

TAR Sicilia, Catania, sez.IV, 14 febbraio 2008, n.280 in materia di appalti

Autore:

In: Diritto amministrativo

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N.

0280/08 Reg. Sent.

N.

1527/07 Reg. Gen.

PER LA SICILIA - SEZIONE STACCATA DI CATANIA

- 4[^] Sezione -

nelle persone dei *****

Dr.

Presidente

Dr.

Consigliere

Dr.

Primo Referendario, rel. est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso **n. 1527/2007** proposto dal R.T.I. *** ** s.r.l. - *** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ***** in Catania, via Umberto n. 303,

c o n t r o

- COMUNE di *****, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, domiciliato presso lo studio dell'***** in Catania, via Capace n. 16,

e nei confronti di

- *** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore e
*** *** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avv.
*****, con domicilio eletto presso lo studio dell'*****ò in Catania, via
Michele Scammacca n. 46,

per l'annullamento

- del verbale di gara del 2.5.2007-22.05.2007, con il quale sono stati aggiudicati i lavori di "...realizzazione di opere di protezione dei manufatti siti in via Pietralunga - I stralcio Funzionale-..." ;

- ove sussistenti, dei provvedimenti, non noti, di approvazione definitiva dell'indicato verbale di gara;

e per la condanna

del Comune intimato al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Giardini Naxos e delle imprese controinteressate;

Visto il ricorso incidentale proposto dal r.t.i. "*** s.r.l. - *** *** s.r.l.", controinteressato, avverso l'ammissione alla gara "de qua" del raggruppamento ricorrente;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore la dr.ssa *****;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale, alla pubblica udienza del 23 gennaio 2008;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione della G.M. n. 202 del 22 dicembre 2006 il Comune di Giardini Naxos approvava il progetto dei lavori di "...realizzazione di opere di protezione dei manufatti siti in via Pietralunga - I stralcio Funzionale".

Con bando pubblicato nella G.U.R.S. n. 11 del 16.03.2007, il medesimo Comune indiceva pubblico incanto, ai sensi del testo coordinato della legge n. 109/94 con la L.R. 2.8.2002, n. 7 e con la L.R. 29.11.2005, n. 16, per l'aggiudicazione degli indicati lavori di protezione dei manufatti siti in via Pietralunga a ***** per l'importo a base d'asta di Euro 966.510,58, esclusi oneri di sicurezza per 21.069,95 euro (non soggetti a ribasso), categoria prevalente OS 21 classe II.

Il criterio di aggiudicazione veniva individuato in quello del massimo ribasso percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo del prezzo complessivo dei lavori a base d'asta, ai sensi dell'art. 21, commi 1 e 1 bis, della legge n. 109/94 nel testo coordinato con la legge regionale 2.8.2002, n. 7, come modificato dall'art. 1, comma 6, della L.R. n. 16/2005.

Al pubblico incanto di cui trattasi, le cui operazioni avevano inizio il 2 maggio 2007, venivano ammessi vari concorrenti, tra cui il raggruppamento ricorrente *** s.r.l. - *** s.r.l. e quello controinteressato, facente capo alla *** s.r.l., al quale, all'esito delle relative operazioni, veniva provvisoriamente aggiudicata la gara.

Nella seduta del 22 maggio 2007, infatti, esperite le procedure previste per la formazione della media, l'accertamento e l'esclusione delle offerte anomale, etc., la Commissione di gara perveniva alla determinazione del ribasso medio finale nella misura del 7,3194%; individuava, quindi, quali meglio graduate ex aequo, con il ribasso del 7,319%, n. 25 offerte fra le quali veniva effettuato il sorteggio, che vedeva collocarsi la controinteressata ATI *** al primo posto della graduatoria ed il raggruppamento ricorrente al secondo posto.

Avverso l'aggiudicazione alla controinteressata, nonché avverso gli ulteriori provvedimenti in epigrafe, insorgeva, con ricorso notificato in data 28.06.2007 e depositato il successivo 05.07.2007, l'r.t.i. *** s.r.l. - *** s.r.l., affidando il gravame ai seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, c. 1, lett. b) e c) D.P.R. n. 554/1999. Violazione dell'art. 11 del bando di gara, nella parte in cui dispone che le dichiarazioni di cui al punto 3 lett. a) - limitatamente alle lettere a2, a3, ed a4, e lett. b) e c) - devono essere rese personalmente dai soggetti cessati, a pena di esclusione.

Denunciava parte ricorrente l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata "*** s.r.l.", in quanto quest'ultima, dopo aver evidenziato l'esistenza di un direttore tecnico cessato nel triennio, nella

persona del ***** , non avrebbe allegato le dichiarazioni di questi, così come richiesto dall'art. 11 del bando sopra rubricato, sostituendole con le dichiarazioni rese dall'attuale amministratore dell'impresa, ***** , anche riguardo a tale terzo.

