



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 413 del 2013, proposto da:
Consorzio Stabile Vitruvio S.C.Ar.L, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a margine del ricorso, sia
congiuntamente che disgiuntamente, dagli avv. Francesco Mollica, Mariano Maggi
e Patrizia Stallone, elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultima in
Palermo, via Antonio Veneziano, n. 69;

contro

- Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante
pro tempore, non costituitosi in giudizio;
- Ufficio regionale per l'espletamento di gare sezione di Palermo, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via Alcide De Gasperi, n.
81, è domiciliato per legge;

nei confronti di

- Pi.Sa.Ni. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a margine della memoria di costituzione, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avvocati Carlo Comandè, Andrea Augugliaro, Patrizia Sayia, elettivamente domiciliato eletto presso lo studio del primo in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;
- Palazzolo Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta indetta dall'ASP di Palermo per l'affidamento dei lavori di "Completamento e adeguamento delle opere edili, impianti ed attrezzature sanitarie del nuovo ospedale di Cefalù. Progetto esecutivo per i lavori di definizione dei piani terzo e quarto del corpo D ", nella parte in cui con gli stessi si è dato luogo all'aggiudicazione della procedura in favore dell'impresa PI.SA.NI. S.r.l., anziché all'aggiudicazione in favore del Consorzio ricorrente, previa esclusione dalla gara dell'impresa Palazzolo Costruzioni S.r.l., ricalcolo della soglia di anomalia e conseguente riformulazione della graduatoria di gara e, in particolare:
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'impresa PI.SA.NI. S.r.l., non altrimenti conosciuto nei suoi estremi;
 - del provvedimento/determina dell'ASP Palermo n. 284 del 10.1.2013 e della sottesa nota dell'U.R.E.G.A. Sez. Prov. Palermo prot. 3523 del 7.1.2013, a mezzo dei quali l'ASP di Palermo ha respinto l'istanza di reclamo (i.e. di riesame in autotutela) proposto dal Consorzio esponente avverso gli esiti della procedura, determinandosi nel senso di ritenere "legittimo il mantenimento dell'ammissione alla gara dell'impresa Palazzolo Costruzioni S.r.l." e, conseguentemente, confermare gli esiti della procedura e l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa PI.SA.NI. S.r.l.;

- dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa PI.SA.NI. S.r.l.;
- di tutti gli atti e verbali di gara (ivi compresi i verbali dei giorni 12, 14, 20, 21, 23, 28 e 29 novembre 2012) nella misura in cui con gli stessi la S.A. ha ammesso alla procedura l'impresa Palazzolo Costruzioni S.r.l. ed è conseguentemente pervenuta alla determinazione di una soglia di anomalia ed all'adozione di una graduatoria di gara illegittimi;
- dei medesimi atti e verbali di gara (in particolare del verbale del 29.11.2013), nella misura in cui a mezzo degli stessi la Commissione di gara ha proposto di aggiudicare e/o ha aggiudicato in via provvisoria la procedura controversa all'impresa PI.SA.NI. S.r.l.;
- di tutti gli atti e verbali di gara sopra indicati (ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e definitiva), nella misura in cui, per effetto della illegittima ammissione alla procedura del concorrente Palazzolo Costruzioni S.r.l., il Seggio di gara e la S.A. ha individuato la soglia di anomalia in misura pari al 27,078816 % ed ha proceduto all'esclusione automatica "ai sensi del comma 9 dell'art.122 del D.L.vo 163/2006" dell'offerta proposta dal Consorzio ricorrente;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

CON RICHIESTA

- di subentro del Consorzio ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con l'impresa PI.SA.NI. S.r.l., previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare la gara;
- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna dell'Amministrazione intimata al

risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare sez. di Palermo;

Visti l'atto di costituzione in giudizio, la memoria e il ricorso incidentale della Pi.Sa.Ni. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato.

Il Collegio, sentite in proposito le parti, ritiene di potere definire il giudizio in esito all'udienza cautelare, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., stante la superfluità di ulteriore istruzione, la completezza del materiale istruttorio in atti e la ritualità delle modalità di instaurazione del contraddittorio (anche alla luce dell'avvenuta costituzione della difesa erariale e di una delle due controinteressate).

Preliminarmente va esaminato il ricorso incidentale, in quanto avente effetto paralizzante, che il collegio, in accoglimento di eccezione sollevata dalla ricorrente principale ampiamente discussa dalle parti, ritiene inammissibile.

Invero, l'art. 42, comma 2, del codice del processo amministrativo (riproduttivo essenzialmente dell'art. 37, comma 2, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), richiamando l'art. 170 del codice di procedura civile, statuisce in maniera

inequivocabile che il ricorso incidentale deve essere notificato al procuratore costituito.

Ne consegue l'inammissibilità dello stesso se la notifica viene fatta personalmente alla parte al proprio domicilio (in questo senso di recente T.A.R. Campania Napoli, VIII, 12 gennaio 2012, n. 104, ma anche TAR Lombardia Milano, III, a: 29 luglio 2011, n. 2016).

Nella fattispecie in esame il ricorso incidentale è stato notificato al Consorzio stabile Vitruvio s.c.a.r.l. presso la sede legale della società e non presso il procuratore costituito con la conseguenza che lo stesso va dichiarato inammissibile senza che a diversa conclusione possa addivenirsi, come sostenuto dal difensore del ricorrente incidentale, sulla base della attività difensiva dispiegata dal ricorrente principale.

Quest'ultimo, infatti, non ha svolto controdeduzioni in merito al contenuto del gravame, ma si è limitato ad eccepirne la inammissibilità, non accettando il contraddittorio, con la conseguenza che nessun effetto sanante può essere attribuito alla condotta dispiegata.

Precisato che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la notificazione è nulla (ex plurimis Cassazione civile sez. lav., 5 maggio 2003, n. 6822), va per completezza rilevato che non possono trovare applicazione né il comma 3, né il comma 4 dell'art. 44 del codice del processo amministrativo.

Tali norme prevedono, rispettivamente, che la costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso e che in caso di mancata costituzione in giudizio a seguito di notifica nulla il giudice può fissare un termine per la rinnovazione se ritiene che l'esito negativo dipenda da causa non imputabile al notificante.

Per quanto riguarda la prima disposizione, va rilevato che il ricorso incidentale è notificato al ricorrente principale, il quale, avendo incardinato il giudizio, è già

costituito tramite procuratore, cosicchè ai fini sananti non è sufficiente la presenza in udienza o la proposizione della eccezione di inammissibilità della notifica, ma è necessaria una attività difensiva qualificata riferita al contenuto del gravame.

In merito alla seconda, non può esservi dubbio sul fatto che nella specie l'esito negativo della notificazione (o meglio la sua nullità) è dipeso (rectius è addebitabile al) dal notificante, il quale non ha rispettato una norma, attualmente contenuta nel codice del processo amministrativo, ma già rinvenibile nella normativa precedente, che è espressione di un principio generale codificato nell'art. 170 del codice di procedura civile.

Dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, va esaminato il gravame principale, incentrato sulla illegittimità della mancata esclusione della impresa Palazzolo, che avrebbe comportato una diversa soglia di anomalia e la conseguente aggiudicazione alla ricorrente principale.

Si deduce, in particolare, che tale impresa non avrebbe dovuto essere ammessa, in quanto, come risulta dalla documentazione in atti, aveva dichiarato di avere commesso irregolarità definitivamente accertate, come da avviso di recupero credito d'imposta divenuto definitivo a seguito di sentenza non impugnata, per un importo di € 82.931,5, oltre interessi.

Aveva, altresì, dichiarato che non esisteva cartella di pagamento, ruolo, atto/provvedimento di riscossione.

La censura è fondata.

Come noto, l'art. 38, comma 1, lettera g, del d.lgs.vo n. 163/2006, prevede la esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti dei soggetti, che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

Precisato che non ha costituito oggetto di contestazione la gravità dell'inadempimento, la questione da esaminare è se ricorre o meno il presupposto della definitività dell'accertamento.

Soccorre a questo proposito il comma 2 dell'art. 38 succitato, laddove si precisa che, ai fini del precedente comma 1, lettera g), costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

Essendo il credito in questione stato accertato mediante sentenza definitiva, nessun dubbio può sorgere in ordine alla certezza ed alla avvenuta scadenza, mentre occorre soffermarsi sulla esigibilità, essendosi sostenuto da parte della stazione appaltante (nonché del controinteressato costituito) che l'assenza di cartella, ruolo o provvedimento di riscossione ne escludeva la sussistenza.

La prospettazione non è condivisibile, in quanto il credito in questione era già esigibile con l'avviso di recupero di imposta contestato in sede giurisdizionale.

In altri termini con la proposizione del ricorso innanzi agli organi della giustizia tributaria la impresa Palazzolo ha aperto una fase meramente eventuale volta a paralizzare la pretesa tributaria, la quale indiscutibilmente presentava già il requisito della esigibilità.

Ed è rispetto a tale pretesa e non a quella conseguente al contenzioso, che va verificato il requisito di cui al comma 1, lettera g, del più volte citato art. 38, non potendo, pertanto, esservi dubbio sulla ricorrenza della causa di esclusione.

Per completezza va rilevato che nessuna rilevanza può assumere ai fini della decisione la avvenuta ammissione a rateizzazione risultante dalla documentazione in atti, poiché, in disparte le difficoltà interpretative connesse agli effetti di tale istituto sul requisito della regolarità contributiva richiesto ai fini della partecipazione alle gare, dirimente appare la circostanza che la presentazione della

istanza e il suo riscontro positivo sono avvenuti successivamente alla celebrazione della gara.

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso incidentale va dichiarato inammissibile, quello principale accolto con conseguente annullamento, per quanto di interesse, dei provvedimenti impugnati.

Sussistono giustificati motivi, avuto riguardo alla complessità delle questioni esaminate, per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2013

IL SEGRETARIO

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