



REPUBBLICA ITALIANA

N. 447/05 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 501 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione ANNO 2003

Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 501 del 2003 proposto da

XXXXXX XXXXXXXX COSTRUZIONI S.R.L.,

in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv.

Gaetano Tafuri, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv.

Pietro Allotta, in Palermo, via D.Trentacoste, 89;

- APPELLANTE -

c o n t r o

XXXXXXXX XXXXXXXX XXXX XXXXXXXX XXXXX

XXXXXXXXXX XX XXXXXXXX, in persona del legale

rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Rosario Torrisi

Rigano, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Filippo

Cangemi, in Palermo, via Tevere 4;

- APPELLATO -

e nei confronti

di XXXXXXXXXX XXXXXXXX, titolare dell'omonima impresa

individuale, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cicero,

elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Anna Galioto, in

Palermo, via Giusti 21;

- APPELLATO E APPELLANTE INCIDENTALI -

del COMUNE DI XXXXXXXX, in persona del Sindaco pro tempore,
non costituito in giudizio;

della XX XXXXXXXXX S.R.L., in persona del legale rappresentante,
non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 2226/02 del 25 novembre 2002, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione I di Catania, ha accolto il ricorso n. 2579/02 proposto da xxxxxxxxx xxxxxxx per l'annullamento del verbale di gara del 21 febbraio – 13 giugno 2002, concernente l'appalto delle opere di urbanizzazione connesse agli insediamenti di edilizia economico-popolare da eseguire in contrada San Giuseppe di Vizzini, limitatamente alle operazioni all'esito delle quali l'appalto, in un primo momento aggiudicato alla ricorrente, è stato riaggiudicato all'impresa controinteressata.

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dello XXXX di Catania e di xxxxxxxxx xxxxxxx, nonché l'appello incidentale da quest'ultimo proposto;

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

Vista l'ordinanza n. 328/03 del 14 luglio 2003, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

Visto il dispositivo n. 49/05 del 11 febbraio 2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 2 febbraio 2005 il Consigliere Giorgio Giaccardi e uditi, altresì, l'avv. S. Cittadino, su delega dell'avv. R. Torrisi Rigano per lo I.A.C.P. di Catania;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso al TAR Sicilia, Catania, l'impresa individuale xx-xxxxxxx impugnava gli atti in epigrafe indicati, lamentando in particolare che il seggio di gara, dopo aver aggiudicato l'appalto ad essa ricorrente, a seguito della verifica della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa del 10% dei concorrenti, prevista dall'art. 2, comma 4, del bando in applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/1994 e s.m., abbia quindi riaggiudicato la gara alla società xxxxxx Costruzioni s.r.l., previa esclusione di una delle imprese nei cui confronti era stata espletata la verifica (xxxx Costruzioni s.r.l.), non avendo la stessa risposto alla richiesta documentale formulata dal seggio di gara.

Con sentenza n. 226/02 il Tribunale adito ha accolto il ricorso, ritenendo in particolare fondato il terzo motivo di censura con il quale si lamentava che l'amministrazione resistente, in violazione del ricordato art. 10 comma 1 quater, ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche prima della scadenza dei termini per la ricezione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico economici da parte di concorrenti sorteggiati.

La sentenza viene gravata in appello dalla società xxxxxx, che deduce i seguenti motivi:

1) Sopravvenuta carenza d'interesse, stante l'intervenuto annullamento nelle more del giudizio dell'attestazione SOA rilasciata alla ditta xx xxxxxxxx;

2) Violazione dell'art. 8, L. 109/1994; illegittimità derivata, in quanto il mancato possesso dell'attestazione SOA in capo all'originaria ricorrente comporta l'illegittimità dell'aggiudicazione in capo alla stessa, l'inefficacia del trasferimento di azienda in capo ad impresa terza e la nullità del contratto da questa stipulato con l'amministrazione;

