



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 139 del 2009, proposto da:
Azzolini Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante sig.
Mario Azzolini, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi D'Agosto e
Gianpiero Luongo, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo in Trento, Via Serafini, n. 9

contro

Comune di Vigo Rendena (Trento), in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Flavio Maria Bonazza ed
elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Trento,
Piazza Mosna, n. 8

nei confronti di

- Edil.Ma.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
- Mak Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del verbale di aggiudicazione dell'appalto di lavori pubblici di ricostruzione del municipio e della canonica di Vigo Rendena del 21 maggio 2009;
- della nota del Comune di Vigo Rendena prot. n. 1527, di data 26 maggio 2009, concernente la comunicazione dell'esito gara e la restituzione della cauzione provvisoria;
- della graduatoria di data 21 maggio 2009 dei partecipanti alla gara di affidamento dei lavori di ricostruzione del municipio e della canonica, allegata alla nota prot. n. 1527 del 26.5.2009;
- dell'avviso di aggiudicazione dell'appalto di lavori pubblici di ricostruzione e della nota prot. 2015, di data 10 luglio 2009, del Comune di Vigo Rendena ad Azzolini Costruzioni S.r.l., con la quale è stata comunicata alla ricorrente la reiezione delle deduzioni di cui alla sua nota del 30 giugno 2009, protocollata dal Comune di Vigo Rendena al n. prot. 1929 del 6 luglio 2009;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale;
- nonché per il risarcimento dei danni provocati dalla mancata aggiudicazione dei lavori in questione per l'affidamento degli stessi ad altro concorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vigo Rendena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il cons. Alma Chiettini 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. 838, Cat. 10, pubblicato in data 24.3.2009, il Comune di Vigo Rendena ha indetto una gara mediante licitazione, con aggiudicazione secondo il parametro del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di ricostruzione del municipio e della canonica, per un importo complessivo di € 1.884.061,41, di cui € 1.854.098,08 per i lavori a base d'asta soggetti a ribasso ed € 29.963,33 di oneri per la sicurezza e la salute.

Le opere oggetto della commessa rientravano prevalentemente nella categoria OG1 (edifici civili ed industriali), per la quale era stata prevista la possibilità di subappaltare parte dei lavori nella misura massima del 30% dell'offerta. Il bando aveva poi specificato che, ai soli fini del subappalto, nella categoria prevalente dovevano essere comprese anche le lavorazioni relative agli impianti di elevazione di cui alla categoria OS4, per l'esecuzione dei quali era richiesta l'abilitazione prevista dal D.M. 22.1.2008, n. 37. Il concorrente non in possesso dell'abilitazione o dell'attestazione SOA era quindi tenuto a subappaltare interamente dette lavorazioni e ciò non avrebbe inciso

sulla quota subappaltabile della categoria prevalente.

Il bando precisava ulteriormente che il rispetto del limite facoltativo del 30% delle opere subappaltabili appartenenti alla categoria prevalente sarebbe stato verificato durante l'esecuzione del contratto; che, pertanto, all'atto dell'offerta sarebbe stato sufficiente indicare solo le lavorazioni da subappaltare senza riportare percentuali o cifre (cfr. pag. 19); che il concorrente non in possesso dell'abilitazione o dell'attestazione SOA per la categoria OS4 era tenuto, pena l'esclusione dell'offerta, a subappaltare interamente le suddette lavorazioni secondo le modalità contenute nella lettera d'invito, avvalendosi preferibilmente del modello di dichiarazione di subappalto allegato ad essa.

2. Alla gara sono state ammesse 24 concorrenti, fra le quali le società ricorrente e le altre due alle quali l'atto introduttivo è stato notificato in qualità di controinteressate. Dalla graduatoria, compilata dalla Commissione di gara in data 21.5.2009, previa esclusione di 8 imprese che avevano presentato un'offerta economica con una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia individuata nel 16,687% del ribasso, è risultata miglior offerente la società Edil.Ma.C., che aveva formulato un offerta pari a € 1.545.657,99 corrispondente ad un ribasso percentuale del 16,636% sull'importo a base d'asta. A seguito dell'aggiudicazione della gara e della consegna urgente dei lavori avvenuta in data 1.7.2009, il successivo giorno 7 luglio è stato stipulato il contratto di appalto tra l'Amministrazione comunale e l'aggiudicataria Edil.Ma.C. S.r.l. con sede legale in Cles.

