

N. 00487/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 01038/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1038 del 2012, proposto da:

Power Ras S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Carla Corpino, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Palomba 64;

*contro*

Comune di Silius, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Mascia, Francesco Ballero, con domicilio eletto presso Francesco Ballero in Cagliari, corso Vittorio Emanuele 76;

*nei confronti di*

All Energy S.a.s. di Lacu Fabrizio, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Dessi, Silvia Obino, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Tuveri n. 16;

*per l'annullamento*

- del verbale della seduta e delle operazioni di gara del 26.10.2012, nella parte in cui la controinteressata è stata ammessa alla gara e ne è stata valutata l'offerta ;
- della determinazione n. 488 del 6.11.2012, emessa dal Comune di Silius,

di approvazione verbale del 26.10.2012 e aggiudicazione provvisoria alla controinteressata dei lavori di realizzazione di un impianto fotovoltaico presso edifici comunali;

- dell'avviso di avvenuta aggiudicazione definitiva alla controinteressata e dell'eventuale contratto;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Silius e di All Energy S.a.s. di Lacu Fabrizio;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2013 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Corpino per la ricorrente, gli avvocati Ballero e Mascia per il Comune e l'avvocato Dessì per la controinteressata;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Espone la ricorrente che il Comune di Silius con determinazione n. 434 del 10.10.2012 ha dato avvio alla procedura di affidamento dell'intervento per l'esecuzione di lavori denominato "realizzazione impianto fotovoltaico edifici comunali: scuola elementare e spogliatoi campo sportivo" tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ex art. 122 comma 7 d.lgs. 163 del 2006.

Alla gara partecipavano quattro ditte. Essa veniva aggiudicata alla All Energy s.a.s. di Lacu Fabrizio, che offriva un ribasso del 22,05% sull'importo delle opere posto a base di gara. Si classificava seconda la ricorrente che offriva un ribasso del 13,10%.

Con determinazione n. 488 in data 6.11.2012 il responsabile del servizio tecnico approvava il verbale della Commissione di gara e affidava i lavori alla All Energy s.a.s. di Lacu Fabrizio & C.

La ditta seconda classificata, ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. 163 del 2006 sottoponeva al Comune di Silius e al responsabile del servizio tecnico alcune considerazioni in ordine all'intento di proporre ricorso.

Faceva seguito il presente ricorso con il quale la Power Ras deduceva le seguenti articolate censure riconducibili ad un unico motivo in diritto:

violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del d.lgs. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione dei principi inerenti alla par condicio tra i concorrenti, abuso di potere.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 9.1.2013 la domanda cautelare veniva accolta.

Il 15 febbraio 2013 la controinteressata depositava memoria difensiva.

Il 4 marzo 2013 e l'8 marzo 2013 il Comune di Silius depositava memorie difensive.

Alla udienza pubblica del 20 marzo 2013 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Alcune precisazioni in punto di fatto sono necessarie per la risoluzione della controversia.

Le contestazioni che la ricorrente muove alla aggiudicazione della gara disposta in favore della All Energy stanno tutte nei rapporti tra la ditta stessa e il progettista dei lavori.

E' provato che sussista un rapporto di parentela tra Marco Lacu progettista e direttore lavori e Lacu Fabrizio socio accomandatario della società aggiudicataria dei lavori stessi.

L'esame degli atti di causa consente di ritenere provato:

1) che i due soggetti sono padre e figlio;

2) la circostanza che gli elaborati progettuali e, in particolare le tavole allegare al progetto esecutivo, recassero l'indicazione come collaboratore del progettista, il sig. Lacu Fabrizio.

Sussistevano, in definitiva, indizi gravi, precisi e concordanti di un rapporto di collaborazione tra una ditta partecipante e il progettista e direttore lavori. Indizi che avrebbero dovuto essere oggetto di attento approfondimento da parte dell'Amministrazione.

L'Amministrazione si è invece limitata ad aprire un sub procedimento in cui ha appurato:

che il sig. Marco Lacu e il Sig. Fabrizio Lacu sono legati da rapporto di parentela;

che gli stessi condividono il medesimo domicilio fiscale;

che nelle tavole allegare al progetto esecutivo il Sig. Marco Lacu avrebbe per mero errore materiale usato una vecchia intestazione nella quale il sig. Lacu Fabrizio risultava ancora tra i suoi collaboratori.

Come già rilevato in sede cautelare, il provvedimento prot. 3618 del 3.12.2012 con il quale il responsabile del servizio tecnico concludeva il sub procedimento di verifica del collegamento, come unica motivazione recava una asserita "incompetenza da parte di questa Autorità" per poter verificare e comprovare la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 90 comma 8 d.lgs. 163/2006.

La disposizione della cui applicazione si controverte è proprio l'art. 90 comma 8 del Codice dei contratti che recita:

"8. Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di

collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti".

Va ricordato che ai fini della declaratoria di incompatibilità ex art. 90 comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza nazionale e comunitaria richiede la presenza di indizi seri, precisi e concordanti sulla circostanza che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato, abbia rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'Amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza. Ma tali indizi non devono necessariamente riguardare soltanto situazioni limite, ovvero l'essersi determinata, nel passato o nel presente, una situazione di influenza sulle scelte dell'Amministrazione o una situazione di connivenza, con conseguente flusso di informazioni, dall'Amministrazione all'impresa che pretenda di partecipare alla gara. Ciò in quanto le norme sulla incompatibilità ed i connessi divieti agiscono in prevenzione, ovvero sono norme che tendono a prevenire il pericolo di pregiudizio e, verificato il caso di incompatibilità, tendono a salvaguardare la genuinità della gara attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione. Quindi, le stesse non presuppongono né intervenuta la lesione, né la sussistenza di un concreto tentativo di compromissione. È, dunque sufficiente che gli indizi (ferma la loro serietà, precisione e concordanza) riguardino situazioni che, oggettivamente, pongono un determinato concorrente in una posizione di squilibrio (per sé favorevole) nei confronti degli altri concorrenti e tale da determinare - indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio - una violazione della "par condicio" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8595).

In definitiva, la disciplina dettata in tema d'incompatibilità dall'art. 90

comma 8, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 va intesa come espressione di un principio generale in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della p.a. deve essere riconosciuta una posizione omogenea, implicante ex se la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, vantaggi incompatibili con i principi, propri sia dell'ordinamento italiano che di quello comunitario, di libera concorrenza e di parità di trattamento; tale valutazione deve peraltro essere effettuata in concreto dalla stazione appaltante, e non con ricerca di eventuali ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma deve essere finalizzata ad accertare - per l'appunto, in concreto - l'esistenza di una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato origine a un possibile indebito vantaggio per taluno dei partecipanti (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 2012, n. 2402).

Era, in definitiva, preciso onere dell'Amministrazione, svolgere ben più approfonditi accertamenti e valutare in concreto l'esistenza di una posizione di vantaggio della ditta aggiudicataria rispetto alle altre partecipanti.

Non è superfluo precisare che è del tutto irrilevante che l'appalto fosse di modesta entità dal punto di vista economico poiché il bene giuridico tutelato dall'art. 90 comma 8 del Codice dei contratti prescinde, ovviamente, dall'entità economica della gara.

Il ricorso deve, in definitiva, essere accolto siccome fondato.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune e la controinteressata alle spese del presente giudizio che liquida in complessivi € 6.000/00 (seimila) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato come di seguito:

€ 3.000/00 (tremila) a carico del Comune;

€ 3.000/00 (tremila) a carico della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2013

IL SEGRETARIO

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