



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 238 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Stabile Costruttori Impianti della Provincia di Ancona Soc. Cons. Arl, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Pagnoscin, Fulvio Fati Pozzodivalle, Gianlorenzo Pancrazi, con domicilio eletto presso Alberto Pagnoscin in Venezia-Mestre, corso del Popolo, 151 Scala B, li°;

***contro***

Azienda Ospedaliera di Padova, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464; Caec Consorzio Artigiano Edile Comiso Societa' Cooperativa;

***per l'annullamento***

della comunicazione n.0072302 avente ad oggetto "Gara d'appalto per la realizzazione nuove cabine di trasformazione polo tecnologico est e monoblocco con ristrutturazione delle reti dorsali di distribuzione. Comunicazione esclusione e revoca aggiudicazione provvisoria", notificata a mezzo fax in pari data con la quale è stata comunicata dall'azienda ospedaliera di Padova "l'esclusione dal procedimento e di conseguenza la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in quanto i signori Vocca Donatello, procuratore speciale e Sargenti Marco, institore come dalla visura della camera di commercio della Società G.I.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Padova;

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 12 maggio 2011 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Esponde la ricorrente di avere partecipato alla gara in oggetto e di avere presentato l'offerta con il maggior ribasso, pari al 54,900 %

rispetto all'importo di gara.

Richiesta di presentare giustificazioni pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta , e dopo puntuale adempimento, l'amministrazione provvedeva a richiedere integrazioni alle giustificazioni, e convocava l'azienda al fine di acquisire ulteriori elementi di chiarimento, chiedendo al termine dell'incontro ulteriori chiarimenti per la valutazione della congruità dell'offerta presentata.

Successivamente, con comunicazione 17 novembre l'azienda informava sulla riconvocazione del 24 novembre al fine di proseguire il relativo procedimento di gara in esito al quale il consorzio risultava aggiudicatario provvisorio.

Tuttavia l'aggiudicazione veniva sottoposta ad avvio di procedimento di revoca ai sensi dell'articolo 7 della legge numero 241/90, così come da apposita comunicazione 3 dicembre 2010, nella quale si rilevava che “dalle verifiche di diritto è emerso che i signori Vocca Donatello, procuratore speciale e Sargenti Marco, institore, come da misura della Camera di Commercio della società... da voi individuata quale esecutrice dei lavori, non hanno reso, quali amministratori con poteri di rappresentanza, la dichiarazione di cui all'articolo 38, lettera c) del decreto legislativo numero 163 del 2006 e successive modificazioni e integrazioni, come previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, ai sensi dell'articolo 38 precitato.

L'impugnazione è affidata ai rubricati motivi di ricorso, con i quali si contesta – mediante atto di motivi aggiunti- anche la nullità del

verbale della seduta pubblica della commissione giudicatrice del 20 dicembre 2010 per difetto degli elementi essenziali , in quanto il medesimo non risulta sottoscritto dall'ufficiale rogante espressamente indicato come presente dal medesimo atto; parimenti non risulta sottoscritto dal soggetto indicato come teste, del quale non vengono fornite né la data né il luogo di nascita e di residenza . Si è costituita l'amministrazione controdeducendo puntualmente ed eccependo in via preliminare l'inammissibilità, l'improcedibilità e irricevibilità del ricorso.

Con l'ordinanza cautelare è stata accolta la domanda di sospensione. All'odierna udienza, dopo discussione e produzione di memorie da entrambe le parti, la causa è stata trattenuta in decisione. Devono anzitutto essere respinte le eccezioni preliminarmente svolte.

Assume l'amministrazione anzitutto l'inammissibilità del ricorso per carenza assoluta di interesse e l'irricevibilità per tardività, avendo la ricorrente impugnato esclusivamente la nota del Dipartimento interaziendale del 21 dicembre 2010 e non il verbale 20 dicembre 2010 con il quale si disponeva l'esclusione dal procedimento e la revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

I rilievi sono privi di pregio.

Difatti l'impugnazione ha per oggetto il provvedimento di revoca, di cui alla nota 21 dicembre 2010 (doc.10 amm.), laddove si legge che "con riferimento alla procedura aperta dei lavori di cui all'oggetto si

comunica al consorzio in indirizzo, come da verbale del 20 dicembre 2010, l'esclusione dal procedimento e di conseguenza la revoca dell'aggiudicazione provvisoria", mentre il verbale del 20 dicembre 2010 è stato impugnato con l'atto di motivi aggiunti, in quanto non conosciuto né comunicato alla ricorrente, la quale ne ha avuto la disponibilità solo per effetto della costituzione dell'amministrazione. Non può essere pertanto né dedotta la inammissibilità per mancata lesività della nota impugnata, essendo questa non già una mera comunicazione di una determinazione altrove assunta, ma l'atto concretamente lesivo, né invocata la irricevibilità del gravame per tardività, né, tanto meno, l'improcedibilità per mancata evocazione della ditta la quale avrebbe proposto il secondo miglior ribasso, non riconoscendosi, com'è noto, in caso di provvedimento di esclusione, alcun soggetto controinteressato obbligatorio destinatario del ricorso.

Il ricorso è fondato.

Con sentenza n.1782 del 24 marzo 2011 la Sez. V ha ribadito il principio, che la sezione non ritiene di confutare, in ragione della stringente motivazione letterale dell'arresto giurisprudenziale, secondo cui, nelle gare d'appalto, il novero dei soggetti ai quali l'art. 38 comma 2 lett. c) D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 impone la dichiarazione di onorabilità è limitato esclusivamente agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, nella considerazione che si tratta di una norma che limita la partecipazione

alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assumendo carattere eccezionale, è insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, qual è quella dei procuratori.

Conseguentemente è illegittimo il provvedimento di revoca ove la mancata dichiarazione pertenga a soggetti quali institori e procuratori speciali, come nella specie risultano essere rispettivamente i signori Marco Sargenti e Donatello Vocca .

L'accoglimento della predetta doglianza, che incide direttamente sulla ragione fondante l'adozione del provvedimento impugnato, conduce all'annullamento del provvedimento impugnato, con l'assorbimento delle restanti censure.

Sussistono giusti motivi dell'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti in causa, alla luce della non univoca giurisprudenza in punto di interpretazione dell'articolo 38, lettere b) e c) del decreto legislativo numero 163 del 2006.

La concessione tempestiva di provvedimento cautelare e la mancata allegazione probatoria dell'entità del danno subito inducono il Collegio a ritenere non accoglibile l'istanza di risarcimento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe.

Respinge la domanda di risarcimento.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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