

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 654/98 Reg.De

N. 292 Reg.Ric

ANNO 1998

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 292/98 proposto dal signor

XXXXXXXXXX XXXXXXXX

titolare di omonima impresa con sede in Resuttano, difeso dall'avvocato Giuseppe Cicero e domiciliato in Palermo, via Luigi Pirandello 2, presso lo studio dell'avvocato Vito Candia;

-APPELLANTE-

contro

la società xxx xxxxxx x x S.R.L., con sede in Parma, costituitasi in giudizio in persona dell'amministratore unico, ingegnere xxxxxx xxxxx xx xxxxxxxx, difesa dall'avvocato Nicola Seminara e domiciliata in Palermo, via Domenico Trentacoste 89, presso lo studio dell'avvocato Pietro Allotta;

-RESISTENTE-

e nei confronti

del COMUNE DI xxxxxxxxx, costituitosi in giudizio in persona del signor xxxxxxxxx xxxxxxxx, difeso dall'avvocato Gaetano Grasso Romeo e domiciliato in Palermo, via Emanuele Notarbartolo 15, presso lo studio dell'avvocato Luigi Restivo;

-AMMINISTRAZIONE RESISTENTE-

per l'annullamento



Handwritten signature

Handwritten mark

della sentenza 20 gennaio 1998, n. 58, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, prima sezione interna della sezione staccata di Catania, ha annullato l'aggiudicazione, effettuata a favore della ditta xxxxxxxx xxxxxxxxxxxx il 29 dicembre 1994, dell'appalto di una condotta idrica del comune di xxxxxxxx.

Visto il ricorso in appello, notificato il 5 e 6 marzo 1998 e depositato il 14 marzo 1998;

visto il controricorso del comune di xxxxxxxx, depositato il 29 giugno 1998;

visto il controricorso della società xxx xxxxxx x x, depositato il 4 luglio 1998;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, alla pubblica udienza del 10 luglio 1998, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Giuseppe Cicero, per l'appellante, Nicola Seminara, per la società resistente, e Nicolò D'Alessandro, in sostituzione dell'avvocato Gaetano Grasso Romeo, per il comune di Acireale;

dato atto che è già stato depositato il dispositivo della presente decisione;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Il comune di xxxxxxxx ha indetto una gara per l'aggiudicazione dell'appalto della costruzione di una condotta idrica. Il bando, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della regione siciliana, parte II, n. 48, del 3 dicembre 1994, all'articolo 9 prevedeva: "Elenco dei documenti da

M. L. L.

h

presentare: 1) l'offerta. La predetta offerta ... deve essere contenuta in apposita busta chiusa ... nella quale oltre l'offerta non devono essere inseriti altri documenti. ... 2) una dichiarazione ... con la quale l'impresa attesti di essersi recata sul luogo dove debbono eseguirsi i lavori, di aver preso conoscenza delle condizioni locali ..., di aver tenuto conto degli oneri previsti per i piani di sicurezza e di avere giudicato i prezzi medesimi, nel loro complesso remunerativi e tali da consentire l'offerta che si starà per fare". L'articolo 10 prevedeva poi l'esclusione se mancasse taluno dei certificati o delle dichiarazioni richieste ovvero i certificati e le dichiarazioni non fossero conformi a quanto richiesto dal bando. Il sistema di gara era fondato sull'avvicinamento alla media delle offerte.

La società xxx xxxxxx x x s.r.l. (d'ora in poi: xxxxxx) ed altri diciotto concorrenti furono esclusi dalla gara, nella seduta del 29 dicembre 1904, con la motivazione: "in quanto non ha dichiarato di aver tenuto conto dei piani di sicurezza"; altri quattro imprenditori furono esclusi con quella motivazione in aggiunta ad altro motivo d'esclusione.

La società xxxxxx, con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Sicilia notificato il 25 e 27 febbraio 1995 impugnò la propria esclusione, l'aggiudicazione all'imprenditore xxxxxxxxxxx xxx-xxxx, nonché l'operato dell'autorità di gara "nella parte in cui ha escluso, per la stessa motivazione, diverse altre offerte ... senza previamente accertare se la dichiarazione di cui è asserita la mancanza, in base alla quale viene comminata l'esclusione, sia stata resa conte-

M. L.

fr

stualmente all'offerta". Premetteva di avere reso la dichiarazione in calce all'offerta economica ("dichiara che l'offerta è stata fatta tenuto conto degli oneri previsti per i piani di sicurezza dei lavoratori ai sensi dell'art. 24, comma 2^a, del D.L. n. 406/91") e sosteneva, mediante tre motivi variamente rubricati come violazione di legge ed eccesso di potere, che la propria dichiarazione era conforme al bando.

