. 49 del D.Lg. 163/06, aveva indicato di volersi avvalere, per l'esecuzione dei lavori, della Ditta

Elettrica Gover s.n.c.. Secondo, si classificava il Consorzio Stabile CREA a r.l. (con un ribasso del 30,251%), e terza la ricorrente (con un ribasso del 28,007 %).

1.2. - In questa sede, l'istante contesta l'ammissione alla gara di entrambe le prime due classificate.

Quanto all'offerta della controinteressata Scarcia & Rossi s.n.c. lamenta:

- 1) violazione del Disciplinare, nella parte in cui prescrive che, in caso di avvalimento, era necessario presentare la documentazione di cui all'art. 49, comma 2, del D.Lg. 163/06, con riferimento alla Ditta Elettrica Gover s.n.c;
- 2) violazione dell'art. 90, comma 3, del D.P.R. 554/99 e dell'art. 69, comma 3, del D.P.R. del F.V.G. n. 0165 del 5.6.03;
- 3) violazione della lex specialis, per ciò che concerne le modalità prescritte per la dichiarazione del subappalto;
- 4) violazione della lex specialis e dell'art. 87 del D.Lg. 163/06.

Quanto all'offerta del secondo classificato, Consorzio Stabile CREA a r.l. lamenta:

- 1) violazione della lex specialis; degli artt. 35 e 36 del D.Lg. 163/06 e di principi in tema di partecipazione dei Consorzi Stabili alle gare d'appalto.
- 2) violazione della lex specialis e dell'art. 87 del D.Lg. 163/06.

2. - Il Comune di Trieste, costituito, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - Si è costituita in giudizio la controinteressata Scarcia & Rossi s.n.c. (che ha presentato anche ricorso incidentale) che, eccepita in primis la carenza di interesse al ricorso, posto che la ricorrente è solo terza in graduatoria, conclude essa pure per la sua reiezione.

3.1. - Con il ricorso incidentale, contesta l'ammissione alla gara di SOIMPER s.r.l. che, a suo dire, avrebbe dovuto essere esclusa.

3.1.1. - Questi i motivi dedotti: violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06 e della lex specialis. Violazione della par condicio; travisamento di fatto, falsa applicazione delle regole di gara.

4. - Con un primo atto di motivi aggiunti, depositato il 9.7.09, la ricorrente impugna il verbale di consegna dei lavori, e atti connessi, ivi compreso, ove stipulato, il contratto di appalto, e chiede il risarcimento del danno.

4.1. - I motivi di doglianza sono: violazione degli artt. 71, comma 3, 129 e 130 del D.P.R. 55499 e degli artt. 78 e 79 del D.P.G. regionale 0165/03. Difetto di motivazione e sviamento.

5. - Il 31.7.09, l'istante ha depositato un secondo atto di motivi aggiunti, con cui impugna l'autorizzazione del Responsabile del Procedimento alla consegna anticipata dei lavori, e atti connessi, tutti afferenti all'esecuzione del contratto di appalto.

5.1. - Contro questi atti lamenta:

1) omessa indicazione del numero di protocollo e della data di adozione; violazione degli artt. 53, 55 e 57 del D.P.R. 445/00 e dell'art. 1 della L. 241/90.

Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza;

2) difetto e incongruità della motivazione.

6. - In prosieguo, la ditta Scarcia & Rossi s.n.c., da tempo in sofferenza, veniva dichiarata fallita, con sentenza del Tribunale di Trieste del 28.1.10.

6.1. - Per salvaguardare la continuità aziendale nel corso della procedura di liquidazione concorsuale, la Curatela Fallimentare valutava le proposte di alcuni soggetti interessati all'affitto del ramo di azienda titolare dei rapporti contrattuali tra la fallita Ditta Scarcia & Rossi s.n.c. ed il Comune di Trieste, tra i quali vi era anche l'appalto di cui trattasi.

