

2734



Serv. Determinazioni Dirigenziali

Trasmessa: *Sell V, Sell X*Rag. *Albo*il *9* 04.05.2009Il Resp. del Servizio  
Istruttore Amministrativo  
D. Mirabelli

## CITTÀ DI RAGUSA

## SETTORE V

## DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

**ORIGINALE**

<b>Annotata al Registro Generale</b> <b>In data</b> <i>07 MAG. 2009</i> <b>N.</b> <i>995</i>	<b>OGGETTO:</b> Appalto lavori di adeguamento e completamento della discarica sub-comprensoriale per rifiuti solidi urbani in c.da Cava dei Modicani. Annullamento atti di gara a seguito di Sentenza n.2257/2008 e rinvio all'UREGA Sez. Prov. Di Ragusa.
<b>N. <i>73</i> Settore</b> <b>Data</b> <i>29-04-2009</i>	

## DIMOSTRAZIONE DELLA DISPONIBILITÀ DEI FONDI

BIL.

CAP.

IMP. *non corrisponde*

FUNZ.

SERV.

INTERV. *ingegner 1- gese*IL RAGIONIERE *per*

L'anno duemilanove, il giorno *Venti-nove* del mese di *Aprile*,  
 nello ufficio del Settore Contratti, su proposta del funzionario Sig.ra  
 Giovanna Puglisi, il dirigente Dott. Giuseppe Mirabelli ha adottato la  
 seguente determinazione:

Premesso che:

- Con verbale del 4/4/07 la Commissione di gara dell'UREGA, sez. Prov. di Ragusa ha aggiudicato in via provvisoria i lavori di adeguamento e completamento della discarica sub-comprensoriale di 1<sup>a</sup> categoria per R.S.U. in c.da Cava dei Modicani;
- Con determinazione dirigenziale del V Settore, annotata al N.863 del Registro Generale in data 17/4/07, è stata approvata l'aggiudicazione in via definitiva all'associazione temporanea tra le imprese Paradivi Servizi s.r.l. (capogruppo) e l'impresa Costruzioni Costanzo s.r.l. (mandante), da Catania;
- In data 13/7/07 è stato stipulato con la sopracitata associazione il contratto N.29763 di Repertorio per l'affidamento dei lavori in parola;
- A seguito di ricorso n.1284/07 R.G. proposto dal Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro Cons. Coop. e da CO.GE.V.I. S.r.l., il T.A.R. Catania sez. I ha emesso la Sentenza n. 2257/2008 con la quale ha disposto l'annullamento degli atti di gara e l'obbligo per l'Amministrazione di ripetere il procedimento dalla valutazione dell'anomalia in poi e fino all'aggiudicazione definitiva;
- Ritenuto che, alla luce anche del parere espresso dall' Avvocatura del Comune con note n.38/4030 del 19/1/09 e n.141/16361 del 26/2/09, occorre prendere atto dell'annullamento degli atti di gara disposto con Sentenza n.2257/2008 e rimettere gli atti all'U.R.E.G.A. Sez. Provinciale di Ragusa per la ripetizione delle operazioni di gara dal momento della valutazione dell'anomalia in poi, a sensi dell'art. 10 e 9, c.1, del Regolamento approvato con Decreto Presidenziale n.1/05;
- Vista la legge reg.le n.23/98 relativa all'attuazione nella Regione Sicilia di norme della legge 15 maggio 1997, n.127;
- Visti gli artt. 53 e 65 del Regolamento di Organizzazione degli Uffici e Servizi Comunali;
- Visto il Decreto Presidenziale della Regione Sicilia n.1 del 14/1/05;
- Preso atto che il presente provvedimento non comporta impegno di spesa;

#### DETERMINA

1. Prendere atto dell'annullamento degli atti di gara relativi all'appalto dei lavori di adeguamento e completamento della discarica sub-comprensoriale di 1<sup>a</sup> categoria per R.S.U. sita in c.da Cava dei Modicani sulla base di quanto disposto con Sentenza n.2257/2008;
2. Rimandare gli atti di gara all'U.R.E.G.A. Sez. Provinciale di Ragusa al fine di ripetere le operazioni di gara a partire dal momento della valutazione delle offerte anomale.

SENTENZA N.2257/2008 PARTE INTEGRANTE

IL DIRIGENTE

(Dott. G. Mirabelli)

Da trasmettersi d'ufficio, ai seguenti settori/uffici: **III e X**

**IL DIRIGENTE DEL SETTORE V**

(Dott. G. Mirabelli)

Visto:  
Il Dirigente del 1° Settore  
Ragusa, li 05-05-2008  
Per presa visione:  
Il Direttore Generale  
Ragusa, li

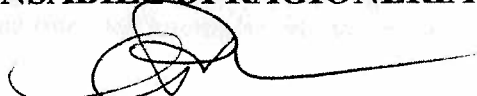
Il Segretario Generale  
Il Sindaco

## SETTORE SERVIZI CONTABILI E FINANZIARI

Visto per la regolarità contabile attestante la copertura finanziaria ai sensi dell'art.151, 4° comma, del TUEL.

Ragusa 05-05-2009

**IL RESPONSABILE DI RAGIONERIA**



Il sottoscritto Messo comunale attesta di avere pubblicato in data odierna, all'Albo Pretorio, per la durata di giorni sette, copia della stessa determinazione dirigenziale, e di averne trasmesso copia al Segretario Generale.

Ragusa 08 MAG. 2009

**IL MESSO COMUNALE**  
**IL MESSO NOTIFICATORE**  
**(Tagliarini Sergio)**

Il sottoscritto Messo comunale attesta il compimento del suindicato periodo di pubblicazione e cioè dal 08 MAG. 2009 al 14 MAG. 2009

Ragusa 15 MAG. 2009

**IL MESSO COMUNALE**  
**IL MESSO NOTIFICATORE**  
**(Tagliarini Sergio)**



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2254/08 Reg. Sent.

N.1284/07 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia  
- Sezione staccata di Catania - Sezione Prima,  
composto dai Signori Magistrati:

Dott. Vincenzo Zingales	Presidente
Dott. Pancrazio Savasta	Giudice
Dott. Salvatore Gatto Costantino	Giudice rel.est.

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 1284/07 R.G., proposto dal "Consorzio  
fra cooperative di produzione e lavoro - Cons.Coop",  
e da "CO.GE.V.I." srl, rappresentati e difesi  
dall'Avv. Nino Gentile, con domicilio eletto in  
CATANIA, via Perugia 10 (presso lo studio dell'Avv.  
Mariano Leonora) e motivi aggiunti;

**contro**

**e nei confronti**

- dell'Ufficio Regionale Espletamento Gare d'Appalto  
(U.R.E.G.A.) di Ragusa, e della Commissione e sub  
Commissione di Gara c/o UREGA di Ragusa, in persona  
dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentate e  
difese ex lege dall'Avvocatura Distrettuale di Stato,

con domicilio presso gli uffici di questa in Catania,  
via V. Ognina 149;

- delle imprese "Paradivi Servizi" srl e "Costruzioni  
Costanzo" srl, rappresentate e difese dall'Avv. Lino  
Barreca, nel cui studio in Catania, via V. Giuffrida  
nr. 37 sono elettivamente domiciliate;

- del Comune di Ragusa, in persona del Sindaco,  
legale rappresentante p.t. *non costituito*;

**e, con i motivi aggiunti:**

- della Commissione di gara presso il suddetto UREGA,  
Sezione provinciale di Ragusa, in persona del  
Presidente pro tempore;

- della Sub - Commissione di gara, nominata presso il  
predetto UREGA - Sezione provinciale di Ragusa, ai  
sensi del D.P. 14.01.2005, in persona del legale  
rappresentante pro tempore;

- delle imprese: Paradivi servizi srl, Costruzioni  
Costanzo srl, SELCA spa, SEAP srl, Tecnowater srl,  
Euroasphalt srl, Di Paola C. e figli sas - Cuzzella  
Giovanni;

#### **per l'annullamento**

con il ricorso introduttivo:

del verbale di gara del 4.4.2007, con cui la  
commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato  
all'ATI Paradivi servizi srl l'appalto dei lavori  
*infra specificati*;

i verbali di gara del 9.2.2007 e del 12.2.2007;



la relazione tecnica della sub-commissione di gara del 21.3.2007, trasmessa con nota del 23.3.2007, n. 719;

ove occorra, del bando di gara e c.s.a.  
di ogni altro atto antecedente, successivo o, comunque, connesso a quelli impugnati, ivi compresa l'aggiudicazione e l'eventuale contratto sulla base di essa stipulato;

**con i motivi aggiunti:**

- della determina dirigenziale del Comune di Ragusa - Settore V del 12.4.2007, annotata al reg.gen. il 17.04.2007 n. 863;

- il contratto di appalto stipulato tra il Comune di Ragusa e l'ATI Paradivi servizi srl e Costruzioni Costanzo srl;

- il verbale di consegna dei lavori;

**Visto** il ricorso ed i relativi allegati;

**Visto** l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura di Stato, delle imprese "Paradivi Servizi" srl e "Costruzioni Costanzo" srl;

**Visto** il ricorso incidentale delle imprese "Paradivi Servizi" srl e "Costruzioni Costanzo" srl;

**Visti** i motivi aggiunti di gravame;

**Visti** gli atti tutti della causa;

**Designato** relatore per la Udienza Pubblica del 9 ottobre 2008 il Referendario Dr. Salvatore Gatto Costantino;

Uditi gli avvocati delle parti come da verbale;

Visto l'art. 23 bis della l. 1034/71;

Ritenuto, in fatto ed in diritto, quanto segue;

#### IN FATTO

Ricorrono il Consorzio tra cooperative di produzione e lavoro - Cons.Coop. e la società COGEVI srl, contro l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento e completamento della discarica sub comprensoriale per rifiuti solidi urbani in c.da Cava dei Modicani disposta dal Comune di Ragusa, per il tramite dell'UREGA - Sez.prov.le di Ragusa.

I ricorrenti, quarti in graduatoria, impugnano gli atti di gara nella parte in cui è stata condotta la verifica della anomalia della offerta delle tre ditte classificatesi prima di essa, lamentando l'insufficienza di tale verifica.

Più precisamente, i ricorrenti espongono che l'offerta della ATI Paradivi Servizi srl, prima classificata, veniva sottoposta a verifica di anomalia, essendosi registrata una forte differenza nella voce "trasporto" tra il prezzo calcolato dal progettista ed il prezzo offerto, pari a circa il 95% (a fronte di una voce di prezzo pari ad euro 3,94mc, la ditta ha offerto un prezzo pari a 0,20mc).

Analogamente, anche le offerte della seconda e terza ditta in graduatoria presentavano la medesima voce di prezzo, redatta, tra l'altro, in termini sintattici e di esposizione identici tra loro.





L'esito della verifica di anomalia, favorevole alle controinteressate, sarebbe stato viziato da una mancata effettiva verifica delle giustificazioni offerte dalle controinteressate medesime, ed è oggetto di un'unica censura articolata: Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, difetto di motivazione, travisamento dei fatti, eccesso di potere per sviamento della causa tipica, illogicità ed irragionevolezza, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36 del Capitolato generale DM 145/2000, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 comma 1 bis l. 11.02.1994, n. 109, con modificato dall'art. 7, l.1 agosto 2002, nr. 166, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 186 del dlgs 152/2006, violazione dell'art. 15 del c.s.a., violazione dei principi in tema di buon andamento dell'azione amministrativa.

Costituitesi, resistono al ricorso sia l'Amministrazione comunale di Ragusa che l'UREGA provinciale, per mezzo dell'Avvocatura di Stato.

Si è costituita la controinteressata ATI Paradivi Servizi srl, che spiega altresì ricorso incidentale, affidandolo ad articolate censure in fatto ed in diritto.

Alla camera di consiglio del 9 novembre 2007, il Collegio ha disposto adempimenti istruttori,

regolarmente eseguiti dall'Amministrazione resistente (Ord. nr. 530/07 del 27.11.2007).

Alla successiva camera di consiglio del 10 gennaio 2008, è stata concessa, ex art. 23 bis l. 1034/71, la misura cautelare della fissazione della udienza di merito di discussione della causa, senza sospensione degli effetti degli atti impugnati (ord. nr. 105/08 del 21 gennaio 2008).

Le parti hanno scambiato memorie e documenti.

Alla pubblica udienza del 9 ottobre 2008, la causa è stata trattenuta in decisione.

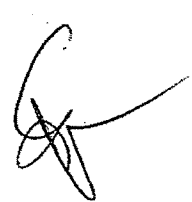
#### IN DIRITTO

I) Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni di irricevibilità del gravame, sollevate dalla difesa del Comune, dell'UREGA e della controinteressata.

Per esigenze di chiarezza e completezza espositiva, sarà trattata oltre (sub IV) la distinta questione circa la sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento del contratto medio tempore stabilito (ed impugnato con i motivi aggiunti).

Ia) Il Comune eccepisce la tardività della notifica ad una delle imprese, il cui rappresentante era presente al verbale di gara oggetto di gravame:

essendo tale verbale redatto in data 4 aprile 2007, ove il ricorso dovesse risultare notificato ad una



delle controinteressate oltre la data del 4 giugno 2007, esso sarebbe tardivo.

**Ib)** Ulteriori eccezioni di tardività del gravame sono sollevate dalla difesa del Comune e delle controinteressate successivamente alla proposizione dei motivi aggiunti.

**(Ib1)** Eccepisce il Comune che la determinazione di aggiudicazione definitiva (impugnata con i motivi aggiunti) è datata 17 aprile 2007 ed è stata pubblicata all'Albo pretorio del Comune di Ragusa dal 23 al 29 aprile 2007: poiché tale atto non andrebbe notificato alle ditte non risultate aggiudicatarie e non contemplate espressamente nell'atto medesimo, i termini per il ricorso deriverebbero dalla pubblicazione all'Albo.

**(Ib2)** In subordine, a ritenere necessaria la notifica individuale della determina di aggiudicazione definitiva per ciascuna delle ditte interessate, la ricorrente ne avrebbe comunque acquisito legale conoscenza per essere stato il provvedimento depositato alla camera di consiglio del 5 luglio 2007 e quindi, essendo stato notificato il ricorso per motivi aggiunti il 15 ottobre 2007, esso sarebbe tardivo rispetto al termine dimidiato ex art. 23 bis l. 1034/71 di proposizione del gravame.

Sotto entrambi i profili considerati, andrebbe ritenuta la tardività della impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e, correlativamente,

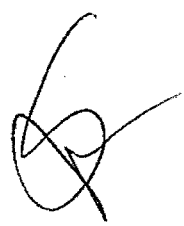
la improcedibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo, rivolto contro la aggiudicazione provvisoria.

**Io)** Altre ragioni a favore della eccezione di irricevibilità per tardività del gravame per motivi aggiunti sono poi dedotte dalla difesa della controinteressata ATI Paradivi Servizi srl.

Quest' ultima, infatti, richiama l'art. 7 ter della L.R. 7/02, introdotto dalle LR 29 novembre 2005 nr. 16 e 5 dicembre 2006 nr. 23: a mente di tale disposizione, alle procedure di gara si applica l'art. 21 bis della legge 109/94, come introdotto in Sicilia dalla L.R. 7/2002, art. 18, a norma del quale (comma 2) in assenza di rilievi e contestazioni, che devono essere effettuati nei sette giorni successivi a quelli di espletamento della gara, il verbale di gara diviene definitivo.

Pertanto, essendo stato pubblicato il provvedimento definitivo in data 17 aprile 2007, esso è divenuto definitivo il 27 aprile successivo, e da tale data decorrono i termini per l'impugnazione.

Secondo tale impostazione, il provvedimento definitivo di aggiudicazione non dovrebbe essere notificato alla ricorrente, posto che l'art. 10 comma 1 del DPRS Sicilia 14 gennaio 2005 nr. 1 riserva tale comunicazione solo alla prima ed alla seconda in graduatoria.



Tutte le eccezioni appena esposte, sono infondate e come tali da respingersi, così come già sinteticamente ritenuto in sede cautelare (ord. nr. 105/08), con argomenti che il Collegio può nella odierna sede, richiamare e, ove necessario, meglio precisare.

Di semplice soluzione è la prima eccezione, richiamata sub Ia, in quanto dal frontespizio del ricorso quest'ultimo risulta passato per la notifica il giorno 1 giugno 2007.

L'eccezione è dunque infondata in fatto.

Quanto alla seconda eccezione, rivedendo criticamente quanto ritenuto in sede cautelare, sul punto, va confermato che l'aggiudicazione definitiva necessita di apposito gravame, a pena di improcedibilità del ricorso presentato contro l'aggiudicazione provvisoria (obbligo di impugnare la aggiudicazione definitiva: TAR Catania, I, 14 giugno 2005, nr. 1002; cfr. anche: Consiglio di Stato, V, 11 luglio 2008, 3433; TAR Piemonte, Torino, II, 3 giugno 2008, nr. 1254; Consiglio di Stato, 7 maggio 2008, nr. 2089).

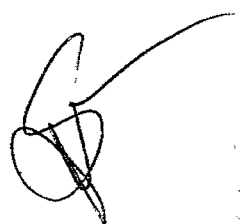
Tuttavia, non si può comunque ritenere tardiva la proposizione dei motivi aggiunti contro di essa.

In primo luogo, l'atto conclusivo del procedimento di gara non è stato comunicato direttamente alla odierna ricorrente ed ad integrarne

la piena conoscenza non è sufficiente che il predetto atto sia stato prodotto agli atti del processo (Consiglio di Stato, IV, 7 settembre 2000, nr. 4725).

Il Tribunale ha confermato tale principio con sentenza nr.545 del 1 aprile 2008, ove è stato affermato che: "Il principio di effettività del diritto difesa, logico corollario della tutela sostanziale che la Costituzione garantisce e tutela, non può ammettere forme di conoscenza "presunta" di un atto lesivo in capo ad un soggetto per il tramite della conoscenza "professionale" che di tale atto riveste il suo procuratore in un giudizio ove il primo agisce o resiste" (cfr. anche: Consiglio Stato, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1332; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 11 luglio 2003, n. 3577; TAR Lazio, Latina, 04 giugno 1998, n. 502).

Nonostante la recente pronuncia in senso contrario resa dal Consiglio di Stato, come richiamata dalla difesa della controinteressata nella memoria depositata il 30 settembre 2008, secondo la quale il deposito di un provvedimento in giudizio implica la sua conoscenza effettiva in capo alla parte ivi costituita (Consiglio di Stato, V, 1 agosto 2007, nr. 4268), il Collegio ritiene di confermare il predetto proprio orientamento, perché le pur pregevoli argomentazioni della menzionata decisione, non permettono di superare l'assunto di partenza e cioè che, a ritenere conosciuto l'atto prodotto in



giudizio da parte della P.A. e non comunicato o notificato direttamente alla parte interessata, i particolari effetti preclusivi derivanti dalla conoscenza dell'atto lesivo, in capo alla parte destinataria di quest'ultimo, si verificherebbero per il tramite di una conoscenza indiretta che collide in maniera stridente con la tutela del diritto di difesa e di azione in giudizio costituzionalmente garantiti.

Pertanto, anche la eccezione esposta sub Ib2 è infondata in diritto e come tale va respinta.

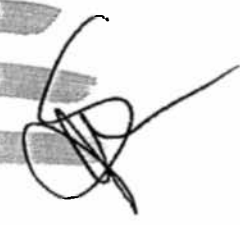
Quanto alle eccezioni esposte sub Ib1 e Ic, si osserva quanto segue.

In sede cautelare, è stato affermato che l'obbligo di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva alla concorrente (che aveva già gravato l'aggiudicazione provvisoria) non è contraddetto dal disposto dell'art. 10 DPRS 14 gennaio 2005 nr. 1 (ai sensi del quale è sancito che il verbale di gara è comunicato ai concorrenti classificatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria), perché tale disposizione è riferita alla fase procedimentale in cui il verbale è ancora non definitivo e, comunque, non esclude l'applicazione dei criteri e dei principi generali in materia di efficacia dei provvedimenti che incidono - limitandole - sulle posizioni dei singoli e che, quindi, necessitano di comunicazione diretta e personale (art. 21 bis l. 241/90).

A miglior precisazione di quanto ritenuto in fase cautelare, e disattendendo il recente precedente che la difesa della controinteressata ha invocato a proprio favore nella memoria del 30 settembre 2008 (TAR Catania, IV, 14 settembre 2007, nr. 1418) va qui osservato come la regola generale secondo la quale il verbale viene comunicato alla prima ed alla seconda in graduatoria solamente, non a tutte le imprese partecipanti alla gara, va temperata con gli obblighi di comunicazione che la trasparenza e la buona fede impongono alla Stazione appaltante, sia per effetto dei principi generali di derivazione nazionale, sia per effetto dei principi comunitari in materia.

L'obbligo di comunicare l'esito dell'aggiudicazione a tutte le imprese è infatti affermato dalla unanime giurisprudenza formatasi in ambito nazionale (Consiglio di Stato, VI, 25 gennaio 2008, nr. 213; TAR Campania, Napoli, I, 11 dicembre 2007, nr. 16101; Cds VI, 2 maggio 2006, nr. 2445; TAR Toscana, Firenze, II, 31 marzo 2006, nr. 1140) che trae tale regola dall'art. 21 bis l. 241/90.

In tema di procedimenti di gara, tale obbligo è stato comunque sancito espressamente dall'art. 24 della l. comunitaria 18 aprile 2005 nr. 62, comma 10, disposizione che è stata abrogata a decorrere dal 1 luglio 2006 per effetto della entrata in vigore del codice dei contratti, al cui






art. 79, comma 5 si prevede: "In ogni caso, l'amministrazione comunica d'ufficio: a) l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione..".

L'art. 79 citato fornisce applicazione all'art. 41 par. 1 della Direttiva 2004/18/CE (e correlativamente all'art. 49, par. 1 della direttiva 2004/17/CE), che prevede un obbligo generale per le amministrazioni di dare comunicazione a tutte le imprese partecipanti alla gara, in merito a ogni decisione assunta riguardo l'aggiudicazione di un appalto, compresa non solo l'aggiudicazione, ma perfino l'eventuale scelta di non aggiudicarne la gara stessa.

Vanno quindi disattese le tesi difensive della controinteressata, secondo le quali non sussisterebbe obbligo per l'Amministrazione di effettuare la comunicazione diretta ed individuale della aggiudicazione, se non alla prima e seconda ditta in graduatoria, per effetto del DPRS 14 gennaio 2005, nr. 1, art. 10 (in termini: CGA, 28 settembre 2007, n. 872).



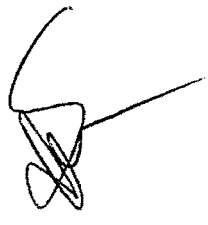
A giudizio del Collegio, stante la pacifica natura di principio di ordine comunitario da riconoscersi alla disposizione di cui al menzionato art. 79 del dlgs 163/06, la disposizione di cui al combinato disposto dell'art. 21 bis l. 109/94 come recepita in Sicilia con L.R. 7/2002, e DPRS 14 gennaio 2005, nr. 1, va disapplicata nella parte in cui non prescrive l'obbligo, per tutte le amministrazioni aggiudicatrici, di comunicare tempestivamente, in maniera diretta ed individuale, ogni informazione relativa all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, a tutte le imprese che vi hanno presentato un'offerta ammessa alla gara, oltre che a quelle che, avendo presentato offerta, questa è stata esclusa, nei termini prescritti dall'art. 79 citato.

Pertanto, l'eccezione di tardività in esame è infondata in diritto e come tale va respinta.

**II)** Va adesso esaminato il ricorso incidentale, che ha natura pregiudiziale rispetto alla domanda principale.

La ricorrente incidentale sostiene che avrebbe dovuto essere esclusa la ricorrente principale per le seguenti ragioni di censura:

**IIa)** Sarebbe mancato il versamento del contributo all'Autorità previsto dal bando a pena di esclusione - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 67 della l. 23.12.2005 nr. 266 e



della delibera autorità di vigilanza lavori pubblici del 26 gennaio 2006 nr. 25.


Tale circostanza è stata oggetto di apposita istruttoria, disposta con ordinanza nr. 530/07, a seguito della quale si è accertato che il versamento è stato effettuato, come da produzione della parte ricorrente in allegato alla memoria del 26 settembre 2007.

Il primo motivo di ricorso incidentale è dunque infondato in fatto.

**IIb)** Non sarebbe stata indicata da parte del Consorzio la regolarità contributiva della coop ITER designata per l'esecuzione dei lavori dalla mandataria Conscoop (si tratta di un requisito di partecipazione di ordine generale che non è cumulabile come quelli di natura economica o organizzativa e che quindi avrebbe dovuto essere comprovato).