3. Sulla base di quanto verificato in esito ad un'istanza d'accesso, la ricorrente Azzolini Costruzioni avrebbe riscontrato l'irregolarità della dichiarazione di subappalto presentata da Mak Costruzioni S.r.l., in quanto avrebbe omesso di specificare la volontà di procedere al subappalto delle lavorazioni della categoria OS4 per l'intero loro ammontare. La deducente ha conseguentemente concluso che la Stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere all'esclusione dalla gara di quell'offerta e che detta operazione avrebbe modificato la soglia d'anomalia: all'esito di ciò la migliore offerente sarebbe risultata la deducente società Azzolini e non Edil.Ma.C. S.r.l. (cfr., documento n. 9 in atti di parte ricorrente).

In data 6 luglio 2009 il Comune di Vigo Rendena è stato informato di tale riscontro da Azzolini Costruzioni, la quale ha contestualmente presentato la richiesta di annullamento, in sede di autotutela, del provvedimento di aggiudicazione. L'Amministrazione non ha condiviso le riportate argomentazioni ed ha quindi respinto l'istanza di riconsiderare la propria determinazione.

4. Con ricorso notificato in data 25 luglio 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 4 agosto, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto di lavori pubblici in questione, oltre ai provvedimenti connessi indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - "violazione della *lex specialis*, in particolare dell'art. 1, paragrafo 1.6, e dell'art. 7 del bando di gara - violazione dell'art. 1, paragrafo 1.4.1, e

dell'art. 5, paragrafo 5.2.2, della lettera d'invito - violazione e/o erronea e/o falsa applicazione degli artt. 118, 74 e 40 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; degli artt. 47, 48 e 49 della direttiva 2004/18/CE; degli artt. 8 e 9 della L. 11.2.1994, n. 109; degli artt. 34 e 42 della L.p. 10.9.1993, n. 26 - eccesso di potere per ingiustizia ed illogicità manifeste, travisamento dei fatti e difetto di motivazione, contraddittorietà - violazione dei principi di economicità e buon andamento della Pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione) - violazione della *par condicio*". L'istante afferma che la dichiarazione di subappalto presentata dall'impresa Mak, che elencherebbe una serie di opere sotto la categoria OG1 - fra le quali sono menzionati gli "impianti elettromeccanici trasportatori" - senza alcuna altra specificazione se non quella che tutte sarebbero state subappaltate nel limite del 30%, non sarebbe rispettosa delle disposizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito e prescritte a pena di esclusione. L'Amministrazione comunale avrebbe quindi errato nel ritenere ammissibile quell'offerta e nel valutarla ai fini della determinazione dell'anomalia;

II - "violazione e/o erronea e/o falsa applicazione dell'art. 40, comma 1, della L.p. 10.9.1993, n. 26; dell'art. 24 del D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg; degli artt. 6 e 7 della lettera d'invito del 29.4.2009, n. 1274 - eccesso di potere, contraddittorietà, violazione dei principi di economicità e buon andamento della Pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione) - violazione della *par condicio*", posto che la conseguente, doverosa, esclusione dalla partecipazione alla gara

dell'offerta di Mak Costruzioni avrebbe influito a favore della ricorrente, posto che l'offerta non anomala più bassa sarebbe stata quella da essa presentata con un ribasso pari al 16,495%.

5. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica, mediante il richiesto annullamento dei provvedimenti impugnati, e quindi per equivalente, sotto il profilo sia dell'impossibilità di collocare altrove maestranze e mezzi sia di immagine, per il pregiudizio subito nel *curriculum* professionale a causa della mancata qualificazione derivante dalla realizzazione delle opere appaltate.