Il tribunale amministrativo regionale, dopo aver fatto eseguire verificazioni con apertura delle offerte escluse, ha concluso che altri sette concorrenti si trovavano nelle condizioni della ricorrente (ossia erano stati esclusi pur avendo reso la dichiarazione contestualmente all'offerta economica), e che la ricorrente avrebbe vinto la gara se si fossero computate le offerte degli otto esclusi; ciò premesso, ha accolto il ricorso, giudicando che la dichiarazione contestuale all'offerta economica sia una pura irregolarità non sanzionata, dal bando, con l'esclusione dalla gara.

Appella il signor xxxxxxx, deducendo i seguenti motivi:

1) non è stata raggiunta una valida prova dell'interesse a ricorrere della società xxxxxx, non avendo il giudice di primo grado tenuto conto del fatto che altri quattro concorrenti (xxxx, xxxxxxxxxxx xxxxxxxx, xx-xxxx s.r.l. e xxxxxxxxxxx xx xxxxxxxx) erano stati esclusi "solo per avere ommesso delle dichiarazioni la cui produzione era prevista con le medesime identiche formalità di quella censurata dalla xxxxxx";

2) l'autorità di gara, disponendo le esclusioni di cui si discute, ha correttamente interpretato le prescrizioni del bando.

DIRITTO

he

Come risulta dall'esposizione che precede, il bando elencava, fra i documenti da presentare, al n. 1 l'offerta, da inserire in una busta chiusa da sola, senz'altri documenti, e al n. 2 una dichiarazione plurima, attestante tra l'altro di aver tenuto conto degli oneri previsti per i piani di sicurezza. Risulta chiaro, dall'insieme delle due prescrizioni, che non era consentito inserire, in calce all'offerta, una delle dichiarazioni da rendere nel corpo del secondo documento; sia perché in tal modo sarebbe stata sostanzialmente violata la prescrizione di non inserire altri documenti nella busta dell'offerta (da intendere anche nel senso che il documento doveva contenere la dichiarazione d'offerta e null'altro); sia soprattutto perché sarebbe stata violata la prescrizione relativa all'altra dichiarazione, da inserire in apposito documento. D'altra parte, che la dichiarazione in calce all'offerta fosse irregolare (ossia, non conforme al bando), l'ha riconosciuto anche il giudice di primo grado, nella sentenza impugnata, e l'ammette anche la società xxxxxx, concludendo però, erroneamente, che si sia trattato di irregolarità meramente formale, che il bando non sanzionava d'esclusione. Viceversa, l'articolo 10 del bando comminava l'esclusione dalla gara sia per la mancanza delle prescritte dichiarazioni che per la difformità dei documenti rispetto alle prescrizioni del bando medesimo; e nella specie l'irregolarità ricadeva in entrambe le ipotesi d'esclusione; che poi, non si tratti di irregolarità "meramente formale", ossia insignificante, risulta dal fatto che essa è tale da intralciare l'ordinato svolgimento dei lavori dell'autorità di gara, la quale esamina e compara le offerte solo dopo aver controllato la regolarità dei restanti documenti,

M. M. M.

he

e solo dei concorrenti la cui produzione documentale è regolare; e non può esser tenuta a rivedere i provvedimenti relativi all'ammissione all'esito dell'apertura delle offerte e dopo aver controllato se, per avventura, le dichiarazioni d'offerta contengano dichiarazioni che sarebbero dovuto esser contenute in altri documenti.

L'appello va dunque accolto, stante la fondatezza del secondo motivo, assorbente rispetto ad ogni altro profilo di censura. Il collegio ritiene equo, nondimeno, compensare integralmente le spese di giudizio dei due gradi, stante la novità della questione specifica.

