



Ric. n. 311/07

Sent. n. 3261/07

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione,

con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso	Presidente
Italo Franco	Consigliere
Giovanni Sabato	Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

Avviso di Deposito del a norma dell'art. 55 della L. 27 aprile 1982 n. 186 <i>Il Direttore di</i> <i>Sezione</i>

SENTENZA

sul ricorso n. 311/2007, proposto da **A.M.A. E.G.C. S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Perissinotto e Alberto Furlanetto, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia-Mestre, via Pescheria Vecchia n. 1;

CONTRO

Il COMUNE di SAN BONIFACIO (VR), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Donato Antonio Romano e Mario Testa, con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv. Franco Zambelli in Mestre-Venezia, Via Cavallotti n.22;

La COMMISSIONE di GARA del COMUNE di SAN BONIFACIO, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio

Il DIRIGENTE dell'AREA GESTIONE del PATRIMONIO dei LAVORI PUBBLICI e della SICUREZZA del COMUNE di SAN

BONIFACIO, *pro tempore*, non costituito in giudizio

e nei confronti

della ATHESTE COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

a) del verbale di gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento dell'appalto dei lavori per l'ampliamento del cimitero del capoluogo di San Bonifacio, redatto il 2 gennaio 2007 e 5 gennaio 2007 dalla apposita commissione all'uopo nominata, con cui viene disposta l'esclusione dalla gara della A.M.A. E.G.C. S.R.L. "*in quanto l'annotazione effettuata dall'Autorità di Vigilanza dimostra la mancanza di adeguata affidabilità professionale da parte della ditta medesima*" e, conseguentemente, dopo la determinazione della nuova soglia di anomalia delle offerte, viene aggiudicato in via provvisoria l'appalto alla ATHESTE COSTRUZIONI S.R.L. di Este, con il ribasso del 12,620 %;

b) della determinazione n. 27, del 17 gennaio 2007, del Dirigente dell'area gestione del patrimonio, lavori pubblici e sicurezza, con cui si dispone l'approvazione del verbale di gara del 2.1.2007 – 5.1.2007 e di aggiudicare i lavori di ampliamento del cimitero del capoluogo 2° stralcio alla ditta ATHESTE COSTRUZIONI S.R.L., con sede ad Este, nonché di procedere con gli adempimenti successivi, ovvero di stipulare il contratto per l'esecuzione dei lavori, previa acquisizione della documentazione necessaria;

c) della comunicazione del 18 gennaio 2007, pervenuta ad A.M.A. E.G.C. in data 25.1.2007, con cui il Dirigente dell'area gestione del patrimonio, lavori pubblici e sicurezza informa la ricorrente del fatto che *“è stata esclusa dalla gara per l'appalto dei lavori in oggetto, in quanto sono state accertate, sul sito informatico dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, annotazioni che costituiscono causa di esclusione dalla gara medesima ai sensi del punto 15, lett. C), del Bando di Gara, come da verbale approvato con determinazione n. 27 del 17.1.2007”*;

d) di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente.

* * *

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione resistente

Visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 12 luglio 2007 (relatore il Consigliere G. Sabato), l'avv.to Barazza, in sostituzione dell'avv.to Perissinotto, per la parte ricorrente e l'avv.to Testa, per il Comune di San Bonifacio (Vr);

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 16 febbraio 2007 e ritualmente depositato il successivo 19 febbraio, la Società A.M.A. E.G.C. S.r.l., in persona del l.r.p.t., ha impugnato gli atti di cui in epigrafe, invocandone l'annullamento.

Ha premesso che, in data 19.12.2006, aveva presentato istanza di partecipazione alla gara, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 55 d.Lgs. n. 163/2006, indetta in data 13.11.2006 dal Comune di San Bonifacio (VR) per l'affidamento dell'appalto dei lavori di ampliamento del cimitero del Capoluogo. Essendo risultata aggiudicataria provvisoria, la Commissione procedeva alla verifica delle annotazioni a carico della Ditta ricorrente sul sito dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici. Orbene, poiché da tali accertamenti risultava *“una annotazione in data 15.12.2006 relativa ad una risoluzione di contratto per grave inadempimento agli obblighi contrattuali”*, l'appalto veniva aggiudicato in favore della ATHESTE COSTRUZIONI S.r.l. nonostante la ricorrente avesse documentato l'intervenuta bonaria composizione della risoluzione in danno precedentemente deliberata.

Avverso tale determinazione si è pertanto invocato l'intervento di questo Tribunale, deducendo le seguenti censure:

1) violazione di legge. Violazione dell'art. 46, D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e del Bando di gara, Punto 15, lettere e) ed f); eccesso di potere per carenza di istruttoria e per contraddittorietà e/o per erroneità e/o falsità dei presupposti, in quanto non solo l'Amministrazione è incorsa in vizi procedimentali, avendo invertito l'ordine tra le verifiche sull'affidabilità professionale e l'apertura delle buste e non avendo mai revocato l'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente prima di procedere alla sua esclusione, ma soprattutto non ha tenuto conto della documentazione presentata, dalla

quale risulta che già in data 27.12.2006 l'Ente, che aveva dato origine alla segnalazione rinvenuta sul Casellario informatico, aveva risolto bonariamente il rapporto, comunicazione pervenuta all'Amministrazione lo stesso giorno in cui è stata assunta la determinazione oggetto di gravame; ad ogni modo, prima di escludere la ricorrente, già aggiudicataria provvisoria, l'Amministrazione avrebbe dovuto porre in essere tutte le verifiche del caso, sia attraverso la richiesta di chiarimenti all'interessata, sia effettuando direttamente i controlli contattando l'Amministrazione che aveva dato luogo alla segnalazione;

2) violazione di legge; violazione dell'art. 3, L. 7.8.1990, n. 241; eccesso di potere per perplessità, contraddittorietà e insufficienza della motivazione, atteso che non è dato comprendere se il motivo dell'esclusione sia la mera presenza di una segnalazione sul casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza o se l'esclusione sia piuttosto riconducibile alla mancanza di adeguata affidabilità professionale della ricorrente.

Si conclude, invocando l'annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata, resistendo.

Non si è costituita invece la Ditta controinteressata, nonostante ritualmente evocata.

Alla Camera di Consiglio del 28 febbraio 2007 l'istanza di sospensiva veniva accolta, ma il Consiglio di Stato, con ordinanza n.

2945 del 12 giugno 2007, ha accolto l'appello e, per l'effetto, ha respinto l'istanza cautelare.

Alla udienza pubblica del 12 luglio 2007, sulla conclusione delle parti costituite, il ricorso è ritenuto in decisione.

DIRITTO

I. Nel presente giudizio, è controversa la legittimità del provvedimento con il quale il Comune di San Bonifacio (VR) ha aggiudicato alla Ditta ATHESTE COSTRUZIONI S.r.l. l'appalto dei lavori di ampliamento del cimitero del Capoluogo.

Parte ricorrente deduce sostanzialmente che tale provvedimento è illegittimo sotto molteplici profili.

II. Il ricorso, ad avviso del Collegio, è infondato.

III.1. Con il primo articolato motivo di ricorso parte attorea lamenta, *in primis*, che l'Amministrazione sarebbe incorsa in vizi procedurali, segnatamente connessi alla inversione dell'ordine tra le verifiche sull'affidabilità professionale e l'apertura delle buste e la omessa revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente prima di procedere alla sua esclusione.

Entrambi i profili di censura non colgono nel segno.

III.2. Non il primo, in quanto il provvedimento di esclusione adottato nei riguardi della ricorrente si deve agli accertamenti effettuati sul Casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza, da effettuarsi, ai sensi della disciplina di *lex specialis*, nella fase che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva. Invero, l'art. 15 lett. e) ed f) attribuisce alla Stazione Appaltante il potere/dovere di

verificare tutte le attestazioni, dichiarazioni e certificazioni prodotte e rese in sede di gara e pertanto prevede che non si procederà all'aggiudicazione definitiva della gara qualora, a seguito di tale verifica, l'impresa provvisoriamente aggiudicataria non risulterà in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, tra i quali quelli connessi all'adeguata affidabilità professionale. La determinazione impugnata è appunto scaturita dalla verifica effettuata nella fase che intercorre tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, pertanto in piena sintonia con quanto statuito dalla disciplina di bando.

La censura è quindi infondata.

III.3. Parimenti non convince il secondo profilo di censura, in quanto, l'atto di aggiudicazione provvisoria, del quale si lamenta il mancato annullamento, ha natura soltanto endoprocedimentale (TAR Potenza, n. 344 del 5 maggio 2007), siccome adottato nell'ambito del procedimento che è volto all'emanazione del provvedimento finale (l'aggiudicazione definitiva) e pertanto non è nemmeno sottoponibile ai poteri repressivi di autotutela (C.Stato, VI, n. 3989 del 23 giugno 2006), peraltro spettanti alla Pubblica Amministrazione anche nei procedimenti ad evidenza pubblica (TAR Salerno, I, n. 178 del 22 febbraio 2006). Trattandosi di un atto ad effetti instabili ed interinali, ben può essere posto nel nulla pur in assenza di un vero e proprio provvedimento ad effetti repressivi e quindi mercé un atto soprassessorio, con il quale la stazione appaltante manifesta motivatamente la sua decisione di non procedere all'aggiudicazione definitiva e preannuncia la revoca degli atti *medio tempore* posti in

essere (così Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885 e Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1227) o un atto, parimenti endoprocedimentale, di segno contrario rispetto al suo destinatario, con il quale, come accaduto nel caso di specie, si dispone l'esclusione della ditta già aggiudicataria provvisoria.

