

Pubblicato il 04/11/2021

N. 03268/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01376/2021 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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1376 del 2021, proposto da Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ajello Guido, Costantino Claudio e Virga Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita' della Regione Siciliana - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Messina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, ed ivi domiciliati in via Vecchia Ognina, 149;

Comune di Tortorici, non costituito in giudizio;

nei confronti

Consorzio Stabile Appaltitalia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Culora Luigi, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- (i) della "Comunicazione di aggiudicazione definitiva sotto riserva di efficacia" trasmessa alla Ricorrente a mezzo pec in data 25 giugno 2021, con la quale la Stazione Appaltante ha comunicato l'aggiudicazione definitiva in favore di Appaltitalia della gara avente ad oggetto i lavori di "Adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto Comprensoriale Nello Lombardo, Via Zappulla Tortorici (ME) Codice ARES 0830990811" (di seguito, la "Gara" o "Appalto");
- (ii) della Proposta di determinazione n. 580/2021 - Settore 2 - Tecnico, del Comune di Tortorici;
- (iii) della Determinazione Dirigenziale n. 546 registrata in data 24 giugno 2021, con cui il Responsabile Unico del Procedimento ha provveduto all'approvazione sotto riserva di efficacia della proposta di aggiudicazione di cui al Verbale n. 06/01 del 16 giugno 2021 dell'Ufficio Regionale Espletamento Gare di Appalto sezione territoriale di Messina (di seguito, UREGA);
- (iv) del Verbale di Gara n. 06/01 relativo alla seduta pubblica del 16 giugno 2021, in particolare, nella parte in cui la Commissione Giudicatrice ha proposto l'aggiudicazione della Gara in favore di Appaltitalia;
- (v) nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Appaltitalia e dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita' e di Regione Siciliana - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Determinazione dirigenziale n. 381 del 10 maggio 2021 è stata indetta dal Comune di Tortorici, la procedura aperta con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dell'appalto dei lavori di "Adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto Comprensoriale Nello Lombardo, Via Zappulla Tortorici (ME) Codice ARES 0830990811, CIG: 8740858036 e CUP: G18E18000040006", per un importo complessivo pari ad Euro 2.313.998,67, compreso di oneri per la sicurezza. Ai sensi dell'articolo 9 della Legge Regionale 12 luglio 2011, n. 12 la Gara è stata espletata dall'Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalto (U.R.E.G.A.) Servizio Territoriale di Messina. La *lex specialis*, pubblicata in data 28 maggio 2021, ha previsto inter alia, all'articolo V.3.2 del bando rubricato "*Informazioni aggiuntive*" che "*ai sensi dell'art.1, comma 67 della Legge 23/12/2005 n.266 e della Delibera n. 1121 del 29/12/2020 dell'ANAC, pubblicata sul sito dell'ANAC nella sezione "Contributi in sede di gara" per la partecipazione alla gara (pena l'esclusione) è dovuto il versamento di € 140,00 (euro centoquaranta/00). Ai fini del versamento del suddetto contributo le imprese partecipante debbono attenersi alle istruzioni operative pubblicate sul sito dell'Autorità disponibili al seguente indirizzo <http://www.avcp.it/riscossioni.html>. In caso di mancata presentazione della ricevuta la Stazione Appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del "Codice", a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione*

dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la Stazione Appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara".

Parimenti, il disciplinare di Gara all'articolo 1.7) ha stabilito che alla domanda di partecipazione deve essere allegata la "Ricevuta di pagamento del contributo a favore dell'ANAC come previsto al punto V.3.2.1) del bando di gara con indicato il CIG:8740858036; Il documento dovrà essere inviato in formato p7m, denominato preferibilmente <Denominazione Concorrente_Pagamento_CIG> ed essere sottoscritto con firma digitale".

La Ricorrente, in possesso delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis*, ha partecipato alla Gara quale capogruppo del Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito con Nuova Demar S.r.l (di seguito, "RTI"), inoltrando, entro il termine ultimo del 14 giugno 2021, tutta la documentazione necessaria ai fini della relativa partecipazione. Alla Gara ha partecipato altresì il Consorzio Stabile Appaltitalia, odierno Controinteressato, designando quale società esecutrice delle opere la consorziata Lift Bridge S.r.l. (di seguito "Lift Birdge"). In data 16 giugno 2021, si è svolta la prima seduta pubblica della Gara e la Commissione Giudicatrice, costituita dall'UREGA di Messina in data 16 giugno 2021, nel relativo Verbale n. 06/01 (cfr. Allegato 4) "esaminata la documentazione amministrativa relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità dei concorrenti che si sono classificati al primo ed al secondo posto in graduatoria" ha dato atto della regolarità delle relative offerte, proponendo l'aggiudicazione della Gara in favore di Appaltitalia, che ha offerto un ribasso del 28,800% mentre, l'odierna Ricorrente si è classificata in seconda posizione, offrendo un ribasso del 28,798%.

Con Determina Dirigenziale n. 546 del 24 giugno 2021, è stata approvata dal Comune di Tortorici la proposta di aggiudicazione in favore di Appaltitalia e, conseguentemente, la Stazione Appaltante ha comunicato a mezzo pec in data 25 giugno 2021 a Costruzioni Generali il relativo provvedimento di aggiudicazione. In data 18 giugno 2021, la Ricorrente ha trasmesso a mezzo pec istanza di accesso agli atti di Gara e, in data 25 giugno 2021, il Comune ha inoltrato la documentazione richiesta. Dall'analisi della documentazione di Gara relativa all'offerta presentata dall'operatore economico Appaltitalia, Costruzioni Generali ha accertato l'irregolarità dell'offerta dell'odierno Controinteressato in considerazione del mancato pagamento del contributo ANAC ed, a tal fine, in data 01 giugno 2021, ha trasmesso alla Stazione Appaltante apposita istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione. Il Comune non ha riscontrato l'istanza avanzata dalla Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria s.r.l., che è stata pertanto costretta a presentare ricorso con atto notificato il 22/07/2021.

Si costituiscono in giudizio l'intimato Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana - Uregia Ufficio regionale espletamento gare appalti pubblici sezione territoriale di Messina, ed il controinteressato Consorzio Stabile Appaltitalia.

In data 03/11/2021 si teneva l'udienza pubblica per l'esame del ricorso in epigrafe, che veniva trattenuto in decisione.

Tutte le censure proposte dalla società ricorrente – di violazione dell'art.1, comma 67 della Legge 23/12/2005 n.266 e della Delibera n. 1121 del 29/12/2020 dell'ANAC 1, dell'art. V.3.2.1), nonché di eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto assoluto dei presupposti, illogicità manifesta e contraddittorietà – vertono sul fatto che l'onere economico verso l'ANAC per la partecipazione alla

gara pubblica oggetto della presente controversia sia stato assolto dalla designata società esecutrice delle opere consorziata Lift Bridge S.r.l., piuttosto che dal risultato aggiudicatario Consorzio Stabile Appaltitalia.

Il Collegio non ritiene di alcuna rilevanza le considerazioni, supportate dall'opinione di conforme giurisprudenza, circa la esclusività del rapporto che si costituisce, con la presentazione della domanda di partecipazione ad una determinata gara pubblica, fra l'Amministrazione che l'abbia indetta ed il Consorzio Stabile che vi abbia partecipato. Questo distinguo è certo di grande rilevanza per la corretta verifica dell'affidabilità dell'operatore economico da prescegliere per la esecuzione di contratti dei quali sia parte una P.A.; ma è del tutto irrilevante ove si tratti di una mera *solutio* – oltretutto di risibile importo, perché pari a 140,00 euro, ove commisurata ad un importo a base d'asta pari a 2.313.998,67 euro ...! Nel caso di specie, a norma dell'art. 1.7) del disciplinare di Gara, l'operatore economico partecipante a quella gara avrebbe potuto essere escluso soltanto *“in caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento”* del contributo di cui all'art.1, comma 67 della Legge 23/12/2005 n.266 e della Delibera n. 1121 del 29/12/2020 dell'ANAC, il cui pagamento era richiesto dal punto V.3.2.1) del bando di gara.

