



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1044 del 2011, proposto da:
Gen Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Mula, e con domicilio eletto
in Palermo, via Napoli n. 84, presso lo studio dell'avv. Linda Spoto;

contro

il Comune di Niscemi, in persona del Sindaco *pro tempore*, non
costituito in giudizio;

nei confronti di

G.F. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro De Luca e Domenico
Cantavenera, e con domicilio eletto in presso lo studio di quest'ultimo
in Palermo, via Notarbartolo n. 5;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 30 Gare ed Espr. del 11/04/2011 - Reg. Gen. 342 del 11/04/2011 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dei "lavori di costruzione di un collettore di acque bianche in viale Mario Cori tratto da via A. Vespucci a via Tunisi e traverse", pari ad € 335.000,00, la cui comunicazione, ai sensi dell'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, è stata ricevuta in data 14/04/2011, con cui il Comune di Niscemi comunicava di provvedere all'aggiudicazione definitiva della fornitura in oggetto, in favore della G.F. Costruzioni S.r.l., e di ogni ulteriore atto connesso, conseguente e/o consequenziale o comunque lesivo degli interessi della ricorrente, anche se non conosciuto;

NONCHÉ

per l'aggiudicazione della gara alla ditta GEN Costruzioni S.r.l., la quale, avendo offerto il prezzo più basso, ha l'interesse all'annullamento della determinazione impugnata;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata G.F. Costruzioni s.r.l.;

Preso atto che il Comune di Niscemi, pur ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio;

Visti il ricorso incidentale, e la memoria depositate dalla G.F. Costruzioni s.r.l. in data 26.05.2011;

Vista la memoria depositata il 14.06.2011 dalla ricorrente in replica al ricorso incidentale;

Designato relatore il Referendario Maria Cappellano;

Uditi alla camera di consiglio del 17 giugno 2011 i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Visti gli artt. 55, 60, 74, 119 e 120 c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010);

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;

Ritenuto che il ricorso possa essere deciso con sentenza in forma semplificata, sentiti sul punto i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Ritenuto prioritario esaminare il ricorso incidentale, dovendosi accertare se la ricorrente principale sia stata illegittimamente ammessa alla gara (Cons. St., Ad. Plen. n. 4/2011);

Ritenuto, quanto al ricorso incidentale, che:

1) con il primo motivo, si lamenta la violazione del punto 3, lettera e), e del correlato punto 4) del disciplinare di gara, il quale prescrive, per un verso, l'obbligo in capo al legale rappresentante di indicare i nominativi, le date di nascita e la residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza e soci accomandatari; per altro verso, l'obbligo di detti soggetti – in quanto indicati – di dichiarare l'inesistenza delle situazioni indicate al comma 1, lettere b) e c), e comma 2 dell'art. 38 codice contratti; sostenendo, in particolare, che la ricorrente avrebbe ommesso di indicare un socio, proprietario del 50% della Gen Costruzioni s.r.l.; né allegato eventuale dichiarazione di detto socio (punto 4 disciplinare).

La censura va disattesa, atteso che la *ratio* della prescrizione contenuta

nel punto 3), lett. e), e nel correlato punto 4) del disciplinare, è quella di conoscere i dati dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, e non già i nominativi dei soci in quanto tali; *ratio*, di cui si ha conferma indiretta anche dallo stesso tenore delle dichiarazioni da rendere, cui sono correlate le cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c), le quali fanno, infatti, riferimento solo ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza.

Su tale specifica questione, questa Sezione si è già espressa, rilevando che *“La ratio della prescrizione, posta a pena di esclusione dall'art.4, punto c) del disciplinare, è quella di conoscere i dati dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, e non già i nominativi dei soci in quanto tali, proprio al fine di verificare che tutti i soggetti muniti, o per legge o per atto costitutivo, dei suddetti poteri rendano le dichiarazioni necessarie per la verifica dell'affidabilità morale e professionale degli stessi, ai sensi dell'art.75 D.P.R. 554/1999.*

Ciò è dato desumere anche dal tenore letterale della clausola in interesse, la quale, ad avviso del Tribunale, riferisce l'inciso “muniti di potere di rappresentanza” ai soggetti menzionati subito prima di tale espressione (cioè, titolari, soci, direttori tecnici, amministratori): ne costituisce conferma, proprio sul piano testuale, la circostanza che, detta clausola del disciplinare, pur includendo i soci accomandatari, li pone come soggetti a se stanti rispetto ai precedenti, menzionandoli dopo l'indicata espressione “muniti di potere di rappresentanza” .

