



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 152 del 2009, proposto da:
Consorzio C.A.I.E.C. Soc. Coop., in persona del Presidente *pro tempore* sig. Domenico Balestri, e A.C.C., Adriatica Costruzioni Cervese Soc. Coop., in persona del Presidente *pro tempore* sig. Fabrizio Zavaglia, anche in qualità di Capogruppo di costituenda A.T.I., rappresentate e difese dagli avv.ti Dario Forasassi e Antonio Tita ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Lunelli, n. 48

contro

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Monica Manica ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15;
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e

forniture, in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9 è, per legge, domiciliata

per l'annullamento:

1) del provvedimento prot. n. 4828/14/09, di data 31 luglio 2009, della Provincia autonoma di Trento - Agenzia per i Servizi, Ufficio gestione gare, che ha confermato l'esclusione delle concorrenti A.T.I. Adriatica Costruzioni Cervese Soc. Coop. - C.A.I.E.C. Soc. Coop. e C.L.A.F.C. Soc. Coop., dalla gara di appalto per lavori di costruzione dell'edificio denominato "Colonia Trento" in C.C. Cesenatico; che ha disposto di procedere alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e all'Autorità giudiziaria della violazione del divieto posto dall'art. 37, comma 7, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, al fine di valutare se ricorrano gli estremi di cui all'art. 353 del codice penale con riferimento alle imprese C.A.I.E.C. Soc. Coop. e C.L.A.F.C. Soc. Coop.; e che ha disposto di procedere alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e all'Autorità giudiziaria per la riscontrata mancata veridicità della dichiarazione resa da parte dell'impresa C.A.I.E.C. Soc. Coop;

2) del provvedimento prot. n. 4851/14/09, di data 31 luglio 2009, con il quale la Provincia autonoma di Trento ha eseguito la comunicazione all'A.V.C.P. ai fini dell'inserimento nel casellario informatico;

- 3) dei provvedimenti di ignota data e numero con i quali la Provincia di Trento abbia eventualmente eseguito la segnalazione all'Autorità Giudiziaria;
- 4) del provvedimento di ignota data e numero con il quale l'A.V.C.P. abbia eventualmente disposto l'annotazione della segnalazione nel casellario informatico delle imprese, ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34;
- 5) di ogni ulteriore atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il bando prot. n. 3185/14/09, pubblicato in data 4.5.2009, la Provincia autonoma di Trento ha indetto una gara mediante licitazione privata per l'affidamento dei lavori di costruzione di un

edificio denominato “Colonia Trento” nel compendio immobiliare di proprietà provinciale, ubicato nel Comune di Cesenatico. Alla gara le due società ricorrenti, in costituenda A.T.I., hanno presentato in data 13.5.2009 una “richiesta di invito”.

Il mandante Consorzio C.A.I.E.C. Soc. Coop. aveva a questo fine depositato l'elenco delle imprese che costituiscono il Consorzio e aveva dichiarato che le stesse non partecipavano alla procedura di prequalifica sotto alcuna altra forma, al fine di non incorrere nel divieto di cui all'art. 37, comma 7, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, in combinato disposto con l'art. 122, comma 9, dello stesso testo normativo.

2. L'Amministrazione provinciale ha però verificato che una delle imprese consorziate, C.L.A.F.C. Soc. Coop., aveva presentato un'autonoma istanza di partecipazione in data 11.5.2009.

Perciò, con nota del 14 luglio 2009, ha avviato il procedimento volto alla esclusione dalla procedura di prequalifica delle due società ricorrenti, nonché dell'impresa consorziata, mentre il successivo 31 luglio ha adottato il provvedimento definitivo di esclusione (prot. n. 4828/14/09), nonostante le controdeduzioni presentate dalle istanti rispettivamente in data 17 e 22 luglio 2009. Con lo stesso atto l'Amministrazione procedente ha altresì disposto di segnalare il fatto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nota del 31 luglio 2009, prot. n. 4851/14/09) ed all'Autorità giudiziaria, precisando peraltro in una relazione allegata, trasmessa alle nominate Autorità, la sussistenza - a suo parere - di un errore

scusabile per la mancata veridicità delle dichiarazioni rese dal richiedente consorzio C.A.I.E.C. Soc. Coop.

3. Con ricorso notificato in data 26 e 27 agosto 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 4 settembre, le due società ricorrenti hanno impugnato il menzionato provvedimento di esclusione, oltre agli altri atti citati in epigrafe, chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - “violazione di legge con riferimento agli artt. 37, comma 7; 38, lett. h), e 122, comma 9, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; 27 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34; 36 della L.p. 10.9.1993, n. 26 - violazione della *lex specialis* - eccesso di potere per errore di fatto - illogicità e contraddittorietà della motivazione”. Il mandante consorzio C.A.I.E.C. afferma di non aver indicato, negli atti depositati, il nominativo della cooperativa C.L.A.F.C. quale consorziata, che avrebbe eseguito i lavori. Pertanto, posto che l'importo a base d'asta ammontava ad € 5.135.000,00, non sarebbe operante il divieto di partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio e di tutti i soggetti consorziati posto dall'ultima parte del comma 7 dell'art. 37, nel testo vigente *ratione temporis*, che, in combinato disposto con l'art. 122, comma 9, si riferiva ad appalti con un importo pari o inferiore ad € 1.000.000,00. Da ciò conseguirebbe che nella procedura di causa il divieto di partecipazione sarebbe stato limitato alle imprese consorziate per le quali il consorzio intendeva concorrere;

II - “violazione di legge con riferimento agli artt. 37, comma 7, e 38,

lett. h), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e 27 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34”, in quanto il provvedimento di non ammissione delle due istanti alla prequalificazione sarebbe stato adottato in una fase della gara in relazione alla quale la segnalazione all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e quella all’Autorità giudiziaria, non sarebbero state dovute.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

4. L’Amministrazione provinciale si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

5. Con ordinanza n. 91/2009, adottata nella camera di consiglio del 10 settembre 2009, la domanda cautelare è stata accolta sul rilievo che “l’interpretazione teleologica, palesata nella circolare provinciale invocata dall’Amministrazione, non pare suscettibile di sovvertire l’univoco tenore letterale della norma richiamata dalla *lex specialis* che, oltretutto, è in linea con l’indirizzo ermeneutico inteso a favorire la maggiore partecipazione dei concorrenti”.

6. In vista dell’udienza di merito le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e presentato memorie conclusionali. Il difensore della Provincia ha eccepito l’improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse posto che, a seguito dell’ordinanza cautelare sopra ricordata, le società istanti sono state ammesse alla fase di prequalificazione con esito negativo, talché non hanno potuto comunque partecipare alla gara.

7. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 la causa è stata

trattenuta in decisione.

8. Così riepilogati gli antecedenti in fatto, il Collegio può ora passare all'esame del merito del ricorso.

8a. Occorre preliminarmente osservare che, in adempimento della menzionata ordinanza cautelare di questo Tribunale, l'A.T.I. Adriatica Costruzioni Cervese Soc. Coop. con il consorzio C.A.I.E.C. Soc. Coop., unitamente ad altre 82 richiedenti risultate in possesso dei requisiti di idoneità, sono state ammesse alla procedura di sorteggio prevista dagli artt. 38 della L.p. 10.9.1993, n. 26, e 23 del D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg., per la selezione delle 30 imprese (cifra massima, prevista dal comma 3 dell'art. 38, per il caso in cui i soggetti richiedenti, in possesso dei requisiti, siano in numero superiore a trenta) da invitare alla gara per l'appalto in questione. In data 21 settembre 2009 la Commissione di gara ha quindi sorteggiato 15 imprese. Di seguito, ha assegnato alle altre un punteggio, stabilito da individuati criteri che tengono conto della migliore idoneità dimensionale, tipologica e di localizzazione operativa dei concorrenti rispetto ai lavori da realizzare, formando un graduatoria dalla quale sono state scelte le imprese classificatesi ai primi 15 posti.

L'A.T.I. ricorrente non è stata sorteggiata e, nella successiva graduatoria per titoli, si è collocata al 51° posto, ossia in una posizione non utile per poter essere invitata alla gara.

8b. A ciò consegue che l'esecuzione da parte dell'Amministrazione provinciale dell'ordinanza adottata in sede cautelare con la conseguente ammissione alla procedura di prequalifica delle

concorrenti ha dato ulteriore impulso al procedimento nel successivo corso, nel quale l'atto impugnato è peraltro divenuto inidoneo ad arrecare alcun pregiudizio alla sfera giuridica delle ricorrenti. Infatti, anche se venisse ora annullata l'esclusione delle istanti dalla fase di prequalifica, esse non potrebbero in ogni caso essere ammesse a presentare la loro miglior offerta in gara, essendosi esaurita detta fase con esito ad esse sfavorevole. Per tale parte, pertanto, il richiesto annullamento, pur se sorretto da validi motivi, non recherebbe alcun vantaggio alle ricorrenti.

Nel processo amministrativo l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della sua proposizione sia in quello della pronuncia finale, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 3.9.2009, n. 5191); ne consegue, nella specie, che l'impugnazione dell'esclusione dalla fase di prequalifica è divenuta improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione.