L'art. 1, comma 67, della L. n. 266/2005 a sua volta così dispone: *“l'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, cui e' riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonche' le relative modalita' di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di*

ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche".

Orbene: ritiene il Collegio che da tale norma non possa essere desunto alcun obbligo di *"versamento (in proprio) del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta"*, a fronte della possibilità, garantita dall'art. 1180 c.c., che l'adempimento di una determinata obbligazione – e quindi: anche il pagamento di un certo debito pecuniario - avvenga ad opera di soggetti terzi.

In assenza della espressa previsione normativa circa la personalità dell'obbligo in materia di versamento del contributo ANAC, e senza che possa assumere alcuna rilevanza il diverso eventuale tenore delle risposte fornita dalla stessa stazione appaltante alle FAQ - esse di valore assolutamente recessivo se, come nel caso di specie, in contrasto con una norma di rango legislativo quale la norma codicistica menzionata subito appresso -, le uniche circostanze tali da poter precludere la efficacia nei confronti della stazione appaltante e dell'ANAC della operata *solutio* da parte del soggetto terzo Lift Bridge S.r.l. avrebbero potuto essere, a norma dell'art. 1180 c.c.:

- 1) *"l'interesse (del creditore) a che il debitore esegua personalmente la prestazione"*;
- 2) Il rifiuto del creditore *"se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione"*.

Nel caso di specie, però, il Consorzio Stabile Appaltitalia non ha manifestato alcuna opposizione a che fosse la società Lift Bridge S.r.l. ad assolvere agli obblighi di cui di cui all'art.1, comma 67 della Legge 23/12/2005 n.266 e alla Delibera n. 1121 del 29/12/2020 dell'ANAC – oltretutto nell'interesse proprio piuttosto che altrui,

stante il suo essere stata designata quale società esecutrice delle opere dal sopra indicato consorzio.

Per quanto concerne invece l'interesse *"a che il debitore esegua personalmente la prestazione"*, la sua individuazione non può costituire oggetto di un'indagine di tipo motivazionale e psicologico così come per l'attuazione dei rapporti obbligatori secondo lo *jus commune*. Qui l'"interesse" dell'ANAC è unicamente quello correlato al *munus* che l'ordinamento attribuisce a tale autorità, e che deve essere individuato in base all'art. 6, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006 - così come divenuto operativo nei confronti dell'ANAC in base alle previsioni di cui all'art. 19 del D.L. n. 90/2014 -, alla cui stregua *"l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara"*: rispetto al quale (istituzionalizzato) *"interesse"* rimane ininfluenza, in assenza di una specifica previsione di legge che specifichi come personale *"l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta"*, se sia stato lo stesso partecipante alla gara a procedere al versamento del contributo, od un soggetto terzo a norma dell'art. 1180 c.c.

In base alle superiori considerazioni il Collegio ritiene perfettamente corretta la scelta effettuata dalla stazione appaltante di non

disporre la esclusione dalla gara qui in specifica considerazione del Consorzio Stabile Appaltitalia, in ragione del versamento del contributo ex art.1, comma 67 della Legge 23/12/2005 n.266 e ella Delibera n. 1121 del 29/12/2020 dell'ANAC effettuato, piuttosto che da se medesimo, dalla società consorziata designata come esecutrice delle opere Lift Bridge S.r.l.; e di conseguenza rigetta il ricorso in epigrafe.

Le statuizioni sulla refusione delle spese di lite fra le parti seguono come da soccombenza, con rinvio per la loro liquidazione al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) rigetta il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese di lite nei confronti dell'Amministrazione Regionale intimata e della società controinteressata, che liquida nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) – più accessori così come per legge - distintamente in favore di ciascuna delle due.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gustavo Giovanni Rosario Cumin

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO