

N. 00296/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02262/2009 REG.RIC.



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 2262 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Edil Beta Costruzioni srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso Edoardo Nigra in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Urega Sez. Prov. Le di Ragusa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149; Consorzio Per L'Area di Sviluppo Industriale della Provincia di Ragusa;

nei confronti di

Consorzio Ravennate Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e

difeso dall'avv. Carmelo Barreca, con domicilio eletto presso Carmelo Barreca in Catania, via V. Giuffrida, 37;
Edilap Soc. Coop.;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 28.07.2009, nel quale la Stazione appaltante ha proceduto ad ammettere il "CONSORZIO RAVENNATE DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO Soc. Coop.", odierna controinteressata, alla gara di che trattasi;
- del verbale di gara del 29/07/2009, nel quale la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria dell' appalto de quo, in favore del "CONSORZIO RAVENNATE DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO Soc. Coop." - 1 classificata;
- della nota n. 2550 di prot. del 31/07/2009, con la quale l'UREGA di Ragusa ha comunicato alla ricorrente di essere risultata seconda in graduatoria per l'aggiudicazione dei lavori oggetto del presente ricorso
- della nota del CONSORZIO ASI DI RAGUSA n. prot. 4376 del 03/08/2009, con la quale è stato comunicato che la ricorrente è risultata seconda aggiudicataria in via provvisoria dei lavori oggetto del presente ricorso;
- della determinazione n. 138/2009 del 03/08/2009 del dirigente generale del Consorzio ASI di Ragusa, il quale ha approvato i verbali della gara de quo, trasmessi dall'UREGA di Ragusa, ed ha aggiudicato la gara d'appalto de quo al Consorzio Ravennate delle Cooperative di

Produzione e Lavoro Soc. Coop. di Ravenna, prendendo atto che lo stessa ha indicato la ditta consorziata EDILAP Soc. Coop. di Catania, come esecutrice dei predetti lavori;

- ove intervenuti dei provvedimenti di verifica dei requisiti di aggiudicazione definitiva;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 244 del 30/11/2009, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva al Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Urega Sez. Prov.Le di Ragusa e di Consorzio Ravennate Cooperative di Produzione e Lavoro Soc.Coop.P. A;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Consorzio Ravennate Soc. Coop. P.A., rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Barreca, con domicilio eletto presso Carmelo Barreca in Catania, via V. Giuffrida, 37;

Viste le memorie difensive;

Viste le ordinanze cautelari n.1745/2009 e n. 196/2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 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

Con ricorso introduttivo notificato il 30/09/2009 e depositato il 07/10/2009, la società Edilbeta - premesso di essersi graduata al secondo posto nella gara di appalto bandita dal Consorzio ASI di Ragusa (RG) per l'affidamento dei lavori di completamento dell'agglomerato industriale di Ragusa - ha impugnato gli atti di gara, nella parte in cui la Stazione Appaltante ha disposto l'aggiudicazione al Consorzio Ravennate delle cooperative di produzione e lavoro (di seguito Consorzio resistente).

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione del punto 1.1 lett.b) del disciplinare riguardo all'invalidità della domanda di partecipazione sottoscritta da un procuratore carente di potere rappresentativo; in ogni caso, la procura non sarebbe stata accompagnata dalla dichiarazione ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000 prevista dal punto 1.1 del disciplinare a pena di esclusione (primo e secondo motivo di ricorso);
- violazione e falsa applicazione del punto 12 del disciplinare di gara poiché le dichiarazioni rese dal procuratore sarebbero riferite a gara con diverso oggetto (terzo motivo);
- violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e 47 del DPR 445/2000 relative alla presunta irregolarità della copia fotostatica dell'attestazione S.O.A. (quarto motivo);
- violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.l. 210/2002 per irregolarità relative alla compilazione del modello G.A.P. nella parte

concernente l'indicazione del tipo d'impresa (quinto motivo);

- violazione e falsa applicazione del punto 3 del disciplinare e del punto 6 lett. c del bando e violazione degli artt. 119 e 47 del D.P.R. 445/2000 per irregolarità concernenti la documentazione attestante il possesso del requisito della regolarità contributiva (sesto e settimo motivo di ricorso);

Il Consorzio controinteressato si è costituito in giudizio per resistere al ricorso; inoltre, con ricorso incidentale ha impugnato gli atti di gara nella parte in cui la ricorrente è stata ammessa a partecipare alla gara, nonostante il mancato possesso della qualificazione obbligatoria nella categoria OS11 prevista dal bando di gara al punto 3.5 (primo motivo) e l'omessa dichiarazione sul possesso dei requisiti morali ex art. 38 del D.Lgs. 163/2006 da parte del "responsabile tecnico" signor Luigi Nobile (secondo motivo).