La ***, pertanto, ad avviso di parte ricorrente, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di evidenza pubblica.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del DPR n. 554/1999 - Violazione e falsa applicazione dell' art. 11 del bando di gara.

In ogni caso, anche a voler ritenere validamente resa la dichiarazione dell'attuale amministratore relativamente al direttore tecnico cessato dalla carica, il raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso, essendo stata resa una sola tra le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione, - quella relativa all'assenza di condanne penali passate in giudicato per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale (punto 3 -lettera a) a4),
- omettendo di rendere tutte le altre dichiarazioni richieste dall'art. 11 del medesimo bando (punto 3 - lettera a) -a2, a3, e lettere b) e c).

Il raggruppamento ricorrente avanzava altresì domanda di risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Si costituiva in giudizio il Comune di Giardini Naxos, avversando il gravame e chiedendone il rigetto.

Si costituivano in giudizio altresì la *** s.r.l. - *** *** s.r.l., proponendo ricorso incidentale avverso i verbali impugnati in via principale, il bando di gara nei limiti dell'interesse, ed inoltre avverso l'ammissione alla gara dell'ATI *** *** s.r.l. - ME.CO. s.r.l.

Sollestavano le seguenti censure di diritto:

1.1 Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 2, d.p.r. n. 554 del 1999, dell'art. 38, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 47 d.p.r. n. 445 del 2000.

1.2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, lett. c), d.p.r. n. 554 del 1999, dell'art. 38, comma 1, lett. c), d. lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, dell'irragionevolezza e della disparità di trattamento.

La lex di gara sarebbe illegittima ove venisse interpretata nel senso che le dichiarazioni di cui al punto 3, lett. a), limitatamente alle lettere a2, a3, a4, b) e c), debbano essere rese personalmente dai soggetti cessati nel triennio precedente, escludendo che tali dichiarazioni possano essere rese dal legale rappresentante della società.

Non potrebbe peraltro configurarsi a carico dei soggetti cessati dalla carica di direttore tecnico di una società di capitali nel triennio antecedente l'espletamento della gara, l'onere di fornire tutte le dichiarazioni richieste dal bando, ma soltanto di dichiarare l'inesistenza di sentenze definitive di condanna per reati incidenti sulla moralità e sull'affidabilità professionale, determinandosi altrimenti un aggravio del procedimento soltanto per alcuni concorrenti.

2) Sull'illegittima ammissione alla gara dell'A.T.I. * *** s.r.l. - *** s.r.l. e conseguente inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse a ricorrere.**

2.1. Violazione della legge di gara. Difetto dei presupposti e travisamento dei fatti. Violazione e falsa applicazione art. 2359 c.c. - Sviamiento.

2.2.3. Violazione sotto altri profili della legge di gara. Sviamiento.

2.4. Violazione e falsa applicazione art. 75 d. lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e 47 d.p.r. n. 445/2000. Eccesso di potere per difetto di presupposti e sviamento sotto diverso profilo. Violazione della legge di gara.

2.5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 74 d.p.r. n. 554/1999 in relazione all'art. 37 d.lgs. n. 163/06. Violazione sotto ulteriore profilo del disciplinare di gara. Sviamiento sotto ulteriore profilo.

La *** *** s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere rilasciato dichiarazioni incomplete e generiche in ordine a situazioni di controllo societario, in violazione del punto 1), busta A), n. 3, lett. f) del disciplinare di gara.

Inoltre, la dichiarazione di cui al punto 1), busta A), n. 3, lett. h) del medesimo disciplinare avrebbe dovuto avere separata collocazione nel testo dell'istanza di partecipazione, seguita da una distinta sottoscrizione delle imprese ricorrenti ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ.

Sosteneva, ancora, il raggruppamento controinteressato, ricorrente in via incidentale, che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver prodotto una polizza assicurativa non conforme alle prescrizioni di cui al n. 6 dell'art. 1, busta A, del disciplinare ed all'art. 9, lett. a), del bando di gara con riferimento alla cauzione provvisoria, nonché una dichiarazione incompleta circa l'indicazione del periodo di validità della garanzia relativa alla polizza definitiva, in violazione della lex di gara (n. 7 dell'art. 1, busta A del disciplinare; art. 9 lett. b) del bando).

Nella specie, inoltre, l'ATI ricorrente principale non avrebbe potuto produrre una garanzia fideiussoria dimidiata, sia per la mancanza di una manifestazione di volontà espressa ed inequivoca in tal senso, sia perché a tal fine le allegate certificazioni di sistema di qualità, presentate in copia conforme all'originale sottoscritta dai rispettivi amministratori, non potrebbero considerarsi documentazione idonea.

