



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 387 del 2009, proposto da:  
3b Srl, Bredil Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentati e difesi dall'avv. Raimondo Alaimo, con domicilio eletto  
presso Salvatore Cittadino in Catania, via O.Scammacca,23/C;

***contro***

Urega Sede Prov.Le di Siracusa, in persona del legale rappresentante  
*pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per  
legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149; Provincia di Siracusa, in  
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso  
dall'avv. Francesco Agosta, con domicilio eletto presso la Segreteria  
del TAR Catania;

***nei confronti di***

Impresa Pettinato Costruzioni Srl, in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo

Merlo, con domicilio eletto presso Egidio Incorpora in Catania, via Aloi, 46;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

1. Dei verbali di gara stesi sotto le date del 26.11.2008,03.12.2008,09.12.2008, contenenti anche la proposta di aggiudicazione relativi all'appalto dei lavori di “ ammodernamento della S.P. 30 Sottomelilli – Sortino CUP E74E07000180003 CIG 0168562DBF CUI 19200800685 per l'importo complessivo di euro 4.156.105,40 di cui oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso pari a euro 85.807,41,nella parte in cui la Commissione di Gara dell'UREGA ha illegittimamente ammesso a concorrere l'impresa controinteressata e le ha aggiudicato i lavori;
2. Del bando di gara e dell'allegato disciplinare per quanto di interesse, ed in particolare delle disposizioni disciplinanti la dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del DLGS 163/2006 ove fossero interpretate difformemente alle previsioni di legge;
3. Di ogni altro atto e provvedimento presupposto e/o consequenziale e/o comunque agli stessi connesso, ancorché non conosciuto, che possa fraporsi al diritto fatto valere dalla ricorrente, ivi inclusi l'eventuale provvedimento di approvazione degli atti di gara e/o il contratto d'appalto stipulato, ed il bando di gara con allegato disciplinare ove siano interpretati in senso difforme a quello previsto dalla legge vigente e propugnato con il presente atto , nonché

dell'eventuale aggiudicazione definitiva..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Urega Sede Prov.Le di Siracusa e di Provincia di Siracusa e di Impresa Pettinato Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2010 il dott. Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La Provincia Regionale di Siracusa ha indetto pubblico incanto per l'esecuzione dei lavori di ammodernamento della S.P. 30 Sottomelilli Sortino per l'importo complessivo di € 4.156.105,40 di cui oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso € 85.807,41; l'appalto è stato aggiudicato all'impresa Pettinato Costruzioni s.r.l. per effetto del sorteggio tra i concorrenti che avevano espresso lo stesso ribasso del 7,3152%, mentre la ricorrente ATI3B- Bruccoleri - Bredil è risultata seconda in graduatoria.

Con il ricorso in esame quest'ultima ha chiesto l'esclusione dalla gara della prima classificata e la conseguente aggiudicazione deducendo in due motivi di ricorso le censure di:

1) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, violazione del punto 4

lett. A-c del disciplinare di gara, eccesso di potere: la società controinteressata doveva essere esclusa dalla partecipazione alla gara non avendo integralmente dichiarato il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 comma 1°, lett. c) del D.Lgs. 163/2006, nella parte in cui dispone che i concorrenti attestino l'inesistenza di sentenze passate 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 I, direttiva CE 2004/18.

2) violazione e falsa applicazione dei principi in materia di formulazione dell'offerta, violazione del disciplinare di gara (punto 3.4): la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara avendo presentato l'offerta di ribasso al lordo degli oneri della sicurezza.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso l'ATI controinteressata, la Provincia Regionale di Siracusa e l'Avvocatura dello Stato per l'UREGA.

Con ordinanza n. 561 del 26/03/2009 è stata respinta l'istanza cautelare; in sede di appello, il C.G.A. pur non modificando l'ordinanza cautelare ha disposto la fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 23bis della legge n. 1043/1971.

