

N. 01352/2010 REG.SEN.
N. 01494/2009 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso n. 1494 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Alfa Impianti s.n.c., in persona del l.r. pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Danilo D'Arpa, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo difensore, in Lecce alla via Manzoni 32/D;

contro

- il Comune di Brindisi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Emanuela Guarino e Francesco Trane, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Antonio Astuto, in Lecce alla via Umberto I 28;

nei confronti di

- Sme s.c.a.r.l., in persona del l.r. pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Roberto Palmisano, con domicilio eletto presso lo studio

dell'Avv. Andrea Fiocco, in Lecce alla via Duca degli Abruzzi 20;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale prot. n. 167 del 27.5.09 del Comune di Brindisi, conosciuta in data 8.10.2009, con cui è stato aggiudicato definitivamente l'appalto dei "lavori di ristrutturazione impianto di pubblica illuminazione Rione Commenda" al concorrente Sme s.c.a.r.l.;
- dei verbali di pubblico incanto, tutti, e segnatamente di quelli del 15.4.09 e 8.5.09 allegati alla suddetta determinazione, anch'essi conosciuti in data 8.10.09,
- della nota prot. n. 399 del 9.7.09, a firma del Dirigente AA.GG. del Comune di Brindisi, con cui è stato dato negativo riscontro alle contestazioni contenute nella diffida notificata dalla odierna deducente in data 6.7.09;
- della nota prot. 56840 dell'8.9.09, a firma del Dirigente AA.GG. del medesimo Comune, con cui è stato dato negativo riscontro alla nota protocollata in data 16.07.09, di precisazione della prime contestazioni;
- di ogni altro atto, presupposto, collegato e/o consequenziale.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Brindisi.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sme s.c.a.r.l..

Visti gli atti della causa.

Relatore all'udienza pubblica dell'11 marzo 2010 il dott. Ettore

Manca e uditi gli Avv.ti Tolomeo -in sostituzione di D'Arpa- e De Nuzzo -in sostituzione di Palmisano.

Osservato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Dal ricorso e dagli altri atti della causa emerge che:

1.1 la società "Alfa Impianti" partecipava all'incanto indetto dal Comune di Brindisi per l'affidamento dell'appalto dei "lavori di ristrutturazione impianto di pubblica illuminazione Rione Commenda".

1.2 La ricorrente si collocava al secondo posto della graduatoria, dietro la controinteressata SME s.c.a.r.l., cui l'appalto veniva, con determinazione dirigenziale prot. n. 167 del 27.5.09, definitivamente aggiudicato.

2.- Il provvedimento appena richiamato, e comunque quelli indicati in epigrafe, venivano dunque impugnati dalla ditta Alfa Impianti s.n.c. per i seguenti motivi:

A) Violazione dell'art. 18 d.p.r. 34/00, anche in connessione con l'art. 36 d.lgs. 163/06, per la carenza del requisito speciale. Erronea presupposizione. Eccesso di potere per mancata verifica dell'irregolarità della dichiarazione di possesso del requisito. Violazione di legge per la mancata applicazione della sanzione connessa alla falsità della dichiarazione relativa al possesso del requisito della categoria OG10.

B) Violazione della legge di gara. Perplessità, contraddittorietà e

illogicità dell'azione amministrativa.

C) Violazione dell'art. 71 d.p.r. 445/00.

D) Violazione degli artt. 40 d.lgs. 163/06, 15 e 20 d.p.r. 34/00.

E) Violazione degli artt. 12, lett. a) e 14, pp. 2 e 3, del bando di gara.

Violazione degli artt. 40, comma 3, lett. a), 43 d.lgs. 163/06 e 4, comma 1, d.p.r. 34/00.

F) Violazione degli artt. 40, comma 7 d.lgs. 163/06 e 14, punto 3 del bando di gara sotto altro profilo.

3.- Costituitisi in giudizio, il comune di Brindisi e la SME s.c.a.r.l. chiedevano il rigetto del ricorso sulla base di argomentazioni che saranno esaminate congiuntamente ai motivi di gravame proposti.

4.- All'udienza dell'11 marzo 2010 la causa veniva introitata per la decisione.

5.- Tanto premesso in fatto, il Collegio rileva che il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni che di seguito si esporranno.

6.- Deve anzitutto osservarsi come, già esaminando l'istanza cautelare formulata dalla ricorrente, questo Tribunale avesse rilevato quanto segue:

- <<Premesso che:

- la "Alfa Impianti" s.n.c. impugna gli atti della gara bandita dal Comune di Brindisi relativamente ai lavori di ristrutturazione dell'impianto di pubblica illuminazione del Rione Commenda;

- detta gara veniva aggiudicata alla Sme s.c.a.r.l., con un ribasso del 47,86 %, risultando invece essa Alfa Impianti seconda in graduatoria

-con un ribasso del 47,07 %;

- l'allegato "A" del bando di gara, richiamato dall'art. 14 del bando medesimo, prescriveva, con riferimento al legale rappresentante dell'impresa, la presentazione di una dichiarazione relativa all'assenza di "sentenze, ancorchè non definitive, relative a reati che precludano la partecipazione alle gare d'appalto".

Rilevato che nel caso in esame, invece, la sig.ra Anna Maria Perilli, la quale come presidente del consiglio di amministrazione della società era titolare, in forza di specifica previsione statutaria, della rappresentanza della stessa, rendeva una dichiarazione sul punto incompleta, poichè relativa alle sole sentenze definitive.

Ritenuto che, in questo senso, il ricorso pare assistito del prescritto *fumus boni iuris* [...] >> (ord. n. 819 del 29/31.10.09).

6.1 La decisione del Tribunale veniva quindi confermata -in sede d'appello- dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 6406 del 2009 (<<Considerato che, ad una sommaria delibazione, il ricorso [avverso l'ordinanza del T.a.r., ndr] non presenta sufficienti profili di *fumus boni iuris*, contrastando la dichiarazione resa dal Presidente del Consiglio di amministrazione dell'impresa aggiudicataria, dotato di poteri di rappresentanza, con l'obbligo previsto dalla *lex specialis* di dichiarare l'assenza di sentenze a proprio carico ancorchè non definitive>>).

7.- Ciò premesso, deve osservarsi che alle considerazioni fin qui esposte, pienamente condivise dal Collegio e richiamate quali parti

integranti di questa motivazione, va solo aggiunto che:

- la dichiarazione relativa all'assenza di "sentenze, ancorchè non definitive, relative a reati che precludano la partecipazione alle gare d'appalto", era richiesta dall'allegato "A" del bando di gara, a sua volta richiamato dall'art. 14 del bando medesimo, ed era appunto relativa, come rilevato, al legale rappresentante dell'impresa;
- nel caso in esame, invece, la sig.ra Anna Maria Perilli, Presidente del C.d.A. della società, non rendeva una dichiarazione completa, in quanto la stessa era relativa alle sole sentenze definitive;
- la visura camerale in atti riferisce alla predetta Perilli, nella qualità di Presidente del C.d.A., in conformità alle previsioni statutarie, la rappresentanza dell'impresa (Elenco amministratori - Presidente Consiglio Amministrazione - Perilli Anna Maria - Rappresentante dell'impresa);
- né ai fini de quibus poteva valere, infine, la dichiarazione resa dalla Perilli con riguardo alle condizioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c), d.lgs. 163/06, la quale non comprendeva le sentenze non definitive (<<1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:
 - b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste

dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di

società o consorzio>>).

7.1 Essendo le commissioni di gara, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, strettamente vincolate al rispetto delle clausole del bando stabilite espressamente a pena di esclusione (cfr., sul punto, l'art. 14 del bando, già citato), posto che, in tali ipotesi, l'applicazione rigida della *lex specialis* garantisce la parità di trattamento tra tutti i partecipanti ed evita atteggiamenti arbitrari delle commissioni medesime (assumibili nell'esercizio di un non previsto potere di "soccorso" volto a rimediare agli eventuali difetti delle domande di partecipazione: cfr., fra le ultime, T.a.r. Puglia Bari, I, 1 dicembre 2009, n. 2072; T.a.r. Liguria Genova, II, 21 ottobre 2009, n. 2897; T.a.r. Puglia Lecce, III, 10 settembre 2009, n. 2108), il ricorso è dunque per tutto quanto prima esposto fondato, con assorbimento di ogni altra questione formulata.

8.- Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza di Lecce, accoglie il ricorso n. 1494/09 indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio dell'11 marzo 2010, con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Ettore Manca, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO