



REPUBBLICA ITALIANA

N. 482 /08 Reg.

Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1421 Reg.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Gen.

Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente ANNO 2007

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 1421/07, Sezione III, proposto dalla MI.CO. s.r.l. in persona del suo Amministratore Unico, pro-tempore, e della CO.DI.MAR. s.r.l. in persona del suo Amministratore Unico pro-tempore, rappresentate e difese dall'Avv. Salvatore Raimondi per procura in calce all'atto introduttivo e dall'avv. Fabio Francario per procura in calce alla memoria depositata il 25 marzo 2008, presso il cui studio in Palermo, via Nicolò Turrisi n.59, sono elettivamente domiciliate,

CONTRO

- il Comune di TRAPANI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;
 - l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici (UREGA) – Sez. provinciale di Trapani, in persona del legale rappresentante pro-tempore,
 - l'Assessorato Regionale ai Lavori pubblici, Ufficio Regionale per l'espletamento delle gare d'appalto (U.R.E.G.A.) – Sezione provinciale di Trapani, in persona del legale rappresentante pro-tempore
- entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato

di Palermo, presso i cui Uffici in Palermo, Via A. De Gasperi n.81, sono ex lege domiciliati;

E NEI CONFRONTI

- della A.T.I. EFFEBI s.r.l., della CIMINELLO Filippo, della CO.GI.T. s.r.l., la prima delle quali, in persona del legale rappresentante pro-tempore, costituita in giudizio e rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino, presso lo studio dei quali in Palermo, Via Libertà 171, è elettivamente domiciliata

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara del 19 aprile 2007, con il quale è stato aggiudicato all'A.T.I. avente come capogruppo la EFFEBI s.r.l. l'appalto per i lavori di completamento della piscina olimpionica;

- della nota n. 3875 del 4 giugno 2007 nella quale il Comune di Trapani ha manifestato l'intenzione di procedere in conformità al verbale di aggiudicazione;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato;

Vista la costituzione in giudizio della EFFEBI s.r.l., ed il ricorso incidentale proposto da tale società;

Visto il motivo aggiunto al ricorso incidentale;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 1621/07 e l'ordinanza cautelare del C.G.A. n. 61/08;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Designato relatore alla pubblica udienza del 1° aprile 2008 il Primo

Referendario avv.to Nicola Maisano;

Uditi gli avv.ti S. Raimondi e F. Francario, per la ricorrente, l'avv. dello Stato M. Rubino per l'Amm.ne intimata e gli avv.ti Giuseppe e Giovanni Immordino per la EFFEBI s.r.l.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 18 giugno 2007, e depositato il successivo 29 giugno, le ricorrenti hanno impugnato: il verbale di gara del 19 aprile 2007, con il quale è stato aggiudicato all'A.T.I. avente come capogruppo la EFFEBI s.r.l. l'appalto per i lavori di completamento della piscina olimpionica; la nota n. 3875 del 4 giugno 2007 nella quale il Comune di Trapani ha manifestato l'intenzione di procedere in conformità al verbale di aggiudicazione; il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara;

In tale gravame vengono articolate le censure di: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 lett. 1) del bando; dell'art. 95 comma 2 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554; 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 lett. 1) del bando; dell'art. 95 comma 2° del D.P.R. n. 554/1999 sotto altro profilo; 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 punto 4 lett. h) del disciplinare di gara; 4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 punto 9 del disciplinare di gara.

Assume parte ricorrente che la composizione dell'A.T.I. risultata aggiudicataria non sarebbe conforme alle condizioni previste dall'art. 95 comma 2° del D.P.R. n. 554/1999, richiamate dall'art. 17 lett. 1 del bando; inoltre la dichiarazione resa in sede di gara da tale A.T.I. non

sarebbe conforme a quella prevista dall'art. 1, punto 4 lett. h) del disciplinare ed infine che non sarebbe stato debitamente compilato il modello GAP prescritto al punto 9 dell'art. 1 del disciplinare.