Detto ramo d'azienda, con contratto stipulato il 2.3.10, veniva affittato alla Impresa Riccesi s.p.a., con una clausola che prevedeva la possibilità di subentrare

nei rapporti contrattuali col Comune di Trieste, previo consenso di quest'ultimo. L'Ente avviava così un procedimento volto alla presa d'atto dell'intervenuto affitto d'azienda ed alle conseguenti determinazioni.

Nonostante la diffida della ricorrente, che contestava, richiamando l'art. 140 del D.Lg. 163/06, la possibilità di addivenire a tale soluzione, con atto del 10.5.10 n. 194 il Comune acconsentiva al subentro di Riccesi s.p.a. nell'esecuzione del contratto.

7. - Contro tale atto, l'istante propone il terzo ricorso per motivi aggiunti ("a valere anche quale ricorso autonomo"), depositato il 30.6.10 e notificato anche al Fallimento, con cui si duole dell'illegittimità della presa d'atto e del conseguente assenso da parte del Comune al subentro nel contratto, deducendo i seguenti motivi:

- 1) violazione degli artt. 57, 116 e 118 del D.Lg. 163/06; errore sui presupposti, difetto di istruttoria e motivazione;
- 2) violazione dell'art. 140 del D.Lg. 163/06 e della lex specialis; errore sui presupposti, illogicità, difetto di istruttoria e motivazione.

Chiede, infine, la dichiarazione di inefficacia anche del contratto stipulato con Riccesi s.p.a..

8. - Benchè il fallimento non sia mai stato ufficialmente dichiarato, la ricorrente ha provveduto, in data 18.6.10, alla riassunzione della causa.

9. - La Curatela Fallimentare, a sua volta, il 29.6.10, si è costituita in giudizio facendo proprie tutte le difese ed argomentazioni già dispiagate da Scarcia & Rossi s.n.c..

10. - Anche Riccesi s.p.a. - nella sua qualità di cessionaria, a titolo particolare, del ramo d'azienda della Società fallita - è presente in giudizio, esprimendo la volontà di far proprie tutte le difese (ed il ricorso incidentale) presentati da Scarcia & Rossi s.n.c..

11. - Tutte le parti hanno dimesso ampie memorie con cui precisano le proprie posizioni.

11.1. - La ricorrente ribadisce tutti i motivi proposti nel ricorso introduttivo e nei tre atti di motivi aggiunti; contesta puntualmente la sussistenza delle argomentazioni su cui è fondato il ricorso incidentale, che, anzi, essa ritiene essere divenuto improcedibile in quanto proposto da una parte fallita in corso di causa e non riassunto nei termini dai soggetti a ciò legittimati. Risponde, infine, con ampia argomentazione, all'eccezione sollevata dalle parti resistenti in merito alla parziale carenza di giurisdizione di questo Tribunale per quanto concerne gli atti relativi all'esecuzione dell'appalto ed al subentro di Riccesi s.p.a. nel contratto.

11.2 - Il Comune, per parte sua, rileva come il fallimento non sia stato dichiarato, con la conseguenza che il processo non si è mai interrotto. Non vi era quindi alcuna necessità di riassunzione dello stesso; riassunzione che, peraltro, è stata notificata al Comune senza includervi anche il terzo atto di motivi aggiunti; il quale, invece, è stato notificato alla Ditta Riccesi s.p.a., che non era parte in causa.

Eccepisce ancora il Comune che la ricorrente è comunque carente di interesse alla decisione posto che, oltre ad essere terza in graduatoria, ha presentato un'offerta che asserisce essere anomala e le cui giustificazioni non sono state verificate.

Non solo, anche l'offerta della seconda classificata (che comunque la ricorrente deve scalzare per giustificare il proprio interesse) è anomala, e le sue giustificazioni non sono state esaminate; quindi non è affatto certo che, quand'anche tutti i motivi di ricorso fossero fondati, l'istante risulterebbe aggiudicataria.

