



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 la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1029 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Amato Mario, titolare dell'omonima impresa individuale, rappresentato e difeso, unitamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Benedetta Caruso, Gabriella Caudullo e Giovanna Scalambrieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rosaria Zammataro in Palermo, via G. Serpotta, n. 66;

contro

il Comune di Trapani, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Flavia Coppola, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rosita Marchesano in Palermo, via Principe di Belmonte, n. 93;

nei confronti di

Techno Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti prof. Fabio Francario, Valeria Corbo Femminino e Enrico Zampetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maurizio Liotta in Palermo, via Quintino Sella, n. 77;

per l'annullamento

a) quanto al ricorso introduttivo:

«1) del verbale di gara con cui la Techno Appalti s.r.l. è stata ammessa alla gara indetta per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto "Interventi necessari per l'incremento del carico organico ed idraulico dell'impianto di depurazione al servizio dei Comuni di Trapani, Erice e Paceco finalizzati al raggiungimento della massima potenzialità di 115.850 AB/eq;

2) del verbale di gara del 24 maggio 2010 con il quale la suddetta gara è stata aggiudicata alla Techno Appalti s.r.l.;

3) della nota prot. n. 89328 del 9 giugno 2010 con cui il dirigente del 7° settore ha confermato l'ammissione e la conseguente aggiudicazione alla Techno Appalti s.r.l.;

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

nonché per la dichiarazione

di inefficacia del contratto, ove stipulato

e per la condanna

«al risarcimento dei danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante».

b) quanto ai motivi aggiunti:

della determinazione dirigenziale n. 262 del 12 luglio 2010 di aggiudicazione definitiva, comunicata con nota del 13 luglio 2010 (n. 108934);

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Techno Appalti s.r.l.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trapani;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Techno Appalti s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Vista la memoria di parte ricorrente con cui è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara;

Vista l'ordinanza n. 602 del 6 luglio 2010 con cui è stata fissata l'odierna udienza pubblica;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 19 ottobre 2010 gli Avv.ti B. Caruso e G. Caudullo per la parte ricorrente; gli Avv.ti E. Zampetti e V. Corbo Femminino per la parte controinteressata; l'Avv. F. Coppola per il Comune di Trapani;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso consegnato all'Ufficiale giudiziario per la notifica il 15 giugno 2010 e depositato in pari data, l'Impresa ricorrente ha impugnato - chiedendone l'annullamento, vinte le spese - i provvedimenti in epigrafe specificati con cui la controinteressata Techno Appalti s.r.l. è stata dapprima ammessa e poi dichiarata aggiudicataria della gara avente ad oggetto gli «interventi necessari per l'incremento del carico organico ed idraulico dell'impianto di depurazione al servizio dei Comuni di Trapani, Erice e Paceco, finalizzati al raggiungimento della massima potenzialità di 115.850 ab/eq».

1.1 La ricorrente ha altresì avanzato domanda risarcitoria per l'ipotesi di impossibilità di eseguire i lavori, sia a titolo di danno emergente che di lucro cessante.

2. Il ricorso è affidato a tre motivi di gravame con cui si deducono i seguenti vizi:

- 1) Violazione e falsa applicazione del decreto legge n. 629/82, come convertito nella legge n. 726/82; violazione del bando di gara, punto II delle Avvertenze, violazione del disciplinare di gara, punto 8;
 - 2) Violazione dell'art. 9 del bando di gara; violazione dell'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006; Violazione del d.m. n. 123/2004;
 - 3) Violazione dell'art. 38 del d. lgs. n.163 del 2006; violazione dell'art. 16 del bando di gara nonché del punto 4 del disciplinare.
3. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Trapani che la controinteressata Techno Appalti s.r.l., risultata aggiudicataria.
4. Con ordinanza n. 602 del 6 luglio 2010 è stata fissata l'udienza per la discussione del ricorso nel merito senza concedere la misura cautelare della sospensione, e ciò stante la natura delle prestazioni oggetto di gara.
5. In data 12 luglio 2010 il Comune di Trapani ha aggiudicato la gara in via definitiva alla Techno Appalti, ed il relativo provvedimento è stato impugnato dalla ricorrente con «memoria» datata 20 settembre 2010, consegnata all'Ufficiale giudiziario per la notifica il successivo 22 settembre, con cui è stata, altresì, proposta la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.
6. In prossimità dell'udienza le parti hanno prodotto ulteriori memorie.
7. All'udienza pubblica del 19 ottobre 2010, presenti i procuratori delle parti che hanno insistito nelle rispettive domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.
2. Con il primo motivo l'Impresa Amato Costruzioni deduce l'illegittima ammissione alla gara della controinteressata Techno Appalti s.r.l. poiché la stessa avrebbe prodotto un modello GAP incompleto, in quanto carente del contrassegno nella parte relativa all'indicazione del tipo di impresa: essa sostiene

che l'omissione di siffatto dato e, dunque, l'incompleta compilazione del modello, costituirebbe causa di esclusione dalla gara a prescindere dal fatto che il dato omesso sia ricavabile *aliunde* dalla documentazione di gara.