Evidenziavano, infine, le imprese controinteressate, che ulteriore motivo di esclusione del raggruppamento ricorrente principale dalla gara sarebbe dato dalla circostanza che sia la ME.CO. s.r.l., sia la *** ** avrebbero reso le dichiarazioni di subappalto in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1 n. 3 lett. x) della lex di gara, nonché dell'art. 74 del D.P.R. n. 554/1999 in relazione all'art. 13 della L. n. 109, avendo entrambe le società reso una generica dichiarazione in ordine ai lavori da subappaltare - laddove invece avrebbero dovuto indicare specificamente le lavorazioni da subappaltare - ed, ancora, perché la dichiarazione di subappalto delle opere rientranti nella categoria scorporabile OG3 sarebbe inammissibile, ai sensi dell'art. 13 della L. n. 109/1994, poiché le predette opere sarebbero superiori al 15% dell'importo dell'appalto e quindi non sarebbero subappaltabili.

Il raggruppamento controinteressato chiedeva, nel merito, il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 993 del 19 luglio 2007 la Sezione accoglieva la domanda cautelare proposta e fissava l'udienza di trattazione del merito del ricorso.

Il C.G.A.R.S., con ordinanza n. 685/07 dell'11 settembre 2007, confermava la decisione cautelare assunta in primo grado.

Nella memoria depositata in vista dell'odierna udienza pubblica l'r.t.i. *** eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dell'A.T.I. ricorrente principale, essendo stato il ricorso principale proposto solo dall'impresa capogruppo della costituenda A.T.I.

All'odierna udienza pubblica il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne la legittimità del procedimento di gara espletato dal comune di Giardini Naxos per l'aggiudicazione dei lavori di "...realizzazione di opere di protezione dei manufatti siti in via Pietralunga - I stralcio Funzionale".

Con il ricorso in decisione l'R.T.I. costituito dalle società *** ** s.r.l. e *** s.r.l., contesta l'aggiudicazione dell'appalto in favore del controinteressato R.T.I. *** s.r.l.e *** ** s.r.l., assumendone l'illegittima ammissione alla gara de qua. A sua volta il raggruppamento aggiudicatario evidenzia con ricorso incidentale che parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato una domanda di partecipazione non conforme, sotto diversi profili, alla "lex" di gara.

Deve preliminarmente essere vagliata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale, sollevata dalla aggiudicataria ricorrente incidentale ATI " *** - *** **", per difetto di legittimazione dell'ATI ricorrente principale, poichè il ricorso principale avrebbe dovuto essere proposto da tutte le imprese destinate a far parte della costituenda ATI e non dalla sola capogruppo *** ** s.r.l.

L'eccezione non può essere condivisa.

Il Collegio, pur prendendo atto della esistenza di alcune posizioni differenziate, ritiene preferibile l'opinione secondo cui, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea di impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa ha il diritto di proporre ricorso avverso le determinazioni della procedura di gara che provochino una lesione dei propri interessi (Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2007 , n. 593; Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5577; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2007, n. 2394; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 5 luglio 2006, n. 1576; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 17 maggio 2004, n. 8767).

Come ha recentemente affermato il Consiglio di Stato (C.d.S. sez. V, 12 febbraio 2007 , n. 593 " (...) Ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione, e quindi la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di una Ati, sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione. Ciò perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, non solo in materia di appalti di servizi, ma anche in tema di appalti di lavori e forniture...".

Né costituisce ostacolo a tale interpretazione l'orientamento del giudice comunitario (Corte di Giustizia,

Sez. II, 8 settembre 2005, in causa C-129/04), invocato dalla ***, secondo cui “l’art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente da tutti i membri di un’associazione temporanea priva di personalità giuridica - che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d’aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto - e non da uno solo dei membri della detta associazione a titolo individuale”, in quanto ciò non impedisce affatto che le regole dell’ordinamento nazionale possano stabilire una più ampia ed estesa legittimazione al ricorso, riferendola a ciascuna delle singole imprese facenti parte della costituenda ATI (Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5577).

Lo stesso giudice comunitario, peraltro, con recentissima pronuncia resa sulla questione di cui era stato investito con ordinanza della V sezione del Consiglio di stato n. 6677/2006 (Corte di Giustizia, ord. 4.10.2007), ha ora affermato, confermando l’orientamento quivi seguito, che l’art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un’associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura d’aggiudicazione dell’appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire.

Né, ancora, secondo quanto di recente affermato da TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 16 marzo 2007, n. 2336, vale obiettare, in senso contrario, che le altre partecipanti all’ATI non hanno presentato ricorso, atteso che l’eventuale accoglimento del ricorso proposto da una sola impresa gioverà anche alle altre, in quanto la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti all’ati costituenda non comporta “ex se” lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato tra la capogruppo e le altre imprese.

E’ piuttosto da evidenziare che, nel caso di specie, le società afferenti all’ATI costituenda si sono impegnate alla costituzione in caso di aggiudicazione, circostanza ancora suscettibile di realizzarsi in caso di esito favorevole del giudizio.