11.3 - Analoghe eccezioni e censure vengono svolte anche dalle restanti parti.

12. - Per dipanare la non facile serie di questioni che il Collegio è chiamato a risolvere, conviene partire da un primo problema: la sussistenza dell'interesse della parte istante e la valutazione del ricorso incidentale, sia nei suoi profili di rito che di merito.

12.1. - La ricorrente, infatti, è terza in graduatoria. Essa peraltro aggredisce la posizione di entrambe le prime due classificate, con motivi che, se accolti, ne imporrebbero l'esclusione. Ne deriva che, se alcuno dei motivi proposti nei confronti di entrambe le Ditte fosse fondato, l'interesse al ricorso sarebbe pienamente sussistente; ancorchè, come precisa il Comune, sia l'offerta della seconda classificata che della deducente medesima siano anomale e le loro giustificazioni non siano ancora state valutate. A ciò consegue che comunque la ricorrente - anche se le sue tesi fossero in toto accolte - non avrebbe la certezza di essere l'aggiudicataria.

Ad avviso del Collegio l'eccezione non è fondata. Infatti, laddove la prospettazione della ricorrente risultasse fondata, e le prime due classificate dovessero essere escluse, l'affare andrebbe rimesso all'Amministrazione, per la valutazione delle giustificazioni di prezzo dalla stessa offerte (e non ancora valutate). E' ben vero che non vi è, allo stato, certezza dell'aggiudicazione, ma l'istante conseguirebbe comunque il vantaggio di vedere la propria offerta collocata al primo posto e verificata; il che soddisfa quell'interesse strumentale (volto cioè a conseguire comunque un'utilità, anche diversa e minore, rispetto a quella derivante dall'aggiudicazione) che la giurisprudenza ritiene sufficiente per la salvezza del ricorso.

12.2. - Altro problema è quello della previa valutazione del ricorso incidentale (c.d. "effetto paralizzante"), allorquando sia il ricorrente principale che quello incidentale propongano motivi di ricorso volti alla reciproca esclusione dalla gara.

Il Collegio ritiene di prestare puntuale adesione (non rinvenendo ragioni per discostarsene) al consolidato orientamento giurisprudenziale (si veda, da ultimo e per tutti: C.S. n. 1297/11) secondo cui il Giudice Amministrativo deve esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale - a prescindere dal relativo ordine - nel solo caso in cui ricorrente principale e quello incidentale siano i due soli

soggetti ammessi ad una gara di appalto (ipotesi che, nel caso di specie non sussiste, trattandosi di procedura con più di due soggetti ammessi). Negli altri casi, vige invece il principio per cui va esaminato per primo il ricorso incidentale, il cui accoglimento, inevitabilmente, paralizza quello principale rendendolo improcedibile (in tal senso, C.S., n. 850/10; id., n. 1772/09; e A.P. n. 11/08).

12.3. - In merito al ricorso incidentale, l'istante ne eccepisce l'improcedibilità, posto che esso è stato presentato da una parte fallita in corso di causa, cui è bensì subentrato il Fallimento, ma senza alcun atto di riassunzione della causa, e, quindi, neppure del ricorso incidentale del fallito, delle cui azioni e conclusioni pertanto non può avvalersi. Così come non può avvalersi, a tal fine, della riassunzione proposta dalla ricorrente, che, all'evidenza, ha riassunto le proprie domande, ma non quelle - avanzate attraverso il ricorso incidentale - del proprio avversario.

La, pur sottile, argomentazione non persuade, per un semplice dato di fatto: nel presente caso non vi è stata alcuna interruzione del giudizio, dato che nessuna delle parti ha dichiarato ritualmente il fallimento, cosicché la causa è, semplicemente, proseguita con la sostituzione della parte che ha perduto la legittimazione processuale, per così dire "in corsa", con altra parte che è subentrata in tutte le sue posizioni.