3) In subordine, violazione dell'art. 8 L. 109/1994, stante l'erroneità della sentenza impugnata laddove reputa che l'Amministrazione avrebbe dovuto cercare di reperire aliunde la certificazione SOA non prodotta dall'impresa xxxx Costruzioni, in violazione della perentorietà del termine di cui all'art. 10, comma 1, L. 109/1994;

4) In ulteriore subordine, violazione dell'art. 8 L. 109/1994, in relazione al D.P.R. n. 34/2000, avendo la sentenza appellata erroneamente annullato la gara limitatamente al verbale 13.6.2002, di aggiudicazione alla ricorrente in primo grado, mentre avrebbe dovuto escludere anche quest'ultima dalla gara per carenza della certificazione SOA, ovvero, in linea ulteriormente gradata, avrebbe dovuto annullare l'intera gara, stante la caducazione di tutte le operazioni successive all'apertura delle buste contenenti l'offerta.

Si sono costituiti in giudizio l'xxxx di xxxxxxxx e l'impresa xx-xxxxxxx xxxxxxxx. Quest'ultima, con memoria di costituzione, ha pregiudizialmente eccepito l'irricevibilità ed inammissibilità

dell'appello (rispettivamente per tardività e difetto d'interesse), chiedendone comunque il rigetto nel merito, ed ha quindi proposto appello incidentale con il quale lamenta il mancato esame da parte della sentenza impugnata dei primi due motivi dell'originario ricorso, di cui chiede l'accoglimento.

Con ordinanza n. 328/2003 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

DIRITTO

1. Si può prescindere dall'esame delle pregiudiziali eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità dell'appello, sollevate nella memoria di costituzione dell'impresa xxxxxxxxx, essendo il gravame destinato ad integrale rigetto per le considerazioni che verranno sviluppate nei punti seguenti.

2. Con il primo e secondo motivo d'appello vengono sollevate una serie di eccezioni e censure estranee al contenuto dispositivo della sentenza appellata, siccome riferentisi a fatti sopravvenuti alla data di deposito e pubblicazione della stessa (25 novembre 2002), ed in particolare all'intervenuto annullamento da parte dell'Autorità di vigilanza, in data 12 dicembre 2002, dell'attestazione SOA rilasciata all'appellata ditta xxxxxxxxx e dalla stessa fatta valere ai fini della qualificazione nella gara d'appalto di cui trattasi.

Ritiene il Collegio che tali sopravvenienze fattuali non possano incidere sull'esito del giudizio d'appello, dal momento che l'appellante, gravata del relativo onere probatorio, non ne ha dimostrato l'efficacia definitivamente preclusiva al conseguimento

(ora per allora) dell'aggiudicazione ed alla stipula del relativo contratto, mancando in particolare l'allegazione e la prova del carattere definitivo, irretrattabile ed inoppugnabile della statuizione resa dall'Autorità di vigilanza. In definitiva, resta rimesso all'amministrazione, in sede di doveroso riesercizio del potere inciso dal giudicato di annullamento (nei limiti e secondo le linee direttrici che verranno meglio chiariti in prosieguo), il compito di valutare l'incidenza della situazione che ne scaturisce sulle proprie ulteriori determinazioni provvedimentali.

Né, al fine di recuperare già in questa sede processuale gli effetti dell'annullamento dell'attestazione SOA, può attribuirsi rilievo alla circostanza (fatta valere attraverso la proposizione in sede di appello, ex art. 396 c.p.c., di motivi di revocazione riconducibili alla previsione di cui all'art. 395, nn. 1 e 3 c.p.c.) che l'impresa interessata fosse ab origine a conoscenza della mancanza dei requisiti per il conseguimento dell'attestato di qualificazione, dolosamente taciuta e solo tardivamente scoperta attraverso il reperimento di nuovi documenti. Resta infatti fermo, in ogni caso, che sia al momento di espletamento e conclusione della procedura di gara, sia al momento in cui venne proposto il ricorso dinanzi al TAR, sia infine al momento in cui è stata emanata la sentenza di primo grado, l'odierna appellata era regolarmente in possesso della qualificazione richiesta, ed era quindi altrettanto pacificamente titolare di interesse a far valere i vizi del procedimento di gara che hanno condotto alla definitiva aggiudicazione dell'appalto in capo alla società odierna appellante.

A maggior ragione infondata risulta pertanto la subordinata prospettazione volta a configurare un'ipotesi di originaria carenza d'interesse in capo all'originaria ricorrente, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; mentre per quanto attiene ai profili di doglianza dedotti con il secondo motivo d'appello, gli stessi vanno dichiarati pregiudizialmente inammissibili, in quanto coinvolgenti ulteriori fatti e vicende sopravvenuti all'instaurazione del giudizio e del tutto estranei all'esito della controversia in questa sede pendente (tali, in particolare, l'asserita nullità del contratto di cessione di ramo d'azienda stipulato tra l'impresa xxxxxxxxx e la società xx xxxxxxxx s.r.l., nonché la nullità in via derivata del contratto d'appalto intercorso tra quest'ultima e l'amministrazione).

3. Il terzo motivo d'appello, con il quale si assume l'erroneità di un singolo passaggio argomentativo contenuto nella motivazione della sentenza impugnata, deve essere dichiarato pregiudizialmente inammissibile, atteso che la pronuncia di annullamento degli atti impugnati si fonda essenzialmente su altre e diverse considerazioni in fatto e in diritto, in ordine alle quali non viene invece formulata alcuna censura in grado d'appello.

Ed invero, sebbene la sentenza impugnata si soffermi (a pag.6) anche su un presunto dovere dell'amministrazione appaltante di rinnovare con diverso mezzo la richiesta d'informazioni indirizzata alla società xxxx Costruzioni, rimasta senza riscontro per compiuta giacenza postale, verificando anche per via telematica, attraverso l'archivio informatico presso l'Autorità di vigilanza, il possesso da

parte della predetta società dell'attestato SOA nel frattempo conseguito, non v'è dubbio che nell'economia complessiva della decisione tale elemento assuma un rilievo del tutto secondario e marginale rispetto al punto centrale su cui si fonda la statuizione di annullamento, enunciato alla precedente pag. 5 ed avente ad oggetto l'illegittima anticipata apertura delle buste contenenti le offerte prima della spedizione delle raccomandate alle imprese sorteggiate ex art. 10, comma 1 quater cit.. Tale circostanza, invero, è ulteriormente confermata dal duplice rilievo: a) che la sentenza impugnata dichiara in premessa di ritenere meritevole di accoglimento il terzo motivo di censura, e non anche il primo, solo incidentalmente richiamato nel successivo sviluppo motivazionale; b) che la stessa parte vincitrice nel giudizio di primo grado ha ritenuto di proporre appello incidentale in ragione dell'omesso pronunciamento e/o assorbimento e/o implicito rigetto operato dall'impugnata sentenza del TAR verso i primi due motivi di censura avanzati nell'ambito del ricorso di primo grado.

4. Con il quarto e conclusivo motivo d'appello si contesta essenzialmente, con due prospettazioni subordinate l'una rispetto all'altra, la portata del dispositivo di annullamento reso dal TAR, che comporterebbe, a dire dell'appellante, un effetto (sia caducatorio che conformativo) diverso e più stringente rispetto a quello che avrebbe dovuto invece logicamente scaturire dall'accoglimento del ricorso di primo grado.

La prima delle censure dedotte con il mezzo d'impugnazione all'esame va rigettata per considerazioni analoghe a quella già rese in

sede di esame dei primi due motivi d'appello, non essendo in particolare accoglibile la tesi difensiva secondo cui anche l'odierna appellata xxxxxxxxx avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difetto dei requisiti economico finanziari richiesti dal bando, essendo all'epoca la predetta impresa in possesso di regolare attestazione SOA, revocata solo in data successiva all'esito del giudizio di primo grado, con provvedimento di cui non è provata la definitività ed inoppugnabilità.

