



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 il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 74 del 2010, proposto da:
Precast Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Rosati, Sara
Marchi, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste,
via Donota 3;

contro

Consorzio di Sviluppo Industriale e Artigianale di Gorizia,
rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio
eletto presso Gianni Zgagliardich Avv. in Trieste, via Filzi 8;

nei confronti di

Impresa di Betta Giannino, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo
Persello, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in
Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

del provvedimento, con cui l'Ente pubblico ha illegittimamente aggiudicato definitivamente l'affidamento dei lavori di "Realizzazione di un fabbricato adibito a Centro servizi 3° lotto nel Piano Territoriale Infraregionale della zona industriale di Gorizia, alla ditta controinteressata "Di Betta Giannino", nonché per la declaratoria della ricorrente al risarcimento del danno

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Sviluppo Industriale e Artigianale di Gorizia e di Impresa di Betta Giannino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente impugna l'aggiudicazione in epigrafe deducendo che, tramite la documentazione visionata in esito all'apposita azione di accesso che si era visto costretto ad instaurare, ne ha constatato l'illegittimità per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 comma 4 l.r 4/2002 e dell'art. 129 d.lgs 163/2006; Violazione e falsa applicazione della lex specialis inerente la gara; Violazione della par condicio dei

partecipanti; Violazione e falsa applicazione dei principi che regolano le procedure ad evidenza pubblica; eccesso di potere per mancata valutazione dei requisiti e delle dichiarazioni di ammissione;

Si contesta la legittimità dell'ammissione alla gara della aggiudicataria "Di Betta Giannino srl" perché il richiesto impegno del fideiussore a rilasciare polizza assicurativa come determinato dal punto 3 Garanzie del bando di gara non sarebbe stato prestato a norma di legge, in quanto è stabilito "a condizioni da concordarsi", non viene menzionato l'art. 30 comma 4 della l.r 14/02 con specifico riferimento al reg. 165 pres. 2003, come invece era richiesto dal bando. Inoltre il fideiussore Elba Assicurazioni spa non sarebbe autorizzata dall'ISVAP a rilasciare la polizza per cui era richiesto l'impegno; tanto è vero che l'aggiudicataria ha poi dovuto rivolgersi alla ditta ARFIN Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni e la Elba Assicurazioni spa ha rilasciato solo la cauzione del 10%. La ditta Di Betta Giannino srl avrebbe quindi dovuto essere esclusa dalla gara e la nuova riformulazione della media avrebbe comportato l'aggiudicazione a favore della ricorrente.

Viene richiesto il risarcimento del danno, calcolato nel mancato introito delle spese generali e del mancato guadagno dell'utile di impresa, come deducibile dall'offerta presentata dalla ricorrente, precisando che la mancata aggiudicazione ha comportato per la ricorrente la necessità di ricorrere alla cassa integrazione da novembre 2009 a gennaio 2010

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione che la controinteressata, controdeducendo per il rigetto del ricorso ed eccependone in via preliminare l'inammissibilità per carenza di interesse, nell'assunto che, ove l'amministrazione dovesse adottare il rigore invocato dalla ricorrente si giungerebbe all'esclusione non della sola ditta controinteressata e pertanto la ditta Precast non sarebbe aggiudicataria perché non si giungerebbe alla media che la privilegia.

Viene eccepita anche l'irricevibilità del ricorso perché notificato oltre il termine decorrente dal 30^o giorno a far data dall'aggiudicazione provvisoria.

Osserva anzitutto il Collegio che l'eccezione preliminare di inammissibilità non può trovare accoglimento perché non è stato proposto ricorso incidentale da parte della controinteressata nei confronti dell'ammissione delle altre concorrenti e neppure l'astratta possibilità che l'amministrazione possa comunque decidere di intervenire con atto in autotutela può allo stato ritenersi atta ad escludere l'interesse attuale della ricorrente.

Il ricorso non è neppure irricevibile perché la ricorrente risulta aver tempestivamente richiesto all'amministrazione (solo nove giorni dopo l'aggiudicazione provvisoria!) l'accesso agli atti "documenti amministrativi, economici e tecnici di tutti i partecipanti" e l'amministrazione ha di fatto consentito tale accesso, con la visionatura della documentazione di gara, solo in data 23.12.2009,

come risulta dal verbale di accesso, nel quale si specifica che “l’avv. Sara Marchi prende copia di tutte le garanzie fideiussorie dei partecipanti...” Il ricorso è stato notificato il 28 gennaio 2010 ed è pertanto in termini, dal momento che solo tale accesso ha permesso di evidenziare il vizio dedotto.

Nel merito il ricorso è fondato.

Risulta invero che Elba Assicurazioni spa abbia dichiarato il proprio impegno a “rilasciare in caso di aggiudicazione dell’appalto ed a richiesta del concorrente, la polizza assicurativa di cui all’art. 129 del d.lgs del 12.4.2006 a condizioni da concordare”.

Il Collegio osserva che l’unico decreto legislativo recante la data del 12.4.2006 ed avente anche un articolo 129 è il d.lgs 163/2006 e prende atto anche del fatto che la circostanza che il bando di gara richiedesse la conformità della polizza non alla normativa statale bensì a quella regionale, come meglio precisato dal ricorrente nella memoria 1.10.2010 alle pagg 2 e 3, “non rappresenta alcun reale problema”, sicchè tale aspetto rimane quindi estraneo alla censura di ricorso.

Il primo motivo di ricorso risulta quindi circoscritto al fatto che l’impegno del fideiussore risultava condizionato al futuro ed ipotetico accordo dell’assicuratore sulle condizioni di polizza, osservazione che risulta effettivamente vera e che comporta il mancato rispetto delle previsioni al riguardo dettate dal bando di gara, dove si richiedeva invece, alla voce Garanzie punto 3, un ben

preciso impegno del fideiussore a rilasciare una polizza assicurativa alle specifiche condizioni ivi indicate che non tolleravano alcuna possibilità di modifica neppure eventuale.

Come già questo Tribunale ha avuto occasione di precisare con la precedente sentenza n. 670/2008 in materia di appalti l'ammissione delle concorrenti alla gara deve ritenersi condizionata al rigido rispetto della normativa di bando con specifico riferimento alle previsioni dettate per l'impegno alla stipula delle future polizze fideiussorie, che quindi devono rispettare con estrema precisione le disposizioni di bando. E' evidente che l'impegno allegato dalla aggiudicataria, a prescindere anche dalla mancata coincidenza dei riferimenti normativi rispetto a quanto richiesto dal bando – questione che come si è già detto non è stata inclusa nel primo motivo di ricorso – non conteneva alcuno specifico riferimento alle tassative condizioni richieste nel bando e conteneva invece un riferimento a condizioni da concordarsi che ne metteva in discussione l'efficacia di futura garanzia che il bando mirava invece a prefigurare.

L'amministrazione tenta di nullificare la portata di tale condizione, nell'assunto che la polizza doveva per forza conformarsi allo schema di polizza tipo predisposto con regolamento del Ministro delle Attività Produttive e pacificamente vigente anche in Regione per effetto della norma di rinvio di cui all'art. 74 della l.r. 14/2002 alla disciplina statale per gli istituti non disciplinati autonomamente, ma

tale tentativo non risulta convincente.

