

Pubblicato il 08/05/2017

N. 01229/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00340/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 340 del 2017, proposto da:
Onofaro Antonino Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Concetta Bosurgi, con domicilio
eletto presso lo studio Raffaele Carra' in Palermo, via Dante, 58/A;

contro

Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilita' - Urega - Ufficio
Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici, in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge
Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici, di
via A. De Gasperi 81, è domiciliato;

Comune di Altofonte – Centrale Unica di Committenza Comuni
Altofonte Monreale;

nei confronti di

Tech Servizi s.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del verbale di gara del 3.1.2017, comunicato con nota prot. n. 124 del 5.1.2017, con cui la Commissione di gara ha proceduto all'esclusione della ditta ricorrente Onofaro Antonino s.r.l. dalla gara d'appalto per l'affidamento settennale del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani differenziati e indifferenziati compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'ARO di Altofonte indetta con bando di gara del 27.7.2016, ed ove occorra del capitolato speciale d'appalto e di qualsiasi altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi comprese la nota prot. n. 37497 del 15.12.2016, contenente richiesta di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016, e la nota prot. n. 124 del 5.1.2017, con cui è stata comunicata alla ditta ricorrente la propria esclusione dalla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 1° febbraio 2017, e depositato il successivo 13 febbraio, la società ricorrente ha impugnato il verbale

indicato in epigrafe da cui risulta la sua esclusione dalla gara d'appalto per l'affidamento settennale del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani differenziati e indifferenziati compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'ARO di Altofonte indetta con bando di gara del 27.7.2016.

La ricorrente articola le censure di: I) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 105, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 e del principio di tassatività delle cause di esclusione – Eccesso di potere, anche sotto i profili del difetto di istruttoria e carenza assoluta del presupposto di esclusione dalla gara; II) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 93, comma 7, del D.Lgs. 50/2016 – Eccesso di potere anche sotto i profili del difetto di istruttoria e carenza assoluta del presupposto di esclusione dalla gara.

Sostiene la ricorrente che il provvedimento che l'ha esclusa dalla gara per cui è causa è illegittimo in quanto fondato su argomentazioni errate, non idonee a supportarne l'adozione.

In particolare la commissione di gara ha escluso la ricorrente in quanto tale società ha ritenuto di non avvalersi del soccorso istruttorio che le era stato offerto per integrare la domanda di partecipazione alla gara nella parte in cui non indicava il/i nominativo/i dei subappaltatori, né, conteneva le dichiarazioni di questi in ordine alle verifiche di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e del DGUE, nonché al fine di integrare la cauzione provvisoria, ritenuta insufficiente rispetto a quanto sarebbe dovuta essere.

La ricorrente contesta che la propria domanda contenga le carenze rilevate con l'atto che ha disposto il soccorso istruttorio e, conseguentemente, rileva l'illegittimità della determinazione di

escluderla dalla gara, per non avere integrato la propria istanza di partecipazione alla gara, nei termini richiesti dalla commissione.

Si è costituita l'Amministrazione regionale intimata, rilevando la propria carenza di legittimazione passiva.

A seguito dell'accoglimento della domanda cautelare proposta nel presente ricorso, giusta ordinanza di questa sezione n. 294/2017, è stata fissata la camera di consiglio per la sua definizione nel merito, rientrando la controversia nel disposto dell'art. 120, comma 2 bis e 6 bis, c.p.a.

Alla camera di consiglio fissata per la sua decisione il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'amministrazione regionale intimata in giudizio.

A parere di questo collegio l'eccezione non è fondata.

In considerazione delle novità introdotte dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., non può più qualificarsi quale mero atto endoprocedimentale, privo di efficacia esterna, la determinazione di una commissione di gara di escludere uno dei concorrenti, determinazione che, in considerazione della formulazione della norma richiamata, è soggetta ad immediata impugnazione giurisdizionale.

Conseguentemente, impregiudicata qualsiasi valutazione per le ipotesi in cui le determinazioni dell'U.R.E.G.A. vengano trasfuse nell'atto di aggiudicazione definitiva dell'ente appaltante, fino a quel momento non può più essere messa in discussione la loro autonoma valenza lesiva, e quindi la legittimazione processuale passiva del

soggetto che le ha poste in essere, in caso di loro impugnazione (C.G.A. n. 66/2017; T.A.R., Sicilia, Palermo, III, n. 738/2017).

