

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 21/03 Reg.Dec.

N. 601 Reg.Ric.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ANNO 2002

in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 601/2002, proposto dalla

* * * * * s.r.l.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche quale capogruppo mandataria del R.T.I. tra la medesima e la **** s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Cicero, con domicilio eletto in Palermo, via Giusti n. 21, presso lo studio dell'avv. Anna Galioto;

c o n t r o

il CONSORZIO DI BONIFICA N. * DI ***** , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Giustolisi, con domicilio eletto in Palermo, via Giotto n. 10, presso lo studio dell'avv. Maurizio Caccamo;

e nei confronti

della ***** s.p.a., appellante incidentale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Allotta e Salvatore Trimboli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Palermo, via Trentacoste n. 89;

per la riforma

della sentenza n. 766, in data 2 maggio 2002, del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;



Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio di bonifica n. * di ***** ;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, con appello incidentale, della ***** s.p.a.;

Vista l'ordinanza n. 450, in data 3 giugno 2002, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione cautelare della esecuzione della sentenza appellata ed è stata fissata l'udienza pubblica del 20 novembre 2002, per la discussione nel merito della controversia;

Visto il dispositivo n. 88/02 in data 22 novembre 2002;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Pier Giorgio Trovato; uditi, alla pubblica udienza del 20 novembre 2002, l'avv. G. Cicero per la società appellante, l'avv. S. Giacalone, su delega dell'avv. S. Giustolisi per il Consorzio appellato e l'avv. P. Allotta per l'appellante incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Il Consorzio di bonifica * di ***** bandì con atto del 22 giugno 2001 un pubblico incanto per l'appalto dei lavori di manutenzione ordinaria alle opere pubbliche di bonifica (esercizio 2000-perizia integrativa).

Con verbale notarile in data 25 luglio 2001, la ditta ***** - ***** s.p.a. venne dichiarata aggiudicataria provvisoria, precisandosi che l'aggiudicazione definitiva era subordinata alla approvazione degli organi deliberanti consorziali e che "tutti documenti dell'impresa offerenti restano agli atti del Consorzio per gli incomben-

ti relativi stante che il Presidente esonera me notaio dall'allegarli"

In data 6 agosto 2001 la ***** s.r.l., partecipante alla gara, chiese al Consorzio l'invio di copia della documentazione inerente alla gara medesima. Il Consorzio riscontrò positivamente la richiesta, inviando con raccomandata n. 3036 in data 22 agosto 2001, i documenti relativi ad alcune delle 71 imprese partecipanti alla gara tra cui la **** .

In data 30 agosto 2001 l'appalto venne aggiudicato in via definitiva alla ***** s.p.a..

2. In data 10 settembre 2001 la ***** s.r.l. ricorreva al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Catania, chiedendo l'annullamento del verbale in data 25 luglio 2001 e deducendo in particolare che doveva essere esclusa dalla gara la ditta ***** , che aveva prodotto in gara solo due delle tre dichiarazioni relative ai direttori tecnici richieste pena di esclusione dal bando di gara. Di conseguenza, per il ricalcolo delle medie, la gara doveva essere aggiudicata alla ricorrente.

Si costituivano in giudizio, il Consorzio e la ***** s.p.a., che eccepivano tra l'altro l'inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione amministrativa.

I resistenti eccepivano altresì l'inammissibilità del ricorso perché diretto solo contro il verbale di gara limitatamente all'ammissione della ditta ***** e all'aggiudicazione alla ***** s.p.a., e non anche contro l'aggiudicazione definitiva.

Con memorie difensive in data 17 novembre 2001 e 18 marzo

2002, la ***** s.p.a., chiedeva in via del tutto subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento del ricorso avverso, il risarcimento del danno da parte della Amministrazione consorziale.

3. Il Tar con sentenza n. 766 in data 2 maggio 2002:

- respingeva le eccezioni pregiudiziali;
- respingeva nel merito il ricorso in buona sostanza affermando il principio secondo cui la ricorrente avrebbe dovuto provare non solo la mancanza del documento relativo alla ***** , ma anche che i documenti erano stati conservati con adeguate forme e modalità tali da impedirne la possibilità di successiva sottrazione.

4. La sentenza è stata appellata dalla ***** s.r.l., con ricorso notificato il 20 maggio 2002. Questa sostiene di avere fornito il principio di prova attraverso la produzione in giudizio della documentazione di gara inviata dal Consorzio con raccomandata n. 3036 in data 22 agosto 2001.

Si sono costituiti in giudizio il Consorzio e la ***** , che hanno svolto puntuali controdeduzioni.

La controinteressata inoltre:

- con appello incidentale notificato ^{il} 19 giugno 2002 ha riproposto l'eccezione di difetto di giurisdizione, censurando le argomentazioni reietive del TAR.;
- nel controricorso in data 27 maggio 2002 e in memoria conclusiva in data 13 novembre 2002, ha riproposto in via del tutto subordinata e nella denegata ipotesi di accoglimento del ricorso avverso, la do-

manda di risarcimento del danno da parte della Amministrazione consorziale.

In memoria difensiva la * * * * * s.r.l. ha eccepito la tardività dell'appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2002, gli appelli sono passati in decisione.

DIRITTO

I

1. L'appello incidentale, che va esaminato in via pregiudiziale investendo la questione della giurisdizione (cfr. Cassazione civile sez. un., 23 dicembre 1991 n. 13862), è infondato.

In esso si afferma che la odierna controversia non rientra nella giurisdizione amministrativa, in quanto da un lato si verte in materia che l'articolo 143 del testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775 demanda al Tribunale superiore delle acque pubbliche e dall'altro perchè se mai, trattandosi di appalto bandito da ente pubblico economico, la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario.

La tesi non ha pregio.

Osserva il Collegio, in sintonia con i più recenti indirizzi giurisprudenziali (cfr. (Consiglio di Stato, IV, 30 maggio 2002, n. 3014 e 21 agosto 2002, n. 4258 Cassazione civile sez. un., 3 novembre 1993, n. 10826) che l'art. 173, nell'attribuire attualmente (in una prospettiva di soppressione dell'organo ex art. 1 del decreto legge 11 novembre 2002, n. 251) alla cognizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di

legge contro i provvedimenti definitivi adottati dall'Amministrazione in materia di acque pubbliche, si riferisce esclusivamente ai giudizi che riguardano l'utilizzazione delle acque stesse, e in generale a quelli che, anche se aventi finalità diverse, incidono in maniera diretta e immediata sul loro regime.

Ne consegue che sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative agli atti del procedimento formativo della volontà dell'ente pubblico per la scelta dei soggetti esecutori di lavori per la realizzazione di opere concernenti le acque stesse, attesa l'incidenza (non diretta ma) meramente strumentale che tali provvedimenti esplicano sulla materia del regime delle acque pubbliche (cfr. anche Consiglio Stato sez. VI, 31 ottobre 2001, n. 5693).

Quanto alla natura di ente pubblico economico del Consorzio di bonifica, come esattamente rilevato dal Tar, essa non esclude la giurisdizione del giudice amministrativo avuto riguardo all'articolo 33, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (come sostituito dall'art. 7 lett. a della legge 21 luglio 2000, n. 205) in forza del quale sono devolute ad essa giurisdizione in via esclusiva tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o della normativa statale o regionale (cfr. lett d), vale a dire al rispetto di procedimenti di evidenza pubblica previsti dalle predette normative.

Ad avviso del Collegio, il Consorzio di bonifica rientra in questa categoria di soggetti.

La gara di cui trattasi si è infatti svolta in applicazione della normativa regionale sugli appalti di lavori pubblici e in particolare della legge regionale 2 settembre 1998, n. 21, le cui norme “si applicano, nell'ambito del territorio della Regione siciliana, per l'esecuzione di opere di competenza: dell'Amministrazione regionale; di aziende ed enti pubblici da essa dipendenti e/o comunque vigilati; degli enti locali territoriali e/o istituzionali, nonché degli enti ed aziende da questi dipendenti e/o comunque sottoposti a vigilanza, qualunque sia l'importo dell'opera e la fonte dei finanziamenti” (cfr. art. 1)

In forza della legge regionale 25 maggio 1995, n. 45, i Consorzi di bonifica sono persone giuridiche di diritto pubblico, che svolgono attività economica (art. 5, comma 4) Essi sono assoggettati alla vigilanza regionale (art. 20) e quindi rientrano nella previsione dell'art. 1 della l.r. n. 21/1998.

Più in generale l'art. 22 della l.r. n. 45/1995 prevede che si applicano ai consorzi le disposizioni in materia di lavori pubblici e forniture.

Vengono dunque in rilievo procedimenti ad evidenza pubblica che, per quanto detto, sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva amministrativa.

II

1. L'appello principale della * * * * * s.r.l. è fondato.
2. Al riguardo va anzitutto rilevato che la carenza documentale denunciata dalla appellante comportava l'esclusione dalla gara.

Invero il bando :

- al punto 11 n. 3, prevedeva, tra i documenti da presentare, una dichiarazione resa dai direttori tecnici delle ditte partecipanti di non avere riportato determinate condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti applicativi di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale;
- al punto 11 4/n contemplava la produzione, in particolare da parte dei direttori tecnici, di una ulteriore dichiarazione attestante di non trovarsi nelle condizioni di cui alle lett. a) e c) del comma 4 dell'art. 1 della legge regionale n. 21/1998 e dell'art. 18 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406
- al punto 14) delle avvertenze precisava "che si farà luogo all'esclusione dalla gara quando manchi qualcuno dei documenti richiesti".

Non è dubbio che la mancata produzione delle dichiarazioni di cui ai punti 11 n. 3 e 11 n. 4/n (anche relativamente ad uno dei soggetti ad essa tenuti) configuri una causa di esclusione.

3. La questione centrale della odierna vertenza è piuttosto quella concernente la prova della mancata produzione in gara delle dichiarazioni sopra citate.

La circostanza, infatti, che un determinato documento non sia stato ritrovato (in una verifica successiva alla aggiudicazione) non dimostra di per sé che al momento della gara tale documento mancasse, ove in sede di gara non sia stata rilevata la mancata produzione.

La effettiva mancanza del documento deve risultare attendibile anche in base ad altri elementi.

Nella specie tali elementi sussistono.

Come esattamente rilevato dall'appellante, la carenza documentale viene affermata dalla ricorrente in via principale avanti al TAR e a questo Consiglio, sulla base di un sufficiente principio di prova costituito dalla documentazione che, in particolare relativamente alla ditta Penta, il Consorzio aveva trasmesso alla ***** s.r.l., in risposta a domanda di accesso in data 8 agosto 2001, con raccomandata datata 22 agosto 2001.

Non è contestato tra le parti che in detta documentazione non vi fossero le dichiarazioni di vertenza.

La richiesta stessa era stata formulata a distanza di pochi giorni dalla conclusione della gara e trasmessa prima dell'aggiudicazione definitiva della medesima da parte del Consorzio ("aggiudicazione definitiva" espressamente subordinata nel verbale del 25 luglio 2001, ad ulteriore segmento procedimentale riservato agli organi consorziali deliberanti). Il che restringe l'ambito delle possibilità di smarrimento *medio tempore* di parte della documentazione medesima.

Va aggiunto che il Consorzio, per quanto risulta dalla dichiarazione notarile contenuta nel verbale del 25 luglio 2001, ("tutti i documenti dell'impresa offerenti restano agli atti del Consorzio per gli incombeni relativi stante che il Presidente esonera me notaio dall'allegerli") aveva assunto nella sostanza l'obbligo di custodire gli atti di gara e che quindi, ancorché detto obbligo non risulti qualificato da particolari adempimenti (ad esempio custodia in plichi risigillati), è da presumere che la custodia stessa sia avvenuta con le normali garanzie di conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genui-

nità e integrità degli atti, almeno nel periodo immediatamente successivo all'espletamento della gara e prima dell'approvazione definitiva.

