

REPUBBLICA ITALIANA

N. 8/05 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 883 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente ANNO 2004

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 883/2004, proposto da

MICO-COSTRUZIONI S.r.l.,

in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò D'Alessandro, domiciliato per legge presso la segreteria di questo C.G.A.;

c o n t r o

L'AZIENDA AUTONOMA DI SOGGIORNO E TURISMO DI ENNA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

SANFRATELLO COSTRUZIONI s.r.l. in proprio e quale capogruppo e mandataria della costituenda ATI con la NOVA s.r.l., quest'ultima anche in proprio, rappresentate e difese dall'avv. Fabio Valguarnera ed elettivamente domiciliate in Palermo, via G.P. Bertolino, 2 presso lo studio dello stesso;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – sezione staccata di Catania (sez. III) - n. 1301/04 del 13 maggio 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv. F. Valguarnera

per le ditte Sanfratello Costruzioni s.r.l. e Nova s.r.l. in proprio e n.q.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24 novembre 2004 il consigliere Raffaele Maria De Lipsis, e uditi altresì l'avv. N. D'Alessandro per l'appellante e l'avv. F. Valguarnera per le ditte Sanfratello Costruzioni s.r.l. e Nova s.r.l. in proprio e n.q.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

#### F A T T O

Con sentenza n. 1301/2004 del 13 maggio 2004 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sez. terza, ha respinto il ricorso proposto dalla MICO Costruzioni S.r.l. avverso il verbale di aggiudicazione del 18 dicembre 2003, con il quale la controinteressata costituenda A.T.I. Sanfratello Costruzioni S.r.l. e Nova s.r.l. era stata dichiarata aggiudicataria dell'appalto relativo ai lavori di "valorizzazione del Castello di Lombardia tramite illuminazione artistica delle mura e delle emergenze architettoniche", bandito dall'Azienda Autonoma Soggiorno e Turismo di Enna, per un importo a base d'asta di Euro 197.771.71.

Appella la predetta decisione, con richiesta di sospensiva, la soccombente società, deducendone la erroneità.

Il gravame è affidato alle censure già articolate in primo grado ed ulteriormente sviluppate in questa sede e cioè:

- 1) Violazione e falsa applicazione del punto 9 del bando di gara.

L'A.T.I. controinteressata avrebbe presentato una polizza fideiussoria, rilasciata dalla "Liguria Assicurazioni", del tutto insufficiente ad assolvere all'onere previsto al riguardo dal bando di gara, il quale, sul punto, prescriveva che l'offerta avrebbe dovuto essere corredata da cauzione pari al 2%, costituita o mediante versamento in contanti in tesoreria, ovvero da fideiussione bancaria.

Né la presentazione della citata polizza fideiussoria difforme dalle previsioni del bando - contrariamente a quanto affermato dai primi giudici nella gravata sentenza - avrebbe potuto essere giustificata con il richiamo alla l. r. 19 maggio 2003, n. 7, in quanto il bando di gara, che costituisce *lex specialis* della gara medesima, conteneva una chiara prescrizione derogatoria della citata normativa.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, lettera c) del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, come modificato dal D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412.

Il legale rappresentante della società Sanfratello Costruzioni S.r.l. (trasformatasi da società in nome collettivo in società a responsabilità limitata in data 6 marzo 2001) non avrebbe assolto all'onere di documentazione relativo alla moralità professionale degli amministratori, non avendo dichiarato i requisiti soggettivi del signor Nobile Pietro, socio della predetta società dal 12 giugno 1999, così contravvenendo alla prescrizione del menzionato art. 75, il quale, invece, nello stabilire che non possono partecipare alla gara i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna per reati che incidano sulla affidabilità morale e professionale, ancorché tali

soggetti siano cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, impone un preciso onere di documentazione sufficiente a dare contezza del pieno possesso dei predetti requisiti.

3) Violazione del disciplinare di gara sotto altro profilo, non avendo l'A.T.I. aggiudicataria specificato se il ribasso offerto riguardava solo l'importo soggetto a sconto ovvero anche i c.d. oneri per la sicurezza.

Resisteva all'appello la costituenda A.T.I. Sanfratello Costruzioni s.r.l. e Nova s.r.l., che insisteva per la reiezione del gravame.

La resistente A.T.I. proponeva, altresì, appello incidentale condizionato avverso il capo della sentenza che aveva ritenuto assorbito il ricorso incidentale dalla medesima presentato in primo grado (ricorso avverso il bando di gara, ove interpretato nel senso della esclusione della facoltà di cui all'art. 30, comma 1 bis, ultima parte, della l. 109/94, nel testo recepito in Sicilia dalla l. r. n. 7/2002).

Nella camera di consiglio del 2 settembre 2004 questo Consiglio di Giustizia, con ordinanza n. 744/04, ha accolto la domanda cautelare, ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito.

#### DIRITTO

1) Come diffusamente evidenziato in narrativa, i profili dell'appalto, oggetto del presente contenzioso (concernente l'affidamento di lavori di valorizzazione del Castello di Lombardia sito in Enna), affidati all'esame del Collegio, riguardano, in sostanza, i seguenti due punti:

a) l'equipollenza o meno della fideiussione bancaria e della polizza

fideiussoria emessa da società assicurativa, ai fini della validità della cauzione dovuta dal partecipante ad una gara d'appalto di opere pubbliche, pur in presenza di espresso riferimento nel bando di gara ad una sola delle predette modalità di utilizzazione;

b) la corretta applicazione dell'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, con riferimento all'onere di documentazione del requisito soggettivo relativo alla affidabilità morale e professionale degli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

2) Con il primo motivo di gravame assume l'appellante che – contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici nell'impugnata decisione - l'A.T.I. controinteressata, affidataria dell'appalto *de quo*, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere presentato, in violazione di una specifica prescrizione del bando di gara relativa alla cauzione provvisoria, una polizza fideiussoria rilasciata dalla "Liguria Assicurazioni", del tutto insufficiente ad assolvere all'onere previsto al riguardo dal punto 9 del bando di gara, il quale, invece, prescriveva che l'offerta avrebbe dovuto essere corredata da una cauzione pari al 2%, costituita o mediante versamento in contanti in tesoreria, ovvero da fideiussione bancaria.

L'assunto non può essere condiviso.

In linea generale, osserva innanzi tutto il Collegio che, nell'assetto normativo attuale, il particolare regime soggettivo degli istituti di credito e di quelli assicurativi consente di poter riporre analoga affidabilità nelle polizze fideiussorie dai medesimi sottoscritte

(e ciò a differenza dell'analogo documento rilasciato dall'istituto di intermediazione finanziaria, che riveste, invece, una posizione diversa da quella delle banche e dalle assicurazioni). Questo induce a ritenere che, nell'ordinamento, esiste una completa assimilazione - ai fini delle cauzioni da prestare nelle gare per l'affidamento della esecuzione di lavori pubblici - tra i due tipi di fideiussioni in esame; con l'ulteriore conseguenza di potere interpretare l'eventuale richiamo ad una delle due citate modalità di prestazione della cauzione, stabilito nel bando di gara, come non preclusivo della possibilità di prestare la cauzione richiesta anche mediante l'altra forma non espressamente contemplata.

Infatti, l'art. 30, comma 1, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo recepito in Sicilia dalla l.r. 2 agosto 2002, n. 7, contempla tale evenienza, ammettendo la possibilità che la cauzione sia prestata anche da una compagnia di assicurazione.

Tale normativa primaria, poi - operativa anche in carenza di esplicito riferimento nel bando di gara, in quanto ampliativa della partecipazione dei concorrenti alle gare d'appalto - può essere derogata in sede di bando o capitolato, però l'espressa esclusione di uno dei due tipi delle citate garanzie deve essere motivata ed, inoltre, la violazione di siffatta prescrizione deve essere sancita a pena di esclusione.

Nella fattispecie in esame, il bando di gara non escludeva espressamente la prestazione della cauzione provvisoria tramite polizza fideiussoria, il che ha indotto l'impresa odierna appellata a ritenere del tutto legittima la prestazione della cauzione nella forma

alternativa, correttamente interpretando la normativa primaria.

Inoltre - circostanza questa ben più rilevante - nel bando non era contemplata alcuna comminatoria di esclusione per l'ipotesi di inosservanza della menzionata previsione relativa al tipo di fideiussione da presentare e ciò rafforza la convinzione che, nel caso, il richiamo alla specifica modalità di prestazione della cauzione non fosse indicativo di una inderogabile regola.

Pertanto, l'esaminato motivo, è infondato.