Alla luce di tali considerazioni, l'eccezione di carenza di legittimazione passiva dell'amministrazione regionale deve essere respinta.

Ciò premesso il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Con il primo motivo di ricorso rileva parte ricorrente che sarebbe errata la valutazione operata dalla commissione di gara secondo la quale la propria offerta sarebbe incompleta per non avere indicato il nome del soggetto con il quale avrebbe stipulato il sub appalto; con conseguente illegittimità della determinazione di escluderla dalla gara per non avere fornito tale indicazione, neanche a seguito del soccorso istruttorio disposto.

La materia è ora regolata dall'art. 105, comma 6°, del D. Lgs. n. 50/2016, pacificamente applicabile all'appalto per cui è causa, secondo il quale l'obbligatoria indicazione della terna dei sub appaltatori deve essere espressamente prevista nel bando o avviso di gara.

La questione che viene in rilievo deve essere pertanto risolta verificando se, nello specifico appalto in esame, tale obbligatoria indicazione sia stata o meno prevista, in conformità alle norme di legge, in quanto è evidente che solo in caso corretta richiesta di tale indicazione, potrebbe essere ritenuto legittimo l'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente per la sua mancata ottemperanza.

Il collegio non condivide la tesi della ricorrente secondo la quale, in termini generali, la richiesta della indicazione dei sub appaltatori deve necessariamente essere contenuta nel bando, senza che possa

attribuirsi analoga efficacia a quella contenuta nel capitolato speciale: gli atti di gara hanno il medesimo scopo di regolare la gara disposta, la cui disciplina si trae tendenzialmente dalla loro reciproca integrazione, ancor più quando non siano tra loro in contrasto.

Il vero punto determinante è che l'indicazione contenuta all'art. 7 del capitolato speciale di appalto non è affatto conforme alle precise indicazioni contenute all'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, risultando erroneamente modulata sull'ormai inapplicabile D.Lgs. 163/2006.

La disposizione fa più volte riferimento all'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, richiedendo l'indicazione del/i subappaltatore/i a tal fine designati; e non soltanto manca alcun riferimento alla *terna* di cui all'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016, ma l'espresso riferimento all'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 è chiaramente fuorviante alla luce della giurisprudenza, correttamente richiamata in ricorso, secondo la quale dalle disposizioni del precedente codice degli appalti pubblici si ricava non soltanto la non necessità di indicare il nome del sub appaltatore, ma addirittura la nullità della eventuale disposizione degli atti di gara che la richiedesse, con comminatoria di esclusione dalla gara.

In conclusione, in assenza di una valida indicazione ricavabile dagli atti di gara, conforme alla prescrizione del comma 6° dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, non può ritenersi che le offerte presentate per l'appalto in esame dovessero essere corredate dell'indicazione della terna dei sub appaltatori; conseguentemente l'amministrazione intimata non avrebbe dovuto disporre l'esclusione della ricorrente per tale asserita omissione.

Con il secondo motivo di ricorso sostiene la Onofaro Antonino s.r.l. che sarebbe errato anche l'ulteriore motivo posto a fondamento

dell'impugnata esclusione, consistente nell'aver la commissione di gara ritenuto che la cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente fosse di importo inferiore a quello dovuto.

Anche tale motivo di ricorso è fondato in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dalla commissione di gara, per espressa indicazione di legge, le riduzioni previste dall'art. 93 comma 7° del D.Lgs. n. 50/2016 si cumulano, e non vanno poste in rapporto tra loro.

Conseguentemente, poiché la ricorrente può beneficiare sia della riduzione del 50% che di quella del 20%, l'importo della cauzione provvisoria si riduce al 30% di quello che sarebbe stato in via ordinaria, e la misura della cauzione presentata risulta pertanto conforme a quanto previsto per legge.

In conclusione il ricorso è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione impugnato.

Le spese di lite, poste a carico dell'Assessorato regionale resistente, vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Assessorato Regionale resistente al pagamento delle spese di giudizio che liquida, in favore della ricorrente, in €. 2.000,00, oltre accessori di legge; compensa le spese con il comune di Altofonte.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 aprile
2017 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola Maisano

IL PRESIDENTE
Solveig Cogliani

IL SEGRETARIO