La circostanza che la clausola abbia richiesto anche l'indicazione dei nominativi di eventuali direttori tecnici, si coniuga perfettamente con la precedente prescrizione del disciplinare, sempre contenuta nell'art. 4, secondo cui “le dichiarazioni di cui alle lett. b) e c) devono essere rese oltre che da ciascun soggetto dotato al momento

della partecipazione alla gara di potere di rappresentanza, dal/i socio/i in caso di s.a.s. o s.n.c. nonché da ciascun direttore/i tecnico/i dell'impresa concorrente”.

Dall'esame della documentazione versata in atti, si evince che la ricorrente principale ha prodotto detta dichiarazione, indicando i dati del Legale Rappresentante e del Direttore Tecnico, e precisando che “non esistono altri soggetti dotati di potere di rappresentanza né altri direttori tecnici oltre quelli indicati”.

Ne consegue che, nel caso di specie, la ratio della prescrizione della lex specialis è stata pienamente soddisfatta.” (Tar Sicilia, Palermo, 17 luglio 2008, n. 964, confermata da Cga n. 480 2009);

2) con il secondo motivo, si lamenta la violazione dell'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, per avere prodotto una cauzione dimezzata, essendosi limitata a produrre la certificazione del sistema di qualità, senza dichiarare di volersene avvalere a tali fini; e che detta certificazione è stata rilasciata per un campo di attività estraneo ai lavori oggetto della gara.

Anche tale censura va disattesa, atteso che:

- venendo in rilievo un appalto sotto soglia, la normativa applicabile è contenuta nell'art. 8, comma 11-*quater*, del “testo coordinato” della l. n. 109/1994 applicabile in Sicilia, cui, peraltro – quanto, in particolare, al dimezzamento della cauzione – fa espresso rinvio l'art. 17, punto f), del bando di gara;
- la norma contenuta nell'art. 8, comma 11-*quater*, del “testo coordinato” presenta una formulazione differente rispetto all'art. 75, comma 7, del d.lgs. 163/2006 di cui la controinteressata assume la

violazione, atteso che il citato art. 8, comma 11-*quater* non fa alcun riferimento alla necessità che l'operatore economico, per fruire di tale beneficio, debba segnalare, in sede di offerta, il possesso del requisito, e documentarlo; il che significa che la norma applicabile nella Regione Siciliana presenta un contenuto più ampio, limitandosi a stabilire che *“Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono dei seguenti benefici:*

a) la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento” (comma 11-*quater*);

- quanto alla certificazione prodotta in sede di gara, va rilevato che la stessa attiene alla globalità dell'organizzazione aziendale ed è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso (T.A.R. Lazio, Roma, I, 21 dicembre 2010, n. 37977; T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 29 aprile 2010, n. 1287); tant'è che la stessa certificazione rilasciata alla ricorrente, e prodotta dalla controinteressata, contiene un'annotazione in calce, in cui si fa precisa che *“La presente certificazione si intende riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso ed è utilizzabile ai fini della qualificazione delle imprese di costruzione ai sensi dell'art. 8 della Legge 109 del 11 febbraio 1994 e successive modificazioni e del D.P.R. n. 34 del 25 gennaio 2000...”* (cfr. documentazione in atti);

- né la legge di gara ha stabilito limitazioni, nel senso prospettato dalla

ricorrente incidentale, essendosi limitata a richiamare sic et simpliciter la normativa vigente in materia di cauzione;

Ritenuto, pertanto, che il ricorso incidentale sia infondato e debba essere respinto, il che impone al Collegio di esaminare il ricorso principale, previo scrutinio delle eccezioni in rito sollevate dalla controinteressata;

sulle eccezioni in rito:

a) quanto all'eccezione di tardività del ricorso, rispetto al verbale di aggiudicazione in asserita applicazione dell'art. 21-*bis* della l. n. 109/1994 nel testo reso applicabile in Sicilia, la stessa va decisamente respinta, atteso che detta norma è stata sostituita dall'art. 4 della l.r. n. 16/2010, con eliminazione del meccanismo della definitività del verbale di gara (richiamato dall'impresa controinteressata);