Ne deriva che una tale circostanza non consente di configurare una carenza di interesse alla decisione.

Passando all’esame delle questioni di merito, è preliminare nel caso di specie l’esame dei motivi del ricorso incidentale, che deve essere vagliato con carattere di priorità rispetto al ricorso principale, atteso che ove il primo risultasse fondato e l’A.T.I. ricorrente principale fosse da escludere dalla gara, il gravame da questa proposto avverso l’aggiudicazione diverrebbe inammissibile per difetto di interesse.

La giurisprudenza ha avuto modo di affermare, al riguardo, che quando il ricorso incidentale assume una valenza pregiudiziale rispetto a quello principale (e ciò si verifica appunto nei casi, come quello in esame, in cui l’aggiudicatario faccia valere in via incidentale una causa di esclusione a carico della impresa ricorrente), il giudice dovrà decidere sull’incidente, e solo in caso di infondatezza potrà esaminare

l'impugnazione principale (TAR Sicilia, Catania, sez. II, 30 marzo 2007, n. 590; Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2006 n. 8265; TAR Veneto, Sez. I, 30 maggio 2005, n. 2231; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 marzo 2003, n. 2431; T.A.R. Lazio, Sez. III, 24 febbraio 2003, n. 1371; ***** 20 settembre 2002, n. 573).

Vanno pertanto esaminate con priorità le censure sollevate dalle ricorrenti incidentali sub 2. in quanto tendenti a provocare l'esclusione dalla gara dell'ATI ricorrente in via principale, mentre le censure sollevate sub 1, in quanto attengono all'interpretazione della "lex" di gara nella parte in cui pone a carico dei partecipanti l'obbligo di produrre una serie di dichiarazioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, verranno dal Collegio esaminate in sede di disamina delle questioni sollevate con l'impugnazione principale.

Le predette censure sono infondate.

Infondate in fatto sono le prime due censure, calendate sub 2.1 e 2.2. del ricorso incidentale, con le quali si sostiene che il raggruppamento ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per avere rilasciato dichiarazioni incomplete e generiche in ordine alle situazioni di controllo societario, in violazione del punto 1), busta A), n. 3, lett. f) del disciplinare di gara, nonché per irregolarità della dichiarazione di cui al punto 1), busta A), n. 3, lett. h) del medesimo disciplinare, che avrebbe dovuto avere separata collocazione nel testo dell'istanza di partecipazione, seguita da una distinta sottoscrizione delle imprese ricorrenti ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ.

Osserva il Collegio che il punto 1, n. 3), lett. f) del Disciplinare di gara prescriveva alle imprese partecipanti di elencare "...le imprese rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllato; tale dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa ...", e che sia la *** ** s.r.l. che la ME.CO. s.r.l., in ottemperanza alla clausola richiamata, dichiaravano rispettivamente "...di non trovarsi con alcuna impresa in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c....".

Ora, se è vero che, in tema di procedure di affidamento di un appalto di lavori pubblici, il richiamo, contenuto nell'art. 10 comma 1 bis della L. 11 febbraio 1994 n. 109, all'art. 2359 cod. civ., ha la funzione di individuare una presunzione, senza che possa escludersi che possano esistere altre forme di collegamento o controllo societario o imprenditoriale, atte ad alterare il corretto svolgimento, secondo logiche puramente concorrenziali, di una gara d'appalto (Consiglio di Stato, VI, 14 giugno 2006 n. 3500) , tuttavia la prescrizione del disciplinare è stata regolarmente osservata da entrambe le imprese del predetto raggruppamento, che hanno reso una dichiarazione negativa, dichiarando altresì la mancanza di qualsiasi forma di collegamento con altre imprese partecipanti, secondo quanto richiesto alla lettera p) dello stesso punto 3 del disciplinare.

D'altra parte le ricorrenti incidentali non hanno dedotto l'esistenza di effettive situazioni di controllo

societario, sotto qualsiasi forma, a carico delle imprese ricorrenti.

Considerazioni analoghe vanno svolte anche con riferimento all'asserita irregolarità della dichiarazione di "... accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizione contenute nel bando di gara , nel disciplinare di gara, nel piano di sicurezza nel capitolato speciale d'appalto nei grafici di progetto con particolare riferimento alla esclusione della competenza arbitrale ed alla competenza esclusiva del Foro di Messina...", dichiarazione che risulta dagli atti di causa essere stata resa a termini del punto 1), busta A) n. 3 lett. h) del disciplinare, atteso che entrambe le imprese del raggruppamento ricorrente hanno reso la dichiarazione ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. in calce all'istanza di ammissione alla gara, sottoscrivendola.

