



REPUBBLICA ITALIANA

N. 958/08 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 753 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia- ANNO 2007

na in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 753/07 proposto da

C. P. COSTRUZIONI POZZOBON s.p.a.,

corrente in Acireale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Aliquò, elettivamente domiciliata in Palermo, via Giusti n. 45, presso lo studio dell'avv. Salvatore Pensabene Lioni;

appellante e appellata incidentale

c o n t r o

il **COMUNE DI NICOLOSI**, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Buscemi, elettivamente domiciliato in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio Al-lotta;

appellato ed appellante incidentale

e nei confronti di

CONSORZIO AEDARS società consortile a r.l., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Tullio Elefante e Giovanni Sellitto, elettivamente domiciliata in Palermo, via Cordova n. 76, presso la Segreteria del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana in sede giu-

risdizionale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. IV) - n. 490 del 7 marzo 21 marzo 2007.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avvocato S. Buscemi per il Comune di Nicolosi e degli avvocati T. Elefante e G. Sellitto per la soc. consortile a r.l. Consorzio Aedars;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Claudio Zucchelli;

Uditi alla pubblica udienza del 20 febbraio 2008 l'avvocato S. Pensabene Lioni, su delega dell'avv. G. Aliquò, per la società appellante, l'avv. G. Nastasi, su delega dell'avv. S. Buscemi, per il comune appellato e l'avv. C. Santuccio, su delega degli avv.ti T. Elefante e G. Sellitto, per la società consortile controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Il Comune di Nicolosi ha bandito una gara per l'affidamento a pubblico incanto di lavori per la costruzione di capannoni artigianali per opifici nell'area artigianale.

Espletate le operazioni di gara, il Comune di Nicolosi invitava l'UREGA di Catania a rivedere la procedura, poiché aveva proceduto all'arrotondamento della media risultante dalle offerte.

Riaperta la procedura, l'UREGA, in espressa adesione alla giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, teneva in conto la cifra di ribasso e non la somma derivante dalla medesima. Individuata la media di ribasso senza arrotondamenti nel 7,3196%, aggiudicava la gara al Consorzio Stabile AEDAR s.c. a r.l. (Consorzio) con un ribasso del 7,319%.

La C. P. Costruzioni Pozzobon s.p.a. (Pozzobon) con nota del 20 novembre 2006 esponeva che la Commissione aveva indebitamente escluso la ATI Almeida s.p.a. ed illegittimamente ammesso la ATI Comer s.p.a. e l'impresa ICOGEN s.r.l. così incidendo illegittimamente sulla media di ribasso.

Poiché l'aggiudicazione non era modificata, la Pozzobon adiva il TAR di Palermo avverso:

- I verbali di gara;
- L'aggiudicazione definitiva;
- Il bando di gara;
- L'esclusione dell'ATI Almeida La metallurgica;
- L'ammissione dell'ATI Comer e della ICOGEN

lamentando:

1. Illegittimità della esclusione della Almeida (ai fini del ricalcolo) perché la dichiarazione ex art. 75 era corretta;
2. Illegittima l'ammissione di ICOGEN per la mancata dichiarazione dei mezzi propri anche in assenza di dichiarazione sui noli a freddo. Il bando, infatti, prevedeva la dichiarazione a pena di esclusione e ciò prevale sulla norma regionale la quale, in mancanza di di-

chiarazione, commina la non autorizzazione per i noli a freddo.

3. Illegittima l'ammissione della ATI COMER per certificazione DURC irregolare e per la mancanza dell'elenco dei mezzi propri, come per la ICOGEN.

Il Comune non si costituiva.

Si costituiva in giudizio il controinteressato Consorzio resistendo e proponendo ricorso incidentale nel quale lamentava:

1. Illegittimità dell'esclusione della ATI Repin s.r.l. - Ponteggi Tubolari s.p.a. (Repin) per mancanza della dichiarazione ex art. 3 del disciplinare (impegno a comunicare lo stato di avanzamento dei lavori e notizie sui su appalti ed i noli) non sottoscritta da tutte le imprese della costituenda ATI. Infatti, la dichiarazione era stata sottoscritta dal rappresentante della Repin, mandataria, e ciò doveva considerarsi sufficiente atteso che non vi è norma di capitolato che espressamente commini l'esclusione per tale motivo.

