T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II Bis, 7 maggio 2009, n.4893

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 12035/2008 proposto da Xxx s.p.a., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. F.P. del Foro di Roma ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma

contro

il Comune di R.P. in persona del commissario straordinario pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati E.P. e M.V.F. ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Roma;

e nei confronti

di F.F., Presidente della Commissione di gara, Società Yyy s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Www s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t , non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione all'epoca del ricorso sconosciuto di cui alla nota del 4 dicembre 2008, Prot. n. 5976, con la quale veniva comunicata "la decisione della Commissione di gara in data 27/11/2008 di escluderla dalla procedura per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto RSU";
dei verbali di gara;
della decisione della Commissione di gara del 27/11/2008 avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente;
della delibera di nomina della Commissione di gara;
degli atti di gara ivi compreso il bando, il disciplinare e il capitolato ed ogni altro atto comunque connesso e correlato ai predetti;
dell'eventuale atto di aggiudicazione nelle more emanato dalla Stazione appaltante,
di ogni altro atto connesso e susseguente della procedura di gara ivi compreso il contratto;
nonché, con motivi aggiunti:
della Nota del Comune di R.P. del 9 gennaio 2009;
del Verbale di gara n. l del 13 novembre 2008; del Verbale di gara n. 2 del 27 novembre 2008; del Verbale di gara n. 3 del 3 dicembre 2008;

nonché per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante la riammissione della ricorrente alla procedura di gara, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dalla comminata esclusione.
Visto il ricorso ed i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visto il decreto presidenziale n. 6056/2008 di accoglimento della domanda di misure presidenziali provvisorie e l'ordinanza collegiale n. 266/2009 adottata nella camera di consiglio del 15 gennaio 2009, di accoglimento dell'istanza cautelare e di sospensione dell'efficacia dell'impugnata esclusione e di tutti i successivi atti della procedura, con il conseguente reinserimento in gara della ricorrente, che ha anche fissato il merito alla pubblica udienza del 26 febbraio 2009.

Visti gli atti tutti della causa;
Uditi alla pubblica udienza del 26 febbraio 2009 gli Avvocati di parte come da verbale d'udienza, relatore il cons. Raffaello Sestini;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. La ricorrente riferisce di aver partecipato, contestualmente ad altre cinque società concorrenti, alla gara indetta dal Comune di R.P. con bando del 25 settembre 2008 per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani, e di essere stata ammessa con riserva, con altri tre partecipanti, a causa della mancata prova dell'avvenuto pagamento della tassa per la partecipazione alle gare. A seguito della denuncia a verbale di un concorrente circa la mancata inclusione, nel plico 1, del documento comprovante il versamento della tassa di gara, e nonostante i chiarimenti forniti dall'interessata con nota del 13 novembre, in data 4 dicembre le veniva formalmente comunicata dal "Presidente della Commissione di gara" l'avvenuta esclusione "per non aver prodotto la ricevuta di versamento del contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, come prescritto dall'art. 1, comma 67 della Legge 23/12/2005, n. 266 e dalla deliberazione dell'Autorità di Vigilanza del 24/12/2008 ".

Contestualmente all'esclusione della ricorrente si procedeva alla esclusione dalla gara delle altre quattro partecipanti ammesse con riserva, rimanendo, in tal modo, quale unico partecipante alla gara la società Www s.r.l.

2. Con il ricorso in epigrafe, la società interessata impugnava la propria esclusione, unitamente agli atti meglio specificati in epigrafe, in quanto le precludeva, in modo ritenuto assolutamente arbitrario, la possibilità di aggiudicasi la gara pur essendo l'attuale gestore del servizio, pur possedendo i requisiti di partecipazione alla gara e pur avendo pagato la tassa prevista dall'art. 1, comma 67 della Legge 23/12/2005, n. 266.

Al riguardo, la medesima società prospettava i seguenti otto motivi di impugnazione:

1) illegittimità dell'atto di esclusione per violazione di legge, violazione dell'art. 84 Dlgs 163/06, carenza di potere, incompetenza assoluta del soggetto emanante la nota di esclusione dalla gara, in quanto l'esclusione dalla gara, era stata decisa dalla Commissione di gara ma non dalla Stazione Appaltante quando, viceversa, la funzione solo consultiva e proponente della Commissione di gara sarebbe stata oramai pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza;

2) violazione del disposto dell'art. 11 del dlgs. 163/06 e s.m.i. - violazione del disposto dell'art. 79 del dlgs 163/06 e s.m.i. in quanto con nota del 16 dicembre 2008, senza conoscere ancora il provvedimento di esclusione, la ricorrente (quale gestore del servizio) veniva convocata per il successivo 22 dicembre (a distanza di soli 6 giorni) per l'avvicendamento con il concorrente che avrebbe dovuto essere già aggiudicatario definitivo e che, invece, non aveva ancora ottenuto l'aggiudicazione definitiva dopo quella provvisoria e le conseguenti verifiche documentali, né l'Amministrazione aveva motivato le ragioni d'urgenza per avviare il servizio nelle more della stipulazione del contratto, violando disposizioni introdotte nel nostro ordinamento a seguito di una condanna della Repubblica italiana innanzi alla Corte di Giustizia (caso Alcatel) e riconfermata nella recente direttiva ricorsi 2007/66/CE;

3) illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione dell'art. 83 Dlgs 163/06 e s.m.i. -eccesso di potere sotto tutti i suoi profili sintomatici, poiché nel bando e nel disciplinare sarebbero presenti indicazioni contrastanti, addirittura sia in ordine

ai punteggi da attribuirsi, sia in ordine alle modalità con le quali la Commissione potrà operare, sia riferendosi ad un'ulteriore documentazione esplicativa per le dichiarazioni da rendere, in realtà mai consegnata, tanto da portare all'esclusione per motivi formali di ben cinque concorrenti su sei. In ogni caso, come ammesso dall'Amministrazione, il bando non indicava affatto l'obbligo di allegare la ricevuta del versamento in esame;
4) illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione del principio proporzionalità e del principio del contraddittorio -violazione degli artt. 2, 39, 40, 41, 42, 43 dlgs.12 aprile 2006 n. 163, in quanto l'esclusione per omessa allegazione della ricevuta di versamento della tassa prevista dall'art. 1, comma 67 della Legge 23/12/2005, n. 266 e dalla deliberazione dell' Autorità di Vigilanza del 24/12/2008, senza aver prima verificato l'effettivo omesso pagamento, nella fattispecie in esame apparirebbe irragionevole in quanto contraria ai principi di proporzionalità e buona fede dell'agire amministrativo che si sostanzia nel rispetto del principio di tutela della massima partecipazione alla gara, costantemente richiamato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, e recepito all' art. 2 del codice degli appalti;
5) illegittimità e irragionevolezza dell'esclusione. Violazione del principio di massima partecipazione alla gara -carenza del bando di gara –mancata previsione di un 'ipotesi tassativa di causa di esclusione.
Oltre che per i motivi di cui sopra, l'esclusione risulterebbe infatti illegittima per violazione del principio di massima partecipazione;
6) illegittimità dell'atto di esclusione per eccesso di potere: travisamento ed erronea ricostruzione e valutazione dei fatti; difetto di istruttoria; illogicità e contradditorietà dell'atto; ingiustizia manifesta, contraddittorietà tra più atti successivi, evidenziandosi l'assoluta illogicità del comportamento posto in essere dalla Commissione di gara, atteso che prima si giunge alla conclusione di ammissione alla gara, seppur con riserva, e, poi, inopinatamente, tre giorni dopo si procede all'esclusione pur avendo provato la ricorrente di aver effettuato il pagamento;
7) illegittimità dell'atto di esclusione per violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 67, della Legge 23/12/2005, n. 266, eccesso di potere, difetto di istruttoria e violazione dell'obbligo di procedere con integrazioni e chiarimento, in quanto la previsione del pagamento di detta "tassa per la partecipazione ad una gara", introdotta per la prima volta nella legge finanziaria per l'anno 2005 prevedendo che il versamento del contributo da parte degli operatori economici è condizione di ammissibilità dell'offerta, nulla direbbe relativamente al momento in cui gli operatori economici debbono dare la prova dell'avvenuto pagamento;
8) illegittimità della procedura di gara per violazione principio di libera concorrenza. Violazione dell'art. 2, comma 1 Dlgs 163/06. Violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza. In particolare, ai sensi dell'art. 2 del Dlgs 163/06: "l"affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonchè quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice". Infatti, nel caso di specie, l'assoluta arbitrarietà con la quale avrebbe agito l'Amministrazione avrebbe condotto allo svolgimento di una procedura e

di un affidamento privi di concorrenza in quanto a fronte delle arbitrarie esclusioni è rimasto un unico concorrente. Da ciò conseguirebbe un danno grave ed irreparabile per il ricorrente in via immediata, ma altrettanto una violazione di principi di rango costituzionale e comunitario ed un danno per la collettività che vedrebbe irrimediabilmente compromesso il proprio interesse a veder affidato un servizio prioritario mediante un sano sviluppo della concorrenza tra soggetti idonei.