9a. Persiste invece l'interesse alla definizione del secondo motivo introdotto, con il quale si denuncia l'intervenuta segnalazione della vicenda all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai fini dell'inserimento dei nominativi delle ricorrenti nel casellario informatico, e la nota con la quale la vicenda in esame è stata segnalata all'Autorità giudiziaria. Le ricorrenti asseriscono che detti adempimenti non sarebbero dovuti essere attuati, posto che

sono conseguiti non ad un'esclusione dalla partecipazione ad una gara in senso stretto, ma all'esclusione da una fase preliminare del procedimento di gara.

L'affermazione deve essere condivisa.

9b. Trattandosi di una procedura il cui valore di mercato è inferiore alla soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c), della Direttiva 2004/18/CE, alla quale si applica dunque in via esclusiva la normativa di interesse provinciale di cui alla L.p. 10.9.1991, n. 26, (cfr. art. 3), fatti salvi gli istituti non disciplinati dalla stessa, sul punto va richiamato il disposto di cui all'art. 41 che prevede che l'Amministrazione aggiudicatrice segnali all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: - l'esclusione dell'aggiudicatario nel caso esso non risulti in possesso dei requisiti di partecipazione e di carattere tecnico economico (commi 1, 2 e 3); - il mancato possesso dei medesimi requisiti anche in capo ad altri concorrenti, non risultati aggiudicatari, nell'ipotesi si sia disposto di procedere a tale tipo di verifica come previsto dal comma 5.

A ben vedere, pertanto, la disciplina provinciale prevede la segnalazione all'Autorità di vigilanza quale adempimento che compete alla Stazione appaltante successivamente all'espletamento della procedura di gara e solamente nei confronti di soggetti che vi abbiano partecipato e a colui che abbia conseguito l'aggiudicazione, o comunque a quelli che si siano collocati nella definitiva graduatoria concorsuale.

Non è invece prevista alcuna segnalazione a seguito delle verifiche

disposte sulle richieste di invito nella fase di prequalificazione.

Nel caso all'esame, la *ratio* della norma provinciale appare evidente se si pone mente al fatto che al momento della prequalifica le imprese concorrenti non possono sapere quali altri concorrenti parteciperanno alla gara, sicché gli effetti preclusivi di dichiarazioni relative all'assenza di compartecipazioni vietate rilevano solo al momento della presentazione delle offerte da parte delle imprese invitate alla gara. E' in tale sede, infatti, che l'Amministrazione può logicamente e ragionevolmente procedere al riscontro delle previste preclusioni.

Poiché le contestate determinazioni assunte dall'Amministrazione provinciale nel caso in esame non integrano alcuna delle richiamate ipotesi normative, i conseguenti atti di segnalazione alle indicate Autorità devono ritenersi disposti al di fuori dei presupposti di legge.

Da ciò consegue l'accoglimento del mezzo in esame e l'annullamento delle segnalazioni in questione, menzionate ai numeri 2) e 3) in epigrafe, e dell'eventuale successiva iscrizione nel casellario informatico delle imprese.

10. La domanda di risarcimento dei danni è invece infondata.

Invero, occorre osservare che il risarcimento in forma specifica è stato ottenuto attraverso la concessione della misura cautelare, che ha sospeso l'efficacia dell'impugnata esclusione, eseguita dall'Amministrazione che ha riammesso alla prequalificazione le deducenti. In questo modo, la loro ammissione alla nominata fase ha già realizzato una forma di reintegrazione in forma specifica, con la conseguenza che non spetta il risarcimento per equivalente.

Ugualmente deve dirsi con riguardo alle intervenute segnalazioni alle Autorità sopra nominate, sospese anch'esse in via cautelare, talché nemmeno esse hanno recato alcuna lesione patrimonialmente rilevante e l'annullamento ora disposto realizza anch'esso la reintegrazione in forma specifica.

11. Le spese di lite, in applicazione della regola della soccombenza, in parte anche virtuale, devono porsi a carico dell'Amministrazione provinciale che, conseguentemente, è condannata a corrispondere la complessiva somma di € 6.600,00 (seimilaseicento) (di cui € 6.000 per onorari ed € 600 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore delle società ricorrenti in costituenda A.T.I.

Le spese nei confronti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere compensate, in quanto essa non ha assunto responsabilità alcuna nelle segnalazioni.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 152 del 2009, in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte lo accoglie.

Condanna la Provincia autonoma di Trento al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

Compensa le spese nei confronti dell'Autorità per la vigilanza sui

contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2010

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

IL SEGRETARIO