Alla pubblica udienza del 25 marzo 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente denuncia

l'illegittima ammissione alla gara della società controinteressata in quanto l'amministratore unico e il direttore tecnico avrebbero reso una dichiarazione incompleta circa il possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 1° comma D.Lgs. 163/2006, con particolare riferimento all'omessa espressa indicazione dei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode o riciclaggio, quale definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1 della direttiva CE 2004/18. Secondo la difesa di parte ricorrente non sarebbe sufficiente una dichiarazione che indichi di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1° lett. c) prima parte ( quindi di non aver riportato sentenze di condanna passata in giudicato, o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale), ma è necessario estendere la dichiarazione al contenuto della seconda parte della lett. c) laddove la norma dispone 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'articolo 45 paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.”*

L'interpretazione della predetta normativa che le ricorrenti propongono non è condivisa dal collegio.

Ai sensi del richiamato art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, per quanto qui specificamente rileva, sono esclusi dalla partecipazione ai

pubblici appalti i soggetti "c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza in applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; 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; (...)"

Quanto al disciplinare di gara, il punto 4, lett. A, riproponendo testualmente la norma dell'art. 38, indica tra i documenti richiesti a pena di esclusione una dichiarazione sostitutiva nella quale il concorrente "dichiara, indicando le specificamente ed espressamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1°, lett. a), b), c), d), e), j), g), h), i), l), m) e m-bis, del D.Lgs. n. 163/06 e successive modificazioni e precisamente: a(...), b(...), c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza in applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; 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; (...)"

Nella specie, nelle dichiarazioni rese dall'amministratore e dal

direttore tecnico della Pettinato costruzioni è specificata solo l'inesistenza di sentenze passate in giudicato per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, senza alcuna precisazione circa i reati di *"partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio..."*;

Ciò premesso, il Collegio osserva che l'art. 38 del codice dei contratti ripropone per molti tratti la disciplina previgente sulle cause di esclusione dalle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (artt. 75 D.P.R. n. 544 del 1999 e 17, D.P.R. n. 34 del 2000), prevedendo una normativa unitaria valevole ora indistintamente per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture. Nella parte concernente gli illeciti penali incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti (art. 38, co.1°, lett. c), il legislatore impone al concorrente di indicare l'esistenza di condanne per *"reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"*, lasciando alla stazione appaltante un margine di apprezzamento sull'incidenza del reato sulla gravità del fatto, sulla moralità professionale, e sull'offensività per lo Stato o per la Comunità. La seconda parte della norma invece vieta qualsiasi apprezzamento di disvalore nei confronti delle fattispecie criminose individuate e definite dall'art. 45 della direttiva CE n. 2004/18 (partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio), che costituiscono comunque causa di esclusione precludendo quindi una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. La ragione di questa tecnica si spiega in considerazione della circostanza che alle gare comunitarie partecipano

anche operatori non italiani, sicché il tipo di reati va individuato non solo con riferimento alla legislazione italiana ma con riferimento alle tipologie di reati come definiti dagli atti comunitari. Pertanto il Collegio, in linea con giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3773 e 23 marzo 2009, n. 1736; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 15 giugno 2009, n. 1076) ritiene che mentre la prima parte della norma dell'art. 38 co.1, lett. c), s'indirizza al concorrente prevedendo il divieto di partecipazione alle gare per gli operatori che siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per *"reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"*, indicando una categoria di reati non definita compiutamente in cui si lascia alla stazione appaltante un margine di apprezzamento, la seconda parte della norma, facendo riferimento a fattispecie espressamente specifiche (partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio) s'indirizza alla stazione appaltante, privandola di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno dei predetti reati si connette un effetto automatico di preclusione della partecipazione ai pubblici appalti.

Va anche evidenziato, sotto il profilo degli obblighi di dichiarazione, che queste ultime fattispecie (partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio) coincidono con quelle che secondo la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1723; 20 marzo 2007, n. 1331) e l' Autorità per la vigilanza sui LL.PP. ( parere 21 maggio 2008, n. 162; e deliberazione 9

maggio 2007, 123) incidono negativamente sulla moralità professionale dei concorrenti ai pubblici appalti. Si configura, pertanto, un rapporto da genere a specie tra i reati genericamente previsti dalla prima parte dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 ("*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*") e quelli specificati nella seconda parte della norma per cui i secondi (partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio) rientrano in ogni caso nella categoria dei "*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*", le cui condanne devono essere espressamente dichiarate dai concorrenti.

In conclusione, l'art. 38 citato, laddove dispone che è comunque causa di esclusione la condanna per i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, non sta ad indicare tipologie di reati diversi da quelli ostativi genericamente indicati nella prima parte della norma, quanto piuttosto dei reati in ordine ai quali la stazione appaltante è priva di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno o più degli stessi si connette un effetto automatico di preclusione della partecipazione ai pubblici appalti.

Nella specie rileva, inoltre, la formulazione del disciplinare di gara che non contiene alcuna espressa prescrizione di indicare a parte le eventuali sentenze di condanna per i reati predetti, con correlata comminatoria di esclusione, ma, come s'è visto, si limitano ad un generico riferimento alle "*condizioni di cui all'art. 38, c. 1 lett. a), b), c), d)*,

e), f), g), h), i), l) e m) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.", quali condizioni preclusive della partecipazione, e delle quali doveva essere perciò attestata l'inesistenza. E, stante la genericità di tale clausola della *lex specialis*, in correlazione con il disposto normativo dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 (che, come s'è visto, di per sé non sembra comportare la necessità di una specifica e distinta dichiarazione circa eventuali sentenze di condanna per i reati di partecipazione a organizzazioni criminali etc.), trova applicazione il fondamentale principio, di portata generale in tema di pubblici appalti, della massima partecipazione (cfr. da ultimo Cons. St., V, 14 aprile 2008, n. 1665).Risulta, pertanto, estraneo alla fattispecie in esame il richiamo alla sentenza n. 395/2010 della quarta Sezione di questo Tribunale reso su controversia totalmente diversa nella quale il disciplinare di gara richiedeva espressamente la dichiarazione sulle tipologie di fattispecie criminose definite dall'articolo 45 della direttiva Ce n. 2004/18.

Per quanto sopra, la dichiarazione resa dalla controinteressata, risulta conforme alla norma dell'art. 38 e alla *lex specialis* del disciplinare.

2. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente censura le modalità di presentazione dell'offerta della controinteressata assumendo che la stessa sarebbe stata presentata al lordo degli oneri di sicurezza. La documentazione allegata agli atti di causa smentisce tale assunto: infatti dalla copia conforme dell'offerta depositata in giudizio dalla parte ricorrente (allegato 6) emerge in modo chiaro e inequivoco che l'impresa Pettinato dopo aver indicato l'importo

complessivo dell'appalto (4.156.105,40) e gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso (€85.807,74) ha espressamente dichiarato che l'offerta tiene conto degli oneri previsti per i piani di sicurezza, aderendo, quindi alla prescrizione di non assoggettabilità a ribasso dell'importo relativo agli oneri di sicurezza.

3. Per quanto sopra il ricorso resiste alle censure di parte ricorrente; esso è, pertanto infondato e va respinto.

4. Le spese seguono la soccombenza secondo la liquidazione operata in dispositivo.

5. 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. Nel caso in esame, ad eccezione di due imprese (Adriastrade s.r.l. con sede in Monfalcone con ribasso del 7,3151% e CIC - Compagnia Italiana Costruzioni con sede in Milano con ribasso del 7,3460%), tutte le rimanenti 181 partecipanti (di cui 141 ammesse alle successive fasi) 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 che 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 fenomeno già

sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica, 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 Siracusa, 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.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia - sezione staccata di Catania - Sezione Prima, respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese processuali che liquida in complessivi € 4.000 (euro quattromila/00), di cui € 2000,00 (euro duemila/00) in favore della società controinteressata, € 1000,00 (euro mille/00) in favore dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato e € 1000,00 (euro mille/00) in favore della Provincia Regionale di Siracusa

Manda alla Segreteria per la trasmissione di copia della presente ordinanza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Siracusa 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 25 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Zingales, Presidente

Salvatore Schillaci, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO