

N. 01297/2010 REG.SEN.

N. 03374/2009 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso numero di registro generale 3374 del 2009, proposto da:  
Consorzio Stabile Stretto di Messina S.C.A.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Michele Ali con domicilio eletto presso Michele Ali in Catania, via Crociferi, 60;

***contro***

Comune di Modica, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Piccione, con domicilio eletto presso Alessandro Girbino in Catania, via Asilo Sant'Agata, 19;

***nei confronti di***

S.I.C.S. S.r.l. e Edilzeta S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Trimboli, con domicilio eletto presso Salvatore Trimboli in Catania, via Firenze, 225;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della delibera della Giunta Municipale di Modica n. 237 del 12 ottobre 2009, non comunicata, con la quale è stata valutata di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37 ter della L. 11 febbraio 1994, n. 109, la proposta presentata dalla costituenda A.T.I. S.I.C.S. S.r.l. (capogruppo mandataria) - Edilzeta srl (mandante) per la realizzazione mediante finanza di progetto dei " Lavori di riqualificazione, completamento ed ampliamento del cimitero comunale, nonché della relativa gestione dei servizi cimiteriali", senza oneri per l'Ente, ed è stato approvato il progetto preliminare con le prescrizioni indicate alle lettere da a) ad i) della parte dispositiva della richiamata delibera di G.M. 237/2009;
- nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali ed in particolare:
  - dell'avviso di finanza di progetto del Responsabile Unico del Procedimento (R.U.P.) del Comune di Modica in data 28 dicembre 2006 per le parti infra meglio specificate;
  - della determina 6 dicembre 2007 n. 3461, con la quale il Sindaco di Modica ha nominato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.21 commi 4 e 5 della legge 109/1994 applicabile in Sicilia, la Commissione giudicatrice per la scelta della proposta di pubblico interesse, del soggetto promotore e dell'affidatario in project financing dei "lavori di riqualificazione, completamento ed ampliamento del cimitero comunale, nonché della relativa gestione dei servizi cimiteriali";
  - di tutti i verbali della Commissione giudicatrice ( verbali dal n.1 al n. 18 ) del 29 febbraio 2008 , 14 marzo 2008, 3 aprile 2008, 4 aprile

2008, 17 aprile 2008, 18 aprile 2008, 15 maggio 2008, 5 giugno 2008, 6 giugno 2008, 2 ottobre 2008, 13 novembre 2008, 27/28 novembre 2008, 10/11 dicembre 2008, 11 febbraio 2009, 18/19 febbraio 2009, 25/26 febbraio 2009 (complessivamente n. 19 verbali), nonché della relazione generale e della relazione riservata della Commissione giudicatrice, allo stato solo in parte conosciuti, nonché degli atti posti in essere dal R.U.P. antecedentemente e successivamente all'adozione della determina sindacale di nomina della Commissione giudicatrice e degli atti successivi e consequenziali che trovano il loro supporto negli atti di cui sopra;

nonché per l'accoglimento

del ricorso ex art.25 della legge 241/90, proposto in corso di giudizio per l'accesso ed il rilascio della copia degli atti della procedura, formalmente richiesti in data 20 ottobre 2009 e solo parzialmente rilasciati in data 26 novembre 2006, con la consequenziale condanna del Comune al rilascio di tutti gli atti e documenti della procedura de qua.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Modica:

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale della S.I.C.S. S.r.l. - Società Italiana Costruzioni Stradali e della Edilzeta S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2010 il dott. Ettore Leotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Visto l'art. 26 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, nel testo modificato dall'art. 9 della L. 21 luglio 2000, n. 205, in base al quale, nella Camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Tar può decidere il ricorso con sentenza succintamente motivata, ove si ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso stesso;

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;

A – Premesso che:

Con avviso del 28 dicembre 2006, appositamente pubblicato, il Comune di Modica ha comunicato l'intento di affidare in regime di concessione, ai sensi dell'art. 37 bis e seguenti della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia per effetto della L.R. n. 7/2002 e successive modificazioni), i lavori di riqualificazione ed ampliamento del cimitero comunale, nonché la gestione dei servizi cimiteriali.

Con lo stesso avviso sono stati indicati i requisiti richiesti ai partecipanti, l'oggetto e la durata della concessione, e, al punto 5, gli elementi di composizione delle proposte (tra cui il piano economico finanziario – P.E.F. asseverato da soggetto qualificato, la bozza di convenzione, gli studi di inquadramento territoriale, ambientale e di fattibilità, la specificazione delle caratteristiche della gestione).

A seguito della diramazione dell'avviso, sono state formulate n. 4 proposte e precisamente:

- proposta n. 1: CONSCOOP Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro;
- proposta n. 2: SICS S.r.l. - Società EDILZETA s.r.l.;
- proposta n. 3: Consorzio Stabile Stretto di Messina Società cooperativa a r.l.;
- proposta n.4: A.T.I. costituenda A& P Associati e Partners S.r.l. - REM S.r.l.

Al fine di formare la Commissione giudicatrice cui affidare la valutazione delle proposte, con nota del 15 settembre 2007 il R.U.P. ha chiesto al Sindaco di Modica la designazione di due dirigenti comunali, precisando che ad uno di essi avrebbe dovuto essere conferita la presidenza della predetta Commissione.

Il 22 ottobre 2007, alla presenza del Segretario Generale e del Capo di Gabinetto del Sindaco di Modica, lo stesso R.U.P., ha proceduto all'individuazione di altri tre componenti della Commissione di valutazione, traendoli, mediante sorteggio, dai nominativi di tecnici designati rispettivamente dall'Ordine degli Architetti della Provincia di Palermo, dall'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma e dalla Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Catania (l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Catania, ancorché interpellato, non aveva fatto pervenire alcuna indicazione).

Con provvedimento del 6 dicembre 2007 n. 3461 il Sindaco di Modica, a sua volta, ha individuato quale presidente della Commissione il Direttore Generale dell'Ente e quale componente il Dirigente del II° Settore, dando atto che il R.U.P. aveva già

individuato tre componenti tecnici mediante sorteggio e ribadendo che la Commissione sarebbe stata costituita complessivamente da cinque componenti.

La Commissione si è insediata nella seduta del 29 febbraio 2008 (verbale n. 1) ed ha fissato il "peso" di ciascuno degli elementi (quantitativi e qualitativi) indicati nell'avviso.

Le operazioni di esame e valutazione delle proposte hanno avuto inizio il 14 marzo 2008.

Nella seduta del 3 aprile 2008 la Commissione ha rilevato che l'asseverazione del Piano Economico Finanziario (P.E.F.) del Consorzio Stabile Stretto di Messina s.c.a.r.l., peraltro priva di sottoscrizione dell'istituto asseverante, era stata resa su un documento separato dallo stesso P.E.F., e che la stessa asseverazione era priva di elementi che consentissero, in modo univoco e certo, l'individuazione del P.E.F. di riferimento.

Pertanto nella seduta del 18 aprile 2008 (verbale n. 6) la Commissione ha chiesto al Consorzio le integrazioni o chiarimenti necessari, al fine di poter ritenere ammissibile la proposta.

Acquisita la documentazione richiesta (nota di asseverazione sottoscritta in originale, unita in unico fascicolo al P.E.F. vistato in ogni sua pagina e munito di dichiarazione attestante che l'elaborato non ha subito modifiche rispetto al precedente, a firma del Presidente del Consorzio), nella seduta del 5 giugno 2008 la Commissione ha ammesso il Consorzio alla procedura.

L'attività della Commissione è proseguita con l'esame delle proposte dei concorrenti e si è conclusa con la formazione della graduatoria dei soggetti proponenti, che è risultata essere la seguente:

- A.T.I. costituenda SICS – Edilzeta: punti 80,447/100;
- Consorzio Stabile Stretto di Messina: punti 71,898/100;
- Conscoop: punti 28,968/100;
- A.T.I. costituenda A & P Associati e Partners - REM S.r.l.: punti 17,184/100.

Alle sedute della Commissione ha partecipato il R.U.P.

Con delibera n. 237 del 12 ottobre 2009, premesso che con relazione riservata la Commissione aveva individuato “elementi di forza” ed “elementi di debolezza” della proposta cui era stato attribuito il punteggio più alto, donde la necessità di acquisire modifiche ed integrazioni delle proposta stessa, ivi inclusa l’eventuale nuova asseverazione del P.E.F., la Giunta Municipale di Modica ha considerato di pubblico interesse la proposta dell’ A.T.I. costituenda SICS – Edilzeta, imponendo, al punto 3), numerose prescrizioni e condizioni al relativo progetto preliminare e richiedendo il consequenziale adeguamento del P.E.F.

Con istanza del 20 ottobre 2009 la Edil Prestazioni S.r.l., qualificatasi come società aderente al Consorzio Stabile Stretto di Messina, ha chiesto copia della deliberazione e degli atti della Commissione giudicatrice e di tutti gli atti di gara per ragioni di giustizia.

Con comunicazione del 31 ottobre 2009 l’A.T.I. costituenda S.I.C.S. S.r.l. - Edilzeta S.r.l. ha rappresentato l’esigenza che l’accesso ad alcuni atti venisse differito sino alla data di aggiudicazione definitiva della concessione.

Con nota del 10 novembre 2009 il Segretario generale dell’Ente ha trasmesso, in copia, la determina sindacale n. 3461 del 6 dicembre

2007 (di nomina della Commissione giudicatrice), la determina sindacale n. 412 del 21 febbraio 2008 (di nomina del segretario verbalizzante della stessa Commissione) e la delibera di G.M. n. 237 del 12 ottobre 2009.

A sua volta, con nota del 26 novembre 2009 prot. n. 63837, in asserita applicazione dell'art.13 del D.leg.vo n. 163/2006, il R.U.P. ha limitato il rilascio delle copie ad alcuni atti, escludendo in particolare sia gli atti nei quali si sono estrinsecate le valutazioni della Commissione giudicatrice in ordine agli elementi quantitativi e qualitativi di cui al punto 7 dell'avviso di gara, sia gli atti progettuali prodotti a corredo della proposta del promotore prescelto.

In particolare, il R.U.P. ha rilasciato copia dei verbali 1-2-3-6-9-10-15-18 e della relazione conclusiva della Commissione giudicatrice, mentre per i restanti verbali nn. 4-5-7-8-11-12-13-14-16 e 17 lo stesso R.U.P. ha differito l'accesso all'atto di pubblicazione del bando relativo alla successiva procedura di licitazione privata.

Inoltre il verbale n.15 del 10 - 11 dicembre 2008 è stato rilasciato in copia con parecchi "omissis".

Con ricorso notificato il 23 dicembre 2009, depositato il 30 dicembre 2009, il Consorzio Stabile Stretto di Messina ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, e, contestualmente, ha presentato ricorso ai sensi dell'art.25 della L. n. 241/1990, affinché venga ordinato al Comune di Modica il rilascio di tutti gli atti della procedura nei quali si sono estrinsecate le valutazioni di competenza della Commissione giudicatrice ed i pertinenti atti rientranti nella competenza del R.U.P.



Il Comune di Modica ha dedotto l'inammissibilità del gravame e la sua infondatezza nel merito.

L'A.T.I. costituenda S.I.C.S. S.r.l. - Edilizeta S.r.l. ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale avverso gli atti del procedimento, sostenendo che il Consorzio ricorrente avrebbe dovuto essere escluso.

Con ordinanza collegiale n. 159 del 23 marzo 2010 questo Tribunale ha rigettato la domanda di accesso a tutti gli atti emanati dalla Commissione giudicatrice e dal R.U.P., nonché agli atti progettuali presentati dall'A.T.I. costituenda S.I.C.S. S.r.l. – Edilizeta S.r.l., rilevando che l'accesso stesso è stato rinviato al momento della pubblicazione del bando di indizione della licitazione privata, e non alla conclusione di quest'ultima, con conseguente possibilità per il Consorzio di trovare tempestiva tutela in sede giudiziaria, previa proposizione di un ricorso per motivi aggiunti.

Successivamente, con atto notificato l'1 - 2 aprile 2010, depositato l'1 aprile 2010, il Consorzio ha chiesto la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

B – Rilevato che:

Come già affermato con la citata ordinanza collegiale n. 159/2010, in base agli artt. 37 bis e seguenti della L. 11 febbraio 1994 n. 109 (nel testo vigente in Sicilia per effetto della L.R. 2 agosto 2002 n. 7 e successive modifiche ed integrazioni), nelle procedure di "project financing" le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate dai promotori ed aver individuato quelle ritenute di pubblico interesse, per ogni proposta individuata procedono:

- ad indire una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore prescelto, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, mentre i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono determinati nelle misure previste nel piano economico finanziario (P.E.F.) dello stesso promotore (Cfr. art. 37 quater, comma 1, lettera a);
- ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte in gara (nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto, la procedura si svolge tra il promotore e questo unico soggetto) (Cfr. art. 37 quater, comma 1, lettera b).
- nella procedura negoziata è riconosciuta al promotore la possibilità di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente, con conseguente aggiudicazione della concessione (Cfr. art. 37 ter, ultimo periodo);
- nel caso in cui non risulti aggiudicatario, il promotore ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, al rimborso delle spese sostenute, pari al 2,50% del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico – finanziario (P.E.F.) (Cfr. art. 37 quater, comma 4).

In base alla normativa richiamata il promotore viene ad assumere una posizione di assoluta preminenza, sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare posto a base di gara, sia per la possibilità di conseguire in ogni caso l'aggiudicazione, previo

adeguamento della propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione.

Rilevata conseguentemente l'esistenza di un interesse, concreto ed attuale, all'immediata impugnazione degli atti con cui un'Amministrazione procede all'individuazione del promotore, il ricorso in esame deve considerarsi pienamente ammissibile, atteso che la parte ricorrente subisce una lesione immediata dalla mancata individuazione quale soggetto promotore.

C – Considerato che:

Per giurisprudenza pacifica, nel caso in cui il ricorso incidentale sia teso a paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberano sull'esistenza dell'interesse al ricorso del ricorrente principale (Cfr. Cons. Stato VI, 6 marzo 1992, n. 159; Cons. Stato, V, 13 febbraio 1998, n. 168; Cons. Stato, V, 25 marzo 2002, n. 1695; C.G.A. 28 gennaio 2002, n. 32; C.G.A. 20 settembre 2002, n. 573; Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2006 n. 8265; Cons. Stato, A.P. 10 novembre 2008, n. 11; Cons. Stato, IV, 24 marzo 2009, n. 1772; Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2010, n. 850).

In concreto, in materia di gare di appalto l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale, qualora il concorrente che abbia ottenuto l'aggiudicazione deduca che l'impresa sconfitta avrebbe dovuto essere esclusa in radice dalla gara.

Infatti, se il ricorso incidentale è accolto, il ricorso principale diventa inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione dell'impresa ricorrente principale, con conseguente impossibilità di esaminare i vizi da questa denunciati nei confronti dell'impresa aggiudicataria (Cfr. Cons. Stato, IV, 14 dicembre 2004 n. 8005).

Nella specie, le questioni prospettate dall'A.T.I. costituenda S.I.C.S. S.r.l. – Edilzeta S.r.l. con il ricorso incidentale risultano logicamente antecedenti rispetto a quelle dedotte con il ricorso principale, in quanto il loro eventuale accoglimento provocherebbe l'esclusione dalla gara del Consorzio Stabile Stretto di Messina S.C.A.R.L. e la conseguente inammissibilità dello stesso ricorso principale per carenza d'interesse, donde la necessità che esse siano esaminate con priorità.

I - Con la prima censura del ricorso incidentale si deducono i seguenti vizi:

Violazione dell'avviso di projet financing. Violazione dell'art. 37 bis della L. n. 109/1994 nel testo vigente in Sicilia ex L.R. n. 7/2002 e successive modifiche. Violazione dell'art. 6 della L. n. 241/1990 e dei principi in materia di integrazione documentale. Violazione dell'interesse pubblico e del principio di *par condicio*. Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà, illogicità, difetto di motivazione (con violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 e successive modifiche).

L'A.T.I. costituenda S.I.C.S. S.r.l. – Edilzeta S.r.l. sostiene che il Consorzio ricorrente non avrebbe potuto essere ammesso alla selezione dei promotori, avendo prodotto un documento di asseverazione (separato dal P.E.F.) privo di elementi numerici che

consentissero di individuare, con certezza assoluta, il P.E.F. asseverato, e, a sua volta, il documento contenente il P.E.F. non sarebbe stato sottoscritto dall'Istituto asseverante.

Conseguentemente il documento di asseverazione avrebbe potuto essere riferito a qualsiasi P.E.F.

Il mancato o incompleto asseveramento, ovvero la non riferibilità di esso al P.E.F. od ancora la mancanza di firme sul P.E.F. da parte dell'Istituto asseverante avrebbero comportato l'inammissibilità della proposta, e dunque l'esclusione del Consorzio per carenza di elementi qualificanti tale essenziale documento costituente la proposta.

Con verbale del 3 aprile 2008 n. 3 la Commissione avrebbe illegittimamente invitato il Consorzio a regolarizzare tale documentazione, e, dopo la regolarizzazione, illegittimamente avrebbe ammesso la relativa proposta con verbali n. 9 e n. 10 del 5 giugno 2008.

Per il Tribunale il rilievo in esame è privo di pregio.

L'art. 37 bis, comma 2 ter, lettera b) della L. 11 febbraio 1994 n. 109, prescrive che l'amministrazione, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, procede *"alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione"*.

Nella specie, la Commissione, facendo corretta applicazione della norma richiamata, avendo rilevato la non univoca riferibilità del documento di asseverazione al P.E.F. prodotto dal Consorzio, ha invitato quest'ultimo a fornire chiarimenti e/o integrazioni circa l'asseverazione, richiamando la deliberazione n. 110 del 17 - 30 aprile 2007 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Anche a voler ritenere l'asseveramento quale elemento essenziale della proposta (Contra, Cons. Stato, V, 19 aprile 2005, n. 1802, che non considera l'asseveramento quale elemento essenziale, ammettendone la presentazione postuma, anche quando esso manchi del tutto, non intervenendo sul contenuto del piano economico-finanziario posto a corredo della proposta), esso era in realtà presente nella produzione documentale iniziale della parte ricorrente principale.

Infatti, a seguito dell'invito della Commissione, il Consorzio si è limitato a far siglare il documento contenente il P.E.F. dal legale rappresentante dell'istituto asseverante, il quale vi ha apposto altresì il timbro riportante la dicitura "*Visto per l'identificazione Bompani Audit S.r.l.*".

Ciò dimostra che il P.E.F. asseverato era quello prodotto "*ab initio*" dal Consorzio.

In sostanza, non vi è stata alcuna produzione documentale integrativa, ma soltanto la specificazione di dati desumibili dalla documentazione originaria, venendo sanato un vizio puramente formale, senza alterazione del contenuto sostanziale, e quindi senza violazione della "*par condicio*" tra i concorrenti.

Tanto basta per rigettare il motivo del ricorso incidentale in esame.

II – Con la seconda censura del ricorso incidentale sono lamentati i seguenti vizi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del Decreto Leg.vo n. 163/2006. Eccesso di potere per violazione dell'interesse pubblico.

Violazione dell'articolo 75 del dpr 445/2000.

La parte ricorrente incidentale, richiamato il contenuto dell'art. 38, comma 1, lettera c) del Decreto Leg.vo n. 163/2006, sostiene che il Consorzio avrebbe dovuto essere escluso, avendo dichiarato che non vi sarebbero amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione dell'avviso.

Tale dichiarazione non corrisponderebbe a verità, essendovi un amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione dell'avviso, il Signor Luigi De Domenico, come da iscrizione apposita effettuata presso la Camera di Commercio di Messina il 7 novembre 2006.

La non veridicità della dichiarazione costituirebbe, da sola, motivo di esclusione.

Inoltre, in relazione al predetto amministratore cessato nel triennio antecedente non sarebbe stata resa la dichiarazione concernente l'inesistenza di condanne e procedimenti di cui all'art. 38 del Decreto Leg.vo n. 163/2006.

Pertanto, per tali ragioni il Consorzio ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura.

Ai fini del decidere, il Tribunale ritiene necessario riportare l'art. 38, comma 1, lettera c) del Decreto Leg.vo n. 163/2006, che così dispone:

*"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:*

*... omissis ...*

*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. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale”.*

In applicazione della norma citata, il legale rappresentante del Consorzio, al punto 4) della dichiarazione sostitutiva, ha affermato *“che non vi sono amministratori che siano cessati dalla carica, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per sentenza di condanna passata in giudicato ovvero per l'applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale ...”*

Osserva il Collegio che tale dichiarazione, ancorché non mendace, è elusiva della normativa richiamata, in quanto:



- Sono state omesse le generalità del Signor Luigi De Domenico, amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione dell'avviso, impedendo all'Amministrazione di identificare tutti i soggetti in relazione al quale la dichiarazione è stata resa, precludendone in tal modo qualsiasi riscontro (Cfr. Tar Palermo, Sezione Prima, 28 settembre 2005 n. 1658, alla quale espressamente si rinvia).

- L'art. 38, comma 1, lettera c) del Decreto Leg.vo n. 163/2006 indica tra i requisiti di carattere generale per partecipare alle gare non la mancanza di amministratori *"cessati dalla carica, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per sentenza di condanna passata in giudicato ovvero per l'applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale"* bensì che gli stessi amministratori non siano stati condannati *"per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"*, ovvero *"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"*.

In sostanza, ciò che rileva ai fini dell'ammissione alle gare non è il fatto della *"cessazione dalla carica"* in dipendenza di una qualsiasi sentenza di condanna, bensì la totale *"assenza di condanne"* per reati incidenti sulla moralità professionale o per particolari attività criminose indicate dalla legge.

Vista in quest'ottica, la dichiarazione resa dal legale rappresentante del Consorzio è palesemente elusiva dell'onere dichiarativo imposto dalla legge.

Conseguentemente il Consorzio ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla selezione, sia per l'omessa indicazione delle generalità dell'amministratore cessato dalla carica nel triennio, sia per la sostanziale mancanza di dichiarazione circa le condanne penali indicate dall'art. 38 citato.

L'accoglimento del secondo motivo del ricorso incidentale determina l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione all'impugnazione del Consorzio Stabile Stretto di Messina.

La superiore statuizione esime il Collegio dall'esaminare il ricorso principale.

D – Ritenuto che, ove non fosse intervenuto l'effetto paralizzante derivante dall'accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale del Consorzio avrebbe dovuto essere accolto, essendo fondato il rilievo (proposto con la seconda censura dello stesso ricorso principale), secondo cui alle operazioni della Commissione non avrebbe potuto partecipare il Responsabile Unico del procedimento (R.U.P.), presente a varie sedute della Commissione stessa, atteso che per giurisprudenza pacifica (Cfr. Tar Sardegna 25 marzo 1991, n. 390; Cons. Stato, VI, 21 agosto 1993 n. 585; Tar Lecce, Sezione Seconda, 24 gennaio 2006 n. 470) l'intervento di soggetti estranei alle sedute degli organi collegiali può influenzare il contenuto delle relative deliberazioni, costituendo vizio di composizione degli organi stessi.

Ritenuto che tale circostanza può essere apprezzata dal Collegio al fine di disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e

degli onorari del giudizio, fermo restando che il pagamento del contributo unificato rimane posto a carico del Consorzio ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sezione Quarta, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Ettore Leotta, Presidente, Estensore

Rosalia Messina, Consigliere

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2010

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

IL SEGRETARIO