Parimenti infondate sono le censure sub 2.3. e 2.4., con le quali viene contestata la validità della fideiussione prodotta dall' R.T.I. *** ** s.r.l., sotto un primo aspetto perché non sarebbe indicato il periodo di validità della garanzia, sotto un secondo profilo in quanto, ad avviso delle ricorrenti incidentali, non sarebbero sussistenti i presupposti per la produzione di una garanzia fideiussoria dimidiata, e ciò in relazione alla mancata manifestazione di volontà in tal senso, nonché alla inidoneità della documentazione concernente certificazioni di sistema di qualità presentata da " *** ** " e " ***** ".

Quanto al primo dei profili in contestazione, si rileva dall'esame della scheda tecnica relativa alla garanzia provvisoria, allegata alla domanda di partecipazione alla gara e prodotta in atti dalle ricorrenti principali, che la stessa, redatta secondo lo schema tipo 1.1. allegato dal D.M. n. 123 del 12 marzo 2004 e valida dal 13.04.2007 al 23.11.2007, copre il periodo minimo di validità di centottanta giorni dal termine di ricezione delle offerte -

il 23 aprile 2007 - come richiesto dal bando (art. 9 lett.a del bando ed art. 1, punto n. 6 del disciplinare, che rinviava entrambi all'art. 7, 7.1. del bando), pur decorrendo la prestazione della garanzia dal 13.04.2007, data di presentazione dell'offerta dell'r.t.i. ricorrente principale, in conformità a quanto stabilito dal comma 2-bis dell'art. 30 della L. n. 109/1994 nel testo recepito in Sicilia, come sostituito dall'art. 1, comma 11, della LR n. 16/2005 (" (...) La fideiussione bancaria o la polizza assicurativa relative alla cauzione provvisoria hanno validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta"), nonché dall'art. 2 dello schema tipo n. 1.1. allegato al predetto D.M. n. 123/2004.

Anche con riferimento alla dichiarazione di impegno relativa alla cauzione definitiva per il caso di aggiudicazione dell'appalto, richiesta dall'art. 9, lettera b) del bando e dall'art. 1, punto n. 7) del disciplinare di gara, la polizza prodotta in atti contiene l'impegno della società assicuratrice al rilascio della garanzia fideiussoria definitiva

ai sensi di quanto previsto dall'art. 30, comma 2, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo recepito in Sicilia come modificato dall'art. 1, comma 11, della legge regionale n. 16 del 29 novembre 2005.

L'ulteriore aspetto, contestato dalle ricorrenti incidentali in relazione alla fideiussione prodotta dall'r.t.i. "*** **", attiene all'asserita impossibilità per le ricorrenti principali di avvalersi della dimidiazione della

garanzia, sia perchè le ricorrenti principali non avrebbero manifestato la volontà di avvalersene, sia perchè la presentazione di due certificazioni di sistema di qualità in copia conforme all'originale sottoscritta dai rispettivi amministratori, non costituirebbe documentazione idonea per fruire della dimidiazione in parola.

Anche sotto tale profilo le deduzioni del ricorso incidentale non meritano condivisione.

L'art. 30, comma 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo recepito in Sicilia come modificato dall'art. 1, comma 11, della legge regionale n. 16 del 29 novembre 2005 stabilisce che " L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata di una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale (...)” e la disposizione è ribadita dalla lex specialis di gara all'art. 9

- cauzione - del bando

(" l'offerta dei concorrenti deve essere corredata: a) da una cauzione provvisoria, pari al 2% (due per cento) dell'importo dei lavori e forniture posti a base d'asta inclusi oneri per la sicurezza...”).

Lo stesso bando prevede poi alla lett. h) dell'art. 16, rubricato ALTRE INFORMAZIONI, che “ si applicano le disposizioni previstedall'art.8, comma 11 quater, del “testo coordinato””.

L'art. 8, comma 11 quater, della L. n. 109/1994,

nel testo recepito in Sicilia, prescrive che le imprese munite di certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 o di dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema fruiscono del beneficio della riduzione al 50 % della cauzione prevista dal comma 1 dell'art. 30 della legge.

Ora, posto che la ricorrente in via principale ha presentato una cauzione ridotta pari all'1% del costo complessivo dell'opera, ad avviso del Collegio deve rilevarsi, da un lato che la facoltà di riduzione della garanzia ai sensi dell'art. 8, comma 11 quater, della L. n. 109/1994 era specificamente prevista dal bando di gara, e dall'altro lato che è incontestato che le imprese ricorrenti erano, al momento della partecipazione alla gara, in possesso della certificazione di qualità cui la legge collegala facoltà di riduzione delle garanzie, e quindi, in definitiva, in possesso dei requisiti per accedere alla riduzione della cauzione.

Tanto premesso, il Collegio ritiene di nondiscostarsi dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui, pur in mancanza di una espressa ed inequivoca dichiarazione da parte dell'impresa di volersi avvalere della riduzione (manifestazione di volontà ritenuta necessaria da parte della giurisprudenza perché in mancanza di essa la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad una garanzia di importo ingiustificatamente dimezzato - cfr T.A.R. Campania, Napoli, I, 28 giugno 2005, n. 8841), può trovare comunque applicazione il beneficio della cauzione ridotta quale conseguenza del possesso della

certificazione di qualità, laddove il possesso del requisito per la fruizione del beneficio stesso sia documentalmente provato attraverso la produzione, in allegato alla domanda, di una certificazione SOA attestante il possesso della certificazione di qualità stessa, ovvero mediante autocertificazione, da cui risulti che l'attestazione SOA dichiarava anche il possesso della certificazione di qualità aziendale (Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2003 n. 6280).

L'intervenuta allegazione di tale certificazione, contestualmente all'oggettiva riduzione della cauzione, infatti, non possono che sottendere un'implicita espressione di volontà di avvalersi del beneficio della riduzione stessa (cfr TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 27 febbraio 2007, n. 614).

Ora, non può esservi dubbio che nel caso sottoposto all'esame del Collegio il possesso dei requisiti per accedere alla riduzione della cauzione era sufficientemente documentato, attraverso la produzione delle certificazioni di qualità in copia conforme all'originale sottoscritta dai rispettivi amministratori, tenuto conto che l'attestazione ivi contenuta, "che l'impresa possiede la certificazione valida" fino al 19.01.2008 per "*** **", e fino al 27.01.2008 per "*****", entrambe rilasciate da CSICERT, è in grado di soddisfare l'interesse della stazione appaltante di disporre di adeguata certezza in ordine al possesso dei requisiti tecnici dell'impresa concorrente, attesa la natura di requisito obiettivo rivestita dal possesso della certificazione in parola, pienamente accertabile con riferimento al momento di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

*** poteva, pertanto, l'attestazione della conformità della copia all'originale, resa ai sensi dell'art. 19 del DPR 28 dicembre 2000, n.445, (dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà) valere come equipollente dell'originale del certificato di qualità.

Tanto ritiene il Collegio, condividendo sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121, che argomentando dalla natura giuridica dell'attività di certificazione e dalla veste che, nel suo esercizio, è riferibile al soggetto che la espleta, conclude nel senso che tale certificato possiede la qualificazione di "atto (certificatorio) rilasciato da una pubblica amministrazione", secondo la lettera del citato art.19, in quanto le S.O.A., "pur essendo organismi privati, rilasciano "attestazioni" aventi contenuto vincolato e rilievo pubblicistico, nell'esercizio di una funzione pubblicistica di certificazione (che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico)".

Infondata è infine la censura del ricorso incidentale con la quale le imprese controinteressate hanno sostenuto che l'ATI ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere reso le dichiarazioni relative alle opere da subappaltare in violazione della disposizione di cui all'art. 1 n. 3 lett. x), nonché dell'art. 74 del D.P.R. n. 554/1999 in relazione all'art. 13 della L. n. 109, avendo sia la ME.CO. s.r.l. che la *** ** reso una generica dichiarazione in ordine ai lavori da subappaltare - laddove invece avrebbero dovuto indicare specificamente le lavorazioni da subappaltare - ed, ancora, perché tale dichiarazione di subappalto delle opere rientranti nella categoria scorporabile OG3 sarebbe inammissibile,

ai sensi dell'art. 13 della L. n. 109/1994, poiché le predette opere, in quanto superiori al 15% dell'importo dell'appalto non sarebbero subappaltabili.

E' sufficiente richiamare al riguardo l'orientamento costante della giurisprudenza, anche di questa Sezione (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 luglio 2006, n. 1111; Idem, 8 maggio 2006, n. 690; Idem, 19 gennaio 2006, n. 42; confronta altresì, ex multis Consiglio di Stato, sez. VI, 11 giugno 2004, n. 5830) la quale afferma pacificamente che nelle procedure concorsuali bandite dalla P.A., la dichiarazione di voler affidare in subappalto parte dei lavori, ai sensi dell'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 e successive modificazioni ed integrazioni, non è un requisito di partecipazione, ma limita i suoi effetti alla possibilità o meno di ricorrere al subappalto.

Ne consegue che la mancanza o l'irregolarità di tale dichiarazione determina esclusivamente l'impossibilità di ricorrere al subappalto, ma non può comportare l'esclusione dalla gara, se l'impresa è in possesso dei requisiti per potere eseguire autonomamente i lavori oggetto dell'appalto.

Orbene, nella gara in controversia l'ATI ricorrente principale è un'associazione di tipo verticale, in cui la capogruppo "*** ***" ha assunto in proprio l'esecuzione dei lavori rientranti nella categoria prevalente OS21 e la mandante "*****" l'esecuzione dei lavori rientranti nella categoria scorporabile OG3; essendo, pertanto, ciascuna delle imprese facenti parte dell'A.T.I. predetta in possesso dei requisiti per poter eseguire autonomamente e integralmente ciascuna i lavori assunti in proprio e, in definitiva, per procedere esse stesse alla realizzazione integrale delle opere, nessuna esclusione dalla gara avrebbe potuto disporsi per irregolarità della dichiarazione relativa al subappalto, come invece preteso dalle controinteressate con il ricorso incidentale in esame.