L'Avvocatura Distrettuale si è costituita in giudizio per l'UREGA sostenendo l'infondatezza del ricorso introduttivo.

Con ricorso per motivi aggiunti, la società Edilbeta ha impugnato il provvedimento espresso di aggiudicazione riformulando le medesime censure articolate nel ricorso introduttivo. Anche il consorzio controinteressato, con successivo ricorso incidentale sui motivi aggiunti, ha riproposto le medesime censure del ricorso incidentale, contestando anche alla possibilità e le modalità di rettifica del bando.

Con Ordinanza n. 196 del 09.02.2010 (confermata in sede di appello con ordinanza C.G.A. n. 216 del 19.03.2010) la Sezione ha accolto la domanda cautelare.

In prossimità dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive difese.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2010, il ricorso è stato posto indecisione come da verbale.

DIRITTO

1. - Per motivi di ordine processuale deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Ravennate delle cooperative di produzione e lavoro avverso l'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente, assumendo il medesimo valenza pregiudiziale rispetto a quello principale per il suo carattere "paralizzante" (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 28 ottobre 2010, n. 4249.)

2. Con il primo motivo del ricorso incidentale, il Consorzio resistente sostiene che l'impresa Edilbeta doveva essere esclusa dalla gara, poiché nonostante fosse priva di qualificazione nella categoria OS11, aveva subappaltato la totalità dei lavori rientranti nella suddetta categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria ad altra ditta in violazione del disposto del bando di gara (art 3.5), che richiedeva la necessità di comporre un raggruppamento verticale in ipotesi di mancanza della suddetta qualificazione in capo alle partecipanti.

A tale riguardo il Collegio, rileva che il successivo avviso di rettifica del bando di gara, pubblicato in data anteriore allo svolgimento della gara, ha sostituito le lavorazioni della categoria OS11 – reti tecnologiche con la categoria OG11 – reti tecnologiche. Quanto alla possibilità di subappalto delle opere, è stato disposto che *“i lavori delle*

categoria OG6 ed OG11 sono subappaltabili a impresa qualificata o eseguibili direttamente dalla stessa impresa concorrente se in possesso della relativa qualificazione oppure da impresa qualificata nel contesto di R.T.I. verticale”. Sulla base, quindi, della modifica operata nel bando di gara, l'impresa Edilbeta risultava qualificata per la categoria OG11 e legittimamente ha subappalto i lavori “... appartenenti a categorie diverse dalla prevalente ancorché subappaltabili per legge...”, adempiendo in tal modo, in maniera completa alla prescrizione contenuta nell'avviso di rettifica del bando di gara.

Quanto alla legittimità delle modalità con la quale la precedente prescrizione (peraltro molto limitativa) è stata modificata, va evidenziato che la rettifica - adottata in data anteriore all'espletamento delle operazioni di gara - è stata pubblicata sul sito web della Stazione Appaltante sulla G.U.R.S. e su quotidiani e altri organi di stampa a diffusione nazionale e locale: “Il Sole 24ore”, “La Sicilia”, “Giornale di Sicilia”, “Quotidiano di Sicilia”, “Lavori in Sicilia”).

Il primo motivo di ricorso incidentale è, pertanto, infondato.

3. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, il Consorzio resistente sostiene che l'impresa Edilbeta doveva essere esclusa dalla gara, a causa dell'omessa dichiarazione sul possesso dei requisiti morali ex art. 38 del D.Lgs. 163/2006 da parte del “responsabile tecnico” signor Luigi Nobile.

La censura è infondata.

L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, per il caso di società, impone, precisi obblighi dichiarativi a carico dell'amministratore munito di

potere di rappresentanza ed del direttore tecnico, soggetto, quindi, differente dal responsabile tecnico.

Il “direttore tecnico” è il soggetto cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori (art 26 del DPR 34/2000), soggetto espressamente richiamato negli artt. 38, 118, e 131 del D.Lgs. 163/2006 e nel D.Lgs. 81/2008 (T.U. sicurezza), ove il direttore tecnico ricopre un ruolo centrale quale diretta emanazione del datore di lavoro nell’adempimento degli obblighi in materia di sicurezza dei cantieri.

