

N. 01769/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01166/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1166 del 2016, proposto da:

-OMISSIS-rappresentata e difesa dall'avvocato Emilio Amoroso C.F. MRSMLE71R01A089T, con domicilio eletto presso l'avv. Liborio Gambino in Palermo, via Terrasanta N. 6;

contro

Comune di Gratteri in Persona del Sindaco P.T., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Ciulla C.F. CLLNDR81R22G273N, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello N.40;

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvoc. Distrett. Stato Palermo, e presso la stessa domiciliata in Palermo, via A. De Gasperi 81;

nei confronti di

-OMISSIS-rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Immordino C.F. MMRGNN62A23B429H, Giuseppe Immordino C.F. MMRGPP63P18B429G, con domicilio eletto presso Giovanni Immordino in Palermo, via Libertà', 171;

-OMISSIS- rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Barberis C.F. BRBRCR58T18Z326E, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Tar in Palermo, via Butera, 6;

-OMISSIS-rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Modica C.F. MDCRCR51H20C351J, con domicilio eletto presso Cristiano Dolce in Palermo, via Principe di Paterno' N. 78;

Assicurazioni Hdi Spa non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- 1) della determina del responsabile dell'area urbanistica, lavori pubblici, servizi manutentivi n. 23 del 23 marzo 2016, comunicata con nota n. prot 2132 del 23 marzo 2016 relativa all'appalto di Completamento di una casa di riposo per anziani in Gratteri per l'importo complessivo di 3.203.500,00 compresi oneri per la sicurezza con la quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva dei lavori già proclamata in favore della ricorrente con determinazione n. 46 del 18 maggio 2015 e n. 76 del 16 luglio 2015, in ragione dell'addotto esito negative della verifica sul possesso del requisito di partecipazione in capo al -OMISSIS-, ausiliaria della ricorrente, nonché in relazione alla produzione di documentazione svelatasi non rispondente ai dati certificati dall'organismo di attestazione competente;
- 2) della determina del responsabile dell'area urbanistica, lavori pubblici, servizi manutentivi n. 23 del 23 marzo 2016, comunicata con nota n. prot. 2132 del 23 marzo 2016 relativa sopra specificato, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lavori in favore del -OMISSIS-;
- 3) della determina del responsabile dell'area urbanistica, lavori pubblici, servizi manutentivi n. 23 del 23 marzo 2016, comunicata con nota n. prot 2132 del 23 marzo 2016 relativa all'appalto cit. con la quale è stata disposta la segnalazione dell'accaduto all'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla Procura della Repubblica per gli adempimenti di rispettiva competenza, nonché l'attivazione della procedura finalizzata all'escussione della cauzione provvisoria prestata da -OMISSIS-per partecipare all'incanto;
- 5) della nota prot n. 2500 del 7 aprile 2016 con la quale la stazione appaltante ha richiesto alla HDI spa il pagamento dell'importo garantito con la polizza fideiussoria pari ad euro 27.000, ed ha ritenuto di trattenere le spese già sostenute dalla ricorrente (diritti di segreteria, spese di registrazione del contratto, pagamento dell'imposta di bollo) in pendenza del pagamento;
- 6) della comunicazione disposta dalla stazione appaltante con nota del 11 aprile 2016, prot. n. 2570, ai fini dell'inserimento nel casellario informatica delle esclusioni dalle procedure di affidamento dei lavori, servizi e forniture per mancanza dei requisiti dell'art. 38 del Digs 163/2006 e s.m.i. e delle altre notizie ritenute utili emerse in fase di gara- Modella A- ai sensi dell'art. 8 lett. r) e s) del DPR 207/10;
- 7) del parere legale del 16 marzo 2016 richiesto dalla stazione appaltante, mai comunicato e/o conosciuto dalla ricorrente, ed allo stato ignoto, richiamato nella determina del responsabile dell'area urbanistica, lavori pubblici, servizi manutentivi n. 23 del 23 marzo 2016, comunicata con nota n. prot 2132 del 23 marzo 2016, con il quale si sarebbe confermata la legittimità della revoca dell'aggiudicazione definitiva;
- 8) del parere di precontenzioso dell'ANAC n. 203 del 25 novembre 2015, per quanto di interesse;
- 9) del banda di gara e dell'allegato disciplinare per quanto di interesse, ed in particolare delle disposizioni disciplinanti l'avvalimento, ove fossero interpretate ed intese difformemente alle previsioni della legge primaria, ed in senso contrario a quello propugnato con il presente ricorso;
- 10) di ogni altro atto e provvedimento presupposto e/o consequenziale e/o comunque agli stessi connesso, ancorché non conosciuto, che possa fraporsi al diritto fatto valere dalla ricorrente, ivi inclusi il provvedimento di approvazione degli atti di gara con l'aggiudicazione definitiva e/o il contratto d'appalto stipulato, il verbale di consegna dei lavori, ove intervenuta, il bando di gara con allegata disciplinare ed il bando tipo Regionale con relativo decreto di approvazione ove interpretati in senso difforme a quello previsto dalla legge vigente e propugnato con il presente atto;

E PERL'ACCERTAMENTO E LA DECLARATORIA dell 'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed a subentrare nel contratto medesimo, nonché del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con condanna del Comune di Gratteri , in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento delle relative somme con interessi e rivalutazione da quantificarsi nella misura che si indica nel 13

dell'importo a base d'asta del contratto per lucro cessante e per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gratteri in Persona del Sindaco P.T. e di -OMISSIS-, del -OMISSIS- e della -OMISSIS- Spa Organismo di Attestazione e di Autorità Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016 la dott.ssa Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – Con il ricorso indicato in epigrafe, parte ricorrente – premesso di aver partecipato alla gara come indicata sopra e di essere risultata aggiudicataria – esponeva che il Consorzio controinteressato aveva sollecitato il pronunciamento dell'ANAC in ordine alla partecipazione del Consorzio stabile, di cui si era avvalsa la ricorrente medesima, con riguardo alla presentazione della prescritta domanda di adeguamento ai sensi dell'art. 77 d.P.R. n. 207 del 2010 nei termini per la proposizione delle offerte. La ricorrente esponeva che aveva dunque richiesto al Consorzio ausiliario la trasmissione della domanda di adeguamento SOA al fine di pervenire alla definizione della questione e che in data 4 dicembre 2015 suddetto Consorzio aveva inviato alla stessa un messaggio via pec inviato alla -OMISSIS- in data 8 gennaio 2015 avente ad oggetto l'aggiornamento della scadenza intermedia dell'attestato SOA. Sempre in data 4 dicembre 2015, il Consorzio inoltrava alla ricorrente il messaggio pec inviato alla -OMISSIS- in data 9 gennaio 2015, di produzione del contratto di verifica triennale dell'impresa consorziata. Con nota del 21 dicembre 2015, tuttavia il Comune di Gratteri, in esecuzione del parere dell'ANAC richiedeva alla -OMISSIS- documentazione atta a comprovare quanto demandato alla stazione appaltante. Con nota prot. N. 1126 del 28 dicembre 2015, la -OMISSIS- attestava che l'unico documento certo comprovante la richiesta di adeguamento formulata dal Consorzio Aurora era datato 27 gennaio 2015, dovendosi ritenere superate, essendo prive di supporto documentale, le altre note e/o dichiarazioni non coincidenti. Dunque, con nota del 5 gennaio 2016 la Stazione appaltante disponeva l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, adottando di conseguenza le determinate impugnate.

Deduce, dunque la ricorrente: 1 – la violazione e falsa applicazione dell'art. 63 direttiva 24/2014/UE in materia di avalimento, del principio di proporzionalità, difetto di istruttoria e sviamento;

2 – violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. in violazione dell'art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, eccesso di potere, difetto di istruttoria e sviamento e straripamento di potere;

3 – violazione dell’art. 8, lett. R e e) d.P.R. n. 207 del 2010 in relazione al richiamato art. 38, violazione dell’art. 49 del d.lgs. n. 1623 cit., eccesso di potere e travisamento dei fatti;

4 - violazione dell’art. 75 co. 6, d.lgs. n. 163 cit. e le stesse figure sintomatiche di eccesso di potere;

5 – violazione dell’art. 77, d.P.R. n. 207 del 2010 oltre che ancora eccesso di potere.

Si sono costituite l’Amministrazione e la controinteressata per resistere.

Si è costituito, altresì, il -OMISSIS-, nonché la -OMISSIS- per sentire respingere ogni pretesa nei suoi confronti avanzata dalla parte istante e l’ANAC, deducendo la valenza non provvedimentale del reso parere.

Con ordinanza n. 633 del 2016, questa Sezione respingeva l’istanza cautelare, “Considerato che con il ricorso indicato in epigrafe, l’istante si duole in via del tutto prioritaria della violazione di varie disposizioni nazionali e comunitarie, nonché di vari profili di eccesso di potere, anche in relazione al principio di proporzionalità con riferimento all’annullamento dell’aggiudicazione disposta in suo favore, facendo riferimento alla mancata ammissione della possibilità dell’eventuale sostituzione dell’ausiliaria” e “Rilevato, tuttavia, che dalla documentazione in atti è dato – ad un primo sommario esame – evincere che i provvedimenti gravati sono conseguenti ad una valutazione dell’Amministrazione, ad esito di una specifica istruttoria, della falsa rappresentazione dei fatti, come rappresentati originariamente e che avevano determinato la prima aggiudicazione.