Replicava la ricorrente principale sostenendo:

- Tardivo perché notificato il 20 febbraio a fronte del ricorso principale notificato il 2 gennaio.
- Corretta l'esclusione della Ponteggi perché l'articolo 3 bis del capitolato richiede la sottoscrizione di tutte le imprese partecipanti all'ATI costituenda.

Con la sentenza di cui in epigrafe il TAR respingeva il ricorso osservando:

1. è corretta l'esclusione dell'ATI Almeida s.p.a. La Metallurgica perché non ha esplicitato le dichiarazioni ex art. 75 che erano richie-

ste, tutte, a pena di esclusione;

2. il rigetto di anche solo uno dei motivi di ricorso determina l'improcedibilità nel resto, atteso che per la variazione della media utile alla ricorrente tutti i motivi di ricorso avrebbero dovuto essere accolti;

3. Ritenuti assorbiti le restanti censure ed il ricorso incidentale.

Avverso la detta sentenza propone appello la Pozzobon lamentando:

1. La dichiarazione ex articolo 75 presentata dalla Almeida deve essere giudicata sotto un profilo sostanziale e non meramente formale risultando così perfettamente regolare.

2. Ripropone quindi i motivi di primo grado.

3. Propone motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva nel frattempo intervenuta.

Si costituisce in giudizio il Comune eccependo:

1. Improcedibilità dell'appello per carenza di interesse non essendo stata impugnata l'aggiudicazione definitiva intervenuta dopo la decisione di primo grado.

Nel merito:

2. Il disciplinare chiedeva di indicare specificatamente tutte le condizioni dell'articolo 75 e non indicarle con le sole lettere, pertanto la dichiarazione della Almeida è irregolare.

3. La dichiarazione sui mezzi propri serve solo a chi li possiede, chi non li possiede non deve fare dichiarazione negativa. Quindi la mancanza della dichiarazione da parte della ICOGEN e della ATI

COMER non sono ostative alla ammissione.

4. Il DURC della ATI COMER era regolare perché il debito contributivo è irrisorio e non definitivamente accertato.

Si costituisce in giudizio il controinteressato Consorzio eccetto:

1. Irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva. Consegnato per la notifica il 24 settembre, mentre il termine scadeva il 22 computandolo dal settimo giorno successivo alla pubblicazione del verbale senza rilievi (cfr. C.G.A. 28 settembre 2007 n. 872).

2. Inammissibili comunque i motivi aggiunti contro la definitiva perché presentati in appello e quindi costituenti domanda nuova.

3. Giudicato interno sulla pronuncia del TAR circa la necessità che tutti i motivi di ricorso siano accolti, con l'inclusione della Almeida e l'esclusione delle altre due perché solo così si modifica la media.

4. La dichiarazione ex articolo 75 doveva essere presa per tutti i requisiti ed il bando lo prescriveva a pena di esclusione.

5. Non era imposta una dichiarazione negativa per il possesso dei mezzi e quindi la ICOGEN non dichiarando nulla non ha violato alcuna norma a pena di esclusione.

6. Le irregolarità contributive della COMER sono irrisorie e comunque non definitivamente accertate come richiede la Corte di Giustizia e la giurisprudenza amministrativa.

Propone appello incidentale lamentando, come già in primo grado con motivo assorbito dal TAR, l'illegittima esclusione della

ATI Repin s.r.l. – Ponteggi tubolari s.p.a..

7. La dichiarazione ex articolo 3 è stata resa dalla impresa indicata come capogruppo.
8. La dichiarazione è necessaria solo nella fase esecutiva del contratto.
9. Non è richiesta a pena di esclusione né dal bando né dal disciplinare.

D I R I T T O

Si può prescindere dalle diverse questioni di inammissibilità o irricevibilità o improcedibilità dell'appello, attesa la sua evidente infondatezza.

Si premette che per ottenere il ricalcolo della media a suo favore, la Pozzobon deve raggiungere lo scopo, contemporaneamente, di far ammettere la Almeida e di far escludere la ATI Comer e la Icogen. Solo l'aggiunta della offerta dell'una e l'eliminazione delle offerte delle altre, è in grado, matematicamente, di variare la media per l'aggiudicazione alla ricorrente.