3. Si costituiva in giudizio l'Amministrazione comunale intimata di R.P., narrando che il Consiglio Comunale con deliberazioni nn. 94 e 95 del 28/12/2006 aveva inizialmente deciso di acquisire una minima partecipazione azionaria del capitale della Xxx S.p.a. (ricorrente, a totale capitale pubblico), con contestuale conferimento del servizio di RR. SS. UU. in house, ma che, a seguito dell'esposto di alcuni consiglieri comunali, la Commissione Europea attivò una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica Italiana, ai sensi dell'art. 226 del Trattato, con il conseguente invito della Presidenza del Consiglio dei ministri -Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie, a conformarsi a quanto richiesto dalla Commissione Europea, e che ciò aveva giustificato la rapidità della procedura lamentata dalla ricorrente.

Nel merito, il Comune riferiva di aver disposto le esclusioni a seguito delle segnalazioni incrociate dei concorrenti e che l'esclusione della ricorrente era stata comunque giustificata dalla mancata allegazione della ricevuta chiesta per legge, appunto a pena d'esclusione, a garanzia della par condicio fra concorrenti.

Dalle informazioni assunte dal Comune presso la Banca sarebbe inoltre emerso che il bonifico era stato effettuato tardivamente il 13 novembre 2008 alle ore 16, ossia dopo l'apertura della busta che avrebbe dovuto contenere la ricevuta del pagamento.

Il Comune confutava poi tutte le ulteriori censure dedotte.

4. Con il decreto presidenziale n. 6056/2008 e poi con l'ordinanza collegiale n. 266/2009 adottata nella camera di consiglio del 15 gennaio 2009, questo Tribunale accoglieva la domanda di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato,"considerato che la disposta esclusione sembra valicare i confini della ragionevolezza e proporzionalità che devono guidare l'agire amministrativo, nell' ambito del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare, non essendo l'adempimento formale in parola espressamente prescritto, a pena di decadenza, né dal bando né da alcuna norma, ed avendo la ricorrente, comunque, provveduto all'adempimento sostanziale".

5. A seguito del deposito della memoria e della documentazione di gara da parte dell'Amministrazione, la ricorrente nel frattempo proponeva motivi aggiunti, deducendo sette ulteriori censure alle otto sopra sintetizzate:

9) violazione dell'art. 12, comma 1, DLgs. N. 163/06 -carenza di potere ed incompetenza assoluta del soggetto emanante la esclusione, violazione del principio di continuità della gara e della contestualità del giudizio comparativo, eccesso di potere e carenza di istruttoria;

10) violazione del principio di continuità della gara e della contestualità del giudizio comparativo, eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, carenza di istruttoria;

11) violazione di legge, eccesso di potere, erroneità, contraddittorietà, illogicità in ordine al 2° verbale di gara del 27 novembre 2008, violazione del principio di continuità della gara, del legittimo contraddittorio e dell'economicità del procedimento;

12) violazione di legge, violazione del principio di trasparenza e pubblicità delle sedute di gara, che impone che il materiale

documentale trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa;
13) Violazione di legge, art. 84 del DL2S 163/06 composizione commissione di gara incompetenza assoluta sotto il profilo delle valutazioni tecniche espresse nel verbale del 3 dicembre 2008;
14) illegittimità derivata dell'aggiudicazione per violazione di legge, eccesso di potere, errore dei presupposti di fatto, carenza istruttoria, illogicità, contraddittorietà dei presupposti di fatto, carenza istruttoria Contraddittorietà;
15) violazione di legge per violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. violazione del principio di proporzionalità e del contraddittorio, violazione degli artt. 2, 39, 40, 41, 42,. 43 DLg.vo 12 aprile 2006 n. 163, eccesso di potere.

6. Il Comune replicava alla predetta memoria della ricorrente ed alle motivazioni sottese alla sopravvenuta ordinanza cautelare, ribadendo con una propria nuova memoria il carattere dovuto della produzione della ricevuta del versamento e il mancato adempimento sostanziale dell'obbligo da parte della ricorrente, considerato che l'Autorità di vigilanza, interpellata dal Comune al riguardo, aveva comunicato che il pagamento era pervenuto solo il 14 novembre 2008, e non il 10 come affermato dalla medesima ricorrente, cioè dopo l'apertura della busta.

7. La ricorrente controdeduceva a propria volta che l'Amministrazione non aveva ottemperato alla riammissione in gara e che la busta contenente l'offerta economica della controinteressata era stata ormai aperta. Inoltre, allegava nuovamente in atti la copia della propria nota trasmessa via fax al Comune già in data 14 novembre 2008 e la ricevuta del proprio bonifico bancario già allegata allo stesso fax, attestante l'avvenuto pagamento con valuta del 6 novembre 2008 in uscita e del 10 novembre 2008 per il beneficiario. Ribadiva ed argomentava ulteriormente, infine, tutte le censure già proposte con i precedenti atti.

A seguito della pubblica udienza del 26 febbraio2009, il ricorso veniva infine introitato dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe e con motivi aggiunti la società interessata impugna, prospettando ben quindici motivi di impugnazione, la propria esclusione (insieme ad altre cinque società concorrenti) dalla gara indetta dal Comune intimato per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani, disposta "per non aver prodotto la ricevuta di versamento del contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, come prescritto dall'art. 1, comma 67 della Legge 23/12/2005, n. 266 e dalla deliberazione dell'Autorità di Vigilanza del 24/12/2008 ".

2. Il Collegio, nel dipanare la complessa e "sofferta" vicenda sintetizzata in fatto, ritiene innanzitutto necessario premettere che ai fini della decisione del presente giudizio non assumono alcun rilievo le due questioni, ad esso estranee, concernenti, da un lato, la procedura d'infrazione causata dal precedente affidamento, da parte del Comune, del servizio in house proprio alla ricorrente, e dall'altro le connotazioni pubblicistiche delle due società contendenti.

3. Premessa la tempestività e ritualità del ricorso, il Collegio osserva altresì che le numerosissime e variegate censure dedotte dalla ricorrente possono, in realtà, essere ricondotte a tre filoni principali:
a) la sostanziale illegittimità dell'esclusione per una violazione meramente formale della procedura, che non poteva affatto

giustificarla;
b) l’incompetenza del soggetto che aveva disposto l’esclusione e l’illegittimità della procedura seguita al riguardo;
c) le ulteriori illegittimità del bando e della procedura di gara, che la ricorrente ha comunque titolo a far valere al fine di far annullare la gara da cui è stata esclusa.
Le censure sub b) e c), peraltro, anche ove accolte assicurerebbero una tutela solo strumentale ed indiretta della pretesa sostanziale al bene della vita (la partecipazione alla gara) atta valere in giudizio. Il Collegio ritiene pertanto di dover prioritariamente esaminare le censure sintetizzate sub a), il cui accoglimento rivestirebbe carattere assorbente, alla stregua di un criterio di efficacia sostanziale della tutela giurisdizionale assicurata da questo Tribunale.

4. Quanto alla dedotta sostanziale illegittimità dell’esclusione, occorre innanzitutto chiarire che la ricorrente ha fornito idonea prova sia dell’avvenuto pagamento non tardivo (con bonifico bancario effettuato il 6 novembre 2008), sia dell’avvenuta tempestiva comunicazione di tale circostanza all’Amministrazione, dovendosi presumere, alla luce della copia con ricevuta del fax in partenza il 14 novembre 2008 , che la comunicazione sia stata correttamente ricevuta dagli Uffici comunali a ciò preposti.

Non rilevando in questa sede gli eventuali ritardi o altre irregolarità, non imputabili alla ricorrente, che possono aver interessato la successiva procedura bancaria di effettivo accredito della somma all’Autorità, la questione si concentra (solo) nell’idoneità della violazione formale della procedura relativa al pagamento, con particolare riguardo alla mancata inclusione della ricevuta nella busta contenente la documentazione amministrativa dell’offerta, a giustificare la disposta esclusione della ricorrente dalla gara.

