



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 446 del 2013, proposto dalla I.CO.SER. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Carlo Comandé, Patrizia Saiya e Andrea Ciulla, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via N. Morello, n. 40;

contro

- il Comune di Agrigento, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;
- l'Assessorato delle infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana - U.RE.G.A. sez. prov. Di Agrigento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato presso i cui uffici è domiciliato per legge in Palermo, via Alcide De Gasperi, n. 81;

nei confronti di

- a.t.i. costituenda tra l'impresa Di Piazza Francesco (mandataria) e l'impresa Russo Costruzioni s.r.l. (mandante) in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Libertà, n. 171;
- Paganoni Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) *quanto al ricorso principale:*

- dei verbali di gara del 16, 17, 18 e 25 maggio 2012 relativi alla procedura per l'aggiudicazione della gara avente ad oggetto «Programma di riqualificazione urbana per alloggi a canone sostenibile ricadente all'interno del piano particolareggiato del centro storico denominato "La Terravecchia di Girgenti", progetto esecutivo, I stralcio», nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla dell'impresa Paganoni costruzioni s.r.l.;
- del suddetto verbale del 25 maggio 2012 nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Di Piazza Francesco- Russo Costruzioni s.r.l.;
- della nota n. 59591 del 22 ottobre 2012 inerente alle risultanze istruttorie del R.U.P. (responsabile unico del procedimento);
- del verbale di riapertura della suddetta gara del 7 novembre 2012, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara per cui è causa dell'impresa Paganoni costruzioni s.r.l. ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Di Piazza Francesco-Russo s.r.l.;
- della determinazione dirigenziale n. 5 del 15 gennaio 2013 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Di Piazza Francesco-Russo s.r.l.;

- della nota prot. n. 3102 del 16 gennaio 2013, di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva di cui sopra;
 - del silenzio-rigetto formatosi in esito all'invio in data 28 gennaio 2013 dell'informativa ex art. 243-bis d.lgs. n. 163 del 2006;
 - ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dall'odierna ricorrente;
 - nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente;
- b) *quanto al ricorso incidentale*:
- del verbale di gara del 17.5.2012, 25.5.2012, di riapertura della gara del 7.11.2012 e della determinazione dirigenziale n. 5 del 7.1.2013 nella parte in cui la commissione di gara e il Comune di Agrigento hanno ammesso alla gara l'a.t.i. Mageco-Quintalvi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria dell'U.RE.G.A. sez. prov. di Agrigento;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale dell'a.t.i. Di Piazza Francesco - Russo costruzioni s.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 244/2013 di fissazione dell'udienza odierna con cui sono stati disposti incumbenti istruttori e la parte contro interessata è stata onerata altresì della notificazione del ricorso introduttivo e di quello incidentale all'a.t.i. Mageco-Quintalvi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il dott. Giuseppe La Greca;

Uditi nell'udienza pubblica del 3 dicembre 2013 gli Avv.ti F. Morici, su delega degli avv.ti C. Comandé, A. Ciulla e P. Saiya per la parte ricorrente; G. nni e G. ppe Immordino per l'a.t.i. Di Piazza Francesco - Russo Costruzioni s.r.l.; l'Avvocato dello Stato G. Ciani per l'Amministrazione regionale resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.1.- L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Agrigento per l'aggiudicazione dei lavori di riqualificazione urbana per alloggi a canone sostenibile ricadente all'interno del piano particolareggiato del centro storico di Agrigento denominato "La Terravecchia di Girgenti", aggiudicata alla controinteressata a.t.i. Di Piazza - Russo Costruzioni s.r.l. (di seguito «a.t.i. Di Piazza»). Essa ha dedotto l'illegittimità dell'ammissione dell'impresa Paganoni Costruzioni s.r.l. (di seguito «Paganoni») per irregolarità nella documentazione dalla stessa presentata. Sottolinea che l'esclusione della medesima Paganoni avrebbe consentito una rideterminazione delle medie con conseguente aggiudicazione in suo favore.