Si è costituita l'Avvocatura dello Stato, senza svolgere difese scritte.

Si è altresì costituita la EFFEBI s.r.l., che con memoria ha replicato alle argomentazioni contenute nel ricorso e chiesto il suo rigetto, nonché proposto ricorso incidentale e relativo motivo aggiunto, tendente a far valere causa di esclusione della ricorrente dalla gara per cui è causa.

L'istanza cautelare, respinta con ordinanza n.1621/07 è stata accolta dal C.G.A., con ordinanza n.61/08, ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito.

In vista dell'udienza la ricorrente principale e quello incidentale hanno prodotto memorie.

Alla pubblica udienza di discussione i procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive ed il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. - In via preliminare deve essere esaminato il ricorso incidentale che ha potenzialmente effetti paralizzanti rispetto alle censure articolate con il ricorso principale, essendo diretto a far valere cause di esclusione della ricorrente principale non rilevate dalla commissione di gara.

Con il primo motivo deduce la ricorrente incidentale che l'A.T.I. ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per cui è causa per non avere reso le dichiarazioni di cui all'art. 75 lett. a) e b) del D.P.R.

n. 554/1999, nonchè dagli artt. 4 b) e c) del disciplinare, in relazione al responsabile tecnico per le lavorazioni di cui alla legge n. 46/90, richiamando a proposito la decisione del C.G.A. del 27 ottobre 2006 n. 596.

Tale censura non può essere condivisa alla luce delle considerazioni espresse nella sentenza di questa Sezione n. 3484 del 21 dicembre 2007, che il Collegio condivide che ritiene di dover confermare (vedi anche T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 21 gennaio 2008 n. 81).

Nel richiamare integralmente la motivazione della sentenza n. 3484/07, sembra sufficiente precisare che, in assenza di un'esplicita indicazione degli atti di gara, circa la necessità di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 75 lett. a) e b) del D.P.R. n. 554/1999 anche in relazione al responsabile tecnico per le lavorazioni di cui alla legge n. 46/90, ritiene il Collegio che la commissione di gara non avrebbe potuto legittimamente escludere un partecipante alla gara per l'omissione di tale dichiarazione, potendo semmai richiedere l'integrazione delle dichiarazioni rese.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale non è fondato.

Deduce la ricorrente incidentale che l'A.T.I. ricorrente principale sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara in quanto la CO.DI.MAR. non ha precisato l'insussistenza di soggetti cessati da cariche sociali nel triennio precedente alla pubblicazione del bando di gara; soggetti per i quali, ove sussistenti, si sarebbero dovute rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006.

Ritiene in merito il Collegio che le disposizioni di legge che regolano

la partecipazione agli appalti pubblici, sanciscono l'onere di rendere tali dichiarazioni, sui requisiti di carattere morale, anche nei confronti dei soggetti cessati dalle cariche nell'ultimo triennio, secondo quanto specificatamente specificato nella norma che viene in rilievo; ma, nè il tenore letterale della norma, nè la sua ricostruzione sistematica, consentono di ritenere l'esistenza dell'obbligo, a pena di esclusione, di dichiarare espressamente anche l'eventuale inesistenza di tali soggetti.

In definitiva, o tali soggetti esistono, e l'impresa partecipante alla gara deve rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 anche nei loro confronti, o non esistono e non deve essere resa alcuna dichiarazione in merito (cfr. T.A.R., Sicilia, Palermo, III, del 31.3.2008 n. 431).

Conseguentemente anche il secondo motivo del ricorso incidentale è privo di fondamento.

2. - Devono ora essere esaminate le censure articolate con il ricorso principale.

Con il primo motivo assume la ricorrente che la configurazione dell'A.T.I. controinteressata – aggiudicataria dell'appalto per cui è causa – non rispetterebbe il disposto del secondo comma dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999, in quanto l'impresa mandataria non possiede i requisiti in misura maggioritaria, con riguardo ai lavori rientranti nella categoria prevalente (oggetto di associazione orizzontale); infatti sia l'impresa mandante che quella mandataria hanno dichiarato di eseguire i lavori nella categoria prevalente nella misura del 50% ciascuna.

