

N. 00221/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01193/2010 REG.RIC.



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1193 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ditta Individuale Cavallero Francesco, in proprio e quale mandataria di ATI costituenda con CS Costruzioni s.r.l. nonché quest'ultima in proprio e Amigliarini s.n.c. di Amigliarini Adolfo Luigi ed Alfio rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Barosio, Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso l'avv.to Vittorio Barosio in Torino, corso G. Ferraris, 120;

***contro***

Comune di Asti, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Secondo Dino Raviola, con domicilio eletto presso l'avv.to Giorgio Santilli in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

***nei confronti di***

Moviter S.r.l. e Asti Asfalti S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv.to Marco Yeullaz, con domicilio eletto presso l'avv.to Marco Yeullaz in Torino, via Maria Vittoria, 6;

Assicurazioni Ara S.n.c., Groupama Assicurazioni S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite;

***per l'annullamento***

della decisione 23.9.2010, n. 698, in allegato alla nota dirigenziale 27.9.2010, prot. 82123, con la quale il Dirigente del Settore lavori pubblici ed edilizia pubblica del Comune di Asti ha approvato i verbali riguardanti la procedura aperta per l'affidamento del servizio di viabilità invernale relativo alle operazioni di spartineve e di trattamento antigelo nella zona urbana ed extra urbana per il periodo 2010/2014;

di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi compresi:

i verbali della Commissione e gli ulteriori atti dell'Amministrazione che hanno escluso l'ATI ricorrente e hanno ammesso alla gara la costituenda ATI Moviter/Asti Asfalti e hanno disposto l'aggiudicazione provvisoria e definitiva ad essa del lotto nord-ovest; gli atti e i provvedimenti, tra cui le note del Comune di Asti 1.7.2010, 19.7.2010 e 7.9.2010, nonché i verbali di gara e i relativi allegati, con cui l'Amministrazione ha modificato le prescrizione contenute alle pagg. 3-4-5-del disciplinare di gara,

l'art. 1 del disciplinare di gara;

le note 1.10.2010, Allegato C;

la nota del Dirigente del Settore segreteria, affari istituzionali e appalti del Comune di Asti 5.10.2010 e la nota del RUP della 2<sup>a</sup> Area, Settore lavori pubblici, servizio manutenzione infrastrutture, Ufficio viabilità e segnaletica del Comune di Asti in data 7.10.2010; gli atti, non noti, con cui il Comune di Asti ha escusso la cauzione provvisoria prestata nell'interesse delle ricorrenti dall'Assicurazione Ara s.n.c.;

il provvedimento 28.6.2010, prot. 56985 del RUP del Settore segreteria e affari istituzionali del Comune di Asti;

le note 8.10.2010, prot. n. 86542, n. 86549, 86553 del Comune di Asti;

il bando di gara in data 27.9.2010 (n. 13/2010) con cui il Comune di Asti ha deciso di indire una nuova procedura concorsuale per l'affidamento del medesimo servizio e tutti gli atti ad esso collegati, ivi compresa la determina dirigenziale 27.9.2010, n. 1110;

con motivi aggiunti

la determinazione 28.10.2010 n. 1226 con la quale il Comune di Asti ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva dell'ATI Moviter s.r.l. /Asti Asfalti s.r.l. del lotto nord-ovest;

degli atti (indicati nella nota dell'Avvocatura del Comune di Asti 28.10-2010 prot. spec. 3554/10) con cui il Comune di Asti ha deciso di escutere la cauzione provvisoria prestata nell'interesse delle