2.1. Il Comune replica che il modello GAP allegato al bando non prescrive, in tesi, l'indicazione obbligatoria del «tipo di impresa», essendo genericamente richiesto che il modello sia compilato in tutti i suoi campi. Secondo la difesa comunale la comminatoria di esclusione riguarderebbe non già l'incompletezza del contenuto dichiarativo del GAP quanto l'ipotesi, unica e qui non ricorrente, della mancata produzione del predetto modello.

2.2. La controinteressata afferma che il bando non conterrebbe alcuna causa di esclusione fondata sulla mancata produzione del GAP, né alcun contrassegno con asterisco nella voce «tipo d'impresa», ciò che renderebbe la compilazione di tale parte non obbligatoria, avendo peraltro la medesima impresa più volte indicato, in seno alla documentazione di gara, di partecipare quale «impresa singola».

Essa, a sostegno della propria tesi, fa riferimento alla sentenza di questo Tribunale n. 2807/2010, qui condivisa, ma la stessa è relativa ad un caso nel quale né il bando, né il disciplinare di gara e nemmeno i modelli allegati alla *lex specialis*, contenevano, effettivamente, alcuna previsione in ordine alla produzione del modello GAP.

Sul punto, va osservato che la mancata impugnativa del bando in via incidentale da parte controinteressata, non consente, qui, di prendere posizione sulla questione di diritto se possa continuarsi a ritenere astrattamente legittima o meno una previsione di bando che imponga la produzione del GAP.

2.3. Il motivo è fondato.

Preliminarmente ed in punto di fatto, va rilevato che:

- il modello GAP allegato al bando di gara non lega l'obbligatorietà della compilazione di parti dello stesso alla presenza di un asterisco sulle singole voci,

quanto invece l'obbligatoria previsione della compilazione di tutto il modello («testualmente: N.B. 1 Il modulo dovrà essere compilato in tutti i campi in stampatello e con penna nera o blu»);

- il punto 8 del disciplinare stabilisce l'obbligatoria produzione del «modello Gap, allegato al presente bando, sottoscritto e debitamente compilato nella parte «Impresa/Ditta partecipante»» e ciò «a pena di esclusione» (pag. 13, quart'ultimo rigo del disciplinare; analoga previsione è contenuta al punto 16, lett. II del bando);

- il modello prodotto - e sottoscritto - dalla controinteressata reca l'asterisco (cui lo specifico medesimo modello lega l'obbligatorietà della compilazione delle relative voci) anche con riferimento alla voce «tipo d'impresa», la quale, come detto, non è contrassegnata in nessuna delle tre opzioni offerte («singola», «consorzio», «raggr. temporaneo imprese»).

Va osservato che la tesi dell'Amministrazione secondo cui la mancata previsione degli asterischi in seno al modello allegato al bando non obbligherebbe alla compilazione delle relative parti, sembra contrastare con l'obbligo stesso, fissato dal bando e dal disciplinare, di compilare il modello medesimo, posto che l'assenza di asterischi nello schema allegato riguarda non già singole parti di esso ma l'intero documento.

Al contrario, ad avviso del Collegio, la mancata compilazione della voce «tipo d'impresa» va ritenuta dar luogo ad una causa di esclusione dalla gara non foss'altro che per la sussistenza di un espresso e specifico obbligo, sancito dalla lex specialis, di «debita» compilazione della parte «Impresa/Ditta partecipante», sotto la quale è inserita la voce «tipo d'impresa» qui non compilata, e ciò a prescindere - proprio per quanto espressamente previsto dalla legge di gara - dalla sussistenza o meno di asterischi ovvero dalla circostanza che le richieste notizie siano ricavabili aliunde.