A seguito di ulteriori memorie, la causa è stata trattenuta in decisione all’udienza del 13 luglio 2016.

II – La controversia deve essere decisa alla luce dei principi di sinteticità indicati dal c.p.a., in particolare nell’art. 74 e 120.

Orbene nella specie, tutta la prospettazione di parte ricorrente si fonda sull’errato presupposto che questione centrale dell’esclusione sia l’ammissione o meno della sostituzione dell’ausiliaria.

Nella specie che occupa, invero, la ragione dell’esclusione è la falsa attestazione da parte di una concorrente (sotto lo specifico profilo dell’accertamento della responsabilità in ordine alla del falsità del terzo, questione il cui esame esula dal presente giudizio).

III – Non si ritiene, invece, che residuino dubbi in ordine alla falsità della documentazione presentata dal concorrente in sede di gara – indipendentemente dall’accertamento della responsabilità diretta – con conseguente obbligo della Stazione appaltante di procedere all’adozione della sanzione espulsiva ed alle alte comunicazioni di legge.

Le conclusioni cui giunge la -OMISSIS- sono prive di equivocità, diversamente da quanto dalla ricorrente sostenuto in memoria.

In vero, l’art. 49, co. 3, d.lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente l’esclusione del concorrente nel caso di dichiarazioni mendaci. Più precisamente, non può sostenersi che la mancanza del possesso dei requisiti da parte della impresa ausiliaria non riverberi i suoi effetti altresì nei confronti della impresa concorrente, dal momento che il comma 3 dell’art. 49 cit., nel sanzionare le dichiarazioni rese dall’ausiliaria, sancisce espressamente l’esclusione del “concorrente” nel caso di dichiarazione mendaci (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 5712/2011). Ulteriormente va precisato che, come espresso da ultimo dal Consiglio di Stato (sez. IV, 3 maggio 2016 n. 1717), “è sufficiente richiamare l’art. 45 della direttiva 2004/18/CE, il quale, al par. 2, comma 1, lettera g), espressamente consente alla legislazione degli Stati membri di prevedere l’esclusione dalla gara del concorrente “che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni”, rimettendo poi alla legislazione interna degli stessi Stati membri la definizione delle

“condizioni di applicazione” di tale previsione. Ciò premesso, è evidente che quest’ultima previsione risulta legittimamente estesa anche alle “informazioni” concernenti le imprese ausiliarie di cui agli artt. 47, comma 2, e 48, comma 3, della medesima direttiva; orbene, nell’ordinamento italiano, il rapporto fra concorrente e impresa ausiliaria è stato costruito - attraverso l’obbligo di produzione del “contratto di avvalimento” e la responsabilità solidale di avvalente e avvalso verso la stazione appaltante - in termini tali da rendere del tutto ragionevole che il primo, nel produrre le “informazioni” relative alla seconda, si assuma le responsabilità e i rischi connessi alla loro possibile non veridicità (salva restando, come è ovvio, la regolazione delle conseguenze di essa nei loro rapporti interni)”.

IV – Per le considerazioni sopra svolte, il ricorso risulta manifestamente infondato e deve essere respinto.

V - Va disposta l’estromissione dell’ANAC per difetto di legittimazione in ragione della natura di parere precontenzioso dell’atto impugnato, risultando compensate le spese di lite con riferimento all’Autorità.

VI - Per quanto riguarda i profili risarcitori, questi verteranno eventualmente i rapporti tra ricorrente ed ausiliaria, cosicchè esulano dalla giurisdizione di questo Tribunale.

VII - In ragione di quanto evidenziato in motivazione con riguardo alle attestazioni SOA, si dispone la trasmissione del fascicolo di ufficio alla Procura della Repubblica di Palermo per quanto di competenza.

VIII - La ricorrente è condannata al pagamento delle spese di lite nei confronti dell’Amministrazione resistente e della parte controinteressata -OMISSIS-determinate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), da ripartirsi in parte eguale tra le stesse, oltre IVA e CPA se dovuti.

Sono compensate le spese di lite con le altre parti per le motivazioni che sono esposte nella decisione, inerenti la non accertabilità in questa sede delle responsabilità sottese alla falsità contestata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, - previa estromissione dell’ANAC - lo respinge. Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite nei confronti dell’Amministrazione resistente e della parte controinteressata -OMISSIS-, determinate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), da ripartirsi in parte eguale tra le stesse, oltre IVA e CPA se dovuti.

Compensa le spese di lite con le altre parti .

Manda alla Segreteria per la trasmissione del fascicolo di ufficio alla Procura della Repubblica di Palermo per quanto di competenza.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il consorzio ausiliario.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente, Estensore

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.