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

6. L'Amministrazione comunale di Vigo Rendena si è costituita in giudizio, chiedendo argomentatamente la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

7. Con ordinanza n. 98/2009, adottata nella camera di consiglio del 10 settembre 2009, la domanda cautelare è stata respinta.

8. In vista dell'udienza le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e presentato memorie conclusionali.

9. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

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

10a. Preliminarmente a detto esame, occorre verificare l'integrità del contraddittorio, con particolare riferimento alla notifica del ricorso ad

una delle società controinteressate, Edil.Ma.C. S.r.l., risultata aggiudicataria della commessa in oggetto.

La difesa della ricorrente espone di aver richiesto ed effettuato detta notifica mediante ufficiale giudiziario dell'U.N.E.P. di Trento in data 25.7.2009, a mezzo del servizio postale, all'indirizzo "Edil.Ma.C. S.r.l., in persona del legale *pro tempore*, via A. De Gasperi, 68 - 38023 Cles Trento", corrispondente a quello fornito dall'Amministrazione appaltante (cfr., verbale di aggiudicazione e comunicazione dell'esito della gara - documenti n. 4 e n. 5 in atti della ricorrente); a quanto indicato sul contratto d'appalto stipulato il 7.7.2009 (cfr., documento n. 8 in atti dell'Amministrazione resistente) e alla sede legale dell'impresa, come si evince dalla visura eseguita in data 3.8.2009 presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Trento (cfr., documento n. 12 in atti della ricorrente). Nondimeno, Edil.Ma.C. S.r.l. è risultata "*sconosciuta all'indirizzo*" della sede legale, come si legge sull'avviso di ricevimento della raccomandata contenente il piego da notificare.

L'istante ha pertanto manifestato la sua disponibilità a rinnovare la procedura e chiesto di essere autorizzata a notificare il ricorso presso una sede secondaria, posto che dalla citata visura camerale risulta che la controinteressata ha una sede secondaria in Tuenno, via Quattro Ville, n. 18 (ove si troverebbe un magazzino) e un ulteriore ufficio in Cles, via F. Filzi, n. 17.

10b. Su tale questione non vi è dubbio che, in qualità di aggiudicataria dei lavori di ricostruzione del municipio e della canonica di Vigo

Rendena, la società Edil.Ma.C. sia titolare di un interesse qualificato di segno contrario a quello di cui è portatrice la ricorrente a contraddire nel presente giudizio. Essa, quindi, avrebbe dovuto ricevere, come in effetti nei suoi confronti è stata disposta, la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge 6.12.1971, n. 1034.

Sul punto la giurisprudenza è ormai ferma nel ritenere che il primo segmento della notificazione si perfeziona per il notificante con la tempestiva consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario e con l'indicazione di elementi sufficienti all'identificazione del destinatario e alla sua individuazione nello spazio (cfr., Corte cost., 26.11.2002, n. 477 e 12.3.2004, n. 97). Con tali incumbenti si esaurisce dunque l'attività di pertinenza di colui che chiede la notifica ed inizia la fase del procedimento di competenza dell'ufficiale giudiziario. L'anticipato perfezionamento della notifica per il notificante costituisce però un effetto provvisorio che si consolida solo se la notifica si perfeziona anche per il destinatario. Per questo segmento, il riconoscimento della sussistenza di un impedimento non imputabile al tempestivo esercizio della notifica, dipendente da eventi sottratti al potere di impulso e di controllo cui è tenuto il difensore della ricorrente, consente l'assegnazione di un nuovo termine per la ripetizione della notificazione (cfr., da ultimo, Cass. Civ., Sez. Un., 14.1.2008, n. 627; Cass. Civ., sez. I, 11.2.2000, n. 1508).

10c. Il mancato completamento del procedimento notificatorio avviato nei confronti di Edil.Ma.C. non determina dunque, in

relazione a quanto avvenuto, l'inammissibilità del ricorso sia perché la notifica può essere reiterata sia perché l'atto introduttivo è stato pur sempre notificato ad un altro controinteressato e, cioè, all'impresa Mak Costruzioni S.r.l., circa la quale si assume che sarebbe dovuto essere esclusa dalla gara per irregolarità della documentazione presentata (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. VI, 25.9.2009, n. 5792).