Il “responsabile tecnico” invece è il soggetto (non contemplato dall’art. 38 del codice dei contratti) preposto alla gestione di tutte le attività connesse al settore degli impianti (art. 2 della legge n. 46/1990 e successive modifiche, abrogazioni e integrazioni). E’ evidente, quindi, che la disciplina in materia di direttore tecnico non può essere estesa – in mancanza di espressa previsione della *lex specialis* -anche al “responsabile tecnico”. Ciò anche in linea con la più recente giurisprudenza che aderendo alla necessità di effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle procedura di evidenza pubblica, richiede che l’individuazione dei soggetti che devono rendere le dichiarazioni ex art. 38, di là dalle qualifiche formali rivestite, sia eseguita attraverso una rigorosa verifica dei poteri, delle funzioni e del ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuite al soggetto considerato. Nella fattispecie, è fuori dubbio che il responsabile tecnico risulta privo di quel significativo ruolo decisionale e gestionale che possa

farlo rientrare - in assenza di più restrittive clausole di gara - tra i soggetti tenuti all'obbligo di dichiarazione sui requisiti di moralità (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059)

Il ricorso incidentale è, quindi, infondato.

4. Passando all'esame del ricorso principale, assume carattere assorbente la fondatezza - già rilevata in sede cautelare - del motivo di ricorso con il quale è stata dedotta la violazione del punto 1.1. del disciplinare (a tenore del quale *“la domanda può essere sottoscritta anche da un procuratore del legale rappresentante e in tal caso va trasmessa a pena d'esclusione, la relativa procura accompagnata da dichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000 che la procura stessa è tuttora valida ed efficace e che non è stata revocata né sospesa, né modificata in tutto o in parte”*) mentre, in punto di fatto, risulta pacifica la mancata produzione, da parte dell'odierna ricorrente, della documentazione richiesta, da cui è conseguita l'esclusione.

A tale riguardo, il Collegio rileva preliminarmente che la clausola in questione non presenta alcun aspetto d'irragionevolezza, trattandosi di documentazione richiesta a tutela di un interesse pubblico quale quello della certezza giuridica del soggetto che s'impegna con la p.a., né comporta alcun aggravamento procedurale a carico del concorrente, traducendosi nella semplice allegazione di una dichiarazione sostitutiva che il procuratore ben avrebbe potuto e dovuto agevolmente produrre agli atti gara. Va, pertanto, confermato il principio generale secondo il quale, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate

prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando. Ciò va ribadito, in particolare, nelle fattispecie come quella in esame laddove la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis*, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di presentare la richiesta documentazione a pena di esclusione.

Pertanto, nel caso di specie, non può trovare applicazione il principio di regolarizzazione della documentazione mancante trattandosi di clausola chiara e inequivoca, prevista a pena d'esclusione espressa, giacché la richiesta di regolarizzazione o integrazione documentale, ove applicata, si risolverebbe in una palese violazione della par condicio nei confronti di quelle imprese concorrenti, che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* di gara; tale richiesta è possibile solo in caso di equivocità della clausola del bando mentre alla presenza di una prescrizione chiara, come nel caso di specie, un eventuale invito da parte della stazione appaltante alla regolarizzazione dei documenti, costituirebbe violazione del predetto principio.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono e assorbito quanto altro anche per ragioni di economia processuale dettate dalla norma

dell'art. 120, comma 10° del D.Lgs. 104/2010, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati. Nessuna statuizione è invece dovuta sulla domanda d'inefficacia del contratto formulata dalla ricorrente, poiché nonostante la sottoscrizione del contratto d'appalto tra la Stazione Appaltante e la controinteressata, i lavori (consegnati in data 12/01/2010) non hanno mai avuto esecuzione per effetto delle pronunce cautelari di 1° e 2° grado e della conseguente determinazione dirigenziale n. 17 del 22.02.2010, con la quale è stata sospesa l'efficacia del contratto, in attesa della definizione del giudizio di primo grado.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo la liquidazione operata in dispositivo.

7. 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 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.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

Respinge il ricorso incidentale. Accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso principale indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Condanna il Consorzio controinteressato alla refusione delle spese processuali in favore della parte ricorrente che liquida in complessivi € 1.000,00 (euro mille/00) a titolo di onorario e competenze, oltre spese generali, IVA, CPA, contributo unificato e spese di notifica . Compensa le spese tra le altre parti del giudizio

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 4 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2011

IL SEGRETARIO

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