Alla luce delle suesposte considerazioni, sono pertanto infondate le censure del ricorso incidentale dirette a provocare l'esclusione dalla gara dell'ATI ricorrente in via principale; infondate sono anche le doglianze caldate sub 1. del ricorso incidentale, che, in quanto attengono all'interpretazione della "lex" di gara nella parte in cui pone a carico dei partecipanti l'obbligo di produrre una serie di dichiarazioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, vengono qui di seguito esaminate in uno con l'esame dei motivi del ricorso principale.

Il ricorso principale è fondato.

E' in particolare fondato il primo motivo, con il quale le società dell'r.t.i. ricorrente principale hanno denunciato l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata "*** s.r.l.", in quanto quest'ultima, dopo aver evidenziato l'esistenza di un direttore tecnico cessato nel triennio, nella persona del *****, non avrebbe allegato le dichiarazioni di questi, in violazione dell'art. 75, comma 1, lett. b) e c) del D.P.R. n. 554/1999, e del disciplinare di gara nella parte in cui dispone che le dichiarazioni cui al punto 3 lett. a - limitatamente alle lettere a2, a3, a4 - e lettere b) e c) devono essere rese, a pena di esclusione, anche dai soggetti di cui all'art. 75 citato; le predette dichiarazioni, nel caso di specie sono

state rese dall'attuale amministratore dell'impresa, ***** , anche riguardo a tale terzo.

In presenza di un'esplicita prescrizione del disciplinare, le dichiarazioni in questione avrebbero dovuto essere rese dall'amministratore cessato, e non in sua vece, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, dall'amministratore in carica.

Rileva il Collegio che il disciplinare di gara, all'art. 1, punto 3, lett. a, ha richiesto ad ogni concorrente la produzione di una dichiarazione sostitutiva, attestante che:

"... omissis ...

a2) ... nei propri confronti non è stata disposta la misura di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3, della L. 27.12.1956, n. 1423;

a3) ... nei propri confronti non è pendente un procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3 della Legge 27 dicembre 1956, n. 1423;

a4) ... nei suoi confronti non sono state pronunciate sentenze di condanna passata in giudicato, oppure sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice penale per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale"; l'art. 3, lettere b) e c), ha a sua volta prescritto la produzione delle seguenti dichiarazioni:

"...b) dichiara che nei propri confronti negli ultimi cinque anni non sono stati estesi gli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3 della L. 27 dicembre 1956 n. 1423 irrogate nei confronti di un proprio convivente;

c) dichiara che nei propri confronti non sono state emesse sentenze ancorché non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare d'appalto...";

... omissis ...".

Lo stesso disciplinare di gara, all'art. 11 ha prescritto altresì che: "...le dichiarazioni di cui al **punto 3 lettera a) (limitatamente alle lettere a2, a3, ed a4, e lettere b) e c) devono essere rese a pena di esclusione**, anche dai soggetti previsti dall'art. 75, comma 1, lettera b) e c) del DPR 554/1999, e s.m.i., (soggetti comunque muniti di potere di rappresentanza, direttori tecnici, soci di società in nome collettivo, soci accomandatari, **soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente**)...".

"la domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui ai punti 1, 2, 3, 4,5,6,7,8,9,10,11 a pena di esclusione,devono contenere quanto previsto nei predetti punti".

Orbene, tra i soggetti indicati dall'art. 75, comma 1, lettere b) e c), sono ricompresi anche i "direttori tecnici ed i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara".

Questa Sezione, affrontando questioni analoghe a quella in esame (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 11 gennaio 2007, n. 50; CGARS 8 marzo 2005, n. 94), ha avuto modo di affermare che, in presenza di una puntuale clausola del disciplinare, che richiede una dichiarazione personale proveniente dai soggetti previsti dall'art. 75, comma 1, lettere b) e c) del DPR 554/99, la dichiarazione in questione non può essere sostituita dalla dichiarazione dell'amministratore in carica, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000. L'amministratore in carica può esercitare tale potere sostitutivo soltanto nel caso in cui i soggetti cessati non possano (perché deceduti o per qualsiasi altra causa) o non vogliano rendere le dichiarazione in questione (Cfr. Tar Catania, Sezione IV, 4 novembre 2005 n. 1995).

Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella deliberazione n. 101 del 29.03.2007, ha affermato che l'impresa che partecipa ad una gara d'appalto deve presentare, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del d. Lgs. n. 163/2006, nel quale sono state trasfuse le disposizioni dell'articolo 75 del d.P.R. 554/1999, apposita dichiarazione in ordine alla inesistenza di cause di esclusione nei confronti dei direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, e fornire, in sede di gara, la prescritta dichiarazione resa dai soggetti cessati ovvero la dichiarazione sostitutiva rilasciata dal legale rappresentante, nel caso in cui detti soggetti siano divenuti irreperibili per l'impresa.

