



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2449 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Geraci Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Massimo Frontoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Simona Tarantino sito in Palermo, via F.Sco Ferrara n. 8;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche. Sicilia Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia per legge in Palermo, via A. De Gasperi n. 81;;

nei confronti di

Constructa Plus di Tornatore Pietro & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. Giovanni Pitruzzella e

Francesco Stallone, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Massimiliano Miconi in Palermo, via L.Pirandello n.2;

quanto al ricorso principale,

per l'annullamento dei verbali di gara del 25 novembre 2010 (rep. 6500) e del 26 novembre 2010 (rep. 6504 del 30 novembre 2010), nella parte in cui il Provveditorato Interregionale per le 00. PP. Sicilia e Calabria, Palermo, ha escluso l'odierna ricorrente dalla procedura di gara per l'appalto relativo a "lavori di completamento della riqualificazione del Colle S. Alfonso -Comune di Alimena (PA) - CIG 054922961A - CUP G15C09000080006)";

ove intervenuta, dell'aggiudicazione provvisoria e dell'eventuale aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata ovvero di altro concorrente ad oggi non conosciuto;

ove occorra, del bando di gara e del relativo disciplinare annesso relativo alla procedura di gara per l'affidamento dei "lavori di completamento della riqualificazione del Colle S. Alfonso - Comune di Alimena (PA) - CIG 054922961 ° - CUP G15C09000080006)" nella parte e per i motivi sotto meglio specificati;

ove occorra, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dall'odierna ricorrente.

nonché per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica), e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto;

per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.c.;

per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora, ove dovesse occorrere, formalmente si esplicita;

per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative di cui all'art. 124 c.p.c.;

nonché ancora per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione e il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte della controinteressata o per qualunque altra causa) venisse affidata solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario e per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica già nel 13% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di ciance), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e valutazione monetaria trattandosi di debito di valore;

quanto al ricorso incidentale e per motivi aggiunti,

per l'annullamento dei verbali di gara del 25 novembre 2010 (rep. 6500) e del 26 novembre 2010 (rep. 6504 del 30 novembre 2010), nella parte in cui il Provveditorato Interregionale per le OO.PP. Sicilia e Calabria, Palermo, hanno ommesso di rilevare la causa di esclusione della ricorrente nei termini meglio descritti infra; ove occorra, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dall'odierna ricorrente;

Visti il ricorso, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Constructa Plus di Tornatore Pietro & C. S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2011 il dott. Pier Luigi Tomaiuoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato alle Amministrazioni resistenti e depositato il 28.12.2010 la Geraci Costruzioni s.r.l., premesso che con bando ritualmente pubblicato il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche di Sicilia e Calabria, Sede di Palermo, aveva bandito una gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori di "completamento della riqualificazione del Colle Sant'Alfonso – Comune di Alimena (PA)"; che essa aveva presentato una offerta regolarmente ricevuta, ma era stata esclusa perché "sia la busta A-documentazione, sia la busta B-offerta economica non recano all'esterno nessuna indicazione dell'oggetto della gara a cui si riferiscono"; che alla successiva seduta del 26 novembre 2010 la Commissione aveva provveduto all'apertura delle offerte economiche ed all'individuazione delle soglie di anomalia; che in seguito alla pubblicazione dei relativi risultati essa aveva appurato che la propria offerta sarebbe stata la migliore; tutto quanto sopra premesso, ha impugnato gli atti in epigrafe indicati lamentandone l'illegittimità per 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione dei principi di cui all'art. 2 del D. Lg.vo 163/06 – violazione dei principi fissati in tema di favor participationis – eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà – eccesso di potere per inutile aggravio della procedura di gara; 2) in via subordinata ed ove dovesse occorrere, illegittimità del bando di gara e del relativo disciplinare annesso per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione dei principi di cui all'art. 2 del D. Lg.vo 163/06; violazione dei principi fissati in tema di favor participationis – eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà – eccesso di potere per inutile aggravio della procedura di gara.

All'adunanza camerale del 13.1.2011, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare della ricorrente, si è costituita l'Amministrazione resistente senza depositare memoria scritta ed instando per il rigetto del ricorso avversario.

All'esito della predetta adunanza il T.A.R. adito, con ordinanza n. 43/11, in accoglimento della predetta istanza cautelare, ha ordinato all'Amministrazione resistente di ammettere la ricorrente con riserva al prosieguo della procedura.

Con ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato il 27.1.2011 si è costituita la controinteressata Geraci s.r.l., impugnando i verbali di gara in epigrafe indicati, nella parte in cui non avevano escluso la ricorrente principale, lamentandone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione della lex specialis.

Con ricorso incidentale per motivi aggiunti ritualmente notificato e depositato il 7.4.2011 la controinteressata ha poi ulteriormente lamentato l'illegittimità degli atti già impugnati per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 del D. Lg.vo 163/2006, nonché del disciplinare di gara.

Con memoria depositata il 17 maggio 2011 l'Amministrazione resistente ha eccepito la legittimità del proprio operato, rispettoso della lex di gara siccome discrezionalmente fissata dall'Amministrazione stessa; ha concluso per il rigetto del ricorso principale.

All'udienza pubblica del 7.6.2011 i ricorsi, su concorde richiesta dei procuratori delle parti, sono stati trattenuti in decisione; all'esito di tale udienza il Tribunale ha emesso dispositivo di sentenza con cui ha accolto il ricorso principale, rigettato quello per motivi aggiunti e condannato l'Amministrazione resistente e la controinteressata a rifondere alla ricorrente le spese di lite.

DIRITTO

E' pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale e per motivi aggiunti, coi quali la controinteressata, al fine di paralizzare il ricorso principale, ha lamentato la mancata esclusione della ricorrente dalla gara per la quale si controverte,

deducendo ulteriori due motivi (rispetto a quello impugnato dalla ricorrente medesima).

Ancora più pregiudiziale sarebbe l'esame delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità dei predetti gravami, ma ritiene il Collegio di potere considerare assorbiti tali profili, stante l'infondatezza nel merito delle censure svolte dalla controinteressata.

Con l'unico motivo aggiunto – rubricato “violazione e falsa applicazione della lex specialis” - la Constructa Plus di Tornatore Pietro & C. s.n.c. lamenta la mancata esclusione della ricorrente perché l'indicazione dell'oggetto della gara difetterebbe non solo sulle buste interne (oggetto questo del ricorso principale) ma anche su quelle esterne.

La censura è infondata in fatto, posto che la copia della busta esterna prodotta in giudizio dalla ricorrente reca regolarmente l'oggetto della gara (la dicitura è, per la precisione, “Lavori di completamento della riqualificazione del colle S. Alfonso Comune di Alimena (Pa) CUPG15C09000080006-CIG 054922961A Importo a base d'asta € 1.286.576,36- termine entro le ore 13.00 del 24.11.2010 – gara del giorno 25.11.2010 alle ore 10.00”) e l'indicazione dell'offerente.

Con l'unica censura articolata nel ricorso incidentale per motivi aggiunti - rubricata “violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 del D. Lg.vo 163/2006, nonché ai punti del disciplinare di gara” – la controinteressata ha poi lamentato l'illegittimità della mancata esclusione della ricorrente, la cui dichiarazione ex art. 38 comma 1, lett. m-ter) non sarebbe conforme allo schema normativo.

Anche tale censura è infondata.

I legali rappresentanti della ricorrente hanno espressamente dichiarato “di non essere iscritti nel casellario informatico dell'A.V.C.P. per non avere denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale”.

Appare al Collegio che, al di là della ricostruzione ermeneutica per vero non perspicua operata dalla controinteressata, lo spirito e la lettera dell'art. 38 comma 1, lett. m-ter possano dirsi rispettate dalla dichiarazione della ricorrente.

Poiché la dichiarazione di cui all'art. 38 comma 1 lett. m-ter riguarda la non ricorrenza della causa di esclusione della mancata denuncia all'autorità giudiziaria di alcuni reati subiti (mancata denuncia che deve peraltro emergere dalla richiesta di rinvio a giudizio del P.M. e deve essere comunicata all'AVCP), è evidente che con la dichiarazione di non essere stati vittima di tali reati e che pertanto nulla risulta nel casellario dell'AVCP il concorrente esclude in radice la sussistenza della causa di esclusione in parola che presuppone proprio ed in primis l'esistenza di quei reati in danno del dichiarante.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, dunque, il ricorso incidentale e per motivi aggiunti devono essere rigettati; può passarsi, quindi, all'esame del ricorso principale.

Con una unica ed articolata censura – rubricata “violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi di cui all'art. 2 del D. Lg.vo 163/06; violazione dei principi fissati in tema di favor participationis; eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà; eccesso di potere per inutile aggravio della procedura di gara” – la ricorrente ha impugnato tanto il verbale di esclusione quanto il presupposto bando di gara nella parte in cui esso prevede a pena di esclusione l'indicazione dell'oggetto dell'appalto non solo sulla busta esterna dell'offerta ma anche nelle buste interne.

Il motivo è fondato, poiché la doppia indicazione de qua, come osservato già in seno all'ordinanza cautelare resa in corso di causa, costituisce inutile formalità non sorretta da alcuna apprezzabile ratio ed aggravante il procedimento, dal momento che la riconducibilità dell'offerta alle imprese partecipanti ed alla specifica gara è sufficientemente garantita dalle indicazioni apposte sulla busta esterna che

contiene quelle interne (T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 12/02/2010, n. 202; T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 09/10/2009, n. 1526; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 25.7.2008 n. 9417; Consiglio Stato, Sez. V, 8.6.2000, n. 3255).

In altri termini, “l’inserimento di clausole che prevedono la sanzione dell’esclusione, deve essere giustificata da un particolare interesse pubblico, al fine di evitare un mero formalismo, che finirebbe per pretendere dai concorrenti un comportamento accuratamente diligente per finalità non degne di nota o di rilievo (C.d.S, Sez.V, 5289/2007). Di conseguenza le clausole che comminano l’esclusione devono rispondere al canone di ragionevolezza (C.d.S., Sez. IV, 308/2006). Sicché la verifica della regolarità della documentazione va condotta tenendo conto della tendenza alla semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (TAR Calabria, Sez. I, 326/2006); ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis con applicazione del principio di sanabilità delle situazioni di irregolarità formali delle procedure concorsuali” (T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 12/02/2010, n. 202).

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso principale deve essere accolto e, per l’effetto, devono essere annullati i verbali di gara con cui è stata disposta l’esclusione della ricorrente dalla procedura per cui è causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie quello principale;
rigetta quello incidentale.

Condanna l’Amministrazione resistente e la controinteressata, in solido, a rifondere al ricorrente le spese di lite che liquida in complessive € 4.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Pier Luigi Tomaiuoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2011

IL SEGRETARIO

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