

N. 00786/2013 REG.PROV.CAU.

N. 00738/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 738 del 2013, proposto da:

La Nuova Invincibile S.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Marianna Capizzi, Antonio Bivona, con domicilio eletto presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa in Palermo, via F. Cordova 76;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria "Policlinico V. Emanuele" Di Catania, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Seminara, con domicilio eletto presso Allotta Studio in Palermo, via Trentacoste N. 89;

nei confronti di

Sicurtransport S.p.A. in P. E N.Q., rappresentato e difeso dagli avv. Beatrice Miceli, Sara Russo, con domicilio eletto presso Maria Beatrice Miceli in Palermo, V. Nunzio Morello N. 40; A.N.C.R. S.R.L.;

per la riforma

dell'ordinanza cautelare del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE III n. 00646/2013, resa tra le parti, concernente appalto - procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza, sorveglianza, etc. del patrimonio dell'azienda

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria "Policlinico V. Emanuele" Di Catania e di Sicurtransport S.p.A. in P. E N.Q.;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Viste le memorie difensive;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2013 il Cons. Giuseppe Mineo e uditi per le parti gli avvocati U. Ilardo su delega dell'avv. A. Bivona e l'avv. M. B. Miceli;

Il primo motivo dell'appello cautelare in trattazione – che reitera anche in questa fase l'allegazione, invero meramente sollecitatoria in quanto volta a stimolare l'esercizio di un potere officioso del giudice, della “nullità del bando di gara per violazione della normativa di cui all'art. 2 [comma 1] della L.R. n. 15/2008”, a causa del fatto che il bando medesimo ha obliterato detta norma di legge regionale, facendo unicamente riferimento, in ordine alla tracciabilità dei flussi finanziari connessi all'appalto, all'art. 3 della legge statale n. 136/2010, sebbene si tratti di appalto di valore superiore a € 100.000,00 – è assistito da adeguati profili di *fumus boni iuris*, per le ragioni di seguito esposte.

Ciò in quanto il Collegio ritiene di dover ribadire – in tema di nullità del bando di gara per violazione dell'art. 2, comma 1, della L.R. 20 novembre 2008, n. 15, – l'orientamento già tracciato dalla sentenza 27 luglio 2012, n. 721, pur dopo aver attentamente vagliato e riconsiderato le osservazioni critiche (o, quantomeno, problematiche) che erano state svolte, in argomento, dall'ordinanza cautelare 28 marzo 2013, n. 139, anch'essa di questo stesso Consiglio.

In proposito, è d'uopo svolgere le considerazioni di cui appresso.

I) In punto di rilevanza d'ufficio di una nullità espressamente comminata dalla legge, si ritiene sufficiente richiamare l'art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo; rinviando, per la relativa esegesi, ai paragrafi 3 e 4 della citata sentenza n. 721/2012. Tale richiamo appare dirimente anche di ogni profilo afferente alla (asseritamente ostativa) subordinazione delle questioni di merito a quelle di rito (tra queste ultime essendo ricomprese quelle concernenti la legittimazione a ricorrere, nonché, con specifico riguardo al caso di specie, la dedotta irrivalenza dell'introduzione in giudizio della tematica in esame a mezzo di memoria non notificata: profili che, invece, sono tutti assorbiti dalla piena rilevanza d'ufficio della nullità testualmente comminata dalla legge).

II) Quanto alla perdurante vigenza della norma di cui al citato art. 2, comma 1, pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 della legge statale 13 agosto 2010, n. 136, il Collegio ritiene – sebbene entrambe le norme trovino applicazione nella Regione siciliana, quella statale per effetto del recepimento regionale del codice dei contratti pubblici, che a sua volta richiama la normativa antimafia – che non basti l'ovvio rilievo di una certa simiglianza tra le due discipline a supportare l'affermazione che la sopravvenienza di quella posteriore abbia tacitamente abrogato quella anteriore.

Invero, la normativa regionale, pur se anteriore, ha carattere di specialità rispetto a quella statale successiva; sicché, in applicazione di basilari canoni esegetici disciplinanti la successione delle leggi nel tempo, va escluso che la legge generale successiva deroghi alla legge speciale anteriore.

È in proposito dirimente il rilievo che la normativa statale – in aggiunta ad altre differenze, pure evidenti: giacché l'una pone un precetto rivolto agli appaltatori e ai concessionari di finanziamenti pubblici, l'altra alle stazioni appaltanti in sede di approvazione del bando di gara; la prima prescrive l'uso di uno o più conti correnti, utilizzabili peraltro “anche non in via esclusiva”, la seconda impone invece “di indicare un numero di conto corrente unico”, dunque utilizzabile esclusivamente per l'appalto di cui trattasi – si applica, oltre che ai finanziamenti pubblici, agli appalti senza ulteriori specificazioni; laddove, invece, la norma regionale riguarda unicamente “gli appalti di importo superiore a 100 migliaia di euro”.

Risulta perciò evidente che, pur dopo il doppio recepimento di cui si è fatto cenno, l'art. 3 della legge n. 136 debba trovare applicazione, anche in Sicilia (ove la Regione ha competenza legislativa primaria o esclusiva in materia di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 14, lettera g), del proprio Statuto speciale), in tutti gli appalti di importo non superiore a € 100.000; laddove invece, al di sopra di detta

soglia, per il già ricordato principio di specialità, è giocoforza affermare che debba trovare applicazione (solo) l'art. 2, comma 1, della citata legge regionale.

Si badi che ciò non implica, altresì, che alla medesima conclusione si debba pervenire anche in ordine al comma 2 di tale ultimo articolo; tuttavia di tale profilo – sebbene detto comma 2 non abbia alcun rilievo in riferimento alla vicenda in esame – si accennerà brevemente *infra*.

Quel che preme qui sottolineare è, piuttosto, che l'abrogazione tacita – concetto tecnicamente assai più preciso di quello, sostanzialmente sociologico o *lato sensu* politico, della c.d. “*incompatibilità sostanziale*” – postula un'effettiva e assoluta incompatibilità tra due discipline, che non è dato invece ravvisare tra quelle di cui trattasi (art. 3 L. n. 136/2010 e art. 2, comma 1, L.R. n. 15/2008).

Né, sempre a questo proposito, può pretermettersi di considerare, da ultimo ma non per ultimo, che l'art. 2 della L.R. n. 15/2008 non è indicato tra le norme che l'art. 32 della L.R. 12 luglio 2011, n. 12, considera abrogate in conseguenza del recepimento del codice dei contratti pubblici (operato dalla stessa L.R. n. 12/2011): sicché, anche per questo profilo, detto art. 2 va considerato vigente.

III) Passando quindi al profilo relativo alla possibilità di configurare come solo parziale, piuttosto che totale, la nullità del bando di gara difforme dalla previsione normativa regionale in esame – con conseguente ipotizzata applicabilità del meccanismo dell'inserzione automatica di clausole, di cui all'art. 1339 del cod. civ. (ove applicabile anche all'atto amministrativo recante la *lex specialis* di una gara d'appalto) – il Collegio ritiene che una siffatta configurazione esegetica travalicherebbe i limiti di compatibilità con il tenore letterale della legge regionale, che un interprete che non voglia farsi legislatore è tenuto a osservare.

La norma regionale, infatti, non reca una mera sanzione di generica nullità, e neppure di “*nullità assoluta*” (come, per esempio, si legge invece nel comma 8 del cit. art. 3 della legge statale n. 136/2010); bensì una preclara sanzione di “*nullità del bando*”.

Non si può ragionevolmente dubitare che il legislatore regionale abbia inteso sanzionare, appunto, con la nullità del bando (vale a dire di tutto il bando, ossia del bando nella sua interezza) la violazione, da parte della stazione appaltante, del precetto posto dall'art. 2, comma 1, L.R. n. 15/08.

È indubbiamente una sanzione grave, forse la più grave possibile, dalla cui applicazione derivano conseguenze gravissime: in pratica, l'azzeramento della gara, che di regola andrà ripetuta.

Ma essa è frutto della valutazione, da ritenere evidentemente consapevole, del legislatore regionale: il quale, almeno nelle materie in cui dispone di competenza legislativa esclusiva, non pare sfornito del potere di sanzionare con la nullità la violazione dei più pregnanti tra gli obblighi che ritiene di imporre ai destinatari del proprio precetto legale.

Di tale valutazione, dunque, l'interprete deve limitarsi a prendere atto, senza sovrapporre proprie considerazioni di opportunità (o di migliore funzionalità) a quelle compiute dal legislatore.

Rispetto a questa tematica, resta dunque sullo sfondo la grande difficoltà di ipotizzare integrazioni legali del bando di gara con precetti la cui violazione dovrebbe dar luogo all'esclusione del concorrente che tali precetti abbia violato (o alla risoluzione del contratto, se la violazione avviene nella fase di esecuzione di esso): giacché, essendosi costui attenuto a tutto quanto previsto dal bando, ogni sanzione applicatagli in esito a un processo interpretativo metatestuale potrebbe davvero sembrare una insopportabile violazione del suo incolpevole affidamento.

Invero, su di essa fa premio, come si è già detto, l'esigenza di non consentire all'interprete di forzare il dato testuale, giusto o sbagliato che lo ritenga, al di là di quello che potrebbe definirsi il suo intrinseco limite di elasticità (così mutuando un'espressione usata in dottrina con riguardo alla

riconduzione dei contratti ai relativi tipi negoziali prefigurati dal codice civile); e infatti, nella specie, tale limite non sembra consentire, data l'assoluta chiarezza del dato normativo, di ritenere valido un bando anche ove non rechi la clausola voluta dalla legge, neppure predicando che esso sia automaticamente integrato da una clausola, ivi non scritta, di contenuto uguale a quello che avrebbe invece dovuto esservi inserito.

IV) Venendo, da ultimo, a trattare degli eventuali profili di incostituzionalità della L.R. n. 15/2008, il discorso sembra effettivamente atteggiarsi in modo diverso quanto al comma 1, che qui unicamente viene in rilievo, rispetto al comma 2 dello stesso art. 2 L.R. n. 15/2008.

Quest'ultimo, in quanto appaia strutturalmente privo di ogni altra finalità che ecceda quelle di contrasto alla criminalità organizzata, potrebbe incorrere in profili, non manifestamente infondati, di sospetta illegittimità costituzionale – sia per violazione della competenza normativa primaria spettante alla Regione siciliana (che è bensì competente sulle gare per l'affidamento di lavori pubblici, ma ovviamente non anche sulla normativa, penale o para-penale, esclusivamente volta al contrasto della criminalità, organizzata e non); sia per palese violazione della presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, II comma, della Costituzione (poi divenuta presunzione di innocenza, in alcune convenzioni internazionali ratificate dall'Italia), che assiste l'imputato fino alla sentenza di condanna definitiva – con il corollario che detto comma 2, che però nella vicenda in esame non rileva, rischia in effetti di essere espunto dall'ordinamento (magari non già in via di mera disapplicazione diffusa o di una c.d. interpretazione abrogatrice; bensì previa necessaria sua remissione alla Corte costituzionale e relativa eventuale pronuncia di incostituzionalità).

Discorso senz'altro opposto, invece, va fatto con riguardo alla norma recata dal comma 1 dell'art. 2 della L.R. n. 15/2008, ossia quella che unicamente rileva nella vicenda di cui ci si sta occupando.

Giova opportunamente premettere che a tale norma regionale siciliana non può meccanicamente traslarsi la declaratoria di incostituzionalità resa, sulla L.R. Calabria 7 marzo 2011, n. 4 (di analogo contenuto, ma emanata da una regione a statuto ordinario e come tale sprovvista di competenze legislative esclusive), da Corte costituzionale 23 febbraio 2012, n. 35.

In proposito, infatti, va essenzialmente osservato che la norma ora in esame, accanto a una dichiarata finalità “*di contrasto alla criminalità organizzata*” emergente dalla stessa rubrica della legge che la veicola, obiettivamente assolve anche a ulteriori finalità, afferenti essenzialmente a una corretta e trasparente gestione dei fondi ricevuti dalla stazione appaltante, le quali si ritiene che palesemente rientrino nell'ambito di un legittimo esercizio della competenza legislativa esclusiva nella materia dei “*lavori pubblici*” di cui la Regione siciliana dispone ai sensi dell'art. 14, lettera g), del proprio Statuto speciale di autonomia (R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455).

Sicché, per tal ragione, la norma sembra manifestamente immune da ipotizzati vizi di illegittimità costituzionale per violazione del riparto di competenze tra lo Stato e la Regione siciliana.

Le considerazioni svolte supportano il *fumus boni iuris* dell'appello cautelare in trattazione; il *periculum in mora* è evidentemente insito nel fatto stesso che una procedura inficiata da nullità della sua *lex specialis* prosegua il suo corso, nelle more di un giudizio che pare destinato a concludersi con la pertinente declaratoria.

I contrasti giurisprudenziali, effettivamente eccezionali, che si sono finora riscontrati sulle questioni qui trattate inducono tuttavia alla compensazione delle spese dell'odierno gravame cautelare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,

accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza appellata, sospende l'efficacia dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Spese del gravame cautelare compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

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

Ermanno de Francisco, Presidente FF

Gabriele Carlotti, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

Pietro Ciani, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2013

IL SEGRETARIO

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