Nella specie, in sede di partecipazione alla gara non è stato documentato alcun fatto impeditivo di tal genere, onde le dichiarazioni personali avrebbero dovuto essere rese dai diretti interessati, e non in via sostitutiva dall'amministratore in carica.

La difesa del Comune di Giardini Naxos difende la legittimità dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione al raggruppamento costituito fra le imprese *** s.r.l. e *** s.r.l., asserendo che, comunque, i soggetti cessati nel triennio non rientrerebbero tra quelli, previsti dall'art. 75 D.P.R. n. 554/99, tenuti a rendere le dichiarazioni di cui al punto 3, lett. a), limitatamente alle lettere a2, a3, a4, b) e c), richiamato dal punto 11 del disciplinare.

Tali argomentazioni sono sostenute anche dall'r.t.i. controinteressato con le censure del ricorso incidentale (sub 1.1. e 1.2.) con le quali si sostiene che la lex di gara sarebbe illegittima ove venisse interpretata nel senso che le dichiarazioni di cui al punto 3, lett. a), limitatamente alle lettere a2, a3, a4, b) e c), debbano essere rese personalmente dai soggetti cessati nel triennio precedente, escludendo che tali dichiarazioni possano essere rese dal legale rappresentante della società.

Tuttavia la proposta interpretazione della disciplina di gara, che è sostanzialmente riproduttiva di quella legale, si pone in chiaro contrasto con il tenore letterale delle richiamate disposizioni del bando e della

legge, in quanto il combinato fra la disciplina del bando e la disciplina legale, di cui si lamenta la violazione, richiedeva espressamente che le dichiarazioni in questione fossero rilasciate anche dai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, configurando dunque a carico di tali soggetti l'onere di fornire personalmente le dichiarazioni richieste dal bando.

Deve, dunque, essere respinto il ricorso incidentale, mentre va accolto, con assorbimento delle censure non esaminate, il ricorso proposto in via principale.

Il Comune di Giardini Naxos deve essere condannato a risarcire in forma specifica l'A.T.I. ricorrente principale, disponendo in suo favore l'aggiudicazione dell'appalto.

Invero, con verbale del 22 maggio 2007 il seggio di gara ha individuato, mediante sorteggio, i concorrenti collocati al primo posto (ATI "*** - *** ***) ed al secondo posto (ATI "*** ** - *****) della graduatoria di gara.

Ora, una volta accertata l'illegittimità dell'ammissione della ***, e tenuto conto altresì che la sua esclusione non altera la media delle offerte, non è necessario ripetere il sorteggio tra i concorrenti che hanno presentato il medesimo ribasso, potendosi disporre immediatamente l'aggiudicazione in favore dell'Impresa seconda graduata.

Tali considerazioni trovano conforto nella giurisprudenza amministrativa (cfr. C.G.A. 11 febbraio 2005 n. 56; Tar Veneto, Sezione I, 14 maggio 2007 n. 1461), anche di questa Sezione (TAR Catania, IV, 22 gennaio 2008, n. 141),

secondo cui, ove fosse disposto l'integrale rifacimento del sorteggio, si darebbe una seconda possibilità di ottenere l'aggiudicazione ai concorrenti che hanno già perso la prima volta, con palese violazione del principio di diritto contenuto nell'art. 77, comma 2, del R.D. n. 827/1924, in base al quale, ricorrendo le condizioni ivi previste, "la sorte decide"; l'ammissione di un offerente non legittimato non vizia la decisione della sorte su chi debba essere l'aggiudicatario, tale divenendo la ditta il cui nominativo sia il primo ad essere estratto tra coloro che erano legittimati a partecipare al sorteggio.

Nella specie, la sorte ha già deciso in favore delle ricorrenti *** ** s.r.l. - *** s.r.l., delle quali non può essere rimessa in discussione la posizione di prima graduata, anche in applicazione del fondamentale principio di conservazione dell'attività (cfr. Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1998, n. 1668; Tar Palermo, sezione Terza, 12 febbraio 2007 n. 518).

In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto e va disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento "*** ** s.r.l.- ME.CO.s.r.l.".

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti spese ed onorari.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania -
Sezione Quarta -

accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

**Condanna l'Amministrazione comunale intimata a disporre l'aggiudicazione
dell'appalto in favore del raggruppamento "*** ** s.r.l. - ***** s.r.l.".**

**Spese
compensate.**

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

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del 23 gennaio 2008 e del 7 febbraio 2008.

L'Estensore

Il Presidente

Depositata in Segreteria il 14 febbraio 2008.

<https://www.diritto.it/tar-sicilia-catania-sez-iv-14-febbraio-2008-n-280-in-materia-di-appalti/>