1.2.- Il ricorso si articola in due motivi di doglianza con cui si deducono i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 4 lett. u) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione della legge n. 383 del 2001; eccesso di potere per travisamento dei fatti; erroneità dei presupposti di fatto e di diritto. L'impresa Paganoni avrebbe dovuto essere esclusa poiché avrebbe reso una dichiarazione inerente alla propria condizione in ordine ai piani individuali di emersione di cui alla l. n. 383 del 2001 non rispettosa della previsione della legge di gara;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 (lett. *b, c, m-ter*) e dell'art. 4, lett. *a*) della *lex specialis* della procedura; travisamento dei fatti ed eccesso di potere. Ad avviso della ricorrente la Paganoni avrebbe dovuto essere altresì esclusa poiché nella documentazione allegata dalla medesima impresa alla domanda di partecipazione alla gara non si rinverrebbero le dichiarazioni di cui all'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, lettere *b), c)* ed *m-ter*) del comma 1, richieste a pena di esclusione ai direttori tecnici.

2.1. Si è costituita in giudizio l'a.t.i. Di Piazza la quale con memoria ha chiesto il rigetto del ricorso principale ed ha proposto ricorso incidentale ex art. 42 cod. proc. amm. avverso i medesimi atti impugnati in via principale. Con detto gravame essa ha censurato, a sua volta, l'(asserita) illegittima ammissione in gara dell'a.t.i. Mageco-Quintalvi (di seguito «a.t.i. Mageco»), ulteriore soggetto imprenditoriale rispetto a quelli surrichiamati. Essa ha sottolineato che l'eventuale congiunta esclusione della Paganoni e dell'a.t.i. Mageco - per effetto di un eventuale accoglimento dei gravami principale ed incidentale - darebbe luogo al mantenimento dell'aggiudicazione in capo alla medesima a.t.i. ricorrente incidentale.

2.2.- Con l'unico motivo di ricorso incidentale l'a.t.i. controinteressata deduce l'(asserita) illegittima ammissione dell'a.t.i. Mageco poiché il relativo direttore tecnico (Giuseppe Berna Nasca) avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni previste a pena di esclusione dall'art. 38, comma 1, lett. *b)* ed *m-ter*) del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre quelle di cui all'art. 4, lett. *b)* e *c)* del disciplinare di gara.

3.1.- Si è costituito l'Ufficio regionale gare ed appalti (U.RE.G.A.) di Agrigento il quale ha chiesto dichiararsi la propria estraneità al giudizio con conseguente difetto di legittimazione passiva.

3.2.- Il Comune di Agrigento, benché ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio; non si sono costituite in giudizio neppure la Paganoni Costruzioni s.r.l. e l'a.t.i. Mageco-Quintalvi.

4.- In data 5 settembre 2013 il Comune ha stipulato il contratto d'appalto con l'a.t.i. Di Piazza.

5.- All'udienza pubblica del 3 dicembre 2013, presenti i procuratori delle parti che si sono riportati alle già rassegnate domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi è stato trattenuto in decisione.

6. Deve dichiararsi, secondo la consolidata giurisprudenza del C.G.A., il difetto di legittimazione passiva dell'U.RE.G.A. in ordine al ricorso proposto, avuto riguardo alla natura degli atti dallo stesso emanati ed ai rapporti tra detto Ufficio e la stazione appaltante, siccome configurati dalla disciplina legislativa e regolamentare regionale.

7.- Il Collegio è chiamato ad esaminare prioritariamente il ricorso principale con il quale è revocata in dubbio la legittimità della mancata esclusione della Paganoni poiché soltanto in accoglimento dello stesso è radicato l'interesse alla decisione del ricorso incidentale. Ed invero, parte ricorrente ha censurato l'operato della commissione di gara nella parte in cui ha omesso di escludere la predetta impresa, sicché, per il gioco delle medie, l'eventuale invocata esclusione se accompagnata dall'esclusione anche dell'a.t.i. Mageco cui mira il ricorso incidentale, avrebbe quale risultato il mantenimento dell'aggiudicazione in capo alla costituita odierna controinteressata .

8.1.- Il ricorso principale, come si vedrà, è fondato solo in parte.