5. La Difesa del Comune argomenta dalla natura imperativa della previsione di legge riguardante l'obbligo di versamento del contributo all’Autorità e dalla considerazione che tale obbligo è stato correttamente adempiuto da altri due concorrenti (che hanno evocato espressamente l'esclusione, in sede di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa) che la garanzia del principio di par condicio dei partecipanti alla gara deve prevalere sul principio invocato dal ricorrente della massima partecipazione.

In tal senso sembrerebbero dirigersi anche alcune isolate sentenze del Giudice di primo grado invocate dall’Amministrazione (TAR Palermo, III Sezione, Il dicembre 2006, n. 3888 e 22.10.2007 n. 2250, TAR Sardegna, sez. I, sentenza 29 dicembre 2006, n. 2821) secondo le quali l'articolo l, comma 67, della legge finanziaria per il 2006 avrebbe, sostanzialmente, natura di norma eterointegrativa dei bandi di gara.

6. A giudizio del Collegio, nulla prevedendo lo specifico bando di gara al riguardo, la soluzione della questione in esame non può prescindere dall’esatta ricostruzione del quadro normativo, nazionale e comunitario, di riferimento.

7. La previsione del pagamento della "tassa” in esame è stata introdotta dalla legge finanziaria per l'anno 2005, prevedendosi che l'Autorità di Vigilanza, per il futuro, avrebbe dovuto provvedere al proprio finanziamento mediante risorse proprie, anche con previsione di un onere contributivo per gli operatori economici che intendevano partecipare a gare nel settore dei lavori pubblici.

In particolare, l'art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005 dispone espressamente che: "l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai

fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonchè le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche (…)".

Successivamente, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 e della successive deliberazioni dell'Autorità di vigilanza in data 10/01/2007 e 24.1.2008, è stata ribadita e disciplinata l'applicazione della "tassa" in esame a tutti gli appalti pubblici, incluso quindi quello in esame.

8. Risulta quindi evidente che la lettera della legge, così come la sua ratio, prevede semplicemente un obbligo impositivo (riconducibile al concetto di "tassa"), per sopperire alle sempre maggiori esigenze finanziarie dell'Autorità di vigilanza senza gravare sulle casse dello Stato, legittimo solo poiché e solo in quanto consente di assicurare ai contribuenti individuati (le imprese partecipanti agli appalti pubblici) un servizio pubblico, volto ad assicurare il rispetto delle regole di gara, e quindi la possibilità di ciascun concorrente di partecipare in condizioni di parità.

La norma, peraltro, non dispone alcun obbligo o onere formale o procedurale a pena d'esclusione dei partecipanti alle pubbliche gare, circa i tempi e le modalità di prova dell'avvenuto pagamento.

9. Del resto, non potrebbe essere altrimenti nell'attuale quadro normativo comunitario.

Come è noto, la disciplina dell' affidamento degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi è armonizzata dalle direttive dell'Unione Europea, volte a garantire l'applicazione da parte di tutti gli Stati membri dei principi di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, che vedono quale corollario i principi di massima partecipazione alle pubbliche gare e, quindi, di tassatività e previa pubblicità delle cause di esclusione, che possono essere legittimamente apposte dal legislatore nazionale, ovvero dalle singole stazioni appaltanti mediante una espressa clausola del bando, solo ove sorrette da un apprezzabile interesse pubblico nazionale riferito allo svolgimento della gara, ovvero alla successiva esecuzione del contratto, ovvero alla garanzia di par condicio dei concorrenti, purché alla stregua di canoni di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità.

10. I predetti principi del Trattato europeo in ambito nazionale rispondono altresì ai principi fondamentali della Costituzione di libertà personale (art. 2), di non discriminazione (art. 3), di libertà economica (art. 41) e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97), che postulano il più ampio confronto concorrenziale ai fini di un'ottimale ed imparziale gestione delle pubbliche risorse.

L' art. 2, comma 1, del Dlgs 163/2006 sancisce, quindi, che: "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza (…)",

11. Ne consegue che tutti i soggetti in possesso dei requisiti di capacità professionale ed economica previsti (entro i predetti limiti della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità) dal

diritto comunitario, dalla legge nazionale e dal bando di gara devono essere ammessi alla gara (art. 62 citato Dlgs. N. 163/06), senza dover sopportare lacci e lacciuoli di natura formale tendenti alla loro esclusione, con l'eccezione delle espresse prescrizioni di legge che impongono specifici adempimenti documentali (ad esempio in tema di prevenzione della criminalità e di contribuzione previdenziale) volte a garantire i superiori interessi nazionali (riconosciuti dall'Unione Europea) alla tutela di ordine pubblico, sicurezza sociale e pubblica sicurezza.

12. Nella fattispecie in esame, la norma di legge sopra illustrata tutela un interesse erariale a contenuto economico-finanziario, connesso alle esigenze di copertura delle spese (generali e di funzionamento) dell'Autorità di vigilanza, e traduce tale interesse in una nuova imposizione di carattere fiscale a carico delle imprese interessate, mediante la pretesa sostanziale all'ottenimento del pagamento a pena di esclusione dalla gara.

La previsione della medesima norma, viceversa, non si traduce né può tradursi, in conformità ai descritti principi comunitari e costituzionali ed all'ormai consolidata giurisprudenza in materia di possibilità di regolarizzazione degli oneri fiscali e di bollo (per molti versi analoghi al contributo in esame), nella previsione di filtri formali (quali l'obbligo di allegazione della ricevuta del pagamento fin dal primo deposito della documentazione amministrativa) insuscettibili di regolarizzazione formale e quindi capaci di causare l'esclusione di imprese che comunque adempiono al previsto onere contributivo e che sono inoltre in possesso dei prescritti requisiti economici e professionali, e che consentirebbero dunque di estendere la competizione per la scelta della migliore offerta.

13. E' ben vero che la deliberazione dell'Autorità di vigilanza in data 24.1.2008 ha ribadito l'obbligo del pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente, chiarendo che i concorrenti "sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di aver versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di gara ".

14. Peraltro nel quadro normativo sopra descritto, ed in conformità ad un criterio di presunzione di legittimità degli atti pubblici, le citate deliberazioni dell'Autorità di vigilanza (oltretutto priva di un generale potere normativo al riguardo, come confermato a contrario proprio dall'art. 1, comma 67, Legge n. 266/2005 che riconosce all'Autorità (solo) "autonomia organizzativa e finanziaria") devono essere lette in stretta conformità alla norma, che le attribuisce unicamente il potere di determinare "l'ammontare delle contribuzioni (…) nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo (…)" senza alcuna possibilità di impingere in indebiti aggravamenti formali della procedura in contrasto con i descritti principi comunitari e nazionali.

Ogni diversa interpretazione, infatti, dovrebbe indurre questo Giudice a valutare la disapplicazione in parte qua, ancor prima della illegittimità, della deliberazione dell'Autorità, quale fonte normativa speciale dell'ordinamento nazionale non efficace al di fuori del tassativo ambito di potestà, e quindi non applicabile al caso in esame, ovvero a sottoporre alla Corte di Giustizia la questione di compatibilità comunitaria della norma nazionale che dovesse riconoscere una tale potestà, sotto il profilo di una possibile indebita restrizione della partecipazione alla gara e quindi del principio comunitario di concorrenza e degli ulteriori principi ad

esso connessi.

15. Per le ragioni espresse, il Collegio accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'esclusione della ricorrente e tutti i successivi atti della procedura fondati su tale esclusione, con il conseguente reinserimento in gara a pieno titolo della stessa ricorrente, la cui offerta dovrà essere valutata e comparata dalla stazione appaltante con quella fino ad oggi ritenuta aggiudicataria al fine di proclamare la definitiva aggiudicazione.

16. Il conseguente accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica esime il Collegio dall'esame delle altre censure e dall'esame delle domande di risarcimento per equivalente.

Peraltro la medesima ricorrente chiede al Tribunale l'adozione delle misure più appropriate in relazione alla circostanza che l'offerta economica della controinteressata è oramai nota, precludendo, secondo un univoco orientamento giurisprudenziale, l'esame di qualunque offerta tecnica.

Il Collegio ritiene pertanto necessario ordinare, così come ordina, all'Amministrazione comunale intimata di assegnare all'impresa ricorrente ed a quella controinteressata già proclamata aggiudicataria un nuovo congruo termine, non inferiore a 20 giorni e non superiore a 40 giorni, per il deposito in busta chiusa delle proprie due nuove offerte economiche, che potranno variare ovvero confermare quelle già presentate ma che non potranno comunque essere aperte e valutate fino alla conclusione della valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente.

Sussistono, infine, giustificati motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Bis, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 febbraio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Edoardo PUGLIESE	Presidente
Raffaello SESTINI	Consigliere - Relatore
Mariangela CAMINITI	Primo referendario