

Risulta sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica e induce a ritenere che l'identità di un elevato numero di percentuale di ribasso oltre a influenzare le medie aritmetiche possa assumere i con

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In Sicilia, il Tar ha dubbi che l'identica percentuale di ribasso possa essere frutto di casualità

risulta sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica e induce a ritenere che l'identità di un elevato numero di percentuale di ribasso oltre a influenzare le medie aritmetiche possa assumere i connotati di un ribasso d'asta concordato tra i concorrenti

va disposta la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa,

Il Collegio non può fare a meno di rilevare in questa sede - come del resto già fatto in sede cautelare (cfr. ordinanze nn. 983/2010, 829/2010, 789/2010 e 738/2010) l'ormai ricorrente fenomeno dell'identità della percentuale di ribasso presentata dai concorrenti, che di fatto ha trasformato il sistema di aggiudicazione degli appalti in Sicilia in una "lotteria", nella quale l'esecuzione dei lavori rimane affidata alla sorte ovvero all'eventuale esito di ricorsi giurisdizionali promossi dall'impresa seconda estratta, basati - nella maggior parte dei casi - su censure di carattere formale rilevate attraverso la cd "caccia all'errore" nella presentazione della domanda di partecipazione. Anche nel caso in esame, tutti i concorrenti ammessi alla gara hanno presentato l'offerta con la medesima percentuale di ribasso, pari a 7,3152, mentre, per nozione di comune esperienza (art. 115 c.p.c.) appare di difficile probabilità statistica che l'identica percentuale di ribasso possa essere frutto di casualità, tenuto conto anche della disciplina introdotta dalla

l.r. 20/2007 (applicata ratione temporis alla fattispecie in esame) che ha aumentato da 3 a 4 il numero delle cifre decimali da indicare nel ribasso percentuale offerto da ciascun concorrente (cfr. C.G.A. ord. n.343/2009 T.A.R. Sicilia- Palermo, sez II, ordinanza 325/2009). Tale generalizzato fenomeno - oltre a porsi in contrasto con i canoni di efficienza economica, competitività e reale concorrenza tra imprese - risulta sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica e induce a ritenere che l'identità di un elevato numero di percentuale di ribasso oltre a influenzare le medie aritmetiche possa assumere i connotati di un ribasso d'asta concordato tra i concorrenti, idoneo a integrare gli estremi del reato di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p.

Per le ragioni suesposte e per l'elevata incidenza statistica di tale fenomeno nella quasi totalità delle gare di appalto di lavori pubblici nella regione Siciliana, va disposta la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa, competente per territorio in relazione al luogo di svolgimento delle operazioni di gara, per la valutazione della sussistenza di eventuali ipotesi di reato nei fatti descritti; copia della presente ordinanza va trasmessa, altresì, alla Procura regionale della Corte dei Conti di Palermo, per quanto di competenza in relazione all'eventuale riscontro di danno erariale

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 417 del 18 febbraio 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 00417/2011 00417/2011
REG.PROV.COLL.

N. 02411/2009
02411/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 2411 del 2009, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

- del verbale di gara del 6.5.2009 nella parte in cui la Stazione appaltante ha ammesso a partecipare alla gara, con riserva di verifica del DURC, l'impresa CONTROINTERESSATA. S.r.l. di Nicosia, odierna controinteressata;

- del verbale di gara del 22.6.2009 in cui la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore dell'impresa CONTROINTERESSATA. ***** quale impresa prima sorteggiata, ai sensi dell'art. 21, co. 1-bis, della L.R. n. 20/2007, tra quelle che avevano offerto un ribasso pari alla media di aggiudicazione;

- della nota del Comune di Ragusa dell'8.7.2009, prot. n. 56361, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato all'odierna ricorrente, risultata seconda in graduatoria, l'aggiudicazione in favore dell'impresa CONTROINTERESSATA. *****;