Anzitutto il Collegio osserva che la previsione dell'impegno del fideiussore al rilascio della polizza di cui al punto 3. del capitolato di gara è un impegno assunto nei confronti del concorrente ma prodromico alla stipula di un contratto con prestazione a favore di un terzo, che è l'amministrazione, ed è quindi pienamente logico che tale impegno non debba lasciare adito a dubbi circa la sua aderenza alle specifiche richieste di capitolato, a prescindere dal fatto che, a posteriori, si possa chiarire che queste richieste vengono di fatto rispettate dalla polizza che è poi stata concretamente stipulata; né si può argomentare che la cogenza delle condizioni previste dal regolamento dalla polizza tipo avrebbe comunque l'effetto di sostituire le clausole di questa a quelle eventualmente difformi, senza comportare, ex art. 1419 c.c. , la nullità del contratto, perché è comunque evidente che un simile accadimento comporterebbe l'instaurazione di una lite ed è proprio questo che la dettagliata previsione di bando mira ad evitare, posto che altrimenti, data l'esistenza della polizza tipo regolamentare, non si vedrebbe neanche perché il capitolato abbia ritenuto necessario specificare dettagliatamente il contenuto ed i precisi riferimenti normativi dell'impegno richiesto al fideiussore. Infine non va neppure sottaciuto che la pretesa del rispetto delle previsioni di bando è uno dei canoni fondamentali della par condicio ed il fatto che l'amministrazione abbia sostenuto (senza peraltro dimostrarlo) che

anche per altre concorrenti si sarebbe attenuta ad un criterio sostanzialistico, a prescindere dal rispetto formale di quanto era stato richiesto nel bando, non vale ad eliminare la lesione della par condicio rispetto alle concorrenti che hanno invece assicurato il puntuale rispetto delle previsioni di bando, anche accollandosi gli eventuali maggiori oneri che questo abbia potuto comportare.

Tanto basta a dimostrare la fondatezza del ricorso, anche se si può ritenere infondata quella parte della censura che si riferisce all'impossibilità di Elba Assicurazioni di esercitare l'attività assicurativa nel ramo "danni a terzi" perché è stata prodotta in atti la autorizzazione ISVAP n. 2712 del 12.6.2009.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno osserva peraltro il Collegio che l'amministrazione non ha contestato l'esattezza del conteggio sulla cui base la ricorrente sostiene che, con l'esclusione della controinteressata, la nuova media le comporterebbe l'aggiudicazione e neppure ha provato in atti che la necessità di un eventuale conseguente rifacimento dell'intera procedura di ammissione avrebbe portato a risultati totalmente difformi; allo stato si deve pertanto concludere che la ricorrente, a seguito dell'esclusione dell'Impresa Di Betta Giannino, avrebbe avuto titolo di divenire la nuova aggiudicataria.

Il danno risarcibile non può essere peraltro liquidato nell'ammontare richiesto di € 315.081,12 risultante da una richiesta di € 178.347,80 per le spese generali previste e di € 136.733,32 di utile previsto a

fronte di un'offerta di € 1.546.063,58.

Infatti l'analisi prezzi depositata in atti non permette di ricostruire con la necessaria certezza come l'eventuale esecuzione dell'appalto per il prezzo offerto in gara avrebbe effettivamente permesso di ottenere l'utile previsto né dimostra in maniera incontrovertibile che l'ammontare delle spese generali ivi dichiarato non sia stato già scontato grazie ad altre anche precedenti commesse. Neppure i dati concernenti la cassa integrazione straordinaria possono ritenersi probatori, dato che manca la dimostrazione del totale della forza lavoro dell'impresa e che non risultano in ogni caso documentati neanche i risultati di bilancio.

In tale contesto il Collegio ritiene che il risarcimento del danno vada equitativamente e forfettariamente liquidato nel 5 % del prezzo offerto e pertanto condanna il Consorzio di sviluppo industriale e artigianale di Gorizia a risarcire alla ricorrente l'importo di € 77.303,17.

Le spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico del resistente Consorzio e compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato e condanna il Consorzio di sviluppo industriale e artigianale di Gorizia a risarcire alla ricorrente l'importo di € 77.303,17, oltre alla rifusione

delle spese di giudizio liquidate in complessivi € 5.000,00 + IVA, Cassa Pensioni e rifusione dell'importo del contributo unificato nei termini di legge. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Vincenzo Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2010

IL SEGRETARIO

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