

I partecipanti alle pubbliche gare hanno l'onere di impugnare immediatamente le clausole del bando che ne precludano chiaramente l'ammissione alla gara, restando, di riflesso, escluse da tale onere quelle clausole la cui portata lesiva derivi dalla interpretazione fattane dalla P.A. in sede di procedimento

in tema di obbligo di impugnazione delle clausole della lex specilias, il Tar Sicilia, Palermo con la sentenza numero 1042 del 20 marzo 2007 ci insegna che:

< In particolare è stato osservato che l'impugnativa autonoma del bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto d'appalto della P.A. è necessaria soltanto quando esso sia immediatamente e direttamente lesivo perché contenga clausole tassative in grado di inibire inevitabilmente la partecipazione alla gara, ma non quando la lesione dell'interesse dell'escluso derivi da una interpretazione della stessa.>

inoltre in tema di presentazione della documentazione da parte delle ati, merita sapere che:

< D'altronde, solamente nel settore degli appalti c.d. esclusi di cui all'art. 1 D.L. vo 17 marzo 1995 n. 158, è tuttora operante la clausola (dettata dall'art. 23) che impone il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile con rappresentanza (e quindi la costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese) in un momento antecedente alla presentazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 29 marzo 2004, n. 608), ma, nella specie, non risulta da alcun elemento testuale del bando o del disciplinare che il Comune di Campobello di Mazara abbia inteso ammettere alla gara solamente i raggruppamenti già costituiti.

Anzi, la testuale lettura del punto 10 del bando evidenzia espressamente che alla gara potevano essere ammessi, sia i soggetti di cui all'art. 10, comma 1, della L. n. 109/1994 (ossia le ATI già costituite), sia quelli di cui all'art. 13, comma 5, della medesima legge (ossia le ATI non ancora costituite), di guisa che la reale portata del punto 6 del disciplinare (come sopra testualmente riportato) non può non integrarsi con quest'ultima previsione e con il contesto normativo ivi richiamato (operante in Sicilia in forza dei richiami alla legislazione nazionale contenuti nella L.r. n. 7/2002 e s.m. e i.).

Pertanto è da escludersi che la produzione del “mandato collettivo irrevocabile” fosse richiesta (anche) nell'ipotesi - come nella specie - di partecipazione di una ATI non ancora costituita>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA INOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 2587/2006, Sezione III, proposto dalla costituenda A.T.I. Impresa Costruzioni ** di ** Castrenze (capogruppo) e ** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giovanni Lentini ed Anna Rita Perrone, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Siracusa n. 30, presso lo studio dell'Avv. Roberto Genna;

CONTRO

- il Comune di Campobello di Mazara, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to Giovanni Immordino, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Palermo via Libertà n. 171;

E NEI CONFRONTI DI

- ** Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to Gianni Caracci, elettivamente domiciliato in Palermo, via Mariano Stabile n. 200, presso lo studio dell'Avv.to Francesco P. Gallo;

- * di Oliveri Fabrizio, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

- del verbale "aggiudicazione asta pubblica"- 1^ seduta di gara - del 2.10.2006;

- del successivo verbale - 2^ seduta di gara - del 10.10.2006;

- del successivo verbale - 3^ seduta di gara - del 12.10.2006;

- del successivo verbale - 4^ seduta di gara - del 13.10.2006 (recante l'esclusione dell'ATI odierna ricorrente);

- del successivo verbale - 5^ seduta di gara - del 17.10.2006;

- del successivo verbale - 6^ seduta di gara - del 19.10.2006;

- del successivo verbale - 7^ seduta di gara - del 21.10.2006 e del procedimento di aggiudicazione con esso definitivamente assunto (previo sorteggio delle offerte di pari ribasso) in favore dell'A.T.I.