ricorrenti dalla Assicurazione Ara s.n.c;  
con ricorso incidentale  
del provvedimento del 7.9.2010 del Dirigente settore appalti del  
Comune nella parte in cui ha invitato il costituendo raggruppamento  
temporaneo a produrre ulteriore documentazione contabile;  
del verbale della commissione n. 4 del 22 settembre 2010 nella parte  
in cui accetta e valuta la documentazione integrativa;  
della decisione 23 settembre 2010 n. 698 con la quale il Comune di  
Asti ha approvato i verbali n. 1-2-3-4 riguardanti la procedura nella  
parte in cui condivide la valutazione della documentazione  
integrativa;  
dell'art. 3 del disciplinare di gara ove interpretato nel senso che la  
ricevuta di versamento all'autorità di vigilanza doveva essere prodotta  
a pena di esclusione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti il ricorso incidentale e i relativi  
allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Asti e di  
Moviter S.r.l. e Asti Asfalti S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale  
proposto dal ricorrente incidentale Moviter Srl -Asti Asfalti Srl,  
rappresentato e difeso dall'avv. Marco Yeullaz, con domicilio eletto  
presso Marco Yeullaz in Torino, via Maria Vittoria, 6;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1)Violazione di legge con riferimento alle prescrizioni dell'art.1 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà. Violazione dei principi in materia di tutela dell'affidamento di buona fede, di buon andamento e d'imparzialità della P.A. di tutela della concorrenza e di massima partecipazione alle gare pubbliche. Violazione di legge con particolare riferimento agli artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006. Difetto di motivazione. Incompetenza. Sostiene parte ricorrente che la legge di gara imponeva di comprovare un determinato fatturato in relazione alle "stagioni invernali" in cui si è svolto analogo servizio a quello oggetto della gara. Alla luce di tale interpretazione l'ATI ricorrente avrebbe comprovato il prescritto fatturato.

2)Illegittimità derivata con dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato dall'amministrazione o, in subordine, risarcimento del danno.

In via subordinata lamenta parte ricorrente la:

3)Violazione di legge con particolare riferimento alle prescrizioni dell'art. 3 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti. Incompetenza. Violazione della par condicio tra i concorrenti e dei principi di buon andamento e di imparzialità della P.A. a norma dell'art. 97 Cost. L'aggiudicataria avrebbe infatti dovuto essere esclusa per non aver prodotto, con la documentazione amministrativa, la ricevuta di versamento del contributo all'AVCP; detta ricevuta, in violazione della legge di gara, perveniva alla stazione appaltante solo il giorno dopo la scadenza del termine ultimo fissato per la presentazione delle offerte.

4)Anche dal terzo motivo di ricorso deriva, con l'obbligo di esclusione dell'aggiudicataria, l'annullamento dell'aggiudicazione e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

5)Violazione di legge con riferimento all'art. 48 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti. Difetto di motivazione.

In ogni caso parte ricorrente chiede la sospensione della disposta segnalazione all'AVCP, alla Procura della Repubblica nonché l'annullamento del disposto incameramento della fideiussione, per avere la ricorrente reso le contestate dichiarazioni di fatturato sulla scorta di certificazioni rilasciate da P.A.

Con ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato

L'aggiudicazione definitiva nonché l'atto di inizio del procedimento di escussione della cauzione per i medesimi motivi.

Con atto di ricorso incidentale la Moviter s.r.l. la controinteressata ha impugnato gli atti di gara ed il bando deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e/o falsa applicazione di legge in riferimento agli artt. 2,41,48 e 86 del d.lgs. 163/2010. Eccesso di potere per sviamento, incongruità dell'istruttoria, contraddittorietà e illogicità della motivazione. Illegittimità derivata. Contesta la controinteressata la circostanza che il dirigente del servizio appalti abbia invitato l'aggiudicataria a produrre ulteriore documentazione a comprova del fatturato dichiarato, una volta riscontrata l'inidoneità di quanto originariamente prodotto non essendo il fatturato diverso da quello prodotti in sede di chiarimenti ex art. 48 codice dei contratti ulteriormente valutabili; gli unici chiarimenti ammissibili erano infatti quelli attinenti la documentazione originariamente prodotta.

2) In relazione all'art. 3 del disciplinare di gara lamenta parte contro interessata la violazione e falsa applicazione di legge in riferimento all'art. 1 comma 67 della l. n. 266/2005, all'art. 2 codice dei contratti e agli artt. 1 co. 2 e 18 co. 2 della l. n. 241/1990 nonché la violazione del principio del divieto di aggravamento procedimentale e illogicità per mancanza di interesse pubblico. Sviamento. Contesta parte controinteressata l'illegittimità della legge di gara nella parte in cui imponeva a pena di esclusione la presentazione della ricevuta di pagamento del contributo all'AVCP.

## DIRITTO

Parte ricorrente ha impugnato la propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Asti ed avente ad oggetto una procedura di affidamento del servizio di viabilità invernale relativo alle operazioni di spartineve e trattamento antigelo nella zona urbana ed extraurbana – Lotto nord ovest e Lotto sud est.

Il disciplinare prescriveva i seguenti requisiti di capacità economico-finanziaria: avere realizzato un fatturato globale d'impresa di importo complessivo non inferiore, per il lotto nord-ovest, ad € 1.171.500,00, IVA esclusa e, per il lotto sud est, € 1.150.500,00, IVA esclusa nonché aver eseguito con buon esito, qualora, come la ricorrente, si intendesse partecipare per entrambe i lotti “nel corso degli ultimi tre esercizi (2007/2008/2009) servizi nel settore oggetto della gara per un importo complessivo non inferiore a € 1.161.000,00, IVA esclusa”.

La ricorrente è stata esclusa avendo l'amministrazione ritenuto che la medesima non avesse comprovato il prescritto complessivo fatturato nel settore specifico richiesto dal bando di gara.

Deve confermarsi quanto già statuito in sede cautelare.

Il tenore della legge di gara era inequivoco nel riferire l'onere di dimostrazione dello svolgimento di servizi “nel settore” pari ad € 1.161.000,00 ai “tre esercizi 2007/2008/2009”.

E' pacifico in fatto che la ricorrente, al fine di raggiungere il prescritto importo ha prodotto un certificato di regolare esecuzione



rilasciato dalla Provincia di Asti che erroneamente indicava come afferenti agli esercizi 2007/2008/2009 anche due fatture (la n. 1 e 2 del 3.1.2007) relative a servizi espletati nel 2006. Decurtando detto importo la sommatoria dei valori di servizi fatturati e comprovati scendeva al di sotto del minimo prescritto dal bando di gara, circostanza che induceva il RUP a chiedere alla ricorrente di presentare documentazione integrativa.

Con il primo articolato motivo di ricorso sostanzialmente la ricorrente propugna una lettura della legge di gara antiletterale, asserendo che la medesima andrebbe intesa nel senso di essere riferita alle “stagioni-invernali” caratteristiche del servizio, sì da poter comprendere anche attività svolte alla fine del 2006. La tesi non trova alcun riscontro in atti se non nel reiterato tentativo della ricorrente medesima di accreditare suddetta interpretazione, anche al di là del testo della legge di gara. La legge di gara prescriveva di far riferimento a “tre esercizi” e puntualizzava gli anni di riferimento (2007/2008/2009). E’ già *prima facie* evidente che, accedendo alla tesi di parte ricorrente, gli anni di calendario interessati sarebbero, ad essere coerenti, necessariamente 5: stagione 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010. La legge di gara quantifica per contro gli “esercizi” interessati in tre, specificando gli anni di calendario; la tesi di parte ricorrente porterebbe, come detto, oltre a considerare anni di calendario espressamente non indicati dal bando anche a rendere necessaria una ulteriore ortopedia interpretativa poiché, per

considerare gli anni riportati dal bando, si arriverebbe a contare necessariamente “quattro esercizi stagionali”, non essendovi alcuna ragione per sostenere che il riferimento alla stagione consente di computare il 2006-2007 e non invece il 2009-2010. Né evidentemente offre ausilio all’interpretazione propugnata dalla ricorrente la circostanza che, nel successivo bando pubblicato, l’amministrazione abbia puntualizzato il riferimento “all’esercizio fiscale”; come ovvio tale bando è intervenuto a seguito delle contestazioni e del contenzioso instaurato proprio dalla ricorrente sull’interpretazione della clausola, sicchè ragionevolmente l’amministrazione ha inteso maggiormente cautelarsi. Ciò tuttavia non avalla in alcun modo la soluzione interpretativa proposta da parte ricorrente. Né infine vi è prova alcuna dell’allegato “affidamento” ingenerato dal Comune dato “da conforme interpretazione e costante comportamento” dell’amministrazione per comprovare il quale la ricorrente indica a p. 3 della memoria di replica il doc. 54. Con tale documento il Comune di Asti ha infatti reso una certificazione riferita al “periodo” 2006/2009 a fronte evidentemente di una richiesta a monte espressamente formulata in detti termini dall’interessata; nessun riferimento al diverso concetto di “esercizio invernale” piuttosto che fiscale discende dalla invocata documentazione.

Sostiene ulteriormente parte ricorrente che, in ogni caso, ed anche non accedendo alla tesi dell’esercizio invernale la ricorrente sarebbe

stata in grado di dimostrare il fatturato prescritto e tanto avrebbe fatto producendo documentazione integrativa ritenuta invece non idonea dal RUP. Sul punto parte controinteressata ha spiegato ricorso incidentale contestando che la ricorrente, al fine di giustificare il requisito economico-finanziario originariamente dichiarato, avrebbe al limite potuto fornire chiarimenti sulle attività originariamente dichiarate ma non integrare né modificare dette attività. Ritiene il collegio, come già evidenziato in sede cautelare, che, a prescindere dalla censura incidentale, manchi prova del fatturato anche volendo computare la documentazione integrativa prodotta in giudizio; già si è infatti evidenziato in sede cautelare come, nell'ultimo conteggio presentato all'amministrazione e ritenuto definitivamente inidoneo, l'ATI ricorrente ha inserito numerose fatture del 2010 applicando criteri disomogenei per quantificare gli importi rispettivamente ascrivibili al 2009 e/o al 2010; ad esempio ha dichiarato di voler documentare un fatturato specifico di € 1.172.864,24 includendo le fatture 646/2010 e 758/2010 emesse dalla Amigliarini per il complessivo importo di € 23350,22. La stazione appaltante contestava il mancato riscontro documentale dell'imputazione delle fatture, contestazione corretta. Anche in giudizio, infatti, parte ricorrente ha prodotto un parere tecnico (ampiamente contestato da controparte e privo dei supporti documentali sui quali asserisce di basarsi) che, a prescindere dalla sua attendibilità, offre una ricostruzione di fatturato ancora differente

rispetto a quella da ultimo prospettata all'amministrazione sicchè non è idoneo ad avvallare quella correttamente non avallata dall'amministrazione. Proprio suddette due fatture, che in fase amministrativa la ricorrente aveva asserito di voler computare per rispettivamente per € 8500,00 (fattura 646/2010) e per € 14.850,22 (fattura 758/2010) (cfr. doc. 19 di parte ricorrente), nel parere tecnico prodotto ai fini del giudizio vengono computate per importi ancora inferiori con un differenziale in ribasso, rispetto a quanto dichiarato in sede amministrativa, parti ad € 14.800,22, da solo sufficiente a ridurre il fatturato asseritamente comprovato in sede amministrativa al di sotto degli importi prescritti dal bando. Infine resta valida la contestazione di fondo mossa dall'amministrazione che, a fronte della pretesa di computare numerose fatture poste "a cavallo" tra annate non tutte utili ai fini della qualificazione perché non relative agli "esercizi 2007/2008/2009", ha riscontrato che la concorrente ha fornito una ricostruzione e imputazione degli importi non omogenea al suo interno e quindi sostanzialmente arbitrariamente finalizzata ad aumentare il fatturato di interesse.

Il primo, e conseguentemente il secondo motivo di ricorso, non possono pertanto trovare accoglimento.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente aziona l'interesse strumentale alla riedizione della gara, evidenziando come la legge di gara prevedesse espressamente, e a pena di esclusione, la produzione della ricevuta di versamento del contributo a favore dell'autorità per

la vigilanza sui lavori pubblici pari a € 70,00 rispettivamente per il lotto nord ovest e sud est; E' pacifico in fatto che l'aggiudicataria controinteressata ha regolarmente versato il prescritto contributo ma ha omesso di allegare la relativa ricevuta alla documentazione amministrativa di gara; la ricevuta è pervenuta in busta chiusa il giorno successivo alla scadenza dei termini per la presentazione della domanda.

Per tali ragioni la ricorrente sostiene che in ogni caso anche l'aggiudicataria, ed unica altra concorrente, avrebbe dovuto essere esclusa con conseguente onere di riedizione della medesima.

Sul punto parte controinteressata ha spiegato ricorso incidentale contestando il bando di gara là dove commina una esclusione per una carenza esclusivamente formale data dalla mancata allegazione della ricevuta, fermo restando che la Moviter aveva regolarmente provveduto al pagamento, prima della scadenza del termine di presentazione delle domande, e che tale circostanza era verificabile dal sito dell'autorità.

A rigore letterale la legge di gara commina l'esclusione per la mera omessa presentazione della ricevuta; tale previsione è tuttavia illegittima poiché ciò che rileva ai fini della partecipazione alle gare è solo ed esclusivamente l'effettivo versamento del contributo, mentre la presentazione della sua documentazione formale di ricevuta non può essere prescritta a pena di esclusione, poiché tale soluzione configgerebbe con i più elementari principi del *favor participationis* e

indurrebbe una possibile esclusione per ragioni prive di qualsivoglia rilievo sostanziale. La stessa autorità di vigilanza ha esplicitato che le stazioni appaltanti non possono prescrivere la presentazione della ricevuta a pena di esclusione (parere n. 8 del 9.2.2010) e correttamente la stazione appaltante, proprio per non esporsi ad impugnative, ha applicato il bando, pure letteralmente formulato in termini escludenti, nell'unico possibile significato compatibile con l'ordinamento, e cioè nel senso che solo la mancanza dell'effettivo versamento avrebbe potuto comportare l'esclusione.

In ogni caso il disposto letterale della legge di gara sul punto è stato impugnato dalla controinteressata sicchè, anche a non voler ammettere una pur indispensabile ortopedia interpretativa, la clausola escludente dovrebbe cadere in accoglimento del ricorso incidentale e resterebbe salvaguardata l'ammissione delle ricorrente.

Anche il terzo motivo di ricorso principale, pertanto, non può trovare accoglimento.

Quanto infine all'escussione della cauzione e alla segnalazione all'autorità di vigilanza è giurisprudenza di questo Tribunale quella per cui "ai fini dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'autorità di vigilanza può venire in rilievo un ulteriore elemento di valutazione rappresentato dalla buona fede dell'impresa evincibile dai documenti di gara" (TAR Piemonte sez. I 23.5.2009 n. 1492); anche le pronunce C. Stato sez. VI n. 4504/2009 e sez. VI 3981/2006 hanno riconosciuto la possibile rilevanza dell'errore nella

dichiarazione resa dal concorrente in gara.

E' pacifico in giudizio che la ricorrente ha dichiarato un fatturato inizialmente comprovato allegando due fatture (la n. 1 e la n. 2 del 2007 emesse nei confronti della Provincia di Asti) connesse a lavori per i quali la stessa Provincia di Asti appaltante aveva attestato la regolare esecuzione con espresso riferimento al periodo 2007-2008-2009 (cfr. doc. 19 di parte resistente). L'attestazione è appunto espressamente riferita al periodo di rilievo per la qualificazione ai fini della gara e reca analitica indicazione delle fatture; da più approfondita istruttoria compiuta dal responsabile del procedimento, e come anche chiarito dalla Provincia di Asti, il fatturato portato dalle due fatture in questione è risultato da riferire al 2006. In definitiva tuttavia la ricorrente ha inizialmente prodotto in gara documentazione idonea a comprovare il fatturato dichiarato e proveniente da una pubblica amministrazione; esula dai limiti del presente giudizio verificare se anche l'attestazione della Provincia di Asti sia stata frutto di una sorta di "inganno" posto in essere dalla ricorrente.

Pare quindi equo non addebitarle ulteriori conseguenze sfavorevoli rispetto alla corretta disposta esclusione. La domanda deve pertanto trovare accoglimento limitatamente alla disposta escussione della cauzione unitamente alla segnalazione all'autorità di vigilanza.

Sul punto la stessa amministrazione molto correttamente non ha insistito.

Per contro è inammissibile ogni questione circa la disposta segnalazione alla Procura della Repubblica, essendo dovere del funzionario incaricato, che ha evidentemente una complessiva visione istruttoria della fase amministrativa non soggetta al vincolo della domanda e delle produzioni di parte, provvedere alla trasmissione della possibile notizia di reato ove ritenga ne sussistano i presupposti.

Stante il parziale accoglimento del ricorso sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso limitatamente alla segnalazione dell'esclusione all'autorità di vigilanza nonché all'incameramento della cauzione;

respinge per il resto, anche in accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale;

dichiara inammissibile l'impugnativa concernente la segnalazione alla Procura della Repubblica;

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio



2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2011

IL SEGRETARIO

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