La censura è infondata: ai fini del bando era essenziale "dichiarare" la regolarità contributiva, ma non era previsto che tale dichiarazione andasse prodotta con mezzi tipici di prova, come il DURC.

Dalla documentazione di gara, la ITER risulta avere comprovato la propria regolarità contributiva a mezzo di apposita dichiarazione sostitutiva, ammissibile ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, senza che nessuna censura sia stata sollevata in ordine al suo contenuto (dichiarazione, peraltro,



conforme a quanto previsto dal disciplinare di gara al punto 3).

**Il secondo motivo di ricorso incidentale è dunque infondato in diritto.**

**IIc)** Non è stata offerta da parte del Consorzio la documentazione inerente le dichiarazioni di legge per i responsabili tecnici risultanti nel certificato camerale per le lavorazioni di categoria OG11.

Sul punto, la ricorrente incidentale richiama la sentenza del CGA 27 ottobre 2006, nr. 596, secondo la quale, nel caso di responsabili tecnici per lavorazioni specialistiche, ossia quelle ove si richiede la certificazione ex lege 46/90, è necessaria la dichiarazione anche per essi; nel caso di specie il bando prevede anche lavorazioni in OG11 (impianti tecnologici) e quindi avrebbero dovuto produrle.

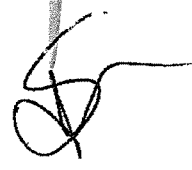
Nonostante che in sede cautelare sia stato inizialmente ritenuto condivisibile tale orientamento del CGA (cfr. ord. nr. 1572/07 pronunciata nel ricorso nr. 1470/07), il Collegio deve rimeditare criticamente l'affermato principio della applicabilità diretta delle disposizioni del citato art. 75 DPR 554/99 alla figura dei responsabili specialistici.

Come infatti recentemente affermato in fattispecie consimili (TAR Palermo, I, 21 gennaio

2008, nr. 81; 14 aprile 2008, nr. 482) la Stazione appaltante avrebbe potuto prevedere nel bando che le dichiarazioni in esame andassero rese anche per i responsabili delle certificazioni ex lege 46/90, ma non avendolo fatto, la mancata presentazione di dette dichiarazioni (che invece sono state regolarmente rese per il direttore tecnico), avrebbe potuto, al più, legittimare la Stazione appaltante ad attivare i propri poteri di integrazione della documentazione prodotta, ma non certo comportare l'esclusione del Consorzio dalla gara.

Tale principio va affermato in relazione al fatto che la disposizione della norma dell'art. 75 DPR 554/99 è chiara nel prevedere la dichiarazione in capo al solo Direttore tecnico, ed in termini di esigibilità e comprensione delle regole che disciplinano la gara ad evidenza pubblica, non si poteva ritenere, secondo buona fede, che la concorrente si potesse rappresentare che, nell'interpretazione della norma in esame, una parte della giurisprudenza la applica anche a figure non espressamente contemplate in essa.

La fattispecie va dunque esaminata alla luce del principio del *favor participationis* secondo cui le clausole dubbie di un bando, laddove non incidano sulla segretezza delle offerte o sulla par condicio dei concorrenti, vanno comunque interpretate a favore dell'ammissione dei concorrenti.



**IIId)** Con la quarta censura del ricorso incidentale, si lamenta la mancanza di dichiarazione art. 30 dlgs 163/2006 per uno dei direttori tecnici e/o legali rappresentanti del Consorzio Ravennate: la dichiarazione, resa in forma congiunta, sarebbe confezionata in maniera tale da non consentire l'individuazione della paternità della dichiarazione medesima, in capo ai soggetti che l'hanno resa.

La censura è manifestamente infondata, atteso che il documento, allegato al ricorso incidentale, risulta sottoscritto con firme apposte in appositi spazi recanti mediante un timbro l'indicazione di colui che sottoscrive ed è corredato dalle copie dei documenti di identità dei dichiaranti e del rispettivo codice fiscale.

**IIe)** Con la quinta censura del ricorso incidentale si espone che sussistono procedimenti e precedenti penali per alcuni rappresentanti della capogruppo mandataria Conscoop e della mandante Consorzio Ravennate non apprezzati dal seggio di gara.

Oppone condivisibilmente la difesa della ricorrente principale (memoria del 26 settembre 2007) che per tutte le fattispecie in esame, meno una (in ordine alla quale si veda oltre), si tratta di reati dichiarati tutti estinti o per i quali vi è stata riabilitazione, e che l'estinzione e la



riabilitazione pronunciate con provvedimento del giudice penale.

Laddove i precedenti penali a carico di rappresentanti della impresa concorrente siano stati dichiarati estinti o sia sopravvenuta la riabilitazione e tali circostanze siano state oggetto di apposita pronuncia del giudice penale, la Stazione appaltante non è tenuta ad effettuare alcun giudizio sulla rilevanza degli stessi ai fini del possesso dei requisiti di idoneità morale delle concorrenti.

A tale proposito, si può richiamare l'insegnamento della giurisprudenza che ha escluso, sensi dell'art. 75 del DPR 554/99, la rilevanza dell'intervenuta estinzione del reato, nonostante essa sia operante *ex lege*, ai fini della possibilità di partecipare alle gare, laddove i presupposti della riabilitazione o della estinzione dei reati non sono accertati con una pronuncia del giudice competente (da ultimo, Consiglio di Stato, V, 27 maggio 2008, nr. 2522).

Nel caso in esame, risulta che i reati a carico dei rappresentanti della ConsCoop sono stati dichiarati estinti con provvedimenti del Tribunale di Forlì (nr. 28/06), del Tribunale di Modica (nr. 9/06) e, per uno di essi, è intervenuta la riabilitazione (Tribunale di Sorveglianza di Bologna n. 374/90).

Tali dati risultano dalle dichiarazioni che sono state prodotte in atti e non c'è contestazione



sulla esistenza dei provvedimenti giudiziali di accertamento della estinzione e di pronuncia della riabilitazione, ragione per la quale il Collegio non ritiene di doverli acquisire agli atti del processo.

Quanto al reato di cui al decreto penale di condanna nr. 928/01 a carico del legale rappresentante del Consorzio Ravennate, emesso per contravvenzione dell'art. 186 del codice della strada, appare manifestamente assente ogni rapporto con l'oggetto del mancato giudizio che, secondo la ricorrente incidentale, la PA avrebbe dovuto effettuare sull'affidabilità professionale e morale delle imprese partecipanti alla gara, essendo necessario, quest'ultimo giudizio, solamente in relazione a reati idonei a manifestare incidenza nei principi deontologici della professione, in relazione al concreto tipo di appalto che la PA intende affidare ed al tipo di condanna e dalle relative modalità di esecuzione del reato (Consiglio di Stato, V, 25.11.2002).

In conclusione, la censura esaminata al presente capo, è infondata e va respinta.

Ad ogni modo, anche se la censura fosse fondata, essa non comporterebbe, in accoglimento del ricorso incidentale, la carenza di interesse della ricorrente alla pronuncia sul proprio gravame: infatti, con le censure esposte nel presente capo di esame del ricorso incidentale, si lamenta che



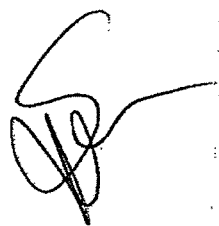


l'operato dell'Amministrazione è viziato nel procedimento, in quanto sarebbe mancato un apprezzamento esplicito e motivato sulla incidenza dei reati in esame sull'oggetto dell'appalto.,Ma da ciò non ne deriverebbe l'esclusione del Consorzio ricorrente, bensì solamente l'obbligo per l'Amministrazione di porre nuovamente in essere gli atti del procedimento di gara volti ad esaminare la rilevanza dei precedenti penali.

Ciò comporterebbe pertanto la perdurante sussistenza dell'interesse del Consorzio alla coltivazione del gravame introduttivo, perché esso mira ad ottenere, previo annullamento degli atti di aggiudicazione, la ripetizione della gara (nell'ambito della quale potrebbe quindi trovare posto anche la riedizione degli atti nella parte viziata per la mancata valutazione dei precedenti penali).

**IIf)** Con l'ultima censura del ricorso incidentale, si lamenta che sussiste nel casellario informatico dei lavori pubblici un provvedimento di esclusione per false dichiarazioni a carico del Consorzio Ravennate e che pertanto il Consorzio avrebbe dovuto essere escluso.

Tale censura è infondata in diritto, perché l'annotazione presso il casellario informatico si riferisce ad una falsa dichiarazione non del Consorzio Ravennate, ma di una distinta cooperativa

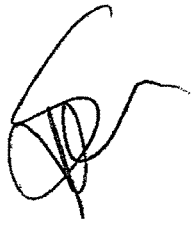


indicata quale consociata ex art. 13 l. 109/94 e per conto della quale il Consorzio ha partecipato ad una precedente gara.

Sul punto, il Collegio condivide il parere dell'Autorità dei Lavori pubblici, prodotto agli atti del giudizio da parte della ricorrente (parere n. 57652 del 28.12.2006), per le seguenti considerazioni.

A norma dell'art. 35 del Dlgs 163/2006, che riproduce senza modifiche la previgente norma di cui all'art. 11 della l. 109/94, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria vanno posseduti dal Consorzio, mentre i requisiti di idoneità morale sono da comprovarsi in capo anche alle singole consorziate che vengono indicate come esecutrici delle opere: ne discende che le interdizioni discendenti dal mancato possesso di tali requisiti, e tra queste anche quelle già disciplinate dall'art. 75 lett. "f" del DPR 554/99, oggi previste all'art. 38 del Codice degli appalti, possono impedire la partecipazione della sola consorziata e non si estendono al Consorzio, dotato di distinta personalità giuridica.

In ogni caso, a diversamente ritenere, la censura non produrrebbe egualmente la carenza di interesse della ricorrente alla coltivazione del gravame, per le medesime considerazioni già espresse sub IIe: anche la sussistenza di una segnalazione nel casellario informatico, infatti, non implica



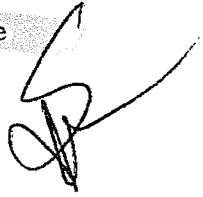
automatica esclusione della ditta interessata dalla gara, ma postula pur sempre una valutazione della P.A. procedente (TAR Marche, Ancona, 12 marzo 2005, nr. 292) che, nel caso di specie, essendo mancata, dovrebbe sempre trovare spazio nella apposita riedizione del potere *in parte qua*.

Il ricorso incidentale è pertanto infondato.

**III)** Il Collegio esamina quindi la domanda introdotta con il ricorso principale e la ritiene fondata, nei limiti dell'annullamento degli atti di gara e senza pregiudizio alcuno delle valutazioni già prima riservate in ordine alla sussistenza della giurisdizione sulla domanda di annullamento del contratto (cfr. *infra* sub IV).

**III.1)** Con l'unica articolata censura proposta con l'odierno gravame, si lamenta la carenza assoluta di motivazione nell'analisi dei prezzi operata dalla apposita sub commissione in relazione alle voci sospettate di anomalie.

In punto di fatto, risulta che la sub commissione, una volta manifestati i rilievi e le perplessità della stazione appaltante su una serie di voci, in particolare quella inerente il costo del trasporto e di smaltimento dei materiali di risulta (per i quali la aggiudicataria ha offerto un ribasso pari ad oltre il 95%), ha ritenuto valide le controdeduzioni offerte al suo esame.




Queste ultime, tuttavia, secondo la ricorrente, non spiegherebbero le ragioni economiche del prezzo, limitandosi ad offrire come elemento di giustificazione l'esistenza di un pre-contratto con la società Comisana Lapedei (identico per tutte le tre imprese controinteressate) con la quale quest'ultima si offre di prelevare gratuitamente i materiali presso il cantiere, trasportarli presso i propri stabilimenti e pagarli 0,40 a metro cubo.

Pertanto, con la censura in esame si lamenta:

a) il difetto di motivazione, perché la Stazione appaltante richiama ai fini della giustificazione solo l'art. 36 del DM 145/2000 recante il capitolato generale che consente alle Amministrazioni (proprietarie dei materiali di risulta) di disciplinarne l'utilizzo, quindi senza che ciò comprenda alcuna ragione logico o giuridica secondo cui il prezzo sarebbe congruo;

b) nell'analisi dei prezzi posta a base di gara, il trasporto di materie provenienti da cave ha un costo medio di 5,12 €/mc per una distanza media di 16 km: da tale costo va detratto il contributo medio che i cementifici riconoscono per il conferimento pari ad euro 1,18/mc espressamente previsto dagli atti di gara; ne deriverebbe che il costo depurato dal valore medio del materiale di risulta sarebbe pari a 3,94 euro/mc; a fronte di ciò, la Comisana Lapedei si offre di acquistare il materiale di



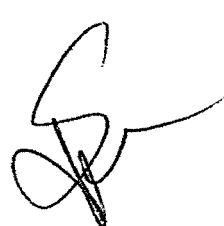
risulta 0,40€/mc, ed a trasportarlo gratuitamente, con un impegno quindi antieconomico o comunque privo di evidente giustificazione.

c) con altri profili della medesima censura la ricorrente si duole che la Comisana Lapidei in pratica ha offerto un servizio di trasporto dei materiali, che è subappalto vero e proprio e quindi avrebbe dovuto essere autorizzato (con le relative certificazioni di legge); inoltre si afferma che la Comisana Lapidei avrebbe dovuto dimostrare dove conferisce i materiali di risulta e quali autorizzazioni abbiano tali siti (propri o di altri).

Replicano le difese dell'amministrazione e delle controinteressate che il giudizio di anomalia condotto dalla Stazione appaltante, in quanto implica valutazioni di merito e di opportunità, ha natura tecnico-discrezionale, e dunque non sarebbe soggetto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, se non nei limiti di palesi errori di fatto, manifesta irrazionalità ovvero evidenti contraddizioni logiche.

Peraltro, ciò che conta, nella fattispecie in esame, è l'esistenza di un contratto con terzi, rispetto al quale, sostanzialmente, la P.A. non può entrare nel merito, contratto che, dunque, giustifica ex se il prezzo offerto.

Infine, si contesta che il contratto di trasporto materiali tra le controinteressate e la



Comisana Lapidei possa integrare i requisiti di un subappalto, in quanto, nella fattispecie, mancherebbe il trasferimento ad un terzo soggetto estraneo all'appaltatore di parti delle opere o dei servizi che quest'ultimo ha assunto nei confronti della P.A. committente.

La controinteressata ATI Paradivi Servizi, inoltre, eccepisce che le censure della ricorrente, pur formalmente rivolte contro il giudizio di anomalia nella sua globalità, sono intese, sostanzialmente, a contestare la sola voce del trasporto dei materiali, senza dimostrare l'effettiva incidenza di quest'ultima nell'economia della offerta globalmente intesa.

La motivazione del giudizio di congruità, comunque, sarebbe sussistente e sufficiente, anche se esposta in maniera sintetica, perché fa riferimento al metodo di analisi ed agli elementi giustificativi offerti dalle imprese: una motivazione particolarmente approfondita si imporrebbe, secondo la controinteressata, solamente laddove la Stazione appaltante intendesse discostarsi dalle giustificazioni offerte, contestandone i contenuti.

In ogni caso, nella motivazione della sub commissione va considerato anche l'apposito parere che quest'ultima ha chiesto al R.U.P. il quale lo ha reso in un incontro avvenuto il 16 marzo 2007, esprimendosi a favore della congruità dell'offerta

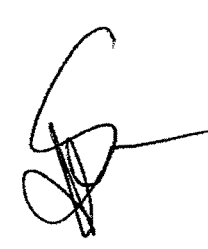


(in quella sede il RUP ha evidenziato che l'art. 36, comma 3, del capitolato Generale del DM n. 145/2000 permette alle Amministrazioni di disciplinare l'utilizzo del materiale che deve essere allontanato dal cantiere).

Per dimostrare la congruità del prezzo di trasporto, la controinteressata ATI Paradivi Servizi ha prodotto in giudizio una nota della propria controparte Comisana Lapidei, datata 27.06.2007, con la quale si comunicano elementi di giudizio sulla sostenibilità dei prezzi offerti nel precontratto utilizzato per la partecipazione alla gara.

**III.2)** Ad avviso del Collegio, dirimente ai fini del decidere, ed assorbente di ogni altra censura, è valutare se la Stazione appaltante, nel giudizio di congruità di una offerta anomala, possa o meno entrare nel merito delle giustificazioni offerte dalle imprese interessate mediante la produzione di contratti con terzi, dai quali derivino in via immediata e diretta, in tutto o in parte, i prezzi componenti l'offerta.

E' evidente che tale valutazione è preliminare, logicamente e giuridicamente, alla distinta questione dei limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione del giudizio di congruità effettuato dalla Stazione appaltante, come pure, nei limiti in cui tale sindacato è possibile, ai contenuti stessi di quest'ultimo.



Nella fattispecie in esame, infatti, il giudizio della sub-commissione si è limitato a rilevare l'esistenza del pre-contratto tra le prime tre classificate e la società Comisana Lapidei, e, sulla base del parere del RUP, a ritenere che tale negozio fosse ammissibile ai sensi del Capitolato Generale.

E' mancato quindi un sindacato sul merito dei prezzi che da tale contratto discendono, sindacato che avrebbe implicato una valutazione della sostenibilità economica e giustificativa del contenuto del negozio, che avrebbe dovuto prendere in esame, ad esempio, proprio quel tipo di chiarimenti che la Comisana Lapidei ha fornito alla propria controparte dopo la conclusione della gara, o altre giustificazioni di simile o analogo contenuto.

Naturalmente, essendo mancato ogni giudizio nel merito di tali circostanze nel procedimento di gara da parte della P.A., nessun rilievo può trovare il tentativo difensivo della controinteressata di promuovere tale tipo di valutazione per la prima volta durante il processo, essendo irrilevante l'integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo, specie poi se effettuata, appunto, nel giudizio tramite l'attività difensiva e non, comunque, tramite l'esercizio provvedimentale dei poteri della P.A. (TAR Catania, I, 11 settembre 2006, nr. 1363/06; cfr. da ultimo, ex plurimis, TAR



Lombardia, Milano, I, 17 giugno 2008, nr. 2062;  
Consiglio di Stato, VI, 29 maggio 2008, nr. 2555).

Ad avviso del Collegio, la Stazione  
appaltante ha errato nel ritenersi preclusa o  
comunque, nel ritenere non necessaria, la piena  
valutazione del merito del negozio stipulato tra le  
odierne contointeressate e la loro controparte  
Comisana Lapidei.