Rileva il Collegio che, se è vero che il disposto letterale della norma di legge che viene in rilievo non sembra consentire una posizione paritaria

tra mandante e mandataria, è pur vero che la ratio di tale disposizione è quella di evitare che la mandataria possa assumere un posizione secondaria nella esecuzione dei lavori, ma non di impedire che due imprese possano decidere di partecipare ad una gara ed eseguire i lavori in modo paritario

Peraltro il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in diverse occasioni si è espresso proprio nel senso che la norma deve ritenersi rispettata purchè la mandataria non abbia una posizione minoritaria in seno al raggruppamento orizzontale, ammettendo in tal modo l'ipotesi in cui tra mandataria e mandante vi sia una posizione paritaria (C.G.A. n. 884/07; C.G.A. n. 97/2005).

In considerazione pertanto della logica sottesa alla disposizione che viene in rilievo, risulta condivisibile la ricostruzione operata dal C.G.A., e conseguentemente il Collegio ritiene che la partecipazione paritaria tra mandante e mandataria soddisfi la condizione in esame, richiesta dal secondo comma dell'art. 95.

Con il secondo motivo di ricorso assume la ricorrente che la composizione dell'A.T.I. aggiudicataria non rispetterebbe le prescrizioni del secondo comma dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999, sotto altro profilo.

In particolare la mandataria non avrebbe i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara nelle misure minime del 40%.

Punto centrale della questione è su quale base debba essere computato il 40% richiesto dalla norma: se sull'importo globale dei lavori da

appaltare, ovvero solo sulla parte relativa alla categoria prevalente, oggetto di associazione orizzontale.

Il Collegio è consapevole che la scarsa giurisprudenza che si è pronunciata sul punto ha assunto posizioni non univoche; appare quindi necessario individuare la ratio sottesa alla norma che viene in considerazione.

Rileva il Collegio che il secondo comma dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999 regola le modalità di formazione delle A.T.I. orizzontali ed è pertanto rispetto a tale fattispecie che le disposizioni ivi contenute sono calibrate.

Nella fattispecie è accaduto che la controinteressata è un'A.T.I. mista, in parte orizzontale, per i lavori rientranti nella categoria prevalente, ed in parte verticale, per i lavori rientranti nelle categorie scorporabili, possibilità pacificamente ammessa in giurisprudenza.

Ciò considerato ritiene il Collegio che, ai fini del calcolo della quota del 40% richiesto dalla norma, sarebbe improprio considerare lavori estranei alla associazioni orizzontale, per la quale la disposizione è prevista.

Infatti il terzo comma del medesimo articolo 95, relativo alle A.T.I. di tipo verticale, non detta alcuna percentuale dei lavori complessivi che deve rimanere in capo alla mandataria e non sembra logico che ai fini del computo della quota assegnata alla mandataria, nell'ambito di un raggruppamento orizzontale volto all'espletamento dei lavori della categoria prevalente, entrino in gioco i lavori rientranti nelle categorie scorporabili, la cui entità è peraltro indipendente dalla organizzazione

dei soggetti partecipanti alla gara.

In definitiva una volta che si ammette la partecipazione di A.T.I. di tipo misto dovrà separatamente essere verificata la correttezza della sua composizione in ordine alla parte orizzontale, con esclusivo riferimento ai lavori relativi alla categoria prevalente, ed in ordine alla parte verticale, con riferimento ai lavori rientranti nelle categorie scorporabili.

Poichè, nella fattispecie per cui è causa, la mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, ha una qualificazione, e si è assunta una quota dei lavori rientranti nella categoria prevalente, maggiore del 40%, devono ritenersi rispettati i requisiti richiesti dal secondo comma dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999.

La relativa censura articolata dalla ricorrente è pertanto priva di fondamento.

Con il terzo motivo di ricorso viene rilevato che le imprese facenti parte dell'A.T.I. aggiudicataria in sede di gara avrebbero reso una dichiarazione non conforme a quanto previsto dall'art. 1, punto 4 lett. h del disciplinare, mancando in particolare l'accettazione delle disposizioni contenute nell'elenco prezzi unitari nei piani e nel cronoprogramma, ivi richiesta.

In ordine a tale censura la controinteressata ha proposto un motivo aggiunto al ricorso incidentale, con il quale censura la previsione del disciplinare invocata da parte ricorrente, per non essere conforme al bando tipo predisposto ai sensi dell'art. 16 comma 4° della legge reg. n. 7/2002.

Sul punto deduce la ricorrente che la previsione del disciplinare in questione non si porrebbe in contrasto con le previsioni del bando tipo, ma si limiterebbe ad integrarla, possibilità che deve ritenersi non preclusa dalle norme di legge.

La censura articolata con il motivo aggiunto al ricorso incidentale è fondata.

L'art. 16 comma 4° della legge reg. n. 7/2002 espressamente prevede che : "Il responsabile del procedimento certifica la corrispondenza del bando al bando tipo di riferimento; in casi eccezionali possono inserirsi nel bando specifiche modifiche che il responsabile del procedimento deve idoneamente evidenziare e giustificare in sede di certificazione.".

Da tale disposizione si ricava che un'amministrazione appaltante può, in linea di principio, apportare modifiche al bando tipo, ma lo deve fare con un provvedimento specificatamente ed idoneamente motivato; poichè nella presente vicenda la modifica apportata dall'amministrazione appaltante al bando tipo risulta priva di alcuna motivazione, è illegittima (T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 23 febbraio 2006 n. 262).

Alla fondatezza del motivo aggiunto al ricorso incidentale consegue l'annullamento della clausola del disciplinare impugnata e la conseguente infondatezza del terzo motivo del ricorso principale.

Con riguardo all'ultimo motivo di ricorso, concernente l'incompleta compilazione del modello gap, il Collegio ritiene condivisibile l'orientamento espresso in alcune sentenze del T.A.R. Sicilia in forza del quale l'incompleta indicazione di tutti i dati del modello gap non

può determinare l'esclusione da una gara, ancor più ove i dati mancanti siano ricavabili da altre parti dell'offerta (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 5 aprile 2007 n. 1095; T.A.R., Sicilia, Catania, 18 aprile 2005 n. 674).

In applicazione di tali condivisibili principi anche l'ultimo motivo di ricorso è privo di fondamento.

In conclusione il ricorso principale è infondato; il ricorso incidentale è infondato, mentre è fondato il motivo aggiunto al ricorso incidentale e, per l'effetto va annullato il punto 4 lett. h dell'art. 1, del disciplinare, nella parte in cui prevede che la dichiarazione richiesta alle imprese partecipanti alla gara contempli anche l'accettazione delle disposizioni contenute nell'elenco prezzi unitari nei piani e nel cronoprogramma.

Data complessità delle questioni esaminate, ed il non costante orientamento della giurisprudenza su talune di tali questioni, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, respinge il ricorso principale; respinge i primi due motivi del ricorso incidentale, accoglie il motivo aggiunto al ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla il punto 4 lett. h dell'art. 1, del disciplinare, nella parte in cui prevede che la dichiarazione richiesta alle imprese partecipanti alla gara contempli anche l'accettazione delle disposizioni contenute nell'elenco prezzi unitari nei piani e nel cronoprogramma.

Dispone la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità

Amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 1° aprile 2008,
con l'intervento dei Sigg.ri Magistrati:

Calogero Adamo - Presidente

Nicola Maisano - Primo Referendario Estensore

Antonio De Vita - Referendario

Depositata in Segreteria il 14 aprile 2008.

Il Direttore della Sezione