In definitiva, pur in presenza della necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio, reputa il Collegio di poterne prescindere, essendo il ricorso manifestamente infondato nel merito: il che significa che l'aggiudicataria potrà, se del caso, costituirsi in giudizio nell'eventuale fase di appello, ove a ciò ritenga di addivenire la ricorrente.

11a. Con il primo mezzo quest'ultima sostiene che la dichiarazione di subappalto presentata dall'impresa Mak elencherebbe una serie di lavorazioni della categoria prevalente OG1 che sarebbero state oggetto di subappalto nel rispetto del limite del 30% dell'importo offerto, come stabilito dalla *lex specialis* di gara. In detto elenco sarebbero menzionati anche gli “*impianti elettromeccanici trasportatori?*” senza alcuna altra specificazione. Tuttavia, posto che l'impresa in questione non risulta essere in possesso della qualificazione per la categoria OS4, sarebbe stato a suo avviso necessario dichiarare “*di subappaltare interamente la suddetta lavorazione?*”, essendo tale omessa dichiarazione espressamente sanzionata con “*l'esclusione dell'offerta?*” (cfr. paragrafi 1.6 e 7 del bando di gara).

11b. La difesa dell'Amministrazione oppone che la dichiarazione resa da Mak Costruzioni manifesterebbe invece la precisa volontà di

subappaltare le lavorazioni relative agli impianti elettromeccanici trasportatori, come si evincerebbe dalla carenza dell'abilitazione necessaria all'esecuzione di tali lavori, peraltro espressamente ricompresi fra le opere che sarebbero state subappaltate.

12a. Il Collegio osserva, in proposito, che l'esecuzione delle opere della gara in esame rientrava prevalentemente nella categoria OG1 (edifici civili ed industriali), per la quale era prevista la possibilità di subappaltare discrezionalmente parte delle lavorazioni fino alla misura massima del 30% dell'offerta. Ai fini del subappalto, nella categoria prevalente erano comprese anche le lavorazioni relative agli impianti di elevazione di cui alla categoria OS4, per l'esecuzione delle quali era tuttavia richiesta un'aggiuntiva abilitazione; il concorrente non in possesso di essa, o dell'attestazione SOA, era quindi tenuto a subappaltare obbligatoriamente dette lavorazioni senza che il relativo importo incidesse sulla quota subappaltabile della categoria prevalente.

E' opportuno ancora rilevare che il bando specificava ulteriormente che all'atto dell'offerta era sufficiente indicare solo l'elenco delle lavorazioni che sarebbero state subappaltate, senza riportare percentuali o cifre, in quanto il rispetto dei prescritti limiti sarebbe stato verificato durante l'esecuzione dei lavori; che il concorrente, per redigere la dichiarazione in questione, avrebbe dovuto seguire le modalità contenute nella lettera d'invito, avvalendosi preferibilmente del modello di dichiarazione di subappalto allegato ad essa (cfr., punto 5.2.2 della menzionata lettera d'invito e allegato E dello stesso

documento); che il modello predisposto dall'Amministrazione per la dichiarazione di subappalto distingueva le lavorazioni della categoria prevalente OG1 rispetto a tutte le altre delle categorie scorporabili OS6, OS7, OS21, OS32, OS28 e OS30.

12b. E' ora necessario individuare la *ratio* sottesa alle suddette prescrizioni, tenendo conto che *“in materia di procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'aggiudicazione di contratti o comunque all'individuazione di soggetti aspiranti a conseguire un beneficio pubblico, le formalità prescritte dal bando di gara debbono risultare dirette ad assicurare un particolare interesse dell'Amministrazione, al fine di evitare di cadere in un eccessivo formalismo, che finirebbe col risolversi nel pretendere una accurata diligenza da parte dei concorrenti per finalità non degne di nota o di rilievo. Ne discende che le formalità richieste dal bando a pena di esclusione dalla gara devono rispondere al comune canone di ragionevolezza, in stretta relazione con le precitate esigenze”* (cfr., C.d.S., sez. V, 9.10.2007, n. 5289 e sez. IV, 30.1.2006, n. 308).

