



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 691 del 2013, proposto da:
impresa Francesco Giambrone, in proprio e n.q. di designata capogruppo del
costituendo raggruppamento tra la stessa e l'impresa Edil Vincent s.r.l., in persona
del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Girolamo
Rubino e Lucia Alfieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Girolamo
Rubino sito in Palermo, via G. Oberdan, 5;

contro

Comune di Palermo in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv.
Adriana Masaracchia, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale del Comune sito
in Palermo, piazza Marina N.39; Ufficio Regionale per l'Espletamento delle Gare
D'Appalto per Lavori Pubblici - Sez.Palermo, in persona del rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato
di Palermo presso i cui uffici di via A. De Gasperi 81 è domiciliato;

nei confronti di

Impresa di costruzioni Spada Salvo, in persona del rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Laudani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Di Carlo sito in Palermo, via N. Morello N.40;

per l'annullamento

1) del verbale di gara ed aggiudicazione del 27/2/2013 nella parte in cui l'Urega, previa riapertura delle operazioni di gara ha disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata dell'appalto relativo all'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per l'adeguamento alle norme di sicurezza igiene ed agibilità del plesso Ferrara di Piazza Magione, I a Palermo, nonché nella parte in cui è stata disposta l'esclusione dell'impresa EDIL 2000 e non è stata invece esclusa l'impresa Spampinato;

2) della determinazione dirigenziale n. 97 del 5/3/2013 di aggiudicazione definitiva;

nonché

- per la dichiarazione d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata e per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto;

- e, in subordine, per il risarcimento per equivalente di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo in Persona del Sindaco P.T. e dell'Ufficio Regionale per l'Espletamento delle Gare D'Appalto per Lavori Pubblici - Sez. Palermo e di Spada Salvo impresa di Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2014 il dott. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 29 marzo 2013 e depositato il successivo 5 aprile, l'impresa ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe articolando le censure di: I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 lett. c del D.Lgs n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione del punto 4.a.c del disciplinare di gara; II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 49 comma secondo lett. c) e 38 lett. c) del D.Lvo n. 163/2006 – Violazione del punto 9 del disciplinare di gara relativo all'avvalimento – Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sull'asserita violazione del principio della par condicio.

Sostiene parte ricorrente che erroneamente è stata ammessa alla gara per cui è causa l'impresa Spampinato, benché abbia omesso di rendere le dichiarazioni relative ad uno dei due direttori tecnici in carica.

Inoltre erroneamente sarebbe stata esclusa dalla medesima gara l'impresa Edil 2000, sul presupposto – che parte ricorrente ritiene errato – che la dichiarazione che per legge deve essere resa dal socio di maggioranza, nelle società con meno di quattro soci, debba essere resa anche dal socio che possiede il 50% delle quote societarie, come nel caso che viene in rilievo.

Precisa il ricorso che, ove fosse stata esclusa l'impresa Spampinato ed ammessa l'impresa Edil 2000, sarebbe mutato l'esito della gara, di cui sarebbe stata aggiudicataria la ricorrente.

Si sono costituiti l'amministrazione intimata ed il controinteressato che, con rispettive memorie, hanno replicato alle argomentazioni articolate in ricorso e chiesto il suo rigetto.

Alla pubblica udienza di discussione i procuratori delle parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive posizioni ed il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Sostiene parte ricorrente che l'esito della gara per cui è causa sarebbe stato falsato dalla mancata esclusione di una concorrente e dalla esclusione di altra concorrente, in forza di decisioni che sarebbero illegittime.

Ove invece la stazione appaltante avesse agito correttamente, la ditta ricorrente sarebbe stata aggiudicataria dell'appalto in questione.

In particolare assume parte ricorrente, con il primo motivo, che l'impresa Spampinato sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per avere omesso di rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, in relazione ad uno dei due direttori tecnici in carica.

Il collegio ritiene di non poter accogliere tale censura, in mancanza di idonea prova sulla circostanza che la dichiarazione di cui la ricorrente lamenta la mancanza non fosse stata originariamente prodotta dall'impresa Spampinato.

Invero, come rilevato dai resistenti, e ribadito dalla giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata in merito (C.G.A. 27 maggio 1997 n. 107), la mancanza di un documento dalla produzione di una dei partecipanti ad una gara non può essere denunciata a distanza di mesi dal momento in cui la commissione di gara ha aperto la busta contenente la documentazione presentata, non potendosi escludere che il documento di cui viene rilevata la mancanza sia stato successivamente smarrito.

Invero, per far valere tale carenza sarebbe stato sufficiente che, nella seduta pubblica di apertura delle buste, il rappresentante della ditta interessata avesse fatto rilevare la carenza non riscontrata dalla commissione, come ben avrebbe potuto fare.

Diversamente è necessario fornire prova della originaria mancanza del documento non più rinvenuto; prova che il collegio ritiene che non sia stata raggiunta nella presente fattispecie.

Invero secondo parte ricorrente la mancata produzione del documento in questione dovrebbe trarsi da due elementi: le modalità di conservazione dei plichi contenenti la documentazione, indicata nei verbali dell'UREGA, ed il fatto che la mancanza del documento sia stata rilevata dal responsabile unico del procedimento, con nota del 18 gennaio 2013 n. 48005.

In merito deve essere rilevato che, dopo le operazioni dell'UREGA – al quale si riferiscono le modalità di conservazione dei plichi invocati da parte ricorrente – tutta la documentazione è stata trasmessa al comune, per essere poi ritrasmessa, a distanza di mesi, da tale ente all'UREGA.

Per il periodo intercorso durante tali mesi, nei quali i plichi sono stati presso il comune di Palermo, non si ha notizia del modo in cui sono stati custoditi, e quindi manca la prova della loro inviolabilità.

Né evidentemente assume alcun rilievo il fatto che il RUP, al momento di ritrasmettere la documentazione all'UREGA, abbia verificato l'assenza della dichiarazione in contestazione - peraltro dopo che la questione era stata posta in seno al ricorso incidentale proposto dalla ricorrente - in quanto è evidente che l'eventuale smarrimento o manomissione della documentazione di gara non potrebbe che essere avvenuta nei mesi precedenti.

Si deve concludere che i labili ed incompleti elementi forniti da parte ricorrente, a supporto della sua ricostruzione, non sono sufficienti a vincere la presunzione di correttezza delle operazioni di gara, e del verbale che ne attesta la regolarità, che si deve presumere legittimo fino a prova contraria.

E' bene precisare che tale conclusione non dipende dalla attribuzione o meno della garanzia di fede privilegiata al verbale della seduta di gara, ove viene attestata la

regolarità della documentazione prodotta – questione che non ha una soluzione generale, ma dipende dalle concrete modalità di redazione del verbale – ma dal fatto che, comunque, non è sufficiente a smentire la correttezza delle operazioni effettuate dalla commissione di gara il mancato ritrovamento, a distanza di mesi, di un documento relativo alla documentazione esaminata, in assenza del rilievo della sua mancanza durante le operazioni di gara, ovvero della rigorosa prova del fatto che siano state attuate modalità di conservazione dei plichi idonee ad impedirne la manomissione.

La censura è pertanto infondata.

Con il secondo motivo rileva parte ricorrente che erroneamente sarebbe stata esclusa dalla gara in questione la ditta EDIL 2000, in quanto la commissione di gara ha ritenuto di applicare – in relazione all'impresa ausiliaria Matera Costruzioni - la previsione di cui all'art. 38 lett. c) anche al socio che, senza essere amministratore, possiede il 50% delle quote della società.

E' noto che la questione sulla effettiva portata della previsione dell'art. 38 lett. c) del D.Lgs n. 163/2006, ed in particolare se la disposizione vada applicata anche al socio che possiede il 50% delle quote della società interessata, è stata oggetto di contrasti giurisprudenziali che sono stati ricomposti dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 24 del 6 novembre 2013.

Con ampia e condivisibile motivazione, dalla quale questo collegio non ravvisa motivo di discostarsi, ha ritenuto l'A.P. che nella disposizione prevista dall'art. 38 lett.c) vada compreso anche il socio possessore del 50% delle quote della società.

Conseguentemente anche tale censura è infondata ed il ricorso deve essere respinto.

Considerato che, sulla seconda delle censure articolate, la giurisprudenza, nel recente passato, non è stata univoca, ritiene il collegio che sussistano gli estremi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)
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 Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2014 con
l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2014

IL SEGRETARIO

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