- della determinazione del Dirigente del Settore Contratti del Comune di Ragusa del 10.7.2009, prot. n. 1615, pubblicata all'Albo Pretorio dal 20.7.2009 al 26.7.2009, con cui sono stati approvati e ratificati i verbali di gara e aggiudicata in via definitiva la gara d'appalto all'impresa CONTROINTERESSATA. S.r.l. di Nicosia;

- dei provvedimenti di verifica dei requisiti di aggiudicazione definitiva, se intervenuti;

- del contratto di appalto, ove stipulato;

- di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente e/o successivo, comunque connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ragusa e di Controinteressata. Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Controinteressata. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Catania, via Canfora, 126;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il Primo Referendario ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa Ricorrente ha partecipato alla gara per la realizzazione dei "lavori di opere di urbanizzazione piano di recupero c.da Cisternazzi", per un importo complessivo di € 923.351,23, compresi oneri per la sicurezza, classificandosi - all'esito del sorteggio tra offerte con medesimo ribasso - seconda in graduatoria, mentre l'appalto è stato aggiudicato all'impresa CONTROINTERESSATA.

Con ricorso introduttivo, regolarmente notificato e depositato, l'impresa Ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe con i quali la controinteressata è stata ammessa alla gara di cui è stata dichiarata aggiudicataria. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di ricorso:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 16, LETT. B) DEL BANDO, DEGLI ARTT. 1, PUNTO 10, E 2 DEL DISCIPLINARE DI GARA, NONCHE' DELL'ART. 19, COMMA 12-BIS, DELLA L. N. 109/94 NEL TESTO COORDINATO CON LE LL.RR. N. 7/2002 E N. 7/2003 E S.M.I., COME INTRODOTTO DALL'ART. 1, COMMA 12, DELLA L.R. N. 16/2005. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI. La controinteressata, ha prodotto, in sostituzione del D.U.R.C. una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà priva, tra l'altro, di data, e ciò secondo parte ricorrente, avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara.

2) VIOLAZIONE DELL'ART. 8 DEL BANDO DI GARA E DELL'ART. 2, PUNTO 5 DEL DISCIPLINARE DI GARA. INVALIDITA' E/O INEFFICACIA DELLA GARANZIA FIDEIUSSORIA PER LA CAUZIONE PROVVISORIA PRESENTATA DALL'IMPRESA CONTROINTERESSATA. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI. L'impresa controinteressata ha prodotto una garanzia fideiussoria rilasciata da società intermediaria (GARANTE S.p.A.) cui non è stata allegata la prova dell'autorizzazione ministeriale in corso di validità di cui all'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, senza attestazione del potere di firma dell'agente procuratore e senza indicazione degli estremi della procura da cui deriverebbero tali poteri.

3) VIOLAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 5 DEL D.L. 6 SETTEMBRE 1982 N. 629, CONV. CON L. 12 OTTOBRE 1982 N. 726, IN RELAZIONE ALLA MANCATA PRODUZIONE DEL "MODELLO GAP" DA PARTE DELLA CONTROINTERESSATA. L'impresa CONTROINTERESSATA, doveva inoltre essere esclusa dalla gara per non aver allegato, sin dalla fase di partecipazione alla gara, il modello GAP.

4) INVALIDITA' E/O INEFFICACIA DELLE DICHIARAZIONI RESE DALLA CONTROINTERESSATA AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE AL PUBBLICO INCANTO. VIOLAZIONE DELL'ART. 6.3.1 DEL BANDO DI GARA E DELL'ART. 1 DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI. Infine, la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara a causa di una serie d'irregolarità della domanda di partecipazione (assenza di timbri di congiunzione tra i fogli all'interno della domanda e delle varie dichiarazioni; mancanza della data di sottoscrizione in calce ad alcune dichiarazioni prodotte).