12.4. - Il ricorso incidentale, peraltro, non appare fondato

Esso propone il seguente argomento: il Disciplinare di gara imponeva di dichiarare, a pena di esclusione, i nominativi dei Direttori Tecnici, i quali dovevano presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 del D.Lg. 163/06. La ricorrente, afferma il ricorso incidentale, ha bensì indicato quale Direttore Tecnico il signor Virgilio Giancarlo, ma ha ommesso di precisare che è tale anche il signor Virgilio Albino (come risulta dalla attestazione SOA; in atti), e (forse) anche il signor Pietro Paradiso che, sempre nell'attestazione SOA, viene incluso tra i soggetti "titolari di cariche o qualifiche".

Quest'ultimo, come correttamente precisa la ricorrente, non ha la qualifica di Direttore Tecnico, bensì di Responsabile Tecnico, quindi giustamente non è stato menzionato. Per quanto concerne invece Albino Virgilio, l'indicazione che lo stesso è Direttore Tecnico vi è, ed è contenuta nella dichiarazione sostitutiva resa al Presidente del C. di A., Albino Giancarlo (doc. n. 2, del II elenco); e lo stesso Albino Virgilio ha regolarmente reso la dichiarazione ex art. 38 (doc. 3, stesso elenco).

12.5. - Si può quindi passare all'esame del ricorso introduttivo, che risulta fondato nei termini che verranno appresso indicati.

12.5.1. - Con il primo motivo SOIMPER s.r.l. afferma che l'aggiudicataria Scarcia & Rossi s.n.c. avrebbe dovuto esser esclusa dalla gara, per violazione del Disciplinare "nella parte in cui prescrive per le imprese che avessero fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, la produzione della documentazione di cui all'art. 49 del D.Lg. 163/06, con conseguente violazione dell'art. 38, per non aver dimesso la documentazione ivi prescritta nei confronti della signora Tiziana Valvason, socio, Direttore Tecnico e legale rappresentante della Ditta Elettrica Gover s.n.c., di cui Scarcia & Rossi s.n.c. ha dichiarato di avvalersi ai sensi dell'art. 49 del D.Lg. 163/06".

Contrariamente a quanto afferma la ricorrente, il Disciplinare nulla dispone sul punto; ma è pacifico che, chi intenda utilizzare lo strumento dell'avvalimento, deve sottostare alle regole di cui all'art. 49 cit.. Il quale, per quanto qui rileva, precisa che, a tal fine, il concorrente deve allegare "c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38". Secondo la ricorrente, poiché il Disciplinare espressamente richiedeva (cfr. punto 1, lett. D), senza alcuna ulteriore distinzione, che le dichiarazioni di cui all'art. 38 fossero rese (a pena di esclusione) dai Direttori Tecnici e dal titolare, in caso di impresa individuale; dai Direttori Tecnici e dai soci,

se in nome collettivo; dai Direttori Tecnici e dai soci accomandatari, se in accomandita semplice; dai Direttori Tecnici e dagli amministratori muniti del potere di rappresentanza, se altre Società o Consorzi; ne deriva che la controinteressata andava esclusa per aver la Ditta ausiliaria omesso le prescritte dichiarazioni con riferimento al Socio e Direttore Tecnico, signora Valvason.

A tale prospettazione, viene opposto che il Disciplinare non lo richiedeva espressamente e che, in ogni caso, la dichiarazione è stata resa dal signor Luciano Gover, legale rappresentante della Ditta Elettrica Gover s.n.c., con dichiarazione “cumulativa”, come consentito espressamente dal punto 1- D) del disciplinare.

Ad avviso del Collegio, il motivo è fondato.

Infatti, come precisato dal C.S. nella decisione 8059/10, l'art. 49 del D.Lg. 163/06 ha dettato una regola che prevede, “sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale, una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti e gli operatori economici in rapporto di avvalimento”, al che consegue che la Ditta ausiliaria deve rendere le prescritte dichiarazioni secondo le regole poste dall'art. 38 del D.Lg. 163/06 (o dal Bando); quindi devono fornire le prescritte dichiarazioni tutti i soggetti obbligati ovvero il “dichiarante per conto degli stessi, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/00”, come espressamente previsto dal punto 1-D) del Disciplinare.

