



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2795 del 2010, proposto da:
Guardo S.r.l., Valena Costruzioni Srl, rappresentate e difese dall'avv.
Fabio Lo Presti, con domicilio eletto presso Fabio Lo Presti in
Catania, viale XX Settembre n. 43;

contro

Comune di Grammichele, rappresentato e difeso dagli avv. Lucia
Marino, Antonino Mirone, con domicilio eletto presso Antonino
Mirone in Catania, via Vecchia Ognina, 142/B; U.R.E.G.A. Sezione
Provinciale di Catania; Assessorato Regionale Lavori Pubblici,
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distr.le Catania,
domiciliataria in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

C&P Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Ignazio Scuderi, con
domicilio eletto presso Ignazio Scuderi in Catania, via V. Giuffrida,

37; Battistella Spa;

per l'annullamento

della determinazione n. 947 del 10 settembre 2010, con la quale il Responsabile del Settore Area Tecnica del Comune di Grammichele ha stabilito: 1) di escludere l'impresa GUARDO S.r.l. dalla partecipazione alla gara per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un canale di scolo nelle contrade Giandritto, Valverde e Valle Ginestra"; 2) di dichiarare l'illegittimità della individuazione, da parte dell'UREGA di Catania, dell'impresa GUARDO come aggiudicataria provvisoria della detta gara; 3) di annullare tutti gli atti relativi alla citata gara, nella parte in cui hanno individuato la ditta GUARDO S.r.l. quale avente diritto all'aggiudicazione; 4) di aggiudicare l'incanto all'ATI controinteressata BATTISTELLA - C&P srl; ove occorra, del bando e del disciplinare di gara *in parte qua*;

Visti il ricorso principale e il ricorso incidentale, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di:

- Comune di Grammichele;
- Assessorato Regionale Lavori Pubblici;
- C&P Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2011 il dott.

Rosalia Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Le ricorrenti impugnano i provvedimenti specificati in epigrafe, con i quali la GUARDO srl è stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un canale di scolo nelle contrade Giandritto, Valverde e Valle Ginestra indetta dal Comune di Grammichele, e detti lavori sono stati aggiudicati all'ATI Battistella - C&P srl.

Il ricorso è affidato alle censure di violazione dell'art. 7 ter della l. n. 109/1994 come recepita in Sicilia, degli articoli 8 e 10 del DPRS n. 1 del 14 gennaio 2005, incompetenza (primo motivo di gravame), di violazione dei principi in materia di annullamento in autotutela, ed eccesso di potere per contraddittorietà manifesta (secondo motivo di gravame), di violazione dell'art. 75 DPR n. 554/1999, 38 del d.l.vo n. 163/2006, dei principi in materia di gare pubbliche e del disciplinare di gara (terzo motivo di gravame), di violazione dell'art. 75 DPR n. 554/1999, dell'art. 38 del d.l.vo n. 163/2006, eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti, illogicità manifesta (quarto motivo di gravame).

La controinteressata C&P srl si è costituita in resistenza, difendendo la legittimità degli atti impugnati e spiegando ricorso incidentale; con quest'ultimo ha censurato gli atti di gara e i provvedimenti impugnati col ricorso principale, nelle parti relative all'ammissione alla procedura

della GUARDO srl, deducendo violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 75 del D.P.R. 554/1999, nonché del disciplinare e del bando di gara (primo motivo di ricorso incidentale), e, in subordine, illegittimità del bando, per violazione dell'articolo 75 del D.P.R. numero 554/1999 e dell'articolo 38 del decreto legislativo numero 163/2006, ove interpretato come favorevole all'ammissione della controinteressata alla gara (secondo motivo di ricorso incidentale).

Il Comune di Grammichele, costituitosi in resistenza, ha contestato tutte le doglianze dedotte nel ricorso principale.

L'Avvocatura dello Stato, costituitasi per l'Assessorato LL.PP. e per l'UREGA di Catania, ha chiesto l'estromissione dal giudizio di dette amministrazioni, non risultando formulate domande nei confronti delle stesse ed essendo censurati essenzialmente atti e comportamenti del Comune di Grammichele.

Con ordinanza n. 1566/2010 il Tar ha rigettato l'istanza cautelare, per ritenuta infondatezza, ad un esame sommario, del ricorso principale, ed altresì per ritenuta fondatezza del ricorso incidentale.

2.- Il collegio accoglie la domanda di estromissione della difesa erariale, poiché fra gli atti impugnati non vi sono determinazioni assunte dall'UREGA.

Il collegio ritiene di non doversi discostare dall'orientamento espresso nella decisione cautelare menzionata alla fine del precedente paragrafo, poiché anche al più approfondito esame svolto in sede di merito il ricorso principale si rivela infondato.