Per questi motivi

Appello
il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello meglio indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie l'appello, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge l'impugnazione proposta dalla società Ing. Pavesi & C. s.r.l. contro il provvedimento di aggiudicazione del 29 dicembre 1994. Compensa le spese di giudizio.

Così deciso in Palermo il 10 luglio 1998 dal collegio costituito dai signori: Stenio Riccio, presidente, Pier Giorgio Trovato, componente, Raffaele Carboni, estensore, Antonio Andò e Antonino Di Blasi, componenti.

Stenio Riccio

Appello

[Signature]

[Signature]

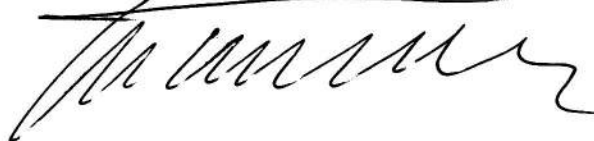
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il **18 NOV. 1998**

(Art. 55 Legge 27.4.1982 n. 186)

IL DIRETTORE DELLA SEZIONE GIURISDIZIONALE

(dott. Temistocle Ferrigni)

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Temistocle Ferrigni', written over a horizontal line.

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA - in sede giurisdizionale

RICORSO IN APPELLO

di xxxxxxxx xxxxxxxxxxx nato il xx.xx.xxxx a
xxxxxxxx (xx) titolare dell' omonima impresa
individuale, rappr. e dif., giusta procura a
margine, dall' Avv. Giuseppe Cicero ed elett.te
dom.to in Palermo via Pirandello 2 presso lo studio
dell' Avv. Vito Candia;

- APPELLANTE, CONTROINTERESSATO IN PRIMO GRADO -

CONTRO

la " xxx xxxxxx x x S.r.l." in persona del
legale rappr.te p.t.; - RICORRENTE IN PRIMO GRADO -
il COMUNE DI xxxxxxxx (xx) in persona del legale
rappr.te p.t.; - RESISTENTE IN PRIMO GRADO -

PER L' ANNULLAMENTO E RIFORMA

della sentenza n. 58 del 20 gennaio 1998, non
notificata, con la quale il T.A.R. Sicilia Sez. di
Catania ha accolto il ricorso n. 1471/95 R.G.
proposto dalla xxxxx avverso il verbale di gara del
29.12.1994 con cui erano stati aggiudicati all'
odierna appellante i lavori di costruzione di una
condotta idrica per un importo di L. 1.799.999.276.

I

Contrariamente a quanto e' stato ritenuto in

sentenza, non e' stata raggiunta alcuna valida prova a dimostrazione di un interesse a ricorrere della xxxxxx giuridicamente protetto.

Le rocambolesche modalita' (che l' Ecc.mo CGA potra' riscontrare agli atti del fascicolo) con cui sono stati forniti i documenti sottesi a ben 2 verificazioni, esperite il 14 maggio ed il 10 novembre 1997, confermano infatti le gravissime perplessita' gia' avanzate dalla concludente nel corso del giudizio di primo grado.

Tali perplessita' - inerenti la mancata prestazione di garanzia alcuna sulle modalita' e cautele cui le buste contenenti le offerte segrete sono state sottoposte, per tre anni, fino al giorno della loro "verificazione" - sono confortate da recentissima sentenza di codesto Ecc.mo Consiglio (107 del 27.5.1997) ove testualmente si afferma che "...CONSENTIRE UN TARDIVO RIESAME DI TUTTE LE OFFERTE, ANCHE PRESENTATE DA SOGETTI NON INTERESSATI ALLA CONTROVERSIA CIRCA L' AGGIUDICAZIONE, ESPORREBBE L' AMMINISTRAZIONE A FORTI RISCHI DI BROGLI ED ACCORDI FRAUDOLENTI, NON COMPATIBILI CON LE ESIGENZE DI CERTEZZA ED AFFIDABILITA' DEGLI ATTI CONCLUSIVI DI PROCEDIMENTI CONCURSUALI".

Ecco perche' - prosegue il riferito

pronunciamento - "Il momento rilevante di verifica delle offerte coincide solamente con la formale operazione di apertura delle buste dinanzi al seggio di gara, ove i partecipanti possono presenziare e formulare le opportune osservazioni, compiendo in quella sede ogni verifica e controllo sulla ammissione dei concorrenti" (C.G.A., ibidem).

