



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 1548 del 2011, proposto da:

Assenza Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Giardino, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmelo La Fauci Belponer in Palermo, viale Regina Margherita n. 42;

contro

- la Provincia Regionale di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Calogero Giardina, e con domicilio eletto in Palermo, via Antonio Veneziano n. 69, presso lo studio dell'avv. Marco Sirna;

nei confronti di

Miscar Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Comandè, Patrizia

Saiya e Filippo Morici, e con domicilio eletto presso lo studio dei primi due legali in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

per l'annullamento

- del verbale di riapertura di gara del 13.06.2011 con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente, e la contestuale aggiudicazione provvisoria alla controinteressata, dalla gara per l'affidamento dell'appalto dei "lavori di manutenzione straordinaria e messa in sicurezza della S.P. n. 166 "S.P. n. 1 – Santa Rita"");

- di ogni altro atto, precedente e/o successivo, prodromico, consequenziale o, comunque, connesso a quelli sopra menzionati, e, in particolare:

- della nota del 20.04.2011, prot. n. 10484, della Provincia regionale di Caltanissetta, di riapertura delle operazioni di gara;

- della nota, a firma del presidente del seggio di gara, inviata il 10.06.2011, di rigetto delle contestazioni mosse dalla ricorrente e di conferma della riapertura delle operazioni di gara;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Miscar Costruzioni s.r.l., e le deduzioni difensive depositate in data 06.09.2011;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Regionale di Caltanissetta, con le relative deduzioni difensive;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore il referendario Maria Cappellano;

Uditi alla camera di consiglio del 9 settembre 2011 i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Visto il disposto di cui agli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.;

Rilevato che nella medesima camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito, con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 120 del c.p.a., sentiti sul punto i difensori presenti delle parti in causa nel corso dell'udienza camerale, come da verbale, e accertata la sussistenza di tutti i presupposti di legge (cfr. art. 60 citato);

Ritenuto che il ricorso si presenta infondato;

Ritenuto, in particolare, che:

- la ricorrente, a seguito della riapertura delle operazioni di gara conclusesi con l'aggiudicazione provvisoria, è stata esclusa per non avere reso le dichiarazioni prescritte dal disciplinare di gara (v. pag. 12, ult. periodo), con riferimento al titolare dell'impresa cedente il ramo d'azienda, giusto atto di cessione del 04.12.2007 (la cui esistenza non costituisce oggetto di contestazione);
- sostiene l'illegittimità della propria esclusione, stante l'asserita mancata previsione della sanzione espulsiva per il caso di omessa dichiarazione da rendere, ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, anche per i soci e gli amministratori muniti di potere di rappresentanza dell'impresa ceduta nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara; nonché, la circostanza che detta

cessione sarebbe avvenuta fuori dal triennio di riferimento;

Ritenuto che le censure mosse avverso le ragioni di esclusione non siano meritevoli di accoglimento, atteso che:

1) quanto al primo motivo (violazione dell'art. 21 bis della l. n. 109 del 1994, e ss.mm. e ii., nel testo applicabile *ratione temporis* in Sicilia), a prescindere dalla procedura prevista dal citato art. 21 bis (nuova formulazione) per la presentazione di reclami, non può essere precluso alla competente commissione di procedere alla riapertura delle operazioni di gara – peraltro anche a seguito della presentazione di un reclamo ex art. 243 bis d. lgs. n. 163/2006 - essendo detta riapertura intervenuta in una fase endoprocedimentale, in cui non era ancora stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva; e che, del resto, essendo solo stata disposta l'aggiudicazione provvisoria, nessuna posizione giuridica consolidata avrebbe potuto essere riconosciuta alla concorrente individuata come tale;

2) quanto al secondo motivo (violazione art. 38 d. lgs. n. 163/2006 e legge di gara), a fronte della tesi propugnata da parte ricorrente - secondo cui né l'art. 38 citato, né la legge di gara, imporrebbero, in caso di cessione di ramo aziendale, l'obbligo di rendere le relative dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi del cedente un'azienda (o un ramo della stessa) - va richiamato il consolidato orientamento del Consiglio di Giustizia Amministrativa - che questa Sezione segue, e dal quale il Collegio, che lo condivide, non ravvisa ragioni per discostarsi in ordine al caso in esame - secondo cui gli obblighi dichiarativi previsti dal menzionato art. 38, lettere b) e c), gravano

anche sui soggetti, titolari delle relative cariche, facenti parte della compagine dell'azienda ceduta;