Orbene, il primo motivo di ricorso, che corrisponde al primo motivo di appello, tendente a difendere la presenza nella gara della ATI Almeida, sono infondati.

L'articolo 1 (Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte) al punto 3a) del disciplinare di gara, in relazione ai requisiti soggettivi di cui all'articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999, richiede un'espressa dichiarazione per ciascuno dei requisiti di cui all'articolo 75, riportati partitamente dal disciplinare ed elencati nelle

lettere da a1) ad a8) del punto suddetto.

La dichiarazione è indicata come obbligatoria a pena di esclusione.

La Almeida ha, viceversa, presentato una dichiarazione in cui ha raccolto tutte le ipotesi in questione e le ha escluse, non espressamente una ad una con separata dichiarazione, ma nel loro insieme.

Concorda il Consiglio nel ritenere che una siffatta richiesta da parte del capitolato assuma un valore più formale che sostanziale, ma non ritiene sussistano motivi per discostarsi dalla sentenza del TAR.

In effetti, le clausole dei bandi o dei capitolati devono essere considerate illegittime le volte in cui richiedano ai concorrenti l'esecuzione di adempimenti illogici, irrazionali o eccessivamente gravosi. Il mero formalismo, quando non assume a tali difetti, non può essere considerato sintomo di un eccesso di potere, ma semmai eccesso di scrupolo. Il Legislatore, infatti, non si limita a richiedere che il concorrente sia in possesso di quei requisiti soggettivi, ma chiede anche che egli lo dichiari espressamente, assumendosi oltre alla responsabilità amministrativa della esclusione ed a quella civile conseguente, anche quella penale per mendacio.

Orbene, sotto un profilo sostanziale (nel senso del possesso o meno del requisito) una dichiarazione che enumeri tutte le circostanze da escludere o più dichiarazioni che ne contemplino, ciascuna, una sola, hanno il medesimo contenuto. Sotto un profilo di rispetto della forma a fini di responsabilità, invece, esse si presentano in maniera diversa. Ove, nel bando, manchi una richiesta partitamente enumerata,

può essere ammissibile un unico documento contenente tutte le ipotesi conglobate, ma ove il bando o il capitolato richieda separate dichiarazioni si deve ritenere che intenda sottolineare, con la forma solenne, la rilevanza delle dichiarazioni stesse e sollecitare l'attenzione del concorrente sulla responsabilità che si assume con ciascuna di esse.

Si tratta, quindi, pur sempre di una richiesta formale, ma non formalistica. Formalistica è, infatti, quella richiesta che, a prescindere da differenze nei risultati, impone forme inutili, e quindi, in tal caso, inutilmente aggravanti l'iter. Formale è invece una richiesta che, a prescindere dal contenuto, intende far assumere a questo una forma particolare che richiami l'attenzione o introduca specifiche, separate e multiple responsabilità, nel caso legate alle singole e multiple dichiarazioni.

In conclusione, l'esclusione della ATI Almeida appare legittima, e pertanto la conferma di ciò, non introducendo l'offerta della medesima nel ricalcolo della media, operazione matematica che è necessaria, anche se non sufficiente, per raggiungere il risultato atteso, conduce alla infondatezza del ricorso di primo grado e dell'appello.

Non si tratta di una pronuncia di improcedibilità per carenza di interesse, ma di vera e propria infondatezza. Infatti, è il rigetto della pretesa che priva di interesse l'ulteriore corso del giudizio, e dunque deve essere sancito con una pronuncia nel merito, mentre l'improcedibilità per carenza di interesse dipende da una circostanza estrinseca che impedisce, in radice, la nascita stessa dell'interesse giuridico astrattamente pretendibile.

Ogni altra questione rimane, pertanto, assorbita.

L'appello, quindi, deve essere respinto.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari del grado del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese, competenze ed onorari del grado del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nelle camera di consiglio del 20 febbraio e del 3 aprile 2008, con l'intervento dei signori: Pier Giorgio Trovato, Presidente, Claudio Zucchelli, estensore, Ermanno de Francisco, Filippo Salvia, Pietro Ciani, Componenti.

F.to: Pier Giorgio Trovato, Presidente

F.to: Claudio Zucchelli, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 9 dicembre 2008