Nel suo controricorso in appello, il Consorzio ha affermato che l'archiviazione degli atti di gara è avvenuta con le modalità usuali e cioè mediante una serie di passaggi che interessano una miriade di dipendenti (dall'usciera che materialmente li trasporta agli archivisti che li collocano in appositi fascicoli e, nell'ipotesi di richiesta di copie conformi, dagli uscieri che li riproducono al funzionario che li rilascia).

Osserva il Collegio che dette operazioni devono pur sempre svolgersi sotto la responsabile vigilanza dei funzionari preposti al settore e che eventuali carenze in detta vigilanza non possono costituire di per sé elemento preclusivo all'esercizio del diritto di difesa dei privati.

In tale peculiare contesto, possono ritenersi sussistenti la gravità, precisione e concordanza degli elementi che - in base all'art. 2729 comma 1, c.c. - consentono al giudice di ritenere provato un fatto (nella specie la mancata produzione in gara del documento) per connessione con altri fatti (il mancato rivenimento del documento tra gli atti di gara, dopo il suo espletamento e l'accertamento della mancanza del documento prima della aggiudicazione definitiva alla stregua degli atti forniti dalla stessa amministrazione, che si era assunta l'obbligo di custodirli).

Ai rilievi dell'appellante principale le controparti oppongono le seguenti principali considerazioni:

- della carenza documentale in questione non è rintracciabile alcun cenno nel verbale di gara che fa fede sino a querela di falso;
- la documentazione allegata alle offerte presentate dalle ditte partecipanti è stata esaminata da tre componenti qualificati; il che fa presumere che il documento in questione fosse stato presentato e solo successivamente all'espletamento della gara andato smarrito.

I rilievi non sembrano determinanti, in quanto da un lato il verbale di gara d'appalto pubblico, pur essendo un atto pubblico che fa fede fino a querela di falso, non per ciò solo preclude qualunque altro accertamento sui fatti in esso descritti, giacché, in base all'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa sì piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che costui attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma non fa fede pure delle valutazioni da lui compiute né esclude la possibilità di errori in tale operazione (cfr. Consiglio Stato sez. V, 22 maggio 2001, n. 2829).

Quanto alla qualificazione dei soggetti (presidente del seggio di gara, responsabile del procedimento, notaio), che hanno esaminato la documentazione prodotta dalle ditte concorrenti, essa non esclude margini di errore, tanto più ove si considerino l'elevato numero di ditte partecipanti (71) e quindi la notevole mole della documentazione da esaminare in tempi, nella specie, molto accelerati (le operazioni di gara sono state iniziate alle ore 10 del giorno 25 luglio 2001 e si sono concluse con l'aggiudicazione "provvisoria" alle ore 17,10 della stessa giornata).

III

1. E' inammissibile la domanda della ***** s.p.a., formulata in via incidentale e per l'ipotesi di accoglimento dell'appello principale, intesa a ottenere il risarcimento del danno da parte del Consorzio.

Sia in primo grado che in appello la domanda stessa risulta infatti contenuta in atti non notificati alla controparte e quindi non utili ad instaurare in modo rituale il contraddittorio.

IV

1. Per le considerazioni che precedono, assorbita ogni ulteriore questione:

- l'appello incidentale della ***** s.p.a. va respinto;
- l'appello principale della ***** s.r.l. va accolto, con conseguente annullamento *in parte qua* del verbale di gara 25 luglio 2001;
- la domanda di risarcimento proposta dalla ***** s.p.a., nei confronti del Consorzio di bonifica n. * di ***** deve essere dichiarata inammissibile.

2. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale,

- respinge l'appello incidentale della ***** s.p.a.;

- accoglie l'appello principale della ***** s.r.l.;
- dichiara inammissibile la domanda di risarcimento proposta dalla ***** s.p.a., nei confronti del Consorzio di bonifica n. * di ***** .

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Palermo, addì 20 novembre 2002 dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, riunito in camera di consiglio con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, estensore, Paolo Turco, Raffaele Tommasini, Vittorio Mammana, componenti.

Luigi Trovato
Tisteca Maria Assunta, leg. 2

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 20 GEN. 2003

(Art. 55 Legge 27.4.1982 n. 186)

IL DIRETTORE DELLA SEZIONE

Rosalia Filippola