

N. 00215/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00980/2010 REG.RIC.

N. 01113/2010 REG.RIC.



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 980 del 2010, proposto da:
Lavarini S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Santoro, Francesco Dal Piaz
e Lorenzo Bolognini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Dal
Piaz in Torino, via S. Agostino, 12;

contro

Provincia del Verbano Cusio Ossola, in persona del Presidente pro tempore della
Giunta provinciale, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandra Simone, con
domicilio eletto presso l'avv. Alberto Savatteri in Torino, via Pietro Micca, 3;

nei confronti di

Edilpresta S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giorgio Santilli, con domicilio
eletto presso il suo studio in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

sul ricorso numero di registro generale 1113 del 2010, proposto da:
Lavarini S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Santoro, Francesco Dal Piaz

e Lorenzo Bolognini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Dal Piaz in Torino, via S. Agostino, 12;

contro

Provincia del Verbano Cusio Ossola, in persona del Presidente pro tempore della Giunta provinciale, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandra Simone, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Savatteri in Torino, via Pietro Micca, 3;

nei confronti di

Edilpresta S.r.l.; Dremar Ambiente Servizi Montaggi S.r.l.;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 980 del 2010:

del provvedimento del Dirigente del Settore IV della Provincia del Verbano Cusio Ossola n. 1057 del 16/7/2010, comunicato alla ricorrente con nota prot. n. 35410 del 21/7/2010, di affidamento all'impresa Edilpresta S.r.l. di Cerano (NO) dell'appalto dei lavori di messa in sicurezza e adeguamento alle norme vigenti dell'Istituto scolastico "Marconi-Galletti " di Domodossola;

della nota di trasmissione del 21.7.2010;

del verbale di gara del 22.6.2010;

del verbale del 23.6.2010 con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria alla Edilpresta;

della nota prot. n. 37904/log del 4 agosto 2010, con la quale il Segretario generale della Provincia del Verbano Cusio Ossola rigettava la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva presentata dalla ricorrente;

di ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento del danno;

quanto al ricorso n. 1113 del 2010:

- del provvedimento n. 1057 del 16.7.2010, comunicato alla ricorrente con nota prot. n. 35410 del 21.7.2010;

- della predetta nota del 21.7.2010;
- del verbale di gara del 22.6.2010;
- del verbale di gara del 23.6.2010;
- della nota prot. n. 37904/log del 4.8.2010;
- di ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale, anche non conosciuto, con i quali sia stata ritenuta valida l'offerta della Edilpresta e della Dremar;

nonché, per quanto occorrer possa, per la condanna, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto alla ricorrente ovvero, in via subordinata, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia del Verbano Cusio Ossola e di Edilpresta S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 17 maggio 2010, la Provincia del Verbano Cusio Ossola ha indetto una procedura aperta di gara per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza e di adeguamento alle norme vigenti dell'Istituto scolastico "Marconi-Galletti" di Domodossola, con la sostituzione dei serramenti e il rifacimento delle facciate.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello del prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi.

2) All'esito delle operazioni di gara, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato, con determinazione dirigenziale del 16 luglio 2010, alla Edilpresta S.r.l.

La Lavarini S.r.l., odierna ricorrente, si è classificata seconda in graduatoria.

3) Con un primo ricorso giurisdizionale, ritualmente notificato alla stazione appaltante e all'impresa controinteressata, successivamente rubricato al n. r.g. 980 del 2010, Lavarini S.r.l. contesta la legittimità dell'aggiudicazione e dei provvedimenti che hanno ammesso in gara la Edilpresta S.r.l., deducendo motivi di gravame così articolati:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del bando di gara e dell'allegato A; violazione e falsa applicazione degli artt. 38, d.lgs. n. 163/2006 e 75, d.P.R. n. 554/1999; eccesso di potere per carenza di istruttoria e violazione della par condicio tra i concorrenti.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 16 del bando di gara; eccesso di potere per carenza di istruttoria e violazione del principio di par condicio.

Sulla scorta di tali censure, la ricorrente insta per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione dell'esecuzione, e per la declaratoria di inefficacia del contratto ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

4) Con ordinanza n. 635 del 10 settembre 2010, è stata respinta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

5) Con un secondo ricorso, rubricato al n. r.g. 1113 del 2010, Lavarini S.r.l. ha nuovamente impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva e il verbale di gara relativo alla verifica della regolarità della documentazione amministrativa presentata dalle imprese concorrenti, nella parte in cui non ha escluso la Dremar S.r.l.

Le domande e le censure di legittimità dedotte con il nuovo mezzo di gravame riproducono quelle del precedente ricorso.

6) Si sono costituite nel primo giudizio la Provincia del Verbano Cusio Ossola e la controinteressata Edilpresta S.r.l., opponendosi all'accoglimento del gravame.

Nel secondo giudizio si è costituita solo la Provincia.

7) I due ricorsi sono stati chiamati alla pubblica udienza del 10 febbraio 2011 e, previa trattazione orale, sono stati ritenuti in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 154 del 11 febbraio 2011.