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso la Provincia Regionale di Ragusa e la controinteressata. Quest'ultima con successivo ricorso incidentale ha dedotto l'illegittima ammissione della ricorrente alla gara a causa dell'omessa dichiarazione prevista dal protocollo di legalità (circolare n. 593 del 31.1.2006 dell'Assessore Regionale per i lavori pubblici).

Con ordinanza n. 1747 del 14.12.2009, la domanda cautelare è stata respinta.

Le parti hanno successivamente scambiato memorie, insistendo nelle rispettive difese e alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio ritiene che - pur se in generale la cognizione dei motivi di ricorso incidentale ad effetti paralizzanti assume rilievo preliminare - tuttavia, l'infondatezza nel merito delle doglianze dedotte in via principale dal soggetto ricorrente esime il giudice amministrativo dalla verifica delle censure dedotte dalla parte controinteressata in via incidentale, tenuto anche conto delle esigenze di "sinteticità" dettate dall'art. 120, comma 10° del D.Lgs. 104/2010.

2. Con il primo motivo di ricorso, parte ricorrente censura la circostanza che la controinteressata abbia presentato in luogo del D.U.R.C una dichiarazione sostitutiva, modalità questa che ritiene non consentita dalle norme del bando e del disciplinare.

La censura è manifestamente infondata.

Il disciplinare di gara (A.10) richiede che il requisito della regolarità contributiva debba essere

comprovato tramite: "...Certificazioni in corso di validità (tre mesi) rilasciate dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa edile, ovvero D.U.R.C., attestanti la regolarità contributiva con le modalità indicate nel Decreto dell'Assessorato dei Lavori Pubblici del 24/2/06 pubblicato nella G.U.R.S. n.12 del 10/3/06 e secondo le modifiche introdotte dall'art. 1 comma 8 della L.R. n. 20 del 21 agosto 2007 e dal Decreto Assessoriale LL.PP. del 15 gennaio 2008 pubblicato sulla GURS n.5 del 1 febbraio 2008. Non sono considerati validi, ai fini della partecipazione alle gare, i certificati D.U.R.C. rilasciati per stati di avanzamento dei lavori, stati finali e verifica di autocertificazione (...").

La normativa richiamata dal bando stabilisce che è ammesso alle gare d'appalto il concorrente che in conformità alle normative di settore, ed in assenza delle certificazioni richieste dimostri la formazione del silenzio assenso, attraverso la documentazione di documentazione comprovante la tempestiva richiesta del certificato e di dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445/00, attestante che il medesimo non è stato rilasciato.

In conformità al richiamato decreto assessoriale, l'impresa controinteressata ha indicato i numeri di matricola e iscrizione I.N.P.S., I.N.A.I.L. e Cassa edile, attestando la propria regolarità contributiva e ottemperando pienamente i precetti normativi richiesti dalla normativa di settore e dal disciplinare di gara. Pertanto, anche le ulteriori doglianze relative a ipotetici profili d'indeterminatezza delle dichiarazioni sono superate dalla circostanza che il periodo di riferimento del D.U.R.C. è perfettamente rilevabile tramite la data dell'istanza e l'allegazione del C.I.P.; quanto, infine, alla data di sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva essa non può comunque comportare alcuna sanzione espulsiva, perché ricavabile dalla data di sottoscrizione della domanda di partecipazione. In ogni caso, trattandosi, di documentazione già presente nel plico la stazione - in caso di eventuali dubbi - avrebbe potuto esercitare i poteri d'integrazione di cui all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

3. Analogamente infondata è la censura articolata nel secondo motivo di ricorso relativo alla presunta inidoneità della garanzia fideiussoria alla quale non sarebbe stata allegata l'autorizzazione ministeriale al rilascio della fideiussione.

Al riguardo, l'art. 8 del bando di gara richiede che i concorrenti prestino una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara "anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385/93, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica"; il disciplinare (A.1).5) ricomprende "cauzione provvisoria, nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, commi 1 e 1 bis, della legge n. 109/94 e successive modifiche ed integrazioni, nel testo coordinato con le norme della legge regionale n. 7/02 e successive modifiche ed integrazioni, con le modalità indicate nel punto 8) del bando di gara", tra i documenti richiesti a pena di esclusione. Nessuna norma, prevede, invece, che debba essere allegata alla domanda di partecipazione anche l'autorizzazione ministeriale.

