



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 2055 del 2010, proposto da:
Di Paola C. & Figli S.a.s., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio eletto presso avv. Marianna Capizzi, in Catania, via Martino Cilestri, 41;

contro

Comune di Siracusa, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Bianca, con domicilio eletto presso Giuseppe Caltabiano in Catania, via Livorno, 10;

nei confronti di

Aedifico Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Cesare Gervasi, Giovanni Randazzo, con domicilio eletto presso avv. Francesco Gervasi, in Catania, viale Libertà n. 221;

per l'annullamento

- del verbale di aggiudicazione provvisoria della gara indetta dal

Comune di Siracusa per "*affidamento dei lavori di sistemazione ed ampliamento della via Puglia*";

- del successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- del tacito non luogo a provvedere sulla preinformativa di ricorso inoltrata dalla ricorrente in data 21.06.2010 e del tacito rigetto dell'opposizione contestualmente proposta dalla Ditta;
- di ogni ulteriore provvedimento, presupposto, connesso e/o consequenziale;

e per la condanna

al risarcimento in forma specifica del danno patito, tramite aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, eventualmente previa declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato; in subordine, al risarcimento per equivalente monetario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Siracusa e di Aedifico Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Di Paola C. & Figli S.a.s. ha partecipato alla gara indetta

dal Comune di Siracusa per l'affidamento dei lavori di “*sistemazione ed ampliamento della via Puglia*”, e si è classificata al secondo posto, dopo l'aggiudicataria Aedifico srl (cfr. verbale del 20 maggio 2010).

Successivamente, il verbale di aggiudicazione è stato annullato in autotutela dalla stazione appaltante – a seguito di reclamo di un concorrente illegittimamente escluso dalla procedura – al fine di consentire a quest'ultimo di partecipare alla selezione. Tuttavia, a seguito di un nuovo sorteggio eseguito il 15 giugno 2010, sono stati riconfermati gli esiti della precedente aggiudicazione.

La ricorrente Di Paola C. & Figli S.a.s. ha quindi proposto in data 21 giugno 2010 opposizione in via amministrativa e “preinformativa” di ricorso giurisdizionale, deducendo l'illegittimità dell'ammissione in gara dell'aggiudicataria Aedifico s.r.l.

Nel silenzio del Comune, e ritenendo essersi maturato in data 6 luglio 2010 il diniego tacito ex art. 243 bis, co. 4, del D. Lgs. 163/2006, la ricorrente ha infine proposto il gravame in epigrafe, con il quale denuncia:

Violazione del punto 1.3.c del disciplinare di gara – violazione dell'art. 38, co. 1, lett. c, del D. Lgs. 163/2006 – eccesso di potere per violazione del principio di par condicio concurrentium e canoni costituzionali di trasparenza ed imparzialità dell'Amministrazione.

In sintesi, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 38 lett. c del *Codice dei contratti pubblici* e della corrispondente disposizione contenuta nel Disciplinare di gara, dal momento che nella dichiarazione resa dal legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria

Aedifico s.r.l. ai fini della partecipazione alla gara è stato così dichiarato: *“di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall’art. 38 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m bis), m ter), ed m quater) del D. Lgs. 163/2006 e successive modificazioniie precisamente: ...c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; la sottoscritta è a conoscenza che è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un’organizzazione criminale , corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all’art. 45, paragrafo 1, Direttiva Ce 2004/18 ...”*.

La denunciata violazione delle regole di gara risiederebbe nel fatto che la dichiarazione riportata, con riguardo ai reati indicati nell’ultima parte dell’art. 38, non afferma la mancanza di alcun provvedimento di condanna, ma esprime solo la consapevolezza soggettiva che la condanna rappresenti causa di esclusione dalla selezione.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso sia il Comune di Siracusa, sia la controinteressata Aedifico s.r.l. Entrambi eccepiscono l’irricevibilità del gravame, in ragione del fatto che l’originaria aggiudicazione risalga al 20 maggio 2010, e che l’autotutela esercitata dalla stazione appaltante abbia riguardato solo la riammissione in gara del concorrente precedentemente escluso; con la conseguenza che – dopo la rinnovazione del sorteggio - l’aggiudicazione originaria sarebbe stata semplicemente riconfermata, e con l’ulteriore

conseguenza che sarebbe tardivo il gravame notificato solo in data 21 luglio 2010.

Nel merito, parte resistente e controinteressata confutano la fondatezza della censura evidenziando la completezza della dichiarazione resa dall'aggiudicataria, evincibile dal contesto globale della domanda; in subordine, postulano l'applicazione dell'istituto del cd. "soccorso istruttorio" di cui all'art. 46 del *Codice dei contratti pubblici*. Con ordinanza n. 1242/10, in sede di esame della domanda cautelare, è stata fissata l'udienza per la trattazione del merito della causa, e contestualmente sono stati mandati gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Siracusa ed alla Procura Regionale della Corte dei conti, in considerazione della unicità del ribasso d'asta offerto da tutti i partecipanti alla gara.

Successivamente, le parti hanno depositato memorie difensive ed alla pubblica udienza del 10 febbraio 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. – va in primo luogo esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dalle parti resistente e controinteressata, già descritta nella esposizione del fatto.

L'eccezione è infondata e va respinta in ragione della totale condivisibilità delle argomentazioni in punto di diritto che la ricorrente illustra nella memoria difensiva depositata il 30.01.11.