8.2.- Con il primo motivo la ricorrente dubita della conformità al bando della scelta della commissione di gara di non procedere all'esclusione della Paganoni poiché essa avrebbe erroneamente reso la dichiarazione prevista dal punto 4, lett. *u)* del disciplinare di gara. Sulla base di tale disposizione essa avrebbe dovuto dichiarare «*di non essersi avvalso di piani individuali di emersione di cui alla legge n. 383/01, o di essersi avvalso di piani individuali di emersione ma che il periodo di emersione si è concluso*».

Secondo quanto esposto - e secondo quanto emerge *ex actis* (cfr. dichiarazione dell'amministratore unico Roberto Paganoni versata in atti) - detta società ha dichiarato «*di non essersi avvalso di piani individuali di emersione di cui alla legge n. 383/01, o di essersi avvalso di piani individuali di emersione ma che il periodo di emersione si è*

concluso» (lett. v, pag. 9).

Astrattamente la predetta dichiarazione andrebbe ritenuta non conforme alla *littera legis* della procedura di gara sul rilievo che il contenuto della stessa non sarebbe idoneo non soltanto a rappresentare la compiutezza del «fatto» (stati, fatti e qualità personali ex artt. 46 e 47 d. P.R. n. 445 del 2000) dichiarato, ma anche a ritenere assunta la responsabilità penale di cui all'art. 76 del predetto Testo unico sulla documentazione amministrativa.

Ciò detto, tuttavia, non può sottacersi che il modello di dichiarazione allegato al bando - così come diligentemente prodotto dall'Avvocatura dello Stato - in realtà, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente (v. pag. 9 memoria del 15 novembre 2013), non prevedeva la barratura di una tra diverse opzioni, al contrario di quanto invece previsto per le altre cause di esclusione, per le quali l'allocatione di apposite caselle pure indicava la necessità di scegliere una tra le diverse opzioni proposte.

Ne deriva che, obiettivamente, il modello di domanda poteva indurre in errore sicché, in applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui non è conforme ai principi di affidamento e del *favor participationis* l'esclusione del concorrente dalla gara nel caso in cui la compilazione dell'offerta risulti conforme al modulo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione, il motivo deve essere disatteso.

8.3.- Con la seconda questione sottoposta all'attenzione del Tribunale, la ricorrente deduce l'insufficienza delle dichiarazioni rese dai direttori tecnici della Paganoni poiché, pur in presenza di una previsione del disciplinare di gara che imponeva di dichiarare, «*indicandole specificatamente e dettagliatamente di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. [...]*», essi si sono limitati (*cf.* dichiarazioni di Roberto Paganoni e Massimo Palladini datate 20 aprile 2012, documenti n. 43 e n. 45 produzione di parte ricorrente) a dichiarare «*di non trovarsi nelle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare di lavori pubblici e di stipula dei relativi contratti previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 12.04.2006, n. 163 e da qualsiasi altra disposizione legislativa e regolamentare*».

8.4.- Il motivo è fondato.

8.5.- Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalla giurisprudenza della Sezione la quale ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 495 del 2011) che «*le clausole dei bandi o dei capitolati devono essere considerate illegittime le volte in cui richiedano ai concorrenti l'esecuzione di adempimenti illogici, irrazionali o eccessivamente gravosi. Il mero formalismo, quando non assume a tali difetti, non può essere considerato sintomo di un eccesso di potere, ma semmai eccesso di scrupolo. Il legislatore, infatti, non si limita a richiedere che il concorrente sia in possesso di quei requisiti soggettivi, ma chiede anche che egli lo dichiari espressamente, assumendosi oltre alla responsabilità amministrativa della esclusione ed a quella civile conseguente, anche quella penale per mendacio*».

Ove il bando o il capitolato richiedano l'indicazione specifica (dell'insussistenza) delle cause di esclusione si deve ritenere che essi intendano sottolineare, con tale specificazione, la rilevanza della dichiarazione inerente alle singole cause e sollecitare, dunque, l'attenzione del concorrente sulla responsabilità che si assume con ciascuna di esse, spirito che in realtà non può essere rispettato, in casi di tal guisa, con il richiamato mero rinvio alla disposizione legislativa di riferimento quantunque nella sua articolata struttura. La redazione per esteso, dunque, conserva una sua certa utilità. In aggiunta a ciò va detto che qualora l'impresa concorrente alla gara abbia (ragione come accaduto nel caso di specie) scelto, pur in presenza di un generico dichiarato rinvio alle singole specifiche previsioni di cui al citato art. 38, di dichiarare in aggiunta, espressamente - e per esteso - l'assenza di cause di esclusione soltanto per alcune delle ipotesi normativamente previste, la circostanza che per le altre abbia serbato il silenzio, non può che far ritenere che per queste ultime essa abbia inteso omettere la prescritta dichiarazione, con le