Ora, nel caso in esame, l'impresa CONTROINTERESSATA ha prodotto una garanzia fidejussoria per la cauzione provvisoria rilasciata dalla società intermediaria GARANTE S.p.A., Agenzia di Troina, il 25.3.2009, n. B/2228047/00, che riporta in calce oltre alla denominazione, alla sede sociale e agli altri dati identificativi della società, anche la circostanza che la stessa è iscritta all'albo speciale del Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi del D.P.R. 115/2004. Non sussisteva, pertanto, alcuna valida ragione per ritenere la polizza fideiussoria in questione non conforme a quanto richiesto dalle disposizioni di legge e dal disciplinare.

4. Con il terzo motivo di ricorso, parte ricorrente sostiene che in virtù del principio di eterointegrazione (non essendo prevista lacuna disposizione del disciplinare sulla produzione del modello G.A.P.) si sarebbe dovuto procedere all'esclusione dell'impresa CONTROINTERESSATA per omessa allegazione del modello G.A.P. A sostegno delle proprie difese, il ricorrente invoca precedenti giurisprudenziali, molti dei quali, però relativi a controversie nelle quali - a differenza della fattispecie in esame - l'allegazione del modello G.A.P. era espressamente richiesto dal disciplinare di gara.

Il Collegio non ignora che la giurisprudenza si è sempre assestata sull'obbligatorietà della produzione del modello G.A.P. quale requisito necessario per non eludere la normativa di ordine pubblico che consentiva all'Alto Commissario (ora Ministero dell'Interno) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche.

Tuttavia, tale orientamento deve essere rivisitato per un duplice ordine di motivi.

Risultano, innanzitutto, condivisibili le argomentazioni contenute nella sentenza del Tar Palermo, sez. III n. 2807/2010 `begin_of_the_skype_highlighting`

2807/2010

`end_of_the_skype_highlighting` che nel contemperamento tra principio di etero integrazione e principio comunitario dell'affidamento ritiene che "...la comprensibile ragione di non scalfire il principio della tutela dell'ordine pubblico ai fini della lotta contro le infiltrazioni della delinquenza mafiosa nel settore dei pubblici appalti, non possa essere condiviso ogniqualvolta esso conduca alla penalizzazione del "concorrente che abbia fatto affidamento incolpevole sul tenore testuale e letterale della *lex specialis*" della procedura (v. deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 22 maggio 2007, n. 154 richiamata anche dal successivo parere 6 marzo 2008, n. 98) (...)"concludendo nel senso che in assenza di alcuna previsione nella *lex specialis* della procedura in ordine all'obbligo di produrre il modello G.A.P., la stazione appaltante non può escludere automaticamente le imprese che omettano di produrre tale modello.

In secondo luogo, va rilevato che “l’essenziale funzione di tutela dell’ordine pubblico quale indefettibile strumento conoscitivo ai fini della lotta contro l’infiltrazione della delinquenza mafiosa nel settore dei pubblici appalti” che il modello G.A.P. aveva all’epoca dell’entrata in vigore della relativa normativa, risulta oggi adeguatamente garantito anche da altri strumenti successivamente introdotti (solo a titolo esemplificativo: obblighi dichiarativi, protocolli di legalità, tracciabilità dei flussi finanziari,) per cui, in un’ottica “sostanzialistica” della sussistenza delle cause ostative alla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, va ritenuto che laddove la *lex specialis* non richieda espressamente l’allegazione del modello G.A.P. sin dalla fase della partecipazione (come nel caso di specie), nessuna sanzione espulsiva possa essere disposta a carico dell’impresa partecipante alla gara che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara.