- in particolare, il nuovo sistema, è connotato da numerose fasi endoprocedimentali, che conducono al provvedimento di aggiudicazione definitiva (*recte*: di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria), unico atto di approvazione che rende, appunto, l'aggiudicazione provvisoria "definitiva" (cfr. art. 21-*bis*, comma 4, ultima parte); di talché grazie a tale dato normativo, unitamente a quanto previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., si è definitivamente stabilito che il termine per impugnare gli atti relativi alle procedure di affidamento dei pubblici appalti decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o, comunque, dalla conoscenza di detto atto;

b) quanto all'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per

manca impugnazione degli atti realmente lesivi, va rilevato che, proprio in quanto il provvedimento finale, dotato di lesività, è costituito dal provvedimento di approvazione degli atti, che rende l'aggiudicazione provvisoria "definitiva", detta eccezione risulta destituita di fondamento (n. 2 memoria depositata il 26.05.2011);

c) quanto all'eccezione di improcedibilità, per dedotta sussistenza di altri controinteressati, la stessa va disattesa, in quanto l'unico soggetto, avente formalmente e sostanzialmente la veste di "controinteressato" in una gara di appalto è il soggetto individuato come aggiudicatario definitivo (C.g.a., in sede giurisd., 24 ottobre 2007, n. 1001);

Ritenuto che - disattese le eccezioni in rito - vada ora esaminato il ricorso principale, il quale si presenta fondato;

Ritenuto, in particolare, che:

- risulta dal bando di gara – di cui parte ricorrente assume la violazione - che la stazione appaltante, per un verso, ha indicato come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 109/1994, nel testo coordinato e applicabile in Sicilia, come modificato dalla l.r. n. 16/2010 (art. 14 bando di gara): con tale clausola, ha, quindi, fatto rinvio alle disposizioni contenute negli artt. 81, 86 commi 1, 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 4, 87 commi 2, 3, 4-*bis* e 5, 88 commi 1, 1-*bis*, 2, 3, 4 e 5, nonché il comma 9 dell'articolo 122 del d. lgs. n. 163 del 2006, cui il predetto art. 21 opera un rinvio di tipo dinamico;
- l'art. 17, lettera c), del medesimo bando chiarisce che al fine di individuare la migliore offerta non anomala si procederà

contemporaneamente alla verifica di anomalia delle cinque migliori offerte come previsto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del “testo coordinato” come modificato dalla l.r. n. 16/10;

- per altro verso, nell'art. 2, lett. e), del disciplinare di gara, la stazione appaltante si è riservata la facoltà – come previsto dall'art. 21, comma 1-*bis* 1, della l.r. n. 16/2010 – di procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte non oltre la quinta; rinviando, per le modalità di verifica delle offerte anormalmente basse, alla disposizione contenuta nel medesimo art. 21, comma 1 *bis*: detta norma sostanzialmente riproduce l'art. 87, comma 1 – cui, infatti, l'art. 21 non opera il rinvio dinamico - con riferimento al tipo di giustificazioni da richiedere al soggetto, il quale abbia presentato un'offerta, la quale appaia anormalmente bassa;

- quindi, dalla lettura della *lex specialis* nel suo complesso, non si evince alcun riferimento, che possa indurre l'interprete a ritenere che la stazione appaltante si sia riservata la facoltà, pure riconosciuta in astratto dall'art. 122, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006, di prevedere l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86; avendo, per converso, fatto rinvio al meccanismo di verifica delle offerte anormalmente basse, utilizzando l'alternativa della contemporanea verifica delle cinque migliori offerte;

- in altre parole, la P.A. pare avere confuso il meccanismo di individuazione delle offerte potenzialmente anomale – che correttamente va applicato secondo quanto previsto dall'art. 86,

comma 1, con individuazione “automatica” grazie alla determinazione della media aritmetica – e quello di esclusione automatica, di cui può avvalersi solo se espressamente previsto nel bando, e nella sussistenza di tutti i presupposti previsti dall’art. 122 comma 9 richiamato;

In assenza di tale espressa applicazione della norma appena menzionata, la stazione appaltante è tenuta ad assoggettare a contraddittorio le offerte potenzialmente anomale;

Ritenuto, pertanto, che:

- il ricorso principale sia fondato, e debba essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati;
- le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati;
- condanna la G.F. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e il Comune di Niscemi, in persona del Sindaco *pro tempore*, ciascuno in ragione della metà, al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della Gen Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in complessivi € 3.000,00, oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 17 giugno
2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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