connesse conseguenze che danno luogo alla esclusione *ex lege* dalla gara. Poiché il formalismo che generalmente caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, e ciò a maggior ragione ove, come nel caso all'esame, si tratti di garantire l'imputabilità – anche penale – al dichiarante della veridicità delle varie dichiarazioni rese (C.G.A., Sez. Giur., 27 marzo 2012, n. 331), la relativa previsione del bando sfugge alla comminatoria di nullità di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163 del 2006, stante il carattere deontico dell'adempimento di che trattasi.

8.6.- Ne deriva l'illegittimità della decisione assunta dalla commissione di gara di non espellere dalla procedura la Paganoni Costruzioni s.r.l.

9.1.- Come sopra s'è specificato, l'esclusione della predetta impresa per effetto della fondatezza del secondo motivo di ricorso principale, radica l'interesse di parte ricorrente ad ottenere un pronunciamento sul mezzo incidentale tendente ad ottenere l'esclusione dell'a.t.i. Mageco.

9.2.- L'a.t.i. Di Piazza contesta, infatti, l'ammissione di siffatto raggruppamento temporaneo poiché il direttore tecnico di una delle due imprese associate (la Mageco) ha ommesso di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. *b*) ed *m-ter*) del d.lgs. n. 163 del 2006, richiamate dal disciplinare di gara.

9.3.- La ricorrente ICOSER s.r.l. replica che, in realtà, l'invocata esclusione non avrebbe potuto essere disposta poiché a carico del sig. Giuseppe Berna Nasca, direttore tecnico della Mageco, non risulta alcuna condanna, come è possibile evincere dal certificato del casellario giudiziale prodotto in sede di gara.

9.4.- La doglianza della ricorrente incidentale coglie nel segno.

9.5.- Così come si evince dagli atti del giudizio, nella dichiarazione di che trattasi è stato ommesso di indicare sia la fattispecie di cui alla lett. *b*) dell'art. 38 succitato (ed infatti non v'è richiamo a procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423) sia quella di cui alla susseguente lett. *m-ter*).

L'avvenuta produzione del certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti non è idonea a sanare l'omessa dichiarazione poiché - avuto riguardo precipuamente alla previsione di cui alla lett. *m-ter*) - viene in rilievo una situazione fattuale peraltro non contemplabile dal casellario giudiziale del dichiarante, ciò che è sufficiente per escludere la legittimità dell'ammissione alla gara dell'a.t.i. di che trattasi.

10.- Il ricorso incidentale deve essere pertanto accolto.

11.- Conclusivamente, il secondo motivo di ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere accolti con conseguente annullamento *in parte qua* dei provvedimenti con gli stessi impugnati; il primo motivo di ricorso principale deve essere rigettato. Va altresì rigettata la domanda risarcitoria contenuta nel ricorso principale considerato che per effetto del congiunto accoglimento del ricorso incidentale e, parzialmente, del ricorso principale, l'aggiudicazione risulta confermarsi in capo all'a.t.i. Di Piazza, sicché va esclusa in radice la risarcibilità del pregiudizio allegato.

12. Le spese possono essere compensate tra tutte le parti costituite avuto riguardo al complessivo esito della controversia; le stesse vanno dichiarate irripetibili nei confronti di tutte le parti intimiate non costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe così statuisce:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Assessorato infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana, U.R.E.G.A. - Sez. prov. di Agrigento;
- accoglie il ricorso principale ed il ricorso incidentale nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto,

annulla i provvedimenti impugnati nei corrispondenti limiti; rigetta per il resto il ricorso principale.

Compensa le spese nei confronti delle parti costituite e le dichiara irripetibili nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Pier Luigi Tomaiuoli, Primo Referendario

Giuseppe La Greca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2013

IL SEGRETARIO

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