5. Con il quarto motivo di ricorso, parte ricorrente censura una serie d’irregolarità nella predisposizione e redazione della domanda di partecipazione (assenza di timbri di congiunzione tra i fogli, mancanza della data di sottoscrizione in alcune dichiarazioni prodotte), che tuttavia non sono espressamente sanzionate con l’espulsione dalla gara. Peraltro, trattandosi di irregolarità meramente formali relative alle istruzioni per la compilazione degli schemi predisposti dalla stazione appaltante era comunque possibile fare ricorso alla regolarizzazione documentale (tra le tante: *****, sez. V, 22 febbraio 2010 , n. 1038).

6. Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve quindi essere rigettato.

7. Sussistono i motivi per poter disporre la compensazione , tra le parti, delle spese di giudizio tenuto conto della parziale novità delle questioni affrontate.

8. Il Collegio non può fare a meno di rilevare in questa sede - come del resto già fatto in sede cautelare (cfr. ordinanze nn. 983/2010, 829/2010, 789/2010 e 738/2010) l’ormai ricorrente fenomeno dell’identità della percentuale di ribasso presentata dai concorrenti, che di fatto ha trasformato il sistema di aggiudicazione degli appalti in Sicilia in una “lotteria”, nella quale l’esecuzione dei lavori rimane affidata alla sorte ovvero all’eventuale esito di ricorsi giurisdizionali promossi dall’impresa seconda estratta, basati - nella maggior parte dei casi - su censure di carattere formale rilevate attraverso la cd “caccia all’errore”

nella presentazione della domanda di partecipazione. Anche nel caso in esame, tutti i concorrenti ammessi alla gara hanno presentato l'offerta con la medesima percentuale di ribasso, pari a 7,3152, mentre, per nozione di comune esperienza (art. 115 c.p.c.) appare di difficile probabilità statistica che l'identica percentuale di ribasso possa essere frutto di casualità, tenuto conto anche della disciplina introdotta dalla l.r. 20/2007 (applicata *ratione temporis* alla fattispecie in esame) che ha aumentato da 3 a 4 il numero delle cifre decimali da indicare nel ribasso percentuale offerto da ciascun concorrente (cfr. C.G.A. ord. n.343/2009 T.A.R. Sicilia- Palermo, sez II, ordinanza 325/2009). Tale generalizzato fenomeno - oltre a porsi in contrasto con i canoni di efficienza economica, competitività e reale concorrenza tra imprese - risulta sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica e induce a ritenere che l'identità di un elevato numero di percentuale di ribasso oltre a influenzare le medie aritmetiche possa assumere i connotati di un ribasso d'asta concordato tra i concorrenti, idoneo a integrare gli estremi del reato di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p.

Per le ragioni suesposte e per l'elevata incidenza statistica di tale fenomeno nella quasi totalità delle gare di appalto di lavori pubblici nella regione Siciliana, va disposta la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa, competente per territorio in relazione al luogo di svolgimento delle operazioni di gara, per la valutazione della sussistenza di eventuali ipotesi di reato nei fatti descritti; copia della presente ordinanza va trasmessa, altresì, alla Procura regionale della Corte dei Conti di Palermo, per quanto di competenza in relazione all'eventuale riscontro di danno erariale.

P.Q.M.

respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Manda alla Segreteria per la trasmissione di copia della presente ordinanza alla Procura della Repubblica

presso il Tribunale di Ragusa e alla Procura Regionale della Corte dei Conti di Palermo per le rispettive determinazioni di competenza, conservando copia degli atti a disposizione delle Procure medesime.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

***** , Presidente FF

***** , Consigliere

Agnese ***** , Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/risulta-sintomatico-della-violazione-della-regola-della-segretezza-dell-offerta-propria-dell-evidenza-pubblica-e-induce-a-ritenere-che-l-identita-di-un-elevato-numero-di-percentuale-di-ribasso-oltre-a/>