Sotto tale ultimo profilo, invero, quasi ogni indicazione richiesta dal GAP, è evincibile dalla documentazione prodotta dall'impresa; ma, a seguire questa esegesi, la stessa presentazione del modello GAP, una volta prevista dal bando a pena di esclusione e con le specificazioni sulla relativa compilazione soprarichiamate, risulterebbe inutile, vanificandosene la sua funzione di consentire agli organi preposti un immediata verifica delle qualità soggettive delle imprese partecipanti, in chiave antimafia.

3. Con il secondo motivo la ricorrente deduce l'illegittima ammissione della controinteressata alla gara poiché la stessa avrebbe prodotto una polizza fideiussoria priva della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, codice civile, «indicazione richiesta, invece, a pena di esclusione dal bando e dall'art. 75, comma 4 del Codice dei contratti».

La censura non merita adesione.

Sul punto va osservato che la disposizione del bando sulla prestazione della garanzia provvisoria richiama, in via del tutto corretta, la disciplina legislativa regionale (art. 30 della l. n. 109 del 1994, nel testo di cui alla l.r. n. 7 del 2002 e successive modificazioni) ai sensi della quale la medesima garanzia avrebbe dovuto essere prestata; la produzione di un documento fideiussorio ai sensi della disciplina statale (art. 75 d. lgs. n. 163 del 2006) è, invero, data quale ulteriore possibilità purché la stessa contenga «tutte le clausole previste nello stesso articolo» (punto 9, pag. 4 bando).

Ed infatti, la linea argomentativa della ricorrente sembra non tener conto della sostanziale differenza tra la disciplina regionale e quella statale in relazione alla fattispecie, consistente proprio nella circostanza che la legge regionale non prevede l'obbligatorietà - come accade in sede statale - dell'invocata rinuncia di cui all'art. 1957, comma 2 del codice civile, limitandosi, sul punto, a stabilire - con il comma 2 bis del richiamato art. 30, corrispondente al comma 4 dell'art. 75 d. lgs. n. 163 del

2006 – che «la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa di cui ai commi 1 e 2 prevedono espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante[...]».

In definitiva, la incontestata conformità della garanzia alla previsione legislativa regionale, e la circostanza, tutt'altro che secondaria, che, comunque, l'allegato «AG» alla polizza richiami il predetto art. 75 del Codice dei contratti pubblici, rendono il motivo infondato.

4. Infondata è la terza ed ultima censura, con la quale si revoca in dubbio la idoneità della dichiarazione resa dalla controinteressata sul possesso dei requisiti dell'Impresa, poiché la stessa reca la data di sottoscrizione del 20 gennaio 2009.

In realtà, come del tutto condivisibilmente nota la difesa dell'Amministrazione con l'ultima memoria depositata in prossimità dell'udienza non può che ritenersi – l'indicazione di tale data - quale effetto di un mero errore materiale, posto che la medesima dichiarazione reca il richiamo a disposizioni legislative successive alla data ivi indicata, ciò che fa propendere per la fondatezza dell'assunto. Detto errore, dunque, non avrebbe potuto condurre all'invocata esclusione della controinteressata dalla gara quanto, invece, ad un caso di regolarizzazione da disporsi, eventualmente, a cura dell'Amministrazione.

Per tali ragioni la doglianza va ritenuta infondata.

5. Per le suesposte considerazioni il ricorso, in ragione della fondatezza del primo motivo, va accolto con conseguente annullamento, in parte qua, dei provvedimenti impugnati, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato con la memoria notificata alle parti e depositata il 28 settembre 2010.

6. Quanto alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto sulla stessa non è luogo a statuizione stante la dichiarazione circa la non intervenuta stipulazione dello stesso, resa in udienza da parte del difensore del Comune di Trapani.

7. Le spese seguono la regola della soccombenza di cui all'art 26 c.p.a. e sono liquidate come da dispositivo.

8. Da ultimo, il Collegio dispone la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trapani, ai sensi dell'art. 361 c.p., alla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana ed all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Roma, per le valutazioni di competenza, in relazione all'avvenuta presentazione - da parte di tutte le imprese partecipanti alla gara - del medesimo ribasso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la controinteressata Techno Appalti s.r.l. ed il Comune di Trapani, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in solido tra loro e per metà ciascuno, al pagamento delle spese processuali e degli onorari di causa in favore dell'Impresa ricorrente che liquida in complessivi € 5.000,00 (euro cinquemila e zero centesimi) oltre IVA e CPA come per legge, oltre la rifusione dell'importo del contributo unificato.

Dispone la trasmissione, a cura della Segreteria della Sezione, di copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trapani, alla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana ed all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

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

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO