

**N. 01023/2016REG.PROV.COLL.
N. 05408/2015 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5408 del 2015, proposto da:

Iudec S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Civitavecchia, 7;

contro

Comune di San Ferdinando di Puglia, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Di Benedetto, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Cicerone, 28;

nei confronti di

Montedil Srl;

Geoambiente Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, n. 00387/2015, resa

tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di intervento di recupero di ex cava.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Ferdinando di Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Lorenzo Grisostomi Travaglini e Pietro di Benedetto;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 5 marzo 2015, n. 387, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento della determina 8 aprile 2014, n. 144, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di San Ferdinando di Puglia in favore della Montedil S.r.l. per l'appalto dei lavori di realizzazione dell'intervento di recupero dell'ex cava di Cafiero, in località San Samuele.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- L'impresa ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto e lamenta l'omessa esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria per avere il legale rappresentante della Montedil S.r.l. falsamente dichiarato l'assenza a suo carico di sentenze di condanna penale passate in giudicato ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006;

- Emerge dagli atti di causa che, nella fattispecie in questione, le due condanne oggetto di doglianza a carico di Nunzio Di Caro, legale rappresentante pro tempore della Montedil S.r.l., attengono, l'una ad un reato depenalizzato, l'altra ad un reato sostanzialmente estinto;
- Per ciò che concerne la seconda condanna, con sentenza del 13 aprile 1982 risulta essere stata irrogata la pena di 5 mesi di reclusione per un fatto di favoreggiamento personale commesso in data 28 agosto 1976;
- il bando e il disciplinare di gara, nonché, il modulo all'uopo predisposto dalla Stazione appaltante non contengono una previsione chiara, precisa e specifica che imponga alle imprese concorrenti di dichiarare ogni condanna penale, senza operare alcun filtro valutativo;
- In ordine alla ulteriore censura, secondo cui la controinteressata avrebbe falsamente dichiarato di non avere soggetti titolari di poteri di rappresentanza cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, deve evidenziarsi che la relativa dichiarazione resa dalla società aggiudicataria risulta essere conforme alla disciplina attualmente vigente ex artt. 38, comma 1, lett. c), e 46 d.lgs. n. 163-2006.
- la clausola del disciplinare di gara che impone di dichiarare eventuali soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando non possa trovare applicazione nella parte in cui fa riferimento al triennio e non all'anno antecedente, in quanto introduttiva di una disciplina illegittimamente più restrittiva rispetto al pacifico operare in

materia del principio del favor participationis;

- La dichiarazione di voler subappaltare un importo di lavorazioni superiore a quello effettivamente consentito dalla legge non determina alcuna forma di illegittima cessione di contratto;

- Nei modelli predisposti dalla Stazione appaltante e compilati dal direttore tecnico e dal socio di maggioranza, recanti le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lettere b) e c), non risulta l'espressa previsione in merito alla dichiarazione di cui alla lettera m) della predetta norma; per i principi del favor participationis e di tutela dell'affidamento, l'Amministrazione non deve procedere all'esclusione di un'impresa da una gara pubblica nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità alle prescrizioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta d'integrazione.

L'appellante contestava la sentenza del TAR riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado e chiedendo l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'Amministrazione appellata, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 17 dicembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che con bando di gara del 4 marzo 2014 il Comune appellato ha indetto una procedura aperta per l'appalto dei lavori di realizzazione dell'intervento di recupero dell'ex Cava di Cafiero in località San Samuele, da aggiudicarsi

con il criterio del ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara, al netto degli oneri di sicurezza, per l'importo complessivo pari ad € 723.192,92 (comprensivo degli oneri di sicurezza).

Alla suddetta gara hanno partecipato 38 imprese e ne sono state ammesse 37, tra le quali la Iudec S.r.l. e la Montedil S.r.l.

La gara è terminata con l'aggiudicazione in favore della Montedil S.r.l., che ha offerto un ribasso del 32,556%, mentre la Iudec S.r.l. si è classificata al secondo posto con un ribasso del 32,472%.

2. Rileva il Collegio che, posteriormente all'instaurazione del presente giudizio di appello, sono stati effettuati gli accertamenti disposti dalla Direzione lavori e sollecitati dalla odierna ricorrente diretti a verificare la permanenza, in capo alla impresa aggiudicataria Montedil S.r.l., dell'attestazione prevista dall'art. 76, comma 3, del d.P.R. n. 207-2010 ed esibita in sede di gara.

All'esito dei suddetti accertamenti, è stato disposto il diniego dell'attestazione suddetta da parte della società certificatrice e il RUP, con determinazione gestionale n. 270 del 18.6.2015, ha revocato la precedente determinazione n. 144 dell'8 aprile 2014 con la quale era stata disposta l'aggiudicazione dei lavori indicati in epigrafe alla impresa Montedil, nonché la risoluzione de contratto di appalto n. 2211 del 27.7.2014.

Successivamente, in esecuzione della previsione ex art. 140 d.lgs. n. 163-2006, il RUP ha interpellato le imprese che avevano partecipato alla gara, prima fra esse l'odierna appellante, per accertarne la disponibilità alla prosecuzione dei lavori, interrotti per le ragioni innanzi spiegate e la Iudec ha manifestato la sua volontà di subentrare nell'esecuzione dei lavori, previa

valutazione dello stato di avanzamento delle opere.

E' evidente che tale mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio deve condurre alla declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, non potendo questo giudice neppure valutare in questa sede l'eventuale illegittimità della gara a fini risarcitori, ex art. 34 c.p.a., in assenza di domanda di risarcimento dei danni ritualmente proposta in giudizio. 3. Inoltre, e benché sussista ancora una tesi minoritaria in giurisprudenza di segno contrario, il Collegio ritiene che il giudice non sia tenuto ad effettuare d'ufficio l'accertamento dell'illegittimità (cfr., ex multis, sentenze Consiglio di Stato, Sez. V, 8550-10; Consiglio di Stato, Sez. V, 6539-11; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4388-11; Consiglio di Stato, Sez. IV, 6703-12; Consiglio di Stato, Sez. IV, 1871-11 e 203-11), ma che occorra non solo una domanda da parte del ricorrente, ma che, secondo il Collegio, tale verifica dell'interesse presupponga che il ricorrente abbia allegato compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria o abbia, almeno, comprovato, sulla base di elementi concreti, il danno ingiustamente subito.

Allegazioni, anche in ordine al quantum debeatur, nella specie insussistenti.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere dichiarato improcedibile.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)