*

Le "verificazioni" esperite dal TAR - anche a ritenersi lecite, nonostante quanto sopra - hanno comunque condotto ad una artificiosa e falsa comprova dell' interesse a ricorrere della xxxxxx .

Infatti il Tribunale non ha tenuto conto delle offerte delle Imprese " xxxx ", " xxxxxxxxxx xxxxxxxx ", " xxxxxx Srl", " xxxxxx Srl" e " xxxxxxxxxx xx xxxxxxxx " anch' esse escluse solo per avere omissso delle dichiarazioni la cui produzione era prevista con le medesime identiche formalita' di quella censurata dalla xxxxxx . Come per queste ultime, percio', andava verificato se non fossero state anch' esse inserite nella busta piccola; e solo da questo complessivo computo poteva scaturire la verifica dell' effettivo interesse a ricorrere della xxxxxx . Altrimenti non si giustifica - se non con il privato interesse di quest' ultima - COME MAI

SAREBBE LEGITTIMO PRODURNE, CONTESTUALMENTE ALL' OFFERTA DI RIBASSO, SOLO ALCUNE ED ALTRE NO.

Consentendo invece alla xxxxxx di invocare un principio generale scegliendosi pero' all' interno del medesimo le sole offerte a lei convenienti, si e' determinata quella che lo stesso TAR Catania in una sentenza di soli due mesi prima (n. 2274 del 14.11.1997, pagg. 10 - 15) aveva lucidamente definito una "COLLUSIONE OGGETTIVA NON CONSENTITA DALL' ORDINAMENTO PERCHE' DIRETTA NON ALLA SALVAGUARDIA DI UN INTERESSE LEGITTIMO BENSÌ DI UN MERO TORNACONTO. In quanto sarebbe assurdo potersi scegliere, con la relativa intimazione in giudizio, l' impresa [o le imprese] con l' offerta piu' conveniente ai fini della propria".

II

Nel merito l' impresa xxxxxx ha contestato l' esclusione dalla gara di alcune partecipanti sostenendo che legittimamente avrebbero invece fornito una delle dichiarazioni richieste nell' ambito della busta segreta interna contenente l' offerta di ribasso vera e propria anziche' assieme a tutti gli altri documenti e dichiarazioni da inserire nel plico principale.

Nel condividere tale tesi il TAR ha errato

perche' ha omesso di considerare il chiaro, tassativo, disposto di cui al punto 9 sub 1 del bando di gara (peraltro nemmeno impugnato dalla xxxxx) ove si precisava che "L' OFFERTA... DEV' ESSERE CONTENUTA IN APPOSITA BUSTA CHIUSA... NELLA QUALE OLTRE L' OFFERTA NON DEVONO ESSERE INSERITI ALTRI DOCUMENTI". La formulazione della clausola non lasciava spazio ad interpretazioni di sorta e traduce perfettamente la volonta' dell' Amministrazione di voler tenere rigorosamente separata l' offerta vera e propria (il documento, cioe', indicante in cifre e lettere il ribasso offerto) da tutta la restante documentazione costituita dalle dichiarazioni e certificazioni a corredo dell' offerta medesima. Tant' e' che il bando prescriveva che tutta la documentazione venisse inserita in un plico sigillato, all' interno del quale andava posto anche un ulteriore plico o busta contenente la sola offerta.

Cio' aveva una sua precisa "ratio" riflettentesi sulla trasparenza e sul corretto equilibrio delle operazioni concorsuali: nel senso che la verifica di tutta la documentazione necessaria per essere ammessi all' incanto, e quindi all' offerta, deve essere necessariamente preliminare all' esame di

quest' ultima; senza possibilita', cosi', che la verifica medesima possa venire turbata o inquinata dalla contestuale conoscenza del ribasso. La finalita' della prescrizione (che, per quanto detto, stava a presidio del corretto svolgimento delle operazioni di gara ed a garanzia che la valutazione ad opera del seggio avvenisse nelle condizioni di minore influenza possibile) non consente apprezzamento alcuno sulla sua essenzialita', e pertanto sulla sua necessaria applicazione, anche se non fossero esistite all' interno del bando - come invece esistevano sotto la voce "Avvertenze" - precise clausole di esclusione nel caso di inosservanza o non conformita' alle prescritte modalita' di produzione della complessiva documentazione di gara. Cio' perche' e' pacifico che i principi della massima partecipazione e di interpretazione favorevole delle clausole o il criterio di interpretazione teleologico recedono a fronte di quello formale.

Bisogna peraltro considerare che il principio diretto a consentire la verifica della completezza e/o regolarita' della documentazione condizionante aprioristicamente la partecipazione alla gara prima di conoscere le offerte, ne garantisce la segretezza

e perciò la par condicio dei concorrenti, sicché la formalità della busta autonoma e singola contenente il ribasso costituisce, come detto, formalità essenziale. Bene, pertanto, aveva fatto il presidente di gara ad escludere le concorrenti (xxxxxx compresa) che a tale onere procedimentale, diversamente dalle altre, non si erano conformate.

Daltronde la stessa I Sezione dello stesso TAR di Catania in altro ricorso si era pronunciata, sullo specifico argomento, in conformità a quanto precede: rigettando, con l'ordinanza 419 dell'8/14.2.1994, le stesse identiche argomentazioni poi avanzate dalla xxxxxx .. E non sembra siano intervenuti, da allora, mutamenti legislativi o giurisprudenziali che possano avallare il diverso orientamento abbracciato.

Di contro la giurisprudenza invocata dalla società ricorrente, ed a mente della quale e' da ritenersi legittima la effettuazione di piu' dichiarazioni in un unico documento anziche' in documenti separati, mal si attaglia alla fattispecie in esame. Essa giurisprudenza infatti e' stata resa in relazione a dichiarazioni diverse dall'offerta vera e propria; quelle dichiarazioni, per intendersi, che vanno inserite nel plico principale

a corredo dell' altra busta contenente il ribasso offerto e che, per quanto prima detto, debbono necessariamente essere verificate prima della conoscenza di quest' ultimo.

In detto contesto appare ovvio che un documento per ogni dichiarazione si trasforma in un' imposizione inutile e meramente formale. Non così', invece, per il ribasso ove lo stesso viene a configurarsi (per volontà' del bando ed in ossequio agli inderogabili principi concorsuali sopra esposti) come dichiarazione particolare rispetto a tutte le altre richieste, fatta oggetto di speciale tutela in ordine alla segretezza ed al momento della cognizione, tanto da richiedersene la produzione in busta separata. A conferma basti considerare che seguendo la tesi della xxxxxx e del TAR la previsione della doppia busta finirebbe paradossalmente per non avere senso alcuno.

*

L' altra questione proposta dalla xxxxxx (ed erroneamente accolta dal TAR Catania) era stata, inoltre, recentissimamente affrontata e risolta dallo stesso Tribunale (Sez. di Palermo, I, 1018 dell' 8.6.1996) in maniera diametralmente opposta: nel senso che "L' OMESSA APERTURA E LETTURA ANCHE

DELLE OFFERTE PRESENTATE DALLE IMPRESE ESCLUSE DALLA GARA NON INCIDE SULLA LEGITTIMITA' DELL' ATTO DI AGGIUDICAZIONE, TRATTANDOSI DI MERA IRREGOLARITA', NON SPECIFICAMENTE SANZIONATA, CHE NON REFLUISCE SULLA LEGITTIMITA' DELL' ATTO". Anche perche' l' inciso "aperte e lette tutte le offerte" di cui all' art. 38 L.R. 10/93 non e' certo una novita' nelle disposizioni in materia e non esclude necessariamente che "tutte" sia riferito solo a tutte quelle ammesse. Inoltre anche ad applicare tale disposizione alle offerte non ammesse la ratio non sarebbe certo quella accolta dal TAR (ricervare dentro la busta piccola ulteriori dichiarazioni e documenti oltre l' offerta), semmai quella di evitare che in caso di riconsiderazione delle offerte queste possano essere nel frattempo illecitamente manipolate (cosa che invece a seguire il TAR e' diventata - almeno in ipotesi - possibile nella fattispecie).

L' assunto, tra l' altro, e' perfettamente complementare a quello, pacifico, a mente del quale "E' NECESSARIO CHE LE AMMISSIONI E LE ESCLUSIONI ALLE GARE PER APPALTI PRECEDANO L' APERTURA DELLE OFFERTE" in quanto "la possibilita' di procedere ad ammissioni o esclusioni una volta avviata la fase di

conoscenza e valutazione delle offerte ingenererebbe il dubbio che le determinazioni relative al novero dei partecipanti siano strumentali alla media da calcolare (anche ai fini dell'individuazione del limite dell'anomalia) ed, in sostanza, ad orientare l'aggiudicazione verso un determinato soggetto" (TAR Campania, Napoli, I, 408/1988 e TAR Lazio, Latina, 444/1990).

Ecco perche' tutti i bandi di gara (compreso quello in oggetto, al punto 9.1, NON IMPUGNATO DALLA RICORRENTE) prescrivono tassativamente che nella busta interna contenente l'offerta "non devono essere inseriti altri documenti". IN CASO CONTRARIO LA FORMALITA' DELLA BUSTA AUTONOMA, SINGOLA ED A SUA VOLTA SIGILLATA CONTENENTE IL RIBASSO NON AVREBBE FUNZIONE ALCUNA. Risulta cosi' artificiosa la differenza che la ricorrente ha proposto tra documenti e dichiarazioni perche' sia gli uni che le altre, sotto il profilo della propedeutica valutazione dell'ammissione in gara, non presentano differenziazione alcuna. Del pari e' inconducente riferirsi a giurisprudenza che riconosce la legittimita' di piu' dichiarazioni in un unico documento, atteso l'evidentissimo riferimento a dichiarazioni diverse dalla proposta di ribasso:

quelle, per intendersi, che vanno inserite nel plico principale ed a corredo della busta contenente l'offerta. In tale ultimo contesto e' ovvio che un documento per ogni dichiarazione si trasforma in un' inutile imposizione formale. Ininfluyente e' infine il richiamo all' art. 24 D.L.vo 406/91 ed al D.P.C.M. 55/91 perche' entrambi hanno una refluenza neutra sul problema di causa. Essi infatti prevedono l' obbligo di richiedere l' attestazione afferente i piani di sicurezza, ma niente dispongono sulle modalita' di produzione della medesima che, per quanto sopra detto, non puo' non seguire le regole generali che presiedono alla produzione di tutte le altre dichiarazioni e/o documentazioni.

P. Q. M.

si chiede che l' Ecc.mo Consiglio di Giustizia Amministrativa adito annulli e riformi l' impugntata sentenza. Con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese di giudizio.

Catania / Palermo, 2 marzo 1998

Avv. Giuseppe Cicero

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SICILIA

Sezione IV di Catania

Udienza del 16 luglio 2009

MEMORIA DIFENSIVA

della

in persona del legale rappr.te p.t.,
rappr. e dif. dall'Avv. Giuseppe Cicero con studio in
Catania p.za Trento - via G. Oberdan 144; - Ricorrente -

CONTRO

Il COMUNE DI () in persona del sindaco
p.t., difeso dall'Avv. Agata Senfett;

*

nel Ricorso n. 3014/ R.G. avente ad oggetto:
***Risarcimento danno ingiusto per mancata stipula di contratto
d'appalto*** (art. 35 L. 1034/71).

* * *

Con Ordinanza Presidenziale Istruttoria n. 134 resa il
9/10 ottobre 2001 nell'ambito del presente ricorso è stata
disposta l'acquisizione degli atti del procedimento della
gara d'appalto di cui si controverte. Atti che
l'amministrazione intimata ha provveduto a depositare presso
il TAR con nota 3 dicembre 2001 di accompagnamento e indice.

Tutta la documentazione in argomento conferma
pienamente le ragioni della ricorrente esposte nell'atto
introduttivo. E quindi qui si insiste affinché l'Ecc.mo
Tribunale adotti finalmente **apposito provvedimento
istruttorio disponendo una verifica da affidare a CTU
esperto in contabilità dei LL.PP. che accerti e quantifichi
i danni economici subiti dalla ricorrente.**

*

E seppure con riserva di meglio argomentare in seguito
(all'esito della richiesta verifica) sulla vicenda nel
suo complesso, la concludente ritiene comunque opportuno
osservare brevemente fin da ora quanto segue:

