

N. 01325/2011 REG.PROV.COLL.
N. 03185/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3185 del 2010, proposto da:

Di.Fil. s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Benedetta Caruso, Gabriella Caudullo, Giovanna Scalambrieri, con domicilio eletto presso Giovanna Scalambrieri in Catania, viale Raffaello Sanzio, 60;

contro

Universita' degli Studi di Catania, rappresentato e difeso dagli avv. Stefania Cacciola, Vincenzo Reina, con domicilio eletto presso Vincenzo Reina in Catania, p.zza Universita', 2;

nei confronti di

Salvatore Cavalli, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sciuto, con domicilio eletto presso Giuseppe Sciuto in Catania, via V. Giuffrida, 37;

1) del verbale di gara del 28 settembre 2010, con cui l'impresa geom. labruna domenico è stata ammessa alla gara indetta dall' universita' degli studi di catania per l'affidamento dei lavori di "razionalizzazione delle reti fognarie secondarie esterne all'edificio 2 – c.u.s. sofia di catania";

2) del provvedimento del 18 ottobre 2010, successivamente comunicato,

con il quale la suddetta gara è stata aggiudicata definitivamente all'impresa Cavalli Salvatore;

3) del provvedimento del 22 novembre 2010, n. prot. 80463/IX/2, con cui è stata confermata l'ammissione dell'impresa Geom. Labruna Domenico e l'aggiudicazione alla ditta Cavalli Salvatore;

4) di ogni altro provvedimento antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale, ivi compresi eventuali atti di approvazione, allo stato non meglio conosciuti;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa Cavalli Salvatore e per il risarcimento di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Catania e dell'impresa Salvatore Cavalli;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata impresa Salvatore Cavalli;

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 12 maggio 2011 il dott. Giuseppa Leggio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 22.11.2010 e depositato il giorno 25.11.2010, la Di.Fil. s.r.l. ha impugnato gli atti di gara relativi al pubblico incanto indetto dall'Università di Catania per l'aggiudicazione dei lavori di *“razionalizzazione delle reti fognarie secondarie esterne all'Edificio 2 – C.U.S. Sofia di Catania”* per un importo a base d'asta pari a € 276.776,10 oltre IVA, contestando

l'ammissione alla gara della ditta Geom. Labruna Domenico, seconda classificata, e l'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'impresa Cavalli Salvatore.

La società ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione del decreto legge 629/82, come convertito nella legge 726/82, sostenendo che l'impresa Geom. Labruna Domenico avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver allegato alla domanda di partecipazione il modello GAP debitamente compilato.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, l'esclusione dalla gara dell'impresa Labruna, che ha offerto il ribasso del 18,8760, comporterebbe, attraverso una rideterminazione della media, l'aggiudicazione della gara in suo favore, con il ribasso del 18,9020, anziché in favore della controinteressata ditta Cavalli, che ha offerto il ribasso del 18,8778.

La società ricorrente ha avanzato domanda di risarcimento del danno.

Si è costituita in giudizio l'Università degli Studi di Catania, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente, la quale non avrebbe a sua volta presentato il modello GAP in sede di partecipazione alla gara; ha chiesto, nel merito, una declaratoria di infondatezza del ricorso.

Si è costituita in giudizio altresì la controinteressata impresa Cavalli Salvatore, chiedendo il rigetto del ricorso.

L'impresa Cavalli ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale, rilevando che la società Di Fil s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla partecipazione alla gara in controversia per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 38 del decreto legislativo 163/2006, nonché dal bando di gara e dall'allegato Foglio avvertenze generali.

In particolare, la Di. Fil. avrebbe omesso di rendere l'espressa dichiarazione, richiesta dal punto 4 lett c) ed n) del Foglio Avvertenze Generali allegato al bando di gara, di non aver subito "*condanna, con sentenza*

passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE n. 2004/18", dichiarazione da rendersi con riferimento, nel caso di specie, all'amministratore unico della società e al direttore tecnico, nonché ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

L'impresa Di.Fil., inoltre, risulterebbe carente dell'ulteriore requisito di ammissione prescritto al punto 4 lettera m-ter) del Foglio avvertenze generali, non avendo reso l'espressa e specifica attestazione della insussistenza di iscrizioni presso l'Osservatorio di segnalazione per omessa denuncia dei reati previsti dagli art. 317 e 629 del codice penale.

Ulteriore motivo di esclusione dalla gara della Di.Fil. sarebbero poi alcune irregolarità rinvenibili nella dichiarazione resa dall'amministratore unico nei confronti del Signor Gianfranco Ruggiero, soggetto cessato dalla carica nel triennio, in ordine alla sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs n. 163/2006.

Con ordinanza n. 1625/10 del 21.12.2010, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla Di.Fil. s.r.l.; con ordinanza n. 235/11 del 07.02.2011 il C.G.A. Sicilia ha respinto l'appello proposto dall'impresa Cavalli avverso la citata ordinanza cautelare n. 1625/10 per la mancanza di grave pericolo di pregiudizio, in ragione della ravvicinata fissazione dell'udienza pubblica di trattazione del merito del ricorso.

Le parti hanno depositato memorie.

All'odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

E' preliminare l'esame del ricorso incidentale, con cui l'impresa Cavalli Salvatore, controinteressata aggiudicataria, ha contestato la legittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta presentata dall'odierna ricorrente principale, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale

secondo cui l'esame del ricorso incidentale deve precedere quello del gravame principale ogni volta che con il primo (nella prospettiva di un effetto paralizzante) vengano affrontate questioni capaci di incidere sulla sussistenza stessa dell'interesse a ricorrere in capo al ricorrente principale. (ex plurimis *Consiglio di Stato, sez. VI, 16.02.2010, n. 850; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 28 ottobre 2010, n. 4249; Idem, 4 novembre 2010, n. 4329*).

Nel caso di specie, infatti, ove il ricorso incidentale venisse accolto e l'impresa ricorrente principale fosse da escludere dalla gara, per la risalente e pacifica giurisprudenza sopra richiamata detta impresa non potrebbe più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non potrebbe, pertanto, conseguire alcuna utilità dall'eventuale annullamento non solo dell'aggiudicazione, ma neanche dell'intera gara, poiché l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili; il ricorso principale diventerebbe dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Nel caso di specie è fondato il primo motivo del ricorso incidentale, incentrato sull'incompletezza della dichiarazione resa dalla Di.Fil. con riferimento a quanto richiesto dal punto 4 lett c) ed n) del Foglio Avvertenze Generali allegato al bando di gara.

Il predetto Foglio Avvertenze Generali richiedeva, al punto 4 lettera c), la presentazione di una dichiarazione attestante *"...che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali*

definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; ...”, con la puntualizzazione che dovevano essere indicate anche le eventuali condanne per le quali il concorrente avesse beneficiato della non menzione e che la superiore dichiarazione doveva essere resa, oltre che per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico per quanto qui di interesse, anche nei riguardi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio.

La successiva lettera n) del medesimo punto 4 imponeva poi ai concorrenti di indicare *“i nominativi, le date di nascita e di residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza e soci accomandatari, nonché i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando nei cui confronti non è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27.12.1956 n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31.05.1965 n. 575 ovvero sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o applicazione di pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del c.p. per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sull'affidabilità morale e professionale o nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna, passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45 paragrafo 1 direttiva CE 2004/18 e altresì non sussistono le condizioni di cui all'art. 38 comma 1 lett. m-ter.”*.

Risulta invece che l'amministratore unico e il direttore tecnico della Di.Fil., nonché il Sig. Ruggero Gianfranco, soggetto cessato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, per il quale la dichiarazione è stata resa dall'amministratore unico Sig. Daniele Filesi, hanno reso una dichiarazione incompleta, avendo dichiarato soltanto l'insussistenza nei loro confronti di sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, o di sentenza di applicazione

della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, senza però rendere la dichiarazione di non aver subito *“condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva CE n. 2004/18”*.

Più precisamente, l'amministratore unico ed il direttore tecnico della Di Fil si sono limitati a ricopiare il testo della lettera c) dell'art. 38 D.lgs n. 163/2006, riprodotto dall'art. 4 lett. c) ed n) del predetto Foglio Avvertenze generali (*“è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18”*), senza però indicare specificamente l'assenza della indicata causa di esclusione nei propri confronti.

Pertanto, poiché la ricorrente principale non ha ottemperato all'obbligo, previsto dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione, di rendere la specifica dichiarazione sopra citata, la stessa doveva essere esclusa dalla partecipazione alla procedura di gara.

Il Collegio non condivide l'interpretazione proposta dalla ricorrente principale, secondo la quale la seconda parte dell'articolo 38 comma 1, lett. c) – riprodotta nella più volte richiamata clausola del bando - non incide sul tipo di dichiarazione che le imprese sono tenute a rendere al fine di dimostrare il possesso dei requisiti generali di partecipazione, in ragione del fatto che le fattispecie di reato indicate in tale seconda parte dell'art. 38 sono riconducibili al più ampio genere dei reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

Con la conseguenza che la norma in argomento servirebbe a circoscrivere il

potere della Commissione di gara di disporre discrezionalmente l'esclusione dei concorrenti individuando, tra i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, quelli in grado di comportare l'esclusione automatica dalle gare, ma non imporrebbe a carico delle imprese concorrenti un obbligo di specifica dichiarazione, distinta dalla più generale dichiarazione di insussistenza di condanne per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale,.

E' sufficiente richiamare l'orientamento già espresso da questa Sezione con la sentenza n. 395 del 25.02.2010, che ha chiarito che nelle dichiarazioni rese dagli interessati, di insussistenza a proprio carico di sentenze di condanna passate in giudicato "...per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale" non può ritenersi compresa anche l'implicita dichiarazione di insussistenza di sentenze di condanna per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18.

"L'art. 38 distingue infatti due categorie di reati: quelli definiti dall'art. 45 della direttiva Ce n. 2004/18, e quelli definiti dalla stessa norma senza individuare precise fattispecie criminose come "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" (cfr. la già citata sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 3773/2009). Le condanne per reati dell'uno e dell'altro tipo comportano conseguenze diverse, con riguardo alla partecipazione alle gare di evidenza pubblica; le prime costituiscono causa automatica di esclusione, le seconde lasciano alla stazione appaltante "un margine di apprezzamento sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto" (CdS, V, sentenza da ultimo richiamata; Tar Lazio Roma, II, n. 3984/2009).

In conclusione, trattandosi di diverse tipologie di reati, la dichiarazione relativa

all'insussistenza di condanne per reati del secondo tipo non comprende in sé anche la dichiarazione di insussistenza di condanne per reati definiti da fonti comunitarie.”
(sentenza n. 395/2010).

Né era possibile, nel caso di specie, ricorrere all'integrazione documentale, trattandosi di dichiarazione mancante e che riguarda – come già si è rilevato - ipotesi in cui l'amministrazione non ha spazi di apprezzamento discrezionale, non potendosi condividere neppure l'ulteriore rilievo di equivocità della clausola della *lex specialis*, atteso che essa riporta la previsione normativa dell'art. 38 lettera c) seconda parte che, come si è visto, pone l'obbligo delle due distinte dichiarazioni in relazione alle diverse tipologie di reati che la stessa contempla.

Da ciò consegue, in accoglimento del primo motivo di ricorso incidentale, ed assorbite ulteriori censure non esaminate, l'improcedibilità del ricorso principale, per difetto di interesse.

In considerazione dell'esito favorevole alla ricorrente del giudizio cautelare, e della complessità delle questioni interpretative riguardanti la normativa applicata, possono integralmente compensarsi le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale proposto dall'impresa Cavalli Salvatore e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Messina, Presidente

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

Giuseppa Leggio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2011

IL SEGRETARIO

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