Infatti, il giudizio di congruità degli  
elementi giustificativi di una offerta sospetta di  
anomalia va condotto con riferimento alle ragioni  
sostanziali che permettono l'offerta stessa, e quindi  
con un apprezzamento anche del merito dei negozi o  
contratti con terzi che le imprese allegano a  
sostegno delle proprie previsioni di offerta,  
comprensivo della sostenibilità delle prestazioni che  
i terzi offrono e che, quindi, condizionano  
direttamente l'offerta dei prezzi sospetti di  
anomalia.

In contrario, sarebbe possibile introdurre  
nel procedimento di gara, mediante un meccanismo  
indiretto, un elemento (attinente alla prestazione)  
rilevante e decisivo ai fini dell'aggiudicazione, che  
resterebbe escluso dai rigorosi controlli (di  
legittimità, di verifica della capacità a contrarre e  
di convenienza economica), cui le prestazioni  
dell'appaltatore nei confronti della P.A. committente  
sono soggette; e ciò potrebbe comportare anche



l'elusione concreta delle esigenze di tutela sia della sostenibilità delle commesse pubbliche, che della trasparenza degli appalti.

Di conseguenza, nella fattispecie all'esame del Collegio, si deve ritenere non che il giudizio di anomalia effettuato dalla apposita sub commissione è stato errato, ma che, più radicalmente, è proprio radicalmente mancato, con il che il procedimento di gara è stato irrimediabilmente viziato.

Ne discende, quindi, l'annullamento degli atti di gara e l'obbligo per l'Amministrazione di ripetere il procedimento dalla valutazione di anomalia in poi e fino all'aggiudicazione definitiva.

**IV)** Può a questo punto essere esaminata la domanda di annullamento del contratto medio tempore stipulato tra l'Amministrazione e la controinteressata ATI Paradivi.

La difesa di quest'ultima eccepisce, nella memoria depositata il 30 settembre 2008, che la ricorrente non potrebbe comunque ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, in quanto la domanda di annullamento del contratto è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, A.P. 30 luglio 2008, nr. 9; sez. V, 8 settembre 2008 nr. 4252).

Anche il Collegio ritiene che la giurisdizione sulla domanda di annullamento del contratto per vizi conseguenti alla illegittima



celebrazione della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, appartiene al giudice ordinario, così come affermato sin dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione nr. 27169 del 28 dicembre 2007: invero, il contratto di appalto, seppure preceduto da una fase di evidenza pubblica ove emergono interessi legittimi, resta un atto paritetico, fonte di diritti e di obblighi, quindi di diritti soggettivi. La giurisdizione esclusiva di cui all'art. 6 della l. 205/2000, peraltro, è relativa alle controversie inerenti le "procedure di affidamento", quindi non la sorte dei negozi che da esse traggono origine, restandone comunque distinti (sul punto, cfr. TAR Reggio Calabria, 27.10.2008, nr. 554).

Anche se il Giudice Amministrativo non può conoscere dell'annullamento del contratto, deve comunque osservarsi che, comunque, l'effetto caducatorio del negozio per l'annullamento degli atti di gara si produce ex lege e resta fermo per l'Amministrazione, per l'effetto conformativo del giudicato, l'obbligo di provvedere di conseguenza.

In ogni caso, dalla carenza di giurisdizione in ordine alla domanda di annullamento del contratto, non deriva che la ricorrente non ha interesse all'annullamento degli atti di gara.

Laddove, infatti, in accoglimento del gravame, venga disposto l'annullamento degli atti di

gara per un vizio nella sub procedura di valutazione dell'anomalia, possono derivare due conseguenze.

La prima è che l'Amministrazione, annullata la procedura di gara, la ponga nuovamente in essere con ogni conseguenziale statuizione, non esclusa la possibilità di sostituire il contratto caducato con un nuovo negozio conseguente alla ripetizione della gara.

La seconda è che l'Amministrazione, annullata la procedura di gara, provveda alla riedizione del potere ai soli fini del risarcimento del danno (ad esempio perché i lavori oggetto dell'appalto sono terminati o comunque si trovano in uno stato di avanzamento tale da rendere eccessivamente onerosa la sostituzione dell'appaltatore).

Entrambe le fattispecie appena descritte derivano dall'effetto conformativo del giudicato e, pertanto, le relative controversie possono essere introdotte in sede di ottemperanza.

Non essendo stato chiesto il risarcimento del danno, nel presente giudizio, il tema appena esposto esula dalla pronuncia e quindi lo si è accennato solamente ai fini della dimostrazione della permanente sussistenza dell'interesse alla pronuncia sull'annullamento degli atti di gara.

Per le suesposte considerazioni, va , quindi, dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda di annullamento del contratto di appalto.



Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in euro 3.000,00 oltre IVA, Cpa, spese di notifica e contributo unificato che la parte resistente e controinteressata corrisponderanno ai ricorrenti in solido tra loro.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia  
- Sezione staccata di Catania - Sezione prima:

ACCOGLIE il ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe  
e, per l'effetto, ANNULLA gli atti impugnati.

DICHIARA il difetto di giurisdizione sulla domanda di annullamento del contratto di appalto impugnato con i motivi aggiunti al ricorso in epigrafe.

Condanna le parti resistente e controinteressata, in solido tra loro, alla refusione, in favore dei ricorrenti, delle spese di lite che liquida in euro 3.000, oltre IVA, Cpa, contributo unificato e spese di notifica.

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

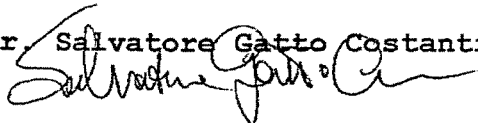
Manda alla Segreteria affinché provveda a dare comunicazione alle parti della presente Sentenza.

Così deciso in Catania, nella Camera di Consiglio del

**9 ottobre 2008**

L'ESTENSORE

Dr. Salvatore Gatto Costantino



IL PRESIDENTE

Dr. Vincenzo Zingales.

*Vincenzo Zingales*

Depositata in Segreteria il 27 NOV. 2008

IL DIRETTORE DELLA 1<sup>a</sup> SEZ.

Prof. Ess. Antonio (A. Zingales)

*Antonio Zingales*