Successivamente alla produzione documentale ordinata dal Tribunale il Comune di _____ ha sviluppato la linea difensiva che si rinviene nella Memoria del 16/17 novembre 2004. Ivi sostenendo che a fronte degli innegabili effetti dannosi patiti dalla ricorrente non sussisterebbe alcun comportamento colposo, in termini di omissioni, inerzie e/o ritardi, imputabile alla Amministrazione comunale di _____. E semmai - si spinge ad adombrare in Memoria (cfr. ultimo cpv. a pag. 3) - il danno subito dalla ricorrente dovrebbe ascriversi al TAR di Catania che avrebbe inopinatamente concesso "*al contenzioso inutile e defatigante della società _____ decisioni favorevoli sia in sede cautelare che di merito*".

Ora, è meglio precisare subito (anche se per il momento brevemente) come quest'assunto sia del tutto errato. Il TAR di Catania, infatti - contrariamente a quanto asserisce la difesa del Comune - **non concesse alla Società _____ Srl alcun provvedimento cautelare, anzi glielo negò espressamente con l'Ordinanza n. 863 del 3/6 aprile 1995**. Ne consegue che al medesimo TAR non può di certo ascriversi alcuna forma di responsabilità, che invece ricade sul Comune di _____ non solo per i ritardi, le omissioni e (a dir poco) le "titubanze" con cui ha gestito l'intera vicenda ma, vieppiù, per aver violato precise disposizioni di legge.

Invero, al fine di accelerare l'esecuzione delle opere pubbliche ed evitare situazioni incresciose come quella in argomento (l'uso strumentale dell'azione giudiziaria per indurre l'aggiudicataria di un appalto a desistervi e/o a trovare un accordo pena un contenzioso *defatigante* e paralizzante dei lavori) era vigente in Sicilia una disposizione che imponeva alla stazione appaltante di **procedere alla stipulazione del contratto entro trenta giorni dall'aggiudicazione**. Si tratta dell'art. 25 della L.R. 21/85 che il Comune di _____ ha invece palesemente violato. Si consideri, infatti, che l'aggiudicazione è avvenuta con verbale del 29 dicembre 1994 e che alla data di scadenza di questo termine legale (il 28 gennaio 1995) il Comune non solo non aveva proceduto alla stipulazione del

contratto ma non aveva nemmeno intrapreso i semplici adempimenti (richiesta documenti, cauzioni, marche e depositi per spese contrattuali) propedeutici al perfezionamento dello stesso (adempimenti ai quali porrà mano pigramente due settimane ancora dopo, con la nota prot. 2489 in partenza dal palazzo comunale il 13 febbraio 1995).

Nel contesto di tale gestione melensa del carteggio contrattuale la Srl ebbe così buon gioco nel proporre il 28 febbraio 1995 - a contratto non ancora stipulato e perciò a lavori non ancora iniziati - il suo ricorso. Ciononostante, per come s'è visto, la I Sezione del TAR Catania con Ordinanza del 3/6 aprile 1995 ne rigettò pacificamente la domanda cautelare di sospensione. Ma nemmeno questa decisione fu sufficiente a convincere il Comune di a procedere alla stipula del contratto; nonostante che fino a questo punto e ancora oltre - per otto mesi consecutivi al 29 dicembre 1994 - l'aggiudicazione venne a rimanere perfettamente valida, efficace ed anzi **confermata nella sua legittimità dal citato giudicato cautelare del TAR di Catania.**

In tal modo ancora una volta la Srl ebbe buon gioco - grazie all'inerzia comunale - pure nel proporre appello contro l'Ordinanza. Ed è inutile per il momento rassegnare le insinuanti argomentazioni (si comprenderanno meglio in seguito) con le quali riuscì a far ribaltare dal CGARS l'Ordinanza di Catania. Non tanto perché l'equivoco argomentativo del gravame sarà poi scoperto dai medesimi giudici di secondo grado che con Sentenza definitiva 654/98 smentiranno totalmente questo primo orientamento cautelare, quanto perché il medesimo venne adottato dal CGARS nella constatazione fattuale (questa sì, vera) **che al momento della sua emissione i lavori oggetto dell'appalto non erano ancora iniziati** altrimenti, per giurisprudenza all'epoca pacifica, il provvedimento di sospensione non sarebbe stato mai concesso. Risulta, perciò, ancora una volta determinante, sugli esiti della vicenda, la prolungata inerzia serbata fino a questo momento dal Comune (più di otto mesi, come s'è visto) senza la quale questo abnorme

provvedimento cautelare, poi smentito dagli stessi giudici che lo avevano emesso, non sarebbe mai venuto in essere.