La predetta conclusione esime il Collegio dall'esaminare l'appello incidentale, proposto dall'odierna A.T.I. resistente, avverso il capo della sentenza che ha ritenuto assorbito il ricorso incidentale contro il bando di gara, ove interpretato nel senso della esclusione della facoltà di cui al citato art. 30, comma 1, della l. 109/94.

3) Con il secondo motivo d'appello l'impresa ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, lettera c) del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, come modificato dal D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412.

In sostanza, l'interessata sostiene che - in violazione della citata normativa - il legale rappresentante della Sanfratello Costruzioni S.r.l. (trasformatasi da società in nome collettivo in società a responsabilità limitata due anni e dieci mesi prima della partecipazione alla gara *de qua*) non avrebbe documentato il possesso del requisito soggettivo relativo alla affidabilità morale e professionale degli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, con riferimento al signor Nobili Pietro, che era stato socio

della menzionata società prima della trasformazione della medesima da società di persone in società a responsabilità limitata.

Il motivo è fondato e merita accoglimento.

Sul punto, i primi giudici hanno ritenuto la su esposta doglianza priva di pregio, affermando che “nel disciplinare di gara ..... l’Amministrazione appaltante si è limitata a richiedere la produzione di una dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente o un suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità, dichiara, indicandole specificamente, di non trovarsi nelle condizioni previste nell’art. 75, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h) del D.P.R. n. 554/ 99 e successive modificazioni”, nulla prevedendo per l’ulteriore ipotesi di società in nome collettivo; con la conseguenza che la dichiarazione resa dall’amministratore unico della Sanfratello sarebbe da considerarsi conforme alle prescrizioni del bando di gara.

Tale conclusione, che interpreta in senso restrittivo il menzionato termine “concorrente” contenuto nel disciplinare di gara (da intendersi limitato, quindi, ai soli soggetti partecipanti alla gara, senza estendersi anche a tutti i soci di una società in nome collettivo), non può trovare consenso.

Osserva, innanzi tutto, il Collegio che i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti (e le connesse cause di esclusione) di cui all’art. 75, lett. c) del richiamato D.P.R. n. 554/99 non appaiono derogabili, in quanto contenuti in una norma di ordine pubblico.

Orbene, la calendata norma testualmente prevede che sono

esclusi dalle procedure *de quibus* e, quindi, non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di avere adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente rilevante....".

Ciò posto, non può revocarsi in dubbio che, ai sensi della citata disposizione normativa, l'onere di documentazione delle certificazioni penali afferenti il requisito soggettivo della affidabilità morale e professionale degli amministratori deve riguardare tutti i soggetti - amministratori e direttori tecnici delle società partecipanti a gare per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica amministrazione - in carica o cessati, che nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione del bando, abbiano rivestito gli incarichi previsti nella citata norma. Con la conseguenza che, nell'ipotesi di partecipazione alla gara di una società in nome collettivo, l'assenza di sentenze di condanna deve

sussistere nei confronti di tutti i soci nel triennio previsto dalla norma.

Nel caso di specie, poiché la società Sanfratello Costruzioni si è trasformata da società in nome collettivo in società a responsabilità limitata il 6 marzo 2001, cioè da meno di tre anni dalla data della effettuazione della gara, è evidente che la medesima avrebbe dovuto dichiarare (e comprovare) il possesso del requisito soggettivo relativo alla affidabilità morale e professionale degli amministratori cessati dalla carica nell'arco dell'intero triennio di riferimento.

4) Alla luce delle su esposte conclusioni l'appello principale va accolto, con assorbimento della terza censura ivi prospettata; per l'effetto, va annullata l'impugnata decisione.

L'appello incidentale, inteso a paralizzare il motivo del gravame principale ritenuto dal Collegio infondato, va dichiarato improcedibile.

Sussistono, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese per entrambi i gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della impugnata decisione, accoglie il ricorso originario e annulla la aggiudicazione originariamente impugnata.

Compensa integralmente tra le parti le spese per entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità

amministrativa.

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella camera di consiglio del 24 novembre 2004, con l'intervento dei signori: Giuseppe Barbagallo, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Raffaele Maria De Lipsis, estensore, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, componenti.

F.to: Giuseppe Barbagallo, Presidente

F.to: Raffaele Maria De Lipsis, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 21 gennaio 2005