Inoltre, se è vero che le regole di gara devono essere rispettate puntualmente al fine di assicurare la parità di trattamento tra i concorrenti, è altrettanto vero che un eccessivo formalismo rischierebbe di compromettere l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente. In questo senso, il Consiglio di Stato ha avuto occasione per affermare che *“il principio che ravvisa nel rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla lex specialis un efficace presidio a garanzia della par condicio tra i partecipanti può essere oggetto di temperamenti, perché del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d'appalto va scongiurata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del*

caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica' (cfr., C.d.S., sez. V, 22.6.2004, n. 4347).

12c. Nel caso in esame le viste prescrizioni rispondono, a parere del Collegio, all'esigenza della Stazione appaltante di conoscere in anticipo quali sarebbero state le lavorazioni subappaltate, per le quali si riservava un attento controllo sulle relative quantità nel corso dell'esecuzione dei lavori. Se ne deduce che a ciò rispondeva la dichiarazione da rendere preferibilmente sul predisposto modello, contenente l'elenco delle opere eseguite da terzi. In questa fase era, quindi, del tutto irrilevante ogni diversa precisazione: per quelle della categoria OG1 perché il controllo circa il rispetto del prescritto limite massimo del 30% era rinviato alla fase dell'esecuzione del contratto; per gli impianti di elevazione perché era la stessa *lex specialis* a prescriberne il subappalto per l'intero in difetto della relativa abilitazione o dell'attestazione S.O.A.

L'impresa Mak Costruzioni S.r.l., che non era in possesso della vista abilitazione, ha dunque presentato la propria dichiarazione di subappalto, utilizzando il modulo predisposto dalla Stazione appaltante, nella quale ha indicato gli impianti di elevazione nell'elenco delle lavorazioni OG1 che sarebbero state subappaltate.

Per conseguenza, rettamente la Commissione di gara ha considerato del tutto irrilevante l'omissione dell'avverbio <interamente> accanto alle opere in questione, posto che - accertato che faceva pacificamente

difetto l'abilitazione e che, ai fini del subappalto, detti impianti rientravano nella categoria prevalente OG1 - quella dichiarata di subappalto poteva e doveva intendersi eterointegrata da quanto prescritto sul punto dalla *lex specialis* di gara.

In definitiva, nel quadro delle prescrizioni del bando, tale lettura appare meditata e ragionevole, nonché avulsa da ogni formalismo inutile, trovando conferma nella documentazione che accompagnava la contestata offerta: vi era dunque, nella specie, certezza in ordine all'offerta presentata dalla controinteressata Mak.

13. A ciò consegue che l'offerta di Mak Costruzioni è stata regolarmente ammessa alla successiva fase della gara, concorrendo alla graduatoria delle offerte economiche e alla successiva valutazione di quelle anomale che, secondo quanto prescritto dal bando di gara, è stata eseguita con il procedimento individuato dalla L.p. 10.9.1993, n. 26, e dal D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg. Non hanno perciò pregio i calcoli prodotti dalla ricorrente volti a dimostrare il diverso esito della graduatoria, ove fosse stata previamente disposta l'esclusione della più volte nominata Mak.

Anche il secondo motivo di ricorso deve quindi essere disatteso.

14. In conclusione, sulla base delle argomentazioni svolte, il ricorso deve essere respinto, congiuntamente all'avanzata domanda di risarcimento del danno.

Le spese di lite, in applicazione della regola della soccombenza, devono porsi a carico della parte ricorrente. Condanna conseguentemente la società Azzolini Costruzioni S.r.l. a

corrispondere la somma di € 7.600,00 (settemilaseicento) (di cui € 7.000,00 per onorari ed € 600,00 per diritti), oltre 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 dell'Amministrazione comunale di Vigo Rendena.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 139 del 2009, lo respinge.

Condanna la ricorrente Azzolini Costruzioni S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

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 Chiettini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2010

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

IL SEGRETARIO

