



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1469 del 2011, proposto da:
Impresa Individuale Dlf di De Luca Alessandro, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Erroi e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato in Lecce, via F. D'Elia , 5;

contro

Comune di Matino, rappresentato e difeso dall'avv. Pantaleo Ernesto Bacile e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato in Lecce, via B. Martello, 19;

nei confronti di

Ideal Scavi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Nicolardi e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata in Lecce, piazza Mazzini 72;

Impresa Individuale Rossetto Rossano;

per l'annullamento

- del verbale n. 1 del 28 giugno 2011 della Commissione Giudicatrice dell'appalto conosciuto in data 20 settembre 2011 a seguito di richiesta di accesso agli atti;
- del verbale n. 4 del 27 luglio 2011 della Commissione Giudicatrice dell'appalto;
- della determinazione della città di Matino, Settore Servizi alla Città n. 385 R.G. del 5 agosto 2011;
- della determinazione della città di Matino, Settore Servizi alla Città n. 388 R.G. del 9 agosto 2011;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale e/o successivo;

per la conseguente caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità del contratto d'appalto stipulato tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicataria in data 31 agosto 2011 e del verbale di consegna lavori redatto in data 6 settembre 2011;

- nonchè per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno ingiustamente subito anche laddove venga disposta la stessa rinnovazione della procedura, nonchè al pagamento delle spese, diritti ed onorari di causa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Matino e di Ideal Scavi Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Ideal Scavi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi l'avv. Erroi per la ricorrente, l'avv. Bacile per la p.a. e l'avv. Nicolardi per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La ricorrente, partecipante alla procedura aperta indetta dalla Città di Matino per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto "Programmi Integrati di Riqualficazione delle Periferie P.I.R.P. – Fondi FERS- Intervento di riqualficazione zona ex 167 località Sprono" impugna gli atti epigrafati deducendo le seguenti censure:

I. Manifesta violazione e/o falsa applicazione della lex specialis della procedura aperta.

II. Nullità del contratto di appalto sottoscritto tra l'A. C. di Matino e la Ideal Scavi srl per violazione dell'art. 11 commi 10 e 10 bis del d. lgs. 163/2006.

III. Nullità derivata ex art. 21 septies L. 7 agosto 1990 n. 241 del verbale di consegna dei lavori.

IV Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. nonché dell'art. 2 del D. lgs. n. 163/2006 (ovvero dei principi di buon andamento dell'amministrazione e di parità di trattamento).

1.1. Con ricorso incidentale depositato in data 25 ottobre 2011

l'aggiudicataria Ideal Scavi srl impugna i provvedimenti di ammissione alla gara della ricorrente deducendone l'illegittimità.

2. Può prescindersi dall'esaminare il ricorso incidentale in considerazione della palese infondatezza del ricorso principale.

2.1. Invero, non vi è necessità del previo esame del ricorso incidentale per ragioni di economia processuale, non potendo essere negata al giudice la facoltà, in concreto, di ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, inammissibile, improcedibile o irricevibile. (Consiglio Stato Ad. Plenaria 4/2001 e sez. III n. 2695/2011).

2.2. La ricorrente, terza classificata nella procedura epigrafata impugna gli atti di aggiudicazione e ammissione della prima classificata (Ideal Scavi) e quelli di ammissione della seconda classificata (Rossetto Rossano), sicchè soltanto con l'accoglimento delle censure spiegate nei confronti di entrambe le imprese, la stessa potrebbe ottenere l'aggiudicazione della gara.

Da tale corollario consegue che la infondatezza delle censure mosse contro la prima classificata aggiudicataria, esime il Collegio dall'esaminare le censure inerenti la seconda classificata.

3. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce, con riferimento alla Ideal Scavi srl, l'illegittimità dell'ammissione alla gara e della conseguente aggiudicazione della stessa, in quanto le dichiarazioni ex art. 38 comma 1 lett. b) e c) non sarebbero state rese

correttamente, poichè il sig. Cazzato Francesco Saverio avrebbe reso le dichiarazioni ivi previste nella sua qualità di Amministratore Unico/ Direttore Tecnico, mentre nessuna dichiarazione sarebbe stata resa né per l'eventuale socio unico persona fisica, né per l'eventuale socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

3.1. Il motivo non coglie nel segno.

In tema di esclusione da una gara pubblica per omessa dichiarazione ex art. 38, 1[^] comma del DLgs n. 163/2006, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che postula l'effettuazione di una doverosa valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative (in particolare Cons. St. Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829; Sez. VI 4 agosto 2009, n. 4906, 22 febbraio 2010, n. 1017), atteso che se il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo.

Quando invece il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente a pena di esclusione la mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle

modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative.

In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (Cons. St., Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

3.2. Nella specie, il sig. Cazzato Francesco Saverio ha effettuato le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma d.lgs. 163/2006, in qualità di Amministratore Unico/Direttore Tecnico dell'impresa IDEAL SCAVI srl.

La società in questione è composta da due soli soci di cui il sig. Cazzato è, oltre all'amministratore unico/direttore tecnico, anche socio di maggioranza.

La mancata indicazione, da parte dello stesso anche della qualità di socio di maggioranza, non può comportare alcun pregiudizio, né agli interessi della norma in questione, né alla stessa stazione appaltante, attesa la perfetta coincidenza soggettiva tra il socio di maggioranza e l'amministratore unico/direttore tecnico; del resto l'esplicitazione anche della qualità di socio di maggioranza da parte del sig. Cazzato,

oltre che di quella di Amministratore Unico/direttore tecnico, non avrebbe potuto aggiungere alcunché alle dichiarazioni espresse, trattandosi dello stesso soggetto.

Né la *lex specialis* richiedeva tale onere in caso di coincidenza soggettiva delle qualità anzidette.

3.3. Non può accogliersi neppure la censura con la quale il ricorrente deduce la violazione dell'art. 11 commi 10 e 10 bis del d. lgs. 163/2006 atteso che, secondo orientamento giurisprudenziale condivisibile, la violazione dell'art. 11, comma 10, d. lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d. lgs. 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'art. 79", va apprezzata dal giudice amministrativo, secondo quanto stabilito dall'art. 121, comma 1, lett. c) e d), 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 e non quando la stessa sia stata conferita legittimamente. (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 125).

Nella specie, la presunta violazione del termine suddetto non ha

inciso sulla possibilità di difesa del ricorrente, né l'aggiudicazione in favore della Ideal Scavi srl risulta, in relazione alle censure prospettate dal ricorrente, illegittima.

4. Per le ragioni che precedono, non sussistendo alcun interesse della ricorrente a censurare l'ammissione alla gara della seconda classificata in considerazione della legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della IDEAL SCAVI srl, gli atti impugnati resistono alle censure rassegnate nel ricorso, il quale va conseguentemente respinto.

4.1. Alla reiezione del ricorso consegue l'improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

4.2. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- compensa le spese di giudizio.

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

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

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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