Orbene, nel caso di specie, è incontroverso che manca la dichiarazione della signora Valvason. Né la stessa può ritenersi, come opina il Comune, “contenuta” in quella resa dal legale rappresentante, Direttore Tecnico e socio amministratore signor Luciano Gover, che, lungi dal dichiarare per sé e per altri (ovvero anche, come l'art. 49 pare consentire, per l' ”impresa”) ha inequivocabilmente dichiarato il possesso dei requisiti solo per sé medesimo.

Il Collegio ha valutato se, in questo caso, fosse ammissibile il potere di soccorso da parte della P.A.; ma ritiene di dover dare risposta negativa in ragione del fatto che

la dichiarazione di cui si controverte è richiesta dal Bando, al punto 1) “per tutti i concorrenti”, e quella resa dal signor Luciano Gover è indiscutibilmente limitata alla sua persona, e non può essere interpretata come riferita alla Società nè, a maggior ragione, agli altri soggetti obbligati.

La Ditta Scarcia & Rossi s.n.c. andava, quindi, esclusa.

Essendo il suesposto motivo fondato ed assorbente non è necessario esaminare le altre doglianze espresse nei confronti dell'aggiudicataria.

12.6. - Si può quindi passare all'esame del gruppo di censure avanzate nei confronti del secondo classificato Consorzio Stabile CREA s.n.c..

La ricorrente, con il primo motivo, sostiene che anche tale concorrente andava escluso, per aver prodotto le attestazioni SOA e le dichiarazioni di cui all'art. 38 solo nei confronti del Consorzio stesso e non anche delle imprese designate ad eseguire l'appalto.

Il Collegio non ignora che il Consiglio di Stato si è pronunciato anche recentemente (annullando una sentenza di questo Tribunale) nel senso prospettato dalla ricorrente (si veda la decisione del C.S. n. 3759/10). Tuttavia, in questo caso, non ritiene di poter aderire senz'altro a tale prospettazione. Infatti, il Bando non prevedeva espressamente che il Consorzio fornisse tali dichiarazioni; per i Consorzi Stabili invero non vale il punto 1) del Disciplinare, bensì il punto 3), ove si prescrive solo che “il Consorzio Stabile dovrà provvedere a presentare e sottoscrivere tutta la documentazione di cui sopra, dichiarando quanto nella medesima stabilito. Inoltre i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria dovranno essere posseduti e comprovati dagli stessi (art. 35 del D.Lg. 163/06)”. A parte l'improprietà grammaticale (non è chiaro chi siano “gli stessi” dato che il soggetto è “il Consorzio Stabile”), va osservato che il Disciplinare richiamando “tutta la documentazione di cui sopra, dichiarando quanto nella medesima stabilito” fa rinvio al punto D) che, come sopra riportato, per i Consorzi prevede la

dichiarazione ex art. 38 solo per “i Direttori Tecnici e gli amministratori muniti del potere di rappresentanza”.

Questo Collegio, con la recente decisione n. 12/11, premesso che le cause di esclusione sono da considerarsi tipiche e non possono essere arbitrariamente estese, ha ritenuto che, in fattispecie di questo tipo, “il contrasto fra le due esigenze - quella rigorista ... e quella garantista, che risponde all’idea di non comminare drastiche esclusioni dalla procedura di gara per la violazione di un precetto che l’impresa partecipante non è in condizione di rinvenire né nel bando, né nella littera legis - può essere sanato, attraverso una soluzione mediana, che contemperi i due contrapposti aspetti” (così si esprime Tar Sicilia - Catania n. 436/10), non risultando “contrario a legge ritenere che l’omissione di detta dichiarazione non costituisca immediata causa di esclusione dalla procedura (salvo che tale sanzione sia direttamente ed espressamente comminata nel Bando), e possa costituire invece occasione affinché la Stazione Appaltante eserciti il potere/dovere di richiedere al concorrente l’integrazione della documentazione di gara, sotto il profilo qui mancante”.

Poiché, anche nel presente caso, la Ditta si era attenuta alle prescrizioni del Disciplinare e la legge nulla di puntuale prevede sul punto (l’art. 36, per quanto qui rileva, dispone infatti solamente che “i Consorzi Stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il Consorzio concorre”), si ritiene che il Consorzio non potesse essere immediatamente escluso, ma la S.A. dovesse richiedere la produzione della documentazione mancante.

12.6.1. - La ricorrente propone, avverso l’ammissione alla gara del Consorzio anche un secondo motivo, con cui lamenta che le giustificazioni da includere nella busta C) e che dovevano riguardare “le voci di prezzo che concorrono a formare l’importo complessivo offerto”, siano state rese “solo in relazione ad una parte

delle voci di prezzo”, il che “non avrebbe in ogni caso consentito di verificare la serietà e l’affidabilità dell’offerta”.

Questo motivo ha provocato reazioni vivaci da parte delle controparti, che hanno precisato come non si comprenda in qual modo la ricorrente si sia procurata tali informazioni, dato che la busta contenente le giustificazioni del Consorzio (così come quella della ricorrente) non sono state ancora aperte.

A prescindere da tutto ciò, il motivo deve comunque essere dichiarato inammissibile perché formulato in via ipotetica e non sostenuto neppure da un principio di prova.

12.7. - A questo punto, tirando le fila di quanto sin qui detto, il Collegio ritiene che il ricorso principale, nei limiti esposti, vada accolto.

In definitiva, l’originaria aggiudicataria (medio tempore fallita) avrebbe dovuto esser esclusa; il secondo classificato, invece, non poteva essere, sic et simpliciter, escluso, bensì la S.A. doveva (e dovrà) provvedere - ora per allora - a richiedergli le dichiarazioni mancanti e, successivamente, a verificare le giustificazioni presentate.

Laddove le Ditte designate dal Consorzio ad eseguire i lavori dovessero dovesse risultare in possesso dei requisiti e l’offerta risultasse non anomala, è al Consorzio che dovrebbero essere (virtualmente) aggiudicati i lavori. In questo caso, il presente ricorso verrà dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

La posizione della ricorrente (le cui giustificazioni, vale la pena di sottolinearlo, non sono state ancora valutate) verrà in considerazione, solo ed in quanto, anche il Consorzio risultasse, per qualche ragione, incapiente. In questo caso, e solo in questo, la S.A. dovrà prendere in esame e valutare le giustificazione di prezzo presentate dalla ricorrente. Nel caso la stessa dovesse risultare aggiudicataria, posto che i lavori sono già stati eseguiti, si dovrà procedere alla valutazione del risarcimento del danno per equivalente.

13. - Per quanto concerne i primi due motivi aggiunti (con cui si contesta, in sostanza, l'anticipata consegna dei lavori), va accolta l'eccezione di difetto di giurisdizione di questo Tribunale, trattandosi di attività estranee alla procedura di gara, sulla quale solamente il TAR ha competenza.

14. I terzi motivi aggiunti, con cui si impugna la decisione comunale di accettare il subentro di Riccesi s.p.a. nel contratto, meritano qualche precisazione, dato che la questione può essere riguardata da diversi punti di osservazione.

14.1. - Deve essere valutato innanzi tutto l'interesse che muove la ricorrente. Il Collegio ritiene che esso - in astratto - sussista, ma solo se la tesi dell'istante fosse esatta e, nel caso di specie, in capo al Comune gravasse l'obbligo legale, ex art. 140 del D.Lg. 163/06 (puntualmente richiamato dalla *lex specialis*) di scorrere la graduatoria.

Così non è. L'art. 140 del D.Lg. 163/06 stabilisce che “le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori”; quindi attribuisce alle SS.AA. una facoltà e non un obbligo.

Ciò è sufficiente per respingere questa parte del terzo motivo aggiunto.

14.2. - L'istante pone peraltro ulteriori questioni, relative alla scelta del soggetto cui affidare il completamento dei lavori (cioè se poteva il Comune semplicemente “accettare” il subentro da parte della Ditta che aveva sottoscritto con il Fallimento il contratto di affitto di azienda, ovvero se ciò potesse avvenire, a tenore dell'art. 116 del D.Lg. 163/06, solo in favore di una specifica tipologia di cooperative “costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della L.n. 59/92 e successive modificazioni, e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci

cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'art. 6 della L. n. 223/91").

Il Collegio ritiene (a prescindere dalla evidente carenza di interesse della ricorrente a sollevare la questione, posto che dall'eventuale accoglimento di questa doglianza non trarrebbe alcun vantaggio) di non avere giurisdizione con riferimento a tali aspetti, estranei alla procedura di gara di cui trattasi (la cui cognizione, da parte del TAR, trova il suo limite estremo nell'aggiudicazione, ed. eventualmente nella dichiarazione di inefficacia del contratto che immediatamente ne consegua), ed afferenti all'esecuzione del contratto stesso (rectius: al completamento dei lavori) e ai rapporti col Fallimento, di competenza del Giudice Ordinario.

15. - In definitiva, il ricorso introduttivo va accolto in parte, con conseguente esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Scarcia & Rossi s.n.c.; e rimessione alla S.A. affinché proceda alla richiesta dell'indicata documentazione integrativa al Consorzio Stabile CREA a r.l. ed alla valutazione delle sue giustificazioni; nonché, se del caso, anche di quelle presentate dalla ricorrente, al fine di verificare se, eventualmente, la stessa possa conseguire l'aggiudicazione, onde procedere alla valutazione della sua richiesta risarcitoria.

I primi due motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili per carenza di giurisdizione di questo Giudice.

Il terzo va parimenti dichiarato inammissibile, con riferimento alla presa d'atto del Comune dell'intervenuto affitto di azienda e del subentro nell'esecuzione del contratto, per difetto di giurisdizione (a prescindere dall'evidente carenza di interesse della ricorrente), e respinto quanto al preteso obbligo derivante dalla legge e dal Capitolato di scorrimento della graduatoria.

L'affare va, quindi, rimesso all'Amministrazione, la quale provvederà entro il termine di 90 giorni (dalla comunicazione in via amministrativa della presente

sentenza, ovvero dalla sua notificazione, se anteriore) a compiere le attività più sopra indicate, le cui risultanze verranno, entro gli ulteriori 30 giorni, depositate presso la Segreteria del Tribunale, per consentire la definitiva deliberazione del giudizio.

16. - Viene rinviata al merito ogni ulteriore questione, ivi comprese le spese di giudizio.

17. - La causa può comunque essere proseguita, con riferimento a quanto ritenuto di competenza del G.O., previa riassunzione innanzi allo stesso, nel termine indicato dall'art. 11, comma 2, del D.Lg. 104/10.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, pronunciando - con decisione parziale - sul ricorso e motivi aggiunti di cui in epigrafe, accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione, il ricorso introduttivo; dichiara in parte inammissibili e in parte infondati, come amplius sopra esposto, i tre motivi aggiunti; rimette all'Amministrazione il compimento delle attività indicate in motivazione, e rinvia la causa, per la definitiva deliberazione, all'udienza pubblica. del 14 dicembre 2011, ore di rito.

Spese al definitivo.

La causa può essere proseguita, per le parti per cui è stata dichiarata la carenza di giurisdizione, del TAR, previa riassunzione innanzi al competente Giudice Ordinario, nel termine indicato dall'art. 11, comma 2, del D.Lg. 104/10.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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