

N. 01307/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00364/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 364 del 2015, proposto da Impresa "Cialona Giovanna" (mandataria) e Impresa "SA.TRA." servizi società cooperativa (mandante), in proprio e quali facenti parte di ATI costituenda, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Salvatore Giacalone, elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Lucia Di Salvo in Palermo, via Notarbartolo, n. 5

contro

Comune di Pantelleria, in persona del Sindaco pro tempore, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Impresa M.A.M. Group Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del 16 dicembre 2014 di irrogazione della sanzione pecuniaria ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs.vo n. 163/06, recato dal verbale di gara di pari data, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali ed, in particolare, occorrendo:
- della valutazione in termini di irregolarità essenziale e della conseguente nota di attivazione del soccorso istruttorio - in atti operata dalla stazione appaltante avuto riguardo alla dichiarazione prodotta per la partecipazione alla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare n. 286 dell'11 febbraio 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 13 maggio 2015 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

FATTO

Con ricorso, notificato il 15 gennaio 2015 e depositato il giorno 29 successivo, le imprese in epigrafe, premesso di avere partecipato alla procedura indetta per l'aggiudicazione dei "Lavori di manutenzione straordinaria della scuola elementare di Kamma", hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte del spese, del provvedimento in epigrafe con il quale è stata loro irrogata la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs.vo n. 163/2006.

Tale provvedimento è stato motivato con riferimento all'omessa produzione della dichiarazione di cui al comma 2 del punto 16.1 del disciplinare che si riferiva alla dichiarazione, ai sensi dell'art. 118, comma 2, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti, "di avere controllato le voci e le quantità riportate nel computo metrico estimativo, attraverso l'esame degli elaborati progettuali e di avere tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile".

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 38, comma 2 bis, e dell'art. 46, comma 1 ter, del D.lgs.vo n. 163/2006.

2) Eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto, del travisamento dei fatti e dell'irragionevolezza manifesta.

Il Comune di Pantelleria e l'impresa M.A.M. Group S.r.l., seppur regolarmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

Con ordinanza n. 286 dell'11 febbraio 2015, l'istanza cautelare è stata accolta con la seguente motivazione: "*il ricorso appare assistito da adeguato fumus boni juris con riferimento alla violazione dell'art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti, non applicabile alla omissione della dichiarazione di cui all'art. 118, comma 2, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti riprodotta nel comma 2 del punto 16.1 del disciplinare*".

Alla pubblica udienza del 13 maggio 2015, su richiesta del difensore dei ricorrenti presente come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

La controversia ha ad oggetto il provvedimento con il quale è stata irrogata alle imprese ricorrenti la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs.vo n. 163/2006 per l'omissione della dichiarazione prevista dall'art. 118, comma 2, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti, che era riprodotta nel 16.1 del disciplinare della gara in questione.

Il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo della violazione dell'art. 38, comma 2 bis, e dell'art. 46, comma 1 ter, del D.lgs.vo n. 163/2006.

Invero, l'art. 38, comma 2 bis, del codice dei contratti, inserito dall'**art. 39**, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella l. n. 114/2014, dispone, per quanto di interesse, che: "*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. (...). Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. ...*".

La sanzione è, come detto, stata applicata in quanto è stata omessa la dichiarazione di cui al comma 2 del punto 16.1 del disciplinare che riproduceva il contenuto dell'art. 118, comma 2, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti laddove si prevede che: "*Ai sensi dell'articolo 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile*".

Si tratta, a ben vedere, della mancanza di una dichiarazione non richiesta dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti, che può qualificarsi come non indispensabile, con conseguente inesistenza dei presupposti per l'applicabilità della sanzione in questione.

Le spese liquidate come in dispositivo seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Pantelleria al pagamento delle spese del presente giudizio liquidate in € 2.000,00, oltre IVA, CPA, spese generali e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2015

IL SEGRETARIO

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