

T.A.R. Veneto, 19 maggio 2009, n.1503

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

sul ricorso numero di registro generale 975 del 2009, proposto da: XXX Srl, rappresentato e difeso dagli avv. N. C., A. C., e S. L. con domicilio presso la Segreteria del Tribunale ai sensi dell'art. 35 del R.D. n. 1054/1924;

contro

Comune di S. B. in Persona del Sindaco P.T., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento 22 aprile 2009 recante esclusione da procedura aperta per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di un complesso natatorio presso cittadella dello sport di S. B.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 06/05/2009 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame viene censurata l'illegittimità del provvedimento con il quale il costituendo raggruppamento di imprese tra la società cooperativa CCC, in qualità di mandataria capogruppo ed incaricata dell'esecuzione dei lavori, e le società XXX e PN, in qualità di mandanti ed incaricate della gestione dell'impianto sportivo, è stato escluso dalla gara in quanto sono state ravvisate le condizioni di esclusione previste dell'art. 90, comma 8 del D.lgs. n. 163/2006.

Invero, la commissione giudicatrice, a seguito visura camerale, ha rilevato che l'ing. B.A., già affidatario da parte del Comune di un service alla progettazione preliminare ed alla redazione di tutti i documenti necessari per l'espletamento della procedura aperta per l'affidamento in concessione dei lavori per la realizzazione di un impianto natatorio nell'ambito della costituenda cittadella dello sport del Comune di S.B., risultava essere consigliere della società XXX.

Veniva altresì rilevato che il 12,50 % della predetta società risultava detenuto dalla società PE, della quale il predetto ing. A. risultava proprietario al 50% nonché amministratore delegato e consigliere.

Per le suddette ragioni, ricondotta la fattispecie alle ipotesi di esclusione di cui all'ottavo comma dell'art. 90 del D.lgs., il RTI di cui la ricorrente risultava fra le mandanti, è stato escluso.

Parte istante denuncia l'illegittima applicazione della norma richiamata, in quanto non risultano essersi verificate le particolari condizioni di controllo e/o collegamento individuate dall'art. 2359 cod. civ., tassativamente richiamate dall'art.90, 8 comma, al fine di determinare la causa di esclusione.

L'amministrazione intimata, pur non costituendosi formalmente in giudizio, ha provveduto a depositare una nota di chiarimenti, con

allegata documentazione, nella quale ha ribadito la legittimità della disposta esclusione, giustificata dalla necessità di assicurare la par condicio fra i concorrenti e la trasparenza dell'operato della stazione appaltante.

Con decreto presidenziale n. 412/2009, onde evitare i pregiudizi derivanti dalla conclusione della procedura di gara, è stata accolta la richiesta di sospensione, inaudita altera parte, del provvedimento impugnato.

Il Collegio, preso atto della documentazione agli atti, ritiene che il ricorso sia infondato.

Parte istante invoca, a sostegno della richiesta di annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di cui fa parte, un'interpretazione restrittiva della norma di cui all'ottavo comma dell'art. 90, basandosi sul carattere eccezionale della stessa e quindi di stretta applicazione, per cui, non sussistendo fra la società XXX e la società PE (di cui l'ing. A. è amministratore delegato nonché proprietario al 50%) le condizioni di controllo/collegamento previste dall'art. 2359 cod. civ., l'amministrazione non poteva assumere il provvedimento di esclusione.

Ciò premesso ed escluso, come chiarito dallo stesso Comune, che il provvedimento contestato sia stato assunto sulla base della riscontrata sussistenza delle ipotesi contemplate nell'art. 2359 cod. civ., è necessario considerare la ratio della norma qui applicata, così come mutuata dalla previgente previsione contenuta nel comma 9 dell'art. 17 della legge n. 109/94, che è quella di evitare che il progettista o colui che ha collaborato alla elaborazione del progetto dell'opera da realizzare (o a maggior ragione che ha altresì collaborato, come nel caso di specie, alla redazione di atti determinanti per la gara) possa elaborare un progetto che in qualche modo si riveli utile per uno dei soggetti che partecipano alla gara per l'affidamento dei lavori di esecuzione.

L'incompatibilità sancita dalla norma garantisce il rispetto delle imprescindibili esigenze di tutela della concorrenza, evitando che un'impresa possa risultare avvantaggiata rispetto alle altre partecipanti, nell'ipotesi in cui il capitolato di gara o il progetto dei lavori siano stati redatti da un soggetto legato in qualche misura ad una delle imprese partecipanti.

In tal modo si mira ad evitare il rischio di possibili collegamenti fra progettisti ed esecutori dei lavori, stabilendosi un'incompatibilità di ruoli iuris ed de iure.

Il riferimento, peraltro, alle ipotesi di controllo e/o collegamento di cui all'art. 2359 cod. civ., così come richiamato dal comma 8 dell'art. 90, non esclude che comunque possano essere rilevate situazioni di incompatibilità non rientranti in tali previsioni, poiché sono proprio la ratio della norma e la consistenza del bene giuridico tutelato che giustificano una valutazione operata di volta in volta dall'amministrazione nel caso concreto.

Per effetto di tale valutazione, ove siano emerse situazioni che, pur non integrando gli estremi del controllo o del collegamento fra società in termini strettamente civilistici, risultino in grado di alterare la serietà, l'indipendenza e la segretezza delle offerte presentate, può risultare legittimo il provvedimento di esclusione, anche se assunto sulla base di indici diversi da quelli - meramente presuntivi - indicati dall'art. 2359 cod. civ. (cfr. C.d.S., IV, n. 5792/2004).

La superiorità, quindi, dell'esigenza del perseguimento dell'interesse pubblico alla correttezza del confronto concorrenziale, superando il mero controllo astratto e formale (entro i limiti dell'art. 2359 cod. civ.) delle condizioni considerate, consente di giustificare e

legittimare la scelta operata dall'amministrazione, tanto più in ragione della particolarità, nel caso in esame, del ruolo assunto dall'ing. A. nella redazione di atti inerenti la gara de qua. Per tali ragioni, quindi, il ricorso va respinto e per l'effetto decadono gli effetti derivanti dal decreto presidenziale n. 412/2009 assunto inaudita altera parte.

Nulla spese non essendosi costituita l'amministrazione intimata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge.

Nulla spese.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 06/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2009

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

IL SEGRETARIO