** Costruzioni - Co.Edi. di Oliveri Fabrizio;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Campobello di Mazara e della controinteressata ** Costruzioni s.r.l., e le rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 9 marzo 2007, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'Impresa Costruzioni ** di ** Castrenze, capogruppo della costituenda ATI con l'Impresa ** s.r.l., impugna i verbali di gara di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, deducendo in fatto:

- di avere praticato il ribasso del 7,319%;

- di non avere potuto partecipare al sorteggio delle offerte collocatesi "ex aequo" in quanto è stata esclusa dalla gara (come da verbale del 13.10.2006), per le seguenti ragioni:

a) la mandante ** non avrebbe autenticato la dichiarazione di cui al punto 6) del disciplinare di gara relativa alla partecipazione della stessa come parte della costituenda ATI;

b) la capogruppo ** avrebbe omesso di specificare nel modello GAP che partecipava alla gara in associazione temporanea di imprese.

In punto di diritto deduce:

I) Violazione e falsa applicazione del punto 6) del disciplinare di gara; eccesso di potere per sviamento;

II) Violazione e falsa applicazione del punto 7) del disciplinare di gara in riferimento all'art. 1, comma 4, del D.L. 6.9.1982, n. 629 convertito dalla L. 12.10.1982, n. 726;

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, lett. b) L. n. 241/1990; violazione del principio comunitario del "favor participationis"; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

2. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune intimato, che con rituale memoria difensiva eccepisce l'irricevibilità del ricorso (con riferimento al verbale 13-10-2006 di esclusione della ricorrente) contestandone, altresì, la fondatezza e concludendo per il suo rigetto con ogni conseguente statuizione sulle spese.

3. Resiste in giudizio anche la controinteressata ** Costruzioni s.r.l., contestando la fondatezza del gravame, eccependone, altresì, l'irricevibilità (sotto il profilo prima evidenziato), nonché l'inammissibilità per omessa tempestiva impugnazione del punto 6) del disciplinare laddove richiedeva a pena di esclusione che in ipotesi di associazione o consorzio GEIE già costituito i

concorrenti dovessero produrre "... mandato collettivo irrevocabile con rappresentanza conferito alla mandataria per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero l'atto costitutivo in copia autentica privata autenticata, ovvero l'atto costitutivo in copia autentica del consorzio GEIE".

4. Con ordinanza collegiale n. 110 del 18 gennaio 2007 è stata accolta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza della trattazione del merito del ricorso ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

5. In vista dell'udienza di trattazione il Comune resistente ha prodotto memoria insistendo nelle rassegnate eccezioni, difese e domande.

6. Alla pubblica udienza del 9 marzo 2007, presenti i difensori delle parti - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Va disattesa, in primo luogo, l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Comune resistente secondo il quale i ricorrenti avrebbero avuto l'onere di impugnare il verbale 13.10.2006 recante l'esclusione della A.T.I. ricorrente nei sessanta giorni successivi alla intervenuta pubblicazione di detto verbale all'Albo pretorio del Comune dal 16.10 al 18.10.2006.

Invero, l'art. 21 bis L. 109/1994, introdotto dalla L.r. n. 7/2002, dispone come segue:

"1. Il verbale di gara di appalto dei lavori deve essere redatto immediatamente, sottoscritto dall'impresa aggiudicataria, se presente, e pubblicato, per almeno tre giorni consecutivi non festivi nella sede degli enti dove è svolta la gara. Ove l'aggiudicatario non sia presente, deve essergli data comunicazione immediata da parte del responsabile del procedimento.

"2. In assenza di rilievi o di contestazioni, che devono essere effettuati nei sette giorni successivi a quello di espletamento della gara, il verbale di gara diviene definitivo".

Tali disposizioni, che configurano, nell'ordinamento regionale, un ben definito e speciale sistema di pubblicità legale dell'esito delle gare d'appalto (e che ripropone nella sostanza il meccanismo già previsto dall'art. 23 L. reg. sic. 8 marzo 1971 n. 5), si riferiscono espressamente alla pubblicazione del verbale di aggiudicazione, quale atto terminale del relativo procedimento da farsi sottoscrivere dall'aggiudicataria ove presente. Nella specie, il verbale di aggiudicazione è del 21.10.2006 (7^a seduta) e risulta essere stato pubblicato in data 23.10.2006 (così nella determinazione dirigitale n. 1/2007 versata in atti dal Comune resistente in data 17.01.2007); di conseguenza, il presente ricorso, notificato in data 20 dicembre 2006, è da ritenersi tempestivo, essendo stato proposto entro i sessanta giorni successivi all'ultimo dei previsti tre giorni di pubblicazione (26.10.2006) implicante la definitività del predetto verbale.

La circostanza, poi, che anche il verbale endoprocedimentale del 13.10.2006 - recante l'esclusione della ricorrente e di altre imprese - sia stato pubblicato per 3 gg. consecutivi, dal 16.10 al 18.10.2006, appare del tutto irrilevante stante il ricordato sistema di pubblicità legale delle gare d'appalto incentrato sulla pubblicazione del solo verbale di aggiudicazione (cfr. C.g.a., 16 ottobre 2002, n. 592; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 24 dicembre 2002, n. 4640); essendo, altresì, pacifico in giurisprudenza che, in generale (cfr. art. 21 L. n. 1034/1971), la pubblicazione dell'atto amministrativo, relativamente ai soggetti in esso espressamente contemplati, può assumere rilevanza (ai fini della decorrenza del termine di impugnativa) solo se prevista da specifiche disposizioni di legge, o regolamentari (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2915), ossia da fonti normative assistite da presunzione di conoscenza "erga omnes".

2. Va disattesa, altresì, l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune resistente in relazione alla mancata tempestiva impugnazione del punto 6 del disciplinare di gara laddove testualmente dispone (a pena di esclusione) che i concorrenti dovessero produrre "... (nel caso di associazione o consorzio GEIE - Gruppo *peo d'Interesse Economico - già costituito) mandato collettivo irrevocabile con rappresentanza conferito alla mandataria per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero l'atto costitutivo in copia autentica privata autenticata, ovvero l'atto costitutivo in copia autentica del consorzio GEIE".

Invero, i partecipanti alle pubbliche gare hanno l'onere di impugnare immediatamente le clausole del bando che ne precludano chiaramente l'ammissione alla gara, restando, di riflesso, escluse da

tale onere quelle clausole la cui portata lesiva derivi dalla interpretazione fattane dalla P.A. in sede di procedimento (cfr. Cons. Stato, V Sez., 16 gennaio 2002, n. 226). In particolare è stato osservato (cfr. Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2001, n. 4529) che l'impugnativa autonoma del bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto d'appalto della P.A. è necessaria soltanto quando esso sia immediatamente e direttamente lesivo perché contenga clausole tassative in grado di inibire inevitabilmente la partecipazione alla gara, ma non quando la lesione dell'interesse dell'escluso derivi da una interpretazione della stessa.

Nella specie, ricorre tale seconda ipotesi, in quanto la clausola del disciplinare in parola, nel richiedere la produzione del "mandato collettivo irrevocabile", rimanda obiettivamente all'atto tipico di fondazione delle ATI "costituite", ed è solamente nell'interpretazione datane dal seggio di gara (della cui correttezza o meno si dirà in seguito) che tale clausola è stata estesa alle ATI "costituende".

3. Nel merito, il ricorso è fondato.

A) Circa l'omissione in cui sarebbe incorsa la mandante **, che in relazione al punto 6 del disciplinare di gara non avrebbe "... prodotto mandato collettivo irrevocabile con rappresentanza conferito alla mandataria per atto pubblico, ma per scrittura privata non autenticata" (così nella citata det.ne dirigitale n. 1/2007), va osservato che la "lex specialis", richiedendo il "mandato collettivo irrevocabile" ha inteso riferirsi (e quindi non può che applicarsi) alle ATI "già costituite", posto che solamente per queste ultime ha senso parlare di un "mandato collettivo irrevocabile" conferito al soggetto mandatario.

D'altronde, solamente nel settore degli appalti c.d. esclusi di cui all'art. 1 D.L. vo 17 marzo 1995 n. 158, è tuttora operante la clausola (dettata dall'art. 23) che impone il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile con rappresentanza (e quindi la costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese) in un momento antecedente alla presentazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 29 marzo 2004, n. 608), ma, nella specie, non risulta da alcun elemento testuale del bando o del disciplinare che il Comune di Campobello di Mazara abbia inteso ammettere alla gara solamente i raggruppamenti già costituiti. Anzi, la testuale lettura del punto 10 del bando evidenzia espressamente che alla gara potevano essere ammessi, sia i soggetti di cui all'art. 10, comma 1, della L. n. 109/1994 (ossia le ATI già costituite), sia quelli di cui all'art. 13, comma 5, della medesima legge (ossia le ATI non ancora costituite), di guisa che la reale portata del punto 6 del disciplinare (come sopra testualmente riportato) non può non integrarsi con quest'ultima previsione e con il contesto normativo ivi richiamato (operante in Sicilia in forza dei richiami alla legislazione nazionale contenuti nella L.r. n. 7/2002 e s.m. e i.).

Pertanto è da escludersi che la produzione del "mandato collettivo irrevocabile" fosse richiesta (anche) nell'ipotesi - come nella specie - di partecipazione di una ATI non ancora costituita.

Vero è, peraltro, che il punto 6 del disciplinare parla letteralmente di "associazione o consorzio GEIE ... già costituito", utilizzando cioè un participio passato al singolare, che sembra doversi riferire a quest'ultimo soggetto (GEIE) e non anche alle ATI (nel qual caso, grammaticalmente, sarebbe stato necessario l'uso del plurale "costituiti"), ma tale dato puramente letterale appare (in applicazione del canone ermeneutico secondo cui l'interpretazione degli atti amministrativi non può non conformarsi ai principi della ragionevolezza e della logicità; cfr. Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4756) del tutto recessiva, sia rispetto alla coerenza interna della stessa "lex specialis", sia al ricordato quadro legislativo di riferimento laddove si ammettono alle pubbliche gare d'appalto (anche) le associazioni di imprese ancora non formalmente "costituite", le quali si connotano (in termini negoziali) proprio per l'assenza di un mandato collettivo irrevocabile in favore dell'impresa designata "capogruppo".

B) Circa l'omissione in cui è incorsa la capogruppo **, che non ha specificato nel modello GAP di partecipare in ATI, va detto che trattasi della mancata segnatura (con una "crocetta") dell'apposita casella a tal fine predisposta nel modello in parola e che ciò non era espressamente sanzionato con l'esclusione: la quale, viceversa, risulta comminata in relazione alla mancata produzione del modello GAP (v. il punto 7 del disciplinare di gara). Di conseguenza, ricorre una ipotesi di mera

irregolarità sanabile, anche perché la mancanza di cui sopra non sembra abbia reso il documento inidoneo allo scopo previsto dalla legge posto che dall'istanza di partecipazione della ** (cfr. copia in atti) risultava chiaramente che essa partecipava alla gara nella dispiegata qualità di impresa associata in ATI.

Né può rilevare in contrario (secondo quanto sostenuto dal Comune resistente) la clausola generale di cui a pag. 11 del disciplinare ("La domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui ai punti 1,2,3,4,5,6,7,8 e 9, a pena di esclusione, devono contenere quanto previsto nei predetti punti"), dato che trattasi di consueta clausola generale di chiusura, che, come tale, abilita il Collegio a discriminare le mere irregolarità dalle concrete carenze (cfr. Cons. Stato, VI Sez., 13 giugno 2000 n. 3290).

3. Per le dette ragioni, l'esclusione della ricorrente dalla gara di che trattasi e le conseguenti determinazioni non resistono alle addotte censure ed il ricorso dev'essere accolto, con la conseguente statuizione di annullamento, per quanto di ragione degli atti in epigrafe indicati.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia (scaturita, anche, da circostanze imputabili direttamente alla ricorrente), per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla, per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 9 marzo 2007, con l'intervento dei sigg. magistrati:

- Calogero Adamo Presidente
- Calogero Ferlisi Consigliere-estensore
- Nicola Maisano Primo Referendario

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il 29 marzo 2007

Il Direttore della Sezione