Più attenta considerazione richiede invece il secondo ed ulteriormente subordinato profilo di censura, con il quale si sostiene che l'annullamento da parte del giudice amministrativo dovrebbe investire nella specie non la sola aggiudicazione in capo all'appellante xxxxxx, ma tutte le operazioni di gara successive all'apertura delle buste contenenti le offerte, ivi compresa pertanto l'aggiudicazione provvisoria disposta in data 15 marzo 2002 in capo all'appellata xxxxxxxxx, che la sentenza impugnata dichiara invece in motivazione (pag. 6) espressamente fatta salva.

Al riguardo, il Collegio ribadisce che nella fattispecie in esame il TAR ha fondato essenzialmente la propria statuizione di annullamento sulla ritenuta fondatezza della censura dedotta con il terzo motivo dell'originario ricorso, nella quale si lamentava che l'amministrazione resistente, in flagrante violazione dell'art. 10, comma 1 quater, L. 109/1994, avesse proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche in data 15 marzo 2002, prima della scadenza dei termini per la ricezione della documentazione

comprovante il possesso dei requisiti tecnico-economici da parte dei concorrenti sorteggiati, ed anzi ancor prima di aver spedito le relative richieste.

Un tale comportamento, come puntualmente sottolineato dal giudice di primo grado, lungi dal costituire una mera irregolarità sanabile ex post, ha implicato invece un grave vulnus alla garanzia della par condicio tra i concorrenti e più in generale della trasparenza delle operazioni di gara, comportando la possibilità per le imprese sorteggiate, già a conoscenza dell'entità delle offerte in pendenza del procedimento di verifica dei requisiti, di influenzare e determinare le sorti dell'aggiudicazione dell'appalto in conseguenza del comportamento tenuto nel rispondere alla richiesta di documentazione: il che è reso evidente dal concreto evolversi della fattispecie in esame, nella quale l'esclusione dalla gara di un'impresa sorteggiata rimasta inerte (non importa qui per quale motivo) di fronte alla richiesta documentale formulata dall'amministrazione, ha comportato la formazione di una nuova media tra le offerte rimaste in gara, con conseguente spostamento in capo all'odierna appellante dell'aggiudicazione già provvisoriamente disposta in favore dell'odierna appellata.

Il vizio in esame, per sua stessa natura, era ed è tale da comportare l'integrale annullamento della procedura di gara, ivi compresa l'aggiudicazione prematuramente disposta in data 12 marzo 2003 in favore dell'impresa xxxxxxxxx, prima che fosse compiutamente definito l'ambito delle offerte da ammettere al

confronto concorrenziale. Tale risultato, cui sostanzialmente mira la censura proposta in estremo subordine dall'odierna appellante in conclusione del quarto mezzo d'impugnazione, non è tuttavia conseguibile nella presente sede processuale, stanti i limiti che incontra il potere decisorio del giudice in relazione al contenuto delle domande di parte.

Poiché infatti con il ricorso di primo grado l'impresa xxxxxxxx ha espressamente limitato la propria richiesta di annullamento alle sole "operazioni all'esito delle quali l'appalto (in un primo momento aggiudicato alla ricorrente) è stato riaggiudicato all'impresa controinteressata", in assenza di impugnativa incidentale volta a coinvolgere nella richiesta di annullamento anche la prima fase del procedimento di gara, il Collegio giudicante era evidentemente impossibilitato, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione, ad estendere la portata caducante della propria pronuncia ad atti diversi da quelli espressamente e formalmente impugnati. E poiché la censura ritenuta fondata era tale da comportare l'illegittimità del provvedimento di (ri)aggiudicazione adottato in esito ad una procedura di gara similmente viziata, correttamente la sentenza appellata ha disposto, in accoglimento del ricorso, l'annullamento degli atti impugnati.

Il motivo di appello all'esame va quindi dichiarato pregiudizialmente inammissibile, in quanto inteso ad ampliare in grado d'appello l'ambito oggettivo del giudizio quale compiutamente definito dall'impugnazione radicata dinanzi al TAR.

Resta soltanto da aggiungere, al fine di indirizzare correttamente l'ulteriore azione della pubblica amministrazione in esecuzione del giudicato, che il già ricordato (e poco meditato) passaggio motivazionale della sentenza di primo grado, nel quale si afferma testualmente l'efficacia dell'originaria aggiudicazione dell'appalto disposta in data 15 marzo 2002 in favore della ricorrente, ove correttamente valutato nel complesso di una motivazione conducente inevitabilmente all'integrale annullamento del procedimento di gara, non può di per sé vincolare l'amministrazione all'automatica e definitiva aggiudicazione dell'appalto sulla base della prima, e parimenti viziata, fase del procedimento di gara.

5. Venendo infine all'appello incidentale proposto dall'impresa xxxxxxxxx, il Collegio ritiene che non vi sia luogo a provvedere sullo stesso, mancando ogni apprezzabile interesse della parte già vincitrice in toto nel giudizio di primo grado a richiedere al giudice d'appello l'esame dei motivi ivi implicitamente assorbiti, ove da tale esame non possa scaturire alcun ampliamento o arricchimento della tutela già conseguita in esito al primo grado di giudizio.

Ed invero, con le due censure non esaminate espressamente dal TAR l'originaria ricorrente mirava sostanzialmente ad affermare l'obbligo dell'amministrazione di ammettere al confronto concorrenziale l'offerta presentata dall'impresa xxxx Costruzioni, sia in ragione del documentato conseguimento da parte della stessa, nelle more della procedura di gara, di idonea attestazione SOA n. 107/33/00, sia comunque in ragione della possibilità di acquisire le

necessarie informazioni anche in via telematica presso l'Autorità di vigilanza, al fine di sopperire all'inerzia dell'impresa sorteggiata nel dare riscontro alla richiesta documentale.

L'esame di tali doglianze, ad avviso del Collegio, resta necessariamente assorbito dalla decisione di accoglimento del ricorso già resa in primo grado (pur con le rilevate incertezze e contraddizioni che ne caratterizzano in parte l'impianto motivazionale), dal momento che i vizi di legittimità ivi denunciati afferiscono ad una fase procedimentale logicamente e cronologicamente successiva rispetto a quella cui specificamente inerisce il vizio di legittimità ritenuto in sentenza (apertura anticipata delle buste contenenti le offerte economiche prima della scadenza del termine di ricezione della documentazione richiesta), sì da risultare automaticamente caducate dalla pronuncia di annullamento al riguardo resa dal TAR.

Resta soltanto da aggiungere, per mera completezza espositiva, che la regola della perentorietà del termine di cui al più volte citato art. 10 comma, 1 quater, quale ritenuta da costante giurisprudenza anche di questo Consiglio, era comunque impeditiva a che l'Amministrazione, dopo aver doverosamente accertato che la richiesta documentale fosse pervenuta nella sfera dell'impresa destinataria, previa eventuale rinnovazione delle formalità di spedizione, attribuisse rilievo ad elementi documentali acquisiti aliunde e di propria iniziativa, tanto più ove riferentisi a requisiti non posseduti all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma maturati successivamente alla presentazione dell'offerta.

6. L'esito del presente grado di giudizio può in definitiva essere riassunto nella declaratoria di rigetto dell'appello principale (per infondatezza nel merito e/o inammissibilità delle singole censure dedotte, come analiticamente precisato nei punti da 2 a 4 della motivazione che precede), non essendovi luogo a pronunciare sull'appello incidentale, per le ragioni esposte al precedente punto 5.

Sono ravvisabili giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale respinge l'appello in epigrafe. Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, addì 2 febbraio 2005 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio con l'intervento dei Signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Giorgio Giaccardi, estensore, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Giorgio Giaccardi, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 14 luglio 2005