- con riguardo a fattispecie sostanzialmente identiche alla presente, in quanto aventi ad oggetto la “cessione di ramo d'azienda”, è stata riconosciuta la portata sostanziale, e non meramente formale, della disposizione in esame, in quanto finalizzata a garantire che le stazioni appaltanti siano messe in grado di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di moralità in capo ai partecipanti alle procedure di affidamento di appalti pubblici, così da prevenire il rischio di influenza da parte di cedenti eventualmente privi di detti requisiti (cfr.: T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 18 gennaio 2011, n. 92; 4 marzo 2009, n. 455; 22 ottobre 2007, n. 2249; 19 febbraio 2007, n. 577; 31 gennaio 2007, n. 257); precedenti, alle cui argomentazioni in punto di diritto si fa rinvio, in ossequio al principio di sinteticità degli atti ex art. 3, comma 2, cod. proc. amm.;

- detto orientamento è stato, peraltro, confermato dal giudice siciliano di appello con numerose pronunce, anche recentissime (C.g.a. in sede giurisd., 5 gennaio 2011, n. 8; 26 ottobre 2010, n. 1314; 6 settembre 2010, n. 1153; 4 febbraio 2010, n. 110, conferma T.a.r. Sicilia, 21 gennaio 2009, n. 86; 4 febbraio 2010, n. 101; n. 403 del 2009; 6 maggio 2008, n.389);

- la dichiarazione resa dalla ricorrente si pone, pertanto, in contrasto con la disposizione contenuta nel citato art. 38, lettere b) e c), del d. Lgs. n.163/2006, espressamente richiamato, peraltro, dal disciplinare di gara con riferimento proprio ai “titolari, legali rappresentanti e

direttori tecnici delle imprese cedute” (v. pagg. 9 e 12, ultimo cpv.), atteso che con riferimento al titolare dell’impresa cedente il ramo d’azienda non è stata resa alcuna dichiarazione né dallo stesso titolare, né dal legale rappresentante dell’impresa cessionaria; dichiarazione da rendere a pena di esclusione (cfr. pagg. 9 e 13 disciplinare di gara);

- quanto alla dedotta carenza di motivazione degli atti impugnati anche su tale specifico punto, la censura risulta sconfessata dalla stessa lettura del verbale del 13.06.2011 impugnato, nel quale è stata riportata diffusamente ogni questione afferente la posizione della ricorrente e le ragioni dell’esclusione; e in cui il seggio di gara ha anche fatto rinvio alle motivazioni contenute nella nota fax del 20.04.2011 di risposta fornita dalla stazione appaltante, costituente legittima motivazione per relationem;

3) quanto al terzo motivo – con cui la ricorrente sostiene che la cessione (datata 04.12.2007) sarebbe intervenuta oltre il triennio dalla pubblicazione del bando di gara, va notato come il bando sia stato pubblicato nella G.U.R.S. - cui vanno principalmente collegati gli effetti giuridici della legale conoscenza, ai sensi dell’art. 66, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006 - in data 26.11.2010; nonché all’Albo Pretorio del Comune di Caltanissetta a far data dal 22.11.2010, e all’Albo della Provincia regionale di Caltanissetta a dar data dal 17.11.2010, all’Albo Pretorio telematico regionale dal 25.11.2010; né – diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente – può assumere rilievo l’intervenuta pubblicazione dell’integrazione del bando medesimo, che nulla ha mutato in ordine alla causa di esclusione in commento;

Ritenuto, per quanto sopra esposto, che:

- il ricorso, in quanto infondato, debba essere respinto, con salvezza degli atti impugnati;
- le spese seguono la soccombenza, ai sensi dell'art. 26 c.p.a., e si liquidano come da dispositivo in favore della controinteressata e della Provincia Regionale di Caltanissetta.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente Assenza Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese di giudizio in favore della Miscar Costruzioni s.r.l. e della Provincia regionale di Caltanissetta, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, che liquida in € 2.000,00 ciascuno (euro duemila/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 9 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente FF

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

Anna Pignataro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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