Si esamina il primo motivo dedotto dalla parte ricorrente principale, la

quale sostiene l'incompetenza del Responsabile del Settore Area Tecnica del Comune di Grammichele ad adottare gli atti impugnati; e ciò in base al parziale trasferimento delle competenze inerenti le procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici agli UREGA, ad opera dell'art. 7 ter della l. n. 109/1994, come recepito in Sicilia, e tenuto conto dell'art. 8 del DPRS n. 1/2005 che disciplina le procedure che tale ufficio deve applicare nelle operazioni di gara, nonché delle norme di coordinamento tra le competenze ad esso ufficio demandate e quelle di pertinenza dell'ente appaltante. In particolare, secondo parte ricorrente l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione divenuta definitiva in suo favore sarebbe stata di competenza del Responsabile Settore Area tecnica, mentre la riapertura della gara e le successive operazioni sarebbero spettate all'UREGA.

La censura è infondata, in quanto all'UREGA, ai sensi della normativa invocata in ricorso, compete la formulazione di una proposta di aggiudicazione (art. 7 ter, comma 6, l.r. 7/2002), il potere di approvare o meno la proposta e, quindi, di procedere all'aggiudicazione. In tale quadro spetta all'amministrazione attiva, oltre al potere di non approvare la proposta, anche la competenza ad annullare in autotutela l'eventuale aggiudicazione. In questo ultimo caso, in base al DPRS 1/2005, gli atti devono essere rimessi all'UREGA solo nel caso in cui sia necessario procedere alla rinnovazione delle valutazioni tecniche. Dispone, infatti, il citato DPRS che l'UREGA, dopo aver predisposto *“la graduatoria*

individuando il concorrente che ha presentato il massimo ribasso percentuale” (art. 8), “redige un verbale delle operazioni di gara” che trasmette all’amministrazione appaltante la quale “deve adottare il provvedimento finale” (art. 10, commi 1 e 2). Nel caso in cui l’amministrazione appaltante individui “vizi nella proposta di provvedimento per il cui rimedio non è necessaria la rinnovazione della procedura, l’organo competente dell’amministrazione appaltante, con provvedimento congruamente motivato, procede alla correzione, previo avviso ai concorrenti collocatisi al primo e al secondo posto in graduatoria. In ogni altro caso, rimette gli atti all’Ufficio” (art. 10 comma 3). In base a tale ultima disposizione, il RUP, che non ha dovuto rideterminare la media, né rinnovare gli atti di gara e nemmeno effettuare nuovamente il sorteggio, sostituendosi all’UREGA, si è limitato ad esercitare il potere, spettantegli, di aggiudicare l’appalto all’impresa legittimata ad ottenerlo, anche in base paragrafo 3 del punto 3 del disciplinare di gara, rubricato “Conclusioni dell’aggiudicazione”, ove si prevede espressamente che “...nel caso in cui l’aggiudicatario provvisorio venga escluso per carenza dei requisiti, l’appalto sarà aggiudicato al concorrente secondo in graduatoria...”.

La censura esaminata non merita pertanto adesione.

3. – Si esamina il secondo motivo dedotto nel ricorso principale, col quale si sostiene che l’amministrazione avrebbe violato i principi in materia di adozione degli atti di secondo grado; in particolare si afferma che non sarebbe stata effettuata alcuna valutazione circa l’interesse pubblico perseguito, e che le determinazioni assunte in autotutela sarebbero state motivate con l’esigenza di ripristinare la

legalità ed evitare all'ente di subire una procedura contenziosa, con conseguente ritardo nell'avvio dei lavori ed esposizione al rischio di mancata realizzazione dell'opera pubblica e di obblighi risarcitori.

I rilievi su esposti non colgono nel segno, innanzitutto sotto il profilo della mancanza di un affidamento ingenerato nelle imprese odierne ricorrenti, essendo state dette imprese immediatamente informate dei problemi ostativi all'ammissione della Guardo a seguito dell'esposto della seconda classificata. Le valutazioni effettuate dall'amministrazione, delle quali in ricorso si nega la natura di valutazioni dell'interesse pubblico, attengono, invece, proprio a questo, essendo indubbiamente di pubblico interesse la rapida esecuzione dell'opera, da perseguire con ogni determinazione legittimamente intesa ad evitare un contenzioso che per di più espone l'ente all'eventuale risarcimento; profilo anch'esso, evidentemente, di rilievo pubblicistico, trattandosi di evitare esborsi di denaro da parte di un ente pubblico.

Deve quindi concludersi per l'infondatezza della doglianza di cui trattasi.

4. – Si esamina il terzo motivo di gravame, col quale le imprese ricorrenti principali contestano la legittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in loro favore sotto il profilo della motivazione riferentesi alla mancata produzione della dichiarazione sul possesso dei requisiti morali da parte di un procuratore speciale dell'impresa cedente un ramo d'azienda all'impresa ausiliaria Valena Costruzioni srl. Innanzitutto parte ricorrente rileva che nessun

obbligo di produzione della dichiarazione dei procuratori speciali prevedeva il disciplinare di gara, ai quali non si fa cenno fra i soggetti tenuti, ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. c) del DPR n. 554/1999, a rendere le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti morali di cui al punto 3, lett. a), - limitatamente alle lettere b) e c) dell'art. 75 del citato DPR - e lettere b), c) e d). Tali dichiarazioni si richiedono anche ai direttori tecnici ed agli amministratori muniti di potere di rappresentanza; e ciò sia che costoro fossero attualmente in carica, sia che fossero cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando. La *lex specialis* precisava, altresì, che le dichiarazioni in questione erano necessarie anche per i rappresentanti legali e direttori tecnici presenti nelle imprese che hanno ceduto rami d'azienda alle imprese partecipanti alla gara. Analoga formula, non menzionante i procuratori, veniva ripresa nelle “*Avvertenze*”.

In ogni caso – si sostiene ancora in ricorso - la detta clausola del disciplinare, comunque interpretata, sarebbe illegittima, in quanto non riferibile ad alcuna norma (inesistente nell'ordinamento) che preveda in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita agli amministratori e direttori tecnici.

È in proposito sufficiente osservare innanzitutto che l'obbligo di tali dichiarazioni discende, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, dal contenuto e dalla *ratio* dell'art. 38 del dlgs 163/2006, senza che sia necessaria l'espressa previsione nella *lex specialis*; e, in secondo luogo, che la norma è stata costantemente

interpretata nel senso di ritenere sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte dei soggetti cui siano stati comunque conferiti poteri di rappresentanza dell'impresa e di compimento di atti decisionali.

Occorre ancora ricordare che è assolutamente maggioritaria in giurisprudenza l'affermazione del principio opposto a quello sostenuto da parte ricorrente principale, e che tale orientamento – secondo il quale l'obbligo di dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 su citato (e prima dell'art. 75 DPR n. 554/1999) per i soggetti cessati nel triennio precedente non può che investire anche i soggetti dell'impresa cedente il ramo d'azienda (cfr.: Cga, nn. 100 e 1314/2010) – è stato ripetutamente seguito da questa sezione.

Orbene, nel caso in esame – contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente con il quarto motivo di ricorso – la signora Fabiola Valena, (in relazione alla quale si controverte della necessità o meno della dichiarazione la cui mancanza ha comportato l'emanazione degli atti impugnati), al momento della cessione era procuratrice in carica dotata non solo di poteri di rappresentanza, ma anche di amplissimi poteri di gestione e di ampia autonomia decisoria, attraverso i quali ella determina le scelte all'interno dell'impresa; pertanto, era necessaria anche nei riguardi di lei la dichiarazione ex art. 38 d.l.vo n. 163/2006 (cfr.: C.S., V, n. 8059/2010, ed ivi ulteriore ragguaglio giurisprudenziale). Ciò si evince dal tenore della procura, con particolare riguardo ai punti 3 e 6 di essa, ove alla Valena è conferito il

potere di “...rappresentare la Società nei confronti di enti privati e di amministrazioni pubbliche...sottoscrivere dichiarazioni, pagare imposte e tasse, nonché contributi vari, fare reclamo e ricorsi in via amministrativa e giudiziaria, ottenere dilazioni di pagamento...” (punto 3), nonché di “...presentare e sottoscrivere offerte per gare d'appalto, stipulare con ogni più ampio potere e con promessa di rato e valido sin da ora, tutti gli atti contrattuali preliminari, esecutivi e comunque necessari per l'affidamento, la gestione e l'esecuzione dei lavori affidati; incassare le somme dovute sia in acconto sia a saldo per gli appalti eseguiti, rilasciando le relative quietanze...” (punto 6).

Anche il quarto motivo di gravame deve pertanto ritenersi infondato.

5. – La infondatezza del ricorso principale esime il collegio dall'esaminare il ricorso incidentale. Per altro, in via incidentale parte controinteressata ha svolto le considerazioni giuridiche poi utilizzate anche come controdeduzioni al ricorso principale, con riferimento, ovviamente, alle doglianze con le quali la ricorrente principale contestava la legittimità dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dapprima stabilita in favore di essa. Sicché le questioni sottoposte al vaglio del collegio sono – sotto questo profilo – le medesime, riguardate dai due diversi angoli visuali della difesa nei confronti delle deduzioni della ricorrente principale e delle censure svolte dalla controinteressata come ricorrente incidentale.

6. – In conclusione, il ricorso, previa estromissione dal giudizio delle amministrazioni difese dall'Avvocatura dello Stato, deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo. La

determinazione delle somme dovute dalle ricorrenti alle parti resistenti viene effettuata – tenuto conto dell'impegno difensivo paritariamente esplicito da esse resistenti - sulla base della parcella presentata dal difensore del Comune di Gammichele, riconoscendosi *in toto* la cifra indicata quanto a diritti, comprensiva delle spese generali (euro 1.697,63) e inoltre una somma intermedia fra le due indicate per onorari (minimo 1.901,25 e massimo 22.578,75), oltre accessori.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese a carico delle ricorrenti, tenute in solido a corrispondere la somma di euro quattromila/00 oltre accessori al Comune di Grammichele e la somma di euro quattromila/00 oltre accessori alla società controinteressata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Messina, Presidente, Estensore

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

Giuseppa Leggio, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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