DIRITTO

8) I due ricorsi, tesi entrambi all'annullamento del provvedimento che ha concluso la medesima gara d'appalto, sono chiaramente connessi dal punto di vista oggettivo e vanno riuniti, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm., per essere decisi con unica sentenza.

9) Quanto al primo ricorso (r.g. n. 980/2010), va preliminarmente vagliata l'eccezione di inammissibilità concordemente proposta dalle parti resistenti, ad avviso delle quali Lavarini S.r.l. non avrebbe interesse a ricorrere in quanto - nell'ipotesi di accoglimento del gravame e, quindi, di esclusione dell'impresa Edilpresta S.r.l. - la rideterminazione della soglia di anomalia farebbe sì che l'appalto venga automaticamente aggiudicato, non alla ricorrente, ma all'impresa Cogeis, originariamente esclusa per effetto del "taglio delle ali".

L'eccezione, positivamente valutata in sede cautelare, va riconsiderata alla luce delle argomentazioni introdotte in giudizio da parte ricorrente, fondate sul rilievo che la nuova aggiudicazione della gara non sarebbe affatto automatica, non potendo prescindere dalla riedizione di attività istruttorie (quali le verifiche ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006) il cui esito non può ritenersi scontato a priori.

Il rilievo merita di essere condiviso, poiché l'esistenza di un margine di incertezza in ordine all'effettivo affidamento dell'appalto (nel caso in cui, si ribadisce, fosse accolto il ricorso ed esclusa l'originaria affidataria) induce a riconoscere all'odierna ricorrente quantomeno un interesse strumentale a coltivare il gravame giurisdizionale, in quanto titolare di una chance di conseguire l'aggiudicazione.

Tale valutazione è rafforzata dalla considerazione che, nel caso di accoglimento del ricorso r.g. n. 1113/2010, sarebbe esclusa dalla gara anche la Dremar. S.r.l. e occorrerà, quindi, provvedere al ricalcolo della soglia di anomalia, operazione che, secondo la simulazione prodotta in atti da parte ricorrente, comporterebbe l'aggiudicazione della gara in suo favore.

Per tali motivi, va conclusivamente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

10) Nel merito, l'esponente sostiene, con il primo motivo di ricorso, che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo essa omesso di menzionare il signor Bartolomeo Sanfilippo (ex procuratore speciale, cessato in data 29 gennaio 2009) fra i soggetti cessati da cariche societarie nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

Tale omissione sarebbe sanzionata con l'esclusione dall'art. 16 e dall'allegato A) del bando di gara.

La sanzione dell'esclusione sarebbe, in ogni caso, direttamente imposta dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Si osserva, a tale riguardo, che la legge di gara non contiene l'espressa comminatoria di esclusione individuata da parte ricorrente: l'art. 16, lett. b.2), del bando, si limita a richiamare, infatti, il divieto di partecipazione posto dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, con la precisazione che esso opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente.

Il bando connette la previsione di esclusione, invece, all'ipotesi in cui a taluno dei soggetti individuati dall'art. 38 sia stata applicata una sanzione penale per i reati ivi previsti e l'impresa non abbia allegato atti idonei a comprovare in modo ufficiale la sua dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Del tutto analogo, sotto questo profilo, è il contenuto dell'allegato A) del bando, recante lo schema di dichiarazione da rendersi ai fini dell'ammissione alla gara.

Ciò premesso, non ricorreva nella fattispecie la causa di esclusione configurata dalla legge di gara, poiché (come comprovato dalla documentazione versata in atti dall'Amministrazione resistente) la posizione del signor Sanfilippo, pur non indicato dall'aggiudicataria fra i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente, è risultata immune da sanzioni penali di sorta.

Considerando che il più volte citato art. 38 ricollega l'esclusione dalla gara al mancato possesso dei requisiti richiesti, non alla mancata dichiarazione, ricorre nella fattispecie, pertanto, l'ipotesi definita del "falso innocuo", stante l'incapacità dell'omissione in parola di pregiudicare in alcun modo gli interessi presidiati dalla norma la quale come tale è insuscettibile, in mancanza di un'espressa previsione della *lex specialis*, di fondare l'esclusione dalla gara (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967).

Nel caso in esame, comunque, non sussisteva neppure l'obbligo di indicare il signor Sanfilippo fra i soggetti cessati dalla carica.

Questi, infatti, era stato procuratore della Edilpresta nel periodo dal 13 ottobre 2008 al 29 gennaio 2009, in cui essa era costituita come società in nome collettivo.

La trasformazione in società di capitali è avvenuta il 30 marzo 2009, quando il signor Sanfilippo era già cessato dalla carica.

L'obbligo di dichiarazione ex art. 38 sussiste, ovviamente, per i soli soggetti cui la norma riferisce il divieto di partecipazione e tali soggetti, nelle società in nome collettivo, sono i soci e i direttori tecnici, non i procuratori o, più genericamente,

gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, come nel caso delle società di capitali.

La trasformazione in società di capitali, d'altronde, non poteva generare retrospettivamente un obbligo di dichiarazione relativo a soggetti che avevano cessato la propria funzione prima di tale evento e che, nella precedente società di persone, non erano fatti destinatari di alcun divieto di partecipazione.

Per tale complesso di ragioni, il motivo di ricorso risulta privo di pregio e deve essere disatteso.

11) Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso, con cui l'esponente denuncia la violazione degli artt. 13 e 16 del bando di gara i quali prescrivono, a pena di esclusione, che la documentazione di gara sia corredata del verbale di sopralluogo effettuato dal concorrente e che a detto verbale siano allegate la copia del documento d'identità del soggetto che ha effettuato il sopralluogo nonché, nel caso sia intervenuto un delegato dell'impresa, copia della relativa procura.

Il verbale del sopralluogo effettuato dalla Edilpresta è risultato privo dei documenti suindicati e tale carenza avrebbe dovuto comportare, ad avviso dell'esponente, l'esclusione della concorrente dalla gara.

La prospettazione di parte ricorrente si fonda, però, su un'interpretazione non corretta della legge di gara che, nella parte di specifico interesse (art. 13 del bando), recita: "Il verbale, in originale, dovrà essere a pena d'esclusione sottoscritto dal soggetto che ha effettuato la presa visione, accompagnato dalla copia dei documenti esibiti a dimostrazione degli "status" sopra indicati e allegato alla documentazione di gara, come specificato dal successivo punto 15 del bando".

L'unico adempimento previsto a pena d'esclusione era, quindi, la sottoscrizione del verbale di sopralluogo.

La stazione appaltante, d'altronde, non avrebbe avuto alcun apprezzabile interesse ad escludere la concorrente per la mancata allegazione del documento d'identità

del soggetto che aveva effettuato il sopralluogo, poiché gli estremi di tale documento erano stati trascritti nel relativo verbale e non sussisteva alcun elemento di incertezza circa la sua identificazione ovvero i poteri in forza dei quali egli interveniva.

E' da soggiungere, a quest'ultimo riguardo, che la procura non è stata allegata al verbale per dimenticanza del funzionario che l'ha redatto, come riconosciuto dall'Amministrazione resistente sulla base di quanto dichiarato dal funzionario medesimo, cosicché sarebbe del tutto irragionevole far ricadere sulla concorrente le conseguenze di una irregolarità in alcun modo riconducibile al suo operato.

12) Quanto al secondo ricorso (r.g. n. 1113/2010), con cui si contesta la legittimità degli atti che hanno disposto l'ammissione alla gara dell'impresa Dremar S.r.l., la difesa provinciale ne contesta preliminarmente l'ammissibilità, affermando che deve ritenersi precluso al ricorrente proporre, pur nel rispetto del termine decadenziale di legge, nuovi motivi di gravame ovvero motivi integrativi di quelli già proposti che abbiano l'effettivo intento di mettere in discussione la già intervenuta decisione cautelare, soccorrendo allo scopo il solo rimedio dell'impugnazione in appello.

L'eccezione non può essere condivisa, poiché la mancanza nell'ordinamento di un esplicito divieto di frazionamento dei ricorsi consente che l'interessata, qualora non sia decaduta dai termini di impugnazione (il che nella fattispecie non ricorre), possa proporre nuove censure che hanno valenza sostanziale di integrazione della già svolte difese, senza che all'esercizio di tale opzione possa frapporsi il giudicato cautelare medio tempore formatosi.

13) Nel merito, le censure contenute nel nuovo ricorso riproducono sostanzialmente quelle dedotte con il primo.

Il primo motivo di gravame fa riferimento alla posizione del signor Oscar Tacchi, procuratore speciale della Dremar S.r.l. cessato dalla carica il 18 giugno del 2010,

ma non menzionato dalla concorrente nella dichiarazione resa ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

L'esponente, peraltro, si limita a denunciare l'omissione della dichiarazione relativa a detto soggetto, ma non mette in discussione la sussistenza dei necessari requisiti morali in capo allo stesso, requisiti che, come comprovato dall'attività istruttoria svolta dall'Amministrazione e dalla documentazione versata in atti, erano pienamente sussistenti.

Si ricade, pertanto, nella già considerata ipotesi del "falso innocuo" che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, non è suscettibile di fondare un eventuale provvedimento di esclusione della concorrente che ha omesso la richiesta dichiarazione.

Il secondo motivo di gravame non necessita di ulteriore disamina, consistendo nella mera riproduzione delle doglianze già svolte con il corrispondente motivo del primo ricorso.

14) I due ricorsi, in conclusione, sono infondati e devono essere respinti, ivi compresa la domanda di inefficacia del contratto o di risarcimento del danno per equivalente.

Rileva il Collegio, tuttavia, l'esistenza di peculiarità che inducono a compensare integralmente le spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previamente riuniti, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2011

IL SEGRETARIO

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