Ma c'è di più. Si consideri, infatti, che in questa prima fase innanzi al CGARS il Comune di **non si è costituito in giudizio** lasciando così alla sola privata controinteressata l'onere di difendere la legittimità del procedimento di gara che invece, in ragione delle insinuazioni della , necessitava non solo di una presa di posizione netta della Pubblica Amministrazione ma, vieppiù, della produzione in giudizio di documentazione che per ovvie ragioni essa sola deteneva in cassaforte.

Per questo non ha alcuna rilevanza colposa nemmeno il provvedimento interinale del CGARS. A fronte delle contestazioni della inerenti il contenuto delle buste segrete contenenti le offerte di alcune partecipanti e a fronte dell'assenza in giudizio del Comune, infatti, il massimo organo di giustizia amministrativa ha quasi giustamente (si direbbe) adottato una linea prudentiale e quindi un provvedimento che di certo non sarebbe stato emesso se il Comune si fosse costituito in giudizio apportandovi la documentazione probatoria del caso.

La vicenda delle buste segrete contenenti l'offerta di cui la richiedeva l'apertura si è ovviamente riproposta anche nella successiva fase di merito innanzi al TAR Catania. Ed anche qui la gestione del Comune di non può certo dirsi contenuta nei canoni di buon andamento della P.A.. Rimane traccia, infatti, nel fascicolo di quella causa di alcuni avvenimenti poi riepilogati nella II Memoria Conclusionale che questa difesa ebbe a rassegnare e che è meglio riproporre senza alcun commento:

"Il Comune di ha depositato presso codesto Ecc.mo Tribunale altri documenti tra cui una busta contenente l'offerta della ditta e copia conforme di un Supplemento di verbale di gara redatto il 3.2.1995 fino ad oggi sconosciuto a tutti.

Da tale ultimo documento emerge la sconcertante verità che anche la ditta venne esclusa dal presidente di gara in quanto non ha dichiarato di aver

tenuto conto degli oneri previsti per i piani di sicurezza e pertanto per lo stesso identico motivo di esclusione della ricorrente .

Ciò significa che le operazioni di verifica esperite a seguito della sentenza interlocutoria TAR n. 1722/96 non hanno alcun valore probatorio ai fini della legittimazione ad agire della ricorrente. E che le risultanze della verifica sono gravissimamente viziate per avere il Comune omissso di produrre tutte le buste presentate dalle altre imprese escluse per lo stesso motivo della , così come invece ordinato dal TAR.

Altro che "incaute ed infondate illazioni" della controinteressata. Se all'udienza del 2.7.1997 quest'ultima non avesse assunto con fermezza la posizione esplicitata nella relativa Memoria conclusionale (che tanto ha irritato i procuratori di controparte) qualcuno o qualcosa all'interno del Comune avrebbe freddamente indotto il TAR a fondare le proprie decisioni sulla legittimazione ad egire della sulla base di una verifica falsa ed alterata."

Per il momento non è il caso di aggiungere altro, se non che non appena risultò evidente che la decisione cautelare CGARS favorevole alla era destinata (come poi avvenne) ad essere travolta, il Comune venne reso espressamente edotto con apposito atto stragiudiziale del 19.5.1997 che ai sensi dell'art. 5c.4 L.1/78 le Ordinanze sospensive pronunciate nei ricorsi in materia di opere pubbliche **non potevano avere efficacia comunque superiore ai sei mesi e che tale termine era abbondantemente trascorso.** Ma ancora una volta il Comune preferì rimanere inerte determinando che il trascorrere del tempo portasse (come poi avvenne) alla revoca del finanziamento. Revoca, peraltro, che non sarebbe stata mai adottata **se il Comune si fosse curato di comunicare all'ente finanziatore la pendenza del processo.** Cosa che invece (stavolta con innegabile gravissima colpa e negligenza) non ha fatto.

Catania, 3 luglio 2009

Avv. Giuseppe Cicero