In particolare, deve essere sottolineato – come emerge in modo inequivocabile dalla lettura della nota prodotta agli atti di causa (all. 2 del ricorso) – che in data 3 giugno 2010 il Presidente del seggio di

gara ha proceduto ad annullare in autotutela il verbale di gara del 20 maggio, ammettendo l'impresa erroneamente esclusa. In modo altrettanto incontestabile, la stazione appaltante ha proceduto al rinnovo delle operazioni di sorteggio, che però non hanno dato un risultato diverso da quello precedente.

Orbene, in presenza di un annullamento d'ufficio del precedente atto, e della rinnovazione delle operazioni di sorteggio volte ad individuare l'aggiudicatario dell'appalto, appare estremamente arduo sostenere che in realtà il verbale di aggiudicazione del 20 maggio sia stato meramente "confermato" con l'atto successivo del 15 giugno. La verità è – all'opposto – che il nuovo atto rappresenta un nuovo provvedimento di aggiudicazione emesso all'esito di una rinnovata istruttoria.

Da quanto premesso deriva la tempestività del ricorso proposto in data 21 luglio 2010, ossia nel rispetto dei trenta giorni stabiliti dalla legge, come ben evidenziato dalla ricorrente nella memoria del 21 settembre 2010 nella quale si illustrano tutti i passaggi previsti dalla legislazione regionale in tema di formazione del provvedimento definitivo di aggiudicazione.

2.- Si può ora affrontare il merito del ricorso, col quale - lo si ricorda – viene dedotta l'incompletezza della dichiarazione resa in gara dal legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria, con specifico riguardo alla mancata esplicitazione delle eventuali condanne subite per determinati tipi di reato elencati nell'ultimo periodo dell'art. 38, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*.

Il Collegio ritiene infondato il rilievo, ed a tal proposito evidenzia le seguenti circostanze di fatto:

nella contestata dichiarazione, la controinteressata ha comunque dichiarato, seppur in via generale, di *“non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall’art. 38 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m bis), m ter), ed m quater) del D. Lgs. 163/2006”*; ha poi precisato che *“nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”*; ha infine omesso – e su questo si appunta la censura di parte ricorrente – di specificare di non aver subito condanne per specifiche tipologie di reato (*partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio*), limitandosi ad esternare la consapevolezza che tali condanne sarebbero in astratto idonee a determinare l’esclusione dalla gara;

ha poi dichiarato (v. lett. c, pagg. 2 e 3 della relativa domanda) con espressione ampia e omnicomprensiva *“che nei propri confronti non sono state emesse sentenza ancorchè non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare d’appalto”*;

il contestato punto della dichiarazione resa è conforme al modello base di domanda predisposto dalla Regione Siciliana per la partecipazione alle gare d’appalto, nel quale si menziona la sola *“conoscenza”* della valenza escludente riconosciuta dalla legge alle condanne penali di cui si discute;

dopo la proposizione del ricorso, l'aggiudicataria ha presentato un certificato del casellario giudiziale dal quale emerge l'assenza di ogni condanna penale.

Alla luce di quanto messo in evidenza, allora, può affermarsi che - seppur sia mancata nella dichiarazione presentata per partecipare alla procedura di gara una espressa indicazione dell'assenza di condanne per i singoli reati individuati dalla legge (nell'ultima parte dell'art. 38, lett. c) - vi è stata comunque una dichiarazione ad ampio spettro che esclude l'esistenza di alcuna condanna penale che preclude la partecipazione alle gare d'appalto; categoria nella quale, per logica, devono essere senz'altro ricomprese anche le condanne per gli "specifici" reati considerati dalla legge come assolutamente ostativi, ancorchè non analiticamente elencati.

La predetta conclusione nasce dal fatto che lettura delle dichiarazioni prodotte ai fini della partecipazione ad una gara di appalto non deve essere animata dallo spirito di rilevare il mero errore formale, o la omissione innocua. Al contrario, deve essere guidata da un serio intento di verifica della posizione effettiva del concorrente, governato dalle regole della logica, ed indirizzato a vagliare la sussistenza obbiettiva delle condizioni richieste dalla legge e dal bando per partecipare a quella selezione; a nulla rilevando l'eventuale circostanza che il possesso dei requisiti sia dichiarato attraverso una strutturazione della domanda, o con espressioni lessicali, diverse da quelle adoperate nel bando. Basti riflettere, in proposito, sul fatto che l'istanza di partecipazione alla gara è destinata ad essere letta e vagliata

criticamente da funzionari pubblici, dotati di competenza tecnico/giuridica, e non inserita in un lettore ottico automatizzato del tipo utilizzato nella correzione dei quiz a risposta multipla che richiede l'esatta compilazione di un "modulo".

D'altra parte, sotto altro profilo, si rileva che la dichiarazione parziale, o incompleta, resa dalla concorrente non avrebbe potuto condurre *ex se* all'esclusione pretesa dalla ricorrente, ma a limite avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad istruire ulteriormente la domanda, chiedendo i chiarimenti e/o le integrazioni previste dall'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, specie in presenza di diffusi modelli di domanda che - per quanto si è detto sopra al punto c - risultano idonei a fuorviare o indurre in errore i concorrenti. Ed è evidente che l'esito dell'approfondimento istruttorio ex art. 46 non avrebbe potuto rivelarsi sfavorevole alla controinteressata, dato che si è accertato *ex post* che nessuna condanna penale (di nessun genere) risulta esserle stata inflitta, come testimonia il certificato del casellario giudiziale prodotto.

In conclusione, sulla base di quanto esposto il ricorso non può essere accolto.

La peculiarità fattuale della vicenda, ed il contrasto fra fase cautelare e fase di merito, inducono tuttavia a compensare le spese processuali fra le parti costituite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

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

Biagio Campanella, Presidente

Salvatore Schillaci, Consigliere

Francesco Bruno, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2011

IL SEGRETARIO

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