In conclusione, la censura è infondata e pertanto va respinta.

III.4. Con ulteriore censura, avente peraltro rilievo centrale nell'economia del ricorso, si lamenta l'omessa considerazione della documentazione regolarmente presentata alla S.A., dalla quale risulta che già in data 27.12.2006 l'Ente, che aveva dato origine alla segnalazione rinvenuta sul Casellario informatico, aveva risolto bonariamente il rapporto con la Ditta ricorrente.

A seguito di più approfondita riflessione, propria della presente fase di delibazione del merito del ricorso, il Collegio è di avviso contrario rispetto a quanto precedentemente opinato in sede cautelare e pertanto reputa che anche tale doglianza sia infondata. Si addivene a tali conclusioni in base, ancora una volta, alle stesse disposizioni di bando che, come sopra rilevato, attribuivano unicamente al Casellario Informatico dell'Autorità di Vigilanza rilievo documentale ai fini della necessaria verifica circa l'adeguata affidabilità professionale della Ditta aggiudicataria.

Nel caso di specie, occorre rilevare che, alla data cui risale il provvedimento di esclusione (2-5 gennaio 2007), l'annotazione relativa alla risoluzione del rapporto instaurato con l'Anas risultava ancora presente; né essa poteva dirsi superata dalla nota Anas del

27.12.2006, sia perché pervenuta alla S.A. soltanto il 17 gennaio, sia perché il suo stesso tenore non lascia chiaramente intendere il definitivo superamento di ogni controversia facendo riferimento alla risoluzione bonaria del rapporto ancora “*in corso di perfezionamento*”. Va infine rilevato che la verifica dei requisiti soggetti e oggettivi di partecipazione ad una gara non può che avvenire con riferimento all’epoca cui risale la partecipazione stessa di talché non può essere condizionata da eventi sopravvenuti rispetto a tale fase procedimentale. Ciò che rileva nel caso *de quo* è che alla data cui risale la partecipazione della Ditta interessata (19.12.2006) veniva in considerazione un grave inadempimento contrattuale rilevante ai fini del giudizio di adeguata affidabilità professionale e per giunta ben noto alla stessa Ditta interessata, che tuttavia non lo riportava nelle dichiarazioni rilasciate in sede di partecipazione alla gara.

Da quanto appena osservato deriva l’infondatezza non solo della specifica censura in esame, che pertanto va respinta, ma anche di quella successiva, con la quale si vuole far carico la S.A. di un onere istruttorio non contemplato dalla disciplina di bando che, individua, come detto, esclusivamente nel Casellario informatico dell’Autorità di Vigilanza lo strumento conoscitivo da utilizzare per lumeggiare l’affidabilità professionale delle concorrenti alla selezione.

In conclusione, il primo motivo di ricorso è del tutto infondato e pertanto va respinto.

IV. Anche il secondo ed ultimo motivo di censura è, a parere del Collegio, destituito di fondamento, atteso che, contrariamente a

quanto si assume in ricorso, il provvedimento di esclusione oggetto di gravame è suffragato da idonea motivazione che consente agevolmente di cogliere l'iter logico che ha condotto all'avversata determinazione. Invero, nel verbale di gara del 2 gennaio 2007 è testualmente detto che *“a seguito degli accertamenti eseguiti in adempimento del punto 15, lett. c) ed f), risulta che la ditta provvisoriamente aggiudicataria abbia a suo carico una annotazione in data 15/12/2006 relativa ad una risoluzione di contratto per grave inadempimento agli obblighi contrattuali. Pertanto, ai sensi del punto 15, lett. e), del Bando di Gara, la ditta AMA E.G.C. s.r.l. di Casale sul Sile (TV) viene esclusa dalla gara in quanto la citata annotazione dimostra la mancanza di adeguata affidabilità professionale da parte della ditta medesima”*. Il tenore del provvedimento in oggetto è tale da escludere il denunciato difetto motivazionale, potendosi senz'altro cogliere le ragioni poste a fondamento della avversata determinazione.

In conclusione, il ricorso è del tutto infondato e pertanto va respinto.

V. Sussistono nondimeno giusti motivi, in ragione della peculiarità della vicenda, per integralmente compensare tra le parti costituite le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 311/07 proposto da A.M.A. E.G.C. S.r.l., lo respinge, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia, addì 12 luglio 2007.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione